

WYROK
z dnia 9 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 5 lutego 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **Philips Lighting Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Szczaniec**

przy udziale wykonawcy **Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poprzez uzupełnienie Programu Funkcjonalno – Użytkowego o oświadczenie Zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane w zakresie dotyczącym linii zastępczych dla 352 punktów świetlnych zlokalizowanych na słupach linii przesyłowych ENEA Operator.
W pozostałym zakresie nie uwzględnia zarzutów odwołania.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Szczaniec** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Philips Lighting Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Szczaniec** na rzecz wykonawcy **Philips Lighting Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

w Warszawie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Szaniec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Realizację planu gospodarki niskoemisyjnej poprzez modernizację oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Szczaniec.*” Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm., dalej „Ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy Pzp. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona przez Zamawiającego na stronie internetowej w dniu 15 stycznia 2018 r.

W dniu 22 stycznia 2018 r. wykonawca Philips Lighting Poland Sp. z o.o. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na sporządzeniu Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”) w sposób niezgodny z przepisami Ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp oraz art. 31 ust. 1-4 Ustawy Pzp w zw. z §19 ust. 1-4 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 poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane w sposób sprzeczny z wymogami ustawy Pzp, 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, wyników badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów, zaleceń konserwatorskich konserwatora zabytków, opinii lub ekspertyz z zakresu ochrony środowiska, porozumień, 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;
2. art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, stanowi o sprzeczności z zasadą

proporcjonalności, jak też nieprecyzyjny i niejednoznaczny, jak również art. 14 Ustawy Pzp i art. 139 ust 2 Ustawy Pzp w związku z art. 353¹ i art. 647 Kodeksu cywilnego przez narzucenie niezgodnych z prawem i nieproporcjonalnych warunków umowy;

3. art. 29 ust. 1, 2 i 3 Ustawy Pzp oraz art. 30 ust. 1 w zw. art. 31 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez odniesienie się w opisie przedmiotu zamówienia do normy oświetlenia drogowego PN-EN 13201 bez wskazania wymagań w programie funkcjonalno-użytkowym w zakresie spełnienia normy dla wymiany opraw oświetleniowych i przerzucenie tego obowiązku na wykonawców, jak również poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na konkretny produkt - oprawę URBINO firmy LUG, co jednoznacznie wynika z wizerunków opraw zamieszczonych w załączniku nr 1 do opisu przedmiotu zamówienia, ale także, 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.

W konsekwencji Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji 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) wyniki badań gruntowo-wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów,
 - d) zalecenia konserwatorskie konserwatora zabytków,
 - e) opinie lub ekspertyzy z zakresu ochrony środowiska,
 - f) porozumienia, zgody lub pozwolenia, a w szczególności warunki techniczne ENEA S.A., właściwy Oddział, związane z przyłączeniem obiektów do istniejących sieci energetycznych,
 - g) przedmiary robót.
 - h) inwentaryzację istniejącego oświetlenia drogowego w szczególności brył fotometrycznych wszystkich dróg, 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),
- i) komputerowe obliczenia fotometryczne wykonane w poszczególnych bryłach fotometrycznych 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);
2. opracowania 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. wykreślenia z programu funkcjonalno-użytkowego z punktu 1.3.3. „Oprawy oświetleniowe” ppkt. II lit e) wymogu, że korpus opraw powinien posiadać dostęp do komory zasilania od góry i zastąpienie tego zapisu możliwością zastosowania opraw zarówno z dostępem od góry, jak i od dołu;
 4. wykreślenie z programu funkcjonalno-użytkowego z pkt. 1.3.3. „Oprawy oświetleniowe” ppkt. VI. wymagań max. waga 7 kg oraz max wysokość opraw 10 cm i zastąpienie ich wymogami: max. waga 7 kg +/- 10% oraz max. wysokość 10 cm +/- 10%;
 5. dopuszczenie tolerancji na poziomie +/-10% dla powierzchni bocznej korpusu eksponowanej na wiatr (0,04 m²) - w pkt. 1.3.3., pkt. II., lit. c);
 6. ujednoczenie treści programu funkcjonalno-użytkowego i załącznika nr 1 do OPZ („Wytyczne dla opraw oświetleniowych”), poprzez wpisanie w załączniku nr 1: wymogu temperatury barwowej 4000K +/- 5%, wymogu trwałości co najmniej 100.000 h pracy do L80B10 przy Ta = 25°C, wymogu skuteczności świetlnej na poziomie 110lm/W, jak również poprzez wykreślenie wymogu konstrukcji korpusu umożliwiającej beznarzędziową wymianę układu optycznego wraz z układem zasilającym.

Uzasadniając spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż jego interes prawny został naruszony przez Zamawiającego, ponieważ czynności Zamawiającego objęte odwołaniem uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie

zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę. Odwołujący jest podmiotem, który zamierza ubiegać się o zamówienie.

Uzasadniając zarzut dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niedostateczny, nieprecyzyjny i niezgodny z przepisami Odwołujący wskazał, iż program funkcjonalno-użytkowy (dalej jako „PFU”) przedstawiony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu nie spełnia wymagań wynikających z § 19 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury wydanego na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 31 ust. 4 Ustawy Pzp, który wskazuje szczegółowo, co powinna zawierać część informacyjna PFU. W ocenie Odwołującego Zamawiający obowiązki stawiane przez rozporządzenie treści PFU - a zatem jemu samemu, przerzuca na Wykonawcę. Odwołujący wskazał, iż z części opisowej PFU, jaki przygotowany został przez Zamawiającego, w tym zwłaszcza z pkt. II. 2.1. - 2.3. wynika, że Zamawiający nie posiada uzgodnień z ENEA S.A. w zakresie dobudowy nowych punktów, a uzyskanie wszelkich pozostałych niezbędnych zgód, dopuszczeń i uzgodnień leży po stronie Wykonawcy, jak również uzyskanie późniejszych odbiorów i zatwierdzeń. Nadto, Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający w punkcie „Uwagi dotyczące wykonania robót” wskazał, że nie posiada obecnie niezbędnych uzgodnień z firmą ENEA oraz Polską Spółką Gazownictwa, właścicielami sieci znajdującymi się w pasie drogi, a Wykonawca składając ofertę ma obowiązek dokonać wyceny wszystkich robót oraz nakładów koniecznych dla wykonania robót zgodnie z przygotowanymi materiałami. Odwołujący podniósł także, że Zamawiający obciążył wykonawców również koniecznością wykonania brakujących rysunków, schematów i uzupełnienia PFU w zakresie wymaganym dla poprawnej realizacji zamówienia oraz w zakresie wymaganym przepisami prawa. Zamawiający na wykonawców na etapie ofertowania nałożył obowiązek szczegółowego badania terenu przyszłej budowy, w tym sprawdzenia geologicznych i geotechnicznych warunków podłoża, podkładów geodezyjnych, inwentaryzacji geodezyjnej uzbrojenia podziemnego, naziemnego i innych obiektów oraz obowiązek późniejszego wykonania tychże robót. Roboty te jednak będą wynikiem uzyskanych w przyszłości informacji, a więc takich, które nie były znane (nie były do przewidzenia) Zamawiającemu na etapie przygotowania i przeprowadzenia postępowania przetargowego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w PFU informuje, że nie dopełnił ciążących na nim obowiązków wynikających z art. 36 ust. 1 pkt 3 Ustawy Pzp, w związku z art. 29 i 31 Ustawy Pzp, co w konsekwencji już na etapie ofertowania wskazuje, że po podpisaniu umowy mogą wystąpić przeszkody w należywym jej wykonaniu. Przedmiotowe postępowanie zmierza do

obarczenia wykonawcy po podpisaniu umowy obowiązkiem ustawowo przypisanymi Zamawiającemu w procesie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w procedurze „projektuj i buduj.” Odwołujący wskazał również na §10 ust. 3 i 5 Wzoru umowy, odnoszący się do kwestii wynagrodzenia wykonawcy, które określone zostało jako ryczałtowe, obejmujące wszelkie koszty niezbędne dla wykonania przedmiotu zamówienia. Przytoczył także treść pkt 15.1. SIWZ, w którym Zamawiający wskazał, iż wykonawca powinien w cenie ofertowej ująć wszelkie koszty związane z wykonaniem robót budowlanych, w tym również koszty towarzyszące niezbędne do wykonania zamówienia. Z powyższego zdaniem Odwołującego wynika, iż Zamawiający wymaga od wykonawców przewidzenia i oszacowania wszelkich kosztów towarzyszących i niezbędnych do wykonania zamówienia, zaś ewentualne koszty nieuwzględnione - koszty, które pojawiłyby się na etapie realizacji zamówienia, a które nie będą stanowiły podstawy do zmiany umowy, w tym zwłaszcza do podwyższenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. W ocenie Odwołującego Zamawiający w sposób niedopuszczalny odpowiedzialnością za prawidłowość dokumentacji projektowej obarcza wykonawcę. Wskazał, iż z brzmienia art. 647 Kodeksu cywilnego, który na podstawie art. 139 ust. 1 Ustawy Pzp ma zastosowanie również do umów w sprawach zamówień publicznych, jednoznacznie wynika, że do podstawowych obowiązków Zamawiającego jako inwestora należy m.in. zapewnienie opracowania projektu oraz dostarczenie go wykonawcy, który realizować ma inwestycję w wyniku rozstrzygnięcia procedury przetargowej. To Zamawiający, który dostarcza dokumentację projektową, ponosi odpowiedzialność, ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z ustawy kodeks cywilny i prawo budowlane, za prawidłowe wykonanie projektu. Dostarczenie dokumentacji przez zamawiającego powoduje, że obciąża go ryzyko uzyskania zamierzonego efektu inwestycji, a wykonawca odpowiada za wykonanie robót zgodnie z dokumentacją.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiot zamówienia na roboty budowlane z uwzględnieniem wymienionych w art. 29 Ustawy Pzp zasad opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej (art. 31 Ustawy Pzp). Celem ww. uregulowań ustawy Pzp jest jasne i jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia w zakresie robót budowlanych, co ma umożliwić potencjalnym wykonawcom podjęcie decyzji o tym czy są w stanie wykonać daną inwestycję. Dokumentacja projektowa jako fundamentalny element opisu zamówienia nie może budzić wątpliwości. Zatem, Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia jest zobowiązany przedłożyć wykonawcom pełną dokumentację projektową, zawierającą wszelkie dokumenty niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty i to na Zamawiającym ciąży

obowiązek dołożenia należytej staranności przy określaniu i wyczerpującym opisanu przedmiotu zamówienia (w tym zakresie Odwołujący powołał się na wyroki KIO o sygn. akt KIO 165/16 oraz KIO 1563/17). Ponadto, Odwołujący wskazał, że trudno oczekiwać od wykonawcy robót budowlanych, by pomimo posiadanej wiedzy i doświadczenia zawodowego *a priori* był w stanie zauważyć wszystkie błędy dokumentacji projektowej. Wykonawca umowy o roboty budowlane nie ma obowiązku dokonywania własnych szczegółowych obliczeń w celu wykrycia wady dostarczonego projektu, a w szczególności, jeżeli został on wykonany przez specjalistyczne biuro projektowe. Fakt funkcjonowania w obrocie prawnym podwyższonych wymagań wobec dłużnika prowadzącego działalność gospodarczą (art. 355 § 2 k.c.), nie oznacza bowiem że są one Nielimitowane, gdyż prowadziłyby to do powstania nadmiernej, niczym nieuzasadnionej odpowiedzialności za przypadek. Odwołujący dodał, iż na gruncie przepisów ustawy Kodeks cywilny, wykonawca zgłasza dostrzeżone wady dokumentacji projektowej na etapie realizacji robót, co nie pociąga za sobą jednak jego odpowiedzialności za wady tego projektu. Odwołujący, powołując się na brzmienie art. 651 k.c. wskazał, iż nie daje ono podstaw do nałożenia na wykonawcę obowiązku dokonywania w każdym przypadku szczegółowego sprawdzania dostarczonego projektu w celu wykrycia ewentualnych wad (w tym zakresie wskazał na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 czerwca 2008 r. II CSK 101/08).

Podsumowując Odwołujący wskazał, że nie jest rolą wykonawcy analiza czynności zamawiającego (który przygotowuje projekt stanowiący część dokumentacji przetargowej czy to sam czy za pomocą biura projektowego), sprawdzając czy przypadkiem nie popełnił błędów przygotowując dokumentację przetargową, jak również nie jest jego rolą dokonywanie analiz i badań mających na celu uzupełnienie tej dokumentacji. Z powyższego wynika także, że obowiązek wykonawcy poinformowania zamawiającego o ewentualnych błędach w dokumentacji kształtuje się dopiero na etapie realizacji inwestycji - tj. w terminie, w którym *de facto* wykonawca jest w stanie wychwycić ewentualne błędy. Obarczanie wykonawców obowiązkiem wychwycenia tychże błędów i ich oszacowania już na etapie ofertowania jest sprzeczne z naturą stosunku. Odwołujący uznał, że uchylenie się przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu od odpowiedzialności za przygotowanie postępowania zamówieniowego i dokonania opisu przedmioty zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dokumentacji projektowej jak również przerzucenie na wykonawców ewentualnej odpowiedzialności za nieprawidłowe wykonanie zamówienia (w oparciu o błędną i niepełną dokumentację), jest sprzeczne z naturą stosunku i jako takie stanowi postanowienie nieważne na podstawie przepisów k.c., a konkretnie art. 58 §1. Powyższa zasada koresponduje także z przepisem art. 140 Ustawy Pzp - obowiązkiem zamawiającego jest tak opisać przedmiot zamówienia, by wykonawca nie miał wątpliwości co

do zakresu umownego zobowiązania i mógł zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z spełnić wykonawca, powinno być odzwierciedleniem opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków umowy zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Regulacja art. 140 ust. 1 wiąże się z wymogiem złożenia oferty zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Konsekwentnie, zakres świadczenia wykonawcy, wynikający z umowy w sprawie zamówienia publicznego, musi odpowiadać złożonej ofercie. Z tych też względów Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do uzupełnienia programu funkcjonalno-użytkowego, zgodnie z żądaniem wskazanym w pkt. II. 1. *petitum* niniejszego odwołania.

Uzasadniając zarzut sprzeczności wewnętrznej dokumentacji przetargowej, Odwołujący wskazał na następujące niespójności, które w jego ocenie uniemożliwiają złożenie poprawnych ofert:

1. w programie funkcjonalno-użytkowym w pkt 1.3.3., ppkt. IV, lit. a) Zamawiający określił, że oprawy mają być wyposażone w panel LED o cechach: „*temperatura barwowa 4000K +/- 5%*”. Natomiast w załączniku nr 1 do OPZ - „*Wytyczne dla opraw oświetleniowych*” Zamawiający określił ten wymóg „*temperatura barwowa 4000K +/-3%*”;
2. w PFU w pkt 1.3.3., ppkt IV, lit. b) określony jest wymóg trwałości paneli LED co najmniej 100 000 h pracy do L80B10 przy $T_a = 25^\circ C$, zaś w załączniku nr 1 do OPZ - „*Wytyczne dla opraw oświetleniowych*” wymóg ten brzmi; „*80 000 h pracy do L80B10 przy $T_a = 25^\circ C$* ”
3. w PFU w pkt 1.3.3., ppkt I, lit. d) określony jest wymóg skuteczności świetlnej na poziomie 100 lumen ów/W, natomiast w załączniku nr 1 do OPZ - „*Wytyczne dla opraw oświetleniowych*” określony jest wymóg skuteczności świetlnej na poziomie 110 lumenów/W;
4. w PFU pkt 1.3.3., ppkt II, lit. f) Zamawiający wymaga, aby konstrukcja korpusu umożliwiała beznarzędziową wymianę układu optycznego wraz z układem zasilającym. Takiego wymogu nie ma zaś w załączniku nr 1 do OPZ - „*Wytyczne dla opraw oświetleniowych*”;
5. W PFU w pkt. 1.3.3., ppkt II, lit. c) Zamawiający wymaga, aby powierzchnia boczna korpusu eksponowana na wiatr nie przekraczała 0,04 m². Zamawiający nie zakłada żadnej tolerancji, którą dopuszcza m.in. przy wymogu dotyczącym temperatury barwowej.

Odwołujący podkreślił, że wadliwa dokumentacja, w tym zwłaszcza SIWZ nie mogą obciążać wykonawców i powołał się na wyrok KIO 473/14. Wobec powyższego Odwołujący zgłosił żądanie ujednoczenie treści programu funkcjonalno-użytkowego i załącznika nr 1 do OPZ - „*Wytyczne dla opraw oświetleniowych*”, w sposób określony szczegółowo w pkt. II. ppkt 5 i 6 *petitum* odwołania.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. art. 29 ust. 1, 2 i 3 Ustawy Pzp w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 31 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż w treści załącznika nr 1 do OPZ - „*Wytyczne dla opraw oświetleniowych*” oraz w treści PFU pkt 1.3.3

„Oprawy oświetleniowe”, Zamawiający zamieścił szczegółowe parametry techniczne jakimi winny się charakteryzować oprawy oświetleniowe. Z opisu tego wynika, iż oprawy powinny posiadać wysokość max. 10 cm, wagę max. 7 kg oraz dostęp do komory zasilania od góry. Zamawiający, dokonując opisu wymogów posłużył się także wizerunkiem opraw. Analiza powyższego zdaniem Odwołującego prowadzi do wniosku, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na konkretny produkt, a mianowicie - oprawę URBINO firmy LUG. Tak formułując wymagania w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i art. 29 Ustawy Pzp, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję. Ponadto Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający wymaga, w zał. nr 1 do OPZ oraz w PFU - w pkt 1.3.3., aby maksymalna waga oprawy wynosiła 7 kg, gdzie z ogólnodostępnych materiałów wynika, iż wysięgniki służące do montażu opraw są w stanie utrzymać oprawy o wadze przekraczającej 15 kg. Podobne dyskryminujące i ograniczające zapisy dotyczą maksymalnej wysokości oprawy, która według Zamawiającego powinna wynosić 10 cm. Wymieniony parametr nie ma wpływu na właściwości fotoelektryczne opraw, w żaden sposób nie wpływa na polepszenie warunków oświetleniowych na drodze, jak również w żaden sposób nie wpływa na zmniejszenie zużycia energii elektrycznej, co leży u podstaw projektów modernizacji oświetlenia drogowego.

Odwołujący zwrócił również uwagę, iż w załączniku nr 1 do OPZ oraz w pkt 1.3.3. PFU, ppkt II, lit. e) Zamawiający określił wymóg korpusu opraw, który zdaniem Odwołującego narusza uczciwą konkurencję (*„korpus zbudowany z osobnej komory zasilania i komory oświetlenia, dostęp do komory zasilania od góry oprawy ze względu na ułatwienie prac konserwacyjno-eksploatacyjnych”*). Odwołujący wskazał, iż wymagając dostępu do komory zasilania od góry, Zamawiający naraża monter instalującego oprawę na niebezpieczeństwo porażenia prądem elektrycznym w przypadku, gdy wysięgnik, na którym monter będzie montował oprawę znajduje się pod linią zasilającą instalację oświetleniową. Z wieloletniego doświadczenia Odwołującego wynika, iż prac konserwacyjnych związanych z naprawą oprawy nie przeprowadza się na słupie, lecz w warsztacie wyposażonym w odpowiednie narzędzia. Ponadto przeprowadzenie prac konserwacyjnych na słupie wiąże się z koniecznością wykonywania wszelkich działań „pod napięciem” w bezpośrednim sąsiedztwie linii zasilającej instalację oświetleniową. W związku z wykonywaniem prac „pod napięciem” monter musi być odpowiednio zabezpieczony zgodnie z obowiązującymi zasadami prowadzenia takich prac, a zabezpieczenie w postaci rękawic wykonanych z grubej gumy w praktyce uniemożliwia wykonywanie precyzyjnych prac związanych z wymianą układu zasilającego bądź modułu LED. Odwołujący dodał, iż wymóg ten wskazuje jednoznacznie na oprawę URBINO produkcji firmy LUG, której cechą charakterystyczną jest dostęp do komory zasilania od góry. Odwołujący, powołując się na treść art. 29 ust. 3 Ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp

wskazał na bezwzględny zakaz opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy potencjalnie będącemu w stanie wykonać zamówienie. Odwołujący podniósł, iż naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest określenie 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 (Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 21 kwietnia 2009r., KIO/UZP 434/09 oraz wyrok KIO z dnia 7 maja 2015 r., KIO 853/15) W konsekwencji Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do modyfikacji treści OPZ oraz załącznika nr 1 do OPZ - „Wytyczne dla opraw oświetleniowych”, zgodnie z żądaniem określonym w pkt. II. ppkt 3 i 4 petitum odwołania.

Dalej Odwołujący wskazał, iż w zakresie wymiany istniejących opraw w Dziale 1.1. pkt. I PFU 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. Odwołujący zauważył, iż to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań uwzględniając wszystkie istotne dane i parametry. Wymagania te są następnie wiążące tak dla zamawiającego i wykonawców w toku postępowania i tylko wobec jasnych i klarownych warunków i wymagań wprost wyrażonych w SIWZ oraz w PFU można dokonać prawidłowej oceny ich spełnienia. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a następnie bada złożone oferty według postawionych warunków. W niniejszym postępowaniu zasada ta została odwrócona. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do opracowania 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.

Konkludując Odwołujący wskazał, iż 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 Ponadto Odwołujący wskazał, iż zgodnie z przepisem art. 7 ust 1 Zamawiający ma obowiązek przygotować postępowanie zgodnie z zasadą proporcjonalności

i powołał się na wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii. Odwołujący zaznaczył, że 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 część zapisów SIWZ i jego załączników zdaniem Odwołującego nakłada nadmierne zobowiązania na wykonawcę w stosunku do celu, jakim jest wybudowanie obiektu o określonych cechach w wyznaczonym czasie. W ocenie Odwołującego skoro Ustawa Pzp wymaga określenia wszelkich okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, 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. Ponadto zaznaczył, że skoro wymagane jest zachowanie proporcjonalności, to nie jest działaniem zgodnym z Ustawą Pzp nałożenie na wykonawcę nadmiernych ryzyk i obowiązków, które nie są obiektywnie niezbędne dla osiągnięcia celu, jakim jest wykonanie robót budowlanych.

Zamawiający w dniu 29 stycznia 2018 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której zakwestionował stanowisko Odwołującego. W treści pisma wskazał, iż żądania Odwołującego, aby Zamawiający załączył przedmiary robót, schematy nowych linii, oświadczenia dysponowania gruntem oraz uzgodnienia z ENEA S.A. nie mają podstawy przy zastosowaniu obecnej procedury - dotyczą inwestycji, które są zaplanowane ilościowo i lokalizacjami, Zamawiający podniósł, iż nie wskazywał chociażby po której stronie drogi oraz w jakich odległościach należy zaprojektować i wybudować nowe linie, to będzie zależało od wykonawcy, jakie dokładnie trasy wybierze, intencją Zamawiającego jest docelowe oświetlenie wskazanych odcinków. A zatem, w ocenie Zamawiającego, trudno mówić choćby o oświadczeniu o dysponowaniu gruntem, jeżeli na dzień ogłaszania procedury nie jest wiadome, czy całość oświetlenia zostanie zaprojektowana i wybudowana w pasach drogowych, czy konieczne będzie skorzystanie z innych terenów. Podobnie, każdy Wykonawca będzie mógł zaprojektować nowe linie według możliwych do osiągnięcia parametrów (na przykład rozstaw słupów), co praktycznie uniemożliwia sporządzenie przedmiaru robót - Zamawiający wymaga, aby nowe linie spełniały wymogi norm i przepisów, a to, czy słupy będą stały co 35m czy co 45m, zależy od wykonawcy i jego oferty, niemożliwe

jest więc określenie schematów nowych linii i ilości punktów. W takim samym stopniu Zamawiający na dzień ogłoszenia procedury nie posiada uzgodnień z ENEA S.A. dotyczących nowych linii - w wielu przypadkach linie te będą podłączone do istniejących obwodów lub istniejących przyłączy należących do Zamawiającego, w pozostałych będzie to w gestii propozycji i uzgodnień Wykonawcy. Podobnie z danymi do obliczeń fotometrycznych - nie znając lokalizacji i pozycji projektowanych słupów nie można podać bryt fotometrycznych dróg. To właśnie w gestii Wykonawcy będzie takie zaprojektowanie przyszłych linii, aby możliwe było osiągnięcie wymaganego przez normę oświetleniową PN-EN 13201 efektu oświetleniowego. Zamawiający wymaga od wykonawców przedstawienia obliczeń fotometrycznych po dokonaniu analizy istniejącego stanu oraz warunków drogowych, wymóg jest taki sam dla wszystkich oferentów, więc trudno tu mówić o naruszeniu Ustawy Pzp. Zamawiający wskazał także, iż na tym etapie nie przewiduje wykonania dodatkowych rysunków, uznając, że wszelkie dane niezbędne do prawidłowego wyliczenia wartości zamówienia zostały udostępnione. Zamawiający nie przerzuca swoich obowiązków na wykonawcę, jednak uznając, że różni wykonawcy mogą oferować różne propozycje rozwiązań technicznych i użytkowych, pozwala na złożenie ofert uwzględniających specyfikę zadania i własne doświadczenia. Tryb „zaprojektuj i wybuduj” jest stosowany zarówno do zadań, w których Zamawiający posiada bardzo wąsko ukierunkowane wymagania, jak i w przypadkach, gdzie Zamawiający pozwala na daleko idącą własną inwencję wykonawców. Wszystko to ostatecznie podlega ocenie przez Zamawiającego w zakresie spełnienia warunków przetargu i odpowiednich norm i przepisów. Zamawiający wskazał także, iż wymaga budowy linii zastępczych do dotychczasowych linii oświetleniowych na słupach ENEA Operator S.A. - we wszystkich miejscowościach, doświetlając te same drogi w takim samym zakresie długości odcinków - jest to informacja podana jednakowo dla wszystkich oferentów i żaden z nich nie zgłosił zastrzeżeń do tych informacji.

Zamawiający podniósł również, iż skoro przedmiotem postępowania jest między innymi wykonanie projektów budowlanych i oświetleniowych, za które wykonawca naliczy sobie wynagrodzenie - zawarte w wartości całkowitej oferty - to już z tego tytułu wynika odpowiedzialność wykonawcy za przygotowaną dokumentację. Dzięki zastosowaniu formuły projektowania i realizacji inwestycji przez ten sam podmiot, wykonawca nie może uniknąć odpowiedzialności za nieprawidłowe przygotowanie dokumentacji, zgodnie z którą następnie będzie wykonywał budowę, jednocześnie wyklucza to regres do innych podmiotów (np. zewnętrznych projektantów w stosunku do wykonawcy) w związku z błędami dostarczonej dokumentacji. Cała odpowiedzialność za rzetelne przygotowanie dokumentacji oraz prawidłowe wykonanie inwestycji zgodnie z przygotowaną dokumentacją spoczywa na wykonawcy, co jest bardzo czytelnym i uczciwym podejściem. Reasumując, Zamawiający

uznał, że przedstawione założenia i informacje są wystarczające do sporządzenia prawidłowo wyliczonej oferty, a procedura nie jest obciążona wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Odnosnie żądania wykreślenia zapisów o dostępie do komory zasilania od góry, Zamawiający wskazał, iż włączając ten zapis do SIWZ kierował się znanymi mu wnioskami firm i osób konserwujących oświetlenie uliczne, zgodnie z którymi dostęp od góry do komory zasilania zabezpiecza przed wypadnięciem z komory lub obudowy elementów odkręcanych lub demontowanych w trakcie prac i spadnięciem ich na ziemię, trawę lub ulicę. Przy dostępie z góry wszystkie elementy demontowane pozostają w komorze lub na powierzchni oprawy bez konieczności ich trzymania lub gromadzenia w osobnym miejscu. Odpowiadając na argument, że Zamawiający naraża monter instalującego oprawę na niebezpieczeństwo porażenia prądem elektrycznym Zamawiający wskazał, że w taki sam sposób można narazić monter na niebezpieczeństwo, jeżeli będzie montował oprawę (z dostępem od dołu) powyżej linii zasilającej. Zamawiający chcąc jednak ujednoclić produkty w przetargu zdecydował się na rozwiązanie sugerowane przez znane mu podmioty zajmujące się profesjonalnie obsługą oświetlenia, właśnie ze względu na bezpieczeństwo prac i elementów opraw. Z wiedzy Zamawiającego wynika, że co najmniej kilku znanych polskich i europejskich producentów opraw posiada w swojej ofercie oprawy z dostępem do komory zasilania od góry, wydaje się, że takie oprawy ma w swojej ofercie również Odwołujący, zarzut o naruszeniu uczciwej konkurencji jest więc bezzasadny. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący nie może patrzeć na postępowanie przetargowe wyłącznie przez pryzmat swoich produktów, które zresztą spełniają w większości wymagane przez Zamawiającego parametry.

Odnosząc się do zarzutu wskazania oprawy firmy LUG Zamawiający podniósł, iż nie wskazuje żadnego konkretnego produktu. Przedstawiona wizualizacja produktu jest jedynie orientacyjna, wskazująca zalecenia Zamawiającego w zakresie przykładowego kształtu (płaskiego) lub podziału na komory elektryczną i optyczną, i nie narusza w żaden sposób uczciwej konkurencji. Zamawiający w wystarczający sposób opisał możliwość stosowania rozwiązań równoważnych w SIWZ i PFU i nie naruszył w żadnym stopniu zapisów Ustawy Pzp. Z wiedzy Zamawiającego wynika, że wymagania opisane w SIWZ i PFU spełnia więcej niż jeden producent polski lub europejski, co czyni zadość wymogom konkurencyjności. Zamawiający wskazał, iż zdecydowana większość dostępnych na polskim rynku opraw oświetleniowych posiada dostęp do komory zasilania od góry, więc zarzut o charakterystycznej cesze oprawy URBINO firmy LUG jest nie tylko nie trafiony, ale wręcz nieprawdziwy. Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji nie zamieścił jakichkolwiek znaków towarowych któregoś z producentów, więc zarzut jest bezzasadny. Wizualizacja oprawy bez logotypu i znaków towarowych jest powszechnym zwyczajem przyjętym dla określenia wyglądu

i charakterystyki oprawy, Zamawiający zna wiele dokumentacji, gdzie zastosowano wizualizacje produktów firmy Philips, Schreder lub innych, i to również nie naruszało zapisów ustawy.

Zamawiający nie zgodził się także z zarzutami o zawężaniu grona potencjalnych dostawców, powołując się na wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2008, sygn. KIO/UZP 80/07 oraz z 9 października 2008 r., sygn. KIO/UZP 1024/08. Zamawiający wskazał, iż określił parametry brzegowe opraw z podaniem albo poziomu tolerancji wskaźników albo wielkości minimum-maksimum, co w wystarczający sposób zadośćuczyniło wymogom ustawy PZP. Odnośnie wytycznych dla opraw oświetleniowych dotyczących ich wagi, wysokości i wielkości powierzchni bocznej narażonej na działania wiatru, Zamawiający wskazał, iż zgadza się, że przytoczone zapisy nie wpływają na zmniejszenie zużycia energii elektrycznej, jednak podniósł, iż źródłem przyszłych oszczędności będą nie tylko wielkości zużycia energii, ale również kwoty wydatkowane obecnie na utrzymanie, serwis i konserwację oświetlenia. Zamawiający podkreślił, iż ma świadomość, że wysięgniki są w stanie utrzymać cięższe oprawy, jednak waga oprawy ma bardzo duże znaczenie zarówno dla prac montażowych (ilość osób potrzebnych do montażu), konserwacyjnych (podobnie), jak i stabilności oprawy w warunkach wietrznych. Zamawiający określił maksymalną powierzchnię boczną oprawy narażoną na wiatr na niskim poziomie w tym samym celu - minimalnego wpływu warunków atmosferycznych na pracę oprawy. Wychodząc jednak naprzeciw wnioskowi Zamawiający wskazał, iż dopuści oprawy o maksymalnej wadze 7 kg +/- 5%. Zamawiający wskazał również, że Odwołujący posiada produkty spełniające te wymogi i na bazie tych produktów uczestniczył z sukcesem w przetargach, nie jest to więc czynnik eliminujący Odwołującego. Ponadto Zamawiający podniósł, iż określając maksymalną wysokość oprawy kierował się zarówno względami estetycznymi i wizualnymi, ważnymi z punktu widzenia Zamawiającego, jak również łatwością obsługi i późniejszej konserwacji, wskazał jednak, iż dopuści oprawy o maksymalnej wysokości 10 cm +/- 5%. Ponadto Zamawiający podniósł, iż dokonał już poprawek skutkujących ujednoczeniem zapisów w różnych elementach SIWZ, których sprzeczności wynikały z błędów literowych, cyfrowych, lub nie wychwyconych przez Zamawiającego różnic w dokumentach. Zamawiający podkreślił jednak, że przedmiotowe ujednoczenie jakkolwiek ważne ze względów proceduralnych, ma niewielki, jeżeli jakkolwiek, wpływ na oszacowanie wartości oferty przez potencjalnych wykonawców, Tolerancja 3% lub 5% dla temperatury barwowej jest czynnikiem niezauważalnym. Skuteczność świetlna 100 lm/W i 110 lm/W jest podana jako przykładowa, gdyż rzeczywiste wartości minimalne strumieni świetlnych i maksymalnej mocy opraw definiują bardzo dokładnie wymogi Zamawiającego, w każdym typie oprawy są dokładne dane brzegowe - minimum strumienia i maksimum mocy, które określają wymagania Zamawiającego. Zamawiający nie zgodził się także z zarzutem, iż

zapis o maksymalnej wielkości powierzchni bocznej narażonej na działanie wiatru nie zawiera tolerancji. Zamawiający nie żąda powierzchni 0,04 m² tylko nie więcej niż 0,04 m², co jest zapisem o dużej tolerancji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp. Izba wskazuje, że 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, 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 (por. wyrok KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Mając na względzie, iż Odwołujący deklaruje zainteresowanie przedmiotowym postępowaniem, Izba uznała, iż sposób ukształtowania postanowień SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, może przekładać się na jego sytuację w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty, a tym samym Odwołującemu nie sposób odmówić uprawnienia do wniesienia środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Na posiedzeniu w dniu 5 lutego 2018 r. Izba stwierdziła skuteczność zgłaszanego przez wykonawcę Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 Ustawy Pzp. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2018 r., przy czym Zamawiający informację o wpłynięciu odwołania w tej sprawie przekazał wykonawcom w dniu 24 stycznia 2018 r.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania przekazaną

przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, jak również dokumenty złożone przez Odwołującego podczas rozprawy. Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentów złożonych podczas rozprawy przez Zamawiającego z uwagi na fakt, iż zostały one złożone w jednym egzemplarzu, bez odpisów dla Odwołującego i Przystępującego, a zatem niezgodnie z § 24 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014 r. poz. 964 ze zm.).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego przedstawione w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, jak również złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 lutego 2018 roku. Strony postępowania na rozprawie podtrzymały w całości twierdzenia prezentowane w złożonych pismach. Przystępujący poparł w całości stanowisko Odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 5.1. SIWZ przedmiotem zamówienia publicznego jest wykonanie zadania pn. „Realizacja planu gospodarki niskoemisyjnej poprzez modernizację oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Szczaniec.” Zakres robót określono w następujący sposób:

- a) wymiana 22 szt. opraw oświetlenia ulicznego starego typu na oprawy LED,
- b) budowa linii oświetleniowych zastępczych dla linii ENEA Operator (obecnie 352 punktów),
- c) budowa nowych linii oświetleniowych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” – ilość szacunkowa 3410 mb linii kablowej wraz ze słupami i oprawami, w ilości 42 szt,
- d) budowa nowych linii oświetleniowych w systemie „zaprojektuj i wybuduj” – ilość szacunkowa 250 mb linii kablowej wraz ze słupami i oprawami, w ilości 6 szt. (oświetlenie parkowe),
- e) wyprowadzenie przewodów zasilających dla ozdób świątecznych – 161 sztuk,
- f) montaż uchwyty do mocowania flag na słupach – 161 sztuk,
- g) dokumentacja powykonawcza w geodezyjnym układzie odniesienia "1992", "2000/5" – format zapisu *.SHP zawierająca szczegółową inwentaryzację nowobudowanego i istniejącego oświetlenia, stacji zasilających oraz linii drogowego oświetlenia.

Szczegółowo przedmiot zamówienia opisany został w Tomie III SIWZ – „PFU i OPZ.” Na opis przedmiotu zamówienia składał się Załącznik nr 1 do OPZ - Wytyczne dla opraw oświetleniowych LED, Załącznik nr 2 do OPZ – Lokalizacja nowych punktów świetlnych na nowych liniach w systemie „Zaprojektuj i Wybuduj” oraz PFU – Program Funkcjonalno-Użytkowy. W Załączniku nr 1 Zamawiający określił parametry podstawowe oraz parametry optyczne, mechaniczne, elektryczne dla żądanych opraw, w tym m.in. posiadania przez oprawy skuteczności min. 110 lm/W, temperatury barwowej 4000 +/-3%, dostępu do komory

zasilania od góry, żywotności 80 000h przy $T_a=25^{\circ}\text{C}$, max. wagi 7 kg, max. wysokości oprawy 10 cm. Zamieścił także rysunki przykładowej oprawy oraz wskazał, iż podane parametry to minimalne wymagane parametry techniczne lub standardy jakościowe materiałów, a Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów równoważnych, tzn. spełniających minimum te parametry techniczne i jakościowe. W Załączniku nr 2 Zamawiający określił punkty świetlne na nowo wybudowanej linii kablowej, wskazując ilość istniejących i planowanych do dobudowy sztuk w odpowiednich miejscowościach. W PFU, w części opisowej, Zamawiający przedstawił m.in. przedmiot zamówienia, wymagania Zamawiającego w stosunku do przedmiotu zamówienia, w tym odnośnie dokumentacji, odnośnie realizacji, odnośnie sprzętu, materiałów i urządzeń oraz uwarunkowania wykonania przedmiotu zamówienia. W części informacyjnej PFU Zamawiający zawarł wykaz załączników do PFU (Załącznik nr 1 i 2 do OPZ) oraz podstawy prawne.

Po wniesieniu odwołania Zamawiający wprowadził modyfikacje treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W dniu 24 stycznia 2018 r., w ramach Modyfikacji nr 2, w związku ze zgłoszeniem różnic w opisach technicznych w poszczególnych elementach dokumentacji przetargowej, Zamawiający wprowadził jako obowiązujące dla wszystkich dokumentów składowych SIWZ następujące wymogi: 1. temperatura barwowa opraw oświetlenia ulicznego 4000K +/-5%; 2. wymóg trwałości paneli LED (utrzymanie strumienia świetlnego w czasie) na poziomie co najmniej 100 000 h pracy do L80B10 przy $T_a = 25^{\circ}\text{C}$; 3. skuteczność świetlna opraw, rozumiana, jako strumień świetlny emitowany przez oprawę z uwzględnieniem wszelkich występujących strat do całkowitej energii zużywanej przez oprawę, jako system, nie może być gorsza niż 110 lumenów/W; 4. konstrukcja korpusu umożliwia beznarzędziową wymianę układu optycznego wraz z układem zasilającym. Dodatkowo Zamawiający wprowadził zmiany w zakresach tolerancji niektórych parametrów technicznych opraw, poprzez określenie: 5. max. waga oprawy 7 kg +/-5%, 6. max wysokość oprawy 10 cm +/-5%.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z 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 technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1129, dalej jako „Rozporządzenie”), niemniej jedynie w części, w jakiej dotyczył niewskazania w części informacyjnej PFU oświadczenia Zamawiającego stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane w zakresie dotyczącym linii zastępczych dla 352 punktów świetlnych zlokalizowanych na słupach linii przesyłowych ENEA Operator.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż stosownie do przepisu art. 31 ust. 2 Ustawy Pzp, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno – użytkowego („PFU”). Wspomniany dokument został zdefiniowany przez wskazanie celów, których realizacji ma służyć, a wynikających z § 15 Rozporządzenia. W świetle wspomnianego przepisu PFU służy do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. Merytoryczna zawartość PFU opisana została w § 18 i 19 Rozporządzenia przez wskazanie na elementy składowe części opisowej i informacyjnej tego dokumentu. Część informacyjna PFU (do niej odnoszą się zarzuty odwołania) 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. Izba podziela stanowisko przedstawione w wyroku KIO z 8 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2164/16, 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.”*

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, iż w przypadku zamówień obejmujących zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych - odmiennie niż w przypadku zamówień dotyczących wyłącznie wykonania robót budowlanych - w opisie przedmiotu zamówienia nie występuje dokumentacja projektowa. Wskazuje na to wprost treść art. 31 ust. 2 Ustawy Pzp, który stanowi przepis szczególny w stosunku do art. 31 ust. 1 Ustawy Pzp i nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w przypadku zaprojektowania i wykonania robót budowlanych za pomocą PFU, a nie za pomocą

dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Potwierdza to także § 4 ust. 1 Rozporządzenia, stanowiący, iż dokumentacja projektowa służy do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, a nie na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Tymczasem argumentacja Odwołującego w zakresie omawianego zarzutu przedstawiona w uzasadnieniu odwołania sprowadzała się de facto nie do wykazania, że udostępniony przez Zamawiającego PFU nie spełnia wymagań określonych w § 18 czy § 19 Rozporządzenia, lecz do wykazania, że Zamawiający w sposób niedopuszczalny obarcza wykonawcę odpowiedzialnością za prawidłowość dokumentacji projektowej. Odwołujący wielokrotnie w treści odwołania powoływał się na okoliczności odnoszące się do dokumentacji projektowej, wskazując m.in., iż *„zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego [...] to Zamawiający, który dostarcza dokumentację projektową, ponosi odpowiedzialność, ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z ustawy kodeks cywilny i prawo budowlane, za prawidłowe wykonanie projektu, „przedmiot zamówienia na roboty budowlane z uwzględnieniem wymienionych w art. 29 Ustawy Pzp zasad opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej (art. 31 Ustawy Pzp), a dokumentacja projektowa jako fundamentalny element opisu zamówienia nie może budzić wątpliwości” czy też „Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia jest zobowiązany przedłożyć wykonawcom pełną dokumentację projektową, zawierającą wszelkie dokumenty niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty [...] i trudno oczekiwać od wykonawcy robót budowlanych, by pomimo posiadanej wiedzy i doświadczenia zawodowego a priori był w stanie zauważyć wszystkie błędy dokumentacji projektowej.”* Już zatem z tego względu argumentacja Odwołującego nie może zasługiwać na uwzględnienie. Nie budzi bowiem wątpliwości okoliczność, iż w przypadku zamówień obejmujących zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych - jak sama nazwa wskazuje - to właśnie opracowanie dokumentacji projektowej, a przynajmniej jej części, jest jednym z elementów zamówienia, a w konsekwencji jednym z obowiązków wykonawcy, a nie Zamawiającego. Potwierdza to treść PFU, gdzie Zamawiający w Części opisowej, w punkcie 1.1. wskazał na wymóg opracowania przez wykonawcę projektu modernizacji oświetlenia uwzględniającego klasy dróg i kategorie oświetlenia, zapewniającego osiągnięcie wymaganych normami parametrów, który będzie podstawą do wykonania robót budowlanych.

Ponadto Izba zwraca uwagę, iż w przypadku zamówień, których przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, odpowiedzialność Zamawiającego ogranicza się do przygotowania PFU w zgodzie z przepisami Rozporządzenia, wobec czego zarzuty stawiane opisowi przedmiotu zamówienia muszą wskazywać na ich naruszenie. W przedmiotowej sprawie Odwołujący, poza ogólnym powołaniem się na treść § 19 Rozporządzenia nie wskazał zasadniczo argumentacji uzasadniającej naruszenie przepisów

Rozporządzenia. Odwołujący co prawda w treści zarzutu z punktu II.1 petitum odwołania wskazał na informacje, których nie zawiera PFU, zaś w punkcie III.1 lit. a-i petitum odwołania wylistował szereg żądań w zakresie uzupełnienia PFU o wskazane w elementy, niemniej w treści uzasadnienia odwołania Odwołujący, poza argumentacją natury ogólnej dotyczącej obciążenia wykonawcy obowiązkami, za które w ocenie Odwołującego odpowiadać powinien sam Zamawiający, nie przedstawił jakichkolwiek argumentów, które wskazywałyby, dlaczego te wszystkie konkretne informacje i dokumenty podane w treści zarzutu i żądań petitum odwołania są niezbędne do opracowania oferty, a ich brak uniemożliwia ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych.

Odnosnie braku załączenia do PFU oświadczenia Zamawiającego stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane, łącznie z wykazem działek, na których będą prowadzone roboty, Odwołujący nie wykazał, aby dysponowanie tymi dokumentami przez wykonawcę warunkowało należyte przygotowanie oferty, w tym oszacowanie jej ceny. Izba nie kwestionuje stanowiska Odwołującego, iż tego rodzaju dokument jest niezbędny w celu dokonania wymaganego przepisami Prawa budowlanego zgłoszenia robót budowlanych niewymagających pozwolenia na budowę, niemniej w sytuacji, gdy na etapie opracowywania programu funkcjonalno – użytkowego nie jest możliwe dokładne przewidzenie przez Zamawiającego szczegółowego umiejscowienia nowych słupów i nowych linii kablowych, które zostanie ustalone dopiero na etapie opracowywania dokumentacji projektowej, po dokonaniu stosownych analiz, badań czy uzgodnień, trudno jest wymagać od Zamawiającego na obecnym etapie złożenia takiego oświadczenia ze szczegółowym wykazem danych ewidencyjnych i podstaw dysponowania konkretnymi nieruchomościami, na których realizowane będą roboty budowlane. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż brak dysponowania tego rodzaju oświadczeniem na etapie ofertowania uniemożliwia mu dokonanie wyceny i złożenie oferty w oparciu o informacje udostępnione w PFU. W treści uzasadnienia odwołania nie znalazła się jakakolwiek argumentacja, która dotyczyłaby kwestii oświadczenia Zamawiającego stwierdzającego jego prawo do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane, z kolei podczas rozprawy swoje twierdzenia w powyższym zakresie Odwołujący wiązał jedynie z koniecznością załączenia tego oświadczenia do zgłoszenia umożliwiającego rozpoczęcie realizacji robót, nie zaś z kwestią możliwości przygotowania oferty w zakresie obliczenia jej ceny i wykonania prac projektowych.

Niemniej skład orzekający Izby doszedł do przekonania, iż przynajmniej w zakresie, w jakim Zamawiający był w stanie ustalić lokalizację robót budowlanych na etapie opracowywania PFU, to mając na względzie treść § 19 pkt 2 Rozporządzenia, powinien on być przedstawić oświadczenie stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomościami na cele

budowlane. Izba zwraca uwagę, iż przedmiotem zamówienia była dobudowa oświetlenia na terenie gminy Szczaniec, w tym:

- linii zastępczych dla 352 punktów świetlnych zlokalizowanych na słupach linii przesyłowych ENEA Operator, zgodnie z PFU oraz załącznikiem nr 1 do OPZ „Wytyczne dla opraw oświetleniowych LED” - punkt 1.II.2.1 Części opisowej PFU;
- łącznie około 3410 mb nowych linii kablowych (ilość szacunkowa) dla nowych słupów wraz z oprawami LED w ilości 42 punktów zgodnie z PFU i załącznikami do PFU (załącznik nr 2 do OPZ – Lokalizacja nowych punktów świetlnych na nowych liniach oraz załącznik nr 1 do OPZ - Wytyczne dla opraw oświetleniowych LED), w systemie „Zaprojektuj i Wybuduj” - punkt 1.II.2.2 Części opisowej PFU;
- łącznie około 250 mb nowych linii kablowych (ilość szacunkowa) dla nowych słupów wraz z oprawami LED w ilości 6 punktów zgodnie z PFU i załącznikami do PFU (załącznik nr 2 do OPZ – Lokalizacja nowych punktów świetlnych na nowych liniach oraz załącznik nr 1 do OPZ - Wytyczne dla opraw oświetleniowych LED), w systemie „Zaprojektuj i Wybuduj” (oświetlenie parkowe) - punkt 1.II.2.3 Części opisowej PFU.

Z tak skonstruowanego opisu przedmiotu zamówienia wynika wniosek, iż tylko w zakresie dobudowy nowych linii kablowych dla nowych słupów (tj. punkt 1.II.2.2 i punkt 1.II.2.3 Części opisowej PFU) Zamawiającemu nie jest aktualnie znana dokładna lokalizacja nowych punktów świetlnych, co znajduje potwierdzenie w treści Załącznika nr 2 do OPZ „Lokalizacja nowych punktów świetlnych na nowych liniach,” który odnosi się tylko do tych nowych linii kablowych. Z kolei odnośnie dobudowy linii zastępczych dla 352 punktów świetlnych (punkt 1.II.2.1 Części opisowej PFU) Zamawiający wskazał, iż chodzi tu o punkty świetlne zlokalizowane na słupach linii przesyłowych ENEA Operator, czyli na słupach już istniejących. Zamawiający posiada zatem wiedzę, gdzie obecnie te punkty świetlne oraz słupy się znajdują, a w konsekwencji na jakich nieruchomościach będą prowadzone roboty budowlane obejmujące tę część przedmiotu zamówienia. Konieczność przedstawienia takiego oświadczenia (którego elementem jest wskazanie oprócz podstaw dysponowania nieruchomościami także oznaczenia ewidencyjnego nieruchomości), uzasadnia również fakt, iż dla tej części zamówienia Zamawiający ani w treści PFU, ani w żadnym załączniku do OPZ nie przedstawił informacji odnośnie lokalizacji tych 352 punktów świetlnych, dla których mają powstać linie zastępcze poza wskazaniem, że znajdują się one na słupach ENEA. Tym samym w tym zakresie załączenie do PFU oświadczenia stwierdzającego prawo Zamawiającego do dysponowania nieruchomościami na cele budowlane w ocenie Izby było możliwe i uzasadnione.

Z uwagi na powyższe Izba uwzględniła odwołanie we wskazanym wyżej zakresie i nakazała Zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

poprzez uzupełnienie Programu Funkcjonalno – Użytkowego o oświadczenie Zamawiającego stwierdzające jego prawo do dysponowania nieruchomością na cele budowlane w zakresie dotyczącym linii zastępczych dla 352 punktów świetlnych zlokalizowanych na słupach linii przesyłowych ENEA Operator.

W pozostałym zakresie Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 1-4 Ustawy Pzp w zw. z § 19 Rozporządzenia.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż brak załączenia do PFU wyników badań gruntowo – wodnych na terenie budowy dla potrzeb posadowienia obiektów, zaleceń konserwatorskich konserwatora zabytków, opinii lub ekspertyz z zakresu ochrony środowiska, porozumień, zgód lub pozwoleń oraz warunków technicznych i realizacyjnych związanych z przyłączeniem obiektu do istniejącej sieci energetycznej oraz dodatkowych wytycznych i uwarunkowań związanych z budową ma wpływ na ustalenie planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, a także na możliwość przygotowania oferty, szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych. W treści uzasadnienia odwołania, Odwołujący nie przedstawił argumentacji, która wykazywałaby, że te wszystkie elementy, których brak w PFU Odwołujący kwestionuje, faktycznie są niezbędne do obliczenia ceny oferty. Ponadto Odwołujący formułując dość szczegółowe żądania w zakresie elementów, o które PFU powinien zostać uzupełniony, nie wyjaśnił dlaczego te właśnie informacje są niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych. Jak zasygnalizowano już powyżej, argumentacja Odwołującego w zasadniczej mierze skupiała się na twierdzeniu, iż Zamawiający przerzucił na wykonawców obowiązek sporządzenia określonych badań, opracowań, dokumentacji czy uzyskania pozwoleń, które zdaniem Odwołującego leżeć powinny po stronie Zamawiającego, nie odnosiła się jednak do kwestii wpływu, jaki brak tych dokumentów miał lub mógł mieć na możliwość sporządzenia oferty, w szczególności ustalenia planowanych kosztów prac i kalkulacji ceny ofertowej, a w konsekwencji na zachowanie zasady uczciwej konkurencji. Tymczasem w postępowaniu odwoławczym to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu w zakresie wykazania, że dokumenty, których uzupełnienia się domaga są niezbędne dla zaprojektowania robót budowlanych, a także sporządzenia oferty i oszacowania ceny, któremu to obowiązkowi w ocenie Izby odwołujący nie zadośćuczynił, nie wykazując dlaczego niezbędne do zaprojektowania robót stanowiących przedmiot zamówienia są dokumenty takie jak np. wyniki badań gruntowo-wodnych, zaleceń konserwatorskich konserwatora zabytków czy opinii lub ekspertyz z zakresu ochrony środowiska. Odwołujący w treści uzasadnienia odwołania w ogóle nie odniósł się także do żądań związanych z uzupełnieniem PFU o inwentaryzację istniejącego oświetlenia zawierającej szczegółowe informacje m.in. o szerokości dróg, odstępów, kategorii przyporządkowanych drogom, etc. W żaden sposób nie wykazał również dlaczego

przedstawienie komputerowych obliczeń fotometrycznych potwierdzających opisanie przedmiotu zamówienia z należytą starannością dla ilości i mocy przyjętych opraw, jest niezbędne dla opracowania oferty i oszacowania ceny, a także wykonania projektu robót budowlanych.

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. W ocenie Izby Odwołującemu obowiązkowi temu nie sprostał. Jak już wskazano powyżej, wywód Odwołującego opierał się na próbie wykazania, że Zamawiający zmierza do obarczenia wykonawcy po podpisaniu umowy obowiązkami ustawowo przypisanymi Zamawiającemu w procesie przygotowania i przeprowadzenia zamówienia, niemniej Odwołujący w ogóle nie odniósł się do okoliczności, które wskazywałyby na rolę jaką dane dokumenty czy informacje, które nie znalazły się w PFU pełnią dla celów zaprojektowania robót budowlanych czy ustalenia kosztów prac projektowych i robót budowlanych ani nie wykazał, że przedstawione w PFU informacje nie są wystarczające aby oszacować cenę oferty. Ponadto żądanie przez Odwołującego uzupełnienia PFU o przedmiary robót nie znajduje podstawy w treści § 19 Rozporządzenia, który nie wskazuje na bezwarunkowy wymóg, aby PFU obejmował tego rodzaju dokumenty. Jak wynika wprost z § 4 ust. 1 pkt 3) Rozporządzenia przedmiar robót jest jednym z elementów dokumentacji projektowej służącej do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, a nie zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. Z kolei podnoszone podczas rozprawy przez Przystępującego twierdzenia w zakresie naruszenia § 19 pkt 1 Rozporządzenia związanego z koniecznością posiadania przez Zamawiającego decyzji o ustaleniu lokalizacji inwestycji celu publicznego nie były w ogóle przedmiotem odwołania, a zatem zgodnie z art. 192 ust. 7 Ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów nie zawartych w odwołaniu, nie mogły stać się przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Izba zwraca także uwagę, iż wykonywanie zamówienia w formule „zaprojektuj i wybuduj” niewątpliwie skutkuje wystąpieniem po stronie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia trudnościami związanymi z opracowaniem oferty na wykonanie zamówienia,

a także z przyjęciem i oszacowaniem ryzyka, jako, że oferta wykonawcy nie jest sporządzana na podstawie kompletnej dokumentacji dostarczonej przez zamawiającego, ale wyłącznie na podstawie ogólnej koncepcji zawartej w programie funkcjonalno-użytkowym. W tej sytuacji ryzyko, jakie wynika ze braku pełnych danych od Zamawiającego powoduje, że kalkulowanie ceny za wykonanie zamówienia musi obejmować także wkalkulowanie w cenę możliwości wystąpienie ryzyka wykonania dodatkowych robót. Formuła zaprojektuj i wybuduj – wobec możliwości przyjęcia różnych koncepcji realizacji przedmiotu zamówienia, w ramach jego opisu wynikającego z PFU – siłą rzeczy zakłada pewną nieporównywalność ofert, dla których wspólnym mianownikiem będzie cel, który ma zostać osiągnięty, ale już niekoniecznie metody jego osiągnięcia. Dlatego też nieuwzględnienie wszystkich elementów kosztotwórczych w opisie przedmiotu zamówienia realizowanego w formule zaprojektuj i wybuduj nie musi pozostawać w sprzeczności z przepisem art. 29 ust. 1 Ustawy Pzp, z kolei przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego pozostawionego całkowitej swobodzie wykonawcy daje wykonawcy możliwość wkalkulowania związanego z tym ryzyka w cenę oferty. Odwołujący zaś, jak wskazano powyżej, nie wykazał okoliczności, które dowodziłyby, iż przy tak sformułowanej treści PFU ustalenie kosztów prac projektowych i robót budowlanych, a w konsekwencji przygotowanie oferty, nie jest możliwe, a sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję.

W ocenie Izby nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 30 ust. 1 w zw. art. 31 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odniesienie się w opisie przedmiotu zamówienia do normy oświetlenia drogowego PN-EN 13201 bez wskazania wymagań w PFU w zakresie spełnienia normy dla wymiany opraw oświetleniowych i przerzucenie tego obowiązku na wykonawców. Powyższy zarzut został oparty wyłącznie na stwierdzeniu, iż Zamawiający wymaga od wykonawcy opracowania projektu modernizacji oświetlenia zapewniającego osiągnięcie wymaganych normami parametrów, podczas gdy to Zamawiający odpowiada za właściwe i precyzyjne opisanie wymagań uwzględniających wszystkie istotne dane i parametry. Powyższe twierdzenia w ocenie Izby nie znajdują oparcia w dokumentacji postępowania. Izba raz jeszcze zwraca uwagę, iż zamówienie realizowane jest w formule zaprojektuj i wybuduj, a zatem celem Zamawiającego jest zlecenie profesjonalnemu podmiotowi, posiadającemu odpowiednią wiedzę w zakresie wymagań niezbędnych dla spełnienia właściwych norm dla wymiany opraw oświetleniowych, nie tylko samej realizacji robót budowlanych, ale też uprzedniego wykonania projektu realizacji tych robót - w tym wypadku projektu modernizacji oświetlenia, uwzględniającego m.in. zgodność z konkretnymi normami. Siłą rzeczy zatem to na wykonawcy ciąży obowiązek wykonania projektu modernizacji oświetlenia zapewniającego osiągnięcie wymaganych normami parametrów, a za realizację tego obowiązku wykonawca otrzymać ma wynagrodzenie. Z uwagi

na powyższe nie sposób przyznać racji Odwołującemu, iż Zamawiający naruszył ww. przepisy Ustawy Pzp, zwłaszcza zważywszy na fakt, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał dlaczego posiadanie szczegółowych informacji co do wymogów w zakresie spełnienia normy dla wymiany opraw oświetleniowych na etapie składania oferty jest niezbędne do zaprojektowania robót budowlanych, a w konsekwencji dlaczego informacja taka była niezbędnym elementem PFU zgodnie z § 19 pkt 4 Rozporządzenia.

Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3 Ustawy Pzp oraz art. 30 ust. 1 w zw. art. 31 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy Pzp w zakresie, w jakim dotyczył dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób niespójny. Odwołujący opierał przedmiotowy zarzut na istniejących pomiędzy treścią programu funkcjonalno-użytkowego a treścią załącznika nr 1 do OPZ - „Wytyczne dla opraw oświetleniowych” niezgodnościach w opisie temperatury barwowej paneli LED, w które mają być wyposażone oprawy, trwałości paneli LED, skuteczności świetlnej oraz konstrukcji korpusu umożliwiającego beznarzędziową wymianę układu optycznego wraz z układem zasilającym. Niemniej należy zauważyć, iż Zamawiający w dniu 24 stycznia 2018 r. w ramach Modyfikacji nr 2 SIWZ ujedynolili treść PFU i Załącznika nr 1 do OPZ, wskazując obowiązujące dla obu dokumentów wymogi, tj.:

- temperaturę barową opraw oświetlenia ulicznego 4000K +/- 5%,
- trwałość paneli LED na poziomie co najmniej 100 000h pracy do L80B10 przy Ta=25C;
- skuteczność świetlna opraw nie może być gorsza niż 110 lumenów/W

W związku z powyższym zarzut Odwołującego w tym zakresie stracił aktualność, jako że wskazywane przez niego niespójności zostały wyeliminowane przez Zamawiającego.

Zamawiający w treści Modyfikacji nr 2 wyeliminował również rozbieżność istniejącą pomiędzy treścią PFU (z której wynikało, iż konstrukcja korpusu ma umożliwiać beznarzędziową wymianę układu optycznego i zasilającego), a treścią Załącznika nr 1 do OPZ (gdzie wymogu takiego nie przewidziano), przesądzając, że powyższy wymóg jest obowiązujący dla całej dokumentacji postępowania. Co prawda Odwołujący w ramach podniesionych w odwołaniu żądań wnosił o wykreślenie tego wymogu z treści PFU, niemniej argumentację w tym zakresie oparł wyłącznie na istniejącej w chwili wnoszenia odwołania niespójności pomiędzy treścią PFU a Załącznika nr 1 do OPZ, nie wskazując dlaczego w jego ocenie usunięcie tej niespójności powinno nastąpić właśnie poprzez wykreślenie tego wymogu. Odwołujący nie kwestionował również, że ww. wymóg sam w sobie jest sprzeczny z Ustawą Pzp, a zatem w tym stanie rzeczy w ocenie Izby brak było podstaw do uznania zasadności omawianego zarzutu.

Izba nie uwzględniła również omawianego zarzutu w zakresie dotyczącym braku przewidzenia przez Zamawiającego tolerancji dla powierzchni bocznej korpusu eksponowanej na wiatr. Zwrócić należy uwagę, iż Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek argumentacji,

która wskazywałaby, że brak dopuszczenia tolerancji na żądanym przez niego poziomie, tj. +/- 10%, utrudniać może uczciwą konkurencją, świadczy o nieadekwatności wymogu w stosunku do przedmiotu zamówienia czy też wpływa na możliwość złożenia poprawnej oferty. Odwołujący powoływał się na powyższą okoliczność wyłącznie w części uzasadnienia odwołania, w której zarzucał Zamawiającemu sprzeczność wewnętrzną dokumentacji przetargowej, gdy tymczasem w tym zakresie w dokumentacji nie zachodziła niespójność. Nadto Izba zwraca uwagę, iż Zamawiający nie określił w sposób sztywny powierzchni bocznej korpusu eksponowanej na wiatr, określił jedynie jej maksymalną wielkość („powierzchnia boczna korpusu eksponowana na wiatr nie może przekroczyć 0,04%”), co umożliwiło zaferowanie opraw także o mniejszej niż wskazana powierzchni bocznej korpusu. Z uwagi na powyższe Izba uznała zarzut w tym zakresie za nieudowodniony.

Izba nie przyznała racji Odwołującemu również w aspekcie dotyczącym dokonania opisu przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na konkretny produkt - oprawę URBINO firmy LUG. Odwołujący nie wykazał, iż opisane przez Zamawiającego parametry opraw spełniają wyłącznie produkty firmy LUG i że nie jest możliwe dostarczenie opraw o parametrach wymaganych przez Zamawiającego będącymi oprawami innych firm. Sam fakt, iż Odwołujący we własnym asortymencie nie posiada opraw spełniających wszystkie wymagane przez Zamawiającego parametry w ocenie Izby nie przesądza jeszcze o niekonkurencyjności takiego wymogu. Izba zwraca także uwagę, iż w zakresie parametrów dotyczących wagi i wysokości oprawy Zamawiający ostatecznie dopuścił tolerancję, tylko, że na niższym niż żądany przez Odwołującego poziomie +/- 5%. Z kolei odnośnie wymogu dostępu do komory zasilania od góry Izba zwraca uwagę, iż argumentacja Odwołującego w tym zakresie ograniczała się do opartego na własnym doświadczeniu twierdzenia, że taka konstrukcja obudowy naraża monterów na niebezpieczeństwo porażenia prądem. Odwołujący nie wykazał jednak, że wymóg ten naruszać może uczciwą konkurencję, w szczególności zaś, że tego rodzaju dostęp do komory zasilania jest charakterystyczny tylko dla opraw jednego producenta.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie uwzględniła również zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję i stanowi o sprzeczności z zasadą proporcjonalności. Izba zwraca uwagę, iż konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To Zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki ma osiągnąć. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom

złożenie oferty, a niektórych stawia w uprzywilejowanej pozycji. Dlatego w celu wykazania, że doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp należy uprawdopodobnić, że wymagania określone przez Zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, a oczekiwania co do określonych parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 277/10, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 czerwca 2012 r., sygn. akt XII Ga 152/12). Aby zatem skutecznie stawiać zarzut naruszenia art. 29 ust.1 i 2 Ustawy Pzp, nie można ograniczać się do argumentacji, że dany wykonawca nie może wykonać zamówienia, ale należy raczej kwestionować zbyt wygórowane i nieskorelowane z rzeczywistymi potrzebami Zamawiającego warunki. W ocenie Izby Odwoławczej, nie wykazał okoliczności, które poddawałyby w wątpliwość, że sposób określenia parametrów technicznych opraw nie znajdował uzasadnienia w rzeczywistych potrzebach Zamawiającego i naruszał uczciwą konkurencję ograniczając wykonawcom dostęp do zamówienia.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 14 Ustawy Pzp i art. 139 ust 2 Ustawy Pzp w związku z art. 353¹ i art. 647 Kodeksu cywilnego przez narzucenie niezgodnych z prawem i nieproporcjonalnych warunków umowy. Izba wskazuje, iż Odwoławczy w treści odwołania nie wskazał żadnych postanowień umowy, które w jego ocenie zawierać mają nieproporcjonalne lub niezgodne z prawem warunki. Odwoławczy przywołał wyłącznie treść § 10 ust. 3 i 5 wzoru umowy, który regulował kwestie wynagrodzenia, niemniej uczynił to w kontekście wykazania, że Zamawiający wymaga oszacowania wszelkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Następnie Odwoławczy jedynie w sposób ogólny odniósł się do zasady swobody umów oraz kwestii braku równorzędności pozycji stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego, nie przywołując jednak jakichkolwiek konkretnych postanowień wzoru umowy. Odwoławczy nie przedstawił również żadnych żądań skorelowanych z powyższym zarzutem, w szczególności w ogóle nie wnosił o zmianę postanowień wzoru umowy. W konsekwencji powołanie się wyłącznie na stwierdzenie istnienia nieproporcjonalności, czy też obarczenia wykonawcę większością, bądź nawet wszystkimi ryzykami związanymi z realizacją zamówienia, nie może być uznane za wystarczające do stwierdzenia naruszenia przepisów Ustawy Pzp. Należy przy tym pamiętać, że pozycja wykonawcy, nawet w zamówieniach publicznych, nie jest całkowicie przymusowa – to wykonawca jest wyłącznie uprawniony do podjęcia decyzji w przedmiocie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, a nadto ma swobodę w ustalaniu wysokości wynagrodzenia, które zamierza uzyskać za jego realizację. W tym stanie rzeczy brak było podstaw do uwzględnienia ww. zarzutu.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 5 ust. 2 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3600 zł.

Przewodniczący: