

WYROK
z dnia 9 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 sierpnia 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10.06.2021 r. przez wykonawcę **LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sokółka, Plac Kościuszki 1, 16-100 Sokółka**

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego:
 - braku publikacji całości Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), w zakresie braku publikacji załączników do SWZ tj. Załącznik nr 1 - Formularz ofertowy, Załącznik nr 3 - Zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia niezbędnych zasobów Wykonawcy, Załącznik nr 4 - Oświadczenia dotyczące przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, Załącznik nr 5 - Wykazu dostaw, Załącznik nr 6 - Oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w świadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (zarzut nr 1 odwołania),
 - sporządzeniu SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady równości i uczciwej konkurencji, a także proporcjonalności, w zakresie nałożenia na Wykonawcę obowiązku sprawdzenia zgodności dokumentacji projektowej z przedmiarami robót oraz SWZ i złożenia oświadczenia o braku rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami (zarzut nr 3b odwołania),
 - opisaniu zakresu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny, nieprecyzyjny i sprzeczny z zasadami prawa zamówień publicznych, w zakresie dokonania opisu przedmiotu zamówienia w części dotyczącej usługi bieżącej konserwacji oświetlenia ulicznego (Rozdział IV pkt 14, 15 i 16 SWZ) w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący (zarzut nr 3a odwołania).

Sygn. akt KIO 1744/21

2. w pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Sokółka, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.; dalej „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Poprawa efektywności energetycznej poprzez modernizację infrastruktury oświetlenia ulicznego na terenie Miasta Sokółka”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 31 maja 2021 r. pod pozycją 2021/S 103-270434.

W dniu 10 czerwca 2021r. wykonawca – LUG Light Factory sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucił naruszenie:

1. art. 133 ust. 1 Pzp poprzez brak publikacji części Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie: Załącznika nr 1 - Formularz ofertowy, Załącznika nr 3 - Zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia niezbędnych zasobów Wykonawcy, Załącznik nr 4 - Oświadczenia dotyczącego przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, Załącznika nr 5 - Wykazu dostaw, Załącznika nr 6 - Oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w świadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, Załącznika nr 8 - Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), a więc 6 z 8 załączników do SWZ, w tym dokumentu tak istotnego jak OPZ;
2. art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez umieszczenie w dokumencie nazwanym „Przedmiar robót” wskazania konkretnych cech opraw - prądu wyjściowego oraz mocy zamiast wskazania jedynie typu oprawy zgodnie z dokumentacją, co uniemożliwia zaoferowanie rozwiązania równoważnego względem zaproponowanych w projekcie opraw oświetleniowych;
3. art. 99 ust. 1 oraz 2 Pzp w zw. z art. 102 ust. 2 Pzp poprzez:
 - a) dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie usługi bieżącej konserwacji oświetlenia ulicznego (Rozdział IV pkt 14, 15 i 16 SWZ) w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, a także poprzez przerzucenie na wykonawcę ryzyk niemożliwych do oszacowania na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej;
 - b) nałożenie na Wykonawcę obowiązku sprawdzenia zgodności dokumentacji projektowej z przedmiarami robót oraz SWZ i złożenia oświadczenia o braku rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami (§2 ust. 5 projektu umowy) pomimo, że dokumentacja ta

Sygn. akt KIO 1744/21

została sporządzona na zlecenie Zamawiającego, a Wykonawca w obecnym postępowaniu nie jest podmiotem zajmującym się działalnością projektową, ale wykonawczą.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. dopuszczenia i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także innych dowodów wskazanych w niniejszym odwołaniu oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ewentualnie:
 4. nakazanie Zamawiającemu niezwłocznego opublikowania brakujących dokumentów i przedłużenie terminu składania ofert o okres przynajmniej 30 dni oraz zmianę dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w następujący sposób:
 - a) usunięcie z zakresu przedmiotu zamówienia usługi bieżącej konserwacji oświetlenia ulicznego, w tym odpowiednie dostosowanie wszystkich dokumentów;
 - b) usunięcia cech opraw oświetleniowych - prądu wyjściowego oraz mocy i wskazanie jedynie typu oprawy zgodnie z dokumentacją (tj. typ I, A, V);
 - c) ograniczenie zakresu badania zgodności dokumentacji projektowej z przedmiarami i SWZ do zakresu leżącego w zakresie wykonawstwa.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że uwzględni odwołanie w części dotyczącej:

1. braku publikacji całości Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), w zakresie braku publikacji załączników do SWZ tj. Załącznik nr 1 - Formularz ofertowy, Załącznik nr 3 - Zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia niezbędnych zasobów Wykonawcy, Załącznik nr 4 - Oświadczenia dotyczące przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, Załącznik nr 5 - Wykazu dostaw, Załącznik nr 6 - Oświadczenia wykonawcy o aktualności informacji zawartych w świadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp (zarzut nr 1 odwołania),
2. sporządzeniu SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady równości i uczciwej konkurencji, a także proporcjonalności, w zakresie nałożenia na Wykonawcę obowiązku sprawdzenia zgodności dokumentacji projektowej z przedmiarami robót oraz SWZ i złożenia oświadczenia o braku rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami (zarzut nr 3b odwołania),
3. opisanie zakresu przedmiotu zamówienia w sposób niejasny, nieprecyzyjny i sprzeczny z zasadami prawa zamówień publicznych, w zakresie dokonania opisu przedmiotu

Sygn. akt KIO 1744/21

zamówienia w części dotyczącej usługi bieżącej konserwacji oświetlenia ulicznego (Rozdział IV pkt 14, 15 i 16 SWZ) w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący (zarzut nr 3a odwołania).

Zamawiający odnosząc się do zarzutu nr 2 wskazał, że opisy umieszczone w dokumentacji projektowej określają wyłącznie parametry techniczne opisywanego sprzętu, w żaden sposób nie ograniczają uczciwej konkurencji. Dokumentacja nie zawiera nazw własnych a wskazane parametry nie podlegają ochronie patentowej. Wskazał, że wszelkiego rodzaju sporne kwestie doprecyzował odpowiadając na pytania do przedmiotowego postępowania przetargowego. Dokumentacja projektowa w tym przedmiar robót opisuje modernizację istniejącego systemu oświetlenia ulicznego, którego głównym przedmiotem jest wymiana opraw oświetleniowych na istniejących słupach i wysięgnikach a nie budowa nowych linii oświetleniowych. Zamawiający podkreślił, że projektant dokonując opisu przedmiotu zamówienia musiał założyć wartości referencyjne dotyczące systemu oświetlenia w tym parametrów opraw w celu spełnienia nie tylko efektu ekologicznego ale również spełnienie wymagań zawartych w normach i przepisach dotyczących oświetlenia ulicznego i przepisach dotyczących zapewnienia bezpieczeństwa ruchu drogowego w ramach istniejącej i nieprzebudowywanej infrastruktury systemu oświetlenia ulicznego. Stwierdził, że nieprawdziwym jest twierdzenie Odwołującego, iż zastosowanie opraw o określonej mocy nie znajduje odzwierciedlenia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego. Zamawiający zobowiązany jest do osiągnięcia efektu ekologicznego w odniesieniu do realizacji całego projektu inwestycyjnego ale również jest zobowiązany do przestrzegania przepisów dotyczących oświetlenia ulicznego i bezpieczeństwa ruchu drogowego i musiał uwzględnić je w dokumentacji projektowej stanowiącej opis przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów odwołania uwzględnionych przez Zamawiającego na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp.

Izba ustaliła:

Wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów odwołania, rozstrzygnięcia Izby wymagał zarzut 2 odwołania dotyczący naruszenia art. 99 ust. 1, 2 i 4 Pzp oraz art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez sporządzenie SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający i ograniczający uczciwą konkurencję, poprzez umieszczenie w dokumencie nazwanym „Przedmiar robót” wskazania konkretnych cech opraw - prądu wyjściowego oraz mocy zamiast wskazania jedynie typu oprawy zgodnie z dokumentacją, co uniemożliwia zaoferowanie rozwiązania równoważnego względem zaproponowanych w projekcie opraw oświetleniowych.

Odwołujący uzasadniając powyższy zarzut wskazał, że Zamawiający w dokumencie pn. „Przedmiar robót” cechy opraw - prądu wyjściowego oraz mocy, wymaga od wykonawcy osiągnięcia efektu ekologicznego wskazanego w tabeli:

Efekt ekologiczny				
Parametr	Moc	Czas świecenia	Zużycie energii	Emisja CO ₂
	[kW]		[MWh]	[Mg]
Przed modernizacją	212,051	4150	880,01	696,969
Po modernizacji	69,86	4150	231,95	183,705
Różnica	-		-648,06	-513,264
Redukcja emisji CO ₂ [%]				73,64

W opinii Odwołującego nieprawidłowe i prowadzące do ograniczenia konkurencji jest zawarcie w „Przedmiarze robót” cech poszczególnych opraw. Skoro bowiem Zamawiający zobowiązany jest do osiągnięcia efektu ekologicznego w odniesieniu do realizacji całego projektu inwestycyjnego, bez znaczenia pozostają moce poszczególnych opraw, a jedynym wyznacznikiem pozostaje moc całego systemu po modernizacji. Natomiast konieczność zastosowania danej liczby opraw o ściśle określonych mocach, uniemożliwia realizację inwestycji w sposób bardziej efektywny ekologicznie. Jednocześnie zastosowanie opraw o określonej mocy nie znajduje odzwierciedlenia w uzasadnionych potrzebach Zamawiającego.

Rozpatrując powyższy zarzut Izba ustaliła, że jak wynika z TOM 1/3 Projektu budowlano – wykonawczego, stanowiącego załącznik do SWZ, dopuszczalne jest odstępstwo od parametrów referencyjnych wyników fotometrycznych do 10% pod warunkiem spełnienia wymagań Polskiej Normy PN-EN 13201 z wyłączeniem luminancji natężenia

Sygn. akt KIO 1744/21

oświetlenia na jezdniach, tzn. tolerancja dla parametrów Lm, Em i Emin dla jezdni na poziomie 5% w stosunku do referencyjnych obliczeń fotometrycznych pod warunkiem spełnienia wymagań ww. Normy przy założeniu tych samych parametrów (szerokość drogi, szerokość modułu, współczynnik konserwacji, wysokość montażu, kąt nachylenia, nawierzchnia, położenia obserwatorów, itp.) Zakłada się spełnienie tych parametrów na poziomie nie gorszym niż w wyliczeniach referencyjnych z dopuszczalnym odstępstwem. Na wykonawcy ciąży obowiązek udokumentowania spełnienia wymagań poprzez wykonanie i dostarczenie na wezwanie zamawiającego przedmiotowych dokumentów zawierających wszystkie elementy wraz z plikiem źródłowym zapisanym w formacie .dlx lub równoważnym. Obliczenia oraz prezentacja wyników obliczeń musi być w pełni zgodna z przyjętymi w projekcie.

Ponadto Izba ustaliła, że Zamawiający na stronie 11 ww. dokumentu zamieścił zdjęcie oprawy, wskazując jednocześnie, że dla oświetlenia zastosować oprawy posiadające takie same cechy wzornicze i parametry konstrukcyjne wyszczególnione na poniższym rysunku. Zmiana wyglądu oprawy wymaga ponownego uzgodnienia z Wojewódzkim Urzędem Ochrony Zabytków w Białymstoku.

Izba zważyła:

Wskazać należy, że zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Stosownie do treści ust. 2 ww. przepisu Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Natomiast zgodnie z art. 99 ust. 4 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Podkreślić należy, że Odwołujący zarzucał, że Zamawiający w sposób nieuprawniony narzucił wykonawcom konieczność zastosowania danej liczby opraw o ściśle określonych mocach, co uniemożliwia zaoferowanie innym opraw niż oprawa firmy Schröder model Izylum.

Sygn. akt KIO 1744/21

Ponadto Odwołujący wskazywał, że Zamawiający w „Przedmiarze robót” zawarł szczegółowe cechy poszczególnych opraw, w tym na stronie 11 Projektu budowlano – wykonawczego przedstawił zdjęcie oprawy ww. producenta.

Rozpatrując powyższy zarzut, Izba uwzględniła przytoczone wyżej zapisy Projektu budowlano - wykonawczego i stwierdziła, że wbrew stanowisku Odwołującego Zamawiający dopuścił odstępstwo od parametrów referencyjnych wyników fotometrycznych do 10% pod warunkiem spełnienia wymagań Polskiej Normy PN-EN 13201 (...). Powyższe więc powoduje, że wykonawcy mogą zaoferować w postępowaniu inne oprawy niż wskazana przez Odwołującego oprawa firmy Schröder pod warunkiem spełnienia parametrów na poziomie nie gorszym niż w wyliczeniach referencyjnych z dopuszczalnym odstępstwem. Tym samym nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego co do ścisłego określenia mocy przez Zamawiającego skoro z dokumentacji postępowania wynika możliwość odstępstwa od górnej granicy w wysokości 10%. Co istotne sam Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że gdyby Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że podane przez niego wartości dotyczące mocy i prądu są wartościami maksymalnymi oraz, że dopuszcza odstępstwo od powyższych parametrów w wys. 10%, powyższe stanowiłoby o niezasadności zarzutów odwołania. Podkreślić należy, że zapis o dopuszczeniu odstępstwa od określonych parametrów zawarty był w treści dokumentacji postępowania już w momencie wnoszenia odwołania, co potwierdza, że Odwołujący w sposób niedostateczny i z nienależytą starannością zapoznał się z treścią SWZ oraz załącznikami, a powyższe w sposób zasadniczy przedkłada się na treść rozstrzygnięcia Izby.

Odnosząc się natomiast do wskazanych przez Zamawiającego cech opraw i załączonego w dokumentacji zdjęcia takiej oprawy Izba stwierdziła, że prezentowane na rozprawie przez Zamawiającego stanowisko co do przykładowego charakteru powyższego zdjęcia wynika wprost z zapisu zawartego na stronie 11 Projektu budowlano-wykonawczego. Zawarto tam bowiem wprost stwierdzenie, że dla oświetlenia wykonawcy mają „zastosować oprawy posiadające takie same cechy wzornicze i parametry konstrukcyjne wyszczególnione na poniższym rysunku”. W konsekwencji stwierdzić należy, że obowiązkiem wykonawców było zastosowania nie tych samych opraw lecz opraw posiadających takie same cechy wzornicze i parametry konstrukcyjne. Zamawiający wyjaśniał, że powyższe zdjęcie jako wzór jest konieczne do zobrazowania wykonawcom wzoru opraw, ponieważ wzór ten został ustalony z Wojewódzkim Urzędem Ochrony Zabytków w Białymstoku, a każda zmiana wyglądu oprawy wymaga ponownego uzgodnienia z powyższym organem. W konsekwencji Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący cech poszczególnych opraw.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie

Sygn. akt KIO 1744/21

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

Przewodniczący: