

Sygn. akt: KIO 2443/19

POSTANOWIENIE
z dnia 13 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 13 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2019 r. przez wykonawcę – **LUG Light Factory Sp. z o.o.** z siedzibą w Zielonej Górze przy ul. Gorzowskiej 11 (65-127 Zielona Góra) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Krasocin** z siedzibą w Krasocinie przy ul. Macierzy Szkolnej 1 (29-105 Krasocin)

postanawia:

1. Umarza postępowanie odwoławcze;
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **LUG Light Factory Sp. z o.o.** z siedzibą w Zielonej Górze, stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kielcach.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Krasocin zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „Pzp” pn. *Modernizacja oświetlenia na terenie Gminy Krasocin* (nr referencyjny: RI.271.1.13.2019.MW), zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 listopada 2019 r., pod numerem 2019/S 229-561563.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca LUG Light Factory Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze zwany dalej: „odwołującym” w dniu 2 grudnia 2019 r. wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”) i programu funkcjonalno-użytkowego (dalej zwanego: „PFU”) oraz innych dokumentów w zakresie postanowień:

- załącznika nr 7 (PFU) do ogłoszenia o zamówieniu pkt 2.2.2. w brzmieniu *„Dobór opraw oświetleniowych powinien uwzględniać ich właściwości funkcjonalne opisane w pkt. 2.2.3 oraz gwarantować uzyskanie parametrów oświetleniowych przewidzianych normą PN- EN13201 dla klas oświetleniowych poszczególnych odcinków ulic. Z uwagi na planowane znaczne redukcje mocy opraw na drogach najniższych klas oświetleniowych wymaga się stosowanie nie niższej mocy opraw • dla opraw ulicznych nie mniej niż 30W • dla opraw parkowych i ozdobnych nie mniej niż 40 W. Dobór mocy opraw nie może skutkować przekroczeniem projektowanej mocy zainstalowanej w wymiarze 111,745kW”* - poprzez zastosowanie przez zamawiającego kryteriów nie znajdujących oparcia w uzasadnionych i realnych potrzebach zamawiającego, tj. zastosowanie wymogów minimalnych dla mocy opraw, które to nie są w żaden sposób uzasadnione z punktu widzenia zamawiającego, natomiast mogą powodować ograniczenie korzyści wynikających ze zmniejszonego zużycia energii przez nowe oprawy, jednocześnie bezpodstawnie faworyzując podmioty współpracujące z producentem, którego produkty zostały pośrednio wskazane w dokumentacji przetargowej; załącznika nr 7 (PFU) i SIWZ w zakresie rozbieżności dotyczących certyfikacji opraw oświetleniowych poprzez wskazanie przez zamawiającego w SIWZ wymogu posiadania certyfikatu ENEC+ (przykładowo SIWZ strona 20, ppkt 22.13, wiersz 5. tabeli), natomiast w PFU certyfikatu ENEC (PFU strona 18 pkt 2.2.4., wiersz 9 tabeli); załącznika nr 7 (PFU) w zakresie oświetlenia parkowego znajdującego się na stronie 18, ppkt 2.2.4., wiersz 16 i 18 tabeli - poprzez niewskazanie przez zamawiającego kryteriów, które będzie brał pod uwagę przy ocenie

równoważności, jak również wskazanie przez zamawiającego na precyzyjne wymiary opraw, co prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji, jednocześnie formułując wymóg, który nie znajduje odzwierciedlenia w obiektywnych i uzasadnionych potrzebach zamawiającego;

- odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia - poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący;

- wzoru umowy - poprzez brak zawarcia wszystkich jej istotnych postanowień jak również zawarcie sformułowań sprzeciwiających się właściwości (naturze) stosunku, obowiązującym przepisom oraz zasadom współżycia społecznego skutkujące sformułowaniem wzoru umowy z istotnymi wadami.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez:

a) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, tj. poprzez umożliwienie złożenia oferty tylko przez wąską grupę podmiotów współpracujących z producentem, którego produkty zostały pośrednio wskazane w SIWZ;

b) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania, w wyniku ustanowienia wymogów wskazujących wprost na konkretną markę sprzętu;

c) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wskutek sformułowanie parametrów, które łącznie spełnia potencjalnie tylko jeden producent, a parametry te nie znajdują odzwierciedlenia w obiektywnych potrzebach zamawiającego;

d) opisanie kryteriów oceny równoważności w sposób, który w praktyce uniemożliwia zastosowanie jakichkolwiek innych produktów niż wskazane przez Zamawiającego w SIWZ;

2) (i) art. 31 ust. 2, 3 i 4 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 Pzp oraz w zw. z §15 oraz §19 pkt 1, 2 i 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 zaniechanie przez zamawiającego jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w efekcie do nieprzedstawienia w SIWZ:

a) potwierdzających zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów oraz jednoczesnego postawienia wymogu

- zgłoszenia wymogu robót budowlanych wbrew ich kwalifikacji oraz bez wskazania jednoznacznej podstawy prawnej w prawie budowlanym;
- b) kopii mapy zasadniczej pozwalającej na jednoznaczną lokalizację obiektów objętych przedmiotowymi robotami budowlanymi;
 - c) zaleceń konserwatorskich konserwatora zabytków poprzez umieszczenie w Programie Funkcjonalno-Użytkowym niejednoznacznych zapisów, bez powołania się na konkretne zalecenia konserwatora zabytków lub jednoznaczne stwierdzenie, że przedsięwzięcie nie wymaga zgody (ustaleń) z konserwatorem zabytków;
 - d) inwentaryzacji zieleni na podstawie której możliwe byłoby ustalenie zakresu i kosztów wykonania wymaganej podcinki;
 - e) pomiarów ruchu drogowego uzasadniających przyjęcie wskazanych w SIWZ kategorii oświetlenia dróg;
 - f) inwentaryzacji lub dokumentacji obiektów budowlanych podlegających przebudowie, odbudowie, rozbudowie lub remontom objętym przedmiotowym przedsięwzięciem pozwalających na ustalenie lokalizacji 1692 szt. opraw do wymiany oraz 393 stanowisk słupowych do dowieszenia opraw;
 - g) szczegółowej lokalizacji (numerów działek) na których mają być wybudowane latarnie zasilane z odnawialnych źródeł energii (OZE) oraz oświadczenia o prawie dysponowania tymi nieruchomościami na cele budowlane;
 - h) zgody lub pozwolenia na wykonanie przedmiotowych prac oraz warunków technicznych wydanych przez PGE Dystrybucja S.A. związanych z przyłączeniem obiektu do istniejącej sieci energetycznej m.in. 393 szt. nowych opraw oświetleniowych;
- (ii) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 Pzp oraz w zw. z §4 pkt 2 ust. 1, 2 i 3 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 zaniechanie przez zamawiającego jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w efekcie do przedstawienia w SIWZ:
- a) nieuzasadnionego szczególnymi potrzebami zamawiającego wymogu sporządzenia 93 dokumentacji projektowych zgodnie z wymogami §4 pkt 1 przedmiotowego rozporządzenia mimo jednoznacznego zapisu i wskazania podstawy prawnej, że przewidziane w zadaniu roboty budowlane nie wymagają pozwolenia na budowę;
 - b) wzajemnie sprzecznych i nieuzasadnionych szczególnymi potrzebami zamawiającego wymagań dotyczących dokumentacji powykonawczej;

- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 353¹ kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp poprzez nieuwzględnienie przez zamawiającego we wzorze umowy wszystkich jej istotnych postanowień, jednocześnie umieszczając przepisy, których treść lub cel sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku prawnego, obowiązującym przepisom oraz zasadom współżycia społecznego, poprzez sformułowanie wzoru umowy z następującymi wadami:
- a) § 1 ust. 3 pkt. 11 wzoru umowy - poprzez stworzenie przez zamawiającego uprawnienia dla inspektora nadzoru (podmiotowi trzeciemu) oraz umożliwienie zamawiającemu dopuszczenie się dowolnego opóźnienia w zatwierdzaniu harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz zaniechaniu wskazania podstawy nie zatwierdzania tego harmonogramu, co powoduje, że decyzja zamawiającego (czy opinia inspektora nadzoru) będzie w zakresie niezatwierdzania lub zatwierdzania dokumentów całkowicie arbitralna, jak również brak jest terminu, w którym inspektor nadzoru powinien ustosunkować się do propozycji harmonogramu rzeczowo- finansowego;
 - b) § 1 ust. 3 pkt 15 wzoru umowy - poprzez stwierdzenie, że harmonogram taki powinien zostać przedstawiony wyłącznie na wniosek zamawiającego, podczas gdy harmonogram powinien ulegać zmianie w każdym przypadku opóźnienia;
 - c) § 2 ust. 1 lit. a) wzoru umowy - poprzez brak zapisów o obowiązku zamawiającego do zaakceptowania lub wniesienia uwag a w rezultacie odbioru dokumentacji projektowej w przewidywalnym terminie powodujące nałożenie na wykonawcę nieprzewidywalnego ryzyka opóźnień w realizacji robót, spowodowanych opieszałością zamawiającego;
 - d) § 10 ust. 1 pkt 8 wzoru umowy - poprzez umożliwienie zamawiającemu dopuszczania się dowolnego karania wykonawcy na podstawie całkowicie arbitralnych decyzji zamawiającego, z pominięciem prawa do obrony przez wykonawcę, jak również zignorowanie przez zamawiającego konieczności wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia zgodnie za zasadami sztuki budowlanej oraz przepisami prawa, nawet jeżeli stoi to w sprzeczności z zapisami Programu Funkcjonalno-Użytkowego lub wytycznymi inspektora nadzoru, oraz sformułowania przez zamawiającego przepisu, który pozostaje w rażącej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego poprzez umożliwienie zamawiającemu karania wykonawcy dwukrotnie, tj. z jednej strony za opóźnienie w wykonaniu umowy, natomiast z drugiej za pobieranie kary za niezgodności z SIWZ i PFU, które muszą zostać przez wykonawcę usunięte w celu pozytywnego odbioru przedmiotu zamówienia.

Z uwagi na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w treści ogłoszenia, SIWZ oraz załączników poprzez:

- 1) usunięcie wymagań zamawiającego określonych w załączniku nr 7 (PFU) do ogłoszenia o zamówieniu poprzez usunięcie minimalnych mocy oprawy; odwołujący zaproponował zapis: *„Dobór opraw oświetleniowych powinien uwzględniać ich właściwości funkcjonalne opisane w pkt. 2.2.3 oraz gwarantować uzyskanie parametrów oświetleniowych przewidzianych normą PN-EN13201 dla klas oświetleniowych poszczególnych odcinków ulic. ~~Z uwagi na planowane znaczne redukcje mocy opraw na drogach najniższych klas oświetleniowych wymaga się stosowanie nie niższe) mocy opraw • dla opraw ulicznych nie mniej niż 30W • dla opraw parkowych i ozdobnych nie mniej niż 40W. Dobór mocy opraw nie może skutkować przekroczeniem projektowanej mocy zainstalowanej w wymiarze 11 1,745kW”~~”; ujednolicenie przepisów zawartych w SIWZ z przepisami zawartymi w załączniku nr 7 (PFU) poprzez ustalenie wymogu posiadania przez oprawy certyfikatu ENEC (usunięcie przepisów odnoszących się do ENEC+); zawarcie przez zamawiającego kryteriów oceny równoważności, które z jednej strony pozwalają na zastosowanie rozwiązań równoważnych, przy jednoczesnej obiektywnej możliwości oceny, czy rozwiązanie proponowane przez wykonawcę może zostać uznane za rozwiązanie równoważne; rezygnację przez zamawiającego ze wskazywania na precyzyjne wymiary opraw oświetleniowych, a użycie w zamian za to opisu lub fotografii, które będą wskazywały na pożądany wizerunek opraw i ewentualny opis funkcjonalności, które mają być przez te oprawy realizowane;*
- 2) uwzględnienie w SIWZ oraz PFU:
 - a) przedstawienie dokumentów potwierdzających zgodność zamierzenia budowlanego z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów oraz wskazania jednoznacznej postawy prawnej (kwalifikacji robót) na podstawie której wykonawca ma dokonać zgłoszenia robót lub rezygnacji z tego wymogu przez zamawiającego;
 - b) załączenie kopii mapy zasadniczej pozwalającej na jednoznaczną lokalizację obiektów objętych przedmiotowymi robotami budowlanymi;
 - c) umieszczenie zaleceń konserwatorskich autorstwa konserwatora zabytków lub jednoznaczne stwierdzenie, że przedsięwzięcie nie wymaga zgody (ustaleń) z konserwatorem zabytków;
 - d) zestawienia tabelarycznego inwentaryzacji zieleni na podstawie której możliwe byłoby ustalenie zakresu i kosztów wykonania wymaganej podcinki;

- e) inwentaryzacji w formie tabelarycznej i informacji przestrzennej GIS (w formie elektronicznej) oraz posiadanej dokumentacji obiektów budowlanych podlegających przebudowie, odbudowie, rozbudowie lub remontom objętym przedmiotowym przedsięwzięciem pozwalających na jednoznaczne ustalenie lokalizacji 1692 szt. opraw do wymiany oraz 393 stanowisk słupowych do dowieszenia opraw ze wskazaniem lokalizacji każdej z 500 szt. opraw, które mają być wyposażone w sterowniki systemu sterowania;
 - f) Audytu Energetycznego modernizacji systemu oświetlenia ulic, który stanowi podstawę opracowania SIWZ oraz Programu Funkcjonalno-Użytkowego
 - g) szczegółowej lokalizacji (numerów działek) na których mają być wybudowane latarnie zasilane z odnawialnych źródeł energii (OZE) oraz oświadczenia o prawie dysponowania tymi nieruchomościami na cele budowlane;
 - h) zgody lub pozwolenia na wykonanie przedmiotowych prac oraz warunków technicznych wydanych przez PGE Dystrybucja SA związanych z przyłączeniem obiektu do istniejącej sieci energetycznej m.in. 393 szt. nowych opraw oświetleniowych;
 - i) warunków prowadzenia robót w pasie drogowym od każdego z zarządców dróg, przy których wykonywane mają być roboty budowlane;
 - j) pełnego i wyczerpującego Przedmiaru Robót, który nie będzie elementem pomocniczym, a wiążącym dokumentem pozwalającym na prawidłowe skalkulowanie ceny ryczałtowej przez wykonawcę lub usunięcie tego załącznika z dokumentacji;
 - k) obliczeń fotometrycznych wskazujących na osiągnięcie wskazanych mocy w projekcie referencyjnym wykorzystanym przez zamawiającego w ogłoszeniu;
- 3) zmiany przepisów zawartych we wzorze umowy przez:
- a) wykreślenie przepisu § 1 ust. 3 pkt 11;
 - b) zmianę przepisu § 1 ust. 3 pkt 15 poprzez usunięcie fragmentu „wyłącznie na wnioski Zamawiającego”; brzmienie przepisu proponowane przez odwołującego: „Wykonawca w przypadku opóźnień w realizacji etapów inwestycji, opracuje w terminie trzech dni, nowy, aktualny harmonogram i przedłoży go do zatwierdzenia Zamawiającemu, przy zachowaniu umownego terminu zakończenia robót”;
 - c) zmianę przepisu §2 ust. 1 lit. a) poprzez dodanie terminu na akceptację przez zamawiającego dokumentacji projektowej; brzmienie przepisu proponowane przez odwołującego: „Przekazanie dokumentacji projektowej - do dnia ... roku. Zamawiający dokona akceptacji przekazanej dokumentacji projektowej w terminie do siedmiu dni od daty jej przekazania przez Wykonawcę.”;
 - d) wykreślenie przepisu §10 ust. 1 pkt 8.

Jednocześnie odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym uiszczonego przez wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przedstawionych w toku postępowania, jak również zwrotu opłaty skarbowej w uiszczonej wysokości.

Zamawiający zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej oraz na platformie zakupowej w dniu 4 grudnia 2019 r. Do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający przed otwarciem posiedzenia Izby pismem z dnia 13 grudnia 2019 r. na podstawie art. 186 ust. 2 Pzp oświadczył, że po zapoznaniu się z treścią odwołania uwzględni w całości zarzuty przedstawione przez odwołującego.

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

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie zaistniał stan faktyczny wskazany w powyższej normie prawnej, tj. zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a do postępowania po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W związku z tym Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Natomiast dalsze czynności, które zamawiający podjął lub podejmie w celu uczynienia zadość żądaniom odwołania, pozostają poza oceną Izby w związku z ustaleniem zaistnienia przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 192 ust. 1 Pzp o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Orzeczenie Izby w rozpatrywanej sprawie w żadnym zakresie nie miało charakteru merytorycznego, zatem przybrało postać postanowienia.

W związku z powyższym Izba, działając na podstawie art. 186 ust. 2 zd. 1 i art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp, postanowiła jak w pkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 1) Pzp, uznając, że znoszą się one wzajemnie. Jednocześnie, mając na względzie fakt, iż uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości nastąpiło przed otwarciem rozprawy, Izba nakazała dokonanie na rzecz odwołującego zwrotu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 lit. a) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od

odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: