

Sygn. akt: KIO/UZP 102/07

WYROK/POSTANOWIENIE*

z dnia 23 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Renata Tubisz
Agnieszka Wiśniewska
Protokolant: Urszula Krynicka

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie* w dniu / w dniach* 23.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Centrum Zaopatrzenia Energetyki „ELTAST” Sp. z o.o. ul. Toruńska 9, 26-600 Radom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Łask ul. Warszawska 14, 98-100 Łask** protestu / protestów* z dnia 10.12.2007 r.

przy udziale **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o. ul. Gazowa 26a 50-513 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Centrum Zaopatrzenia Energetyki „ELTAST” Sp. z o.o. ul. Toruńska 9, 26-600 Radom**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Centrum Zaopatrzenia Energetyki „ELTAST” Sp. z o.o. ul. Toruńska 9, 26-600 Radom**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Centrum Zaopatrzenia Energetyki „ELTAST” Sp. z o.o. ul. Toruńska 9, 26-600 Radom**

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Łask zostało wszczęte przez Zamawiającego Gmina Łask, ul. Warszawska 14, 98-100 Łask ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Numer 209156-2007; data zamieszczania: 30 października 2007 r.

W dniu 03 grudnia 2007 r. faxem (pismem z dnia 30.11.2007.) firma Centrum Zaopatrzenia Energetyki „ELTAST” Sp. z o. o., ul. Toruńska 9, 26-600 Radom zwana dalej ELTAST została zawiadomiona o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Thorn Lighting Polska Sp. z o. o. z Wrocławia oraz odrzuceniu swojej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 Ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwana dalej ustawą Pzp. W odrzuceniu Zamawiający stwierdza, iż wymagał dla potwierdzenie, że oferowane oprawy oświetlenia ulicznego będą spełniać wymagania oświetleniowe zgodnie z kategoriami oświetlenia określonymi według normy

PN-EN 13201, załączenia do oferty obliczeń fotometrycznych dla proponowanych opraw. Obliczenia należało wykonać dla 13 charakterystycznych odcinków dróg zgodnie z załączonym do Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przykładowymi obliczeniami (załącznik nr 12). Obliczenia miały potwierdzać spełnienie wymagań normy PN-EN 13201 co do uzyskania parametrów świetlnych nie gorszych niż zakładała w/w norma. Zamawiający przyjął współczynnik utrzymania 0,77, czyli współczynnik zapasu $1/0,77 = 1,33$. Po analizie obniżył to wymaganie dla celów obliczeniowych do $1/0,8=1,25$ co zostało zawarte w przykładowych obliczeniach załączonych do SIWZ. Zdaniem Zamawiającego, wykonawca, którego oferta została odrzucona w 5 z 13 obliczeń zastosował wartość współczynnika utrzymania 0,85 co skutkuje (w obliczeniach) zaniżeniem o 5 % poprzeczki dla spełnienia parametrów oświetleniowych, co powoduje iż łatwiej jest osiągnąć w programie do wspomagania obliczeń, wymagane parametry oświetleniowe określone normą PN-EN 13201. Ponadto, w wyniku powyższego Zamawiający jako użytkownik będzie zmuszony do częstszych konserwacji systemu oświetleniowego, by zapewnić utrzymanie wymaganych parametrów oświetleniowych, a co za tym idzie zwiększy to koszty utrzymania systemu.

W dniu 10 grudnia 2007 r. faxem i pocztą ELTAST na podstawie art. 179 oraz art. 180 ust.1 przepisów ustawy Pzp wniósł protest na w/w czynności Zamawiającego, jego zdaniem naruszono następujące przepisy:

- art. 89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty wybranej,
- art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp, poprzez nie zachowanie równego traktowania wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu nie zgodnie z przepisami ustawy,
- art. 89 ust.1 pkt. 2 poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Protestującego.

Wskazując na powyższe, Protestujący zażądał:

- zaniechania czynności będących w sprzeczności z ustawami, a w szczególności z ustawą Pzp.,
- unieważnienie czynności wyboru oferty firmy Thorn Lighting Polska Sp. z o. o. z Wrocławia do realizacji zamówienia,
- powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, bez udziału oferty Thorn Lighting Polska Sp. z o. o. z Wrocławia.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Protestujący przeprowadza dowód, iż wybrana oferta jest niezgodna ze SIWZ. Powołuje się na rozdział VI pkt. 3 ppkt. a, gdzie zapisano wymóg „...splatę wartości zadania II należy rozpocząć od 1 grudnia 2008 r.”, § 10 ust. 4 wzoru umowy (Załącznik nr 2 do SIWZ), z którego wynika, że: „naliczone odsetki spłacane będą co miesiąc zgodnie z załączonym harmonogramem stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, każdego dnia miesiąca rozpoczynającego nowy okres odsetkowy”, uważa że z harmonogramu spłat oferty wybranej wynika, że rata kapitałowa spłacana 01 listopada

2008 r. zawiera już wartość zadania II, czyli spłatę zadania II rozpoczęto od 1 listopada 2008 r. Ponadto, jego zdaniem odsetki za 30 dni listopada wykonawca naliczył do zapłaty przez Zamawiającego na dzień 1 grudnia i zgodnie z dyspozycją § 10 ust. 4 wzoru umowy, Zamawiający w tym dniu musi je zapłacić. Protestujący stwierdza, iż wykonawca wymusił od Zamawiającego spłatę wartości II zadania od 01 listopada 2008 r. (poprzez spłatę zadania II w dniu 1 listopada 2008 r. oraz odsetki za miesiąc listopad z terminem płatności w dniu 1 grudnia).

Odnosnie zarzutu drugiego, uważa iż uzasadnienie zarzutu 1 potwierdza, że Zamawiający nie zamierza zachować zasady przestrzegania zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powołuje się na zasadę legalizmu działania, z której wywodzi nakaz powierzenia wykonania zamówienia tylko takiemu wykonawcy, który został wyłoniony zgodnie z przepisami ustawy.

Odnosnie zarzutu trzeciego, Protestujący powołuje się na rozdział II pkt. 8 SIWZ, zgodnie z którym dla potwierdzenia, że oferowane oprawy oświetlenia ulicznego są zgodne z kategoriami oświetlenia określonymi wg. normy PN-EN 13201, do oferty należy załączyć obliczenia fotometryczne dla 13 charakterystycznych odcinków podanych w przykładowych obliczeniach. Uważa że z powyższego zdania nie wynika wymóg zastosowania narzuconego współczynnika utrzymania. Jego zdaniem norma PN-EN 13201 w żaden sposób nie narzuca współczynnika utrzymania, a Zamawiający postawił tylko wymóg spełnienia wymagań normy dla charakterystycznych odcinków dróg. Ponadto, twierdzi iż określenie współczynnika zapasu zgodnie z normą PKN-CEN/TR 13201-1 oraz PN-EN 13201-2,3,4 (zwanej dalej NORMA) pozostawione jest projektantowi i podyktowane jest doborem sprzętu i założeniem systemu konserwacji dla danych produktów. W tym miejscu cytuje określone wzory i wyjaśnia ich znaczenie:

$$K = \frac{1}{u(t)}$$

$u(t)$ – współczynnik utrzymania

$$u(t) = \frac{\Phi(t)}{\Phi(t=0)} = \frac{\eta(t)}{\eta(t=0)} \cdot \frac{\Phi_{\dot{r}}(t)}{\Phi_{\dot{r}}(t=0)}$$

$$u(t) = u_4 \cdot u_5 \cdot u_6$$

u_4 - cząstkowy współczynnik utrzymania związany z wygasaniem źródeł światła,

u_5 - cząstkowy współczynnik utrzymania związany ze zmniejszeniem się

skuteczności świetlnej źródeł światła

u₆ - cząstkowy współczynnik utrzymania związany z zabrudzeniem opraw oświetleniowych.

Następnie stwierdza, iż współczynnik utrzymania zależy bezpośrednio od zastosowanego sprzętu i jest całkowicie zgodny z obowiązującą NORMĄ. Wyjaśnia, iż przedstawienie w obliczeniach fotometrycznych dwóch wartości współczynnika utrzymania było związane z różnicą w budowie opraw i zastosowanych materiałów.

1) Oprawa OPALO IPS 65/65 klosz poliwęglan (odpowiednik JET firma THORN) – u = 0,8

2) Oprawa IPSO IP66/66 Sealsafe (system oddychania) klosz płaska szyba - u = 0,85

Ponadto, wyjaśnia, iż oprawy różnią się szczelnością i rodzajem materiałów z którego jest wykonany klosz co związane jest z użyciem innych wartości współczynnika utrzymania.

Protestujący, uważa iż odrzucenie jego oferty z jednoczesnym powołaniem się na różne wartości współczynnika utrzymania jest brakiem znajomości powyższych przepisów NORMY i podstawowych zagadnień z zakresu techniki świetlnej.

Uważa, iż opierając się na obowiązującej NORMIE oraz budowie zastosowanych opraw różniących się parametrami użytkowymi, projektant miał prawo dokonać wyboru dwóch różnych wartości współczynnika utrzymania.

W dniu 10 grudnia 2007 r. faxem Zamawiający przekazał Wykonawcom kopię protestu ELTAST i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 12 grudnia 2007 r. faxem (pocztą 13.12.2007 r., pismo z dnia 12.12.2007 r.) firma Thorn Lighting Polska Sp. z o. o., ul. Gazowa 26 a, 50-513 Wrocław przyłączyła się do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący stwierdza, iż uznanie zarzutów Protestującego naruszyłoby jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia w związku z tym żąda odrzucenia złożonego protestu w całości.

Względem zarzutu pierwszego, potwierdza, iż harmonogram spłat dołączony do jego oferty jest całkowicie zgodny z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ i załącznikami do niej. Zamawiający nie musiał dokonywać żadnej interpretacji harmonogramu – jest on sporządzony jasno i jednoznacznie dla każdego, kto posiada odpowiednia wiedzę. Zarzut drugi jest jego zdaniem całkowicie pozbawiony podstaw i nie został uzasadniony przez Protestującego. Odnośnie zarzutu trzeciego, Przystępujący uważa iż mimo zabiegów Protestującego który stara się udowodnić, że zgodnie z prawem, tj. NORMĄ musiał zmienić wymogi stawiane przez Zamawiającego oferowanym oprawom, wykazuje się znajomością tylko częściową cytowanej NORMY, gdyż o ile zauważa, że współczynnik zapasu uzależniony jest od zastosowanego sprzętu, to pomija zapisy dotyczące innych czynników, które przede wszystkim mają wpływ na wyliczenie współczynnika zapasu, tj. częstotliwość zabiegów konserwacyjnych, natężenie ruchu

drogowego, czy zanieczyszczenie pyłami pochodzenia przemysłowego, powodującego zabrudzenia opraw, o najwyższym nawet stopniu IP, od zewnątrz. Na potwierdzenie cytuje ostatnie zdanie na str. 26 Komentarza do Polskiej Normy PN-EN 13201:2005 (U) „Oświetlenie dróg” wydany przez Polski Komitet Oświetleniowy w 2006 r.: „Podstawą do ustalenia wartości współczynnika zapasu dla budowanego oświetlenia drogowego jest określenie projektantowi przez zleceniodawcę założeń systemu konserwacji”. Wynika z tego, zdaniem Przystępującego, iż to Zamawiający określa wartość tego współczynnika, a nie wykonawca, co w swoim uzasadnieniu Protestujący pomija. Następnie stwierdza, iż w proteście Protestujący fragmentarycznie cytuje NORME i nie zna rzeczywistych warunków eksploatacji systemu oświetlenia na terenie miasta i gminy Łask. Przystępujący uważa, iż przyjmując do obliczeń współczynnik utrzymania innej wartości, niż wymagany w SIWZ złożył ofertę wariantową, co jest niedopuszczalne zgodnie z rozdziałem VIII pkt. 1 ppkt.1.2 SIWZ. Wariantowy charakter oferty wynika także zdaniem Przystępującego z faktu, iż sam Protestujący proponując Zamawiającemu oprawy wymagające różnego systemu konserwacji, od zakładanego przez Zamawiającego, potwierdza jej wskazany charakter. Dodatkowo, Przystępujący stwierdza, iż z opisu karty katalogowej oprawy Opalo nie wynika, że posiada jakieś właściwości pozwalające na zmianę współczynnika konserwacji – stopień szczelności tej oprawy wynosi IP 65 i nie jest wyższy, jak opisany w SIWZ przez Zamawiającego. Na koniec zauważa, iż Wykonawcy starający się o uzyskanie zamówienia publicznego w projektach równoważnych stosują wartość wskazaną przez Zamawiającego, albo na etapie zapoznawania się z SIWZ zadają pytania lub składają protesty, co nie miało miejsca w tym postępowaniu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło pismem z dnia 17 grudnia 2007 r., Zamawiający oddalił protest.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu, Zamawiający stwierdza iż harmonogram załączony do wybranej oferty był wykonany prawidłowo i zgodnie z SIWZ. Zamawiający wymagał, aby spłata inwestycji rozpoczynała się od 01.03.2008 r. dla zadania I oraz 01.12.2008 r. dla zadania II, natomiast naliczone odsetki spłacane będą każdego dnia miesiąca rozpoczynającego nowy okres odsetkowy.

Wartość zadania I pojawia się w harmonogramie wybranej oferty, jak zauważa Zamawiający, w lutym 2008, zaś odsetki naliczone zostały według ilości dni w miesiącu marcu. Protestujący postąpił identycznie w swoim harmonogramie.

Wartość zadania II firma, której oferta została wybrana dodała w ostatnim dniu miesiąca poprzedzającego miesiąc rozpoczęcia spłaty kapitału dla całego okresu spłaty, tj. w miesiącu listopadzie zaś odsetki naliczone zostały według dni w miesiącu grudniu. W listopadzie – odsetki zostały naliczone od kwoty 1.493.012,79 i wyniosły 6.135,67 zł. W grudniu – odsetki zostały naliczone od kwoty 1.715.174,13, tj. kapitał pozostający do

spląty 1.462.822,79 plus cena zadania II, tj. 252.351,34 zł. I wyniosły 7.283,62 zł.

Zamawiający stwierdza w dalszej części, iż harmonogramy wszystkich uczestników postępowania rozpoczynają się wg. w/w zasady, lecz w przypadku harmonogramu Protestującego zabrakło konsekwencji wcześniej przyjętej zasady liczenia odsetek, w rezultacie w jego przypadku harmonogram zakłada splatę inwestycji rozbudowy oświetlenia nie od grudnia 2008 r., lecz stycznia 2009 r. Postępując bowiem zgodnie z tokiem myślenia Protestującego i przyjmując, że rozpoczął splatę rozbudowy oświetlenia od grudnia 2008 r. należy zauważyć, że splatę zadania I rozpocząłby od lutego 2008 r. a nie od marca jak wymagał Zamawiający.

W odniesieniu do drugiego zarzutu, Zamawiający uważa iż ocena oferty została dokonana z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców, pod względem prawidłowości ich sporządzenia oraz zgodności ze SIWZ. Oferta wybrana jest prawidłowa, a w szczególności dołączony harmonogram.

W odniesieniu do trzeciego zarzutu, Zamawiający stwierdza, iż określił w SIWZ wartość współczynnika utrzymania dla opraw oświetleniowych o IP 65 lub wyższym na poziomie $k = 1,25$ ($u = 0,8$) bazując na obliczeniu systemu konserwacji biorąc pod uwagę wszystkie cząstkowe składniki do jego wyliczenia. Wymagał, aby obliczenia wykonać dla 13 charakterystycznych odcinków dróg zgodnie z załączonymi do SIWZ przykładowymi obliczeniami. Z powyższego wynika, jego zdaniem, że obliczeń dokonać należy zgodnie z danymi zawartymi w załączonych do SIWZ obliczeniach, przyjmując dane wyjściowe identyczne z przyjętymi przez Zamawiającego. Uważa, iż założenie stałej wartości cząstkowego współczynnika utrzymania związanego z wygasaniem źródeł światła oraz cząstkowego współczynnika związanego ze zmniejszeniem się skuteczności świetlnej źródeł światła prowadzi do błędnego wniosku, iż oprawy oświetleniowe wykonane są z materiałów nie podlegających starzeniu się i z wzorcowych komponentów, a takie nie istnieją.

Zamawiający cytuje także komentarz do Polskiej Normy PN-EN 13201:2005 (U) „Oświetlenie dróg” wydany przez Polski Komitet Oświetleniowy z zgodnie z którym: „Procesy obniżania się użytecznego strumienia świetlnego zachodzą w sposób ciągły w czasie, a więc współczynnik zapasu określić można znając następujące dane i parametry wpływające na jego wartość: - częstotliwość zbiegów konserwacyjnych takich jak (mycie i czyszczenie klosza, wymiana źródeł na nowe); - zanieczyszczenie atmosfery oraz natężenie ruchu na poszczególnych drogach co wpływa na zapylenie; - utrata sprawności świetlnej przez źródła światła.” Na podstawie w/w zapisów komentarza do NORMY Zamawiający stwierdza, iż zastosowanie przez Protestującego oprawy o szczelności IP 66 powoduje, że otoczenie oprawy można przyjąć jako wolne od zanieczyszczeń co nie jest prawdą, gdyż większość osadzającego się brudu na kloszu oprawy ulicznej następuje na zewnątrz oprawy i dopiero zabiegi konserwacyjne są podstawowym i niezależnym od jakości sprzętu czynnikiem

wpływającym na jakość oświetlenia drogi. Protestujący zdaniem Zamawiającego, zmniejszając współczynnik utrzymania dla dobieranych opraw nie tylko ułatwił sobie zadanie doboru opraw – niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, ale zmusza go do zwiększenia wydatków na konserwację systemu oświetlenia po wykonaniu inwestycji.

Ponadto, nadmieniam także, iż stopień ochrony IP66 wyższy od IP65, jest wyższy jedynie w zakresie ochrony przed działaniem wody. Drugi człon symboli IP odpowiada dla opraw ulicznych za ochronę przed działaniem deszczu zwykle padającego z góry na dół co najwyżej struga. Zamawiający nie uznaje w związku z tym za zasadne uznanie, że zabezpieczenie oprawy przed spryskiwaniem opraw silnym strumieniem wody przy zachowaniu tych samych parametrów co do przedostawania się pyłu mogło powodować zaniechanie czynności czyszczenia opraw, a co za tym idzie zmniejszenie współczynnika utrzymania.

Rozstrzygnięcie protestu Zamawiający przekazał Protestującemu i Przystępującemu faxem w dniu 20.12.2007 r.

W dniu 24 grudnia 2007 r. za pośrednictwem operatora pocztowego na rozstrzygnięcie protestu, ELTAST wniósł odwołanie (data wniesienia wpisu od odwołania 21.12.2007 r.) do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski przedstawione w proteście. Odnośnie żądania trzeciego, wniósł o powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego. Kopie Odwołania Zamawiający otrzymał faxem w dniu 24.12.2007 r. (pocztą 27.12.2007 r.).

Zamawiający wezwał w dniu 27.12.2007 r. faxem uczestników postępowania protestacyjnego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 08 stycznia 2008 r. do postępowania odwoławczego przystąpiła po stronie Zamawiającego firma Thorn Lighting Polska Sp. z o. o., ul. Gazowa 26 a, 50-513 Wrocław wnosząc o odrzucenie odwołania w całości.

Przystępujący, odnośnie zarzutu pierwszego, podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko i dodatkowo powołuje się na wymóg Zamawiającego, aby inwestycja była spłacana w równych ratach kapitałowych powiększonych o odsetki wyliczone według opisu z SIWZ, nie przekraczające rocznie kwoty 390.000 zł. Pierwsza rata ma być płacona w dniu 01.03.2008 r., czyli po ukończeniu w lutym 2008 r. (pierwotne założenie z SIWZ) pierwszej części – modernizacji – wymiany opraw oświetleniowych, natomiast po planowanym zakończeniu rozbudowy systemu oświetlenia w listopadzie 2008 r., kwota brutto została by powiększona w listopadzie 2008 r. o kwotę należną z tytułu wykonanej rozbudowy, zaś należne odsetki naliczane byłyby od tej kwoty dopiero po upływie pełnego miesiąca.

Według harmonogramu Przystępującego – 01.10.2008 r. kwota kapitału po odjęciu raty + odsetki pozostała do spłaty wynosi 1.493.012,79 zł.

W miesiącu listopadzie 2008 r., po zrealizowaniu dobudowy, kwota kapitału zostanie

powiększona o 252.351,34 zł. brutto z tego tytułu, przy jednoczesnej spłacie w tym samym miesiącu obrachunkowym kolejnej raty kapitałowej w wysokości 30.190 zł. co daje w wyniku: 1.493.012,79 zł. + 252.351,34 zł. – 30.190,00 zł. = 1.715.174,13 zł kapitału do spłaty. Odsetki płacone w listopadzie 2008 r. w wysokości 6.135,67 zł. dotyczą jedynie kwoty dotyczącej spłaty wykonanej modernizacji, a nie wykonanej rozbudowy – odsetki od kwoty rozbudowy są naliczane dopiero od następnego miesiąca (po upływie 30 dni), czyli od 01.12.2008 r. Zdaniem Przystępującego Odwołujący sporządził harmonogram według tych samych zasad.

Odnosnie drugiego zarzutu, podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko. Odnosnie trzeciej kwestii, Przystępujący także podtrzymuje swoje wcześniejsze stanowisko dodając, iż dodatkowym argumentem za brakiem możliwości zmiany współczynnika utrzymania jest referat dr Małgorzaty Górczewskiej, pracownika naukowego Politechniki Poznańskiej, wygłoszony podczas II Konferencji poświęconej Sposobom Zarządzania Oświetlenia na terenie kraju, które odbyło się w dniach 16-17 kwietnia 2006 r. w Bełchatowie pt. "Ocena efektywności energetycznej oświetlenia drogowego", gdzie w rozdziale PN: Eksploatacja oświetlenia drogowego i Dóbr współczynnika utrzymania, wyraźnie wskazuje się na fakt, że zależy on także od planu konserwacji, otoczenia w jakiej pracuje oprawa oraz od parametru szczelności oprawy (IP). Zgodnie z nim współczynnik utrzymania ME wylicza się według wzoru: $MF = LLMF \times LMF$; gdzie LLMF – jest współczynnikiem utrzymania świetlnego lamp i przyjmuje się go w zależności od czasu użytkowania lampy przez Zamawiającego według przyjętego przez niego planu konserwacji systemu (w tym przypadku 4 lata, czyli 12 tys. Godzin, przy średniorocznym czasie pracy 4000 godzin) – podany w tab. Nr 4; LMF – jest współczynnikiem utrzymania związanym z brudzeniem się opraw, zależnym od środowiska w jakim pracują – podany w tab. Nr 6.

Zgodnie z tym wzorem, zdaniem Przystępującego system oświetlenia ulicznego w Łasku powinien wynosić co najwyżej 0,8 z uwagi na:

- LLMF dla lampy sodowej po 12 tys. godzina użytkowania – wynosi 0,9;
- LMF dla oprawy o IP 6x pracującej w środowisku miejskim (średnio-zapalone) – wynosi 0,87. Stąd MF przyjęty dla terenu Miasta i Gminy Łask powinien wynosić zadaniem Przystępującego = $0,9 \times 0,87 = 0,78$, co w przybliżeniu daje nam maksymalną wartość 0,8. W rezultacie Przystępujący uważa, iż bezzasadnym jest twierdzenie Odwołującego, że możliwe jest przyjęcie tego współczynnika na poziomie 0,85.

Skład orzekający na podstawie materiału dowodowego zebranego w sprawie ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu pierwszego, Zamawiający wymagał zgodnie z rozdziałem VI Opis sposobu obliczania ceny; pkt. 3 SIWZ - Koszt kredytowania inwestycji, zgodnie z harmonogramem spłaty inwestycji (załącznik nr 7 do SIWZ), jn.:

- a) kredytowanie należy przyjąć dla wartości robót określonych w kosztorysie ofertowym, spłacanych od marca 2008 r.: Przy czym od 1 marca 2008 należy rozpocząć spłatę zadania I. Natomiast spłatę wartości zadania II należy rozpocząć od 1 grudnia 2008 r.*
- b) okres spłaty należy przyjąć w wymiarze miesięcznym;*
- c) spłata kapitału odbywać się będzie w równych ratach miesięcznych w okresie roku kalendarzowego;*
- d) wysokość odsetek dla całego okresu spłaty należy przyjąć w oparciu o zmienną stopę procentową. Wysokość odsetek będzie liczona według wzoru zawartego w projekcie umowy stanowiącym załącznik do SIWZ;*
- e) wysokość oprocentowania należy określić w oparciu o stawkę WIBOR 1M plus proponowana marża Wykonawcy w punktach procentowych. Dla porównywalności ofert określa się wysokość stawki WIBOR 1M= 5% w całym okresie spłaty;*
- f) należy przyjąć, że spłaty następują w równych w stosunku rocznym ratach kapitałowych powiększonych o należne odsetki. Suma rat kapitałowo-odsetkowych w roku nie może przekroczyć kwoty określonej w budżecie gminy na spłatę inwestycji tj. 370.000,00 PLN do obliczeń należy założyć stałą wartość tej kwoty w kolejnych latach okresu spłaty, Zamawiający dopuszcza aby ostatnia rata była niższa od pozostałych.*

Zgodnie z § 9 ust.4 wzoru umowy Zamawiający ustalił (Załącznik nr 2 do SIWZ), iż: „Z tytułu rozłożenia płatności na raty Wykonawca naliczać będzie odsetki zgodnie z § 10 ust. 1 i 2.”. W ust. 1 niniejszego paragrafu mówi się z kolei, iż: „Odsetki, o których mowa w § 9 ust.4, naliczane będą co miesiąc w stosunku rocznym, według zmiennej stopy procentowej od salda istniejącego zadłużenia, począwszy od dnia podpisania przez strony niniejszej umowy protokołu zdawczo-odbiorczego robót. Zgodnie z ust. 2 niniejszego paragrafu wzoru umowy: „Oprocentowanie, według którego naliczane będą odsetki wymienione w ust.1, strony zgodnie ustalają obliczać zgodnie ze złożoną ofertą przetargową i dołączonym do niej harmonogramem spłat, w oparciu o WIBOR 1 - miesięczny z pierwszego dnia miesiąca poprzedzającego miesiąc rozpoczynający bieg okresu odsetkowego plus....pp. rocznie według wzoru: $\text{kapitał} * (\text{WIBOR } 1\text{M} + \dots \text{ pp.}) * \text{rzeczywista ilość dni w danym miesięcznym okresie odsetkowym} / 365$). Okres odsetkowy jest równy miesiącowi kalendarzowemu. W ust. 4 § 10 wzoru umowy stwierdza się, iż: ”Naliczone odsetki spłacane będą co miesiąc zgodnie z załączonym harmonogramem stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, każdego dnia miesiąca rozpoczynającego nowy okres odsetkowy”.

Biorąc powyższe zapisy SIWZ pod uwagę oraz analizując oferty Odwołującego i Przystępującego należy zgodzić się, że bezsprzecznym jest fakt, iż Odwołujący w swoim harmonogramie w odróżnieniu od wykonawcy, którego oferta została wybrana, czyli Przystępującego dodał wartość zadania II z tytułu rozbudowy systemu oświetlenia do kwoty brutto (kwoty kapitału) w miesiącu grudniu 2008 r., jednakże błędem jest przyjęcie, iż działanie takie dokonane przez Przystępującego w listopadzie 2008 r. jest de facto rozpoczęciem spłaty zadania II w tym miesiącu. Z akt sprawy i wyjaśnień podczas rozprawy wynika, iż rata kapitałowa spłacana w tym miesiącu jest ratą kapitałową za zadanie I, jak i odsetki, a opisana powyżej czynność matematyczna ma na celu naliczenie odsetek od 1 grudnia już nie tylko za zadanie I, ale łącznie z zadaniem II, czyli zgodnie z wymogiem postawionym przez Zamawiającego. Odmienny punkt widzenia jest nieuzasadniony.

Obrazuje to następujące działanie oparte na danych z oferty kwestionowanej przez Odwołującego w październiku 2008 r. kwota kapitału pozostała do spłaty po odjęciu raty

kapitałowej + odsetki wynosi 1.493.012,79 zł. W listopadzie 2008 r., po zrealizowaniu dobudowy, kwota kapitału zostaje powiększona o 252.351,34 zł. brutto z tego tytułu, przy jednoczesnej spłacie w tym samym miesiącu obrachunkowym kolejnej raty kapitałowej w wysokości 30.190 zł., co daje w wyniku: 1.493.012,79 zł. + 252.351,34 zł. – 30.190,00 zł. = 1.715.174,13 zł kapitału do spłaty. Odsetki płacone w listopadzie 2008 r. w wysokości 6.135,67 zł. dotyczą jedynie kwoty spłaty wykonanej modernizacji, a nie wykonanej rozbudowy – odsetki od kwoty rozbudowy są naliczane dopiero od następnego miesiąca (po upływie 30 dni), czyli od 01.12.2008 r.

Powyższe, obrazuje także działanie Odwołującego, który podnosząc podczas rozprawy zarzut dalszych nieścisłości, które jego zdaniem miały miejsce w harmonogramie Przystępującego, a dotyczących generalnie naliczania odsetek od złego salda zadłużenia, począwszy od marca 2008 r. poprzez kolejne miesiące aż do marca roku 2014, abstrahuje zupełnie od swojej oferty oraz ofert innych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którzy obliczyli odsetki w taki sam kwestionowany przez niego sposób (tak Odwołujący i inni uczestnicy przetargu). Dowód oferta Odwołującego oraz oferty pozostałych uczestników.

Z powyższego wynika w sposób jednoznaczny, iż przekaz w tej materii SIWZ był dla wszystkich jednoznaczny.

Istotne jest również, iż Zamawiający nie określił w SIWZ maksymalnego terminu spłaty całej inwestycji, a tylko maksymalną kwotę rocznych spłat, tj. 370.000,00 PLN. Odnośnie stwierdzenia Zamawiającego, iż istnieje możliwość zapłaty za zadanie II wcześniej w wypadku wcześniejszego zakończenia zadania I, ma ono charakter hipotetyczny, wobec chociażby przedłużania się procedury odwoławczej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i bazuje na racjonalnym podejściu do stosunków gospodarczych. Nie odnosi się do procedury przetargowej, która mieści się w określonych ramach SIWZ, ale sytuacji po podpisaniu umowy.

Odnośnie zarzutu drugiego, należy uznać, iż nie potwierdził się. Zamawiający nie naruszył zasad wynikających z art. 7 ustawy Pzp w odniesieniu do złożonych ofert,

a w szczególności do oferty Odwołującego i oferty wybranej, złożonej przez Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Oferty zostały ocenione przy zachowaniu ww. zasad, na co wskazuje m.in. uzasadnienie odnoszące się do zarzutu pierwszego. Harmonogram w złożonych ofertach został sporządzony na tych samych zasadach wynikających ze SIWZ i został uznany przez Zamawiającego za prawidłowy. Nie należy także zgodzić się z sugestiami Odwołującego przedstawionymi na rozprawie, iż jedynymi słusznymi opravami preferowanymi przez Zamawiającego miały być oprawy firmy Thorn Sp. z o.o. Zamawiający dopuszczał składanie ofert równoważnych wynika to m.in. z wyjaśnień udzielonych uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 06.11.2007 r., gdzie stwierdza, że celowo nie opisał przedmiotu zamówienia przy użyciu konkretnych oznaczeń towarowych wskazujących konkretnego producenta z uwagi na art. 29 ust.2 i 3 ustawy Pzp Dopuszczał zastosowanie dowolnej oprawy dowolnego producenta pod warunkiem spełnienia minimalnych wymagań określonych w SIWZ w Rozdziale II pkt. 3 i 8. Pierwszy z nich określał minimalne parametry techniczne, jakimi powinny odpowiadać oprawy i źródła światła zaproponowane przez wykonawców, drugi z nich był dla Zamawiającego gwarancją zachowania dla remontowanego oświetlenia wymagań normy PN-EN 13201. Zamawiający dla źródeł światła określił jedynie wartości minimalnego strumienia świetlnego. Wymagał aby użyte do obliczeń parametry źródeł światła były odzwierciedleniem parametrów źródeł zaproponowanych w ofercie. Dowód w aktach sprawy. Ponadto, zgodnie z informacjami uzyskanymi podczas rozprawy oferta nr 4 oferowała oprawy ORACLE, a oferta nr 3 oprawy Lena. Powyższe także wynika z ofert załączonych do akt. Sam Odwołujący nadto, wykazał w sposób skuteczny podczas rozprawy, iż część złożonych i nie kwestionowanych przez Zamawiającego opraw Opalo (za wyjątkiem 200 szt. będących przedmiotem sporu) jest równoważnych względem opraw Thorny i mają współczynnik utrzymania 0,8.

Odnosnie zarzutu trzeciego, należy stwierdzić iż z uwagi na fakt nie potwierdzenia się obu zarzutów wcześniejszych, zarzut ten nie wpływa na wynik postępowania (dowód z protokołu: ZP-12 Zbiorcze zestawienie ofert). Ponadto, należy zgodzić się z argumentami

Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, iż w swej istocie odnosi się on do SIWZ i jako taki został zgłoszony po terminie. Jednakże, z uwagi na charakter zarzutu skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: Zamawiający określił w rozdziale II pkt. 8 SIWZ, iż dla potwierdzenia, że oferowane oprawy oświetlenia ulicznego będą spełniać wymagania oświetleniowe zgodnie z kategoriami oświetlenia określonymi według normy PN-EN 13201, zawartymi w załączniku nr 5 do SIWZ, do oferty należy załączyć obliczenia fotometryczne dla proponowanych opraw. Obliczenia należało wykonać dla 13 charakterystycznych odcinków dróg zgodnie z załączonymi do SIWZ przykładowymi obliczeniami (załącznik nr 12 do SIWZ). Obliczenia miały potwierdzać spełnienie wymagań normy PN-EN 13201 co do uzyskania parametrów świetlnych nie gorszych niż zakłada w/w norma. Przed odbiorem końcowym Wykonawca zobowiązany był do przeprowadzenia pomiarów oświetlenia zgodnie z normą PN-EN 13201 dla 10 odcinków dróg, których geometria odpowiada geometrii przyjętej w przykładowych obliczeniach. Zamawiający przyjął współczynnik utrzymania 0,77, czyli współczynnik zapasu $1/0,77 = 1,33$ (załącznik nr 4a do SIWZ - 5 nienumerowana strona projektu „wyznaczony na potrzeby niniejszego projektu wskaźnik (...)). Po analizie obniżył jak pisze w odrzuceniu z dnia 30.11.2007 r. to wymaganie dla celów obliczeniowych do $1/0,8=1,25$ co zostało zawarte w przykładowych obliczeniach załączonych do SIWZ (załącznik nr 12 do SIWZ).

Wymóg, aby obliczenia wykonać dla 13 charakterystycznych odcinków dróg zgodnie z załączonymi do SIWZ przykładowymi obliczeniami nie budzi wątpliwości. Z powyższego wynika, że obliczeń dokonać należy zgodnie z danymi zawartymi w załączonych do SIWZ obliczeniach, przyjmując dane wyjściowe identyczne z przyjętymi przez Zamawiającego.

Należy uznać, iż Odwołujący z uwagi na planowane przez siebie zaoferowanie częściowo innych opraw niż wskazane przez Zamawiającego, czyli złożenie oferty równoważnej i dokonanie w związku z tym wymaganych obliczeń przy użyciu innego współczynnika utrzymania niż wskazany w SIWZ powinien zwrócić się o wyjaśnienia celem uzgodnienia z Zamawiającym takiego działania. Nie budzi wątpliwości, iż Odwołujący do stosownych obliczeń fotometrycznych użył danych wyjściowych z załącznika nr 12 do SIWZ

za wyjątkiem współczynnika utrzymania, który podniósł. W ten sposób ułatwiając sobie dostosowanie parametrów oświetleniowych (zaniżył o 5 % poprzeczkę dla spełnienia parametrów oświetleniowych) obliczonych dla konkretnej oprawy do odpowiedniej normy określonej przez Zamawiającego w SIWZ.

Wyjaśnienia Odwołującego wynikające z akt sprawy oraz z jego oświadczeń składanych na rozprawie, iż kierował się pod tym względem stosownymi zapisami z normy, na którą powołuje się w SIWZ Zamawiający, są nieprzekonywające. Zamawiający określił szczegółowo dane wyjściowe indywidualnie, nadto zapisy z normy jak wykazały strony w swej treści uzależniają kwestie współczynnika od wielu zagadnień nie tylko od zastosowanego sprzętu, ale od częstotliwość zabiegów konserwacyjnych, natężenia ruchu drogowego, czy zanieczyszczenia pyłami pochodzenia przemysłowego, powodującego zabrudzenia opraw, o najwyższym nawet stopniu IP, od zewnątrz. Odwołujący, jako podmiot startujący nie pierwszy raz i nie ostatni raz w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (dowód nr 2 złożony przez niego podczas rozprawy) miał pełną świadomość wszelkich konsekwencji prawnych i faktycznych złożenia oferty nie uwzględniającej wyraźnego zapisu SIWZ. Jeżeli nie zgadzał się ze specyfikacją, albo uważał, iż zawiera ona niejasność i istotne sprzeczności (jak podnosił podczas rozprawy) powinien kierując się swoim interesem prawnym zwrócić się o stosowne wyjaśnienia lub złożyć protest, czego nie uczynił.

Należy stwierdzić, iż Odwołujący podając współczynnik utrzymania 0,85 dla części oferowanych opraw (200 szt.) wskazuje, iż ma lepsze oprawy nie podając w jakich warunkach określił ten współczynnik. Powyższe należy przeciwstawić wyjaśnieniom Zamawiającego, który podczas rozprawy wykazał, iż podany przez niego współczynnik utrzymania został określony na podstawie badań przeprowadzonych przez projektanta i ujętych w projekcie, a same badania zostały przeprowadzone w rzeczywistych warunkach na podstawie danych Zamawiającego, na podstawie ruchu na poszczególnych ulicach i poziomu zapylenia. Projekt był dołączony do SIWZ (załącznik nr 4a). Powyższe znajduje potwierdzenie w aktach sprawy.

Podczas rozprawy Odwołujący wykazywał, iż bez określenia programu konserwacji nie można precyzyjnie określić współczynnika utrzymania, czyli że współczynnik 0,8/0,85 może się zmieniać w zależności od oprawy oraz przyjętego programu konserwacji. Skoro jest tak, jak przedstawiał Odwołujący, a Zamawiający nie podał danych potrzebnych do jego wyliczenia a tylko sam wyliczony już współczynnik należy uznać, iż brak jest racjonalnych podstaw do przyjęcia argumentacji Odwołującego. Wyliczony współczynnik utrzymania oparty na przeprowadzonych badaniach przez Zamawiającego jest pewniejszą wartością niż współczynnik utrzymania wyliczony w nieznanym sposób, przy braku jak twierdził sam Odwołujący koniecznych danych. Wydaje się w związku z powyższym, za właściwe zgodzić się z cytowanym przez Zamawiającego Komentarzem do Polskiej Normy PN-EN 13201:2005 (U) „Oświetlenie dróg” wydany przez Polski Komitet Oświetleniowy w 2006 r., str.26, iż: „Podstawą do ustalenia wartości współczynnika zapasu dla budowanego oświetlenia drogowego jest określenie projektantowi przez zleceniodawcę założeń systemu konserwacji”.

Nawet najlepsza oprawa może mieć niższy niż 0,8 współczynnik utrzymania, przy sporadycznej konserwacji. Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że twierdzenie, iż oprawy IPSO są lepsze, gdyż mają wyższy współczynnik będzie zawsze prawdą.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, iż zarzuty odnośnie naruszenia art. 89 ust.1 pkt.2 Ustawy Pzp przez Zamawiającego nie potwierdziły się.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*