

WYROK
z dnia 16 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 września 2014 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **01 września 2014 r.** przez wykonawcę **ENERGA Oświetlenie Sp. z o. o. , ul. Rzemieślnicza 17/19, 81-855 Sopot** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Gdańsk - Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża ENERGA Oświetlenie Sp. z o. o. , ul. Rzemieślnicza 17/19, 81-855 Sopot i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ENERGA Oświetlenie Sp. z o. o. , ul. Rzemieślnicza 17/19, 81-855 Sopot** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawcy **ENERGA Oświetlenie Sp. z o. o. , ul. Rzemieślnicza 17/19, 81-855 Sopot** na rzecz **Gminę Miasto Gdańsk - Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk** kwotę **217 zł 51 gr** (słownie: dwieście siedemnaście złotych pięćdziesiąt jeden groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „*Modernizacja oświetlenia ulicznego będącego własnością Gminy Miasta Gdańska na wybranych ciągach ulic w ramach programu SOWA*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 123-218894 dnia 01.07.2014 r., przez Gmina Miasto Gdańsk - Zarząd Dróg i Zieleni w Gdańsku, ul. Partyzantów 36, 80-254 Gdańsk zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 22.08.2014 r. (faxem) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*”. Stwierdził, że postępowanie jest obarczone wadą niemożliwą do usunięcia. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami Pzp, ograniczając konkurencję i preferując jednego producenta sprzętu czym naruszył art. 7 oraz 29 ust.1 Pzp. Modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia po otwarciu ofert nie jest możliwa do wykonania, wobec czego wada postępowania nie jest możliwa do usunięcia.

W dniu 01.09.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ENERGA Oświetlenie Sp. z o. o., ul. Rzemieślnicza 17/19, 81-855 Sopot zwana dalej: „*ENERGA Oświetlenie Sp. z o. o.*” albo „*Odwołującym*” wniósł na podstawie art. 180 Pzp odwołanie na w/w czynność. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 29.08.2014 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). W związku z podjętymi czynnościami przez Zamawiającego, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu niezgodne z Pzp:

1. zaniechanie przez Zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, czym Zamawiający naruszył art. 93 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp;
2. dokonanie przez Zamawiającego z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy nie zaistniały wskazane w tym przepisie przesłanki do jego unieważnienia, czym Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 Pzp. Wobec powyższego, Odwołujący wnosil o :
 1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
 2. dokonanie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Jednocześnie Odwołujący wnosil o:
 1. przeprowadzenie dowodu z załączonych dokumentów na okoliczności wskazane w treści

uzasadnienia odwołania;

2. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu elektrotechniki ze szczególnym uwzględnieniem techniki świetlnej oraz oświetlenia drogowego na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia odwołania.

Przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności:

1. dostawę wraz z montażem i niezbędnymi podłączeniami 3864 szt. Opraw oświetleniowych wyposażonych w źródła światła, niezbędny osprzęt i elektroniczne układy zapłonowe z trwałym oznaczeniem mocy opraw od załączenia oświetlenia do godz. 23 i od godz. 5:00 do wyłączenia oświetlenia oraz mocy opraw w godzinach redukcji, tj. od godz. 23:00 do godz. 5:00,

2. dostawę, montaż, niezbędne podłączenia, uruchomienie i konfigurację systemu sterowania i monitoringu oświetlenia ulicznego w tym między innymi 123 szt. sterowników z niezbędnym osprzętem, 3 szt. Czujek zmierzchowych centralnych, serwera, oprogramowania, licencji na czas nieokreślony, kart sim w niezbędnej ilości do prawidłowej pracy systemu, 2 szt. Komputerów przenośnych. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierają załączniki:

1. dokumentacja wykonawcza – Zał. nr 3 do SIWZ;

2. tabele zbiorcze – Zał. nr 4 do SIWZ.

W przypadku zaoferowania opraw innych niż wskazane w dokumentacji projektowej dla porównania ich równoważności Wykonawca zobowiązany jest podać ich rzeczywiste parametry zgodnie z Zał. nr 1 pkt 5 SIWZ, tj.

1. obudowę- rodzaj materiału;

2. klosz - rodzaj materiału;

3. stopień szczelności oprawy dla komory lampy i dla komory sprzętu elektrycznego (Zamawiający dopuszcza oprawy jedno i dwukomorowe);

4. odporność na uderzenie - klosz oprawy;

5. klasę izolacji. W niniejszym postępowaniu oferty złożyło dwóch Wykonawców, ENERGA Oświetlenie Sp. z o. o. na kwotę 4 575 084, 63 zł brutto, oraz FB SERWIS S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 5 305 204,00 zł brutto. Pismem z dnia 21.08.2014 r. (doręczony faxem w dniu 22.08.2014 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu postępowania. Podstawą stwierdzenia unieważnienia postępowania było uznanie przez Zamawiającego, że dokonał on opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami Pzp, ograniczający konkurencję i preferujący jednego producenta sprzętu.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu niezgodnego z Pzp zaniechania przez Zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wskazujemy, co następuje. Zgodnie z art. 93 ust. 3 Pzp o unieważnieniu postępowania

o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty - w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Przywołany przepis, stanowiący realizację zasad postępowania o udzielenie, zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji, nakłada na Zamawiającego obowiązek podania wykonawcom podstaw faktycznych unieważnienia postępowania, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn takiego unieważnienia. Uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania powinno być na tyle jasne i czytelne, aby nie wprowadzało wykonawcy w błąd, jak również nie rodziło wątpliwości, gdyż wykonawca co do tej czynności powinien uzyskać wyczerpujące informacje, które legły u podstaw unieważnienia postępowania. W niniejszym postępowaniu Zamawiający zaniechał powyższymi czynnościami. Ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z przepisami PZP, ograniczający konkurencję i preferujący jednego producenta sprzętu czym naruszył art. 7 oraz 29 ust. 1 Pzp. W pierwszej kolejności nieprecyzyjne na tle treści dokumentu SIWZ jest podanie w uzasadnieniu, że przedmiot zamówienia wskazuje na jednego producenta sprzętu. Biorąc pod uwagę złożoność przedmiotu zamówienia, na który składają się m.in. dostawa wraz z montażem i niezbędnymi podłączeniami opraw oświetleniowych, dostawa i montaż systemu sterowania i monitoringu oświetlenia ulicznego, dostawa, montaż, uruchomienie i konfiguracja serwera, rodzić może utrudnienia dla Wykonawców stwierdzenie jakiego typu sprzęt, jakiego producenta stanowił ewentualną podstawę decyzji Zamawiającego. O tyle jest to istotne, że w toku postępowania przetargowego, na etapie wyjaśniania treści postanowień SIWZ, Zamawiający prezentował odmienne stanowisko niż to wyrażone w decyzji z dnia 21.08.2014 r.:

- odpowiedź na pytanie nr 27 z dnia 15.07.2014 r. - *„Można stosować dowolne układy spełniające wymogi SIWZ”*;
- odpowiedź na pytanie nr 30 z dnia 15.07.2014 r. - *„Zamawiający nie wymaga stosowania SmartLamp. Można zastosować dowolne układy spełniające wymogi SIWZ”*;
- odpowiedź na pytanie nr 32 z dnia 15.07.2014 r. - *„Z racji na konkurencyjność parametrów technicznych zamówienia Zamawiający zakłada otrzymanie produktów różnych marek, równoważnych do opisu przyjętego w dokumentacji projektowej”*;
- odpowiedź na pytanie nr 58 oraz 60 z dnia 15.07.2014r. oraz z dnia 23.07.2014r. - *„W celu zwiększenia konkurencyjności wśród potencjalnych Wykonawców Zamawiający dokonuje modernizacji specyfikacji zmieniając zapis umowy punkt 1.1.1”*;

Na potwierdzenie załączył następujące dowody:

- wyjaśnienia do SIWZ z dnia 15.07.2014r.; z dnia 17.07.2014 r. oraz 23.07.2014 r.

Zestawienie prezentowanego przez Zamawiającego w postępowaniu stanowiska w zakresie konkurencyjności zamówienia, jak i jego działania w przedmiocie modyfikacji postanowień SIWZ w celu wyeliminowania ryzyka naruszenia zasady konkurencji wynikającej z art. 7 Pzp z lakonicznym, nieprecyzyjnym uzasadnieniem faktycznym decyzji z dnia 21.08.2014 r. nie pozwalają na precyzyjne i wnikliwie stwierdzenie jakie faktycznie były powody unieważnienia postępowania, jakie dokładnie postanowienia SIWZ w ocenie Zamawiającego naruszyły art. 7 Pzp oraz art. 29 ust. 1 Pzp skoro dokonywał ich modyfikacji, a zatem z całą stanowczością należy stwierdzić, że uzasadnienie faktyczne prezentowane przez Zamawiającego jest nieprecyzyjne i nie pozwala Wykonawcom na ustalenie faktycznego powodu unieważnienia postępowania.

W zakresie drugiej podstawy odwołania, tj. dokonanie przez Zamawiającego z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy nie zaistniały wskazane w tym przepisie przesłanki do jego unieważnienia, czym Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 Pzp wskazujemy, co następuje. Obowiązek przestrzegania reguł opisywania przedmiotu zamówienia nie stoi w sprzeczności z określaniem przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający potrzeby Zamawiającego. Zachowując zasady ustawowe, Zamawiający może tak opisać przedmiot zamówienia, by mu odpowiadał, a jednocześnie nie godził w zasadę uczciwej konkurencji. Jeżeli warunki stawiane przez Zamawiającego (a wynikające m.in. z opisu przedmiotu zamówienia) znajdują uzasadnienie w świetle celu jakiego ma służyć przedmiot zamówienia, to nie może być przyczyną ich ograniczenia fakt, że nie każdy produkt czy usługa dostępna na rynku może je spełnić.

Zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom (wyrok KIO z dnia 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12).

Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne (wyrok KIO z dnia 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14).

Zamawiający wskazał w dokumentacji wykonawczej (Zał. nr 3), jak i w wyjaśnieniach do SIWZ, iż określenie przedmiotu zamówienia zostało podyktowane uzasadnionymi jego potrzebami i zaprzeczył temu, by przedmiot zamówienia został określony w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, w sposób wskazujący na

konkretny wyrób. Zamawiający wręcz wskazywał w swych oświadczeniach, że z racji konkurencyjności parametrów technicznych zamówienia zakłada otrzymanie produktów różnych marek, równoważnych do opisu przyjętego w dokumentacji projektowej (vide: odpowiedź na pytanie nr 32 z dnia 15.07.2014r.). Dodatkowo Zamawiający podkreślał, że nie wymaga stosowania konkretnego produktu, wskazując na dowolność w zakresie zaferowania produktów zgodnych z SIWZ (vide: odpowiedź na pytanie nr 28 i 30 z dnia 15.07.2014r.). W ocenie Odwołującego przedmiot zamówienia został określony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego oraz zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO: Zgodnie z art. 29 ust 2 Pzp, zamawiający nie może dokonywać opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zauważyć należy jednak, że sam fakt, iż opis przedmiotu zamówienia wskazuje na konkretne rozwiązanie techniczne, stosowane obecnie na rynku wyłącznie przez jednego producenta nie dowodzi wprost ograniczenia uczciwej konkurencji. Każdy z wykonawców potencjalnie może nabyć u producenta dany produkt Ponadto zamawiający w takim przypadku ma obowiązek dopuścić rozwiązania równoważne, co zamawiający w przedmiotowym postępowaniu uczynił. Dopuszczenie rozwiązań równoważnych nie może mieć jednak charakteru wyłącznie formalnego. Zamawiający powinien mieć stosowne rozeznanie rynku, tak aby zaferowanie rozwiązań równoważnych było realne i możliwe do spełnienia (wyrok KIO z dnia 16.05.2012 r., sygn. akt: KIO 853/12). W ramach niniejszego postępowania zarówno: Odwołujący jak i Wykonawca FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie przedstawili Zamawiającemu dwie, konkurencyjnie cenowo oferty. Zatem zamówienie publiczne nie ograniczyło się do możliwości złożenia oferty tylko przez jednego, konkretnego Wykonawcę. W ramach przedmiotu zamówienia na dostawę wraz z montażem i niezbędnymi podłączeniami 3854 szt. opraw oświetleniowych wyposażonych w źródła światła, niezbędny osprzęt i elektroniczne układy zapłonowe z trwałym oznaczeniem mocy opraw od załączenia oświetlenia do godz. 23 i od godz. 5:00 do wyłączenia oświetlenia oraz mocy opraw w godzinach redukcji, tj. od godz. 23:00 do godz. 5:00, Zamawiający przewidział możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych zgodnie z Zał. nr 1 pkt 5 SIWZ. W ocenie Odwołującego, chociażby z uwagi na dopuszczenie rozwiązań równoważnych, wymagania określone w dokumentach stanowiących podstawę SIWZ spełnić mogło więcej, aniżeli jeden producent. W zakresie opraw oświetleniowych Wykonawcy mogliby zaferować Zamawiającemu m.in. oprawy następujących Producentów spełniające warunki określone w SIWZ, w tym rozwiązania równoważne:

- nazwa oprawy ASTRA ROAD, producent LENA LIGHTING (np. nr kat 500350);
- nazwa oprawy BRALLO, producent DISANO (np. nr kat 1662);

- nazwa oprawy ACRON, producent ELGO (np. typ 200SR2);
- nazwa oprawy MA30/II, producent POŁAM REM (np. typ MA30/II);
- nazwa oprawy MOANA, producent ELMONTER (np. 150W/rozsył Optitec 23);
- nazwa oprawy AMBAR, producent SCHREDER (produkt zaoferowany przez Odwołującego w ofercie);
- nazwa oprawy MODENA, producent PHILIPS.

Załączył jako dowód:

- karta katalogowa oprawy ASTRA ROAD, producent LENA LIGHTING (np. nr kat 500350);
- karta katalogowa oprawy BRALLO, producent DISANO (np. nr kat 1662);
- karta katalogowa oprawy ACRON, producent ELGO (np. typ 200SR2);
- nazwa oprawy MA30/II, producent POŁAM REM (np. typ MA30/II);
- nazwa oprawy MOANA - producent ELMONTER (np. 150W/rozsył Optitec 23);
- nazwa oprawy MODENA, producent PHILIPS;
- oferta Odwołującego;

Zawnioskował dodatkowo o opinię biegłego na okoliczność spełniania przez producentów opraw oświetleniowych wskazanych w odwołaniu warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

W zakresie systemów sterowania i monitoringu oświetlenia ulicznego Wykonawcy mogliby zaoferować Zamawiającemu m.in. systemy sterowania następujących Producentów spełniające warunki określone w SIWZ, w tym rozwiązania równoważne:

- System Rabbit Sp. z o. o.;
- System Philipsa CityTouch/Starsense;
- System OWLET;
- System APANET;
- System Vossloh Schwabe.

Zawnioskował jako opinię biegłego na okoliczność spełniania przez producentów systemów sterowania wskazanych w odwołaniu warunków określonych przez Zamawiającego w SIWZ. Wobec powyższych faktów, niniejsze odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Odwołujący wykazał powołanymi w odwołaniu dowodami i okolicznościami, że Zamawiający niezgodnie z Pzp dokonał z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, albowiem nie zaistniały wskazane w tym przepisie przesłanki do jego unieważnienia, czym Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 Pzp.

Zamawiający w dniu 01.09.2014 r. wezwał (faxem, e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 09.09.2014 r. (faxem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu drugiego oraz uwzględnił zarzut pierwszy odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu. Po przeanalizowaniu wniesionego odwołania Zamawiający wnosi o jego oddalenie, jako bezzasadnego w zakresie braku podstaw do unieważnienia. Jednocześnie informujemy, iż zarzut dotyczący braku szczegółowe uzasadnienia faktycznego unieważnienia postępowania został uznany, wobec czego Zamawiający przekazał wykonawcy poprawione uzasadnienie dla swoich czynności po terminie wniesienia odwołania.

Odnośnie uzasadnienie faktyczne unieważnienia postępowania:

Zamawiający unieważnia postępowanie na podst. art. 93 ust.1 pkt 7 Pzp z powodu wady w opisie sprzętu jaki należy zamontować w ramach modernizacji oświetlenia. Przez pojęcie „sprzęt” zamawiający rozumie oprawy oświetleniowe, które są najistotniejszym z punktu widzenia modernizacji elementem, pod który jest podporządkowany cały opis zamówienia, jak również oczekiwany efekt świecenia oraz oszczędności w zużyciu energii elektrycznej. Pozostałe elementy zamówienia konieczne do monitorowania funkcjonowania oświetlenia są traktowane jako system do obsługi oświetlenia, a nie sprzęt do montażu w ramach modernizacji oświetlenia.

Zamawiający przekazał do opisu zamówienia dokumentację stworzoną pod konkretną oprawę wskazaną z nazwy oraz opisaną w sposób szczegółowy w zakresie swojej funkcjonalności i parametrów technicznych czym preferował produkt jednego wykonawcy, Możliwość jej zmiany na produkt porównywalny, równoważny możliwa jest w sposób teoretyczny w każdym czasie zakładając, iż każdy z wykonawców posiada dostęp do pełnej bazy infrastruktury ulicznej stanowiącej punkt odniesienia do dokonywanych obliczeń i porównań w kontekście oczekiwanego efektu oszczędności energii. W związku z powyższym sprzęt jednego producenta, dla którego stosowne wyniki i obliczenia oraz poprawność funkcjonowania w terenie potwierdzono w wykonanej dokumentacji projektowej jest bardziej preferowany od opraw innych producentów, dla których wykonawcy, poprzez chęć złożenia oferty równoważnej muszą ponieść znaczne nakłady finansowe oraz nakłady czasu na sprawdzenie poprawności oferty z wymogami SIWZ. Na obecnym etapie postępowania zmiana wymagań związanych z opisem zamówienia nie jest możliwa stąd zasadnym jest unieważnienie postępowania obciążonego wadą, skutkującą nieważnością zawartej umowy.

Odnośnie uzasadnienie do braku uwzględnienia odwołania:

Sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z fundamentalnych czynności zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kształtuje ona cały przebieg postępowania o udzielenie

zamówienia i niejednokrotnie wywiera znaczący wpływ na jego wynik. Dlatego też opis przedmiotu zamówienia musi być sporządzony z poszanowaniem podstawowej zasady przeprowadzania postępowań publicznych wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Nakłada ona na Zamawiającego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa na znaczne ograniczenie konkurencyjności, przejawia się ono ograniczoną, liczbą złożonych ofert (w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły tylko dwie oferty), może także spowodować zaoferowanie produktów tylko i wyłącznie jednego producenta, w przedmiotowym postępowaniu zaoferowano sprzęt (m.in. oprawy) tylko firmy Schreder. Zachowanie normy wynikającej z art. 7 Pzp powinno gwarantować, iż każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Każdy powinien mieć zapewniony równy dostęp do informacji, a stawiane wymagania muszą być takie same dla wszystkich podmiotów. Przy realizacji tej zasady należy pamiętać, że obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu spoczywa na zamawiającym, a nie na wykonawcach. Zarzuty odnoszące się do wadliwego, naruszającego uczciwą konkurencję, określenia przedmiotu zamówienia często są podstawą wnoszonych środków ochrony prawnej. Należy w związku z tym pamiętać, iż bardzo łatwo jest naruszyć przepisy w zakresie określenia przedmiotu zamówienia. Wynika to z faktu, iż w art. 29 ust. 2 Pzp odwołano się nie do konkretnego naruszenia uczciwej konkurencji, lecz do sytuacji, w której za sprzeczne z prawem zostanie uznane takie określenie przedmiotu zamówienia, które mogłoby utrudniać uczciwą konkurencję. Niewłaściwe przygotowanie opisu zamówienia grozi nieracjonalnym wydatkowaniem środków publicznych i tym samym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych. Z jednej bowiem strony, wykonawcy poprzez opis przedmiotu zamówienia zmuszeni zostają do zaoferowania konkretnego produktu, tracąc możliwość zaoferowania produktu alternatywnego. Z drugiej natomiast strony, ze względu na brak konkurencyjności nie są zobligowani do oferowania cen rynkowych, niższych, niż katalogowe. Ustawodawca w art. 29 ust. 2 Pzp wskazuje, jako zakazane, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, to jest przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Wyjątek stanowią przypadki, gdy jest to uzasadnione specyfiką zamówienia i jednocześnie zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważne” (art. 29 ust. 3 Pzp). Wskazane przepisy służą realizacji zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp, a co za tym idzie także zasady równego dostępu do zamówienia dla wszystkich potencjalnych uczestników rynku zamówień. Użycie przez Zamawiającego przy opisie przedmiotu zamówienia oznaczeń czy parametrów wskazujących konkretnego producenta lub konkretny produkt narusza zasady obiektywizmu

i równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o zamówieni publiczne. Do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z przepisami Pzp, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, niekoniecznie zaś realne uniemożliwienie takiej konkurencji. W przypadku oceny konkretnego stanu faktycznego jako naruszenia zakazu sformułowanego w art. 29 ust. 2 Pzp, wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia (wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 984/08). Z przepisu tego wynika bowiem zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji (wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UZP 285/09, 300/09, 303/09). W prowadzonym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w taki sposób, że choć parametry dla poszczególnych urządzeń są parametrami, które spełniają także inni producenci, to jednak możliwość zaoferowania równoważnego sprzętu (oprawy) innego producenta była bardzo ograniczona. Wynika to z faktu konieczności poniesienia znacznych nakładów czasu pracy i kosztów związanych z dokonaniem szczegółowych przeliczeń niezbędnych do sprawdzenia faktycznego efektu jaki powinien zostać uzyskany w wyniku zmiany oprawy oświetleniowej od zakładanej do montażu oprawy w dokumentacji projektowej. Zaznaczył, iż oprawa świetlna jest w niniejszym zamówieniu elementem w 100% najistotniejszym z punktu widzenia poprawności oferowanego przedmiotu z koniecznym do uzyskania w rzeczywistości efektem świetlnym w pasie drogowym. Wymienione powyżej okoliczności nie są czymś szczególnym przy założeniu, iż wykonawca w ramach modernizacji może dokonać zmiany długości przęsła oświetleniowego, wysokości słupa włącznie ze zmianą parametrów wysięgnika (kąta nachylenia i długości). W niniejszym zamówieniu wykonawca zobowiązany jest do wymiany oprawy oświetleniowej, która swymi parametrami świetlnymi musi zapewnić oczekiwany efekt, bez możliwości korygowania uzyskanego wyniku poprzez zmiany w konstrukcji słupów oświetleniowych i ich posadowienia. Z praktycznego punktu widzenia jest to niemożliwe da wykonania bez szczegółowych badań i pomiarów. Czysto teoretyczne założenie równoważności innych opraw obarczone jest zbyt dużym błędem i koniecznością zmiany stopnia natężenia źródła światła w celu poprawy uzyskiwanych efektów świetlnych (jasności) co w konsekwencji niesie za sobą ryzyko zbyt dużego wzrostu zużycia energii elektrycznej. Powyższe okoliczności powodują, znaczące ograniczenie konkurencyjności i zawężają możliwość udziału w postępowaniu tylko do wykonawców oferujących konkretne modele urządzeń jednego tylko producenta, które spełniają nakładane na nie oczekiwania. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, przedmiot zamówienia nie został opisany w sposób neutralny i nieutrudniający uczciwej konkurencji. Użycie sformułowań i parametrów wskazujących w obliczeniach fotometrycznych na konkretny produkt i wykonawcę

spowodowało, iż jeden z produktów jest bardziej pożądanym od innego co zgodnie z wyrokiem SO w Lublinie (sygn. Akt: II Ca 587/05) narusza dyspozycję art. 29 ust. 2 i art. 7 Pzp. Dlatego też stwierdził, że przedmiotowe postępowanie obciążone jest wadą polegającą na opisanu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i jednocześnie narusza dyspozycję art. 29 ust. 2 oraz art. 7 Pzp. O zaistniałej sytuacji Zamawiający utwierdził się dopiero po otwarciu ofert. Fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły tylko dwie oferty z tym samym produktem potwierdził wątpliwości zgłaszane przez firmy w formie wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ. W ocenie Zamawiającego wada ta jest niemożliwa do usunięcia, gdyż nie ma możliwości skorygowania opisu przedmiotu zamówienia po etapie otwarcia ofert. Tym samym nastąpiło naruszenie przepisów Pzp, które miało istotny wpływ na krąg potencjalnych wykonawców mogących złożyć ofertę w postępowaniu a tym samym na jego wynik. Wada postępowania, która jest przywołaną przyczyną jego unieważnienia, ma na obecnym etapie charakter nieusuwalny i jednocześnie powoduje, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu.

Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania, naruszenie przepisów art. 29 ust. 2 Pzp poprzez niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia).

Po drugie, dopiero ta wada postępowania ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Uznał, że wszystkie wymienione w art. 146 ust. 1 Pzp przypadki naruszeń ustawy odnoszące się do prowadzenia postępowania są wadą w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, a więc taką, która skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. Jak stanowi art. 146 ust. 6 Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ze względu na powyższe Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia postępowania także w sytuacji, gdy możliwe byłoby zawarcie umowy, która podlegałaby unieważnieniu. Wskazany przepis odwołuje się zatem wprost do przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, wymienionych w art. 146 ust. 1 Pzp. Są to bezwzględne przesłanki unieważnienia umowy, których stwierdzenie wprost statuuje obowiązek unieważnienia umowy. W przepisie art. 146 ust. 6 Pzp sformułowano

natomiast względną przesłankę unieważnienia umowy, wskazującą na konieczność oceny każdego innego naruszenia przepisów Pzp, niż wymienionego w art. 146 ust. 1 Pzp, pod kątem wpływu/możliwości wpływu danego uchybienia na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok KIO o sygn. akt: KIO 2134/11). Powołany przepis uprawnia Prezesa UZP do wystąpienia do sądu powszechnego o unieważnienie umowy. Skoro Prezes UZP może, w przypadku dokonania przez Zamawiającego lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, to tym bardziej Zamawiający; w wyniku samokontroli postępowania, może unieważnić nieprawidłowo prowadzone postępowanie. Podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest bowiem prawidłowe przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji wśród potencjalnych wykonawców. Nadmienił, że o ich właściwej konkurencji i równym traktowaniu wykonawców będzie mowa nie w kontekście gdy grupa podmiotów może konkurować cena oferując sprzęt tego samego producenta, lecz tylko i wyłącznie gdy opis zamówienia będzie pozwalał na złożenie ofert porównywalnych z produktami różnych wytwórców. Zgodnie z obowiązującym orzecznictwem, do momentu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający ma prawo do samoistnego podjęcia decyzji o unieważnieniu lub powtórzeniu czynności dokonanych przez siebie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o ile uzna, iż są one obarczone wadą. W przeciwnym wypadku mogłoby dojść do sytuacji, w której pomimo wiedzy o dokonaniu czynności z naruszeniem prawa, Zamawiający nie był zobowiązany do ich naprawienia. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności podejmowanych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich zgodność z przepisami (wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1939/10 oraz o sygn. akt: KIO 2685/10 i KIO 2686/10). Dlatego też konieczność wyboru przedmiotowej oferty, sporządzonej w oparciu o wymogi SIWZ naruszające przepisy Pzp ze względu na wadliwy opis przedmiotu zamówienia, można uznać za wadę postępowania mającą wpływ na jego wynik. Wada zaistniała w postępowaniu jest na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Niewątpliwie wystąpił również związek przyczynowy pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy. Takie działanie doprowadzić może także do wydatkowania środków niezgodnie z przepisami ustawy o finansach publicznych, czyli w sposób niecelowy, z pominięciem zasady oszczędności i uzyskania najlepszych efektów z danych nakładów. Stanowić może także naruszenie art. 17 ust. 1 Ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. W tym zakresie Izba wskazuje, że biorąc pod uwagę unieważnienie postępowania, brak badania i oceny złożonych ofert, czyli rankingu ofert, jak również złożenie przez Odwołującego oferty najkorzystniejszej cenowo, Odwołujący wniósł środek ochrony prawnej, którego uwzględnienie dałoby mu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, sprostowania /data wysłania:17.07.2014 r./, postanowień SIWZ wraz z zał. nr 1 /formularz oferty/, 2 /wzór umowy/, 3 /dokumentacji projektowej, wykonawczej/ i zał. nr 4 / tabeli zbiorczych/ do SIWZ, odpowiedzi na pytanie od nr 1 – 5 (pismo z 09.07.2014 r.), odpowiedzi na pytanie od nr 6 – 27 (pismo z 11.07.2014 r.) wraz z brakującymi obliczeniami – załącznik 1, 2 i 3 do niniejszego pisma, odpowiedzi na pytanie od nr 27 – 58 /numeracja oryginalna/ oraz modyfikacji postanowień SIWZ (pismo z 15.07.2014 r.), odpowiedzi na pytanie od nr 59 (pismo z 17.07.2014 r.), odpowiedzi na pytanie od nr 60 (pismo z 23.07.2014 r.), odpowiedzi na pytanie od nr 61 (pismo z 30.07.2014 r.), odpowiedzi na pytanie od nr 62 (pismo z 30.07.2014 r.), oferty Odwołującego oraz oferty drugiego Wykonawcy, informacji o unieważnieniu postępowania z 22.08.2014 r., odwołania wraz z załącznikami, w szczególności: kartą katalogową oprawy ASTRA ROAD, producent LENA LIGHTING (np. nr kat 500350); kartą katalogową oprawy BRALLO, producent DISANO (np. nr kat 1662); kartą katalogową oprawy ACRON, producent ELGO (np. typ 200SR2); wydrukiem folderów: nazwa oprawy MA30/II, producent POŁAM REM (np. typ MA30/II); nazwa oprawy MOANA - producent ELMONTER (np. 150W/rozsył Optitec 23); nazwa oprawy MODENA, producent PHILIPS oraz odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający cofnął na rozprawie oba wynikające z odwołania - wnioski o powołanie dowodu z opinii biegłego. Nadto, Izba dopuściła jako dowody w sprawie złożone oferty handlowe: z 04.08.2014 r. PolamRem wraz zał. nr 1 oraz Schröder z dnia 31.07.2014 r. /Nr 31/07/2014/001/ wraz z załączoną korespondencją emaliową.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych odwołań:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawiony przez Zamawiającego, w tym także przywołane postanowienia SIWZ, jak i postanowienia SIWZ odpowiedzi na pytanie od nr 1 – 5 (pismo z 09.07.2014 r.), odpowiedzi na pytanie od nr 6 – 27 (pismo z 11.07.2014 r.) wraz z brakującymi obliczeniami – załącznik 1, 2 i 3 do niniejszego pisma, odpowiedzi na pytanie od nr 27 – 58 /numeracja oryginalna/ oraz modyfikacji postanowień SIWZ (pismo z 15.07.2014 r.), odpowiedzi na pytanie nr 59 (pismo z 17.07.2014 r.), odpowiedzi na pytanie nr 60 (pismo z 23.07.2014 r.), odpowiedzi na pytanie nr 61 (pismo z 30.07.2014 r.), odpowiedzi na pytanie nr 62 (pismo z 30.07.2014 r.) oraz oferty Odwołującego i drugiego Wykonawcy.

Izba w szczególności przywołuje:

Rozdz. III SIWZ, zgodnie z którym: **„WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU WRAZ Z OPISEM SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIANIA WARUNKÓW. W prowadzonym postępowaniu mogą uczestniczyć Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust.1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.**

Zamawiający uzna, iż warunki zostały spełnione, jeżeli Wykonawca posiada: (...)

Dokumenty dotyczące przedmiotu zamówienia

- 15) *Próbka – oprawa oświetleniowa*
- 16) *Deklaracja zgodności (źródła światła, system sterowania i monitoringu oświetlenia, elektroniczne układy zapłonowe, oprawa oświetleniowa)*

Pozostałe dokumenty

- 17) *Formularz ofertowy – zał. 1 SIWZ*
- 18) *Dowód wniesienia wadium*
- 17) *Pełnomocnictwo (jeżeli dotyczy)*

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni spełnić ww. warunki w następujący sposób: każdy z Wykonawców musi przedłożyć wymagane dokumenty i oświadczenia.”

Formularz ofertowy - zał. nr 1 SIWZ - pkt. 5:

**„5. Parametry równoważności dla oprav oświetleniowych
(należy wypełnić - jeżeli dotyczy):**

- 5.1. *Obudowa - rodzaj materiału:*
- 5.2. *Klosz - rodzaj materiału:*
- 5.3. *Stopień szczelności oprawy dla komory lampy i dla komory osprzętu elektrycznego*

(Zamawiający dopuszcza oprawy jedno- i dwukomorowe):
5.4. Odporność na uderzenie- klosz oprawy:
5.5. Klasa izolacji:"

Wzór umowy – zał. nr 2 do SIWZ - § 3 pkt. 1.1.1:

„Zamawiający w ciągu 5 dni roboczych zweryfikuje dostarczone obliczenia fotometryczne i gdy jakkolwiek wskaźnik/parametr uzyskany w obliczeniach dostarczonych przez Wykonawcę, będzie gorszy od wskaźnika/parametru uzyskanego w projektach modernizacji oświetlenia, pomimo spełnienia normy oświetleniowej PN-EN 13201:2007 Oświetlenie dróg, Zamawiający wskaże pisemnie niezgodności i wyznaczy 3 dni robocze na poprawienie obliczeń.”

Odpowiedź na pytanie nr 1, 4, 5 (pismo z 09.07.2014 r.):

„Pytanie 1

We wzorze umowy § 3 brzmi: Dostarczenie Zamawiającemu w terminie 7 dni roboczych od dnia zawarcia umowy tj. od dnia do dnia kompletu obliczeń fotometrycznych dla proponowanych opraw i/lub źródeł światła, dla wszystkich „charakterystycznych przęseł” przyjętych w projektach modernizacji oświetlenia

Proszę o podanie „charakterystycznych przęseł”, wymiarów i założonych parametrów do obliczeń.

Odpowiedź:

Charakterystyczne przęsła, wymiary i założone parametry do obliczeń podane są w projektach wykonawczych w części dotyczącej obliczeń fotometrycznych (plik z obliczeniami).

Należy przyjąć takie dane wyjściowe jak przyjęte przez Biuro projektowe.(...)

Pytanie 4

1. We wzorze umowy § 4 punkt 6 brzmi: Od dnia 05.12.2014r. do dnia 15.12.2014r. Wykonawca odczyta wskazania oraz wykona ich zdjęcia aparatem cyfrowym w formacie .jpeg z etykietą GPS, wszystkich objętych przedmiotem umowy stanów liczników czasu i stanów liczników energii elektrycznej w każdej taryfie- nazwa pliku musi odpowiadać numerowi szafki oświetleniowej, dla której jest zrobione zdjęcie. Następnie w oparciu o odczyty stanów liczników:

- ujętych w projekcie,
- wykonanych w momencie montażu opraw oświetleniowych,
- wykonanych od 05.12.2014r. do 15.12.2014r.

do dnia 15.12.2014r. Wykonawca dostarczy Zamawiającemu prawidłowo wykonany bilans mocy oraz zużycia energii elektrycznej, który wykaże rzeczywistą oszczędność zużycia energii elektrycznej oraz redukcję emisji CO2, dla poszczególnych szafek oświetleniowych

oraz dla całego przedmiotu umowy. Powyższe należy wykonać w arkuszu kalkulacyjnym w pliku .xls. i dostarczyć Zamawiającemu wersję papierową i elektroniczną.

Proszę o podanie „Bilansu mocy dla stanu istniejącego” w celu dokonania obliczeń bilansu mocy w projekcie oświetleniowym przed i po redukcji mocy lub potwierdzenie, że „Bilans mocy dla stanu istniejącego” założony w projekcie Elproject na oprawach firmy Schreder załączony do SIWZ jest zgodny z wytycznymi ZDiZ Gdańsk.

Odpowiedź:

Za bilans mocy przedstawiony w dokumentacji projektowej odpowiedzialność ponosi Biuro projektowe, które wykonało ten bilans.

Pytanie 5

We wzorze umowy § 9 punkt 1.4 brzmi: W przypadku gdy oszczędność zużycia energii elektrycznej i redukcja emisji CO₂, o których mowa § 4 ust. 6 będą gorsze niż przyjęte w projektach modernizacji oświetlenia, Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 45% wartości wynagrodzenia umownego brutto ustalonego w § 5 ust. 1 umowy,

Proszę o uściślenie czy projekt wykonany przez Elproject na oprawach firmy Schreder załączony do SIWZ jest dokumentem nadrzędnym do sprawdzenia wszystkich parametrów i wskaźników oraz do wyliczania ewentualnych kar umownych?

Odpowiedź:

Tak. Dokumentacja projektowa wykonana przez ELPROJECT załączona do SIWZ jest dokumentem nadrzędnym do sprawdzenia wszystkich parametrów i wskaźników oraz do wyliczenia ewentualnych kar umownych.”.

Odpowiedź na pytanie nr 25, 26 (pismo z 11.07.2014 r.):

„**Pytanie 25.** We wzorze umowy § 3 pkt. 1.1.1 jest napisane: Zamawiający w ciągu 5 dni roboczych zweryfikuje dostarczone obliczenia fotometryczne i gdy jakkolwiek wskaźnik/parametr uzyskany w obliczeniach dostarczonych przez Wykonawcę, będzie gorszy od wskaźnika/parametru uzyskanego w projektach modernizacji oświetlenia, pomimo spełnienia normy oświetleniowej PN-EN 13201:2007 Oświetlenie dróg, Zamawiający wskaże pisemnie niezgodności i wyznaczy 3 dni robocze na poprawienie obliczeń.

Proszę o wyjaśnienie dlaczego spełnienie normy oświetleniowej PN-EN 13201:2007 nie jest wystarczające.

Odpowiedź:

Spełnienie normy oświetleniowej PN-EN 13201:2007 nie jest wystarczające, ponieważ Zamawiający chce uzyskać ze zużytej energii elektrycznej dla zaprojektowanych mocy opraw jak najlepsze parametry oświetleniowe.

Pytanie 26

Zamawiający w SIWZ dla mocy opraw 70-400W wymaga, aby oprawy rzekomo ze względów estetycznych i dla ujednolicenia wyglądu instalacji oświetleniowej na całym oświetlonym obszarze, posiadały jednakowy kształt.

Jest to wymóg ograniczający konkurencję i w ewidentny sposób promujący firmę SCHREDER posiadającą jeden typoszereg opraw w żądanym zakresie mocy. Wielu czołowych producentów opraw nie jest w stanie spełnić tego zapisu.

Wielu producentów posiada oprawy w pełnym zakresie mocy, jednak o różnych kształtach. Pozostawienie tego zapisu uniemożliwi wielu wykonawcom przedstawienie cenowo konkurencyjnej oferty.

- prosimy o wykreślenie zapisu dotyczącego takich wymogów.

Odpowiedź:

Zamawiający wymaga zastosowania jednakowych opraw w ramach jednej ulicy, jednego ciągu, nie całego obszaru podlegającego modernizacji. (...).

Odpowiedź na pytanie nr 27, 28, 31, 32, 37, 58 (pismo z 15.07.2014 r.): „(...) **Pytanie 27.** Skoro Zamawiający wymaga przedstawienia raportu 012/LMC-805/2010, który odnosi się do konkretnego produktu, tzn. statecznika SmartLamp, czy to oznacza, że nie ma możliwości stosowania innych układów?

Odpowiedź: Można zastosować dowolne układy spełniające wymogi SIWZ.

Pytanie 28. Specyfikacja zawiera dokładny opis urządzeń Rabbit. Czy nie ma możliwości stosowania sprzętu zamiennego? Czy można uzyskać nazwę innego zamiennego sprzętu?

Odpowiedź: Można zastosować dowolny system sterowania spełniający wymogi SIWZ. (...)

Pytanie 31. Czy Zamawiający zna inne oprawy niż Schreder, które posiadają badania kontrolne z układem SmartLamp?

Odpowiedź: Zamawiający nie posiada wiedzy na temat opraw i prowadzonych na nich badań.

Pytanie 32. Czy Zamawiający zdaje sobie sprawę, że zgodnie ze starannie przygotowanymi opisami, otrzyma tylko oferty Schreder+Rabbit+SmartLamp?

Odpowiedź: Zamawiający nie posiada wiedzy na temat produktów jakie będą zaoferowane przez potencjalnych Wykonawców. Z racji na konkurencyjność parametrów technicznych zamówienia Zamawiający zakłada otrzymanie produktów różnych marek, równoważnych do opisu przyjętego w dokumentacji projektowej. (...)

Pytanie 37. Prosimy o wyjaśnienie, czy należy uwzględnić wymianę wysięgników. Czy w obliczeniach fotometrycznych przyjęto aktualny stan wysięgników, czy też uwzględniono ewentualną modernizację? Jeżeli przyjęto modernizację to prosimy podać, w których miejscach należy wymienić wysięgniki i na jakie?

Odpowiedź: Nie należy uwzględniać wymiany wysięgników. Do obliczeń fotometrycznych przyjęto aktualny stan wysięgników. (...)

Pytanie 58. We wzorze umowy: Umowa nr_/B/UE/2014 pojawia się zapis: „1.1.1 Zamawiający w ciągu 5 dni roboczych zweryfikuje dostarczone obliczenia fotometryczne i gdy jakikolwiek wskaźnik/parametr uzyskany w obliczeniach dostarczonych przez Wykonawcę będzie gorszy od wskaźnika/parametru uzyskanego w projektach modernizacji oświetlenia, pomimo spełnienia normy oświetleniowej PN-EN 13201:2007 Oświetlenie dróg, Zamawiający wskaże pisemnie niezgodności i wyznaczy 3 dni robocze na poprawienie obliczeń”.

Proszę o wyjaśnienie dlaczego w publicznym przetargu są jawnie faworyzowane oprawy oświetleniowe jednego, wybranego producenta, firmę Schreder Polska Sp. z o.o., na której zostały wykonane projekty obliczeniowe. Ograniczenie przetargu tylko do jednego dostawcy powoduje zamknięcie drogi dla innych producentów jak również niemożliwość uzyskania najlepszej ceny na oferowaną usługę. Taka praktyka prowadzi do monopolizacji dostawcy i naturalnego podniesienia cen sprzedaży.

Odpowiedź: W celu zwiększenia konkurencyjności wśród potencjalnych Wykonawców Zamawiający dokonuje modernizacji specyfikacji zmieniając zapis umowy punkt 1.1.1:

- jest: „Zamawiający w ciągu 5 dni roboczych zweryfikuje dostarczone obliczenia fotometryczne i gdy jakikolwiek wskaźnik/parametr uzyskany w obliczeniach dostarczonych przez Wykonawcę będzie gorszy od wskaźnika/parametru uzyskanego w projektach modernizacji oświetlenia, pomimo spełnienia normy oświetleniowej PN-EN 13201:2007 Oświetlenie dróg, Zamawiający wskaże pisemnie niezgodności i wyznaczy 3 dni robocze na poprawienie obliczeń”

- zmienia się na: „Zamawiający w ciągu 5 dni roboczych zweryfikuje dostarczone obliczenia fotometryczne i gdy jakikolwiek wskaźnik/parametr uzyskany w obliczeniach dostarczonych przez Wykonawcę **będzie gorszy od wskaźnika/parametru normy oświetleniowej PN-EN 13201:2007 Oświetlenie dróg**, Zamawiający wskaże pisemnie niezgodności i wyznaczy 3 dni robocze na poprawienie obliczeń (...)”.

Odpowiedzi na pytanie nr 59 (pismo z 17.07.2014 r.):

„Pytanie 59

Projekt został wykonany przez Elproject na oprawach firmy Schreder, a więc wymagane parametry techniczne oprawy drogowej dotyczą tego producenta i są ściśle określone pod tą firmę, uniemożliwiając złożenie oferty równoważnej na innych oprawach posiadających równie dobre rozwiązania techniczne, a niejednokrotnie o wiele lepsze. Zamawiający pozornie dopuszcza innych producentów opraw. Wymóg posiadania blokady uniemożliwiającej samoczynne zamknięcie w czasie prac konserwacyjnych, dotyczy opraw posiadających dostęp do komory lampy i osprzętu od góry. Wielu producentów posiada natomiast dostęp zarówno do komory lampy, jak i osprzęt od dołu, gdzie zastosowanie tego rozwiązania mija się z celem.

- prosimy o wykreślenie w SIWZ tego zapisu.

Odpowiedź:

Zapisy pozostają bez zmian.

W przypadku złożenia oferty równoważnej elementy istotne z punktu oceny równoważności oprawy zostały wymienione w zał. nr 1 pkt. 5 SIWZ „Formularz ofertowy”

Odpowiedzi na pytanie od nr 60 (pismo z 23.07.2014 r.):

„Pytanie 60.

Wiadomym jest, że oprawa oświetleniowa niezależnie czy tego samego producenta czy innego charakteryzuje się indywidualną charakterystyką rozsyłu. Uzyskanie równych lub lepszych wyników w każdym punkcie jest niemożliwe, zawsze występują wahania w jakimś parametrze. Wymóg uzyskania parametrów lepszych od obliczonych a nie normatywnych jest wskazanie konkretnej oprawy firmy Schreder co jest niezgodne z Prawem Zamówień Publicznych. Dodatkowo opis oprawy jak również systemu sterowania włącznie z obliczeniami wskazuje na zastosowanie jedynie jednego producenta – co również nie jest zgodne z Prawem Zamówień Publicznych. Wykonanie projektu przez firmę projektującą instalacje w cenie nie rynkowej, której właściciel jest byłym pracownikiem firmy Schreder w połączeniu z powyższymi uwagami specyfikacyjnymi i obliczeniowymi jest niezgodne z Prawem Zamówień Publicznych. Prosimy zgodnie z Prawem Zamówień Publicznych o wskazanie minimum 3 rozwiązań, które będą spełniać wszystkie zapisy specyfikacji jak i obliczenia lepsze równe projektowanym.

Odpowiedź:

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 58 do SIWZ w celu zwiększenia konkurencyjności wśród potencjalnych Wykonawców Zamawiający dokonuje modernizacji specyfikacji zmieniając zapis umowy punkt 1.1.1:

- jest: „Zamawiający w ciągu 5 dni roboczych zweryfikuje dostarczone obliczenia fotometryczne i gdy jakkolwiek wskaźnik/parametr uzyskany w obliczeniach dostarczonych przez Wykonawcę będzie gorszy od wskaźnika/parametru uzyskanego w projektach modernizacji oświetlenia, pomimo spełnienia normy oświetleniowej PN-EN 13201:2007 Oświetlenie dróg, Zamawiający wskaże pisemnie niezgodności i wyznaczy 3 dni robocze na poprawienie obliczeń”

- zmienia się na: „Zamawiający w ciągu 5 dni roboczych zweryfikuje dostarczone obliczenia fotometryczne i gdy jakkolwiek wskaźnik/parametr uzyskany w obliczeniach dostarczonych przez Wykonawcę **będzie gorszy od wskaźnika/parametru normy oświetleniowej PN-EN 13201:2007 Oświetlenie dróg**, Zamawiający wskaże pisemnie niezgodności i wyznaczy 3 dni robocze na poprawienie obliczeń”.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący sformułował w dowołaniu następujące zarzuty:

1. zaniechanie przez Zamawiającego podania uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, czym Zamawiający naruszył art. 93 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 Pzp;
2. dokonanie przez Zamawiającego z powołaniem się na art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji gdy nie zaistniały wskazane w tym przepisie przesłanki do jego unieważnienia, czym Zamawiający naruszył art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 Pzp.

Oдноśnie zarzutu pierwszego, wobec uznania ze strony Zamawiającego oraz przekazania przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na odwołanie, pełnego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, Izba mimo faktycznego potwierdzenia się zarzutu naruszenia wskazanych w zarzucie przepisów, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp, zarzut oddaliła. Powyższe tym bardziej jest działaniem zasadnym, gdyż również Odwołujący podczas rozprawy nie wnosił uwagi odnośnie przekazanego w odpowiedzi na odwołanie pełnego uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Oдноśnie zarzutu drugiego, w ocenie Izby, analiza całokształtu zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego daje podstawy do jego oddalenia.

Izba wskazuje, że okoliczność, że obliczenia fotometryczne należało dostarczyć Zamawiającemu nie wraz z ofertą, ale po podpisaniu umowy, nie świadczy o zasadności stanowiska Odwołującego. Zamawiający nie przeczył powyższemu na rozprawie, a Izba także nie neguje niniejszego. Nadto, wynika to chociażby z odpowiedzi na pytanie 1, 4, 5 (pismo z dnia 09.07.2014 r.), jak i § 3 pkt. 1.1.1 - wzoru umowy, tudzież odpowiedzi na pytanie 25 (pismo z 11.07.2014 r.), odpowiedzi na pytanie 58 (pismo z 15.07.2014 r.) i odpowiedzi na pytanie 60 (pismo z 23.07.2014 r.). Jednakże, Izba wzięła pod uwagę, że z odpowiedzi na pytania 25, 58, 60, a dodatkowo odpowiedzi na pytanie 5 (pismo z dnia 09.07.2014 r.) wynika ryzyko obłożenia karą umowną w wysokości 45% wartości wynagrodzenia umownego brutto ustalonego w § 5 ust. 1 umowy Wykonawcy, który po wyborze oferty nie będzie w stanie sprostać wymogowi dostarczenia obliczeń fotometrycznych, które będą w stanie spełnić oczekiwania Zamawiającego wynikające z dokumentacji projektowej. Powyższe skutkuje tym, w ocenie Izby, że przedstawienie oferty

na oprawy oświetleniowe innego producenta niż wskazany wprost w dokumentacji projektowej (zał. nr 3 do SIWZ – np. w zakresie ul. Kościuszko, str. od 3 do 5, 8, 11, 14, 17, 20, 23 i 26) jest obarczone ryzykiem utraty płynności finansowej przez takiego Wykonawcy, albo znacznymi stratami przy realizacji kontraktu, czyniąc go nieopłacalnym. Izba w tym zakresie wzięła także pod uwagę odpowiedź na pytanie 37 (pismo z 15.07.2014 r.), które potwierdza stanowisko Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie o braku możliwości – w ramach modernizacji - korygowania uzyskanych wyników obliczeń fotometrycznych – parametrów świetlnych opraw świetlnych poprzez zmiany w konstrukcji słupów oświetleniowych i ich posadowienia. Niniejsza kwestia, w ocenie Izby nie jest bez znaczenia dla przedmiotu sporu. Podobnie w wyroku KIO z dnia 29.04.2014 r., sygn. akt: KIO 737/14 podnosi się, że: „(...) *Zamawiający nie dopuścił w analizowanym wypadku opraw lamp drogowych, które osiągną określoną funkcjonalność – wskazany efekt oświetleniowy, niezależnie od sposobu dojścia do takiego rezultatu (...)*”. W ocenie Izby, to efekt końcowy winien być miernikiem oceny w tego rodzaju, jak przedmiotowe postępowaniach.

Izba była także zobligowana do wzięcia pod uwagę, że obawy i sugestie wynikające z odpowiedzi na pytanie nr 27, 28, 31, 32, 58 (pismo z 15.07.2014 r.), znalazły swoje potwierdzenie w złożonych ofertach, które tak jak przewidywał jeden z zadających pytania mają układ: „*Schreder+Rabbit+SmartLamp*”.

W tym zakresie, Izba przyjęła do wiadomości wyjaśnienia Odwołującego z rozprawy wraz z przedłożonymi ofertami handlowymi. Przy czym, podzieliła obawy Zamawiającego z rozprawy co do wiarygodności oferty handlowej z 04.08.2014 r. PolamRem wraz zał. nr 1, uznając, że to nie kwestia natury finansowej była powodem zaoferowania przez Odwołującego produktu firmy Schröder, skoro firma PolamRem, jak ujawnił na rozprawie Zamawiający była m.in. autorem pytań kwestionujących zgodność z przepisami Pzp opisu przedmiotu zamówienia i preferowania wprost opraw oświetleniowych firmy Schröder. Powyższe ma potwierdzenie w dokumentacji postępowania – np. pytanie 5, 25, 58. Z tych względów, Izba dała wiarę stanowisku Zamawiającego z rozprawy, który powoływał na rozprawie na postanowienie z zał. nr 1 do oferty handlowej z 04.08.2014 r. PolamRem, gdzie znajduje się zastrzeżenie, że: „*Różnica danych fotometrycznych proponowanej oprawy równoważnej nie może być większa niż 5 % w stosunku do podanej*”, jako wykluczające tą ofertę, gdyż przekracza to wymóg normy, wskazanej w odpowiedzi na pytanie 58.

Zamawiający również wymagał od Wykonawców aby zaoferowany przedmiot zamówienia spełniał - „*Wymóg posiadania blokady uniemożliwiającej samoczynne zamknięcie w czasie prac konserwacyjnych, dotyczy opraw posiadających dostęp do komory lampy i osprzętu od góry. Wielu producentów posiada natomiast dostęp zarówno do komory*

lampy, jak i osprzęt od dołu, gdzie zastosowanie tego rozwiązania mija się z celem.” (Okoliczność przyznana przez Zamawiającego podczas rozprawy i wynikająca z odpowiedzi na pytanie 59 – pismo z dnia 17.07.2014 r.).

Izba wskazuje, że wobec tego, iż Odwołujący wycofał wnioski o powołanie dowodów z opinii biegłego, a dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem potwierdzają zasadność unieważnienia postępowania przez Zamawiającego koniecznym stało się oddalenie odwołania. Izba przypomina także, że to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania spornej okoliczności, czemu Odwołujący, zdaniem Izby, nie sprostał. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że Izba nie jest zobowiązana do dociekania prawdy materialnej. Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie w spr. o sygn. akt: V Ca 571/08, kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. XIX Ga 92/08, iż *"w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego"*. Oznacza to zatem tyle, że każda ze stron prezentujących odmienne stanowiska procesowe obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. W myśl art. 190 ust. 1 Pzp to strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba może, ale nie musi dopuszczać dowodów niewskazanych przez strony, zaś dopuszczenie dowodu z urzędu należy traktować jako wyjątek od zasady kontradyktoryjności.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a oraz § 5 ust. 3 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). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdu Odwołującego na rozprawę (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia) wynikających z przedstawionego rachunku (217,51 zł).

Przewodniczący :

.....