

Zielona Góra, dnia 16 lipca 2020 roku

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający:

Gmina Skarżysko-Kamienna
ul. Sikorskiego 18
26-110 Skarżysko-Kamienna
E-mail: jst@wechsler.pl
m.kocia@um.skarzysko.pl

Odwołujący:

LUG Light Factory Sp. z o.o.
ul. Gorzowska 11, 65-127 Zielona Góra,
tel.: +48 68 453 32 00,
reprezentowana przez:
Martę Biłas - pełnomocnika
Grzegorza Bartczaka – pełnomocnika
Annę Antczak – pełnomocnika
Kamila Bytniewskiego – pełnomocnika

Adres do doręczeń:

Ul. Gorzowska 11, 65-127 Zielona Góra
e-mail: grzegorz.bartczak@lug.com.pl

Numer ogłoszenia: 2020/S 111-269097, znak sprawy u Zamawiającego ZP.271.17.2020

ODWOŁANIE

**w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym
przez Gminę Skarżysko-Kamienna w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą
„Modernizacja oświetlenia ulicznego w Skarżysku-Kamiennej”**

Wpis od odwołania w wysokości 15.000 zł został uiszczony na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, potwierdzenie wykonania przelewu stanowi załącznik do niniejszego odwołania.

Na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1, art. 182 ust. 2 pkt 1d ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2018 poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą” lub „Pzp”, działając w imieniu Odwołującego wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na udzieleniu odpowiedzi na zadane pytania w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Skarżysko-Kamienna w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Modernizacja oświetlenia ulicznego w Skarżysku-Kamiennej” o wartości przekraczającej kwotę wynikającą z art. 11 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący na podstawie art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp zarzuca zamawiającemu niezgodne z prawem modyfikacje Specyfikacji Istotnych Warunków Postępowania w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytania dotyczące postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej w skrócie „SIWZ”.

Odwołujący wskazuje, że powyższa czynność Zamawiającego narusza następujące przepisy:

- 1) art. 38 pkt 4 i 4a Pzp przez udzielenie odpowiedzi na pytanie, która to odpowiedź w sposób znaczny (z pominięciem przyjętego trybu) zmienia warunki SIWZ;
- 2) art. 38 ust. 6 Pzp poprzez niewydłużenie terminu składania ofert pomimo, iż przyjęta zmiana nakłada na Wykonawców kolejne obowiązki, których realizacja nie została przewidziana w SIWZ, a co za tym idzie konieczna do wykonania w chwili obecnej;
- 3) art. 38 ust. 1 w zw. z art. 29 Pzp poprzez brak udzielenia jednoznacznych wyjaśnień treści SIWZ;
- 4) art. 7 Pzp poprzez udzielenie odpowiedzi ograniczającej zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez wskazanie nowych wytycznych, które spełnia ograniczona grupa wykonawców i wytyczne o tej treści i przedstawione w nich wytyczne nie wynikają z pierwotnej treści SIWZ.

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości;
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na zmianie SIWZ poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania nr 1, 4 i 5 z dnia 7 lipca 2020 r. oraz pytanie nr 7 z dn. 10 lipca 2020 r.
- 3) na podstawie art. 38 ust. 6 Pzp przedłużenia terminu składania ofert oraz poinformowania o tym wykonawców, którym przekazano SIWZ;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu poniesionych kosztów związanych z wniesieniem odwołania, w tym kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą przedstawioną w późniejszym czasie i kosztu opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia niniejszego odwołania powziął w dniu 7 lipca 2020 r., tj. w dniu zamieszczenia przez Zamawiającego na stronie internetowej odpowiedzi na udzielone pytania, a tym samym Odwołujący dotrzymał ustawowego terminu do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje, doświadczenie, produkty i zdolności produkcyjne. Poprzez sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SIWZ w sposób naruszający przepisy Pzp Odwołujący może być pozbawiony możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, a tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na braku uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jako jeden z czołowych producentów oświetlenia, w tym oświetlenia ulicznego, jest potencjalnym wykonawcą tego zamówienia.

UZASADNIENIE

Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu pismem z dnia 07.07.2020 „Wyjaśnienie treści SIWZ oraz modyfikacja SIWZ” udzielił odpowiedzi na zadane pytania oraz dokonał modyfikacji SIWZ. W odpowiedzi na pytanie 4 oraz pytanie 5 dotyczące kluczowego dla przygotowania poprawnej oferty (doboru oferowanych opraw) Załącznika nr 8a „Zestawienie danych do obliczeń fotometrycznych”, w którym wskazano brak danych do obliczeń dla części sytuacji czy niezgodności z tabelą „Inwentaryzacja i tabela doboru opraw” – Załącznik nr 8 uniemożliwiający prawidłowy dobór opraw oświetleniowych Zamawiający wskazał:

„Do wykonawcy należy poprawny dobór opraw, spełniających wymagania Zamawiającego opisane w SIWZ i SZOPZ. Do wykonawcy należy weryfikacja zakresu rzeczowego opisanego w dokumentacji przetargowej ze stanem faktycznym. Zamawiający nie dysponuje pełną inwentaryzacją całej infrastruktury oświetleniowej. Wykonawca zgodnie z SIWZ ma przygotować projekt techniczny i uzgodnić go z zakładem energetycznym.”

Wyjaśnienie to w ocenie Odwołującego zmienia w sposób istotny wymagania Zamawiającego, które określił w instrukcji do Załącznika nr 8 „Inwentaryzacja i tabela doboru opraw”, który stanowi szczegółowy opis przedmiotu umowy (par. 1 pkt. 2a wzoru Umowy), gdzie stwierdzono:

„Obliczenia fotometryczne wykonać zgodnie z normą PN-EN 13201:2016 „Oświetlenie dróg” oraz Załącznikiem 8a zestawienie danych do obliczeń fotometrycznych, który zawiera wszelkie potrzebne informacje do przeprowadzenia doboru – lokalizacje, szerokość drogi, ilość pasów, lokalizacje słupów, typ nawierzchni, współczynnik utrzymania, wysokość opraw, odległość między oprawami.

Przedstawienie obliczeń niespełniających wymagań normy PN-EN 13201: 2016 „Oświetlenie dróg” dla nawet pojedynczej sytuacji oświetleniowej może skutkować odrzuceniem oferty.

Zamawiający zastrzega sobie prawo, przed wyborem oferty, wezwania Wykonawcy do przedstawienia kompletu obliczeń fotometrycznych.”

Wprowadzona odpowiedzią na pytania zmiana SIWZ stawia wykonawcę w sytuacji, w której nie może być pewien, że jakkolwiek zaoferowany przez niego produkt spełni wymagania Zamawiającego, bowiem wymagania Zamawiającego (dane do obliczeń fotometrycznych) nie zostały jasno określone. Należy również podkreślić, że w tej sytuacji wymogi ustanowione w instrukcji do Załącznika nr 8 pozwolą Zamawiającemu na odrzucenie oferty w sposób całkowicie uznaniowy.

Odpowiedź na pytanie nr 4 oraz 5, które udzielił Zamawiający w dniu 07.07.2020, wprowadziły nową treść do SIWZ zaostrzając wymogi wobec wykonawców poprzez obarczenie wykonawców koniecznością weryfikacji zakresu rzeczowego opisanego w dokumentacji przetargowej ze stanem faktycznym mimo, iż pierwotnie wskazywał (instrukcja tabeli doboru opraw), że w dokumentacji zawarł wszelkie niezbędne informacje do przeprowadzenia doboru opraw i dane te całkowicie wystarczały Zamawiającemu do stwierdzenia, czy dobór dokonany przez Wykonawcę został przeprowadzony prawidłowo.

Rozszerzenie zakresu odpowiedzialności wykonawcy potwierdza również udzielona przez Zamawiającego w dn. 07.07.2020 odpowiedź na pytanie nr 1:

Pytanie nr 1

„...Dane z załącznika nie zawierają strumienia oprawy oraz co najważniejsze nie podają czy proponowana oprawa zapewni spełnianie wszystkich wymogów przewidzianych normą PN-EN 13201:2016 W opisie przedmiotu zamówienia jest: „Oprawa wykonana w dwóch wersjach do montażu bezpośredniego na słupie i zwieszana, dopuszcza się dwa typy opraw. Proszę o doprecyzowanie ilości poszczególnych opraw. Ceny opraw zwieszanych i nasadzanych na słup są zróżnicowane.”

Odpowiedź na pytanie nr 1

*„... Weryfikacja ilości opraw zwieszanych i montowanych bezpośrednio na słupie leży po stronie wykonawcy. Zamawiający zwraca również uwagę, że wynagrodzenie wykonawcy jest wynagrodzeniem zryczałtowanym a nie kosztorysowym. W związku z tym to do wykonawcy należy weryfikacja, **najlepiej na podstawie wizji lokalnej w celu przygotowania poprawnej oferty.**”*

W pierwotnie opublikowanej treści SIWZ, Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia czy którymkolwiek z załączników Zamawiający nie wskazywał na konieczność weryfikacji zakresu rzeczowego opisanego w dokumentacji przetargowej, czy też konieczność przeprowadzenia wizji

lokalnej w celu przygotowanie poprawnej oferty. Z dyspozycji art. 29 ust. 1 Pzp wynika, że „przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący (...) uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”.

Przepis ten stanowi, że forma i zakres dokumentacji powinien umożliwiać Wykonawcą należyłą ocenę ryzyk i wycenę prac projektowych i montażowych. W ocenie odwołującego na chwilę obecną nie jest to możliwe, ponieważ dokumentacja w świetle udzielonych wyjaśnień treści SIWZ pozostawia zbyt duże pole do interpretacji (konieczność dokonania wizji lokalnej, konieczność samodzielnej oceny zakresu zadania podczas wizji, wymiarowanie robót w oparciu o wizję, typowanie robót opisanych zbyt ogólnie, samodzielnie ustalanie [dokładne lokalizowanie] miejsc wykonania robót itd.). W ocenie odwołującego takie sformułowanie zmienia opis przedmiotu zamówienia w taki sposób, że opis ten nie stanowi po udzieleniu odpowiedzi opisu jednoznacznego i wyczerpującego, ani nie pozwala na uwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, przez wszystkich Wykonawców w sposób tożsamy (równy).

Dodatkowo w ocenie wykonawcy nie jest dopuszczalne i możliwe zawarcie z góry w specyfikacji czy we wzorze umowy, zastrzeżenia, iż umowa obejmuje zakres prac, który obojętnie z jakich przyczyn został pominięty na etapie sporządzania dokumentacji przetargowej tj. SIWZ czy OPZ, a następnie jest wskazany w odpowiedzi Zamawiającego na zadane przez Wykonawcę pytanie. Zakres przedmiotu zamówienia objęty dokumentacją przetargową stanowi podstawę skalkulowania ceny oferty i dla złożenia porównywalnych ofert powinien być opisany szczegółowo w sposób wyczerpujący i jednoznaczny dla wszystkich Wykonawców.

Ponadto Odwołujący podnosi, że wynagrodzenie ryczałtowe, w przypadku ustalenia takiej podstawy rozliczeń, ustalone jest w odniesieniu do zakresu zamówienia objętego dokumentacją. Ryczałt nie może obejmować tego, czego zamawiający nie przewidział w dokumentacji, a także tego, czego nie można było przewidzieć na etapie przygotowania oferty, są to bowiem przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 5 p.z.p. na roboty dodatkowe. Zmiana wynikająca z udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi prowadzi do rozszerzenia ryzyka Wykonawcy w sposób nieograniczony, a jednocześnie niemożliwy do ustalenia.

Dla Odwołującego udzielone w dn. 07.07 oraz 10.07 odpowiedzi na pytania oraz dokonana modyfikacja SIWZ powodują, że w praktyce Zamawiający oczekuje od Wykonawców skalkulowania w cenie oferty okoliczności i ryzyk nieprzewidywalnych a tym samym pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew zasadom wyrażonych w przepisach art. 29 – 31 Pzp. Należy również podkreślić, że wprowadzana zmiana czyni dokumentację, tj. SIWZ oraz OPZ, niepełną, co oznacza, że zmiany wynikające z udzielonych odpowiedzi nie są możliwe do zaaplikowania w dokumentacji, bowiem dokumentacja ta nie zawiera informacji, które powinny zostać uwzględnione w celu prawidłowej implementacji zmian wprowadzonych przez Zamawiającego.

W związku z powyższym jako naruszenie przepisów Pzp należy również uznać wyznaczenie przez Zamawiającego zdecydowanie zbyt krótkiej daty do składania ofert, który wbrew przepisowi art. 38 ust. 6, nie został wydłużony pomimo zmiany istotnych warunków zamówienia. Biorąc pod uwagę zastrzeżenia wyrażone powyżej, nie da się w chwili obecnej w sposób odpowiedzialny ustalić poprawnej daty składania ofert, ale Zamawiający powinien w tej mierze uwzględnić stan i poprawność materiałów przekazanych w uzupełnieniu do opisu przedmiotu zamówienia oraz konieczność wykonania przez wykonawców wizji lokalnych, które pozwolą na dokonanie precyzyjnej i miarodajnej kalkulacji kosztów, wobec czego wniesienie niniejszego odwołania stało się w opinii Odwołującego zasadne i konieczne.

Załączniki:

- 1) Dowód uiszczenia wpisu;*
- 2) Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;*
- 3) Wydruk KRS Odwołującego;*
- 4) Potwierdzenie doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.*