

Zielona Góra, dnia 25 listopada 2019 roku

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

Zamawiający:

Gmina Skarżysko-Kamienna
ul. Sikorskiego 18
26-110 Skarżysko-Kamienna

Odwołujący:

LUG Light Factory Sp. z o.o.

ul. Gorzowska 11, 65-127 Zielona Góra,
tel.: +48 68 453 32 00,

reprezentowana przez:

Ryszarda Wtorkowskiego – Prezesa Zarządu

Grzegorza Bartczaka – pełnomocnika

Annę Wtorkowską – pełnomocnika

Kamila Bytniewskiego – pełnomocnika

(pełnomocnictwa zostaną przedstawiona w późniejszym
czasie)

Adres do doręczeń:

Ul. Gorzowska 11, 65-127 Zielona Góra

e-mail: grzegorz.bartczak@lug.com.pl

Numer ogłoszenia: 624909-N-2019, znak sprawy u Zamawiającego ZP.271.36.2019.AS

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 10.000 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 treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Skarżysko-Kamienna w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Modernizacja oświetlenia ulicznego w Skarżysku-Kamiennej” o wartości nieprzekraczającej kwoty wynikającej z art. 11 pkt 8 ustawy PZP, tj. wobec czynności Zamawiającego polegającej na niezgodnym z Ustawą określeniu treści i postanowień SIWZ.

I. Wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści SIWZ w zakresie postanowień:

- 1) Załącznika nr 11 do Ogłoszenia o zamówieniu pkt 3.2.1. tabela wiersz 18 w brzmieniu „Osiągnięcie wartości parametrów oświetleniowych na poziomie nie mniejszym niż w załączniku 3 (dopuszcza się 5% tolerancję – przy spełnieniu wymogów PN-EN13201)” – poprzez zastosowanie przez Zamawiającego kryteriów nie znajdujących oparcia w uzasadnionych i realnych potrzebach Zamawiającego, tj. zastosowanie wymogów surowszych niż przewiduje obowiązująca norma, jak również uniemożliwiającego udział w postępowaniu zdecydowanej większości podmiotów poprzez brak możliwości ustalenia, w jaki sposób określana ma być „5% tolerancja”; SIWZ rozdział I „Opis przedmiotu zamówienia” – poprzez niewskazanie przez Zamawiającego kryteriów, które będzie brał pod uwagę przy ocenie równoważności;
- 2) Odnośnych się do opisu przedmiotu zamówienia – poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący;
- 3) Wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na złożenie oferty, która z uwagi na niejasny i niekompletny opis przedmiotu zamówienia zmusza Wykonawców do polegania na szacowaniu zakresu przedmiotu zamówienia w drodze dokonania wizji lokalnej.

II. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez:
 - a) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, tj. poprzez umożliwienie złożenia oferty tylko przez wąską grupę podmiotów współpracujących z producentem, którego produkty zostały pośrednio wskazane w SIWZ;

- b) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania, w wyniku ustanowienia wymogów wskazujących wprost na konkretną markę sprzętu;
 - c) opisanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający uczciwą konkurencję i zasadę równego traktowania wskutek sformułowanie parametrów, które łącznie spełnia potencjalnie tylko jeden producent, a parametry te nie znajdują odzwierciedlenia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego;
 - d) opisanie kryteriów oceny równoważności w sposób, który w praktyce uniemożliwia zastosowanie jakichkolwiek innych produktów niż wskazane przez Zamawiającego w SIWZ;
- 2) art. 31 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 Pzp oraz w zw. z §4 pkt 2 ust. 1, 2 i 3 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego poprzez zaniechanie przez Zamawiającego jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia, uwzględniającego wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a w efekcie do nieprzedstawienia w SIWZ:
- a) dokumentacji projektowej (planów i rysunków) umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania z podaniem numerów szaf/stacji/słupów/żerdzi napowietrznych 132 przy których mają być wykonane roboty określone w dziale 3. Przedmiaru poz. 39-41 oraz sprecyzowanie ile ma być układów jednofazowych, a ile trójfazowych wraz z podaniem mocy czynnej zainstalowanej dla obwodów które mają być skompensowane;
 - b) dokumentacji projektowej (projektów elektrycznych) podpisanych przez uprawnionego projektanta pozwalających na wykonanie prac określonych w dziale 3. Przedmiaru poz. 39-41 z uzgodnieniem i pozwoleniem zakładu energetycznego PGE Dystrybucja na wykonanie tych prac;
 - c) dokumentacji projektowej (projektów elektrycznych) podpisanych przez uprawnionego projektanta pozwalających na wykonanie prac określonych w dziale 2. Przedmiaru poz. 29-38.
- 3) art. 7 ust. 1 w związku z brakiem zastosowania art. 9a Pzp poprzez ustanowienie terminu składania ofert nieuwzględniającego czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, w szczególności poprzez nieuwzględnienie możliwości dokonania wizji lokalnej przez Wykonawców i braku wyznaczenia terminu na tą czynności oraz brak uwzględnienia konieczności sporządzenia przez wykonawcę bardzo szczegółowych obliczeń fotometrycznych dla dużej ilości sytuacji.

III. Z uwagi na powyższe naruszenia wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w treści Ogłoszenia, SIWZ oraz załączników poprzez:

- 1) Zastąpienie wymagań Zamawiającego określonych w Załączniku nr 11 do Ogłoszenia o zamówieniu pkt 3.2.1. tabela wiersz 18 powszechnie obowiązującymi normami; Odwołujący proponuje zapis: „Osiągnięcie wartości parametrów oświetleniowych na poziomie nie mniejszym niż wymogi normy oświetleniowej PN-EN 13201”, co stanowi kopię zapisu Zamawiającego odnoszącego się do opraw parkowych; oraz zawarcie przez Zamawiającego kryteriów oceny równoważności, które z jednej strony pozwalają na zastosowanie rozwiązań równoważnych, przy jednoczesnej obiektywnej możliwości oceny, czy rozwiązanie proponowane przez wykonawcę może zostać uznane za rozwiązanie równoważne;
- 2) Uwzględnienia w dokumentacji projektowej:
 - a) wymagań związanych z przewodami słupowymi i wysięgnikowymi wynikającymi z warunków wydanych przez PGE Dystrybucja (rodzaj przewodu/kabla oraz ilość żył)
 - b) precyzyjnego określenia sformułowania „typowe wysięgniki rurowe” zawartego w pkt. II.2.13 SST poprzez określenie wymaganej ich średnicy, długości części pionowej wysięgnika, kąta rozwarcia ramion, sposobu montażu (na jakim słupie – linii napowietrznej/kablowej – stalowym, betonowym itd.) i uzupełnienia przedmiaru o te dane;
 - c) Audytu Energetycznego modernizacji systemu oświetlenia ulic (zgodnie z informacją od Zamawiającego datowaną na 31.07.2015 r.), który stanowi podstawę opracowania dokumentacji technicznej;
 - d) warunków prowadzenia robót w pasie drogowym (zał. nr 2) wymienionego w par 1 pkt 2 lit b projektu Umowy;
 - e) pełnego i wyczerpującego Przedmiaru Robót wymienionego w par 1 pkt 2 lit f projektu Umowy, który nie będzie elementem pomocniczym, a wiążącym dokumentem pozwalającym na prawidłowe skalkulowanie ceny ryczałtowej przez Wykonawcę
- 3) Zobowiązania Zamawiającego do wyznaczenia terminu wizji lokalnej oraz odpowiedniego do nowych informacji, o których przekazanie w pkt. 2 powyżej wnosi Odwołujący, wydłużenie terminu składania ofert.

Jednocześnie wnoszę zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym uiszczonych przez Odwołującego wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia pełnomocnika przedstawionych w toku postępowania, jak również zwrotu opłaty skarbowej w uiszczonej przez Odwołującego wysokości.

- IV. Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia niniejszego odwołania powziął w dniu 20 listopada 2019 r., tj. w dniu zamieszczenia przez Zamawiającego na stronie internetowej ogłoszenia o zamówienia oraz SIWZ, a tym samym Odwołujący dotrzymał ustawowego 5-dniowego terminu do wniesienia niniejszego odwołania.
- V. 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 przepisu 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

Na wstępie Odwołujący wskazuje, że jest podmiotem, który od 30 lat prowadzi działalność na rynku opraw oświetleniowych. Z powodzeniem bierze udział bezpośredni, jak również pośredni w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych w Polsce oraz za granicą.

Odwołujący posiada w swojej ofercie szeroką gamę opraw ulicznych, które są z powodzeniem eksploatowane przed podmioty publiczne i prywatne, jednocześnie realizując obiektywne i uzasadnione potrzeby kupujących, o czym świadczą liczne referencje. Uwzględniając wskazane powyżej okoliczność można wywieść wniosek, że opisana w treści odwołania sytuacja, w której żaden ze znajdujących się w ofercie Odwołującego produktów nie daje pewności spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ, budzi uzasadnione zastrzeżenia i czyni zasadnym sformułowanie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1, 2 i 3 Pzp.

Analiza poczyniona przez Odwołującego, opierająca się o informacje dostępne na rynku oświetleniowym, wskazuje jednocześnie, że tak sformułowane wymagania Zamawiającego nie są uzasadnione w świetle obiektywnych potrzeb Zamawiającego, a wymagania sformułowane zostały w sposób odbiegający od praktyki rynkowej, w której projekt oświetleniowy powinien być zgodny z obowiązującymi normami, nie natomiast opierać się o tolerancję względem projektu sporządzonego na zlecenie Zamawiającego na etapie przed ogłoszeniem o zamówieniu. Zastosowane w przedmiotowym postępowaniu kryterium opisane przez Zamawiającego w Załączniku nr 11 do Ogłoszenia o zamówieniu pkt 3.2.1. tabela wiersz 18 o następującej treści:

| | | | |
|-----|-------------------------|--|--------------------------|
| 18. | Parametry oświetleniowe | Osiągnięcie wartości parametrów oświetleniowych na poziomie nie mniejszym niż w załączniku 3 (dopuszcza się 5% tolerancję - przy spełnieniu wymogów PN-EN13201 | obliczenia fotometryczne |
|-----|-------------------------|--|--------------------------|

Tak sformułowany wymóg stawia wykonawcę w sytuacji, w której nie może być pewien, że jakiegokolwiek zaoferowany przez niego produkt spełni wymagania Zamawiającego, jednocześnie wskazując na jeden model oprawy określonego producenta, bowiem w praktyce niemożliwe jest uzyskania niemalże identycznych wyników przez inną oprawę niż przyjęta do wyliczeń. Należy również podkreślić, że tak ustanowiony wymóg pozwoli Zamawiającemu na odrzucenie oferty, której projekt spełnia wymagania normy PN-EN 13201, ale nie mieści się w ramach wymaganej tolerancji 5%, co pozostaje w sprzeczności z praktyką rynkową, jednocześnie prowadząc do nieuzasadnionego ograniczenia kręgu podmiotów, które mogą wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym miejscu należy przytoczyć fragment uchwały KIO z dnia 25.03.2016 r. sygn. akt KIO/KD 19/16, w której wskazano, że „przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawców zamówienia”. Rozwinięcie tej tezy znalazło swoje odzwierciedlenie w uchwale KIO/KD 23/16, w której stwierdzono jednoznacznie, iż „działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia”.

Tym samym należy uznać, że wymagania muszą pozostawać w związku z obiektywnymi potrzebami Zamawiającego, a nie w sposób nieuzasadniony uprzywilejowywać lub dyskryminować określonych wykonawców, posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym i ekonomicznym do wykonania zamówienia, które to wymagania, pozostające bez wpływu na wartości, przykładowo użytkowe sprzętu, nie pozwalają wykonawcy realnie konkurować w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności zasada ta powinna mieć zastosowanie w sytuacji, gdy funkcjonują normy branżowe określone dla danego typu sprzętu, a odstępstwa od nich powinny każdorazowo znajdować swoje źródło w uzasadnionych, realnych i obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Jednocześnie sam Zamawiający w pkt. 2.3. Załącznika 11 (s. 9) określa, że celem opracowania jest spełnienie przez zmodernizowany system oświetleniowy normy PN-EN 13201, co czyni wymagania Zamawiającego sformułowane w dalszej części tego Załącznika całkowicie niezrozumiałymi.

Powyżej sformułowane zastrzeżenia pozostają pośrednio w związku z niedookreślonymi kryteriami oceny równoważności. Kryteria te zostały przez Zamawiającego opisane w sposób dowolny i pozwalający na subiektywną ocenę. Przykładowo w Załączniku nr 11 Zamawiający nie wskazał jaka równoważność zostanie przez niego zaakceptowana - na str. 26 sformułowany został wymóg "klosz

oprawy - płaskie szkło hartowane". Jednak w żadnym miejscu Zamawiający nie wskazał, co będzie przez Zamawiającego uznane za równoważne. Czy klosz z poliwęglanu, pleksy lub inne rozwiązanie materiałowe, o takich samych parametrach IP i IK jest dla Zamawiającego równoważne? Zamawiający powinien wskazać, co będzie dla Zamawiającego równoważne w taki sposób, aby niemożliwa była interpretacja subiektywna, ale jedynie obiektywna i znajdująca podstawę w opisie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie należy wskazać, że sztywne określenie wymogów odnoszących się do takich cech jak „gabaryty i konstrukcja - wielkość, rodzaj, właściwości fizyczne, liczba elementów składowych" bezsprzecznie ograniczają konkurencyjność nie pozostawiając absolutnie żadnej przestrzeni dla producentów innych, aniżeli producent wskazany w dokumentacji przetargowej. Takie sformułowanie prowadzi w praktyce do naruszenia zasad konkurencji, nie znajdując żadnego oparcia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego.

Odwołujący wskazuje, że w treści Ogłoszenia i zamówieniu – opis przedmiotu zamówienia oraz kodów CPV- przedmiot zamówienia został określony jako wykonanie robót budowlanych. Jednak w ocenie odwołującego Zamawiający nie przekazał kompletnej, wyczerpującego i spójnej dokumentacji projektowej do zakresu prac które mają być zrealizowane przez Wykonawcę. Zgodnie z par. 4 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 02.09.2004 w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego dokumentacja projektowa służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których nie jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, składa się w szczególności ust 1. „planów, rysunków lub innych dokumentów umożliwiających jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania” oraz ust 3. „projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych odrębnymi przepisami”.

Przepis ten oznacza, że forma i zakres dokumentacji powinien umożliwiać Wykonawcą należytą ocenę ryzyk i wycenę prac projektowych i budowlanych. W ocenie odwołującego na chwilę obecną nie jest to możliwe, ponieważ dokumentacja pozostawia zbyt duże pole do interpretacji (konieczność dokonania wizji lokalnej, konieczność samodzielnej oceny zakresu robót 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 opisu przedmiotu zamówienia nie stanowi 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).

Określenie przez Zamawiającego w §1 pkt 2 lit f Przedmiaru Robót jako elementu pomocniczego dla Wykonawcy w połączeniu z brakami w opisie przedmiotu zamówienia 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.

W związku z powyższym jako naruszenie przepisów Pzp należy również uznać wyznaczenie przez Zamawiającego zdecydowanie zbyt krótkiej daty do składania ofert. 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.

Odnosząc się do przedstawionych przez Zamawiającego wymagań należy stanowczo podkreślić, że szczegółowe ich sformułowanie w zakresie odnoszącym się do opraw ulicznych nie ma odzwierciedlenia w realnych potrzebach Zamawiającego, natomiast prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji poprzez wymuszenie na wykonawcy konieczności nabycia opraw określonego producenta, co końcowo może również prowadzić do ponoszenia przez Zamawiającego kosztów wyższych, aniżeli w sytuacji naturalnej i prawidłowej konkurencji. Uwzględnienie zmian, o które wnioskuje Odwołujący nie jest istotne z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego i w żaden sposób nie wpływa negatywnie na zamierzony przez Zamawiającego cel, a doprowadzi do zwiększenia ilości potencjalnych wykonawców, co w efekcie może doprowadzić do oszczędności po stronie Zamawiającego w wyniku realizacji zasad uczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu kwestionowane przez Odwołującego postanowienia SIWZ nie są usprawiedliwione ani obiektywnymi ani uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, wobec czego wniesienie niniejszego odwołania stało się w opinii Odwołującego zasadne i konieczne.

Załączniki:

- 1) Dowód uiszczenia wpisu;*
- 2) Wydruk KRS Odwołującego;*
- 3) Potwierdzenie doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.*