

Zielona Góra, dnia 6 kwietnia 2020 roku

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

Zamawiający:

Miasto Leszno
ul. Kazimierza Karasia 15
64-100 Leszno
e-mail: mzd@leszno.pl

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: tenders@lug.com.pl

Numer ogłoszenia: 020/S 061-145254, znak sprawy u Zamawiającego IN.271.07.2020

ODWOŁANIE

**w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Leszno
w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie
Miasta Leszna w 2020 roku”**

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 treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Leszno w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Miasta Leszna w 2020 roku” o wartości przekraczającej 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 9 do Ogłoszenia o zamówieniu tj. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych nr 14/2020 w pkt 1.12, 2.12, 3.12, 4.34, 5.11 oraz 6.8 w brzmieniu „(...) Różnica danych fotometrycznych proponowanej oprawy równoważnej nie powinna być większa niż $\pm 5\%$ w stosunku do podanych” – poprzez zastosowanie przez Zamawiającego kryteriów nie znajdujących oparcia w uzasadnionych i realnych potrzebach Zamawiającego, tj. zastosowanie zbyt rygorystycznych wymogów, bez oparcia w obowiązujących normach, uniemożliwiających złożenie oferty równoważnej poprzez brak możliwości ustalenia na podstawie załączonych rysunków danych fotometrycznych wymaganych przez Zamawiającego, w stosunku do których różnica danych proponowanej oprawy równoważnej nie powinna być większa niż $\pm 5\%$;
- 2) Odnośzących się do opisu przedmiotu zamówienia – poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący.

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 symboli / typów opraw na rysunkach wskazujących jednoznacznie miejsce ich montażu;
 - b) dokumentacji projektowej (projektów elektrycznych) podpisanych przez uprawnionego projektanta pozwalających na wykonanie prac określonych w § 1 umowy z uzgodnieniem i pozwoleniem zakładu energetycznego oraz zarządców tych dróg na wykonanie tych prac.
- 3) art. 31 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1 w związku z art. 7 Pzp oraz w zw. z §14 pkt 1 - 10 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 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Obioru Robót danych pozwalających na właściwą ocenę zakresu i skali czynności do wykonania, wymaganych standardów technicznych, a tym samym uniemożliwienie sporządzenia poprawnej i pełnej kalkulacji ceny ofertowej w zakresie składowych wynagrodzenia wymienionych w § 3 pkt 4 umowy.

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

- 1) Zastąpienie wymagań Zamawiającego określonych w Załączniku nr 1a, Załączniku nr 9 (dokumentacja techniczna, STWiOR) do Ogłoszenia o zamówieniu dotyczących bryły fotometrycznej opraw „(...) Różnica danych fotometrycznych proponowanej oprawy równoważnej nie powinna być większa niż $\pm 5\%$ w stosunku do podanych” powszechnie obowiązującymi normami - Odwołujący proponuje zapis: „rozsył światłości oprawy ma zapewnić osiągnięcie wartości parametrów oświetleniowych na poziomie nie mniejszym niż wymogi normy oświetleniowej PN-EN 13201” oraz zawarcie przez Zamawiającego kryteriów oceny równoważności, które pozwalają na zastosowanie rozwiązań równoważnych, przy jednoczesnej obiektywnej możliwości oceny, czy rozwiązanie proponowane przez wykonawcę może zostać uznane za rozwiązanie równoważne;
- 2) Uwzględnienie w dokumentacji projektowej:
 - a) wymaganych projektów, pozwoleń, uzgodnień i opinii wymaganych innymi przepisami m.in. zgody i warunków wymiany opraw wydanych przez zakład energetyczny, zgód zarządców dróg, decyzji konserwatora zabytków lub oświadczenie Inwestora o braku konieczności dokonania stosownych ustaleń;
 - b) warunków prowadzenia usługi konserwacji (wymiana niesprawnych lub uszkodzonych elementów opraw ulicznych, czyszczenia kloszy opraw świetlnych z zewnątrz, a w uzasadnionych wypadkach wewnątrz, zmodernizowanych opraw w okresie udzielonej gwarancji jakości) wymienionych w § 4 pkt 4b projektu umowy;
 - c) wymaganego zakresu dokonania uzgodnień, odbiorów, wyłączeń sieci w celu wykonywania realizacji zamówienia wymienionych w § 4 pkt 4o projektu umowy;
 - d) wymaganego zakresu wykonania dokumentacji powykonawczej wymienionej w § 4 pkt 4p projektu umowy;
 - e) wymaganego zakresu opracowania instrukcji obsługi wykonanych instalacji/urządzeń wymienionych w § 4 pkt 4r projektu umowy;
 - f) warunków prowadzenia robót w pasie drogowym.

Jednocześnie wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym uiszczonego 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 26 marca 2020 r., tj. w dniu zamieszczenia przez Zamawiającego

na stronie internetowej ogłoszenia o zamówienia oraz SIWZ, a tym samym Odwołujący dotrzymał ustawowego terminu do wniesienia niniejszego odwołania.

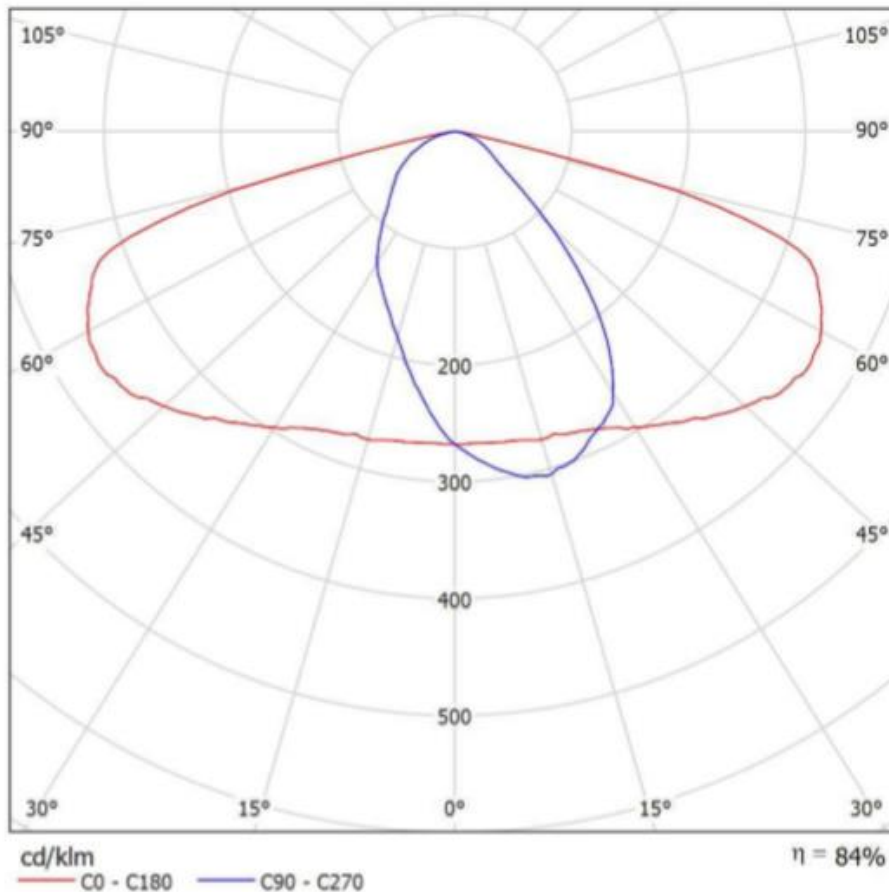
- V. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jest podmiotem zdolnym do jego wykonania, posiadającym w tym zakresie odpowiednie kompetencje, doświadczenie, produkty i zdolności produkcyjne. Poprzez sformułowanie przez Zamawiającego postanowień SIWZ w sposób naruszający przepis Pzp Odwołujący 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.

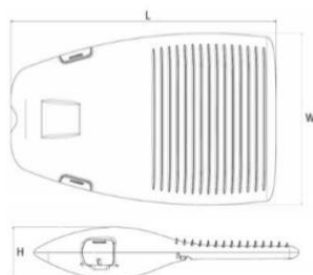
Zamawiający w Załączniku nr 1a do Ogłoszenia o zamówieniu tj. Formularzu oferowanego sprzętu pkt 1.12, 2.12, 3.12, 4.34, 5.11 oraz 6.8 zawarł wymóg dotyczący bryły fotometrycznej: „(...) Różnica danych fotometrycznych proponowanej oprawy równoważnej nie powinna być większa niż $\pm 5\%$ w stosunku do podanych”. W Załączniku nr 9 Zamawiający wymaganie to powtórzył, zarówno w dokumentacji technicznej, jak i dokumencie STWiOR (pkt 5.2 ppkt a – f) przedstawiając dla każdego z wymaganych rysunek zawierający krzywe światłości dla dwóch płaszczyzn fotometrowania – przykład dla oprawy nr 1 poniżej:



Na podstawie załączonych rysunków (wykresów) nie jest możliwe ustalenie jakie dane fotometryczne podał (jako wymagane) Zamawiający, jak również ustalenie ich wartości liczbowej w sposób pozwalający na określenie dopuszczalnych granic tolerancji.

Ponadto w kolejnym punkcie dokumentacji technicznej i STWiOR dla każdej z opraw Zamawiający określił wymiary i kształt opraw na podstawie parametrów opraw oferowanych przez firmę Schreder np. model Ampera – dane poniżej:

- Wygląd, styl i wielkość oprawy podobny do rysunków zamieszczonych poniżej. Należy zachować tolerancję wymiarów $\pm 10\%$.



L	674 mm
W	436 mm
H	132 mm

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 opis przedmiotu zamówienia sporządzony powinien zostać sporządzony w sposób realnie, a nie tylko pozornie, gwarantujący możliwość zastosowania rozwiązań równoważnych i jasno definiujący kryteria równoważności.

W przypadku krzywych światłości Zamawiający powinien wymagać doboru opraw na podstawie projektu oświetleniowego, zgodnego z obowiązującymi normami, nie natomiast opierać się o tolerancję względem doboru opraw (projektu) sporządzonego na zlecenie Zamawiającego na etapie przed ogłoszeniem o zamówieniu, dodatkowo odniesioną do danych w postaci rysunku (wykresu).

Tak sformułowany wymóg stawia wykonawcę w sytuacji, w której nie może być pewien, że jakikolwiek zaoferowany przez niego produkt spełni wymagania Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający wskazuje 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 danych fotometrycznych 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. Wskazać również należy, że w praktyce wykazanie zachowania tolerancji danych fotometrycznych na poziomie 5% jest niemożliwe, wobec przedstawienia tych danych jedynie w formie graficznej, uniemożliwiającej odniesienie się do konkretnych wartości w formie liczb.

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 niektórych 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, choćby 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 określił w Załączniku nr 8 w par 1 pkt. 7 „Wzór umowy” że „Wykonawca zobowiązuje się realizować przedmiot zamówienia z zachowaniem należytej staranności, z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności, zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy, powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, normami, zasadami wiedzy technicznej”, a zatem wymagane jest spełnienie przez zmodernizowany system oświetleniowy normy PN-EN 13201:2016, co czyni wymagania Zamawiającego sformułowane w dalszej części tego Załącznika całkowicie niezrozumiałymi.

Powyżej sformułowane zastrzeżenia pozostają w związku z niedookreślonymi kryteriami oceny równoważności. Kryteria te zostały przez Zamawiającego opisane w sposób dowolny i pozwalający na subiektywną ocenę. W Załączniku nr 9 Zamawiający nie wskazał jaka równoważność zostanie przez niego zaakceptowana - na str. 10 sformułowany został następujący wymóg "w przypadku rozwiązań zamiennych należy dostarczyć źródłowe pliki obliczeniowe". Jednak w żadnym miejscu Zamawiający nie wskazał, co będzie przez Zamawiającego uznane zostanie za rozwiązanie równoważne, jak również jakie pliki źródłowe (w jakim formie) i do obliczeń czego należy przedstawić. 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 Załączniku nr 9 dokument STWiOR – jako typ robót podał CPV– instalowanie urządzeń oświetlenia drogowego a przedmiot zamówienia został określony jako dostawy. 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).

Odnosząc się do przedstawionych przez Zamawiającego wymagań należy stanowczo podkreślić, że szczegółowe ich sformułowanie w zakresie odnoszącym się do oprav ulicznych nie ma odzwierciedlenia w realnych potrzebach Zamawiającego, natomiast prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji poprzez wymuszenie na wykonawcy konieczności nabycia oprav 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, natomiast 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.*