

Rzeszów, dnia 2 maja 2024r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Odwolujący:

Linter Energia sp. z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rzeszowie, ul. Tadeusza Boya-Żeleńskiego 23, 35-105 Rzeszów, KRS: 0000573903, telefon: 531650350, e-mail: kjamrozy@linterenergia.pl, reprezentowana przez Prezesa Zarządu Kamila Jamrożego łącznie z Członkiem Zarządu Leszkiem Łazarczykiem

Zamawiający:

Gmina Lubaczów, ul. Jasna 1, 37-600 Lubaczów, REGON 36420966, tel./fax.(16) 632 16 84, adres strony internetowej: www.gminalubaczow.pl
e-mail: urząd@gminalubaczow.com.pl

Sygn. zamawiającego: IZP.271.8.2024

Przedmiot zamówienia: Poprawa efektywności energetycznej Gminy Lubaczów poprzez wymianę nieenergooszczędnych opraw oświetleniowych, podziałem na dwie części:

Część nr 1 – Wymiana opraw oświetlenia ulicznego na słupach Gminy Lubaczów;

Część nr 2 – Wymiana źródeł światła na obiektach Gminy Lubaczów.

Identyfikator postępowania: ocds-148610-3a9884c2-03c1-11ef-b21f-3ab44b58c1d6

Numer planu postępowań w BZP: 2024/BZP 00304299

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 26 kwietnia 2024 roku na stronie

<https://ezamowienia.gov.pl/mo-client-board/bzp/notice-details/id/08dc65e9-0dc8-eed0-5792-8300013a24d9>

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/921467>

Odwołanie
od niezgodnego z przepisami opisu przedmiotu zamówienia

W imieniu Odwołującego tj. spółki Linter Energia Sp. z o. o., działając na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) dalej: PZP), niniejszym **wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego Gminy Lubaczów, (dalej zwanego „Zamawiającym”)** – niezgodnego z przepisami opisu przedmiotu zamówienia OPZ zawartego w załączniku nr 8 do SIWZ - w specyfikacji technicznej oprav, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego zgodnie z art. 275 pkt 1 PZP w trybie podstawowym pn. „Poprawa efektywności energetycznej Gminy Lubaczów poprzez wymianę nieenergooszczędnych oprav oświetleniowych”, dofinansowanie z Rządowego Funduszu Polski Ład Program Inwestycji Strategicznych - edycja 9 (Rozświećmy Polskę).

I. Podstawa prawna do wniesienia odwołania

Artykuł 505 ust. 1, art. 513 pkt 1, art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP

II. Podstawa faktyczna do wniesienia odwołania

Zamieszczenie w dniu 26 kwietnia 2024r. przez Zamawiającego Ogłoszenie o zamówieniu Roboty budowlane: Poprawa efektywności energetycznej Gminy Lubaczów poprzez wymianę nieenergooszczędnych oprav oświetleniowych.

III. Wskazanie niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności

Zamawiający dokonał niezgodnych z przepisami PZP czynności postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na:

- nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia, skutkującym nieuzasadnionym wyeliminowaniu większości producentów oprav oświetleniowych, z naruszeniem zasad przygotowania i prowadzenia postępowań o zamówienie publiczne w szczególności poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz posłużeniem się opisem wymiaru oprav stosowanych przez jednego producenta,
- zaniechaniu przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych, które umożliwiłyby zastosowanie prawidłowego opisu produktu,

IV. Wskazanie zarzutów stanowiących oparcie dla odwołania

Zarzucam naruszenie przepisów PZP, które miały wpływ na wynik niniejszego postępowania, tj.:

- 1) art. 99 ust 4 w zw. art. 16 PZP poprzez określenie w Specyfikacji Warunków Zamówienia załączniku 8, w Opisie opraw oświetleniowych do specyfikacji przetargowej, kształtu i wymiarów opraw pochodzących od jednego producenta i przyjęcia dopuszczalnych wymiarów w sposób wykluczający jakąkolwiek konkurencję i stanowiącym naruszenie zasad prowadzenia zamówień publicznych,
- 2) naruszenie art. 84 ust 1 PZP poprzez nieprzeprowadzenie konsultacji rynkowych, przy założeniu że sformułowanie OPZ nie było działaniem intencjonalnym, ukierunkowanym na ograniczenie konkurencji.

V. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania

W związku z powyższym, niniejszym **wnoszę o**:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu opraw oświetleniowych do specyfikacji przetargowej w zakresie ich sylwetki i wymiaru w sposób dopuszczający konkurencję w postępowaniu, np. poprzez zwiększenie zakresu tolerancji w wymiarach, lub wyeliminowanie z OPZ parametrów kształtu i wymiarów jako zbędnych,
- 3) ew. z ostrożności procesowej wnoszę o nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie konsultacji rynkowych w celu prawidłowego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia,
- 4) zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego kosztów postępowania - wpisu od odwołania.

VI. Inne wnioski

Ponadto **wnoszę o**:

- 1) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci:
 - ofert LUG LIGHT FACTORY SP. Z O.O. Urbino LED, LENA Lighting S.A., SCHRÉDER POLSKA SP. Z O.O., Linter Energia sp. z o.o. – wszystkich na fakt wymiaru oferowanych przez nich opraw oświetleniowych, niemieszczących się w zakresie wskazanej przez Zamawiającego tolerancji wymiarowej,

- oferty Rosa sp. z o.o. - na fakt wykorzystania przez Zamawiającego w OPZ rysunków oraz wymiarów jednego producenta opraw,
- Program Funkcjonalno-Użytkowy dla zadania: Modernizacja, rozbudowa oświetlenia ulicznego i drogowego na terenie Gminy Lubaczów - na fakt dotychczasowej realizacji przez Zamawiającego wymiany oświetlenia i wymagań stawianych dla przedmiotu zamówienia w ramach częściowo już zrealizowanego zamówienia pn. „Modernizacja istniejącej i budowa nowej infrastruktury oświetleniowej oraz termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Związku”, dofinansowanie z Rządowego Funduszu Polski Ład Program Inwestycji Strategicznych, którego Wykonawcą jest Odwołujący,
- Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty - zadanie częściowe nr 1 - na fakt wyboru i realizacji przez Linter Energia zadania w ramach projektu "Modernizacja istniejącej i budowa nowej infrastruktury oświetleniowej oraz termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Związku Powiatowo - Gminnego „ZIEMIA LUBACZOWSKA”, obejmującego również wymianę opraw oświetleniowych w oparciu o rozwiązania stosowane przez Linter Energia,

2) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z przesłuchania:

- strony tj. Odwołującego w osobie Kamila Jamrożego (adres do doręczeń: Odwołującego) - *na fakt: błędnego wykonania przez Zamawiającego OPZ w zakresie kształtu oraz wymiarów prowadzącego do wyboru opraw jednego producenta z wykluczeniem pozostałych wiodących producentów na rynku, braku obiektywnych przesłanek ograniczających zakres stosowanych opraw w kontekście wcześniej ogłaszanych przetargów przez Zamawiającego i aktualnie realizowanej wymiany opraw w oparciu o oprawy stosowane przez Linter Energia.*

VII. Wskazanie interesu do wniesienia odwołania (art. 505 ust. 1 PrZamPubl)

Odwołujący jest Wykonawcą w rozumieniu PZP, oferującym na rynku wykonanie robót budowlanych, dostawę produktów i ubiega się o udzielenie zamówienia. Nadto Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Podkreślić należy, iż Odwołujący działa w branży oświetleniowej już od lat, posiada wieloletnie doświadczenie w modernizacji oświetleń i wykonywał już wiele zamówień w ramach zamówień publicznych, stąd jest również zainteresowany w realizacji przedmiotowego zamówienia. Uniemożliwienie mu wzięcia udziału w procedurze przetargowej stanowić będzie dla niego wymierną szkodę.

VIII. Terminy

Zamawiający w dniu 26 kwietnia 2024r. zamieścił ogłoszenie o zamówieniu publicznym prowadzonym zgodnie z art. 275 pkt 1 PZP w trybie podstawowym, pn. „Poprawa efektywności energetycznej Gminy Lubaczów poprzez wymianę nieenergooszczędnych opraw oświetleniowych”, dofinansowanie z Rządowego Funduszu Polski Ład Program Inwestycji Strategicznych - edycja 9 (Rozświetlamy Polskę). Pięciodniowy termin wniesienia odwołania upływa w dniu 1 maja 2024r., który to dzień jest dniem ustawowo wolnym od pracy, stąd zgodnie z art. 509 ust 2 PZP termin wniesienia odwołania upływa w dniu 2 maja 2024r.

Uzasadnienie

W dniu 26 kwietnia 2024r. Zamawiający zamieścił na stronie <https://ezamowienia.gov.pl/> ogłoszenie o zamówieniu Roboty budowlane Poprawa efektywności energetycznej Gminy Lubaczów poprzez wymianę nieenergooszczędnych opraw oświetleniowych.

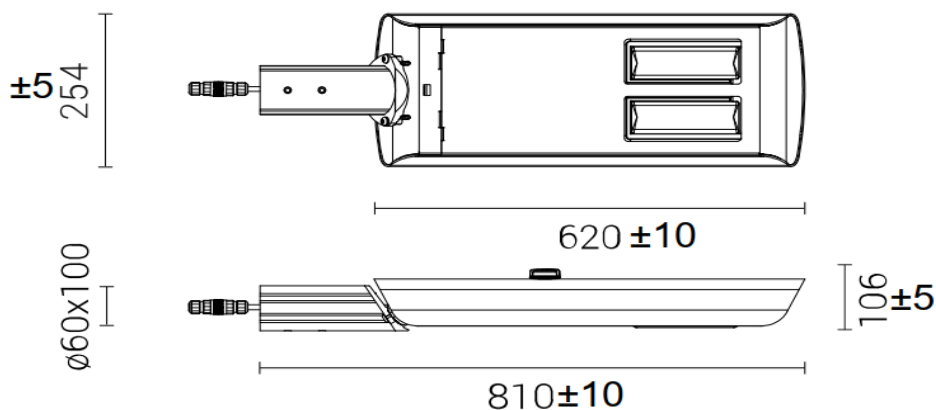
Przedmiotem zamówienia jest poprawa efektywności energetycznej Gminy Lubaczów poprzez wymianę nieenergooszczędnych opraw oświetleniowych, podziałem na dwie części:

Część nr 1 – Wymiana opraw oświetlenia ulicznego na słupach Gminy Lubaczów;

Część nr 2 – Wymiana źródeł światła na obiektach Gminy Lubaczów.

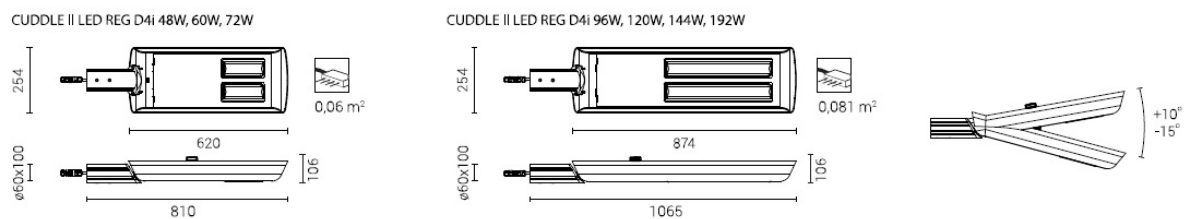
Zgodnie z pkt 12.2 SWZ szczegółowy zakres zamówienia został określony w załączniku nr 8 do SWZ. Załącznik nr 8 zawiera pliki: kosztorys ofertowy, przedmiar robót, Opis opraw oświetleniowych do specyfikacji przetargowej i to właśnie analiza ostatniego elementu wzbudziła zaniepokojenie Odwołującego, a to ze względu na zastosowane przez Zamawiającego rozwiązanie w zakresie sylwetki i dopuszczalnych wymiarów oprawy oświetleniowej (przykład dotyczy lampy

oświetleniowa
kompletnej
LED50W):



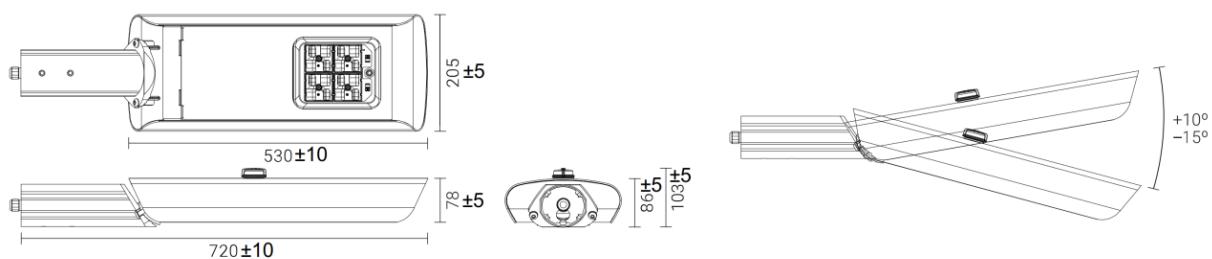
który jest kopią oferowanego rozwiązania przez producenta Rosa sp. z o.o.

RYSUNEK TECHNICZNY



a OPZ "Lampa oświetleniowa 100 W" opisana przez zamawiającego kopią rozwiązania tego samego producenta pod nazwą CUDDLE II LED REG D4i 96W rysunek powyżej.

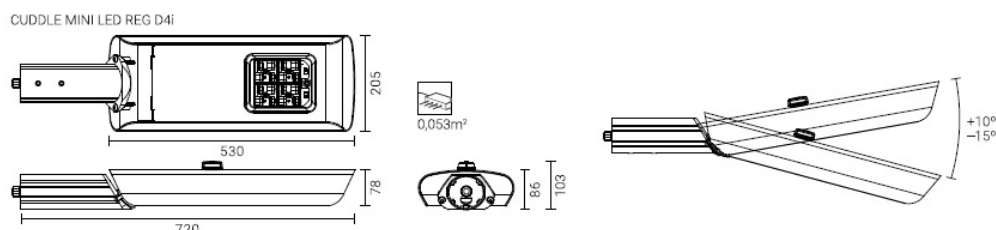
OPZ p.n. "Lampa oświetleniowa kompletna LED 30W" w zakresie sylwetki i dopuszczalnych wymiarów jest kopią 1:1 rozwiązania Rosa sp. z o.o.



Poniżej schemat Rosa sp. z o.o.:

DULE MINI LED REG D4I

TECHNICZNY



Reasumując Zamawiający sporządzając SWZ i OPZ posłużył się rozwiązaniem jednego z producentów tj. Rosa sp. z o.o. kopiując jego schematy i wymiary praktycznie 1:1, ale jeszcze nie ta okoliczność stanowi naruszenie PZP, tylko fakt, iż przyjęty zakres tolerancji w obszarze sylwetki i wymiarów praktycznie wyklucza konkurencję z przetargu. Stanowi to naruszenie zasad prowadzenia przetargu w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także stanowi naruszenie art. 99 ust 4 PZP zakazującego opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zasada zachowania uczciwej konkurencji oznacza, że zamawiający jest zobowiązany do przygotowania i przeprowadzenia postępowania w taki sposób, aby poszanowane zostało prawo wykonawców do swobodnego udziału w zamówieniach publicznych. Zasada ta oznacza dodatkowo zakaz podejmowania przez zamawiającego działań, które ograniczałyby w jakikolwiek sposób prawo wykonawcy do podjęcia decyzji o złożeniu oferty i rozpatrzenia jej na takich samych zasadach jak oferty innych wykonawców. Ponadto, wypływa z niej obowiązek niepodejmowania przez zamawiającego jakichkolwiek działań, które mogą wpływać na naruszenie uczciwej konkurencji. Działanie omawianej reguły nie powinno być ograniczone jakimikolwiek decyzjami organizatora przetargu /Opis przedmiotu zamówienia, Agnieszka Zaborowska, ZPDORADCA 2019, Nr 6, str. 55/. Powszechnie za utrudnianie uczciwej konkurencji przyjmuje się stosowanie przez Zamawiającego określeń lub parametrów wskazujących w sposób pośredni konkretnego

producenta, jak to ma miejsce w przywołanym OPZ, gdzie Zamawiający odwołuje się do rozwiązań producenta ROSA sp. zo.o. poprzez wskazanie wymiarów i kształtu oprawy charakterystycznych dla tego producenta z dopuszczeniem odchyłeń wymiarów w tak wąskim zakresie, iż uniemożliwia to wzięcie udziału w przetargu innym podmiotom.

Nadto Zamawiający nie wskazał, jakichkolwiek argumentów przemawiających za przyjętym przez siebie OPZ. W sytuacji, w której poszczególne parametry ograniczają konkurencję, Zamawiający zobowiązany jest wykazać zasadność takich wymagań - Wyroku KIO z dnia 12.04.2023r. KIO 833/23, czego Zamawiający w przedmiotowej sprawie nie uczynił. Nie wskazał bowiem jakie przesłanki przemawiają za wyborem określonego kształtu i rozmiaru oprawy lampy. Zwłaszcza, biorąc pod uwagę, iż modernizacja oświetlenia jest już częściowo realizowana w oparciu o oprawy o innych rozmiarach, to narzucanie konkretnego rozmiaru oprawy na gruncie obecnego przetargu nie ma żadnego racjonalnego uzasadnienia, a jak wykazano prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący zauważa, że opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (co niewątpliwie ma miejsce w niniejszej sprawie) skutkuje ograniczeniem możliwości złożenia ważnej, konkurencyjnej oferty w postępowaniu przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania i posiadających stosowne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie oraz dysponujących odpowiednim potencjałem technicznym, kadrowym, finansowym oraz ekonomicznym do wykonania zamówienia.

Nadto przyjęcie przez Zamawiającego określonego kształtu i wymiarów nie ma żadnego uzasadnienia funkcjonalnego i ekonomicznego, a wręcz wpływa negatywnie na obowiązek przestrzegania przez Zamawiającego dyscypliny finansów publicznych i gospodarowania środkami publicznymi w sposób oszczędny i racjonalny.

W doktrynie wskazuje się, iż właściwe rozeznanie rynku stanowi podstawę do właściwego OPZ. Jedną z metod rozeznania rynku są wstępne konsultacje rynkowe, które umożliwiają Zamawiającemu nie tylko lepsze rozpoznanie rynku, ale także, w przypadku twierdzeń wykonawców o opisywaniu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, wykazanie dołożenia należytej staranności w zbadaniu okoliczności faktycznych towarzyszących danemu zakupowi.

W związku z formułowanymi zarzutami Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu opraw oświetleniowych do specyfikacji przetargowej w zakresie ich sylwetki i wymiaru w sposób dopuszczający konkurencję w postępowaniu, np. poprzez zwiększenie zakresu tolerancji w wymiarach, lub wyeliminowanie w całości przykładowej sylwetki i dopuszczalnych wymiarów oprawy oświetleniowej jako elementu zbędnego dla osiągnięcia celów przetargu.

Załączniki:

- oferta LUG LIGHT FACTORY SP. Z O.O. Urbino LED,
- oferta LENA Lighting S.A.,
- oferta SCHRÉDER POLSKA SP. Z O.O.,
- oferta Linter Energia sp. z o.o. ,
- oferty Rosa sp. z o.o.,
- Program Funkcjonalno-Użytkowy dla zadania: Modernizacja, rozbudowa oświetlenia ulicznego i drogowego na terenie Gminy Lubaczów,
- Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty - zadanie częściowe nr 1
- odpis z KRS Odwołującego,
- potwierdzenie uiszczenia opłaty od odwołania,
- potwierdzenie doręczenia odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.