

**WYROK**

**z dnia 25 marca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Osiecka**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 marca 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 marca 2019 r. przez wykonawcę

**Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Pińczów**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Gminy Pińczów** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Kielcach**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Gmina Pińczów, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Wsparcie gospodarki niskoemisyjnej poprzez modernizację oświetlenia ulicznego na obszarze Gminy Pińczów*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 033-073803.

W dniu 7 marca 2019 r. wykonawca Pollight Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w „Dokumentacji technicznej”, będącej aktualizacją dokumentacji „Audyty efektywności energii elektrycznej oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Pińczów wraz z inwentaryzacją na platformie elektronicznej z wykorzystaniem elementów GIS oraz aplikacją w „Chmurze”, stanowiącą Załącznik nr 7 do SIWZ, w ramach rozdziału „Wymagania dla ofert równoważnych” w pkt 1 dodatkowego nowego na gruncie postępowania wymagania — *W przypadku zastosowania innych opraw oświetleniowych niż przyjęte w dokumentacji programowej należy wykazać że oprawy oświetleniowe przyjęte w projekcie równoważnym gwarantują wartości parametrów oświetleniowych na poziomie nie mniejszym niż wyliczone w projekcie posiadanym przez Zamawiającego*, co stanowi wymóg nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, który to wymóg, jako obiektywnie nieuzasadniony, uniemożliwia określonym podmiotom złożenie

oferty i udział w postępowaniu, mając na względzie okoliczność, stosownie do której podstawą do wyliczeń i weryfikacji prawidłowego oświetlenia ulic winno być spełnienie wymagań powszechnie obowiązującej normy PN-EN 13201:2016 „Oświetlenie drogowe”, a nie uzyskiwanie wyników obliczeń jakie wyliczył jeden producent opraw oświetleniowych;

- 2.art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w „Dokumentacji technicznej”, będącej aktualizacją dokumentacji „Audyt efektywności energii elektrycznej oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Pińczów wraz z inwentaryzacją na platformie elektronicznej z wykorzystaniem elementów GIS oraz aplikacją w „Chmurzę”, stanowiącą Załącznik nr 7 do SIWZ, w ramach rozdziału „Wymagania dla ofert równoważnych” w pkt 2 dodatkowego nowego na gruncie postępowania wymagania — *Ze względu na specyficzną dla opraw oświetleniowych drogowych niepowtarzalność charakterystyk świetlnych zamawiający dopuszcza tolerancje w stosunku do wymaganych dokumentują programową parametrów oświetleniowych dróg. Tolerancje dla efektu oświetleniowego uzyskanego za pomocą opraw uznawanych za równoważne podane są poniżej. Celem przyrowadzenia modernizacji jest nie tylko osiągnięcie efektu ekologicznego i ekonomicznego, ale przede wszystkim poprawa bezpieczeństwa i parametrów oświetleniowych na terenie gminy Pińczów elementem bezpośrednio związanym z bezpieczeństwem jest luminancja dlatego zamawiający wymaga aby: Luminancja L1 i L2- nie mniej niż w dokumentach zamawiającego. Równomierność Uo1 i Uo2 nie mniej niż 5% w projekcie. Równomierność UI1 i UI2 nie mniej niż 5% niż w programie. TI nie więcej niż 5 % niż w programie. SR nie mniej niż 10% w stosunku do wartości w programie. Kąt zamontowania opraw-, jeśli będzie wymagany inny niż w programie to oprawa musi posiadać możliwości ustawienia go bez konieczności zmiany wysięgnika, co stanowi wymóg nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, który to wymóg, jako obiektywnie nieuzasadniony, uniemożliwia określonym podmiotom złożenie oferty i udział w postępowaniu, mając na względzie okoliczności stosownie do których: podany przez Zamawiającego zakres tolerancji do obliczeń ma charakter pozorny i nic niewnoszący do możliwych obliczeń, a w konsekwencji uniemożliwiający zastosowanie jakichkolwiek rozwiązań równoważnych, podstawą do wyliczeń i weryfikacji prawidłowego oświetlenia ulic winno być spełnienie wymagań powszechnie obowiązującej normy PN-EN 13201:2016 „Oświetlenie drogowe”, a nie uzyskiwanie wyników obliczeń jakie wyliczył jeden producent opraw oświetleniowych; tolerancje dla wyników obliczeń fotometrycznych powinny być porównywane wyłącznie z wartością luminancji uzyskanej w projekcie bazowym, a nie porównywane z całym zestawem parametrów unikalnych dla optyki użytej w oprawach oświetleniowych jednego producenta tj. firmy Philips, które wg Zamawiającego i tak nie mają znaczenia dla poprawy bezpieczeństwa takiego jak luminancja;*
- 3.naruszenie art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1 pkt 2 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez stawianie wykonawcom wygórowanych wymagań, nieproporcjonalnych do potrzeb Zamawiającego, a także poprzez nieuzasadnione preferowanie wykonawców dysponujących oprawami identycznym w stosunku do tych na których Zamawiający oparł wyliczenia fotometryczne, tj. firmy Philips, podczas gdy nie ma żadnych przeciwskażeń, aby produkty innych producentów, spełniające parametry określone w normie PN-EN 13201:2016 „Oświetlenie drogowe”, a istniejące i dostępne na rynku, jednakowoż nieposiadające fikcyjnych i pozornych warunków tolerancji oraz kryteriów równoważności wprowadzonych przez Zamawiającego do SIWZ w dniu 25.02.2019 r., mogły zostać zastosowane przy realizowaniu przez wykonawców przedmiotu zamówienia;
- 4.art. 29 ust. 1 ustawy Pp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz niespójny, uniemożliwiający Odwołującemu złożenie oferty i tym samym ubieganie się o udzielenie zamówienia, wyrażające się w wewnętrznej sprzeczności zachodzącej pomiędzy: postanowieniami Załącznika nr 7 do SIWZ wprowadzonego do postępowania w dniu 25.02.2019 r. pt. „Dokumentacja techniczna”, będąca aktualizacją dokumentacji „Audyt efektywności energii elektrycznej oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Pińczów wraz z inwentaryzacją na platformie elektronicznej z wykorzystaniem elementów GIS oraz aplikacją w „Chmurze”, w którym Zamawiający wskazał na liczbę opraw oświetleniowych podlegających modernizacji podając liczbę 2235 szt.; postanowieniami Załącznika nr 8 do SIWZ pt. „Przedmiar”, w którym Zamawiający wskazał na liczbę opraw oświetleniowych podlegających modernizacji, która po zsumowaniu daje liczbę 2232 szt.;
- 5.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz niespójny, uniemożliwiający Odwołującemu złożenie oferty i tym samym ubieganie się o udzielenie zamówienia, wyrażające się w wewnętrznej sprzeczności zachodzącej pomiędzy: postanowieniami Załącznika nr 7 do SIWZ wprowadzonego do postępowania w dniu 25.02.2019 r. pt. „Dokumentacja techniczna”, będąca aktualizacją

dokumentacji „Audyt efektywności energii elektrycznej oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Pińczów wraz z inwentaryzacją na platformie elektronicznej z wykorzystaniem elementów GIS oraz aplikacją w „Chmurze”, w którym Zamawiający w tabeli „Oprawy przed i po modernizacji z określeniem mocy rzeczywistych” (str. 4 Załącznika nr 7 do SIWZ) wskazał zarówno jakich ilości oraz jakiej mocy jednostkowej opraw oczekuje od Wykonawcy w ramach zrealizowania przedmiotu zamówienia tj. wskazując następujące wartości: 281 szt. — 19W, 424 szt. — 22W, 792 szt. — 25W, 2 szt. — 27W, 134 szt. - 29 W, 250 szt. - 32W, 1 szt. - 33W, 69 szt. - 34W, 74 szt. — 39 W, 30 szt. — 41W, 54 szt. - 42W, 63 szt. - 48W, 34 szt. - 54W, 27 szt. — 61W; postanowieniami Załącznika nr 8 do SIWZ pt. „Przedmiar”, w którym Zamawiający wskazał na str. 14 w ramach „Zestawienia materiałów” zarówno jakich ilości oraz jakiej mocy jednostkowej opraw oczekuje od Wykonawcy w ramach zrealizowania przedmiotu zamówienia tj. wskazując następujące wartości: oprawa LED BGP203 38,1W - 6 kpi., oprawa LED BGP203 38,1W - 32 kpi., oprawa LED BGP203 42,3W - 146 kpi., oprawa LED BGP203 54,5W - 99 kpi., oprawa LED BGP203 71,9W - 16 kpi., oprawa LED BGP203 89,2W - 42 kpi., oprawa LED BDP101 PCC lxGRN15/830 DM 14,3W - 23 kpi., oprawa LED BDP101 PCC lxGRN30/830 DM 25,5W - 14 kpi, oprawa LED BDP101 PCC lxGRN35/830 DM 29,2W - 13 kpi., oprawa LED BDP101 PCC lxGRN40/830 DM 34,6W - 23 kpi., oprawa LED BDP101 PCC lxECO50/830 DM 48,6W - 22 kpi., oprawa LED BDP791 FG 36xGRN57/830 56W - 32 kpi., oprawa LED BDP791 FG 18xECO38/830 39,1W - 2 kpi, oprawa LED BDP791 FG 40xECO80/830 87W - 56 kpi., oprawa LED BDP791 FG 40xGRN47/830 43,8W- 15 kpi., oprawa LED BGP203 42,3W - 1139 kpi., oprawa LED BGP203 54,5W - 354 kpi, oprawa LED BGP203 71,9W - 138 kpi., oprawa LED BGP203 89,2W - 38 kpi., oprawa LED BGP203 109W - 22 kpi; postanowieniami Załącznika nr 7 do SIWZ pt. „Obliczenia fotometryczne. Audyt efektywności energii elektrycznej oświetlenia ulicznego na terenie gminy Pińczów” z dnia 15.10.2018 sporządzone przez AVC Polska Sp. z o.o. (Zal\_7\_Obliczenia\_LED.pdf)w oparciu o oprogramowanie Dialux, w którym Zamawiający wskazał na str. 6-7 w ramach „Zestawienia materiałów” zarówno jakich ilości oraz jakiej mocy jednostkowej opraw oczekuje od Wykonawcy w ramach zrealizowania przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym opraw ulicznych, tj. wskazując następujące wartości: oprawa PHILIPS BGP202 T25 1 xLED30-4S/740 DN10 19W - 60 szt., oprawa PHILIPS BGP202 T25 1 xLED35-4S/740 DN10 22W - 34 szt., oprawa PHILIPS BGP202 T25 1 xLED40-4S/740 DN10 25W - 76 szt., oprawa PHILIPS BGP202 T25 1 xLED45-4S/740 DN10 28,5W - 24 szt., oprawa PHILIPS BGP202 T25 1 xLED50-4S/740 DN12 31,5W —18 szt., oprawa PHILIPS BGP202 T25 1 xLED50-4S/740 DN10 31,5W - 21 szt., oprawa PHILIPS BGP202 T25 1 xLED60-4S/740 DN10 38,5W -15 szt., oprawa PHILIPS BGP243 T25 1 xLED100-4S/740 DN10 61W -17 szt., oprawa PHILIPS BGP243 T25 1 xLED70-4S/740 DN10 41,5W —19 szt., oprawa PHILIPS BGP243 T25 1 xLED90-4S/740 DN10 54W - 5 szt., oprawa PHILIPS BDP100 PCC 1 xLED20/740 DM 14,4W - 6szt, oprawa PHILIPS BDP100 PCC 1 xLED40/740 DM 28W - 4 szt., oprawa PHILIPS BDP100 PCC 1 xLED50/740 DM 35,5W - 4 szt., oprawa PHILIPS BDP100 PCC 1 xLED70/740 DM 48W - 23 szt., oprawa PHILIPS BSP794 MIC-BK FG T25 1 xLED42- 4S/740 DM11 26,5W-6szt., oprawa PHILIPS BSP794 MIC-BK FG T25 1 xLED53- 4S/740 DM11 34W-6szt., oprawa PHILIPS BSP794 MIC-BK FG T25 1 xLED53- 4S/740 DW10 34W-31 szt., oprawa PHILIPS BSP794 MK-BIC FG T25 1 xLED63- 4S/740 DM11 41W - 8 szt., oprawa PHILIPS BSP794 MK-BIC FG T25 1 xLED74- 4S/740 DW10 45,5W — 8 szt.; postanowieniami Załącznika nr 7 do SIWZ pt. „Pińczów. Audyt efektywności energii elektrycznej oświetlenia ulicznego na terenie gminy Pińczów” z dnia 15.10.2018 sporządzone przez AVC Polska Sp. z o.o. (Zal\_7\_Obliczenia\_fotometryczne\_Parkowe\_LED.pdf)w oparciu o oprogramowanie Dialux — w którym Zamawiający wskazał na str. 4-5 w ramach „Pińczów/Lista opraw” zarówno jakich ilości oraz jakiej mocy jednostkowej opraw oczekuje od Wykonawcy w ramach zrealizowania przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym opraw parkowych: oprawa PHILIPS BDP100 PCC 1 xLED20/740 DM 14,4W - 6 szt., oprawa PHILIPS BDP100 PCC 1 xLED40/740 DM 28,0W - 4 szt., oprawa PHILIPS BDP100 PCC 1 xLED50/740 DM 35,5W - 4 szt., oprawa PHILIPS BDP100 PCC 1 xLED70/740 DM 48,0W - 23 szt., oprawa PHILIPS BSP794 MK-BIC FG T25 1 xLED42- 4S/740 DM11 26,5W — 6 szt., oprawa PHILIPS BSP794 MK-BIC FG T25 1 xLED53- 4S/740 DM11 34,0W - 6 szt., oprawa PHILIPS BSP794 MK-BIC FG T25 1 xLED53- 4S/740 DW10 34,0W — 31 szt., oprawa PHILIPS BSP794 MIC-BK FG T25 1 xLED63- 4S/740 DM11 41,0W - 8 szt., oprawa PHILIPS BSP794 MIC-BK FG T25 1 xLED74- 4S/740 DW10 45,5W — 8 szt.;

6.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz niespójny, uniemożliwiający Odwołującemu złożenie oferty i tym samym ubieganie się o udzielenie zamówienia, wyrażające się w wewnętrznej sprzeczności zachodzącej pomiędzy postanowieniami Załącznika nr 7 do SIWZ wprowadzonego do postępowania w dniu 25.02.2019 r. pt. „Dokumentacja techniczna”, będąca aktualizacją dokumentacji „Audyt efektywności energii elektrycznej oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Pińczów wraz z inwentaryzacją na platformie elektronicznej z wykorzystaniem elementów GIS oraz aplikacją w

„Chmurze”, w którym Zamawiający zamieścił szczegółowe opisy opraw parkowych tj. oprawa ozdobna typ 1 i oprawa ozdobna typ 2; postanowieniami Załącznika nr 7 do SIWZ wprowadzonego do postępowania w dniu 25.02.2019 r. pt. „Dokumentacja techniczna”, będąca aktualizacją dokumentacji „Audyt efektywności energii elektrycznej oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Pińczów wraz z inwentaryzacją na platformie elektronicznej z wykorzystaniem elementów GIS oraz aplikacją w „Chmurze”, w którym Zamawiający zamieścił przykładowe rysunki opraw parkowych, tj. oprawa ozdobna typ 1 i oprawa ozdobna typ 2, które zostały zamienione względem siebie i są sprzeczne w stosunku do zawartych w Załączniku nr 7 do SIWZ opisów tych opraw parkowych;

7.naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie do SIWZ w dniu 12.02.2019 r. i przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, z naruszeniem zasady proporcjonalności wymagań stawianych wykonawcom, nieprzystających do potrzeb Zamawiającego;

8.naruszenie art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie w „Dokumentacji technicznej”, będącej aktualizacją dokumentacji „Audyt efektywności energii elektrycznej oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Pińczów wraz z inwentaryzacją na platformie elektronicznej z wykorzystaniem elementów GIS oraz aplikacją w „Chmurzę”, stanowiącą Załącznik nr 7 do SIWZ, w ramach rozdziału „Wymagania dla ofert równoważnych” w pkt 2 lit. f dodatkowego nowego na gruncie postępowania wymagania — *Kąt zamontowania opraw, jeśli będzie wymagany inny niż w programie to oprawa musi posiadać możliwości ustawienia go bez konieczności zmiany wysięgnika*, co stanowi wymóg nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszający zasadę proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, który to wymóg, jako obiektywnie nieuzasadniony, uniemożliwia określonym podmiotom złożenie oferty i udział w postępowaniu, mając na względzie okoliczności stosownie do których: postanowienie to stoi w sprzeczności z zapisem na str. 11 tego samego dokumentu, zgodnie z którym *Uchwyt montażowy oprawy musi umożliwiać: [...] b) Regulację położenia oprawy w zakresie -20o do +20o z krokiem nie mniejszym niż 5o przy montażu bezpośrednim lub na wysięgniku*; zdecydowana większość producentów opraw oświetleniowych wysokiej klasy oferuje jako standardową regulację kątów położenia w zakresie od -15 do +15 stopni; takie postanowienie i takie rozwiązanie techniczne preferuje w sposób zupełnie nieuprawniony i nieuzasadniony interesami Zamawiającego wykonawców oferujących oprawy jednego producenta tj. firmy Philips.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikację postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z treścią uzasadnienia.

Odwołujący wskazywał, że wymóg w zakresie minimalnego poziomu parametrów oświetleniowych nie gorszych niż w dokumentacji programowej, dotyczy wszystkich ulic objętych modernizacją oświetlenia. Wymagania Zamawiającego są bardziej restrykcyjne, niż te, które zostały przewidziane we wzorcowej normie PN-EN 13201:2016 „Oświetlenie drogowe”, co może w efekcie doprowadzić do nadmiernego oświetlenia obszarów objętych modernizacją, a w konsekwencji spowoduje niemożność osiągnięcia efektu ekologicznego w związku z faktem użycia opraw o mocy wyższej, niż wymagają tego uwarunkowania zamierzonej inwestycji. Ponadto, Zamawiający wymagając parametrów oświetleniowych bardziej restrykcyjnych niż te przewidziane we wzorcowej normie PN-EN 13201:2016 „Oświetlenie drogowe” może doprowadzić do nieosiągnięcia takiego efektu ekonomicznego, jaki mógłby zostać osiągnięty, gdyby wystarczającym było spełnienie wymagań normy PN-EN 13201:2016 „Oświetlenie drogowe”, co w konsekwencji doprowadzić może do nieefektywnego zarządzania procesem zakupowym przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Nadto, Zamawiający, wskazując że celem przeprowadzenia modernizacji oświetlenia jest nie tylko osiągnięcie efektu ekologicznego i efektu ekonomicznego, ale przede wszystkim poprawa bezpieczeństwa i parametrów oświetleniowych na terenie Gminy Pińczów, której elementem jest właściwa luminacja, nie załączył do dokumentacji przetargowej jakiegokolwiek analizy technicznej wskazującej na fakt, iż luminacja na jezdni ma większy wpływ na bezpieczeństwo drogowe niż pozostałe parametry oświetleniowe, takie jak chociażby równomierność ogólna i wzdłużna oświetlenia na jezdni czy poziom olśnienia. W związku z powyższym brak jest podstaw do przyjęcia, iż wyniki obliczeń fotometrycznych sporządzonych w oparciu o oprawy firmy Philips spowodują rzeczywistą poprawę bezpieczeństwa na drodze. Sposób dokonania opisu przedmiotu zamówienia uniemożliwia udział w postępowaniu wykonawcom, których oferta zostanie opracowana na innych oprawach ulicznych oraz parkowych niż oprawy producenta Philips.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z jej uzupełnieniem z dnia 25 lutego 2019 r. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 marca 2019 r.

Izba uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest wsparcie gospodarki niskoemisyjnej poprzez modernizację oświetlenia ulicznego na obszarze Gminy Pińczów.

W dniu 25 lutego 2019 r. Zamawiający dodał w „Dokumentacji technicznej”, będącej aktualizacją dokumentacji „Audyty efektywności energii elektrycznej oświetlenia ulicznego na terenie Miasta i Gminy Pińczów wraz z inwentaryzacją na platformie elektronicznej z wykorzystaniem elementów GIS oraz aplikacją w „Chmurki”, stanowiącej Załącznik nr 7 do SIWZ, w ramach rozdziału „Wymagania dla ofert równoważnych”, w pkt 1 wymaganie *W przypadku zastosowania innych opraw oświetleniowych niż przyjęte w dokumentacji programowej należy wykazać, że oprawy oświetleniowe przyjęte w projekcie równoważnym gwarantują wartości parametrów oświetleniowych na poziomie nie mniejszym niż wyliczone w projekcie posiadanym przez Zamawiającego.*

W pkt 2 ww. załącznika Zamawiający wskazał, że *Ze względu na specyficzną dla opraw oświetleniowych drogowych niepowtarzalność charakterystyk świetlnych zamawiający dopuszcza tolerancje w stosunku do wymaganych dokumentują programową parametrów oświetleniowych dróg. Tolerancje dla efektu oświetleniowego uzyskanego za pomocą opraw uznawanych za równoważne podane są poniżej. Celem przeprowadzenia modernizacji jest nie tylko osiągnięcie efektu ekologicznego i ekonomicznego, ale przede wszystkim poprawa bezpieczeństwa i parametrów oświetleniowych na terenie gminy Pińczów elementem bezpośrednio związanym z bezpieczeństwem jest luminancja dlatego zamawiający wymaga aby: a) Luminancja L1 i L2- nie mniej niż w dokumentach zamawiającego. b) Równomierność Uo1 i Uo2 nie mniej niż 5% w projekcie. c) Równomierność UI1 i UI2 nie mniej niż 5% niż w programie. d) TI nie więcej niż 5 % niż w programie. e) SR nie mniej niż 10% w stosunku do wartości w programie. f) Kąt zamontowania opraw-, jeśli będzie wymagany inny niż w programie to oprawa musi posiadać możliwości ustawienia go bez konieczności zmiany wysięgnika.*

W pkt 2 lit. f ww. załącznika Zamawiający wskazał, że *Kąt zamontowania opraw-, jeśli będzie wymagany inny niż w programie to oprawa musi posiadać możliwości ustawienia go bez konieczności zmiany wysięgnika*, zaś na str. 11 tego samego dokumentu, podano, że *Uchwyt montażowy oprawy musi umożliwiać: [...] b) Regulację położenia oprawy w zakresie -20o do +20o z krokiem nie mniejszym niż 5o przy montażu bezpośrednim lub na wysięgniku.*

Izba zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga fakt, że postępowanie przed Izba jest postępowaniem kontradyktoryjnym, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek przedstawiania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Reguła ta, znajduje swoje odzwierciedlenie w treści art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze, który implementuje zasady kodeksowe na grunt postępowania odwoławczego przed

Krajową Izbą Odwoławczą, i stanowi, że *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne* (por. m.in. wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 141/17; wyrok KIO z dnia 9 lipca 2016 r., sygn. akt KIO1591/16). Ponadto jak wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy w wyroku z 19 marca 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 92/08) 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. Podobne stanowisko przedstawił Sąd Okręgowy w Warszawie V Wydział Cywilny Odwoławczy, w wyroku z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V Ca 571/08), stwierdzając, że kontradyktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej.

W toku postępowania odwoławczego to odwołujący jako propagator zaskarżenia przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem czynności zamawiającego jako niezgodnej z prawem i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Krajowej Izby Odwoławczej dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. Powyższa argumentacja znajduje również zastosowanie wobec zarzutu nieprawidłowego opisanego przedmiotu zamówienia, uniemożliwiającego złożenie oferty Odwołującemu.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący nie wykazał za pomocą jakichkolwiek dowodów, że jedynie wykonawcy oferujący oprawy oświetleniowe spółki Philips są w stanie złożyć ofertę w niniejszym postępowaniu. W szczególności, w świetle dowodów przedstawionych przez Zamawiającego, nie można stwierdzić, że opisany przedmiot zamówienia uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty oraz że preferuje tylko jednego producenta. Zamawiający wskazał na rozprawie na możliwość opraw co najmniej trzech producentów (Philips, Schreder, Thorn), na podstawie złożonych dowodów. Zamawiający zauważył, że dokumentacja postępowania nie mówi o parametrach poszczególnych lamp, tylko o średnich.

W związku z powyższym w ocenie składu orzekającego nie można zgodzić się z Odwołującym, że doszło do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby w tym stanie faktycznym Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu wskazującego, że na rynku występuje tylko jeden producent oferujący wymagane oprawy. Zdaniem Izby przedstawiane naruszenia są pokazywane w sposób ogólny, nieskonkretyzowany, lakoniczny, bez ich uszczegółowienia w zakresie niezbędnym, aby możliwe było jednoznaczne stwierdzenie, że w niniejszym postępowaniu można zaoferować jedynie oprawy uliczne producenta Philips. Tym bardziej, że Zamawiający wykazał poprzez złożone dowody, że Odwołujący ma możliwość złożenia oferty opartej o produkty innych producentów, wykazał też, że istnieje na rynku kilku producentów oferowanego sprzętu.

Należy również podkreślić, że Zamawiający określa swoje wymagania według własnych potrzeb, do czego jest uprawniony. Jeśli powyższe postanowienia nie naruszają zasady uczciwej konkurencji, co w tym postępowaniu odwoławczym nie zostało wykazane, Zamawiający uprawniony jest do określenia swoich wymagań według własnego uznania. Niewątpliwie opis przedmiotu zamówienia nie może ograniczać uczciwej konkurencji, zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, niemniej to zamawiający jako gospodarz postępowania decyduje co ma być przedmiotem zamówienia, z zastrzeżeniem że opis przedmiotu zamówienia nie może utrudniać uczciwej konkurencji. Nie można zasady uczciwej konkurencji pojmować tak, że zamawiający winien zaakceptować każde świadczenie, nawet niezgodne z jego potrzebami, jedynie dlatego, że może je zrealizować większy krąg podmiotów. Taki tok rozumowania sprowadziłby zamówienia publiczne do roli instrumentu pozyskiwania dóbr o przeciętnej, niczym niewyróżniającej się jakości, a nadto o cechach nieuwzględniających usprawiedliwionych potrzeb zamawiających (vide: wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 r., sygn. akt KIO 445/17).

Izba podziela stanowisko, że art. 29 ustawy Pzp nie powinien być odnoszony do sytuacji jednego wykonawcy i trudności, jakie mogą u tego wykonawcy wystąpić z uwagi na takie, a nie inne wymagania zamawiającego. Przepis ten nie powinien być również odczytywany w ten sposób, że nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia (vide: wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1417/16). Należy również zwrócić uwagę, że Zamawiający uzasadnił swoje potrzeby, podnosząc m.in. że uzyskanie efektu z audytu stanowi niezbędny wymóg do uznania wydatku za kwalifikowany.

Równocześnie Izba podnosi, że rozpatrując odwołanie, bada jedynie legalność działań zamawiającego, a nie

poprawę bezpieczeństwa na drodze poprzez wskazanie rozwiązań opisanych przez zamawiającego, czy też nieosiągnięcie konkretnego efektu ekonomicznego. Stąd też, jeżeli Izba dojdzie do przekonania, że odwołujący nie wykazał, aby wymagania zamawiającego prowadziły do uprzywilejowania jednego producenta, nie może odnosić się w pozostałym zakresie do merytorycznej zasadności żądania spełnienia przez przedmiot zamówienia takich wymagań.

Izba wskazuje także, iż powoływanie się Odwołującego na naruszenie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez stawianie warunków wygórowanych i nieproporcjonalnych do potrzeb zamawiającego, a także poprzez oparcie wyczerń fotometrycznych o dane spółki Philips jest nieuzasadnione. Zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Dokumenty te i oświadczenia zostały przykładowo określone w §13 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126). W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie żądał od wykonawców dokumentów przedmiotowych, zatem nie sposób uznać, że w naruszył art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie doszło do naruszenia zasad prawa zamówień publicznych opisanych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający prawidłowo opisał przedmiot zamówienia, potwierdzając że równo traktuje wykonawców w postępowaniu, bowiem równe traktowanie wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji (...) (vide: postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z dnia 17 marca 2008 r., sygn. akt VIII Ga 22/08).

Z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów nr 4, 5 oraz 6 z odwołania nie były one przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbą Odwoławczą.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, odwołanie podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....