

WYROK

z dnia 10 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2020 r. przez wykonawcę LUG Light Factory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Gminę Miasto Chełmno

orzeka:

1.1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu opisanego w pkt II. ppkt 2 lit.

a) - zastosowania w § 4 ust. 1 pkt 7 wzoru umowy pojęcia „do 30% wartości nominalnej”, przy czym powinno być „do wartości nominalnej strumienia świetlnego niezbędnego do zachowania wymogów normy oświetleniowej przy obniżonej klasie oświetleniowej wynikającej z projektu”;

1.2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów:

- zaniechania załączenia aktualnego i ważnego uzgodnienia projektu modernizacji oświetlenia na terenie Gminy Chełmno z zakładem energetycznym tj. ENERGA Oświetlenie;
- załączenia do dokumentacji projektowej koncepcji wymiany oświetlenia w części staromiejskiej z aprobatą właściwych organów ochrony konserwatorskiej (wojewódzkiego i miejskiego konserwatora zabytków);
- wykreślenie wymogu złożenia kart katalogowych na 7 dni przed datą składania ofert na dokonanie uzgodnień, akceptacji projektanta i konserwatora zabytków oprav oświetleniowych zlokalizowanych w zabytkowym układzie urbanistycznym Miasta Chełmno oraz przy/na zabytkach.

i nakazuje Gminie Miastu Chełmno zmianę opisu przedmiotu zamówienia przez:

- załączenie aktualnego i ważnego uzgodnienia projektu modernizacji oświetlenia na terenie Gminy Chełmno z zakładem energetycznym tj. ENERGA Oświetlenie lub potwierdzenie, że uzgodnienie załączone do SIWZ jest aktualne;
- załączenie do dokumentacji projektowej koncepcji wymiany oświetlenia w części staromiejskiej z aprobatą właściwych organów ochrony konserwatorskiej (wojewódzkiego i miejskiego konserwatora zabytków);
- wykreślenie wymogu złożenia kart katalogowych na 7 dni przed datą składania ofert na dokonanie uzgodnień, akceptacji projektanta i konserwatora zabytków oprav oświetleniowych zlokalizowanych w zabytkowym układzie urbanistycznym Miasta Chełmno oraz przy/na zabytkach.

1.3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie

2. kosztami postępowania w łącznej kwocie 22.200 zł (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych) obciąża wykonawcę LUG Light Factory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze oraz Gminę Miasto Chełmno w częściach równych i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę LUG Light Factory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Gminy Miasta Chełmna na rzecz LUG Light Factory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze kwotę 7.500 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Toruniu.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 631/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Chełmno - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest modernizacja systemu oświetlenia ulicznego i parkowego na terenie miasta Chełmna. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 052-122870. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Po publikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „SIWZ” wykonawca LUG Light Factory spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze wniósł odwołanie 23 marca 2020 r. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez:

- a) brak wyczerpującego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia;
- b) wykorzystanie w SIWZ sprzecznych dokumentów, które w konsekwencji prowadzą do niemożności prawidłowej realizacji zamówienia publicznego;
- c) posłużenie się dokumentami, których ważność wygasta, jak również takich, które oparte są na nieaktualnej wiedzy technicznej, w tym nieobowiązujących już normach dotyczących oświetlenia ulicznego;

2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp i art. 353¹ oraz 484 § 2 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 Pzp przez nieuwzględnienie przez

zamawiającego we wzorze umowy wszystkich jej istotnych postanowień, jednocześnie umieszczenie przepisów, których treść lub cel sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku prawnego, obowiązującym przepisom oraz zasadom współżycia społecznego, przez sformułowanie wzoru umowy z wadami dającymi wyraz rażącej nierówności stron, jak

również odbiegającego od ugruntowanej i prawidłowej praktyki biznesowej:

- a) zastosowanie w § 4 ust. 1 pkt 7 sformułowania „do 30% wartości nominalnej”, przy czym powinno być „do wartości nominalnej strumienia świetlnego niezbędnego do zachowania wymogów normy oświetleniowej przy obniżonej klasie oświetleniowej wynikającej z projektu”;
- b) ustalenie w § 4 ust. 1 pkt 14 obowiązku prowadzenia dziennika budowy, co stanowi jednocześnie kolejny przejaw nieścisłości dokumentacji składającej się na ogłoszenie o zamówieniu;
- c) ustalenie w § 5 ust. 4 obowiązku potwierdzenia w dzienniku budowy, co jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego wynikającymi z całości dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- d) ustalenie w § 8 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 kar umownych w wysokości 1% wynagrodzenia brutto, co stanowi ustalenie rażąco wysokiej wartości kary umownej;
- e) bezzasadne ograniczenie definicji siły wyższej w § 16 ust. 3.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w treści ogłoszenia, SIWZ oraz załączników przez:

- 1) jednoznaczne określenie w dokumentacji projektowej rodzaju i zakresu robót budowlanych podstawowych oraz uwarunkowań ich wykonania (bez pozwolenia na budowę, ze zgłoszeniem robót czy bez);
- 2) wskazanie podstawy prawnej przedsięwzięcia oraz przedstawienia tytułu prawnego dysponowania modernizowanym majątkiem oraz aktualnej zgody zarządców dróg i zakładu energetycznego na realizację przedmiotowego przedsięwzięcia
- 3) załączenia dokumentacji projektowej pozwalającej na spełnienie wymagań SIWZ m.in. w zakresie uzasadnienia doboru współczynnika konserwacji poniżej 0,8 jak również opartego o dobór opraw o skuteczności świetlnej w zakresie 120 lm/W - 150 lm/W;
- 4) załączenie aktualnego i ważnego uzgodnienia projektu modernizacji oświetlenia na terenie Gminy Chełmno z zakładem energetycznym tj. ENERGA Oświetlenie;
- 5) załączenie do dokumentacji projektowej koncepcji wymiany oświetlenia w części staromiejskiej z aprobatą właściwych organów ochrony konserwatorskiej (wojewódzkiego i miejskiego konserwatora zabytków) oraz wykazem udzielonych zgód właścicieli posesji i obiektów;
- 6) uzupełnienie dokumentacji projektowej o szczegółową inwentaryzację skrzynek sterujących oświetleniem (m.in. ilości, lokalizacji) oraz opisu ich parametrów technicznych (m.in. mocy zainstalowanej, sposobu montażu, rodzaju 1-fazowe, 3-fazowe itd.) pozwalających na właściwy dobór oraz wycenę dostawy i montażu urządzeń kompensacji mocy biernej do istniejących skrzynek sterujących;
- 7) wykreślenie wymogu złożenia kart katalogowych na 7 dni przed datą składania ofert na dokonanie uzgodnień, akceptacji projektanta i konserwatora zabytków opraw oświetleniowych zlokalizowanych w zabytkowym układzie urbanistycznym Miasta Chełmno oraz przy/na zabytkach;
- 8) usunięcie kryterium funkcjonalności opraw (pkt. 11.6 SIWZ) jako nieuzasadnionego i błędnie zdefiniowanego skutkującego przyznaniem 5 pkt ofertom przewidującym zastosowanie opraw ze sterownikami lokalnymi posiadającymi odbiornik GPS.

W zakresie projektu umowy odwołujący wniósł o:

- 1) wykreślenie wszelkich odniesień do dziennika budowy;
- 2) ustalenie kar umownych w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto, co stanowi odzwierciedlenie praktyki w tego typu umowach i powiązanie ich ze zwłoką wykonawcy, a nie z opóźnieniem;

3) wykreślenie ust. 3 § 16 i braku enumeratywnego wyliczenia przypadków siły wyższej. Jednocześnie wniósł o 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.

Odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie.

„Zamawiający oczekuje wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z projektem. W pkt 3.2 strona 8 dokumentu projekt Chełmno 08_10-2018 wskazano rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót, kwalifikujące instalowanie urządzeń oświetlenia drogowego, jako robotę budowlaną. Postępowanie jest prowadzone jako dostawa z montażem, natomiast opis przedmiotu zamówienia wskazuje miejscami (np. strona 44 SIWZ) na robotę budowlaną do wykonania w oparciu o załączony przez Zamawiającego projekt. Ponadto brak w dokumentacji postępowania określenia uwarunkowania wykonania robót budowlanych (czy bez pozwolenia na budowę, ze zgłoszeniem robót czy też bez), tym samym brak jest wskazania podstawy prawnej do realizacji przedsięwzięcia. Zamawiający nie przedstawił również tytułu prawnego dysponowania modernizowanym majątkiem oraz aktualnej zgody zarządców dróg i zakładu energetycznego na realizację przedmiotowego przedsięwzięcia na mieniu stanowiącym ich własność / będącym pod ich zarządem.

Wykonanie zadania stricte zgodnie z dokumentacją projektową nie pozwala na spełnienie wymagań SIWZ m.in. w zakresie skuteczności świetlna dobranych opraw ulicznych, które w projekcie są poniżej 110 lm/W. Ponadto w projekcie nie przewidziano możliwości zastosowania współczynnika konserwacji o wartości innej niż 0,8 dla którego przedstawiono szczegółowe wyliczenie wraz z uzasadnieniem.

Zamawiający postawił w pkt 8.1.2.1 (strona 6 SIWZ) wymóg montażu urządzeń kompensacji mocy biernej do istniejących skrzynek sterujących przy jednoczesnym braku należytej inwentaryzacji tych skrzynek (m.in. ilości, lokalizacji) oraz opisu ich parametrów technicznych (m.in. mocy zainstalowanej, sposobu montażu, rodzaju 1-fazowe, 3-fazowe itd.). Ponadto Zamawiający wskazał iż współczynnik mocy tg(fi) pobieranej energii elektrycznej ma być zgodny z wymogami operatora sieci dystrybucyjnej bez ich podania. Zapisy te uniemożliwiają Wykonawcy właściwy dobór rozwiązań technicznych oraz wycenę dostawy z montażem stosownych urządzeń.

Kryterium funkcjonalności opraw określone w pkt. 11.6 SIWZ) jest nieuzasadnione i błędnie zdefiniowane, gdyż przyznanie punktacji nie zależy od funkcjonalności opraw, a jedynie sterownika systemu sterowania. Zacztywanie pozycji oprawy w sposób inny niż przez sterowniki lokalne posiadające odbiornik GPS (np. dedykowany czytnik GPS, telefon komórkowy z GPS) również pozwala na automatyczne, zgodne z faktyczną lokalizacją wprowadzenie oprawy na mapę systemu nadzorowania i sterowania bez niepotrzebnego podwyższania kosztów.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że Zamawiający również w treści umowy posługuje się sformułowaniami odnoszącymi się wprost do robót budowlanych poprzez wskazanie na dziennik budowy. Należy wskazać, że takie odniesie po raz kolejny budzi wątpliwości co do intencji Zamawiającego, który jak się wydaje nie dysponuje w chwili obecnej pozwoleniem na budowę, a jednocześnie z treści ogłoszenia ani załączników nie wynika okoliczność, aby takie pozwolenie miało zostać uzyskane przez Wykonawcę w toku realizacji zamówienia publicznego.

Nie sposób zgodzić się również z wysokością kar umownych określonych przez Zamawiającego w odniesieniu do opóźnienia w zakończeniu wykonania umowy oraz w wykonaniu przedmiotu umowy. Należy wskazać, że ustalenie tak wysokich kar umownych przy przewidywanej wielkości zamówienia publicznego prowadzi do uzasadnionych wątpliwości co do charakteru możliwych do żądania kar umownych. W opinii Odwołującego kary umowne w tak rażąco wygórowanej wysokości są nieadekwatne do naruszeń i mogą prowadzić do bezpodstawnego wzbogacenia. Nie sposób również zgodzić się z powiązaniem kar z samym opóźnieniem, nie natomiast zwłoką, na którą Wykonawca może i powinien mieć realny wpływ.

Odwołujący kwestionuje również enumeratywne wyliczenie zdarzeń, które w opinii Zamawiającego mogą stanowić siłę wyższą, co w kontekście obecnej sytuacji wydaje się tym bardziej bezzasadne.

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.”

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut zastosowania w § 4 ust. 1 pkt 7 sformułowania „do 30% wartości nominalnej”. Zamawiający oświadczył, że dotychczasowe postanowienie § 4 ust. 1 pkt 7 w brzmieniu:

„Przed modernizacją oświetlenia dokona pomiaru mocy zainstalowanych opraw oświetleniowych na poszczególnych PPE (przy użyciu cęgów pomiarowych). Po zakończeniu wymiany opraw w ramach poszczególnych PPE Wykonawca wykona pomiar mocy i współczynnika mocy dla pełnego wysterylizowania opraw (moc maksymalna) i dla maksymalnej redukcji do poziomu 30% wartości nominalnych. Wykonawca ma prawo uczestnictwa w wymienionych czynnościach”

zastępuje następującym:

„Przed modernizacją oświetlenia dokona pomiaru mocy zainstalowanych opraw oświetleniowych na poszczególnych PPE (przy użyciu cęgów pomiarowych). Po zakończeniu wymiany opraw w ramach poszczególnych PPE Wykonawca wykona pomiar mocy i współczynnika mocy dla pełnego wysterylizowania opraw (moc maksymalna-początkowa) i dla

maksymalnej redukcji mocy opraw do poziomu 30% wartości maksymalnej - początkowej.

Wykonawca ma prawo uczestnictwa w wymienionych czynnościach. ”

W odniesieniu do pozostałych zarzutów zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Postępowanie odwoławcze w odniesieniu do zarzutu uwzględnionego przez zamawiającego podlega umorzeniu. Oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu odwołania w części obliguje Izbę do umorzenia postępowania w tej części, jeśli po jego stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Stanowi o tym wprost art. 186 ust. 4a in initio Pzp. Polemika, którą próbował podjąć na rozprawie odwołujący, dotycząca uwzględnionego zarzutu, nie może być skuteczna. Wobec umorzenia postępowania w części Izba rozpoznała odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów, jak nakazuje przywołany przepis ustawy. Odwołujący nie wycofał bowiem pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Postanowienie o umorzeniu zostało zamieszczone w pkt 1 sentencji, zgodnie z dyrektywą płynącą z uzasadnienia uchwały SN z 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15, aby sentencja wyroku Izby zawierała rozstrzygnięcie wszystkich zarzutów odwołania. Skoro przepisy ustawy nie dają możliwości wydania odrębnego postanowienia dotyczącego zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, a praktyka rozstrzygania o zarzutach jedynie w uzasadnieniu została uznana przez SN za wadliwą, miejscem zamieszczenia rozstrzygnięcia dotyczącego umorzenia postępowania odwoławczego w części pozostaje wyłącznie sentencja orzeczenia.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Tytułem uwag wstępnych należy wskazać, że zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może rozpoznawać zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z przepisu tego wynika, że niedopuszczalne jest rozszerzanie na etapie rozprawy okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Pojęcie zarzutu odwołania nie posiada definicji legalnej, nie budzi jednak wątpliwości, że zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne, z których wynika dokonanie przez zamawiającego czynności niezgodnie z przepisami ustawy lub zaniechanie dokonania czynności wynikającej z ustawy. Z tej konstatacji wynika kolejna, że precyzyjne wskazanie zarzutów odwołania jest wyłącznym obowiązkiem wykonawcy. Zbyt ogólne lub niejasne sformułowanie zarzutów w odwołaniu nie może być naprawione na późniejszym etapie postępowania odwoławczego. Z tego powodu

Izba rozpoznała odwołanie w granicach okoliczności faktycznych i prawnych wynikających z jego treści, tak jak udało się je zidentyfikować. Zarzuty odwołania zostały sformułowane ogólnie, w części wynikają z katalogu żądań, a w części z wywodów uzasadnienia.

Drugą istotną zasadą postępowania odwoławczego jest obciążenie ciężarem dowodu twierdzącego. Art. 190 ust. 1 Pzp nakazuje stronie udowodnienie faktów, z których wywodzi skutki prawne. Pomimo tego, że prawidłowe sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy stanowi obowiązek zamawiającego, do odwołującego należy wykazanie swoich twierdzeń. Skoro odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp powinien wykazać wpływ uchybień popełnionych przez zamawiającego na możliwość przygotowania i złożenia oferty. Podobnie na wykonawcy zarzucającym zamawiającemu przygotowanie wzoru umowy obciążonego wadami prawnymi rażąco naruszającego zasady sprawiedliwości kontraktowej spoczywa obowiązek wykazania swoich twierdzeń.

W ocenie Izby odwołujący w przeważającej części nie wywiązał się z ciążącego na nim obowiązku.

Odnosząc się do grupy zarzutów dotyczących opisu przedmiotu Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp przez brak załączenia do SIWZ pozwolenia na budowę oraz wskazania, czy roboty będą podlegać zgłoszeniu.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w SIWZ oraz załącznikach. Niespornie opis przedmiotu zamówienia obejmuje roboty budowlane wskazane w dokumentacji projektowej. Brak jest jednak podstaw do uznania, że kwalifikacja przedmiotu zamówienia dokonana przez zamawiającego jako dostawa z montażem ma w okolicznościach sporu jakiegokolwiek znaczenie dla przygotowania oferty. Wykonanie całego opisanego przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem wykonawcy. Skoro zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę lub zgłoszenia robót, czynności te nie stanowią obowiązku wykonawcy. Tezy przeciwnej odwołujący nie wykazał. Dostrzec też trzeba, że art. 6 Pzp, który regulował kwestię przepisów właściwych do przeprowadzenia postępowania w przypadku, gdy opis przedmiotu zamówienia obejmował zamówienia mieszane został uchylony. Zarzut odwołania nie ma zatem żadnego wsparcia w innych przepisach ustawy.

Taka sama argumentacja przemawia za nieuwzględnieniem żądania wskazania podstawy prawnej przedsięwzięcia oraz przedstawienia tytułu prawnego dysponowania modernizowanym majątkiem oraz aktualnej zgody zarządców dróg i zakładu energetycznego na realizację przedmiotowego przedsięwzięcia. Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania, że kwestie ta mają jakiegokolwiek znaczenie dla przygotowania i wyceny oferty. Zamawiający potwierdził, że posiada wymagane zgody.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut posłużenia się dokumentami, których ważność wygasła, jak również takich, które oparte są na nieaktualnej wiedzy technicznej, w tym nieobowiązujących już normach dotyczących oświetlenia ulicznego. Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że stosuje normę w wersji tłumaczonej i opublikowanej w języku polskim, która nie znajduje się w zbiorze norm wykreślonych. Zamawiający uprawniony jest zatem do jej stosowania.

Odwołujący żądał załączenia dokumentacji projektowej pozwalającej na spełnienie wymagań SIWZ m.in. w zakresie uzasadnienia doboru współczynnika konserwacji poniżej 0,8, jak również opartego o dobór opraw o skuteczności świetlnej w zakresie 120 lm/W - 150 lm/W. Brak jest jednak podstaw do uznania, że wymagania zamawiającego naruszyły art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że jego intencją było takie ustalenie wartości parametrów, aby uzyskać 20% zapas w stosunku do wymagań wynikających z roboty (wymagania minimalne), zgodnie z tym dobrał kryteria oceny ofert. Jego zdaniem większość wykonawców złożyła oferty z wartością od 140 do 150 lm/W i taką ofertę jest w stanie złożyć również odwołujący. Zamawiający zakłada premiowanie takiego rozwiązania, która zapewni równomierność oświetlenia w całym objętym nim obszarze, pomimo tego, że realnie zamierza dostosowywać natężenie oświetlania w zależności od oświetlanego miejsca. Odwołujący nie odniósł się do tej argumentacji oraz nie zaprzeczył możliwości złożenia przez siebie oferty z wartością lm/W wskazaną przez zamawiającego, w związku z czym Izba uznała zarzut za niepotwierdzony.

Nietrafnie krytykuje odwołujący promowanie w kryterium funkcjonalności opraw ze sterownikiem posiadającym odbiornik GPS. Przede wszystkim brak spełnienia tego wymagania nie powoduje odrzucenia oferty, a jedynie brak punktów w tym kryterium. Zamawiający ponadto uzasadnił zastosowane kryterium swoimi potrzebami, gdyż premiowane rozwiązanie umożliwia automatyczną lokalizację oprawy po podłączeniu jej do oświetlenia. Zastosowanie innego rozwiązania oznaczać będzie konieczność czasochłonnego - jak określił to zamawiający ręcznego „wklepywania opraw do mapy”.

Wobec powyższego i braku argumentacji na twierdzenie przeciwne Izba uznała zarzut za niepotwierdzony.

Nie podzielono również zarzutów dotyczących danych wynikających z regulaminu operatora sieci elektrycznej. Zdaniem Izby wystarczające jest, aby dokumentacja postępowania zawierała stosowne odesłanie do tego dokumentu, a tak jest w okolicznościach sprawy. Istnienie regulaminu i jego treść nie powinny umknąć z pola uwagi profesjonalnego wykonawcy, nie tylko z racji odesłania zawartego w SIWZ, ale przede wszystkim z uwagi na posiadaną przez profesjonalnego uczestnika rynku wiedzę i doświadczenie. Powoływanie w SIWZ wszystkich obowiązujących regulacji jest zbędne, skoro - podobnie jak przepisy prawa - są publicznie dostępne i podmiot działający z należytą starannością powinien je znać lub może bez trudu zapoznać się z ich treścią.

Wobec braku wykazania związku zarzutu dotyczącego inwentaryzacji skrzynek z przygotowaniem prawidłowej oferty Izba uznała wyjaśnienia zamawiającego i zarzut uznała za niepotwierdzony. Zamawiający wyjaśnił, że parametry skrzynek opisane są w instrukcji operatora sieci elektrycznej, natomiast ustalenie kompensacji mocy biernej zależne są od tego, jakie oprawy zastosuje wykonawca, który w trakcie dokonywanych pomiarów powinien dokonać stosownych ustaleń.

W zakresie zarzutów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia Izba uznała jednak, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp przez brak załączenia aktualnego i ważnego uzgodnienia projektu modernizacji oświetlenia na terenie Gminy Chełmno z zakładem energetycznym. Odwołujący podnosił, że uzgodnienie załączone do SIWZ jest nieaktualne. Zamawiający nie zaprzeczył temu, co więcej okazał pismo zakładu energetycznego przedłużające ważność dotychczasowych uzgodnień. W ocenie składu orzekającego informacja ta powinna zostać udostępniona wszystkim wykonawcom zainteresowanym zamówieniem. Nie powinno być wątpliwości, co do możliwości wykonania zamówienia na podstawie dokumentów załączonych do SIWZ, a uzgodnienia są niewątpliwie dokumentem mającym znaczenie dla prawidłowego przygotowania oferty w postępowaniu na modernizację oświetlenia. Izba nakazała zatem zamawiającemu dokonanie tej czynności. Wystarczające będzie, jeśli zamawiający potwierdzi aktualność dotychczasowych uzgodnień. Okazanie tego dokumentu na rozprawie nie ma znaczenia dla treści SIWZ, znaczenie będzie mieć dopiero dokonana zmiana.

Podobnie wykonawcy zainteresowani zamówieniem nie powinni mieć wątpliwości co do stanowiska właściwych organów ochrony konserwatorskiej w zakresie koncepcji wymiany oświetlenia w części staromiejskiej. Zamawiający nie załączył takiej koncepcji, ani też nie opisał przedmiotu zamówienia w ten sposób, by wykonawcy mieli pewność, że mogą prawidłowo przygotować swoje oferty. Zamiast tego nałożył na wykonawców obowiązek złożenia kart katalogowych na 7 dni przed datą składania ofert w celu dokonania uzgodnień, akceptacji projektanta i konserwatora zabytków dotyczących opraw oświetleniowych zlokalizowanych w zabytkowym układzie urbanistycznym Miasta Chełmno oraz przy lub na zabytkach. Taki stan rzeczy stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy. Zamawiający winien tak opisać przedmiot zamówienia, aby na podstawie opisu nie było wątpliwości, co do jego wymagań. Tymczasem zamawiający tak nie postąpił. Nie można uznać za prawidłowy opis przedmiotu zamówienia podanie parametru i wizerunku opraw Valentine, skoro zamawiający uzależnia decyzję o dopuszczeniu danych opraw od decyzji organów administracji. Jest to konstrukcja po pierwsze: nieznała przepisom ustawy, po drugie: wysoce antykonkurencyjna i stwarzająca realną możliwość złamania zasad równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Termin 7 dni, to termin bardzo krótki, a biorąc pod uwagę, że akceptacji opraw ma dokonać projektant i konserwator zabytków, jest wysoce prawdopodobne, że nie zostanie ona wydana przed upływem składania ofert. W razie jej braku, wykonawca może nie zdążyć przygotować oferty albo narazić się na złożenie oferty podlegającej odrzuceniu. Tym samym może dojść do sytuacji, w której postępowanie o udzielenie zamówienia zostanie rozstrzygnięte przed upływem terminu składania ofert. Może bowiem się zdarzyć, że akceptację uzyska jeden wykonawca, a w stosunku do innych nie zostanie ona udzielona lub zostanie udzielona w czasie uniemożliwiającym przygotowanie oferty.

Przypomnieć trzeba w tym miejscu, że opis przedmiotu zamówienia stanowi jeden z najistotniejszych elementów dokumentacji przetargowej. Opis musi zawierać warunki i wymagania, tak aby umożliwić prawidłowe sporządzenie oferty wyłącznie na podstawie ich treści.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała zamawiającemu załączenie do dokumentacji projektowej koncepcji wymiany oświetlenia w części staromiejskiej z aprobatą właściwych organów ochrony konserwatorskiej (wojewódzkiego i miejskiego konserwatora zabytków) oraz wykreślenie wymogu złożenia kart katalogowych na 7 dni przed datą składania ofert na dokonanie uzgodnień, akceptacji projektanta i konserwatora zabytków

opraw oświetleniowych zlokalizowanych w zabytkowym układzie urbanistycznym Miasta Chełmno oraz przy/na zabytkach.

W zakresie zarzutów dotyczących wzoru umowy Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego zawartego w odpowiedzi na odwołanie.

Ustalenie w § 4 ust. 1 pkt 14 wzoru umowy obowiązku prowadzenia dziennika budowy oraz w § 5 ust. 4 obowiązku potwierdzenia w dzienniku budowy, nie stanowi w ocenie Izby o nieścisłości dokumentacji składającej się na ogłoszenie o zamówieniu. Przeciwnie, wymaganie to zostało jasno opisane, odpowiada przedmiotowi zamówienia, który zawiera w sobie elementy dostaw, usług i robót budowlanych. Art. 45 ust. 3 ustawy prawo budowlane stanowi, że dziennik budowy jest prowadzony również dla robót polegających na montażu. Zarówno montaż, jak i remont wchodzi w zakres przedmiotowy pojęcia robót budowlanych, o czym stanowi art. 12 pkt 7 Prawa budowlanego. Zamawiający zatem był uprawniony do wymagania prowadzenia dziennika budowy, a jego potrzebę posiadania dokumentu urzędowego obrazującego przebieg robót budowlanych Izba uznała za uzasadnioną.

Również zarzut dotyczący ustalenia w § 8 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 kar umownych w wysokości 1% wynagrodzenia brutto będącej w ocenie odwołującego ustaleniem rażąco wysokiej wartości kary umownej nie zasługuje w okolicznościach sporu na uwzględnienie. Jedynym argumentem powołanym przez odwołującego tytułem uzasadnienia było arytmetyczne wyliczenie, że po 10 dniach opóźnienia jest zobowiązany zapłacić karę umowną w wysokości 10% wynagrodzenia. Dostrzec trzeba po pierwsze, że sam odwołujący oświadczył na rozprawie, że w przypadku podobnych zamówień kary umowne za opóźnienia są nakładane. Po drugie, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia oraz konieczność prawidłowego rozliczenia przez zamawiającego otrzymanych środków, takie rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy względem zamawiającego należy uznać za uzasadnione. Uszło uwadze odwołującego, że to na nim spoczywał obowiązek wykazania, że wysokość kary za opóźnienie jest sprzeczna z naturą stosunku zobowiązaniowego lub niezgodna z zasadami współżycia społecznego. Odwołujący nie powołał, ani nie udowodnił, że w okolicznościach prowadzonego postępowania rozłożenie ryzyk kontraktowych jest niesprawiedliwe, a świadczenia wzajemne stron umowy nie są ekwiwalentne. Dla uznania nieproporcjonalnego rozkładu ryzyk konieczne jest wykazanie, że zaistniały stan rzeczy narusza konkretny przepis prawa, jest sprzeczny z naturą stosunku lub jego nasilenie przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego. Tego odwołujący nie uczynił. W związku z tym Izba uznała zarzut za dążenie do zmiany postanowień umownych na bardziej korzystne dla skarżącego wykonawcy.

Niezasadnie żąda odwołujący skreślenie wyliczenia przejawów siły wyższej w zawartej w § 16 ust. 3.

Umieszczenie w umowie klauzuli siły wyższej jest dopuszczalne zgodnie z art. 353¹ k.c. Stosownie do zasady swobody umów zawartej w tym przepisie nie narusza prawa zdefiniowanie siły wyższej szerzej, niż wynikałoby to z rozumienia tego określenia przyjętego powszechnie w doktrynie i orzecznictwie. Klauzula powinna zostać dostosowana do zawieranej konkretnej umowy, w przeciwnym razie przyjmuje się definicję wypracowaną przez orzecznictwo Sądu Najwyższego, zgodnie z którą siła wyższa to zdarzenie charakteryzujące się trzema następującymi cechami: zewnętrżnością, niemożliwością jego przewidzenia oraz niemożliwością zapobieżenia jego skutkom.

Lektura postanowień § 16 ust. 2 i 3 nie pozwala na potwierdzenie zarzutu odwołania. W § 16 ust. 2 zamawiający wskazał, że siła wyższa oznacza zdarzenie zewnętrzne, nagle, nieprzewidywalne i niezależne od woli stron, uniemożliwiające wykonanie umowy w całości lub w części, na stałe lub na pewien czas, któremu nie można zapobiec, ani przeciwdziałać przy zachowaniu należytej staranności stron. Natomiast zgodnie z § 16 ust. 3 przejawami siły wyższej są:

- 1) klęski żywiołowe, w tym pożar, powódź, susza, trzęsienie ziemi, huragan, upały;
- 2) działania wojenne, akty sabotażu, akty terrorystyczne.

W ocenie Izby rację ma zamawiający, gdy twierdzi, że § 16 ust. 3 nie jest enumeratywnym wyliczeniem przypadków siły wyższej. W przeciwnym razie definicja zawarta w § 16 ust. 2 pozbawiona byłaby jakiegokolwiek doniosłości prawnej.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1

sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Wynikająca z art. 192 ust. 10 Pzp zasada obciążenia kosztami strony odpowiedzialnej za wynik postępowania, jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w postanowieniu z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona - oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego. Pogląd o konieczności rozdzielenia kosztów w razie uwzględnienia części zarzutów podniesionych w odwołaniu ugruntowuje się w orzecznictwie sądów okręgowych (vide przykładowo orzeczenia: Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII

Ga 880/16, Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18, Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18).

W badanej sprawie Izba częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Ustalenie udziału każdej ze stron w wyniku postępowania napotyka jednak na trudności spowodowane sposobem redakcji odwołania. Odwołujący sformułował zarzuty w sposób ogólny, w sposób niepełny rozwinął je w żądaniach i niektóre z nich dodatkowo skonkretyzował w uzasadnieniu odwołania. W tym stanie rzeczy Izba uznała za zasadne ocenić przyczynienie się każdej ze stron do wyniku postępowania na podstawie powagi zarzutów, które zostały uwzględnione. Z uwagi na potwierdzenie zarzutów stanowiących, co najmniej poważne utrudnienie w przygotowaniu oferty w postaci braku załączenia aktualnego

uzgodnienia z operatorem sieci elektrycznej oraz organami ochrony konserwatorskiej oraz

ograniczającego możliwość uczciwego konkutowania o zamówienia wymagania złożenia dla uzyskania aprobaty projektu oprav oświetleniowych, Izba postanowiła obciążyć strony postępowania kosztami w częściach równych. Powaga stwierdzonych naruszeń ustawy przez zamawiającego ma znaczenie istotne dla przebiegu postępowania, że równoważy większą liczbę zarzutów, które nie znalazły potwierdzenia.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł oraz koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł (łącznie 22.200 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 11.100 zł (22.200,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7.500 zł (18.600 - 11.100,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku. Kwota 7.500 zł stanowi jednocześnie różnicę między kosztami należnymi od zamawiającego odwołującemu, a kosztami dotychczas poniesionymi przez zamawiającego 3.600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika. Kwoty wynagrodzenia pełnomocników stron w kwocie 3.600 zł, zostały uwzględnione zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

Przewodniczący: