

WYROK

z dnia 8 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Ceglowski
po rozpoznaniu na rozprawie **3 marca 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **15 lutego 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **TNL sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie**

w postępowaniu pn. *Modernizacja instalacji oświetlenia ulicznego w Łukowie na energooszczędne – Etap II* (numer postępowania ZP.271.18.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Łuków**

przy udziale wykonawcy: **LUG Services sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Miasto Łuków {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Modernizacja instalacji oświetlenia ulicznego w Łukowie na energooszczędne – Etap II* (numer postępowania ZP.271.18.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 lutego 2020 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_218 pod poz. 534784.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. 5 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez LUG Services sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze {dalej również: „LUG” lub „Przystępujący”}.

15 lutego 2021 r. TNL sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie {dalej również: „TNL” lub „Odwołujący”} wniosła w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty LUG.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i w zw. z art. 82 ust. 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez LUG, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} w zakresie: 1) w jakim obejmuje oprawy oświetleniowe oraz system sterowania oświetleniem niekompatybilny z posiadanym przez Zamawiającego systemem wykonanym w ramach etapu I modernizacji oświetlenia ulicznego w Łukowie; 2) w jakim LUG nie wykazał, że posiada ważny certyfikat ENEC Plus dla oferowanych opraw oświetleniowych; 3) w jakim nie spełnia wymaganego poziomu oświetlenia dróg miejskich.

2. Art. 90 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez LUG, pomimo niewykazania na wezwanie Zamawiającego, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, pomimo że: 1) wyjaśnienia nie obejmują istotnych kosztów wymaganego przez Zamawiającego zapewnienia kompatybilności zamówionego systemu sterowania oświetleniem z systemem sterowania oświetleniem posiadanym przez Zamawiającego po zrealizowaniu etapu I modernizacji oświetlenia ulicznego w Łukowie; 2) przedstawiono tylko ogólne wyjaśnienia kluczowego składnika ceny – kosztów wyprodukowania i dostarczenia opraw oświetleniowych, które nie były możliwe do zweryfikowania, tj. nie przedstawiono kalkulacji realnych kosztów produkcji opraw oświetleniowych, w tym nie przedłożono kosztorysu szczegółowego ze wskazaniem roboczogodzin i minimalnych stawek wynagrodzenia zatrudnionych w tym celu pracowników, a także pozostałych kosztów produkcji i dostawy; 3) cena oferty LUG w wysokości 677.069,40 zł jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 pzp, a wynoszącej 1.069.978,19 zł (30% tej wartości to 748.984,73 zł); cena oferty LUG jest niższa o 145.179,89 zł od ceny oferty TNL, będąc jednocześnie niższa o 24,2% od średniej wszystkich ofert, co wskazuje na nierynkowy (zanizony) poziom tej ceny.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Odrzucenia oferty LUG.

3. Ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty TNL jako najkorzystniejszej.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty w szczególności przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}
{zarzut 1.1)}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Przedmiotowe zamówienie jako etap II jest powiązane funkcjonalnie i technicznie z etapem I z 2018 r., wykonanym przez Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu {dalej: „Elast”} zamówieniem, w ramach którego dostarczono 1350 szt. opraw LED Unistreet wyposażonych w sterowniki systemowe, wraz z usługą dostępu do systemu sterowania CityTouch w okresie 96-miesięcznej gwarancji, produkcji Philips Lighting sp. z o.o. – obecnie Signify Poland sp. z o.o. {dalej: „Signify”}. Wszystkie niezbędne koszty sterowania systemem oświetlenia (łączności GSM, obsługi podłączonych opraw, wsparcia technicznego, aktualizacji itd.) zostały ujęte w cenie oferty Elast, która obejmuje również wynagrodzenie Signify z tytułu tej usługi.

Zakresem poprzedniego zamówienia nie była objęta usługa polegająca na zintegrowaniu nabytego systemu sterowania oświetleniem z innymi systemami tworzonymi później, w tym w ramach etapu II.

System sterowania CityTouch jest usługą, która działa w oparciu o dane z punktów świetlnych (opraw), przesyłane przez sterowniki/anteny CityTouch (urządzenia zamknięte bez możliwości wymiany karty SIM w modemie GSM czy integracji przez osoby trzecie) umieszczone w oprawach, które przechowywane są w chmurze. Usługa ta pozwala z poziomu przeglądarki WWW na dwukierunkową komunikację z oprawami, tj. m.in. odbieranie informacji o awariach i statusie oprawy oraz wysyłanie komend dotyczących włączenia lub wyłączenia opraw lub redukcji mocy.

Z punktu widzenia definicji zawartych w dyrektywie Komisji Europejskiej dotyczącej interoperacyjności systemów informatycznych i w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności platforma CityTouch ma charakter otwarty.

Zapewnienie kompatybilności z systemem CityTouch nie jest możliwe bez uprzedniego przygotowania instalacji po stronie dostawcy usługi, czyli bez udziału Signify Poland sp. z o.o.

W zakres zamówienia objętego etapem II wchodzi m.in. demontaż starych opraw oświetlenia ulicznego, montaż nowych opraw LED w liczbie 412 szt., a także montaż elementów i uruchomienie systemu inteligentnego sterowania oświetleniem.

W ramach wyjaśnień treści SIWZ na pytanie nr 11 *Zamawiający w dokumentacji przetargowej zawarł zapis o wymaganiach w stosunku do systemu sterowania oświetleniem. Prosimy o dopuszczenie montażu sterowników systemu przy pomocy uniwersalnego gniazda NEMA 5/7 pin ANSI C136.41. lub złącze SR (ZhagaBook 18 lub równoważne), które są rozwiązaniami standardowo stosowanymi przy sterowaniu oświetleniem ulicznym.* Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *W chwili obecnej Miasto posiada system sterowania oświetleniem firmy Phillips CityTouch. Wymieniane oprawy muszą być kompatybilne z tym systemem lub nowy system powinien być kompatybilny z istniejącymi oprawami. Ponadto informujemy, iż w razie montażu nowego systemu, powinien posiadać protokoły otwarte celem dalszej rozbudowy.*

„Kompatybilność” to cecha oprogramowania oraz sprzętu, która umożliwia prawidłową współpracę systemów komputerowych, w szczególności wymianę danych (źródło: Wikipedia).

Signify oferuje możliwość przystąpienia konkurencyjnym producentom opraw oświetleniowych do programu partnerskiego CityTouch Ready, którego celem jest umożliwienie dostawcom trzecim zapewnienie kompatybilności swoich produktów (opraw oświetleniowych) z systemem CityTouch.

Z danych uzyskanych przez Odwołującego od Signify wynika, że LUG do tego programu nie przystąpiła (dowód – lista dostawców objętych programem partnerskim Signify „CityTouch Ready Certified Partners” na listopad 2020).

W tabeli nr 2 pn. „Kalkulacja ceny ofertowej LUG Services do zadania” z 13 grudnia 2020 r. LUG przewidziała w poz. 4. *Indywidualny system sterowania oświetleniem* (komplet, cena netto 76 945,00 zł – zgodnie z ofertą LUG Light Factory Sp. z o.o. nr S-EPL07L-19062755 z dnia 10.12.2020 r, co stanowi jeden z podstawowych elementów zamówienia, jednak nie przewidziała nigdzie zapewnienia jego kompatybilności zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wynikającymi z przywołanego wyjaśnienia treści SIWZ.

W związku z otwartością systemu CityTouch istnieją następujące opcje zapewnienia kompatybilności oprawom dostarczonym w ramach etapu I z systemem sterowania oświetleniem dostarczonym w ramach tego zamówienia:

- 1) pierwsza opcja sprzętowa – wymiana 1350 szt. sterowników (m.in. modemów GSM) dostarczonych wraz z oprawami w etapie I w celu przesyłania danych do nowego systemu sterowania oferowanego przez LUG;
- 2) druga opcja sprzętowa – wyposażenie 412 szt. opraw LUG w sterowniki (modemy GSM) zgodne z systemem CityTouch i wykupienie usługi CityTouch dla tych 412 szt. opraw na okres gwarancji (opcja dostępna dla partnerów programu CityTouch Ready);
- 3) pierwsza opcja programowa z systemem CityTouch jako podstawowym, dzięki wykorzystaniu API (pn. Data Link) umożliwiającego integrację z systemami innych producentów opraw (wymaga wykupienia przez LUG usługi CityTouch dla nowych 412 punktów świetlnych w ramach programu CityTouch Ready);
- 4) druga opcja programowa z systemem LUG jako nadrzędnym, dzięki skorzystaniu z API Control Link jak w poprzedniej opcji.

Z oferty i wyjaśnień złożonych przez LUG nie wynika, aby LUG przewidział i wycenił realizację którejkolwiek z powyższych opcji.

Odwołujący zarzucił, że oferta LUG nie obejmuje kompatybilności wymaganej przez Zamawiającego, której zapewnienie wymaga udziału dostawcy systemu sterowania dostarczonego w ramach etapu I, czyli Signify, do której LUG się o to nie zwracała. Według Odwołującego nieujęcie w ofercie kosztów integracji systemów sterowania oświetleniem z etapem I i II oznacza nieprzewidzenie konieczności zapewnienia takiej kompatybilności.

{zarzut 1.2}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Zgodnie z SIWZ, w szczególności wyjaśnieniami treści SIWZ zawartymi w odpowiedzi na pytanie nr 12, Zamawiający oczekiwał dostawy opraw posiadających certyfikat ENEC Plus.

Złożony przez LUG Zamawiającemu certyfikat ENEC Plus zawiera zastrzeżenie, że jest on ważny wyłącznie z certyfikatem ENEC nr 0224/ENEC/20 z 24.01.2020, wydanym ITE PREDOM Division, którego LUG nie przedstawiła.

Odwołujący zarzucił, że w tych okolicznościach złożenie certyfikatu ENEC Plus jest niewystarczająca dla uznania, że oferta LUG jest zgodna z SIWZ.

{zarzut 1.3}

Z uzasadnienia odwołania wynikają następujące okoliczności faktyczne.

W ramach opisu przedmiotu tego zamówienia w „Inwentaryzacji po poprawkach”, w Arkuszu 2. dla sytuacji nr 7 (ul. Domaszewska), 22 (ul. Majewskiego), 25 (ul. Południowa), 35 (ul. Wirskiego), 41 (ul. Źródłana) Zamawiający ustalił jako wymaganą klasę S4 zgodnie z normą PN-EN 13201.

W związku z tym zgodnie z ww. normą należy dobrać oświetlenie tak, aby średnie natężenie oświetlenia wynosiło 5 lx - 7,5 lx (z uwzględnieniem, że podana w normie wartość nie może przekraczać 1,5 wartości wskazanej dla tej klasy).

W złożonych przez LUG wraz z ofertą obliczeniach fotometrycznych, które miały potwierdzić zgodność oferowanego rozwiązania z SIWZ, występują wartości poza wymaganym zakresem {w odwołaniu wklejono przykładowy wycinek z projektu fotometrycznego LUG, gdzie dla jezdni 1 (S4) E = 10,78 lx}.

Odwolujący zarzucił, że oferowane Zamawiającemu rozwiązanie nie spełnia określonego przez niego w SIWZ poziomu oświetlenia dróg miejskich. Odwołujący wywiódł, że jest to specyficzna sytuacja, kiedy przekroczenie wartości normatywnej oznacza pogorszenie jakości oświetlenia, co zostało precyzyjnie opisane przez autorów tej normy.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Odwolujący podał, że z uwagi na cenę oferty LUG Zamawiający powziął wątpliwości, czy nie jest ona rażąco niska.

Pismem z 21 grudnia LUG złożył Zamawiającemu wyjaśnienia wraz z kalkulacją kosztów realizacji zamówienia.

{zarzut 2.1}}

Odwolujący w pierwszej kolejności powołał się na te same okoliczności, co przy zarzucie 1.1). następujące okoliczności faktyczne.

Według Odwołującego przedstawiony w wyjaśnieniach koszt wykonania systemu sterowania nie obejmuje kosztów wymaganej integracji oferowanych opraw oświetleniowych i systemu sterowania z systemem sterowania CityTouch, gdyż zapewnienie kompatybilności z tym systemem wymagałoby uzyskania dostępu do danych opraw wykonanych w etapie I. Dostęp ten mógłby zostać udzielony wyłącznie przez Signify i nie jest to usługa darmowa, a LUG jej nie wykupił, więc jego oferta nie obejmuje niezbędnych kosztów zapewnienia kompatybilności obydwu systemów, której wymagał Zamawiający.

{zarzut 2.2}}

Odnosnie kosztów wytworzenia i dostawy kluczowej części zamówienia, tj. dostawy opraw oświetleniowych dotyczą poz. 1-3 tabeli nr 1 pn. „Kalkulacja ceny ofertowej LUG Services do zadania z dnia 13.12.2020 r.” oraz oferta LUG Light Factory sp. z o.o. (199591,92 zł + 21898,80 zł + 36289,44 zł = 260780,16 zł netto = 320759,59 zł brutto).

Ponadto w ramach wyjaśnień podano, że:

- Koszty pracy sprzętu produkcyjnego zostały uwzględnione w ofercie na oprawy oświetleniowe...
- ...przy kalkulacji kosztów uwzględnili dostawę partiami, transportem wahałowym od producenta w Zielonej Górze bezpośrednio na miejsce montażu (...)
- ...wartość kosztów pracy nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych w ustawie o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Osoby odpowiedzialne za realizację zamówienia są zatrudnione na umowę o pracę u Wykonawcy, analogicznie u podwykonawcy a stawki godzinowe w zależności od kwalifikacji mieszczą się w zakresie 20 - 80 zł...

Odwolujący zarzucił, że w powyższym zakresie wyjaśnienia są ogólnikowe i nie dają możliwości oceny, czy uwzględnione zostały w nich wszystkie koszty produkcyjne i pośrednie związane z dostawą opraw.

W szczególności brak jest w nich:

- wyjaśnienia składników kosztu pracy sprzętu, jego ilości, rodzaju, zakładanego czasu pracy na wyprodukowania opraw itp.;
- informacji i dowodów na kalkulację kosztów transportu, wyliczeń odległości od miejsca produkcji do miejsca dostawy (Zielona Góra - Łuków), ilości transportów, ich częstotliwości, korzystania z własnego lub najętego sprzętu transportowego, ilości niezbędnego paliwa itp.;
- informacji i kalkulacji kosztów dla niezbędnej kadry pracowniczej przeznaczonej do wykonania zadania, kalkulacji roboczogodzin i stawek godzinowych poszczególnych pracowników, w tym określenia, jaka część pracowników otrzymuje stawkę godzinową ok. 20 zł, a jaka ok. 80 zł.

Odwolujący wywiódł, że choć ocenę rażąco niskiej ceny odnosi się do łącznej ceny oferty, wyszczególnione w przedstawionych kalkulacjach pozycje powinny bronić się w ramach kosztów tam wskazanych, bez ich przerzucania na inne elementy oferty, gdyż utrudnia to weryfikację prawidłowości kalkulacji.

Odwolującego szczególnie dziwi nieprzedstawienie przez LUG kosztorysu szczegółowego z wyliczeniem roboczogodzin i minimalnych stawek wynagrodzenia pracowników przeznaczonych do realizacji tej części zadania.

Odwolujący zarzucił, że na podstawie danych udostępnionych przez LUG nie sposób przyjąć, że koszt ten nie jest rażąco niski.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 1 marca 2021 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności następująco ustosunkowując się do poszczególnych zarzutów.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

{zarzut 1.1}}

Z pisma Zamawiającego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Ponieważ w 2018 r., kiedy przeprowadził postępowanie pn. „Modernizacja instalacji oświetlenia ulicznego w Łukowie na energooszczędne”, Zamawiający nie wiedział, czy będzie dalej modernizował oświetlenie uliczne, nieuzasadnione jest nazywanie tamtego zamówienia etapem I. Zamawiający stwierdził, że poza nazwą, na którą powołuje się Odwołujący, i przedmiotem zamówienia tego samego rodzaju, obecnie prowadzone postępowanie, na którego potrzeby przeprowadzono nowy audyt, dokonano odrębnego oszacowania i opisu przedmiotu zamówienia, nie ma związku z tamtym postępowaniem. Stąd wg Zamawiającego postanowienia związane z postępowaniem z 2018 r., w wyniku którego udzielono zamówienia innemu wykonawcy niż Odwołujący, nie mają znaczenia dla aktualnie prowadzonego postępowania.

Opis przedmiotu zamówienia w aktualnie prowadzonym postępowaniu został zawarty w tomie III SIWZ pn. „Opis przedmiotu zamówienia”, gdzie w pkt 2.2.6. Zamawiający zawarł wymagania dla systemu sterowania.

Ponadto Zamawiający udzielił w tym zakresie następujących wyjaśnień treści SIWZ. Po pierwsze, w odpowiedzi na pytanie nr 11 wyjaśnił, że oprawy muszą być kompatybilne z dotychczasowym systemem lub nowy system powinien być kompatybilny z istniejącymi oprawami, a ponadto nowy system powinien być oparty o otwarte protokoły w celu umożliwienia dalszej rozbudowy. Po drugie, w odpowiedzi na pytanie nr 17 Zamawiający doprecyzował, że *Aplikacja sterująca używana przez Miasto Łuków posiada zdefiniowany interfejs API (od ang. application programming interface) – zbiór reguł ściśle opisujący, w jaki sposób programy lub podprogramy komunikują się ze sobą. Są to protokoły otwarte. Powyższe nie utrudnia Wykonawcom złożenia ofert.*

Zamawiający wskazał, że należy odróżnić kompatybilność od integracji, gdyż zgodnie z definicjami zawartymi w słowniku języka polskiego słowo „kompatybilny” oznacza *odpowiadający czemuś lub przystosowany do czegoś pod każdym względem*, natomiast słowo „integracja” oznacza *proces tworzenia się całości z części*.

Zamawiający podsumował, że biorąc pod uwagę opis przedmiotu zamówienia oraz udzielone następnie przez

nego wyjaśnienia oferowany przez wykonawcę system sterowania, oprócz posiadania konkretnych funkcjonalności zapewniających sterowanie nowymi oprawami, w ramach kompatybilności z już posiadanym systemem sterowania powinien umożliwiać Zamawiającemu, po pierwsze – komunikację z istniejącym systemem za pośrednictwem interfejsu API, a po drugie – w przyszłości dalszą rozbudowę.

W tych okolicznościach Zamawiający stwierdził, co następuje.

Po pierwsze, że w żadnym miejscu opisu przedmiotu zamówienia i całej SIWZ nie wymagał, aby wykonawca tego zamówienia nowy system sterowania zintegrował z systemem, do którego Zamawiający ma już dostęp (City Touch). Ponieważ wymagałoby to wykupienia odpowiedniej usługi CityTouch dla nowych 412 punktów, istotnie ograniczałoby zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a ponadto niepotrzebnie narażałoby Zamawiającego na wyższe koszty. Dlatego też Zamawiający ograniczył się tylko do żądania aby nowy oferowany system był kompatybilny z systemem, do którego zamawiający ma już dostęp.

Zamawiający stwierdził, że dysponując kompatybilnymi ze sobą systemami z otwartym API, po wymianie wszystkich opraw będzie mógł zintegrować systemy sterowania oświetleniem jako element systemu tzw. Smart City.

Po drugie, zwrócił uwagę, że w odwołaniu „kompatybilność” i „integracja” są w sposób nieuprawniony znaczeniem tych słów używane zamiennie. Tymczasem ponieważ nie wymagał integracji systemów, nie sprecyzował ani, na czym miałyby polegać, ani jaki miałby być jej cel.

Po trzecie, podsumował, że wobec tego nietrafne są zarzuty odwołania odnośnie braku kompatybilności, zwłaszcza że – jak twierdzi sam Odwołujący – platforma City Touch stanowi system otwarty. Z kolei zarzuty odnośnie dodatkowych kosztów dotyczą już integracji obu systemów, której Zamawiający nie wymagał.

{zarzut 1.2}}

Z pisma Zamawiającego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Zgodnie ze zmianą treści SIWZ z 26.11.2020 r. Zamawiający wymagał złożenia certyfikatu ENEC PLUS lub równoważnego (za który uznał raport z badań akredytowanego laboratorium potwierdzający spełnienie wymaganych norm i poziomów parametrów deklarowanych w ofercie i zgodnych z parametrami określonymi w dokumentacji przetargowej tj. skuteczności świetlnej, strumienia świetlnego, temperatury barwowej i wskaźnika oddawania barw). Zamawiający nie wymagał natomiast złożenia certyfikatu ENEC.

LUG złożył Zamawiającemu certyfikat 0042/ENEC+/20/M1R1ENECPLUS200052.

Zamawiający przeprowadził weryfikację powyższego certyfikatu na stronie., w wyniku której ustalił istnienie certyfikatu ENEC o nr licencji 0224/ENEC/20/M1 wydanego dla LUG, który posiada odnośnik do certyfikatu ENEC {do pisma załączono wydruki tych certyfikatów pobrane ze strony www.enec.com}.

W tych okolicznościach Zamawiający stwierdził, co następuje.

O ile certyfikat ENEC PLUS jest ważny z certyfikatem ENEC, o tyle złożenie tylko pierwszego z nich nie oznacza że jest on nieważny, gdyż jest to tylko pewne uwarunkowanie formalne, a weryfikację jego ważności można przeprowadzić dzięki sprawdzeniu w rejestrze certyfikatów ENEC dostępnym na stronie www.etics.org.

Zamawiający podsumował, że nie miał więc żadnych podstaw do stwierdzenia nieważności złożonego przez LUG certyfikatu ENEC PLUS.

{zarzut 1.3}}

Z pisma Zamawiającego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

Zgodnie z pkt 17.8.2. SIWZ Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców obliczeń fotometrycznych potwierdzających spełnienie przez proponowane oprawy wymagań normy oświetleniowej PN-EN 13201:2016.

Wskazany w powyżej wskazanej normie zakres 5-7,5 lx oznacza wartości minimalne, a Zamawiający nie określał wartości maksymalnych.

LUG dołączył do oferty wyniki obliczeń wykonane w programie komputerowym DIALux, przy czym dla ulic wskazanych w odwołaniu w poz. kontrolnej pojawił się znak „x”.

W tych okolicznościach Zamawiający stwierdził, co następuje.

Przekroczenie wskazanego zakresu dla tych lokalizacji nie oznacza niespełnienia wymagań powyżej wskazanej normy, jak to trafnie orzekła Izba w odniesieniu do analogicznego zarzutu w uzasadnieniu wyroku z 27 października 2020 r. sygn. akt KIO 2343/20: *Mając na uwadze powyższy stan rzeczy, w tym okoliczność, iż stanowisko Zamawiającego w przedmiocie interpretacji treści normy PN EN 13201-2 jako zawierającej minimalne wartości średniego natężenia nie zostało przez Odwołującego podważone oraz wzięwszy pod uwagę, że Zamawiający nie przewidział w SIWZ maksymalnych poziomów średniego natężenia, brak było podstaw do stwierdzenia, iż dołączone przez LUG do oferty obliczenia fotometryczne nie potwierdzają spełnienia wymagań ww. normy w spornym zakresie, a w konsekwencji, że oferta ww. wykonawcy winna zostać odrzucona jako niezgodna treścią SIWZ. Dodatkowo wskazać należy, iż z oferty LUG wynika, że parametr równomierności oświetlenia nie jest niższy niż wymagany ww. normą oświetleniową (0,13”).*

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Z pisma Zamawiającego wynikają następujące okoliczności faktyczne.

16.12.2020 r. Zamawiający skierował na podstawie art. 90 ust. 1a pzp do LUG wezwanie do złożenia wyjaśnień, gdyż całkowita cena jego oferty była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania. Ponieważ w związku z przyjętym w postępowaniu wynagrodzeniem ryczałtowym formularz oferty nie zawierał żadnych składników ceny, Zamawiający sprecyzował wezwanie w oparciu o art. 90 ust.1 pzp.

W odpowiedzi LUG złożył wyjaśnienia, do których załączył: szczegółową kalkulację ceny ofertowej, ofertę LUG Light Factory sp. z o.o. na oprawy oświetleniowe, ofertę podwykonawcy MR Partner sp. z o.o. na prace instalacyjno-montażowe z dostawą materiałów, zastrzegając całość wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Pismem z 01.02.2021 r. Zamawiający poinformował LUG, że powyższe zastrzeżenie uznaje za bezskuteczne.

{zarzut 2.1}}

W zakresie okoliczności faktycznych Zamawiający dodał, że LUG uwzględnił w ofercie indywidualny system sterowania oświetleniem, który to element został wyceniony na 76.945,00 zł, co potwierdza dołączona oferta cenowa LUG Light Factory sp. z o.o.

W tych okolicznościach według Zamawiającego stwierdził nie miał podstaw do stwierdzenia, że zaoferowany nowy system nie zapewnia kompatybilności z systemem, do którego ma już dostęp, tym bardziej, że kompatybilność jest zapewniona dzięki otwartemu protokołowi API. Natomiast nie wymagał integracji obu systemów, której brak wyceny jest przedmiotem zarzutu odwołania.

{zarzut 2.2}}

Zamawiający dodatkowo podał, że wraz z ofertą zostały złożone zobowiązania podmiotów, których oferty cenowe zostały

dołączone do wyjaśnień, do oddania niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, przy czym:

- zobowiązanie LUG Light Factory sp. z o.o. obejmujące swym zakresem m.in. podwykonawstwo wraz z dostawą materiałów, konsultacje i doradztwo, pomiary;
- zobowiązanie Mr Partner sp z o.o. obejmuje podwykonawstwo, konsultacje oraz doradztwo, kierowania robotami, pomiary.

W tych okolicznościach według Zamawiającego nie mógł wymagać przedstawienia kosztów wytworzenia opraw oświetleniowych, których LUG nie jest producentem i dostawcą.

Natomiast złożone dowody w postaci tych ofert cenowych nie uzasadniają wniosku, że cena oferty LUG nie obejmuje kosztów wytworzenia i dostawy opraw oświetleniowych.

Jako przystępujący po stronie Zamawiającego LUG w swoim piśmie z 3 marca 2021 r. zajął stanowisko i wskazał argumentację zbieżną z odpowiedzią odwołanie.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

{zarzut 1.1)}

Przystępujący podniósł, że twierdzenia Odwołującego pozostają w sprzeczności z publicznie wyrażanymi zapewnieniami samego Signify jako producenta oprogramowania, który w powszechnie dostępnych materiałach marketingowych wskazuje, że system CityTouch jest system otwartym, deklarując jednocześnie, że współpracuje on z opławkami dowolnych producentów, a dzięki dostępowi do interfejsów API można zintegrować CityTouch z istniejącymi systemami wykorzystywanymi przez miasto" {na dowód załączono broszurę informacyjną}

Przystępujący zauważył, że również w odwołaniu kilkakrotnie zaakcentowano otwartość systemu CityTouch, w tym w rozumieniu dyrektywy Komisji Europejskiej dotyczącej interoperacyjności systemów informatycznych oraz rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie krajowych ram interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych, co pozostaje szczególnie ważne w świetle stanowiska wyrażonego przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 17 zawartych w wyjaśnieniach z 7 grudnia 2020 r., z których wynika, że Zamawiający nie utożsamia kompatybilności z identycznością ani integracją.

Przystępujący podkreślił, że Zamawiający w żadnym dokumencie (w tym w udzielonych wyjaśnieniach treści SIWZ) nie sformułował wymogu przeprowadzenia integracji.

W ocenie Przystępującego Odwołujący, który błędnie zinterpretował wyjaśnienia treści SIWZ, usiłując własną interpretację narzucić Zamawiającemu.

Niezależnie od powyższego Przystępujący powołał się na wielokrotnie wyrażane w orzecznictwie Izby stanowisko, że interpretacja niejednoznacznych wymagań zamawiającego nie może prowadzić do ich zaostreżenia na niekorzyść wykonawców przez wyprowadzanie z zapisów SIWZ wniosków, które z nich nie wypływają i są sprzeczne z interpretacją tych zapisów, gdyż wszelkie wątpliwości należy wyklądać na korzyść wykonawców.

W konsekwencji, gdyby nawet przyjąć, że wykładnia SIWZ przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych pozwalała na ustalenie, że ze spornego postanowienia można wyprowadzić kilka poprawnych wersji, takie postanowienie SIWZ musi być wykładane na korzyść Przystępującego, który działał w zaufaniu do Zamawiającego, w szczególności zakładając, że prowadzi on postępowania zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych, a tym samym zgodnie z prawem pozostając również oczekiwania Zamawiającego co do wykonania przedmiotu zamówienia.

{zarzut 1.2)}

Przystępujący podał, że o ile certyfikat ENEC potwierdza zgodność produktu z obowiązującymi normami, o tyle certyfikat ENEC Plus potwierdza natomiast konkretne parametry fotoelektryczne opraw. Certyfikat ENEC Plus nie może zostać wystawiony bez istnienia certyfikatu ENEC.

Według Przystępującego przedstawienie certyfikatu ENEC Plus nie może zatem logicznie prowadzić do wniosku, że produkt zaoferowany przez LUG nie posiada certyfikatu ENEC, a do odwrotnego wniosku.

Przystępujący potwierdził, że fakt uzyskania certyfikatu ENEC i jego obowiązywanie może zostać bez trudu ustalone na stronie internetowej instytucji odpowiadającej za certyfikację. Skoro Zamawiający nie miał co do tego wątpliwości i to ustalił, nie ma podstaw do wymagania przedstawienia certyfikatu ENEC przez Przystępującego.

{zarzut 1.3)}

Przystępujący podał, że zgodnie z treścią normy EN 13201-2, a dokładniej przypisem „a”, który został wskazany w odwołaniu, w celu uzyskania równomierności istnieje konieczność powiązania wartości najniższego osiąganego natężenia oświetlenia [E_{min}] oraz uzyskiwanego średniego natężenia oświetlenia [E_{sr}], których stosunek (nazwany „równomierność oświetlenia” [U_0]) musi być wyższy niż 0,13. Przykładowo w przypadku klasy S4 wymagana minimalna równomierność oświetlenia jest osiągnięta wówczas, gdy stosunek E_{sr} i E_{min} wynosi minimum 0,13, na co składają się przykładowo wartości E_{sr} 7,5 (a więc $1,5 \times E$) i E_{min} 1, gdyż $1/7,5$ daje właśnie 0,13.

Przystępujący zwrócił uwagę, że powyższe zagadnienie zostało szerzej omówione w uzasadnieniu wyroku z 27 października 2020 r., o którym mowa w odpowiedzi na odwołanie. W szczególności takie projektowanie pozwala zwiększać bezpieczeństwo i komfort użytkowników dróg dzięki podnoszeniu zarówno poziomu minimalnego oświetlenia, jak i średniego natężenia oświetlenia, przy zapewnieniu wymaganej normą minimalnej równomierności oświetlenia.

W tym kontekście Przystępujący wskazał, że wykonany przez niego projekt nie tylko gwarantuje uzyskanie równomierności na minimalnym normatywnym poziomie (0,13), ale w każdej sytuacji pozostaje na poziomie zdecydowanie wyższym, odpowiednio w sytuacjach: 7. – 0,51, 22. – 0,63, 25. – 0,60, 35. – 0,49 {na dowód załączono zestawienie własne}.

Przystępujący wskazał również, że pojawienie się znaku „x” w projekcie wykonanym w programie Dialux w żaden sposób nie implikuje sprzeczności z wymaganiami normatywnymi, gdyż ten znak ma na celu jedynie zmuszenie projektanta do zwiększenia uwagi w procesie projektowania, aby odpowiednie parametry pozostały w granicach wyznaczonych normą.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Przystępujący podkreślił, że w ramach udzielonych wyjaśnień przedstawił dwie oferty, które potwierdzały, że realizacja tego zamówienia pozwoli mu na osiągnięcie z tego tytułu zysku. W złożonych wyjaśnieniach potwierdził również, że w cenie oferty zawarł wszelkie koszty, które poniesie w związku z należytych wykonaniem przedmiotu zamówienia, w szczególności koszty robocizny, materiałów, utylizacji zużytych opraw, jak również, założył rezerwę na koszty, które mogą być trudne do przewidzenia na etapie sporządzania oferty.

{zarzut 2.1)}

Przystępujący stwierdził, że wyrażenie „indywidualny system sterowania oświetleniem” wraz z określeniem

„komplet” oznacza tyle, że system ten będzie zgodny z indywidualnymi warunkami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ oraz załącznikach, a także jest kompletny pod względem tych wymagań.

W ocenie Przystępującego błędnie logicznie jest wyprowadzenie przez Odwołującego wniosku, że w cenie nie zostały zawarte cechy systemu (kompatybilność), które wynikają z samego charakteru tego systemu. Brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że wycena tego systemu nie uwzględnia jakiegokolwiek elementu, który powinien zostać wyceniony w celu realizacji przedmiotu zamówienia.

{zarzut 2.2)}

Zdaniem Przystępującego brak podania cen jednostkowych odnoszących się do tak szczegółowych elementów wyceny, jak koszty pracy sprzętu produkcyjnego, brak dowodów na kalkulację kosztów transportu czy brak kalkulacji kosztów niezbędnej kadry nie oznaczają, że złożone wyjaśnienia były zbyt ogólne.

Przystępujący zauważył, że koszty, których podania oczekiwałby Odwołujący są w zdecydowanej większości ponoszone przez LUG Light Factory sp. z o.o., która zgodnie z oświadczeniem (ofertą) uwzględniła je w cenie oprav. Oferta tego producenta stanowi więc potwierdzenie, że wartości oprav oraz systemu przyjęte w kalkulacji przez LUG są prawidłowe, gdyż zostały uzyskane od podmiotu, który działa na rynku i nie jest instytucją non-profit, a więc dąży do osiągnięcia zakładanego i możliwego zysku. Ponadto ceny te odpowiadają wartości rynkowej, co jest proste do ustalenia na podstawie innych ofert składanych przez wykonawców w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego (na dowód do pisma załączono formularz ofertowy złożony przez LUG Light Factory sp. z o.o. w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym oferta ta została wybrana jako najkorzystniejsza).

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której uczestnicy sporu pozostali przy swoich stanowiskach i argumentacji.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) (dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”).

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty LUG uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Z uwagi na złożone przez Odwołującego dalsze pismo procesowe z 3 marca 2021 r. oraz wypowiedzi na rozprawie konieczne stało się zaznaczenie, że sprawa została rozpoznana w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 npzp przepisem Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu (o czym szerzej w ramach rozważań dotyczących zarzutów związanych z ceną oferty).

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Opis przedmiotu zamówienia stanowi część III specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „specyfikacja” lub „s.i.w.z.”} i składa się przede wszystkim z głównego dokumentu, na którego początku [w pkt I.1.] określono, że zakres usługi objętej zamówieniem obejmuje: 1) demontaż starych oprav oświetlenia ulicznego – 412 szt., 2) montaż 412 szt. nowych oprav, 3) wymianę 80 szt. wysięgników, 4) montaż nowych przewodów zasilających w wysięgnikach oraz zabezpieczeń – 412 kompletów, 5) montaż elementów i uruchomienie systemu inteligentnego sterowania oświetleniem, 6) sporządzenie dokumentacji powykonawczej, zawierającej szczegółową inwentaryzację nowego oświetlenia (moc, lokalizacja i przynależność do konkretnych obwodów oświetleniowych poszczególnych oprav), 7) wyniesienie 7 szt. szaf zasilająco-sterujących ze stacji trafo PGE oraz montaż 19 szt. skrzynek z układami kompensacji mocy biernej. Ponadto zakresem tego zamówienia objęte jest wykonanie dokumentacji projektowej nowego oświetlenia (obliczeń fotometrycznych), potwierdzających spełnienie przez oferowane oprawy wymagań normy oświetleniowej PN-EN 13201:2016 [pkt I.2.2. doprecyzowany zmianą treści SIWZ z 24 listopada 2020 r.].

W tym samym dokumencie zostały następnie sprecyzowane [w pkt II jako „Wymagania dotyczące wykonania prac montażowych”]: ogólne wymagania dotyczące robót [w pkt II.1], w tym wymagania odnośnie użytych materiałów [w pkt II.2.], w szczególności parametry oprav [w pkt 2.2.2. „Charakterystyka oprawy i pkt 2.2.3. „Charakterystyka elektryczna”].

Dalej zamieszczono również [w pkt II.2.2.6] wymagania odnośnie systemu sterowania w następującym brzmieniu:
Wymagania dla systemu sterowania

Montaż systemu inteligentnego sterowania oświetleniem ulicznym, który składa się z:

- komputerowego systemu zarządzania zainstalowanego na serwerze Zamawiającego lub w „chmurze” internetowej
- aplikacji służącej do monitorowania systemu uruchamianej w przeglądarce internetowej oraz aplikacji mobilnej;
- urządzeń zewnętrznych: hubów i kontrolerów umieszczanych wewnątrz oprav oświetleniowych.

Komputerowy system zarządzania zainstalowany w „chmurze” internetowej, którego zadaniem jest zarządzanie, komunikacja i zbieranie danych z kontrolerów, ich przetwarzanie, analizowanie oraz podejmowanie akcji na podstawie wdrożonych algorytmów. System odpowiedzialny będzie również za aktualizację oprogramowania oraz konfigurację urządzeń zainstalowanych w terenie. W przypadku wykorzystania rozwiązania chmurowego, Zamawiający w okresie trwałości projektu nie może ponosić żadnych dodatkowych kosztów poza złożoną ofertą. Zasoby chmurowe niezbędne do realizacji zamówienia muszą być dostępne na czas nieokreślony przez 7 dni w tygodniu 24h na dobę.

System ma zagwarantować użytkownikowi mierzalność następujących parametrów:

- aktualna jasność oprawy pokazana w %,

- bieżące zużycie energii, współczynnik mocy,
- napięcie zasilania oprawy, alarmy nieprawidłowej pracy oprawy,
- informacje o zdarzeniach poprzez e-mail i sms,
- mobilny interfejs,
- dowolną regulację jasności oprawy,
- możliwość wyłączenia poszczególnych opraw,
- możliwość tworzenia wielu programów pracy w zależności od dnia tygodnia (dni robocze, dni wolne od pracy, święta) oraz od pory dnia i pozycji geograficznej (zegar astronomiczny) dla pojedynczych opraw, grup opraw lub wszystkich opraw,
- redukcja mocy w oprawach musi odbywać się przez zmniejszenie strumienia świetlnego wszystkich źródeł LED jednocześnie, a nie przez odłączanie zasilania od poszczególnych modułów LED w jednej oprawie,
- system powinien być otwarty tzn. powinien mieć możliwość podpięcia nieograniczonej ilości opraw,
- mechanizm aktualizacji oprogramowania,
- możliwość zakładania kont użytkowników z różnymi poziomami dostępu oraz możliwość integracji z innymi systemami sterowania. W ramach przeprowadzonej modernizacji instalacji oświetlenia ulicznego przeprowadzonej w poprzednim etapie, Miasto Łuków posiada system do sterowania oświetleniem City Touch.
- dodawanie nowych punktów świetlnych bez konieczności przebudowy istniejącej instalacji (np. prowadzenia dodatkowych przewodów, łączenia obwodów itp.)
- automatyczne wprowadzanie współrzędnych opraw np. poprzez dedykowaną aplikację instalatorską

System powinien wyświetlać pozycję oprawy na mapie.

Aplikacja do obsługi systemu oraz aplikacja mobilna

Aplikacja uruchamiana w przeglądarce internetowej powinna zapewniać:

- możliwość konfiguracji ustawień użytkownika
- funkcję administratora ze strony klienta z uprawnieniami do zarządzania pozostałymi użytkownikami z jego strony (tworzenie, modyfikowanie i usuwanie kont, przypisywanie ról i uprawnień dla użytkowników)
- dashboard z prezentacją najważniejszych informacji dla użytkownika
- możliwość diagnostyki oprawy z parametrami pracy w czasie
- prezentację mapy wraz z:
- planem ulic
- schematem sieci oświetleniowej
- graficzne odwzorowanie punktów instalacji na mapie

Na Wykonawcy spoczywa obowiązek przeszkolenia 2 osób wytypowanych przez Zamawiającego oraz przekazania pisemnej instrukcji użytkownika systemu monitoringu.

Następnie odnośnie wymagania odnośnie możliwości integracji z innymi systemami sterowania oraz informacji odnośnie posiadanego w tym zakresie systemu City Touch Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień w odpowiedzi na poniższe pytania.

W piśmie z 26 listopada 2020 r.:

PYTANIE 11

Zamawiający w dokumentacji przetargowej zawarł zapis o wymaganiach w stosunku do systemu sterowania oświetleniem. Prosimy o dopuszczenie montażu sterowników systemu przy pomocy uniwersalnego gniazda NEMA 5/7 pin ANSI C136.41. lub złącze SR (ZhagaBook 18 lub równoważne), które są rozwiązaniami standardowo stosowanymi przy sterowaniu oświetleniem ulicznym.

WYJAŚNIENIE:

W chwili obecnej Miasto posiada system sterowania oświetleniem firmy Phillips CityTouch. Wymieniane oprawy muszą być kompatybilne z tym systemem lub nowy system powinien być kompatybilny z istniejącymi oprawami. Ponadto informujemy, iż wraz z montażem nowego systemu, powinien posiadać protokoły otwarte celem dalszej rozbudowy.

W piśmie z 7 grudnia 2020 r.:

PYTANIE 17

Prosimy o udzielenie odpowiedzi na bardzo istotne pytanie do postępowania tj. Ze względu na udzieloną przez zamawiającego odpowiedź dnia 26.11.2020 na pytanie nr 11, mówiące o zainstalowanym na terenie miasta systemie sterowania CityTouch firmy Phillips i potrzebą zintegrowania nowego systemu z powyższym, zwracam się z prośbą o udostępnienie protokołu API dla tej instalacji, celem umożliwienia integracji nowych opraw/systemu z istniejącym. Brak udostępnienia tego protokołu, uniemożliwia innym producentom niż firmie Phillips, złożenia oferty cenowej dla realizacji powyższego celu publicznego, co z kolei jest jawnym łamaniem ustawy o PZP art. 29 pkt. 2, który brzmi „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję”, a w szczególności art.29 pkt.3, który brzmi „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać 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 chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Brak udzielenia wyczerpującej odpowiedzi na to pytanie, jest rażącym wykroczeniem w rozumieniu PZP.

WYJAŚNIENIE:

W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie wskazywał znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 11 wyjaśnił tylko jakim oprogramowaniem sterującym oświetleniem ulicznym dysponuje. Aplikacja sterująca używana przez Miasto Łuków posiada zdefiniowany interfejs API (od ang. application programming interface) – zbiór reguł ściśle opisujący, w jaki sposób programy lub podprogramy komunikują się ze sobą. Są to protokoły otwarte. Powyższe nie utrudnia Wykonawcom złożenia ofert.

W oficjalnej broszurze Philipsa pt. „Inteligentne oświetlenie dla miast. Oszczędność i bieżąca analiza danych dzięki systemowi sterowania oświetleniem CityTouch” jako jedną z trzech (obok elastyczności i bezpieczeństwa) jego najważniejszych cech wskazano otwartość, która została następnie opisana:

CityTouch współpracuje z oprawami dowolnych producentów – CityTouch wykorzystuje standardowe usługi internetowe by łączyć się z infrastrukturą IT miasta za pośrednictwem sieci komórkowej. Nie wymaga tworzenia dedykowanej sieci komputerowej.

Dzięki dostępowi do interfejsów API możesz zintegrować CityTouch z istniejącymi systemami wykorzystywanymi przez miasto. Pozwala to na stworzenie spójnego środowiska zarządzania, które będzie bardziej odporne na awarie i umożliwi szybsze reagowanie.

Philips dostarcza również usługi związane z integracją oraz wsparciem technicznym, tak by Twoje miasto było zawsze gotowe na nowe wyzwania.

W treści korespondencji mailowej pracownik Signify napisał w szczególności, co następuje:

W kwestii kompatybilności naszych opraw zainstalowanych w 2018 w ramach I etapu modernizacji na chwilę obecną są one podłączone do systemu CityTouch i tylko z tym systemem są na chwilę obecną kompatybilne. W przypadku prac polegających na podłączeniu opraw do innego systemu, czy zapewnieniu kompatybilności opraw z nowym systemem należy określić zasady tego podłączenia i uwzględnić koszty stworzenia połączeń API pomiędzy programami. Do dnia dzisiejszego nikt poza TNL nie poruszał z nami tego tematu. Dodatkowo należy uwzględnić koszty transmisji danych, które z pewnością będą występowały pomiędzy sterownikami opraw Philips a nowym systemem. Powyższe prace muszą być indywidualnie wycenione w ramach oddzielnego zapytania. W przypadku zlecenia integracji podmiotom trzecim (poza Signify) należy określić koszty przygotowania systemu CityTouch miasta Łuków do integracji z nowym systemem.

Reasumując, w odniesieniu do zarzutu nr 1.1) Izba stwierdziła, co następuje.

Po pierwsze, w ramach opisu przedmiotu zamówienia opisano m.in. wymagania funkcjonalne dla systemu sterowania oświetleniem ulicznym wykonanym w ramach tego zamówienia, czyli, jakie konkretnie funkcje sterowania tym oświetleniem, składającym się z 412 szt. opraw oświetleniowych LED, ma on realizować.

Po drugie, w opisie przedmiotu zamówienia jako dodatkową cechę tego systemu oświetlenia wskazano jego gotowość do integracji w przyszłości z innymi systemami sterowania, przy czym nie sprecyzowano w tym zakresie żadnych szczegółów technicznych, a jedynie podano informacyjnie, że w związku z poprzednio wykonanym zamówieniem na analogiczny przedmiot zamówienia użytkowany jest system sterowania CityTouch.

Po trzecie, na etapie wyjaśnień treści s.i.w.z. w odniesieniu do powyższego wymagania w pierw wyjaśniono, że chodzi o to, aby nowy system sterowania był kompatybilny również z oprawami oświetlenia ulicznego wykonanego w ramach poprzedniego zamówienia, względnie oprawy oświetleniowe zamontowane w ramach tego zamówienia były kompatybilne z systemem sterowania CityTouch.

Po czwarte, ostatecznie w ramach wyjaśnień treści s.i.w.z. zapewniono wykonawców ubiegających się o udzielenie tego zamówienia, że wymaganie wspomnianej kompatybilności nie ogranicza w żaden sposób możliwości złożenia ofert, których przedmiotem będzie wykonanie oświetlenia ulicznego z innym niż dotychczas użytkowany system sterowania, gdyż ten ostatni posiada API oparty o otwarte protokoły, stąd tego samego wymaga się od nowo dostarczonego systemu sterowania.

Po piąte, w odniesieniu do spełniania tak określonego wymagania kompatybilności nie wymagano od wykonawców wskazania w ofercie, który z dwóch sposobów zapewnienia kompatybilności jest zapewniany, a tym bardziej nie oczekiwano sprecyzowania żadnych szczegółów technicznych.

Po szóste, z odwołania nie wynika, w jakim zakresie system sterowania zaoferowany przez LUG miałyby nie spełniać tak ogólnie opisanego wymagania kompatybilności z systemem oświetlenia wykonanym w ramach poprzedniego zamówienia, względnie na czym miała by polegać ta niekompatybilność opraw dostarczonych i zamontowanych w ramach poprzedniego zamówienia z tym systemem sterowania.

Po siódme, z postępowania dowodowego wynika, że w odniesieniu do oświetlenia ulicznego wykonanego w ramach poprzedniego zamówienia możliwe jest zarówno, aby system CityLight sterował również oprawami innych producentów {patrz powyżej wskazana broszura złożona przez Przystępującego}, jak i aby oświetlenie to było przez inny system sterowania {patrz powyżej przytoczona wypowiedź pracownika Signify uzyskana przez Odwołującego}.

Po ósme, ponieważ zakresem tego zamówienia nie jest objęte wykonanie zintegrowanego systemu sterowania dla oświetlenia ulicznego, które dotychczas zostało zmodernizowane lub będzie w przyszłości modernizowane w Łukowie, oczywiste jest, że cena oferty złożonej w tym postępowaniu nie obejmuje i nie powinna obejmować kosztów wykonania takiej integracji.

W pkt 17.8. instrukcji dla wykonawców s.i.w.z. Zamawiający zażądał złożenia wraz z ofertą następujących dokumentów na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają jego wymagania {:

- 1)kart katalogowych oferowanych opraw oświetlenia drogowego [pkt 17.8.1];
- 2)obliczeń fotometrycznych potwierdzających spełnienie przez proponowane oprawy wymagań normy oświetleniowej PN-EN 13201:2016 [pkt 17.8.2];
- 3)certyfikatu ENEC PLUS lub równoważnego na potwierdzenie spełniania wymaganych norm i parametrów deklarowanych w ofercie w zakresie skuteczności świetlnej, strumienia świetlnego, temperatury barwowej i wskaźnika oddawania barw [pkt 17.8.3 dodany zmianą s.i.w.z. z 26 listopada 2020 r.].

W ramach wyjaśnień treści s.i.w.z. z 26 listopada 2020 r. Zamawiający potwierdził, że:

- wymaga załączenia do oferty certyfikatu ENEC PLUS lub równoważnego [odpowiedź na pytanie nr 13];
- wykaz komponentów wymienionych w raporcie z badań lub załączniku do certyfikatu ENEC lub równoważnego musi być zgodny komponentami zastosowanymi w danej oprawie [odpowiedź na pytanie nr 14]

Ponieważ LUG złożył wraz ofertą certyfikat ENEC PLUS wyłącznie w języku angielskim, pismem z 15 stycznia 2021 r. Zamawiający – wskazując, że działa na podstawie art. 26 ust.3 pzp – wezwał LUG do złożenia jego tłumaczenia w języku polskim wraz z wykazem komponentów wyszczególnionych w załączniku do certyfikatu ENEC.

W określonym przez Zamawiającego terminie LUG pismem z 21 stycznia 2021 r. uczynił zadość powyższemu wezwaniu, w szczególności załączając wykaz komponentów objętych załącznikami do certyfikatów ENEC i ENEC PLUS.

Ekspertyzacja przeprowadzona na rozprawie potwierdziła, że dla certyfikatu ENEC PLUS złożonego przez LUG możliwe jest ustalenie na stronie internetowej www.enec.com, czy certyfikat ten jest ważny dzięki zamieszczonym tam szczegółowym informacjom odnośnie licencji ENEC, do której odesłano w treści złożonego certyfikatu.

Poza wszelkim sporem jest, że licencja na używanie znaku ENEC jest świadectwem bardzo wysokiej jakości produktu przy równoczesnym spełnieniu wszystkich wymaganych na terenie Unii Europejskiej norm. Jest to również obiektywny certyfikat potwierdzający wykorzystanie w procesie produkcji wysokiej jakości komponentów. Certyfikaty te są jawne, ich numery są zamieszczone na stronie www.enec.com, co daje możliwość ich weryfikacji. Dodatkowym certyfikatem jest ENEC PLUS, który potwierdza konkretne parametry fotoelektryczne opraw (ENEC potwierdza zgodność z obowiązującymi normami), co właśnie było przedmiotem zainteresowania Zamawiającego w tym postępowaniu.

Reasumując, odnośnie zarzutu nr 1.2) Izba stwierdziła, co następuje.

Po pierwsze, w zakresie będącym przedmiotem żądania sprecyzowanego w s.i.w.z., LUG złożył stosowny dokument, który Zamawiający dodatkowo mógł we własnym zakresie zweryfikować w sposób, który opisano w odpowiedzi na odwołanie.

Po drugie, odwołanie nie zawiera zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 pzp, który to przepis Zamawiający miałby obowiązek zastosować względem LUG, gdyby w s.i.w.z. określił, że żąda również certyfikatu ENEC, gdyż w wystosowanym wezwaniu nie został sprecyzowany brak tego dokumentu.

Zgodnie z brzmieniem pierwszego zdania pkt 2.2.1. „Wymagania dotyczące modernizowanych opraw”: *Do zabudowy należy przewidzieć oprawy drogowe zgodnie z minimalnymi klasami oświetleniowymi dla ulic/chodników oraz sytuacji drogowych.*

Zgodnie z pkt I.2.2. *in fine* w brzmieniu doprecyzowanym zmianą treści s.i.w.z. z 24 listopada 2020 r.:

Po zakończeniu prac Wykonawca ma obowiązek wykonać pomiary fotometryczne (pomiary natężenia oświetlenia), wybranych przez Zamawiającego 5 odcinków modernizowanego oświetlenia i przedstawić wyniki Zamawiającemu.

Pomiary należy wykonywać zgodnie z normą PN-EN 13201:2016 przy suchej i czystej nawierzchni, wolnej od pojazdów, pieszych i jakichkolwiek obiektów obcych, mogących zniekształcić przebieg pomiaru. Pomiarów nie należy przeprowadzać podczas nocy księżycowych oraz w złych warunkach atmosferycznych.

Norma PN-EN 13201-2 zawiera w szczególności następującą treść {w tłumaczeniu przedstawionym przez Przystępującego}:

(...)

Każda grupa klas oświetleniowych przedstawia zmniejszające się wymagania w swoim uporządkowaniu, oraz formuluje wysokości poziomów oświetlenia [„Wprowadzenie”, przedostatni akapit na str. 4.]

(...)

Z punktu widzenia efektywności energetycznej oraz ochrony środowiska, instalacja oświetleniowa powinna posiadać poziom oświetlenia, który spełnia minimalną wartość wymaganą dla danej klasy oświetleniowej oraz powinna spełniać wszelkie pozostałe wymagania, takie jak na przykład równomierność oświetlenia obszarów przylegających lub dodatkowych klas (np. S, C lub EV). W tym sensie poziomy oświetlenia wyspecyfikowane w tabelach są wartościami docelowymi dla minimalnych poziomów utrzymania. Maksymalne poziomy oświetlenia mogą zostać określone w specyfikacjach przetargowych lub uregulowaniach krajowych [„Wprowadzenie”, akapit 9. na str. 7.]

(...)

ogólna równomierność (luminancji nawierzchni jezdni, natężenia oświetlenia drogi lub półsferycznego natężenia oświetlenia)

Stosunek wartości najniższej do średniej

[rozdział 3, pkt 3.9 na str. 9.]

(...)

6. Wymagania dla pieszych i rowerzystów

6.1 Wymagania ogólne

Klasy P w Tabeli 3 lub klasy HS w Tabeli 4 są przeznaczone dla pieszych i rowerzystów poruszających się chodnikami, ścieżkami rowerowymi, pasami awaryjnymi i innymi drogami leżącymi oddzielnie lub wzdłuż jezdni ciągu komunikacyjnego oraz dla dróg osiedlowych... [str. 13.]

(...)

Tabela 3 – Klasy oświetleniowe P

{w tabeli w szczególności wskazano klasę P4, dla której E (minimalnie utrzymane) wynosi 5,00 lx, a E_{min} (utrzymane)

wynosi 1,00, przy czym w odniesieniu do parametru E dodano uwagę w następującym brzmieniu: *W celu zapewnienia równomierności rzeczywista wartość utrzymanego średniego natężenia oświetlenia nie powinna przekroczyć 1,5-krotności minimalnej wartości E wskazanej dla tej klasy [str. 13.]*

Ze złożonego w ofercie LUG projektu w zakresie obliczeń fotometrycznych w odniesieniu do oświetlenia dla poniższych sytuacji (lokalizacji) wynikają w szczególności następujące parametry [kolejno: wartość E_m (średnie); wartość E_{min} ; Równomierność (E_{min}/E_m): 1) sytuacja 7. – 9,81; 4,99; 0,51; 2) sytuacja 22. – 10,43; 6,55; 0,63; 3) sytuacja 25. – 9,92; 5,94; 0,60; 4) sytuacja 35. – 12,95; 6,29; 0,49.

Reasumując, odnośnie zarzutu nr 1.3) Izba stwierdziła, co następuje.

Po pierwsze, Odwołujący, na którym z mocy art. 534 ust. 1 npzp spoczywał ciężar udowodnienia swoich twierdzeń, nie przedstawił kluczowego dowodu w postaci treści normy, pomimo że zarzut polega na twierdzeniu, że z treści oferty LUG wynika niezastosowanie się do tej normy. Co więcej, pomimo złożenia przez Przystępującego pełnego tekstu normy, Odwołujący odmówił wskazania w jej tekście stosowanych fragmentów, powołując się na to, że norma jest w języku angielskim. Podważa to wiarygodność zarzutu sformułowanego w odwołaniu, który najwyraźniej postawiony został bez zapoznania się z PN-EN 13201:2016, która – jak samo jej oznaczenie wskazuje – w oryginale jest w języku angielskim.

Po drugie, analogiczny zarzut jak zawarty w odwołaniu w istocie został już trafnie i wyczerpująco rozpoznany przez Izbę, co znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu wyroku z 27 października 2020 r. sygn. akt KIO 2343/20.

Po trzecie, zawarte w odwołaniu twierdzenia co do treści przywołanej normy prawnej nie odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy, gdyż w rzeczywistości dla poszczególnych klas norma określa jedynie dolną granicę poziomów oświetlenia, natomiast maksymalne mogą wynikać ze specyfikacji przetargowych lub uregulowań krajowych.

Po czwarte, poza wszelkim sporem była okoliczność, że ani z przepisów powszechnie obowiązujących, ani z opisu przedmiotu tego zamówienia nie wynika ustanowienie maksymalnych poziomów oświetlenia dla poszczególnych klas z powyższej normy.

Po piąte, Przystępujący wykazał, że w zakresie lokalizacji, o których mowa w odwołaniu, przyjął prawidłowe według wymagań powyższej normy poziomy oświetlenia, w tym z zachowaniem wymaganej równomierności.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu

zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obciąża zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) (w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty czy oczekiwać potwierdzenia spełniania poszczególnych wymagań przedmiotowych, zarówno przez złożenie stosownych oświadczeń, jak i przez opisanie, w jaki sposób zostaną spełnione.

W ramach wymaganego od wykonawcy sposobu potwierdzenia treści oferty mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp żądanie przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie jego wymagań (określonych w s.i.w.z.) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane. Niezamknięty katalog tych dokumentów został określony w § 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 126) {dalej: „rozporządzenie”}.

Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty musi w takim przypadku dodatkowo znaleźć potwierdzenie w dokumentach pochodzących co do zasady od niezależnego od wykonawcy podmiotu zewnętrznego (co wprost wskazano przy określeniu rodzaju dokumentów wyliczonych w § 13 ust. 1 pkt 2-5 rozporządzenia), względnie w próbkach, opisach, fotografiach, planach, projektach, rysunkach, modelach, wzorach, programach komputerowych oraz innych podobnych materiałach, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego (rodzaje środków dowodowych wymienione w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia).

Przy czym to Zamawiający decyduje zarówno o tym, w jakim zakresie oczekuje takiego dodatkowego potwierdzenia treści oferty, jaki i jakiego dokumentu w tym celu żąda, zamieszczając stosowne postanowienia w treści s.i.w.z.

W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., co przejawia się zarówno w aspekcie formalnym – niezgodności z postanowieniem formułującym żądanie złożenia takich dokumentów, jak i przede wszystkim materialnym – niewykazaniu zgodności oferowanych rzeczy z wymaganiami zamawiającego w zakresie parametrów, które miały znaleźć potwierdzenie w tych dokumentach. Przy czym konieczne jest, aby składane dokumenty dotyczyły tych samych rzeczy, które zostały sprecyzowane w ofercie.

Resumując, konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, a na późniejszym etapie, prowadziłoby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp, a w konsekwencji naruszeniu zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Reasumując, odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Jest ono zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia naczelnych zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Skoro żadna z trzech wskazanych w odwołaniu niezgodności treści oferty LUG z treścią opisu przedmiotu zamówienia w rzeczywistości nie zachodzi, wszystkie te zarzuty należy uznać za niezasadne, bo bezprzedmiotowe.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2. listy zarzutów}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

16 grudnia 2020 r. Zamawiający skierował na podstawie art. 90 ust. 1a pzp do LUG wezwanie do złożenia wyjaśnień, gdyż całkowita cena jego oferty była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należyty podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania. Ponieważ w związku z przyjętym w postępowaniu wynagrodzeniem ryczałtowym formularz oferty nie zawierał żadnych składników ceny, Zamawiający sprecyzował wezwanie w oparciu o art. 90 ust. 1 pzp.

W określonym terminie pismem z 21 grudnia 2020 r. LUG złożył wyjaśnienia o treści m.in. takiej, jaką zacytowano powyżej za odwołaniem, do których załączył szczegółową kalkulację ceny ofertowej w rozbiciu na 5 zakresów: 1) kosztów nabycia 3 rodzajów opraw wraz z systemem sterowania oświetleniem oraz zagospodarowania odpadów (łącznie 5 pozycji), 2) kosztów wymiany opraw oświetleniowych (łącznie 16 pozycji), 3) kosztów wyniesienia, dostawy i montażu szafek sterowniczych (łącznie 5 pozycji), 4) kosztów prac projektowych i dodatkowych (łącznie 4 pozycje), 5) kosztów pośrednich i zysku (łącznie 6 pozycji, w tym rezerwa na dodatkowe konsultacje i doradztwo techniczne, rezerwa na dodatkowe prace montażowe i rezerwa na dodatkowe opłaty administracyjne dla zakładu,

transport i dojazdy oraz inne nieprzewidziane wydatki).

Z kolei kwoty wykazane w powyższej kalkulacji znajdują potwierdzenie w szczegółowych ofertach: producenta opraw i systemu sterowania, LUG Light Factory sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (pierwszy zakres) i MR Partner sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, podwykonawcy prac instalacyjno-montażowych (pozostałe zakresy).

W szczególności z przedstawionej kalkulacji popartej ofertą producenta wynika, że system sterowania oświetleniem został wyceniony na 76.945,00 zł.

LUG Light Factory sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, producent oferowanych przez LUG opraw i elementów systemu oświetlenia ulicznego, formalnie jest odrębną od LUG Services sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze osobą prawną.

Przed wszystkim wchodzące w zakres tego zamówienia oprawy oświetleniowe, jako seryjnie produkowane i odpowiadające określonym normom i specyfikacjom technicznym, stanowią rzeczy oznaczone co do gatunku powszechnie dostępne o ustalonych standardach jakościowych, których rynkową cenę bez trudu można ustalić właśnie na podstawie cenników ich producenta.

W powyższych okolicznościach oczekiwanie, że wykonawca oferujący takie produkty, oprócz wykazania, za jaką cenę je nabędzie od ich producenta, przedstawi kalkulację kosztów stałych i zmiennych producenta, jest nieuzasadnione, nawet abstrahując od tego, że nie wynika z treści wezwania sformułowanego przez Zamawiającego do LUG.

Natomiast, wbrew ogólnym twierdzeniom zawartym w odwołaniu, kalkulacja kosztów montażu opraw i wykonania pozostałych prac została również przedstawiona, a ponadto poparta szczegółową wyceną wynikającą z oferty podwykonawcy, który w całości te prace ma wykonać.

Nie ma znaczenia niewyszczególnienie przez LUG w ramach kalkulacji przedstawionej Zamawiającemu kosztów ewentualnej integracji oferowanego systemu sterowania oświetleniem z systemem funkcjonującym w wyniku wykonania poprzedniego zamówienia, gdyż nie było to objęte zakresem tego zamówienia.

Odwolanie nie zawiera żadnych okoliczności wskazujących na to, że kalkulacja w którymkolwiek z wyszczególnionych w niej zakresów jest zaniżona w stosunku do rynkowych kosztów realizacji tego zamówienia w oparciu o produkty producenta LUG Light Factory sp. z o.o. i przy kosztach wykonania prac wynikających z oferty podwykonawcy MR Partner sp. z o.o.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Odwolujący bezzasadnie domaga się odrzucenia oferty LUG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp, pomimo że udzielił on na wezwanie Zamawiającego adekwatnych do wezwania wyjaśnień, które zostały poparte stosowanymi dowodami.

Zgodnie z Art. 90 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp {art. 537 w nowym pzp} ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjąć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie

przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiście jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w kontekście granic kognicji Izby, a więc relacji przepisów art. 190 ust. 1 i 1a oraz art. 192 ust. 7 pzp.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest – na zamawiającym (pkt 2). Zdaniem składu orzekającego Izby powyższa regulacja wprowadzająca szczególny rozkład ciężaru dowodu w toku postępowania odwoławczego w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, musi być odczytywana w powiązaniu z poprzedzającym art. 190 ust. 1 pzp, a także z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 7 pzp. Zgodnie z tym ostatnim przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Oznacza to, że niezależnie od wskazania w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie wypowiadała się w tym przedmiocie. W szczególności w wyroku z 1 grudnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1633/09) Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego (arg. z art. 180 ust. 1 pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność takiego stanowiska została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w wyroku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12) Sąd Okręgowy w Gdańsku wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. Należy bowiem rozgraniczyć okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 190 ust. 1a pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu, nie zmienia tego, że wprawdzie muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnić powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W tej sprawie w odwołaniu, jak to powyżej zrelacjonowano, w uzasadnieniu odwołania tak, a nie inaczej opisano okoliczności faktyczne, które polegają na wybiórczym przedstawieniu treści wyjaśnień złożonych przez LUG i stawianiu nieadekwatnych w uwarunkowaniach tego zamówienia oczekiwań co do poziomu szczegółowości wyjaśniania ceny oferty. W konsekwencji nie zostało wykazane, że Zamawiający nie miał podstaw, aby pozytywnie ocenić złożone na jego żądanie wyjaśnienia. W szczególności z odwołania nie wynika, aby za cenę oferty określoną przez LUG obiektywnie nie dało się zrealizować tego zamówienia.

Wobec tego rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp przez Zamawiającego, dzieląc w pełni powyżej zrelacjonowane stanowisko Zamawiającego i Przystępującego.

(rozstrzygnięcie zarzutu naruszenia innych przepisów)

Ponieważ zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 czy art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy pzp nie opierają się na żadnych odrębnych okolicznościach faktycznych i mają charakter niesamoistny, są one również niezasadne.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.