

WYROK

Warszawa, dnia 11 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Anna Chudzik

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 maja 2024 r. przez wykonawcę Schreder Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę i Miasto Kozięglowy,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę treści Rozdziału IV pkt 2.7 SWZ, przez dopuszczenie możliwości zaoferowania opraw wyprodukowanych poza terenem Unii Europejskiej, dopuszczonych do obrotu na terenie Unii Europejskiej;

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę i Miasto Kozięglowy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina i Miasto Kozięglowy – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy i Miasta Kozięglowy – etap III Poprawa efektywności oświetlenia ulicznego na terenie Gminy i Miasta Kozięglowy – Rozświetlamy Polskę*. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 maja 2024 r. pod numerem 277060-2024.

W dniu 20 maja 2024 r. wykonawca Schreder Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 99 ust. 1 i 4, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, polegające na zamieszczeniu w opisie przedmiotu zamówienia kryterium pochodzenia produktu oraz dopuszczeniu produktów wyłącznie wyprodukowanych na terytorium Unii Europejskiej, podczas gdy zastosowanie tego rodzaju wymagania nie wynika z obiektywnego, uzasadnionego zapotrzebowania Zamawiającego, który powinien zdefiniować swoje zapotrzebowanie przy użyciu parametrów technicznych, funkcjonalności oraz certyfikatów, a co w konsekwencji może utrudniać uczciwą konkurencję oraz godzi w zasadę równości wykonawców posiadających innowacyjne produkty wysokiej klasy, dopuszczone do obrotu na terenie Unii Europejskiej, lecz wyprodukowane poza granicami Unii Europejskiej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowienia Rozdziału IV – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2.7 ppkt 1 SWZ, przez nadanie mu brzmienia: *Kryteria, które winny spełniać zastosowane oprawy: Muszą być nowe, wyprodukowane na terenie Unii Europejskiej lub dopuszczone do obrotu na terenie Unii Europejskiej.*

Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia obejmuje dostawę i montaż fabrycznie nowych, energooszczędnych opraw oświetleniowych LED, celem modernizacji oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Koziegłowy, polegającej na wymianie istniejących opraw oświetleniowych na oprawy oświetleniowe ze źródłem światła LED. Ponadto, przedmiot zamówienia obejmuje demontaż i utylizację starych opraw oświetleniowych. Zamawiający w ramach SWZ, Rozdział IV – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2.7 ppkt 1, formułując kryteria, które powinny spełniać energooszczędne oprawy oświetleniowe LED, zamieścił zapis określający miejsce ich wyprodukowania: *Kryteria, które winny spełniać zastosowane oprawy: Muszą być nowe i wyprodukowane na terenie Unii Europejskiej.*

W ocenie Odwołującego, zastosowanie powyższego ograniczenia dotyczącego miejsca wyprodukowania produktu, jest nieuprawnione oraz sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Posłużenie się przez Zamawiającego kryterium pochodzenia stwarza wysokie ryzyko nieuzasadnionego wyeliminowania z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, posiadających produkty spełniające wymagania techniczne przewidziane przez Zamawiającego, lecz wyprodukowane poza terytorium Unii Europejskiej.

Odwołujący powołał się na przepisy art. 99 ust. 4 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz motyw 74 preambuły dyrektywy klasycznej 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Wskazał także na stanowisko prezentowane w piśmiennictwie, zgodnie z którym pochodzenie produktu lub usługi należy uznać każde powiązanie produktu lub usługi z konkretnym miejscem – państwem czy regionem. (https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0028/49852/Komentarz-Prawozamowien-publicznych.pdf).

Odwołujący podniósł, że przedmiot zamówienia w niniejszej sprawie został opisany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, ponieważ zawiera ograniczenie w postaci wskazania pochodzenia produktu, jako produktu wyprodukowanego na terenie Unii Europejskiej. Zawężenie pochodzenia produktu do terytorium Unii Europejskiej nie wynika ze szczególnych potrzeb Zamawiającego, co więcej, nie jest w żaden sposób uzasadnione takimi potrzebami. Produkty w postaci energooszczędnych opraw oświetleniowych LED, które zostały wytworzone poza terytorium Unii Europejskiej (np. na terenie Ukrainy, lecz dopuszczonych do obrotu w UE), mogą bowiem posiadać takie same parametry techniczne jak produkty wyprodukowane na terytorium Unii Europejskiej. Dlatego też, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien określić zapotrzebowanie na oprawy oświetleniowe LED za pomocą parametrów technicznych, funkcjonalności oraz certyfikatów, nie zaś wprowadzać ograniczenia dotyczące pochodzenia produktu.

Odwołujący podniósł, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia determinuje cały jego przebieg i wywiera wpływ na jego wynik. W związku z powyższym, zamawiający powinien dokonać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, że zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną regulę.

Zdaniem Odwołującego, zastosowanie przez Zamawiającego ograniczenia pochodzenia lamp LED (poprzez zawężenie go wyłącznie do terytorium Unii Europejskiej), znacząco determinuje przebieg postępowania, jak również istotnie wpływa na jego wynik. W sytuacji, w której znaczna część światowej produkcji komponentów dla energetyki, do których zaliczają się m.in. oprawy energooszczędne LED, jest produkowana poza terenem Unii Europejskiej, wprowadzenie przez Zamawiającego ograniczenia co do pochodzenia produktu z terytorium Unii Europejskiej, istotnie ogranicza konkurencję oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie powinien opisywać przedmiotu zamówienia poprzez zastosowanie ograniczeń pochodzenia produktu, lecz zamiast tego powinien posługiwać się parametrami technicznymi, funkcjonalnością, jak również wskazywać na konieczność posiadania odpowiednich certyfikatów. Posługując się powyższymi kryteriami Zamawiający jest bowiem w stanie w sposób należyty i wyczerpujący określić swoje zapotrzebowanie na energooszczędne lampy LED.

Odwołujący zaznaczył, że pod pojęciem uzasadnionych potrzeb zamawiającego należy rozumieć pewne oczekiwania zamawiającego odnoszące się do nabywanego dobra, których spełnienie pozwoli na uzyskanie określonych efektów. Podniósł, że Zamawiający nie podjął próby uzasadnienia zastosowania ograniczenia terytorialnego pochodzenia produktów. Z powyższego należy wnioskować, że zapotrzebowanie Zamawiającego nie jest związane z miejscem pochodzenia produktu. Taki wniosek jest zasadny również ze względu na rodzaj produktu – energooszczędne lampy LED. Z punktu widzenia Zamawiającego, jak również zakładów energetycznych, miejsce wyprodukowania lampy oświetleniowej nie ma żadnego znaczenia dla bieżącego użytkowania produktu, decydującą rolę dla przydatności produktu odgrywają bowiem jego parametry techniczne (nie zaś miejsce wytworzenia). Zatem, wprowadzenie

ograniczenia w postaci miejsca pochodzenia produktu, nie wynika z zapotrzebowania Zamawiającego, nie jest w żaden sposób uzasadnione obiektywnym zapotrzebowaniem Zamawiającego, tym samym prowadzi do niezasadnego ograniczenia konkurencji oraz naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Wprowadzenie ograniczenia pochodzenia lamp energooszczędnych lamp oświetleniowych LED, niewątpliwie skutkuje zakłóceniem uczciwej konkurencji, uniemożliwiając Schreder Polska Sp. z o.o. złożenie konkurencyjnej oferty.

Odwolujący podkreślił, że dla wykazania naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, nie jest konieczne udowodnienie, lecz wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a Zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach.

Odwolujący wskazał, że kwestionowane postanowienie SWZ stanowi powtórzenie zapisu Regulaminu Dziewiątej Edycji Naboru Wniosków o dofinansowanie Rządowego Funduszu Polski Ład: Programu Inwestycji Strategicznych „Rozświetlamy Polskę”. W myśl § 8 ust. 5 Regulaminu: *Wnioskodawca w ogłoszeniu Postępowania zakupowego zastrzega obowiązek użycia przez wykonawcę Nowych opraw wyprodukowanych na terenie Unii Europejskiej*. Odwołujący podniósł, że przywołane postanowienie Regulaminu jest nieskuteczne i nie może mieć zastosowania w postępowaniu, regulamin nie stanowi bowiem źródła powszechnie obowiązującego prawa (w rozumieniu art. 87 Konstytucji RP), w związku z czym poszczególne zapisy Regulaminu nie mogą pozostawać w sprzeczności z aktami prawa rangi ustawowej, a więc z przepisami ustawy Pzp. Treść § 8 ust. 5 Regulaminu jest sprzeczna z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, tj. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym z zastosowaniem Regulaminu przez Miasto Zduńska Wola (nr: IT.271.1.2024.KP), zamawiający dostrzegał w trakcie postępowania wadliwość zapisu ograniczającego pochodzenie produktu (tożsamego, jak w niniejszym postępowaniu), dokonując w konsekwencji stosowanych zmian SWZ.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z rozdz. IV pkt 1 SWZ przedmiotem zamówienia jest modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy i Miasta Koziegłowy – etap III. Poprawa efektywności oświetlenia ulicznego na terenie Gminy i Miasta Koziegłowy – Rozświetlamy Polskę. Przedmiot zamówienia obejmuje m.in. dostawę i montaż opraw oświetleniowych.

W rozdz. IV pkt 2 SWZ Zamawiający opisał wymagania, które muszą spełniać zastosowane oprawy, wskazując m.in., że oprawy *muszą być nowe i wyprodukowane na terenie Unii Europejskiej*.

Zgodnie z § 8 ust. 5 Regulaminu Dziewiątej Edycji Naboru Wniosków o dofinansowanie „Rozświetlamy Polskę”: *Wnioskodawca w ogłoszeniu Postępowania zakupowego zastrzega obowiązek użycia przez wykonawcę Nowych opraw wyprodukowanych na terenie Unii Europejskiej*.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W ocenie Izby zaskarżone postanowienie SWZ narusza powyższe przepisy ustawy.

Podkreślenia wymaga, że przepis art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, zakazując opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, służy realizacji naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jako jeden z przejawów utrudnienia konkurencji ustawodawca wskazał w tym przepisie opisanie przedmiotu zamówienia przez wskazanie pochodzenia, przez co należy rozumieć m.in. powiązanie go z określonym obszarem geograficznym. Jednocześnie żaden przepis ustawy w odniesieniu do tzw. zamówień klasycznych nie ustanawia żadnych wyjątków od zakazu określania krajów czy regionów,

z których ma pochodzić oferowany przedmiot zamówienia, w tym nie zezwala na stosowanie preferencji unijnych.

Nie ulega wątpliwości, że dopuszczenie możliwości zaoferowania opraw oświetleniowych wyprodukowanych wyłącznie na terenie Unii Europejskiej prowadzi do wyeliminowania produktów, które mogłyby w pełni zaspokoić potrzeby Zamawiającego. Skutkiem wyeliminowania możliwości zaoferowania produktów spoza Unii Europejskiej jest też nieuzasadnione uprzywilejowanie niektórych wykonawców. Zauważenia wymaga przy tym, że nie sposób tłumaczyć takiego wymagania dbałością o należyłą jakość opraw. Po pierwsze – trudno przyjąć, że oprawy nie będą spełniać wymagań jakościowych przez sam fakt wyprodukowania w kraju nienależącym do Unii Europejskiej. Podkreślić należy przy tym, że zaskarżone postanowienie eliminuje możliwość zaoferowania opraw wyprodukowanych również w krajach europejskich, niebędących członkami Unii Europejskiej, w tym w krajach stowarzyszonych z Unią Europejską czy powiązanych z nią innymi umowami gospodarczymi. Po drugie – zapewnieniu należytej jakości zamawianych produktów służą takie narzędzia, jak opis parametrów minimalnych, wymagań funkcjonalnych, certyfikaty czy jakościowe kryteria oceny ofert, nie może temu natomiast służyć kryterium geograficzne. Z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego istotne jest bowiem, aby zamawiane mogły być stosowane w Unii Europejskiej, nie zaś aby były na tym obszarze wyprodukowane.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, który wskazywał na spoczywający na nim obowiązek przestrzegania postanowień Regulaminu Dziewiątej Edycji Naboru Wniosków o dofinansowanie „Rozświetlamy Polskę”, które nałożyły na niego obowiązek zastrzeżenia konieczności zaoferowania opraw wyprodukowanych na terenie Unii Europejskiej, wskazać należy, że obowiązek ten – mimo że został Zamawiającemu narzucony – nie może stanowić usprawiedliwienia dla utrzymania wymagania w sposób niebudzący wątpliwości niezgodnych z ustawą Pzp. Postanowienia Regulaminu, jakkolwiek nakładające określone obowiązki na podmioty ubiegające się o dofinansowanie, nie stanowią źródła prawa powszechnie obowiązującego (art. 87 Konstytucji RP). Sprzeczność Regulaminu z aktem prawnym rangi ustawowej musi prowadzić do wniosku o konieczności zastosowania ustawy. Nie można więc podzielić stanowiska Zamawiającego, że opisanie przedmiotu zamówienia w taki sposób ma źródło w jego uzasadnionej potrzebie, którą jest konieczność przestrzegania Regulaminu. Rozumiejąc sytuację Zamawiającego, który stara się spełnić wymagania warunkujące otrzymanie przez niego dofinansowania, Izba nie może usankcjonować postanowień SWZ godzących w określone ustawą zasady udzielania zamówień publicznych, co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Prymat przepisów ustawowych nad postanowieniami Regulaminu nie może budzić żadnych wątpliwości.

W związku z powyższym Izba nakazała Zamawiającemu zmianę treści Rozdziału IV pkt 2.7 SWZ, przez dopuszczenie możliwości zaoferowania opraw wyprodukowanych poza terenem Unii Europejskiej, dopuszczonych do obrotu na terenie Unii Europejskiej, tj. w sposób zgodny z wnioskiem sformułowanym w odwołaniu. W ocenie Izby pozwoli to na zapewnienie realizacji uzasadnionych potrzeb Zamawiającego z jednoczesnym poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodnicząca:.....