

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 24.05. 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Tomasz Skowroński

na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 24 maja 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2024 r. przez wykonawcę: **Linter Energia Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie** (ul. Tadeusza Boya Żeleńskiego 23, 35105 Rzeszów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Lubaczów** (ul. Jasna 1, 37600 Lubaczów),

- uczestnicy po stronie odwołującego:

1) **LUG Light Factory Sp. z o.o. z/s w Zielonej Górze** (ul. Gorzowska 11, 65-127 Zielona Góra);

2) **Pollight Sp. z o.o. z/s w Warszawie** (Al. J. Ch. Szucha 11B lok. H2 00-580 Warszawa);

postanawia:

Jmorzyć postępowanie odwoławcze;

wakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz

wołującego: **Linter Energia Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie** (ul. Tadeusza Boya Żeleńskiego 23, 35105 Rzeszów) kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego od odwołania.

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.

.....

Sygn. akt: 1561/24

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 maja 2024r. przez wykonawcę: Linter Energia Sp. z o.o. z/s w Rzeszowie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Gmina Lubaczów. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Poprawa efektywności energetycznej Gminy Lubaczów poprzez wymianę nieenergooszczędnych opraw oświetleniowych, podziałem na dwie części: Część nr 1 – Wymiana opraw oświetlenia ulicznego na słupach Gminy Lubaczów; Część nr 2 – Wymiana źródeł światła na obiektach Gminy Lubaczów”. Identyfikator postępowania: ocds-148610-3a9884c2-03c1-11ef-b21f-3ab44b58c1d6. Nr ogłoszenia w BZP: 2024/BZP 00304299/01 z dnia 2024-04-26.

Wykonawca podał, że wnosi odwołanie:

(...) *od czynności Zamawiającego Gminy Lubaczów, (dalej zwanego „Zamawiającym”) – niezgodnego z przepisami opisu przedmiotu zamówienia OPZ zawartego w załączniku nr 8 do do SIWZ - w specyfikacji technicznej opraw w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego zgodnie z art. 275 pkt 1 PZP w trybie podstawowym pn. „Poprawa efektywności energetycznej Gminy Lubaczów poprzez wymianę nieenergooszczędnych opraw oświetleniowych”, dofinansowanie z Rządowego Funduszu Polski Ład Program Inwestycji Strategicznych - edycja (Rozświetlamy Polskę)”.*

Dalej podał:

III. Wskazanie niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności

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

-nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia, skutkującym nieuzasadnionym wyeliminowaniu większości producentów opraw oświetleniowych, z naruszeniem zasad przygotowania i prowadzenia postępowań o zamówienie publiczne w szczególności poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz posłużeniem się opisem wymiaru opraw stosowanych przez jednego producenta,

-zaniechaniu przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych, które umożliwiłyby zastosowanie prawidłowego opisu produktu”.

W punkcie IV. zarzucił naruszenie przepisów Pzp, które miały wpływ, zdaniem wykonawcy, na wynik niniejszego postępowania, tj.:

1) *art. 99 ust 4 w zw. art. 16 PZP poprzez określenie w Specyfikacji Warunków Zamówienia załączniku 8, w Opisie opraw oświetleniowych do specyfikacji przetargowej, kształtu i wymiarów opraw pochodzących od jednego producenta i przyjęcia dopuszczalnych wymiarów w sposób wyłączający jakąkolwiek konkurencję i stanowiącym naruszenie zasad prowadzenia zamówień publicznych,*

2) *naruszenie art. 84 ust 1 PZP poprzez nieprzeprowadzenie konsultacji rynkowych, przy założeniu że sformułowanie OPZ*

nie było działaniem intencjonalnym, ukierunkowanym na ograniczenie konkurencji.

W punkcie V. wniósł co do rozstrzygnięcia odwołania o:

1)uwzględnienie odwołania w całości;

2)nakazanie Zamawiającemu zmiany opisu opraw oświetleniowych do specyfikacji przetargowej w zakresie ich sylwetki i wymiaru w sposób dopuszczający konkurencję w postępowaniu, np. poprzez zwiększenie zakresu tolerancji w wymiarach, lub wyeliminowanie z OPZ parametrów kształtu i wymiarów jako zbędnych,

3)ew. z ostrożności procesowej wnoszę o nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenie konsultacji rynkowych w celu prawidłowego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia,

4)zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego kosztów postępowania - wpisu od odwołania.

W punkcie VI wniósł o:

1) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci:

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

-oferty Rosa sp. z o.o. - na fakt wykorzystania przez Zamawiającego w OPZ rysunków oraz wymiarów jednego producenta opraw,

-Program Funkcjonalno-Użytkowy dla zadania: Modernizacja, rozbudowa oświetlenia ulicznego i drogowego na terenie Gminy Lubaczów - na fakt dotychczasowej realizacji przez Zamawiającego wymiany oświetlenia i wymagań stawianych dla przedmiotu zamówienia w ramach częściowo już zrealizowanego zamówienia pn. „Modernizacja istniejącej i budowa nowej infrastruktury oświetleniowej oraz termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Związku”, dofinansowanie z Rządowego Funduszu Polski Ład Program Inwestycji Strategicznych, którego Wykonawcą jest Odwołujący,

-Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty - zadanie częściowe nr 1 - na fakt wyboru i realizacji przez Linter Energia zadania w ramach projektu "Modernizacja istniejącej i budowa nowej infrastruktury oświetleniowej oraz termomodernizacja budynków użyteczności publicznej na terenie Związku Powiatowo - Gminnego „ZIEMIA LUBACZOWSKA”, obejmującą również wymianę opraw oświetleniowych w oparciu o rozwiązania stosowane przez Linter Energia,

2) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z przesłuchania:

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

W punkcie VI poda:

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

Do postępowania odwoławczego zgłoszone zostały przystąpienia po stronie odwołującego przez: wykonawcę LUG Light Factory Sp. z o.o. z/s w Zielonej Górze oraz wykonawcę Pollight Sp. z o.o. z/s w Warszawie, którzy wnieśli o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 15/05/24) podał:

(...) w zakresie:

a) zarzutu wskazanego w pkt IV ppkt 1) odwołania z 02-05-2024 r. uwzględniam zarzuty w nim zawarte;

b) zarzutu wskazanego w pkt IV ppkt 2) odwołania z 02-05-2024 r. nie uwzględniam zarzutu w nim zawartego i wnoszę o:

•oddalenie odwołania w przedmiotowej części;

•zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

II. W zakresie postępowania dowodowego wnoszę o przeprowadzenie i dopuszczenie dowodu z:

1)Odpowiedzi na pytania Wykonawców i wyjaśnienia treści SWZ opublikowane w dniu 15-05-2024 r.;

2)Zmiana treści Specyfikacji Warunków Zamówienia opublikowane w dniu 15-05-2024 r.;

3)Zaktualizowana treść Załącznika nr 8 do SWZ – Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia opublikowana w dniu 15-05-2024 r.”

W uzasadnieniu stanowiska podał m.in. (...)

Zarzut zawarty w pkt IV ppkt 1) odwołania z 02-05-2024 r. został przez Zamawiającego uwzględniony. Konsekwencją

uznania przez Zamawiającego przedmiotowego zarzutu, jest zmiana treści SWZ, zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu oraz zmiana Załącznika nr 8 do SWZ – Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia, dokonana w dniu 10-05-2024 r., zgodnie z żądaniami Odwołującego oraz Przystępujących do postępowania odwoławczego.

Zarzut zawarty w pkt IV ppkt 2) odwołania z 02-05-2024 r. pozostaje nieuzasadniony, stąd odwołanie powinno w przedmiotowej części zostać oddalone. Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu w postaci naruszenia „ (...) art. 84 ust 1 PZP poprzez nieprzeprowadzenie konsultacji rynkowych (...)” Zamawiający podnosi co następuje. Zamawiający w dniu 26-04-2024 r. opublikował postępowanie przetargowe pn. „Poprawa efektywności energetycznej Gminy Lubaczów poprzez wymianę nieenergooszczędnych opraw oświetleniowych ” w ramach Rządowego Funduszu Polski Ład Program Inwestycji Strategicznych - edycja dziewiąta (Rozświetlamy Polskę). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26-04-2024 r. pod nr 2024/BZP 00304299/01, zaś SWZ wraz z załącznikami i ogłoszeniem o zamówieniu na stronie prowadzonego postępowania pod adresem: . Zgodnie z treścią art. 84 ust 1 ustawy PZP: „Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe w celu przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia”.

Wstępne konsultacje rynkowe są nowym instrumentem wprowadzanym do systemu zamówień publicznych w miejsce dialogu technicznego. Na powiązanie pomiędzy obydwojema instrumentami wskazuje treść nieobowiązującego art. 31a p.z.p. i treść art. 84 n.p.z.p. Według regulacji dotyczącej dialogu technicznego "Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może poinformować wykonawców o planach i oczekiwaniach dotyczących zamówienia, w szczególności może przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się do ekspertów, organów władzy publicznej lub wykonawców o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy.", a według przepisów które obecnie obowiązują "Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może przeprowadzić wstępne konsultacje rynkowe w celu przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących zamówienia."

Konsultacje mogą być przeprowadzone wyłącznie przed wszczęciem postępowania i mają służyć przygotowaniu postępowania, a także poinformowaniu wykonawców o planach zamawiającego i wymaganiach dotyczących zamówienia. W trakcie konsultacji rynkowych zamawiający będzie mógł korzystać z doradztwa niezależnych ekspertów będących specjalistami w danej branży, a także organów administracji publicznej, które mogą dostarczyć potrzebnych informacji, oraz pozostałych uczestników rynku, w tym izb branżowych i potencjalnych wykonawców. Ogólne zasady prowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych wskazano w art. 84 ust. 2 i 4 n.p.z.p. Analiza semantyczna treści zawartej w art. 84 ustawy PZP, wyklucza możliwość przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych po wszczęciu postępowania przetargowego, tak jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie. Jednocześnie Ustawa Pzp nie nakłada na zamawiających obowiązku przeprowadzenia wstępnych konsultacji rynkowych. Decyzję w tym zakresie podejmuje samodzielnie zamawiający, mając na uwadze całokształt okoliczności towarzyszących udzielanemu zamówieniu. A zatem wstępne konsultacje rynkowe są instrumentem fakultatywnym, służącym przygotowaniu postępowania. W świetle powyższych okoliczności należy uznać, że zarzut naruszenia art. 84 ust. 1 ustawy PZP poprzez nieprzeprowadzenie konsultacji rynkowych jest zarzutem nietrafionym, niemożliwym do potencjalnego urzeczywistnienia na obecnym etapie postępowania przetargowego.

Odwołujący w piśmie z dnia 17/05/2024 oświadczył: (...) wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania wniesionego przez Wykonawcę w dniu 2 maja 2024 r. w zakresie pkt IV ppkt 1), niniejszym cofam ww. odwołanie w zakresie pkt IV ppkt 2).

Izba zważyła, co następuje:

Izba działając na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 3 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

W myśl art. 522 ust. 3 Pzp: „*W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów*”.

Tak jak wskazano powyżej Zamawiający w piśmie z dnia 17/05/2024 uwzględnił w części zarzuty odwołania – w zakresie jego punktu IV ppkt 1). Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienia nie zgłosił

żaden z wykonawców.

Z kolei Odwołujący w piśmie z dnia 17 maja 2024 r. oświadczył, że cofa odwołanie w zakresie pkt IV ppkt 2) odwołania.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła § 9 ust. 1 pkt 2 lit. b) 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. z 2020 r., poz. 2437). W niniejszej sprawie koszty znosi się wzajemnie z uwagi na to, że Zamawiający uwzględnił w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, a pozostałe zarzuty zostały przez Odwołującego wycofane. W takim przypadku Izba orzeka również o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczonej tytułem wpisu w pełnej wysokości.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

.....