

WYROK
z dnia 11 kwietnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Renata Oksińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26A, 50-513 Wrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Złoczew, Złoczew, ul. Szeroka 17**, protestu z dnia 5 marca 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26A, 50-513 Wrocław** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26A, 50-513 Wrocław**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26A, 50-513 Wrocław** na rzecz **Miasto Złoczew, Złoczew, ul. Szeroka 17**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika ,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xxx gr** (słownie: xxx) przez **xxxxxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26A, 50-513 Wrocław**

Uzasadnienie

Gmina Złoczew, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Remont i przebudowę oświetlenia ulicznego Miasta i Gminy Złoczew wraz z finansowaniem przez Wykonawcę i spłacaną przez Zamawiającego z uzyskanych oszczędności w opłatach za energię elektryczną – I etap”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 28 lutego 2008 r., nr 1, poz. 40792.

Pismem z dnia 5 marca 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 6 marca 2008 r.) Odwołujący wniósł protest na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”, dotyczące wymagań względem ofert równoważnych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. opisanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z art. 30 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, w zakresie określenia wymagań w stosunku do ofert równoważnych;

2. naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, którzy chcą złożyć ofertę na sprzęcie równoważnym.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

2

1. zmianę zapisu dotyczącego projektu równoważnego, aby nie utrudniał on uczciwej konkurencji, poprzez ustalenie, że projekt równoważny ma wyłącznie spełnić wskazania normy PN EN 13 201,
2. w przypadku nieuwzględnienia wniosków Odwołującego, wniósł o unieważnienie postępowania, ze względu na niemożność zawarcia ważnej umowy na skutek naruszenia szeregu przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, że zapis w SIWZ dotyczący typu opraw oświetleniowych, wymaganych przez Zamawiającego, wskazuje iż, jedyną możliwą do zastosowania jest oprawa marki Siteco Polska Sp. z o.o. Wykonawcy chcący zaproponować oprawy równoważne zobowiązani są wykonać dokumentację techniczną, która wykaże, że przy zastosowaniu proponowanych opraw uzyska się takie same lub lepsze parametry fotometryczne w zakresie luminancji, a dopuszczalną tolerancję odchyłu wyników określił na 5%. Jednocześnie wskazał, iż projekt równoważny powinien spełniać wymogi normy PN EN 13 201.

Pismem z dnia 14 marca 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego częściowe uwzględnienie (argumentów podniesionych w uzasadnieniu do przedmiotowego protestu). Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał faksem w dniu 17 marca 2008 r.

Zamawiający uwzględnił uwagi Odwołującego dotyczące m.in. błędów i opuszczeń w dokumentacji projektowej, modyfikując założenia projektowe (obliczenia dla wskazanych odcinków dróg), dokumentację techniczną (opis techniczny, tabele wykonawcze cz. 1, 2 i 3 oraz przedmiar robót), jak również treść pkt 2.1.2 ppkt 1 SIWZ.

Pismem z dnia 20 marca 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (kopia odwołania - wpływ do Zamawiającego w dniu 21 marca 2008r. za pomocą poczty elektronicznej; oryginał odwołania wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 25 marca 2008 r.).

Przedmiotowe odwołanie zostało nadane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w placówce pocztowej operatora publicznego również w dniu 20 marca 2008 r.

Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski wskazane w proteście, oraz wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany zapisów dotyczących wymagań wobec projektów równoważnych tak, aby nie utrudniały uczciwej konkurencji, poprzez ustalenie, że projekt równoważny ma spełniać wymagania nie niższe niż ustalenia normy PN EN 13 201 lub ustalenie tolerancji dla projektów równoważnych dla parametru Luminacji na poziomie nie niższym niż 6 %, umożliwiającym sporządzenie prawidłowej oferty równoważnej,
2. o ewentualne unieważnienie postępowania, ze względu na niemożność zawarcia ważnej umowy na skutek naruszenia szeregu przepisów ustawy Pzp.

3

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 30 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zgodnie z treścią art. 30 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

W SIWZ rozdział 2.1. „Zakres prac do wykonania” pkt 2.1.1. Zamawiający wskazał, iż „Dokumentacja fotometryczna wykonana została przy przestrzeganiu normy PN-EN-13 201

„Oświetlenie dróg publicznych” i obejmuje wartości docelowe”. Jednocześnie modyfikując zapisy dotyczące m.in. tolerancji dla wskazanych parametrów określił: „współczynnik ośnienia Ti” na „nie więcej niż w normie PN-EN 13 201”, a „współczynnik oświetlenia otoczenia SR” na „nie mniej niż w normie PN-EN 13 201”.

Zamawiający - zdaniem Odwołującego - w załączonym do SIWZ projekcie wskazał, iż nie uda się na kilkunastu odcinkach drogi osiągnąć parametru luminancji prawie dwukrotnie większego, niż wskazuje norma, natomiast pozostałe parametry, jak np. „równomierność wzdlużna, czy współczynnik ośnienia mają wartość na granicy wymagań normy i dopuszczenie odchyłki 5%”. Wprowadzone zmiany, w ocenie Odwołującego, są to jedynie zmiany pozorne i nadal brak jest możliwości sporządzenia oferty równoważnej.

Zdaniem Izby ze stanowiskiem Odwołującego nie można się zgodzić. Ustawodawca nie nakłada na Zamawiającego obowiązku stosowania Polskich Norm do opisu przedmiotu zamówienia niemniej jednak wskazuje, iż dokonując opisu przedmiotu zamówienia należy to czynić zgodnie z wynikającymi z norm wymaganiami. Zamawiający w SIWZ powołał się na normę PN-EN 13 201, wprowadzając jednocześnie tolerancje dla określonych parametrów. Niektóre z nich, zdaniem Odwołującego, okazały się zbyt wysokie. Zamawiający ma jednak prawo żądać wyższych parametrów niż przewidywane normą, jeżeli uzna to za uzasadnione (wyrok ZA z dnia 12.04.2005 r., UZP/ZO/0-651/05), gdyż to przede wszystkim Zamawiający decyduje o tym co chce uzyskać.

Skoro więc Zamawiający ma prawo do określenia przedmiotu zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami, może tym bardziej – w granicach kształtowanych zasadami uczciwej konkurencji – ustalać granice w jakich wykonawcy mają się poruszać. Tak więc

4

wprowadzenie dodatkowej tolerancji dla parametru luminancji „nie mniej niż 1% w stosunku do projektu”, podczas, gdy wystarczy, jeżeli mieści się ona w przedziałach określonych dla klas oświetleniowych wskazuje na dopuszczenie szerszego kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę, jak również mieści się w granicach dopuszczalnej tolerancji.

Jak podniósł Odwołujący wartość parametru luminancji zależy w dużym stopniu od właściwości optycznych odbłyśnika oprawy. Niemniej jednak Zamawiający określając w SIWZ wymogi dotyczące opraw wskazał w punkcie 2.2.2. parametry jakimi powinny się charakteryzować równoważne oprawy oświetleniowe, natomiast w pkt 2.2.3 wskazał parametry dla równoważnych opraw parkowych. I są to różne oprawy.

Zamawiający przygotowując projekt inwestycji istotnie, jako podstawę - dla opraw - przyjął oprawy marki Siteco.

Ustawa pozwala jednak Zamawiającemu na wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia w sytuacji, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i Zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a takiemu wskazaniu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Zamawiający dopuszczający składanie ofert równoważnych zobowiązany jest jednak do dokładnego określenia wymogów co do takich ofert, co Zamawiający niewątpliwie uczynił w rozdziale 2.2. Oferty równoważne” pkt 2.2.1, w którym wskazał, jakie wymagania muszą spełnić wykonawcy składający ofertę równoważną.

Tak więc Zamawiający, dopuszczając oferty równoważne, i biorąc jako podstawę projektu „oprawy marki Siteco”, opisał wymogi jakie muszą spełnić oferty równoważne. Zamawiający wskazuje jedynie wzorzec w oparciu, o który wykonawcy złożą ofertę.

Dopiero Zamawiający, wskazując na konkretny produkt i jednocześnie pomijając minimalne wymagania dotyczące oczekiwań, w zakresie rozwiązania równoważnego, narusza art. 29 ust. 3 ustawy Pzp, a tym samym i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego dostępu do zamówienia publicznego określone w art. 7 ustawy Pzp. W niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne taka sytuacja nie zaistniała.

Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie, wskazał, iż poza oprawami firmy Siteco, oprawy spełniające żądane przez niego parametry, czego Odwołujący nie kwestionował, spełniają jeszcze oprawy firmy Philips (na co wskazuje projekt równoważny modernizacji oświetlenia gminy Złoczew, opatrzony datą 10.07.2007r.) oraz ES-System Wilkasy.

Izba ustaliła, że zarzut zwiększenia tolerancji został podniesiony w proteście i jako

taki podlega ocenie składu orzekającego Izby. Zarówno w proteście jak i odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 30 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7

5

ustawy Pzp. Natomiast kwestię zwiększenia tolerancji jako jeden z szeregu argumentów, potwierdzających trafność podniesionych zarzutów, podniósł w uzasadnieniu zarówno w proteście, jak i odwołaniu.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił dowodu w postaci artykułu dr Jana Grzonkowskiego pt. „Ocena skuteczności świetłej elektrycznych źródeł światła przy mezopowym stanie widzenia” uznając, iż jest to wyciąg z prasy specjalistycznej, nie mający znaczenia dla rozstrzygnięcia w przedmiotowym postępowaniu. Izba nie zaliczyła także w poczet materiału dowodowego opinii Stowarzyszenia Elektryków Polskich (opracowanie nr: 36/2008-07) nt. „Oceny technicznej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówień dotyczącego modernizacji oświetlenia ulicznego Miasta i Gminy Żłoczew”, a przedłożonej na rozprawie przez Odwołującego, jak i opinii dotyczącej wiarygodności wyników obliczeń parametrów oświetlenia w projekcie modernizacji oświetlenia ulic w Gminie Żłoczew, załączonej do odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego, uznając je za dokumenty prywatne. Nie uwzględnił także kserokopii oferty złożonej przez Zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzone przez Tarnów Opolski oraz złożonych przez Odwołującego dokumentów na potwierdzenie nie spełnienia w tamtym postępowaniu wymogu równoważności, uznając iż przedstawione materiały dotyczą innego stanu faktycznego i nie mogą być brane pod uwagę w niniejszym postępowaniu.

Skład orzekający Izby, dokonując oceny przywołanych w odwołaniu zarzutów, przede wszystkim w kontekście zarzutu opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, oparł się na przedłożonym wraz z odpowiedzią na odwołanie projekcie równoważnym modernizacji oświetlenia Gminy Żłoczew sporządzonym przez Zamawiającego w dniu 10 lipca 2007 r. w oparciu o oprawę firmy Philips. Projekt ten wskazuje na możliwość zastosowania w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opraw innego producenta (Philips), oprócz wskazanego w treści SIWZ (Siteco). Odwołujący na rozprawie nie zakwestionował okoliczności, że firma Philips jest producentem opraw spełniających wymagania Zamawiającego postawione w niniejszym postępowaniu.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisu art. 7 ustawy.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt

6

sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Sieradzu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

_____ * *niepotrzebne skreślić*