

Warszawa, 10 czerwca 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: **Centrum Zaopatrzenia Energetyki**

ELTAST Sp. z o.o.

26- 600 Radom

ul. Toruńska 9

tel. (48) 360 83 44

fax. (48) 331 40 23

e-mail: sekretariat@eltast.pl

KRS nr 0000069109

reprezentowana przez

radcę prawnego Małgorzatę Łyjak

z Kancelarii Radców Prawnych

„Centrum Zamówień Publicznych”

Niedziela, Łyjak i Wspólnicy s.c.

ul. Przepiórki 45

02-407 Warszawa

tel. (22) 832 39 51

fax. (22) 832 39 50

e-mail: sekretariat@kczp.pl

Zamawiający: **Gmina Oleśnica**

ul. Nadstawie 1

28-220 Oleśnica

tel. (41) 377-40-36

www.gminaolesnica.pl

e-mail: przetargi@gminaolesnica.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Centrum Zaopatrzenia Energetyki ELTAST Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu przy ul. Toruńskiej 9 (dalej: „Odwołujący”), w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (w załączeniu), na podstawie art. 513 pkt 1, w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019

z późn. zm.), dalej „ustawa nPzp” lub „nPzp”, oraz w związku z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawy – Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2019 r. poz. 2020), wobec dokonania w dniu 31.05.2021 r. przez Zamawiającego – Gminę Oleśnica wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy LUG Services Sp. z o.o. w Zielonej Górze, wnoszę odwołanie od w/w niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, wykonanej w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Energooszczędne oświetlenie na terenie gminy Oleśnica” (RPSW.03.04.00-26-0010/18).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 2020/S 253-638367 z dnia 29.12.2020 r.

Odwołujący zarzuca, że Zamawiający swoim postępowaniem polegającym na wyborze oferty LUG Services Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, uchybił następującym przepisom ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) - dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”:

- 1) 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty LUG Services Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, mimo iż oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 91 ust. 1 Pzp w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp - poprzez niezasadne i niezgodne z prawem dokonanie wyboru oferty LUG Services Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze, jako najkorzystniejszej;

Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty została w dniu 31.05.2021 r. podana do wiadomości publicznej na stronie internetowej Zamawiającego.

Na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a oraz lit. b nPzp wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty LUG Services Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w odwołaniu;
- 3) odrzucenia oferty LUG Services Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze jako oferty niezgodnej z wymogami SIWZ;
- 4) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej po wykonaniu powyższych czynności.

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 nPzp wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 573 nPzp wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów prawa, bowiem gdyby Zamawiający przeprowadził czynności w postępowaniu zgodnie z przepisami Pzp, wówczas oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Odwołanie zmierza do zakwestionowania czynności Zamawiającego, jakimi był wybór oferty LUG Services Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze. Zatem, w przypadku potwierdzenia się zarzutów Odwołującego, ma on szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę na skutek czynności Zamawiającego, w postaci utraty zysku zakładanego w ramach realizacji umowy podpisanej na skutek udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Tym samym Odwołujący legitymuje się interesem w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 nPzp.

Termin na wniesienie odwołania

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej opublikowana została dnia 31 maja 2021 r. co oznacza, że termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 10 czerwca 2021 r., tym samym odwołanie zostało złożone w terminie.

UZASADNIENIE

W dniu 31 maja 2021 r. Zamawiający przekazał informację o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, która została złożona przez LUG Services Sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze (dalej: LUG Services). Powyższa decyzja Zamawiającego jest nieprawidłowa, co najmniej z powodów wskazanych poniżej.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 39 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.). Wartość przedmiotu zamówienia przekracza kwotę, o której mowa w art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający określił w pkt 2 SIWZ, że komunikacja w postępowaniu odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej na zasadach opisanych w SIWZ. Złożenie oferty w formie pisemnej powoduje jej odrzucenie. Wskazał przy tym, iż:

a) w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami odbywa się przy użyciu miniPortalu <https://miniportal.uzp.gov.pl/>, ePUAPu <https://epuap.gov.pl/wps/portal> oraz poczty elektronicznej;

b) wykonawca zamierzający wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, musi posiadać konto na ePUAP. Wykonawca posiadający konto na ePUAP ma dostęp do formularzy: złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku oraz do formularza do komunikacji;

c) wymagania techniczne i organizacyjne, wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych, elektronicznych kopii dokumentów i oświadczeń oraz informacji przekazywanych przy ich użyciu, opisane zostały w Regulaminie korzystania z miniPortalu oraz Regulaminie ePUAP;

d) maksymalny rozmiar plików przesyłanych za pośrednictwem dedykowanych formularzy do: złożenia, zmiany, wycofania oferty lub wniosku oraz do komunikacji wynosi 150 MB.

Za datę przekazania oferty, wniosków, zawiadomień, dokumentów elektronicznych, oświadczeń lub elektronicznych kopii dokumentów lub oświadczeń oraz innych informacji przyjmuje się datę ich przekazania na ePUAP.

W dniu 23 marca 2021 r. Odwołujący złożył do zamawiającego wniosek o udostępnienie oferty LUG Services. W odpowiedzi Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 31 marca 2021 r. ofertę LUG Services w 8 plikach pdf. W tym samym dniu Odwołujący ponownie zwrócił się do Zamawiającego o dostanie oferty LUG Services wskazując, że przesłana oferta jest niekompletna, gdyż brak było, wymaganych w SIWZ:

1) wersji aktywnej - plik programu do obliczeń,

2) plików fotometrycznych opraw (w formacie eulmdat Ldt użytymi do wykonanych obliczeń).

Odpowiadając na ponowny wniosek, Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 1 kwietnia br., że przekazał ofertę w otrzymanej formie.

Należy zauważyć, że SIWZ w pkt 13.1.2 określa, że oświadczenie woli (oferta) zawiera m.in. obliczenia fotometryczne zgodnie z wymaganiami z SIWZ i załącznikiem 1a. W przypadku niezłożenia obliczeń fotometrycznych wraz z ofertą lub złożenia obliczeń fotometrycznych niezgodnych z wymaganiami SIWZ oferta nie podlega uzupełnieniu i zostanie odrzucona.

Ponadto Zamawiający opisał w pkt 4 PFU (załącznik nr 7 do SIWZ) wymagania dla ofert równoważnych:

4. Wymagania dla ofert równoważnych:

Modernizacja systemu oświetlenia powinna być wykonana zgodnie z posiadaną przez Urząd Miasta i Gminy Oleśnica dokumentacją programową, która ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia wskazuje konkretne typy i producentów sprzętu oświetleniowego.

W związku z tym, zgodnie z art. 29 ust. 3 Ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych. Warunkiem jest, aby urządzenia równoważne posiadały, co najmniej takie same lub lepsze parametry techniczno – użytkowe, jakich użyto w dokumentacji programowej do wykonania modernizacji.

Wykonawcy składający ofertę równoważną muszą spełnić następujące wymagania:

1. W przypadku zastosowania innych opraw oświetleniowych niż przyjęte w dokumentacji programowej należy wykazać, że oprawy oświetleniowe przyjęte w projekcie równoważnym gwarantują wartości parametrów oświetleniowych na poziomie nie mniejszym niż wyliczone w projekcie posiadanym przez Zamawiającego. Dla wyliczeń należy przyjmować identyczne warunki w zakresie geometrii zawieszenia opraw jak w obliczeniach Zamawiającego. Poziomy parametrów luminancji i natężenia oświetlenia powinny być nie gorsze jak w obliczeniach Zamawiającego a pozostałe zgodne z wymaganiami normy PN-EN 13201: 2007 Oświetlenie dróg.

Celem przedstawienia obliczeń jest udokumentowanie zamienności opraw w stosunku do programu Zamawiającego. Na Wykonawcy ciąży obowiązek udokumentowania spełnienia wymagań poprzez wykonanie i załączenie do oferty projektu oświetleniowego zawierającego wszystkie elementy zawarte w programie Zamawiającego. Obliczenia oraz prezentacja wyników obliczeń musi być w pełni zgodna z przyjętymi w projekcie Zamawiającego parametrami projektu, tj. identyczna geometria dróg i usytuowania słupów, identyczny poziom współczynnika zapasu (ew. odwrotności - wskaźnika utrzymania), parametrów rodzaju nawierzchni, parametrów – położenia obserwatorów, oraz wydruki muszą zawierać wszystkie wyliczone parametry dla punktów zgodnie z siatką obliczeniową Zamawiającego. Porównywane będą parametry średnie. Spełnienie powyższych warunków gwarantuje możliwość porównania zastosowanych opraw i uznania ich równoważności na podstawie efektu oświetleniowego uzyskiwanego w tożsamyh warunkach.

(...)

4.1.1. Wymagane dokumenty potwierdzające równoważność opraw.

1. Dokument wydany przez producenta (plus ew. tłumaczenie na język polski) potwierdzający spełnianie parametrów techniczno – użytkowych zaproponowanych urządzeń równoważnych w stosunku do opraw w posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji (karty katalogowe opraw),

2. Deklaracja zgodności wyrobu z obowiązującymi normami przenoszącymi normy europejskie

3. Zamawiający żąda od Wykonawców składających oferty równoważne złożenia na wezwanie próbek opraw i źródeł światła po 1 szt. dla każdego typu – mocy oprawy przewidzianych do zastosowania (próbki do zwrotu).

4. Karty katalogowe, licencja ENEC z wykazem komponentów, deklaracje zgodności WE certyfikaty potwierdzające zgodność z wymaganiami bezpieczeństwa.

5. Zamawiający żąda załączenia do oferty obliczeń fotometrycznych dokumentujących osiągnięcie wymaganych poziomów parametrów oświetleniowych, wykonanych

w ogólnodostępnym programie do wspomagania obliczeń – w programie nie mogą występować jakiegokolwiek treści obcojezyczne poza nazwami własnymi oferowanych produktów. Obowiązuje forma wydruku raportu obliczeń oraz w forma zapisu na nośniku elektronicznym w wersji pdf oraz w pliku programu do obliczeń – wersja aktywna z dodatkowo zapisanymi plikami fotometrycznymi opraw (w formacie eulumdat Ldt użytymi do wykonanych obliczeń).

Z powyższego jednoznacznie wynika, że oferta LUG Service nie zawiera obligatoryjnych elementów, określonych w SIWZ, tj.

1) wersji aktywnej - plik programu do obliczeń,

2) plików fotometrycznych opraw (w formacie eulumdat Ldt użytymi do wykonanych obliczeń).

Pliki fotometryczne opraw (w formacie eulumdat Ldt użyte do wykonanych obliczeń) zawierają dane służące do specyfikacji danych fotometrycznych dotyczących rozsyłu światła z określonego źródła światła. Po wczytaniu do odpowiedniego oprogramowania specjalistycznego (w tym przypadku do programu do obliczeń, którego w wersji aktywnej żądał Zamawiający) pozwalają na wykonanie obliczeń fotometrycznych dotyczących w szczególności natężenia światła generowanego przez oprawy w określonych sytuacjach oświetleniowych i tym samym do wykazania, czy dana oprawa w odpowiednim ustawieniu pozwoli na odpowiednie doświetlenie terenu (np. jezdni, chodnika, czy też pobocza). Obliczenia fotometryczne wykazujące spełnienie normy PN-EN 13201 to przetworzenie przez skomplikowany model matematyczny transmitancji oprawy źródłowego strumienia światła emitowanego przez diody LED na wynikowy strumień światła pozwalający oświetlić jezdnię, chodnik, czy też pobocze zgodnie z normą PN-EN 13201. Żadne inne dokumenty załączone do oferty tych informacji nie zawierają. Sposobem doboru opraw steruje projektant wykonujący obliczenia fotometryczne dla oferenta. To projektant decyduje o modelu oprawy, jej mocy, dokonuje, wg. własnego uznania, wyboru układu optycznego oprawy z wielu mu dostępnych. Takie informacje, które wynikają z obliczeń są unikalne i nie są możliwe do uzyskania bez tych obliczeń. Bez dysponowania plikami fotometrycznymi opraw użytymi przez oferenta do wykonanych obliczeń, Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania świadczenia wykonawcy wynikającego ze złożonej mu oferty. Przedstawione obliczenia fotometryczne, stanowiące jedynie wydruk w pdf, nie mogą być poddane analizie w programie obliczeniowym i nie mogą zostać w stopniu wystarczającym zweryfikowane, ani przez Zamawiającego, ani przez Odwołującego.

Istotne jest również to, że w załączniku nr 1a Zamawiający żądał, aby moc sumaryczna dostarczonych opraw oświetleniowych mieściła się w przedziale od 15 kW do 23,061 kW. Wykonawca LUG Services w załączniku nr 1a wskazał moc na poziomie 23,042 kW, a zatem na pograniczu dopuszczalnej górnej wartości. Wykonawca LUG Services nie dołączając do oferty, ani pliku programu w wersji edytowalnej, w którym te obliczenia wykonał, ani plików fotometrycznych opraw (w formacie eulumdat Ldt użytych do

wykonanych obliczeń) pozbawił Zamawiającego i Odwołującego możliwości weryfikacji poprawności wykonanych przez niego obliczeń fotometrycznych, a tym samym weryfikacji sposobu realizacji świadczenia, w odniesieniu do postawionych przez Zamawiającego wymagań.

Wobec powyższego brak w ofercie wskazanych wyżej elementów obligatoryjnych, stanowi przesłankę do odrzucenia oferty, jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy przy tym wskazać, że brakujące, obligatoryjne elementy oferty nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem stanowią ofertę. Brakujące elementy zawierają dane techniczne świadczenia wykonawcy, a zatem stanowią treść oferty i określają sposób wykonania zamówienia przez oferenta. Ich brak powoduje niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której nie można usunąć po terminie złożenia ofert. Takie stanowisko jest zgodne z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażoną np. w wyroku z dnia 7 czerwca 2021 r., sygn. KIO 1249/21, wyroku z dnia 19 kwietnia 2021 r., sygn. KIO 788/21.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie jest zasadne i wnoszę o jego uwzględnienie w całości.

Małgorzata Łyjak
radca prawny

W załączeniu:

- 1) pełnomocnictwo,
- 2) dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
- 3) odpis KRS Odwołującego,
- 4) dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- 5) dowód przekazania Zamawiającemu kopii odwołania,
- 6) korespondencja e-mail pomiędzy odwołującym i Zamawiającym,
- 7) wydruk z obliczeń fotometrycznych z oferty LUG Services,
- 8) Tabela do obliczeń fotometrycznych LUG Services.