

Sygn. akt: KIO 2181/15

WYROK

z dnia 23 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 października 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Mado" A. M., Zesti Fos Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. Leśna 3, 08-330 Kosów Lacki** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Rozwoju Miasta Siedlce Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 6, 08-110 Siedlce**

przy udziale wykonawcy **Ada-Light Sp. z o.o. Budy Kozickie 56, 09-500 Gostynin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Mado" A. M., Zesti Fos Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. Leśna 3, 08-330 Kosów Lacki** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Mado" A. M., Zesti Fos Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. Leśna 3, 08-330 Kosów Lacki**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe "Mado" A. M., Zesti Fos Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera konsorcjum ul. Leśna 3, 08-330 Kosów Lacki, na rzecz Agencji Rozwoju Miasta Siedlce Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 6, 08-110 Siedlce, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Siedlcach.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Agencja Rozwoju Miasta Siedlce Sp. z o.o., prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa oświetlenia płyty głównej boiska na terenie Regionalnego Ośrodka Sportu, Rekreacji, Rehabilitacji i Turystyki w Siedlcach przy ulicy Jana Pawła II 6. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 września 2015 roku, pod poz. 234926 - 2015.

W dniu 9 października 2015 roku, Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. M., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Mado" A. M. oraz Zesti Fos Sp. z o.o., wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucił naruszenie przepisów art. 7 ust.1, art. 26 ust. 3 art. 89 ust. pkt 2 oraz art. 24 ust.2 pkt.4. ustawy Pzp przez niezgodną z zasadami czynność wykluczenia konsorcjum Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty i niezgodny z zasadami określonymi w ustawie wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia konsorcjum Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej oceny ofert oraz wybór oferty konsorcjum Odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że zaoferowane przez niego rozwiązanie oprawy Diano Forum 1156 nie są równoważne do rozwiązań przywołanych w dokumentacji projektowej i nie spełniają wymagani co do źródła strumienia świetlnego min. 230 000 l. Zarzut ten jest nieprawdziwy, gdyż zdaniem Odwołującego, przywołane oprawy wg specyfikacji producenta oraz wg. doświadczeń empirycznych związanych z wielokrotnym montażem w ramach realizacji innych zadań, przystosowane są do wyposażenia je w źródła światła metalohalogenkowe o mocy 2000W wyposażone w trzonek K12s-36 z przyłączami kablowymi. Obecnie na rynku UE jak i poza nim operuje kilku producentów źródeł światła posiadających w swojej ofercie przywołane typy źródeł, które charakteryzują się strumieniem świetlnym o wartości 230 000 lm (np. firma OSRAM - lampa HQI-TS 2000W/D S/HF, firma Radium HRI-TS 2000W/D/S/HF/400/K12S).

Odwołujący zauważył także, że z treści art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentu lub pochodzenia jest dopuszczalne tylko wówczas gdy niemożliwe będzie opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a zamawiający wskazując w

opisie przedmiotu zamówienia znak towarowy, patent lub pochodzenie wskaże opis rozwiązania równoważnego opisanemu („a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”). „Oferta równoważna” (oferta zawierająca rozwiązania równoważne opisywanym) to oferta, która przedstawia przedmiot zamówienia o cechach technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych odpowiadających cechom technicznym, jakościowym lub funkcjonalnym wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Wykonawca może zatem złożyć ofertę z rozwiązaniem równoważnym, która przedstawia przedmiot zamówienia o cechach odpowiadających cechom lub lepszych od cech wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym (np. może oferować wykonanie robot budowlanych z zastosowaniem materiałów o parametrach lepszych niż wskazane przez zamawiającego w opisie rozwiązania równoważnego). Podkreślił, że w siwz zabrakło precyzyjnego określenia wymagań w odniesieniu do dopuszczanego przez zamawiającego zakresu równoważności. Odpowiedni stopień doprecyzowania wymagań w opisie rozwiązania równoważnego umożliwia precyzyjną ocenę spełnienia warunku równoważności, tym samym umożliwia zamawiającemu bezstronna ocenę złożonych ofert. Niezbędne jest, aby taki opis był sporządzony w sposób jasny, zrozumiały i zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty. W przypadku opisanego przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaku towarowego, patentu lub pochodzenia oraz wskazania, że dopuszczone są oferty z rozwiązaniami równoważnymi, przy jednoczesnym braku wskazania precyzyjnych wymagań dotyczących rozwiązań równoważnych opisywanym (np. cech technicznych, jakościowych lub funkcjonalnych), zamawiający nie ma podstawy do skutecznego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na ich niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Tylko przy wskazaniu opisu rozwiązania równoważnego będzie możliwe stwierdzenie, że złożona oferta zawiera rozwiązania równoważne i podjęcie przez zamawiającego decyzji o uznaniu oferty za ważną albo jej odrzuceniu. Na poparcie tego twierdzenia, Odwołujący przytoczył fragmenty orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej.

Podkreślił, że złożył oświadczenie o tym, że będzie stosował rozwiązania równoważne spełniające wszelkie wymogi zawarte w SIWZ, zaś chcąc udowodnić prawdziwość swojego oświadczenia dotyczącego rozwiązań równoważnych załączył do wyjaśniania wykaz materiałów równoważnych wraz z podstawowymi parametrami.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że Zesti Fos Sp. z o.o. – członek konsorcjum Odwołującego, był podwykonawcą zadania pn. „Projekt i budowa oświetlenia projektorowego płyty stadionu GKS Olimpia Grudziądz” na realizację którego umowę z Urzędem Miasta Grudziądz podpisał Energo - Inwest J. M. .

Zauważył, że prawnie generalny wykonawca nie ma obowiązku wykazywania podwykonawcy w zamówieniach o roboty budowlane. Jeżeli tego nie zrobi podwykonawca ponosi jedynie ryzyko, iż w przypadku nie otrzymania zapłaty od generalnego wykonawcy nie będzie się mógł ubiegać o wypłatę należnej mu sumy od zamawiającego. Dlatego też fakt, iż Zamawiający Urząd Miasta Grudziądz nie posiadał informacji na temat realizacji przedmiotowego zamówienia nie może stanowić dowodu potwierdzającego tezę, że Zesti Fos Sp. z o.o. nie realizował przedmiotowego zadania. Zauważył także, iż Zamawiający żądając wyjaśnień od inwestora naruszył obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych. Zgodnie bowiem z treścią rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane §1 ust.5 zamawiający może zwrócić się do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. W tej sprawie roboty budowlane zostały wykonane na rzecz Energo – Inwest J. M., który był płatnikiem dla spółki Zesti Fos Sp. z o.o. a nie Urząd Miasta Grudziądz. Na wypadek, gdyby Zamawiający nie uznał tych argumentów Odwołujący złożył oświadczenie o udostępnieniu potencjału w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp złożone przez Energo – Inwest J. M. wraz z dokumentami podmiotu udostępniającego potencjał. Niezrozumiałą jest dla Odwołującego teza, że w ten sposób Odwołujący przedłożył dwa sprzeczne oświadczenia w zakresie legitymowania się wymaganą przez Zamawiającego wiedzą i doświadczeniem. Faktycznie mowa jest o tym samym zadaniu wykonanym dla Miasta Grudziądz tyle tylko, że potwierdzenie potencjału zostało wskazane w dwojaki sposób: raz poprzez referencje wystawioną na rzecz Zesti Fos Sp. z o.o. działającego jako podwykonawca, drugi raz przez skorzystanie z potencjału innego podmiotu w sposób dopuszczony przez ustawę Pzp w trybie art.26 ust.2b.

Zamawiający naruszył także przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem pozbawił Odwołującego podstawowego prawa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie wykonawcy. Wykaz wykonanych robót wraz z dokumentami potwierdzającymi, iż roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone jest dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp i w sytuacji, gdy Zamawiający stwierdza, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu zobowiązany jest wezwać wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku.

Odwołujący stwierdził, że wskazane czynności w sposób oczywisty naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W rozdziale 5.1.1 b siwz, zamawiający wskazał, że uzna warunek posiadania wiedzy i doświadczenia za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną inwestycję polegającą na wykonaniu oświetlenia boiska do piłki nożnej zamontowanego na wolnostojących podporach - masztach/słupach o średnim natężeniu oświetlenia pionowego min. 1600lx.

Celem potwierdzenia powyższego wymiana Odwołujący załączył do oferty wykaz zrealizowanych robót, w którym ujął zadanie pn. Projekt i budowa oświetlenia projektorowego płyty stadionu GKS Olimpia Grudziądz, zrealizowane na rzecz Energo - Inwest J. M. o wartości 1 406 844,62 zł.

Do oferty załączono także poświadczenie z dnia 22 września 2015 roku, w treści którego Energo- Inwest J. M. poświadczył, że firma Zesti Fos Sp. z o.o. w okresie od marca do lipca 2015 roku wykonywała na rzecz Energo - Inwest J. M. usługę projektu i budowy oświetlenia projektorowego płyty stadionu GKS Olimpia Grudziądz.

W ramach kontraktu wykonany został projekt fotometryczny i budowlany, wykonane zostały fundamenty studniowe masztów, ustawione maszty wraz z oprawami oraz wykonanie prace elektroinstalacyjne służące zasileniu obiektów.

W dniu 25 września 2015 roku Zamawiający zwrócił się do Urzędu Miejskiego w Grudziądzu o udzielenie informacji jaka firma była wykonawcą oświetlenia płyty stadionu GKS Olimpia Grudziądz, czy roboty zostały wykonane solidnie i zgodnie z terminem oraz czy była zgłoszona jako podwykonawca firma Zesti Fos Sp. z o.o. i czy brała udział w realizacji przedmiotowego zamówienia. W odpowiedzi, udzielonej dnia 28 września 2015 roku, wskazano, że wykonawcą zamówienia był J. M. prowadzący działalność p.n. Energo- Inwest J. M., zamówienie zostało wykonane solidnie i zgodnie z terminem, firma Zesti Fos Sp. z o.o. nie była zgłoszona zamawiającemu jako podwykonawca i jej ewentualny udział w realizacji zamówienia nie jest wiadomy.

W dniu 29 września 2015 roku Zamawiający, działając w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentu „wykaz wykonanych robót budowlanych”, wskazując, że „wątpliwości Zamawiającego wzbudza dowód należytego wykonania ww. zadania w postaci Poświadczenia, z uwagi na fakt powiązania spółek Zesti Fos Sp. z o.o. i Energo - Inwest sobą J. M. - będącego jednocześnie właścicielem firmy Energo - Inwest oraz wiceprezesem i udziałowcem firmy Zesti - Fos sp. z o.o.”. Zamawiający wskazał, że zwrócił się do Urzędu Miasta Grudziądz, który nie potwierdził zgłoszenia firmy

Zesti-Fos sp. z o.o. jako podwykonawcy a jej ewentualny udział w realizacji nie jest mu wiadomy.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący w dniu 1 października 2015 roku, podniósł, że prawnie generalny wykonawca nie ma obowiązku wykazywania podwykonawcy w zamówieniach o roboty budowlane. Jeżeli tego nie zrobi podwykonawca ponosi jedynie ryzyko, iż w przypadku nie otrzymania zapłaty od generalnego wykonawcy nie będzie mógł ubiegać się o wypłatę należnej mu sumy od zamawiającego. Dlatego też fakt, że Zamawiający Urząd Miejski Grudziądz nie posiada informacji na temat realizacji przedmiotowego zamówienia nie może stanowić dowodu potwierdzającego tezę, że Zesti Fos Sp. z o.o. nie zrealizował przedmiotowego zadania. Na wypadek, gdyby Zamawiający nie uznał tej argumentacji, Odwołujący przedłożył do pisma oświadczenie o udostępnieniu potencjału w trybie art. 26 ust. 2 b złożone przez Energo - Inwest J. M. wraz z dokumentami dotyczącymi podmiotu udostępniającego potencjał.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zastosowania rozwiązań równoważnych, Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest budowa oświetlenia płyty głównej boiska na terenie Regionalnego Ośrodka Sportu, Rekreacji, Rehabilitacji i Turystyki w Siedlcach przy ul. Jana Pawła II 6. Zamawiający podał, że zamówienie należy wykonać zgodnie z dokumentacją techniczną, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, stanowiącym załącznik nr 9 oraz dwiema decyzjami o pozwoleniu na budowę Nr403/2009 z dnia 14.10.2009 i nr 485/2009 z dnia 28.12.2009, stanowiącymi załączniki nr 10 i 11. W przypadku wystąpienia w dokumentacji projektowej lub w załącznikach do SIWZ konkretnych marek urządzeń lub producentów, Zamawiający na podstawie art. 29 ust. 3 ustawy dopuszcza możliwość składania oferty równoważnej tzn. dopuszcza ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji projektowej pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych i nie droższych w eksploatacji niż określone w tej dokumentacji. Wykonawca powołując się na rozwiązania równoważne zobowiązany jest wykazać, że spełniają one wymagania określone przez Zamawiającego.

W projekcie budowlano - wykonawczym Aktualizacja projektu oświetlenia płyty stadionu, w ppkt 4.2 wskazano, że podstawę techniczną opracowania stanowią: projekt budowlany. Budowa Regionalnego Ośrodka Sportu, Rekreacji, Rehabilitacji i Turystyki w Siedlcach – instalacje elektryczne, dokumentacja powykonawcza „Zasilenie elektroenergetyczne, punkt zdawczo- odbiorczy PZ-O stacja transformatorowa”, dokumentacja powykonawcza „Sieci zewnętrzne, oświetlenie boisk, oświetlenie terenu”, stadion – boisko główne, projekt budowlano- wykonawczy oświetlenia płyty stadionu – instalacje elektryczne, projekt oświetlenia stadionu wykonany przez firmę Philips, uzgodnienia techniczne z inwestorem,

wytyczne branżowe, normy i przepisy obowiązujące przy projektowaniu sieci elektroenergetycznych. W pkt 5.1 Charakterystyka obiektu podano m.in. instalacje elektryczne oświetlenia stadionu opracowano w oparciu o projekt oświetlenia stadionu w Siedlcach wykonany przez firmę Philips. Projekt oświetlenia spełnia wymagania PZPN dla rozgrywek piłkarskich Pierwszej Ligii. Dodatkowo parametry oświetlenia spełniają zalecenia UEFA dla transmisji telewizyjnych w standardzie HDTV. W pkt 5.5. Parametry oświetlenia, sterowanie oświetleniem podano szczegółowe parametry dla pięciu poziomów sterowania oświetleniem: trening, zawody bez TV, awaryjna transmisja, zawody z transmisją TV, zawody z transmisją HDTV.

W projekcie oświetlenia stadionu w Siedlcach wykonanego przez firmę Philips ujęto wyniki obliczeń dla każdej z sekcji, zaś w poz. 4 Informacje o oprawie podano parametry m.in.: strumień źródła 226 000lm. Na stronie tytułowej zamieszczono informację „cztery oprawy Antypanic są podłączone do sekcji awaryjnej i świecą w każdej z klas rozgrywkowych”. Na stronie 6/45 w pkt 2.4 Oprawy zamieszono informację o ilości opraw w poszczególnych sekcjach , w przypadku opraw Antypanic (oznaczonych literą G) w pozycji trening , mecz bez TV oraz CTV 1600 podano 0.

W specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót Aktualizacja projektu oświetlenia płyty stadionu w pkt. 2.6 Oprawy oświetleniowe podano m.in. Oprawy oświetleniowe wykonane w I klasie izolacji powinny być wyposażone w zaciski PE i przystosowane do układu sieciowego TN-S. Przewody ochronne powinny być oznaczone kombinacją barw żółtej i zielonej, Oprawy powinny być dostosowane do warunków środowiskowych, w których zostaną zamontowane, tj. temperatury otoczenia oraz posiadać odpowiednie zabezpieczenia przed: przedostaniem się ciał stałych, pyłu i wilgoci, zapaleniem, uderzeniem. Oprawy powinny być wyposażone w osprzęt dostosowany do źródła światła. Obudowy opraw – odlew aluminiowy malowany proszkowo, stopień ochrony min. IP65, stopień odporności na uderzenie min. IK07. Źródło światła – moc 2000W, metalohalogen, współczynnik oddawania barw Ra>80.

Z treści złożonej przez Odwołującego oferty, że zamierzał on zastosować rozwiązania równoważne w stosunku do opisanych w dokumentacji projektowej w zakresie opraw projektorów i masztów, Odwołujący zaproponował oprawy marki Disano Iluuminazione Forum 1156.

W dniu 29 września 2015 roku, Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień i dostarczenia stosownych dowodów wskazując, że w ofercie brak jest jakichkolwiek informacji na temat tych materiałów, które wykonawca zamierza użyć jako równoważne do przywołanych w dokumentacji projektowej - w zakresie masztów i projektorów. Zamawiający wskazał, że jako dowody zastosowania materiałów równoważnych opisanym w SIWZ, powinny służyć:

1. karty katalogowe, DTR lub inne dokumenty zawierające parametry techniczne urządzeń zamiennych (dotyczy to zarówno opraw, jak i osprzętu),
2. obliczenia natężenia oświetlenia potwierdzające spełnianie założeń przyjętych w projekcie pierwotnym uwzględniających istniejącą zabudowę, zwłaszcza trybunę zachodnią stadionu,
3. rysunki zawierające rozmieszczenie opraw na masztach z dokładną lokalizacją opraw (odstęp w pionie i w poziomie),
4. sprawdzenie obliczeń momentu działającego na fundament, wskazujących, że zamienne oprawy nie wymagają zmiany konstrukcji słupów lub fundamentów lub
5. projekt konstrukcji zmiennych elementów spełniających założenia wyjściowe do projektu pierwotnego.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, do pisma z dnia 1 października 2015 roku Odwołujący załączył wykaz materiałów równoważnych wraz z podstawowymi parametrami oraz dokumenty, wymagane przez Zamawiającego w piśmie. W zakresie zaproponowanych opraw równoważnych załączył kartę katalogową projektorów sportowych Forum 1156, z logo Disano Illuminazione oraz Biura Techniczno-Handlowego Techno Light z Częstochowy (u dołu strony), gdzie wskazano w pozycji Lampy - 2000W, 230 000 lm, Ra90.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba zważyła co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący, jako podmiot który został wykluczony z udziału w postępowaniu, niewątpliwie legitymuje się interesem we wniesieniu odwołania a na skutek działań zamawiającego może ponieść szkodę w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 polegający na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie warunku wymaganej wiedzy i doświadczenia. Uwzględnienie jednak tego zarzutu w świetle nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie może powodować uwzględnienia odwołania, co wynika z przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Stwierdzone naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp pozostaje bowiem bez wpływu na wynik postępowania, z uwagi na to, że w ocenie Izby zasadnym było działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu braku wykazania równoważności zaoferowanego rozwiązania.

Odnosnie naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że wykazane w ofercie zadanie polegające na wykonaniu przez jednego z członków konsorcjum – Zesti Fos sp. z o.o. prac dotyczących projektu i budowy oświetlenia projektorowego płyty stadionu GKS Olimpia Grudziądz potwierdza spełnienie wymagań opisanych w pkt 5.1.1 b siwz. Izba wskazuje, że zgodnie z klasycznym rozkładem ciężaru dowodu, wynikającym z art. 6 k.c. obowiązek wykazania, że Zesti Fos sp. z o.o. nie realizowała tego zadania i w związku z tym nie może wykazywać się doświadczeniem w jego realizacji, spoczywa na Zamawiającym. Tymczasem Zamawiający nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów, które mogłyby skutecznie podważyć prawdziwość złożonego w treści referencji z dnia 22 września 2015 roku oświadczenia Energo - Inwest J. M., że firma Zesti Fos Sp. z o.o. w okresie od marca do lipca 2015 roku wykonywała na jego rzecz usługę projektu i budowy oświetlenia projektorowego płyty stadionu GKS Olimpia Grudziądz. Okoliczność, wynikająca z korespondencji prowadzonej z UM w Grudziądzu, że „firma Zesti Fos Sp. z o.o. nie była zgłoszona jako podwykonawca i jej ewentualny udział w realizacji zamówienia nie jest nam wiadomy”, nie stanowi jednoznacznego potwierdzenia, że Zesti Fos Sp z o.o. faktycznie nie wykonywał tego zadania jako podwykonawca i nie podważa wiarygodności udzielonych przez Energo - Inwest J. M. referencji. Zgodzić się należy także z odwołującym, że brak zgłoszenia zamawiającemu realizacji prac przez podwykonawcę pociąga za sobą jedynie ryzyko po stronie podwykonawcy, że w sytuacji braku zapłaty przez generalnego wykonawcę nie będzie on mógł domagać się zapłaty bezpośrednio u zamawiającego. Taki też jest skutek naruszenia art.143 b ustawy Pzp, wskazanego w toku rozprawy przez Przystępującego. Dowodem na brak realizacji w charakterze podwykonawcy robót nie może być także pierwsza strona projektu, gdzie wskazano na Energo - Inwest J. M. czy wzór umowy załączony do siwz w postępowaniu na wykonanie projektu i budowy oświetlenia projektorowego płyty stadionu GKS Grudziądz, w którym przewidziano kary umowne za brak zgłoszenia udziału podwykonawców. Dokumenty te nie zaprzeczają twierdzeniu, że Zesti Fos Sp z o.o. świadczył prace na rzecz Energo - Inwest J. M. .

Prawdziwość złożonego przez odwołującego oświadczenia co do realizacji prac polegających na wykonaniu oświetlenia boiska piłkarskiego GKS Olimpia Grudziądz przez Zesti Fos sp. z o.o. potwierdzają dodatkowo złożone przez odwołującego jako dowód w sprawie: umowa z dnia 26 stycznia 2015 roku zawarta pomiędzy Zesti Fos Sp. z o.o. a Energo - Inwest J. M., wystawione faktury oraz wyciąg historii operacji firmy Zesti Fos Sp. z o.o. Z dowodów tych wynika, że Zesti Fos Sp. z o.o. zawarła umowę, której przedmiotem były prace polegające na wykonaniu oświetlenia boiska piłkarskiego GKS Olimpia, wystawiła faktury za zrealizowane na rzecz Energo - Inwest J. M. prace związane z budową oświetlenia stadionu w Grudziądzu a faktury te zostały zapłacone.

Rację ma także odwołujący, że adresatem ewentualnego zapytania zamawiającego dotyczącego realizacji zadania pn. projekt i budowa oświetlenia projektorowego płyty stadionu w Grudziądzu, zgodnie z literalnym brzmieniem § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. 2013, poz. 231), może być „właściwy podmiot, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały być wykonane (..)” winien być wystawca referencji - Energo Inwest J. M. - podmiot na rzecz, którego roboty zostały wykonane a nie Miasto Grudziądz – inwestor.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby odwołujący, na którym zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp spoczywał obowiązek wykazania, że zaoferowane przez niego rozwiązanie jest rozwiązaniem równoważnym i spełnia wymagania określone przez zamawiającego, nie wykazał w sposób dostateczny wszystkich parametrów równoważności.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że zamawiający nie podał w dokumentacji minimalnych parametrów równoważności i nie zawarł opisu rozwiązań równoważnych. Istotnie w projekcie wskazano na markę opraw Philips, jednak zarówno w opisie w pkt 2.6 STWiOR oraz pkt 5.1 i 5.5. projektu budowlano - wykonawczego, jak również w projekcie fotometrycznym podano istotne dla zamawiającego parametry techniczne, którymi mają cechować się zaproponowane rozwiązania. Niespornym jest, że parametr dotyczący strumienia światła 226 tys. lm. był parametrem wymaganym. Okoliczność tę odwołujący potwierdził w toku rozprawy.

Izba, oceniając spełnienie tego wymagania oparła się na dowodach złożonych w toku postępowania o zamówienie publiczne oraz w toku rozprawy. Podnieść należy, że odwołujący na którym spoczywał ciężar udowodnienia równoważności produktów, nie przedstawił zarówno w wyniku wyjaśnień jak i w toku rozprawy żadnego wiarygodnego dowodu, choćby w postaci oświadczenia dystrybutora opraw, który potwierdziłby możliwość pracy opraw Disano Forum 1156 ze źródłem światła o strumieniu świetlnym 230 tys. lm. Załączony do udzielonych w dniu 1 października 2015 roku wyjaśnień dokument - karta katalogowa opatrzona logo producenta Disano Illuminazione oraz nazwą dystrybutora Biuro Techniczno - Handlowe Technolight z Częstochowy, gdzie wskazano na możliwość osiągnięcia parametru 230 tys. lm. jest w ocenie Izby mało wiarygodna. Przede wszystkim nie wiadomo jakie jest źródło pochodzenia tego dokumentu – wątpliwym jest czy jest to rzeczywiście karta katalogowa, jak twierdził w toku rozprawy odwołujący. Dokument ten jest kserokopią podpisaną za zgodność z oryginałem przez samego odwołującego, nie przedstawiono choćby oryginału tej karty. Z kolei złożony w toku rozprawy jako dowód

dokument opatrzony logo Disano Polska oraz nazwą dystrybutora Biuro Techniczno - Handlowe Techno Light nie jest, wbrew temu co twierdzi Odwołujący powszechnie dostępną kartą katalogową, świadczy o tym choćby fakt, że na dokumencie tym znajduje się data jego wystawienia – 23.09.2015 roku. Powszechnie dostępne karty katalogowe produktów nie są opatrzone datą ich wystawienia. Opatrzanie datą tego dokumentu może świadczyć o zamiarze złożenia stosownego oświadczenia w tym zakresie przez dystrybutora, jednakże dokument ten nie został podpisany przez osobę upoważnioną ze strony dystrybutora Biuro Techniczno- Handlowe Techno Light, co nie pozwala na przypisanie mu należnej mocy dowodowej i uznanie go za oświadczenie dystrybutora. Podsumowując, złożone przez odwołującego dokumenty, mające rzekomo potwierdzić spełnienie parametru równoważności i możliwość osiągnięcia parametru 230 tys. lm należy ocenić wyłącznie jako oświadczenia własne złożone przez odwołującego, które stoją w oczywistej sprzeczności z treścią choćby oświadczenia dystrybutora produktów Disano Profi- Light Sp. z o.o. z dnia 15 października 2015 roku, złożonego przez przystępującego oraz ogólnie dostępnymi kartami katalogowymi, z których wynika, że oprawa Disano Forum 1156, zaproponowana jako równoważna może pracować ze źródłem światła o max mocy 2000W i osiągnąć strumień światła max. 210 tys lm. Z treści oświadczenia dystrybutora Profi Light sp. z o.o. wynika, że projektor Disano Forum 1156 jest standardowym, znanym do wielu lat produktem firmy Disano, przeznaczonym do współpracy ze źródłami wyładowczymi, krótkołukowymi 2000W o nominalnym strumieniu 210000 lm, natomiast projektor 1186 Forum (High Performance) jest stosunkowo nową, obecną na rynku od 3 lat konstrukcją, zaprojektowaną i przeznaczoną do współpracy z nowymi rodzajami krótkołukowych, wyładowczych źródeł światła o podwyższonym strumieniu 230000lm – High Flux. Izba dała wiarę złożonemu oświadczeniu dystrybutora oraz przedłożonym przez zamawiającego i przystępującego kartom katalogowym.

Podsumowując, zdaniem Izby, odwołujący, chcąc skutecznie wykazać, że zaproponowane przez niego rozwiązanie spełnia parametry lepsze niż podawane w powszechnie dostępnych kartach katalogowych winien, zdaniem Izby, dołożyć należytej staranności w przeprowadzeniu tego typu dowodu i celem wykazania powyższego złożyć choćby oświadczenie producenta lub dystrybutora w tym zakresie.

Ponadto zasadnym jest zarzut, że odwołujący nie przedstawił w załączonych w wyniku udzielenia wyjaśnień, dokumentach obliczeń dla dwóch kamer zabramkowych oraz dwóch kamer offside. Obliczenia te były zawarte w projekcie załączonym do siwz a dodatkowo na konieczność ich przedstawienia, celem oceny zachowania równoważności rozwiązań, zamawiający wskazał wprost w piśmie z dnia 29 września 2015 roku, wzywającym wykonawcę do przedstawienia stosownych dowodów. Wbrew temu, odwołujący przedstawił obliczenia jedynie dla dwóch kamer głównych.

Zgodzić się należy także z twierdzeniem zamawiającego, że w przedstawionych przez odwołującego obliczeniach w sposób błędny uwzględniono w poszczególnych scenach świetlnych oprawy oświetlenia antypanicznego - podczas, gdy w obliczeniach fotometrycznych załączonych do projektu w scenach: trening, mecz bez TV, CTV 1600 wskazano 0, co oznacza, że oświetlenie antypaniczne jest włączane dopiero po zaniku napięcia podstawowego. Sformułowanie, na które powoływał się odwołujący, że „cztery oprawy Antypanic są podłączone do sekcji awaryjnej i świecą w każdej z klas rozgrywkowych”, jest jedynie ogólnym opisem zamieszczonym na stronie tytułowej obliczeń fotometrycznych, zaś szczegóły rozmieszczenia wraz z wymaganą ilością opraw dla poszczególnych sekcji zostały zawarte na stronie 6/45 obliczeń i winny być one uwzględnione w dokonanych przez odwołującego obliczeniach.

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w oparciu o złożoną do akt sprawy fakturę, ograniczając jego wysokość do kwoty 3 600 zł, zgodnie z § 3 ust. 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: