

Sygn. akt: KIO 806/16

WYROK
z dnia 25 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Krzysztof Wasilewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 maja 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. w Krośnie** oraz **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. w Dębicy**

w postępowaniu prowadzonym przez **miasto Rzeszów z siedzibą w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. w Krośnie** oraz **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. w Dębicy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. w Krośnie** oraz **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. w Dębicy** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – miasto Rzeszów z siedzibą w Rzeszowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. Uroczej wraz z budową publicznej drogi łączącej ul. Uroczą z ul. Zaciszną w Rzeszowie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 marca 2016 r., poz. 47968.

W dniu 11 maja 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. w Krośnie oraz Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A. w Dębicy, zwanych dalej „odwołującym”, o odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec czynności odrzucenia własnej oferty odwołujący wniósł w dniu 16 maja 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego i bezpodstawne stwierdzenie, że sterownik w sprawie odwołującego nie spełnia wymagań zamawiającego w zakresie funkcjonalności systemu sterowania,
- 2) art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających równoważność - w sytuacji, gdyby zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na tym, że oferta wybranego wykonawcy, którą zamawiający uznał za zgodną z treścią SIWZ oraz oferta odwołującego, w pełni zgodna z treścią SIWZ - zostały potraktowane w różny sposób,
- 4) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp przez zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem przepisów ustawy,
- 5) ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,

- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 3) dokonanie wyboru oferty odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający zawarł w dokumencie z dnia 03.03.2016 r. pt. „Zmiany do projektu rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. Uroczej wraz z budową publicznej drogi łączącej ul. Uroczą z ul. Zaciszną w Rzeszowie w ramach zadania inwestycyjnego pn. »Rozbudowa ul. Uroczej wraz z budową drogi łączącej ul. Uroczą z Zaciszną« w Rzeszowie” wymagania dotyczące zastosowania urządzeń oświetleniowych, tj. opraw oświetleniowych, sterowników, słupów a także opis platformy informatycznej do sterowania oświetleniem. Ponadto zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 12 z dnia 21.03.2016 r. wyjaśnił jaki założono system sterowania oświetleniem (platforma informatyczna otwarta, korzystająca z technologii API). Zdaniem odwołującego zmiany te wskazały spowodowały, że w opisie przedmiotu zamówienia określono jednoznacznie pochodzenie oprawy w postępowaniu - oprawa producenta Philips. Co do zasady tego typu praktyka jest jednoznacznie zabroniona przez przepis art. 29 ust. 3 Pzp, chyba, że zamawiający dopuści równoważność oraz określi sposób i parametry badania równoważności.

Odwołujący wskazał także, że zamawiający w SIWZ - w pkt 13.7 zawarł klauzulę powodującą dochowanie zgodności z art. 29 ust. 3 Pzp, w której określił, że *„W przypadkach, gdzie na rysunkach, w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w przedmiarach robót zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z wydanym zezwoleniem na realizację inwestycji drogowej, zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów, uwiarygodniających te materiały i urządzenia. Złożone wyżej wskazane dokumenty będą podlegały ocenie przez autora dokumentacji projektowej, który sporządzi stosowną opinię. Opinia ta będzie podstawą do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty z powodu „nierównoważności” zaproponowanych „zamienników”.*

Zdaniem odwołującego, zamawiający nie opisał w sposób techniczny spełnienia równoważności (nie wskazał szczegółowych parametrów technicznych, które ma spełnić rozwiązanie równoważne). Zamawiający - z uwzględnieniem przedmiotowej klauzuli - wskazał na pochodzenie systemu - producenta Philips. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu w której zaoferował oprawy oświetleniowe producenta Schreder sp. z o.o. -

równoważne w stosunku do opraw Philips. W załączniku nr 16 do oferty odwołujący zawarł dokumenty potwierdzające równoważność oferowanych przez siebie rozwiązań.

Zamawiający po dokonaniu czynności badania i oceny ofert pismem z dnia 11.05.2016 r., znak ZP.2311.29.2016.AP, poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Oferta odwołującego - pomimo, że w pełni odpowiadała treści SIWZ - została odrzucona przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako oferta o treści odmiennej niż żądana. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający wskazał, że zaproponowana przez odwołującego oprawa wyposażona jest w sterownik, który nie spełnia wymagań zamawiającego określonych w specyfikacjach technicznych w zakresie funkcjonalności systemu sterowania. Wedle zamawiającego zaproponowany sterownik nie ma możliwości realizowania następujących funkcjonalności umożliwiających:

- 1) bezpośrednią komunikację między punktem świetlnym a systemem sterowania zlokalizowanym w chmurze, co przekłada się na brak jakiegokolwiek dodatkowego osprzętu, który byłby konieczny do montażu w szafach oświetleniowych;
- 2) autolokalizację oprawy po zamontowaniu na słupie i automatycznym zalogowaniu w systemie,
- 3) autokonfigurację, co istotnie upraszcza i skraca proces uruchomienia, oraz umożliwia bezproblemową rozbudowę punktów w sieci,
- 4) bezpieczeństwo i niezawodność w tym maksymalne uniezależnienie od zakłóceń sygnału w infrastrukturze wielkomiejscowej (2-członowy system autentykacji, zabezpieczenie 128-bitowym szyfrowaniem SSL, bieżący support),
- 5) graficznej prezentacji pracy poszczególnych elementów systemu na mapie przestrzennej zgodnie z ich współrzędnymi geograficznymi pozyskanymi bezpośrednio ze sterowników w oprawach,
- 6) tworzenie struktury sterowania opartej na strukturze drzewa,
- 7) grupowanie punktów świetlnych,
- 8) automatycznego dostosowywania się wyświetlanego obszaru mapy do wyboru miejsca w nawigacji,
- 9) system jest otwarty gwarantujący możliwość interakcji z 3-cią stroną,
- 10) wysyłanie informacji mailem o zmianach w systemie na wskazane adresy e-mail użytkowników,
- 11) kontrolowanie automatycznych akcji poszczególnych elementów jak i całego systemu,
- 12) kontrolę kanałów komunikacji poszczególnych elementów systemu oraz zarządzanie alarmami.

Zamawiający wskazał, że zaproponowany przez odwołującego sterownik nie będzie pracował w systemie, określonym przez zamawiającego, a szczegółowo opisanym w dokumentacji przetargowej.

Odwołujący podniósł, że jego oferta jest zgodna z SIWZ i została oparta o produkt równoważny w stosunku do produktu, którego pochodzenie opisano w wyniku zmiany SIWZ (produktu Philips). Sporządzając dokumentację przetargową zamawiający zastosował art. 29 ust. 3 Pzp i dopuścił zastosowanie rozwiązań równoważnych. Wskazuje na to postanowienie pkt 13.7 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia: „W przypadkach, gdzie na rysunkach, w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w przedmiarach robót zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust 1-3 ustawy, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z wydanym zezwoleniem na realizację inwestycji drogowej, zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów, uwiarygodniających te materiały i urządzenia”.

Odwołujący oparł swoją ofertę o powyższe postanowienie SIWZ i zaoferował oprawy oświetleniowe, system sterowania oraz informatyczną platformę inteligentnego zarządzania oświetleniem w oparciu o produkty firmy Schreder sp. z o.o.:

- TECE01-005634;
- TECE01-00-NW007BE-5098AS-GL01-V03;
- D19S3-C000-C100-U4-A2-0L;
- TECE01 NW40 LED 500mA;
- 5098AS 230V CLII LUCO.

Odwołujący argumentował, że zamawiający opisem zawartym w dokumencie z dnia 3.03.2016r. będącym załącznikiem zmieniającym projekt w opisie „Istotnych parametrów platformy” opisał sposób realizacji funkcji, a nie funkcje jakie ma realizować system. Np. w pkt 1 Zamawiający napisał: „...do wymiany danych wykorzystuje programowane interfejsy w technologii API”. Oczywiście jest, że każdy producent do wymiany danych może używać innego protokołu (często są to dane zastrzeżone) co w efekcie nie wpływa na funkcjonalność systemu jak również na jego funkcje. Działanie powyższe miało na celu ograniczyć wykonawców do jednego systemu - firmy Philips. Nadmienić również należy, że funkcje oczekiwane przez zamawiającego zostały opisane w podsumowaniu dokumentu z 3.03.2016r. - a te spełnia w 100% system zaoferowany przez odwołującego:

1. Warstwa sprzętowa składa się ze sterowników realizujących niezbędne funkcje :

Oprawy oświetleniowe mają być wyposażone w sterowniki pozwalające na bezpośrednią, dwustronną komunikację z platformą informatyczną służącą do zarządzania oświetleniem, (system odwołującego to zapewnia i nie jest istotne, jakich protokołów używa).

2. Zastosowane w każdej oprawie sterowniki pozwalają na :

- załączanie i wyłączanie oprawy,
- stawianie poziomu i czasu redukcji strumienia świetlnego,
- monitorowanie parametrów elektrycznych oprawy,
- pomiar energii zużywanej przez oprawę,
- pracę autonomiczną z zachowaniem synchronizacji czasu GPS w przypadku utraty kontaktu z platformą informatyczną.

Odwołujący wywodził, że zgodnie z przepisami art. 29 ust. 3, art. 30 ust. 5 ustawy Pzp oraz obowiązkiem sformułowanym w pkt 13.7 SIWZ odwołujący do oferty załączył karty katalogowe oferowanych urządzeń zawierające specyfikacje techniczne. Bezprzewodowym systemem sterowania oprawami oświetleniowymi zarządzać mają sterowniki systemu sterowania oświetleniem OWLET. Od strony sprzętowej na system składają się: jednostka centralna, sterowniki lokalne oraz sterowniki segmentowe. Funkcjonalność sterownika opraw oświetleniowych należy rozpatrywać z uwzględnieniem możliwości technicznych wszystkich sterowników składających się na system sterowania oświetleniem. Z kart katalogowych wynika, iż technicznie oferowane wraz z oprawami oświetleniowymi sterowniki stanowią równoważne rozwiązanie do wymaganych przez zamawiającego - wynika to z kart „System sterowania oświetleniem OWLET”; „Bezprzewodowy system sterowania OWLET - sterownik lokalny Lu Co Nx 1-10V/DAL1” oraz „Bezprzewodowy system sterowania OWLET - sterownik segmentowy SeCo”.

Odwołujący wskazywał, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego co do funkcjonalności sterowników opraw oświetleniowych firmy Schreder sp. z o.o., sterownik ten w rzeczywistości zapewnia:

1. bezpośrednią komunikację między punktem świetlnym a systemem sterowania zlokalizowanym w chmurze, co przekłada się na brak jakiegokolwiek dodatkowego osprzętu, który byłby konieczny do montażu w szafach oświetleniowych:

Odwołujący wywiódł, że ten element jest charakterystyczny wyłącznie dla systemów Philips. Wskazuje na pochodzenie od tego producenta. W tym zakresie zostało zaoferowane rozwiązanie równoważne, które również pozwala na dwukierunkową wymianę informacji pomiędzy platformą zarządzania a poszczególnymi oprawami. Zamawiający nie określił technicznego poziomu spełnienia równoważności. Zamawiający

otrzymał w ofercie odwołującego dokumenty dotyczące równoważności a ponadto mógł wezwać wykonawcę do wyjaśnień, czego nie uczynił.

2. *autolokalizację oprawy po zamontowaniu na słupie i automatycznym zalogowaniu w systemie:*

Odwołujący wywiódł, że ten element jest charakterystyczny wyłącznie dla systemów Philips. Wskazuje na pochodzenie od tego producenta. W tym zakresie zostało zaoferowane rozwiązanie równoważne, system zaoferowany przez Odwołującego powoduje ten sam skutek - pokazuje lokalizację oprawy dla operatora systemu automatycznie po skonfigurowaniu systemu. Zamawiający nie określił technicznego poziomu spełnienia równoważności. Zamawiający miał w ofercie odwołującego dokumenty dotyczące równoważności a ponadto mógł wezwać wykonawcę do wyjaśnień, czego nie uczynił.

3. *autokonfigurację, co istotnie upraszcza i skraca proces uruchomienia, oraz umożliwia bezproblemową rozbudowę punktów w sieci:*

Odwołujący wywiódł, że ten element jest spełniony przez system oferowany przez odwołującego. Odwołujący nie ma wiedzy dlaczego zamawiający uznał inaczej. Zamawiający miał w ofercie dokumenty dotyczące oferty odwołującego a ponadto mógł wezwać do wyjaśnień, czego nie uczynił. Jeśli zamawiający wprowadził ten element jako wyłączny element dotyczący systemów Philips (pojęcie autokonfiguracji uznał za wyłączną cechę systemu Philips) - zamawiający nie określił technicznego poziomu spełnienia równoważności. Zamawiający miał w ofercie odwołującego dokumenty dotyczące równoważności a ponadto mógł wezwać wykonawcę do wyjaśnień, czego nie uczynił.

4. *bezpieczeństwo i niezawodność w tym maksymalne uniezależnienie od zakłóceń sygnału w infrastrukturze wielkomiejskiej (2-członowy system autentykacji, zabezpieczenie 128-bitowym szyfrowaniem SSL, bieżący support):*

Odwołujący wywiódł, że bezpieczeństwo i niezawodność w tym maksymalne uniezależnienie od zakłóceń sygnału w infrastrukturze wielkomiejskiej charakteryzuje system zaoferowany przez Odwołującego. Natomiast szczegółowe rozwiązanie techniczne firmy Philips (2 członowy system autentykacji, zabezpieczenie 128 bitowym szyfrowaniem SSL, bieżący support) - zostało spełnione przez rozwiązanie równoważne. Zamawiający nie określił technicznego poziomu spełnienia równoważności. Zamawiający miał w ofercie odwołującego dokumenty dotyczące równoważności a ponadto mógł wezwać wykonawcę do wyjaśnień, czego nie uczynił.

5. *graficznej prezentacji pracy poszczególnych elementów systemu na mapie przestrzennej zgodnie z ich współrzędnymi geograficznymi pozyskanymi bezpośrednio ze sterowników w oprawach:*

Odwołujący argumentował, że ten element w dosłownym brzmieniu - jest charakterystyczny wyłącznie dla systemów Philips. W tym zakresie zostało zaoferowane rozwiązanie równoważne, jest graficzna prezentacja pracy poszczególnych elementów systemu na mapie przestrzennej zgodnie z ich współrzędnymi geograficznymi, pozyskanymi w trakcie konfiguracji systemu. Zamawiający nie określił technicznego poziomu spełnienia równoważności. Zamawiający miał w ofercie dokumenty dotyczące równoważności a ponadto mógł wezwać wykonawcę do wyjaśnień, czego nie uczynił.

6. *tworzenie struktury sterowania opartej na strukturze drzewa:*

Odwołujący argumentował, że ten element jest spełniony przez system oferowany przez odwołującego. Odwołujący nie ma wiedzy dlaczego zamawiający uznał inaczej. Zamawiający miał w ofercie dokumenty dotyczące oferty odwołującego a ponadto mógł wezwać do wyjaśnień, czego nie uczynił. Jeśli zamawiający wprowadził ten element jako wyłączny element dotyczący systemów Philips (np. pojęcie „struktury drzewa” jako wyłącznie element Philips) - zamawiający nie określił technicznego poziomu spełnienia równoważności. Zamawiający miał w ofercie odwołującego dokumenty dotyczące równoważności a ponadto mógł wezwać wykonawcę do wyjaśnień, czego nie uczynił.

7. *grupowanie punktów świetlnych:*

Odwołujący wywodził, że ten element jest spełniony przez system oferowany przez odwołującego. Odwołujący nie ma wiedzy dlaczego zamawiający uznał inaczej. Zamawiający miał w ofercie dokumenty dotyczące oferty odwołującego a ponadto mógł wezwać do wyjaśnień, czego nie uczynił.

Jeśli zamawiający wprowadził ten element jako wyłączny element dotyczący systemów Philips (np. pojęcie „grupowania punktów świetlnych” jako wyłącznie element Philips) - zamawiający nie określił technicznego poziomu spełnienia równoważności. Zamawiający miał w ofercie odwołującego dokumenty dotyczące równoważności a ponadto mógł wezwać wykonawcę do wyjaśnień, czego nie uczynił.

8. *automatycznego dostosowywania się wyświetlanego obszaru mapy do wyboru miejsca w nawigacji:*

Odwołujący podniósł, że funkcjonalność mapy została spełniona przez system oferowany przez odwołującego. Ten element („dostosowywania się”) - jest niezrozumiały (nie wiadomo o spełnienie czego w nim chodzi) i nie powoduje powstania parametru koniecznego do spełnienia. W przypadku gdyby jakaś wewnętrzna funkcja systemu Philips odpowiadała temu opisowi a zamawiający by ją przepisał, to należy podkreślić, że system zaoferowany przez odwołującego jest w tym przypadku równoważny. Jeśli zamawiający wprowadził ten element jako wyłączny element dotyczący systemów Philips (np. dostosowywanie się obszarów mapy jako wyłączny element Philips) - to zamawiający nie określił technicznego poziomu spełnienia równoważności. Zamawiający

miał w ofercie odwołującego dokumenty dotyczące równoważności a ponadto mógł wezwać wykonawcę do wyjaśnień, czego nie uczynił.

9. *system jest otwarty gwarantujący możliwość interakcji z 3-cią stroną:*

Odwołujący podniósł, że ten element nie był wymagany w SIWZ oraz w modyfikacji, nie wiadomo dlaczego zamawiający w chwili obecnej powołuje się na ten element - niezależnie od powyższego - ten element jest spełniony przez system oferowany przez odwołującego. Odwołujący nie ma wiedzy dlaczego zamawiający uznał inaczej. Zamawiający miał w ofercie dokumenty dotyczące oferty odwołującego a ponadto mógł wezwać do wyjaśnień, czego nie uczynił.

Jeśli zamawiający wprowadził ten element jako wyłączny element dotyczący systemów Philips (przepisał to z prospektu albo materiału Philips) - to zamawiający nie określił technicznego poziomu spełnienia równoważności. Zamawiający miał w ofercie odwołującego dokumenty dotyczące równoważności a ponadto mógł wezwać wykonawcę do wyjaśnień, czego nie uczynił.

10. *wysyłanie informacji mailem o zmianach w systemie na wskazane adresy e- mail użytkowników:*

Odwołujący argumentował, że ten element jest spełniony przez system oferowany przez odwołującego. Odwołujący nie ma wiedzy dlaczego zamawiający uznał inaczej. Zamawiający miał w ofercie dokumenty dotyczące oferty odwołującego a ponadto mógł wezwać do wyjaśnień, czego nie uczynił.

Jeśli zamawiający wprowadził ten element jako wyłączny element dotyczący systemów Philips (przepisał to z prospektu albo materiału Philips) - to zamawiający nie określił technicznego poziomu spełnienia równoważności. Zamawiający miał w ofercie odwołującego dokumenty dotyczące równoważności a ponadto mógł wezwać wykonawcę do wyjaśnień, czego nie uczynił.

11. *kontrolowanie automatycznych akcji poszczególnych elementów jak i całego systemu:*

Odwołujący wskazywał, że ten element jest spełniony przez system oferowany przez odwołującego. Odwołujący nie ma wiedzy dlaczego zamawiający uznał inaczej. Zamawiający miał w ofercie dokumenty dotyczące oferty odwołującego a ponadto mógł wezwać do wyjaśnień, czego nie uczynił. Jeśli zamawiający wprowadził ten element jako wyłączny element dotyczący systemów Philips (przepisał to z prospektu albo materiału Philips) - to zamawiający nie określił technicznego poziomu spełnienia równoważności. Zamawiający miał w ofercie odwołującego dokumenty dotyczące równoważności a ponadto mógł wezwać wykonawcę do wyjaśnień, czego nie uczynił.

12. *kontrolę kanałów komunikacji poszczególnych elementów systemu oraz zarządzanie alarmami*

Odwołujący wywodził, że ten element jest spełniony przez system oferowany przez odwołującego. Odwołujący nie ma wiedzy dlaczego zamawiający uznał inaczej. Zamawiający miał w ofercie dokumenty dotyczące oferty odwołującego a ponadto mógł wezwać do wyjaśnień, czego nie uczynił. Jeśli zamawiający wprowadził ten element jako wyłączny element dotyczący systemów Philips (przepisał to z prospektu albo materiału Philips) - to zamawiający nie określił technicznego poziomu spełnienia równoważności. Zamawiający miał w ofercie odwołującego dokumenty dotyczące równoważności a ponadto mógł wezwać wykonawcę do wyjaśnień, czego nie uczynił.

Odwołujący wskazywał również, że odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż przedstawił on rozwiązania równoważne oznacza że zamawiający wbrew obowiązкови weryfikacji równoważności, który sam na siebie nałożył, nie dokonał analizy równoważności proponowanych rozwiązań. Co znamienne w protokole postępowania prowadzonym przez zamawiającego brak jest wzmianki o opinii autora dokumentacji projektowej, o której mowa w pkt 13.7. SIWZ, ani samej opinii. Świadczy to jednoznacznie, iż zamawiający w rzeczywistości nie dokonał obiektywnej weryfikacji równoważności rozwiązania proponowanego przez odwołującego. Zamawiający nie prowadził protokołu postępowania, gdyż po otrzymaniu prośby o udostępnienie protokołu postępowania poinformował, że „jest on pisany”. Niemniej jednak - udostępnił załączniki do protokołu. Żadne dokumenty nie wskazywały, aby zamawiający zwracał się do projektanta w sprawie opinii dotyczącej równoważności.

Odwołujący argumentował, że zamawiający - w przypadku, gdy miał wątpliwości odnośnie spełnienia poszczególnych elementów - mógł wezwać do wyjaśnień, czego nie uczynił. Zamawiający nie zrobił tego i w błędny sposób bezpodstawnie przyjął niezgodność z SIWZ. Podkreślił, że określenie „może” o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp - w niniejszym przypadku oznaczało „powinien” gdyż zamawiający całkowicie bezpodstawnie i uznaniowo potraktował dokumenty z oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił także, że zamawiający rażąco naruszył w przedmiotowym postępowaniu zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zapewnienie poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest najważniejszym obowiązkiem zamawiającego. Zasada ta znajduje zastosowanie przez konieczność traktowania wykonawców zgodnie z zasadami przyjętymi w SIWZ oraz w ustawie Pzp. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu - zasada równego traktowania została w sposób ewidentny naruszona, bowiem oferta wybranego wykonawcy, którą zamawiający uznał za zgodną z treścią SIWZ oraz oferta odwołującego, w pełni zgodna z treścią SIWZ - zostały potraktowane w różny sposób.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, modyfikacje SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, zawiadomienie zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej z 11.05.2016 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron oraz zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia własnej oferty. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba oddaliła odwołanie gdyż stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. Uroczej wraz z budową publicznej drogi łączącej ul. Uroczą z ul. Zaciszną w Rzeszowie (pkt 3 SIWZ). Jednym z elementów przedmiotu zamówienia były słupy i oprawy oświetleniowe (rozdział II – opz). Zamawiający w stanowiącym część SIWZ dokumencie zatytułowanym *Zmiany do projektu rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. Uroczej wraz z budową publicznej drogi łączącej ul. Uroczą z ul. Zaciszną w Rzeszowie w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa ul. Uroczej wraz z budową drogi łączącej ul. Uroczą z Zaciszną” w Rzeszowie z 3 marca 2016 r. załączonym do SIWZ przesądził, że oprawy mają pracować w systemie inteligentnego zarządzania oświetleniem na platformie informatycznej otwartej korzystającej z technologii API. Istotne parametry platformy:*

1. *Otwartość systemu; do wymiany danych wykorzystuje programowane interfejsy w technologii API.*
2. *Bezpośrednia komunikacja pomiędzy punktem świetlnym a systemem sterowania zlokalizowanym w chmurze co przekłada się na brak jakiegokolwiek dodatkowego osprzętu który byłby konieczny do montażu w szafach oświetleniowych lub na słupach.*
3. *Auto-lokalizacja oprawy po zamontowaniu na słupie i automatycznym zalogowaniu w systemie.*
4. *Auto-konfiguracja co istotnie upraszcza i skraca proces uruchomienia, oraz umożliwia bezproblemową rozbudowę punktów w sieci.*
5. *Bezpieczeństwo i niezawodność w tym maksymalne uniezależnienie od zakłóceń sygnału w infrastrukturze wielkomiejskiej.*
6. *Graficzną prezentację pracy poszczególnych elementów systemu na mapie przestrzennej zgodnie z ich współrzędnymi geograficznymi pozyskanymi bezpośrednio ze sterowników w oprawach.*
7. *Tworzenie struktury sterowania opartej na strukturze drzewa.*
8. *Grupowanie punktów świetlnych.*

9. Automatyczne dostosowanie się wyświetlanego obszaru mapy do wyboru miejsca w nawigacji.
10. Zmianę języka interfejsu, z dostępnym językiem polskim.
11. Wysyłanie informacji mailem o zmianach zachodzących w systemie na wskazane adresy e-mail użytkowników
12. Kontrola zużycia energii.
13. Regulacja strumienia świetlnego.
14. Kontrolowanie automatycznych akcji poszczególnych elementów jak i całego systemu.
15. Kontrola kanałów komunikacji poszczególnych elementów systemu.
16. Zarządzanie alarmami.

Warstwa sprzętowa składa się ze sterowników realizujących niezbędne funkcje:

1. Oprawy oświetleniowe mają być wyposażone w sterowniki pozwalające na bezpośrednią, dwustronną komunikację z platformą informatyczną służącą do zarządzania oświetleniem.
2. Zastosowany w każdej oprawie sterownik pozwala na:
 - załączanie i wyłączanie oprawy,
 - ustawienie poziomu i czasu redukcji strumienia świetlnego,
 - monitorowanie parametrów elektrycznych oprawy,
 - wykrywanie i raportowanie uszkodzeń oprawy,
 - automatyczne określenie pozycji geograficznej oprawy,
 - pomiar energii zużywanej przez oprawę,
 - pracę autonomiczną z zachowaniem synchronizacji czasu z GPS w przypadku utraty kontaktu z platformą informatyczną.

W pkt 13.7 SIWZ zamawiający wskazał, że w przypadkach, gdzie na rysunkach, w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w przedmiarach robót zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z wydanym zezwoleniem na realizację inwestycji drogowej, zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach. W takiej sytuacji Zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów, uwiarygodniających te materiały i urządzenia. Złożone wyżej wskazane dokumenty będą podlegały ocenie przez autora dokumentacji projektowej, który sporządzi stosowną opinię. Opinia ta będzie podstawą do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty z powodu „nierównoważności” zaproponowanych „zamienników”.

Ustalono także, że do zamawiającego wpłynęły wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ.

Pytanie nr 12: Branża elektryczna. Czy do realizacji „zmian do projektu” rozbudowy ul. Uroczej konieczne jest zamontowanie w istniejących szafach oświetlenia ulicznego „Strażacka” i „Urocza” sterownika segmentowego (...),

Pytanie nr 31: Prosimy o dopuszczenie do zastosowania sterownika segmentowanego (jednostka centralna sterowania systemu) kompatybilnego i przystosowanego do pracy ze sterownikami lokalnymi umieszczonymi w oprawach. Sterownik może być zamieszczony w szafie oświetleniowej lub w przypadku braku takiej możliwości w szafce zainstalowanej obok.

W dniu 21 marca 2016 r. zamawiający udzielił następujących odpowiedzi:

Odpowiedź nr 12: Zamawiający informuje, że do realizacji budowy oświetlenia ul. Uroczej nie będzie wymagany montaż sterowników segmentowych w szafach oświetleniowych „strażacka” i „Urocza-1”. Do sterowania oświetleniem założono inny system, oparty na platformie informatycznej otwartej, korzystającej z technologii API, opisanej w załączonej na stronie internetowej „specyfikacji opraw i słupów Urocza”,

Odpowiedź nr 31: Zamawiający oczekuje innego systemu sterowania oświetleniem, który nie będzie związany ze sterownikiem segmentowym. W załączniku do zamówienia, zamieszczonym na stronie internetowej, znajduje się specyfikacja opraw i słupów z opisem technologii zarządzania oświetleniem.

Na podstawie pkt 6 formularza ofertowego znajdującego się w ofercie odwołującego ustalono, że odwołujący zaoferował oprawy oświetleniowe, system sterowania oraz informatyczną platformę inteligentnego zarządzania oświetleniem w oparciu o produkty firmy Schreder sp. z o.o.:

- TECEO1-005634;
- TECEO1-00-NW007BE-5098AS-GL01-V03;
- D19S3-C000-C100-U4-A2-0L;
- TECEO1 NW 40LED 500mA;
- 5098AS 230V CLII LUCO.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 11 maja 2016 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez odwołującego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym zamawiający wskazał, że *wymagania zamawiającego dotyczące zastosowania urządzeń oświetleniowych, tj. opraw oświetleniowych, sterowników, słupów, a także opis platformy informatycznej do sterowania oświetleniem zostały sprecyzowane w dokumentach przetargowych (pismo z dnia 3 marca 2016 r. zmiany do projektu rozbudowy drogi gminnej ul. Uroczej (...)). Ponadto w postępowaniu zostały udzielone odpowiedzi na pytanie złożone przez potencjalnych wykonawców dotyczące branży elektrycznej, tj. opraw oświetleniowych, sterowników, szaf*

oświetleniowych i słupów. Zamawiający szczegółowo wyjaśnił (odpowiedź na pytanie nr 12 z dnia 21.03.2016 r.) jaki założono system sterowania oświetleniem (platforma informatyczna otwarta, korzystająca z technologii API). W postępowaniu wykonawcy zaoferowali do wykonania przedmiotu zamówienia oprawę oświetleniową producenta Schreder sp. z o.o., szczegółowo opisaną symbolami literowymi w formularzu oferty. Zaproponowana oprawa wyposażona jest w sterownik, który nie spełnia wymagań zamawiającego określonych w specyfikacjach technicznych w zakresie funkcjonalności systemu sterowania. Zaproponowany sterownik nie ma możliwości realizowania niżej wymienionych funkcji umożliwiających:

- 1) bezpośrednią komunikację pomiędzy punktem świetlnym a systemem sterowania zlokalizowanym w chmurze co przekłada się na brak jakiegokolwiek dodatkowego osprzętu który byłby konieczny do montażu w szafach oświetleniowych lub na słupach.
- 2) autolokalizację oprawy po zamontowaniu na słupie i automatycznym zalogowaniu w systemie.
- 3) autokonfigurację co istotnie upraszcza i skraca proces uruchomienia, oraz umożliwia bezproblemową rozbudowę punktów w sieci.
- 4) bezpieczeństwo i niezawodność w tym maksymalne uniezależnienie od zakłóceń sygnału w infrastrukturze wielkomiejskiej (2 członowy system autentykacji, zabezpieczenie 128-bitowym szyfrowanym SSL, bieżący support),
- 5) graficznej prezentacji pracy poszczególnych elementów systemu na mapie przestrzennej zgodnie z ich współrzędnymi geograficznymi pozyskanymi bezpośrednio ze sterowników w oprawach,
- 6) tworzenie struktury sterowania opartej na strukturze drzewa,
- 7) grupowania punktów świetlnych,
- 8) automatycznego dostosowania się wyświetlanego obszaru mapy do wyboru miejsca w nawigacji,
- 9) system jest otwarty gwarantujący możliwość interakcji z 3-cią stroną,
- 10) wysyłanie informacji mailem o zmianach zachodzących w systemie na wskazane adresy e-mail użytkowników,
- 11) kontrolowanie automatycznych akcji poszczególnych elementów jak i całego systemu,
- 12) kontrolę kanałów komunikacji poszczególnych elementów systemu oraz zarządzanie alarmami.

Zaproponowany przez wykonawcę sterownik nie będzie pracował w systemie, określonym przez zamawiającego, a szczegółowo opisanym w dokumentacji przetargowej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie podlegało oddaleniu, gdyż nie stwierdzono takich naruszeń ustawy Pzp, które miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp a contrario).

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że chybione okazało się wstępne założenie odwołującego, zgodnie z którym zamawiający miał opisać w SIWZ przedmiot zamówienia przez „pochodzenie”, to jest w sposób określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp.

Przypomnienia wymaga, że ustawodawca w art. 29 ustawy Pzp przesądził, że podstawowym sposobem opisanie przedmiotu zamówienia jest opis za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń dokonywany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp). Istnieje też drugi sposób, który jest wyjątkiem od tej zasady. Z przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w ten sposób (to jest za pomocą dostatecznie dokładnych określeń) i jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, zamawiający może odstąpić od przywoływanej reguły. W takiej sytuacji zamawiający może posłużyć się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Omawiany sposób opisywania przedmiotu zamówienia polega na tym, że zamawiający zamiast opisywać przedmiot za pomocą jego cech czy funkcji może poprzestać na wskazaniu znaku towarowego, patentu lub pochodzenia. Taki sposób precyzowania przedmiotu zamówienia polega innymi słowy na tym, że zamiast konglomeratu wymaganych cech wskazuje się produkt wzorcowy używając jego znaku towarowego, patentu czy pochodzenia. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, opis przedmiotu zamówienia dokonany przy pomocy znaków towarowych, patentu lub pochodzenia stanowi wyłącznie wzorzec jakościowy przedmiotu zamówienia, który w normalnych warunkach winien być przekazany oferentom jako zestaw obiektywnych cech jakościowych i technicznych. Jest zatem szczególną postacią obowiązku opisywania przedmiotu zamówienia stosowaną ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia i możliwości zamawiającego, który nie może sprecyzować przedmiotu zamówienia za pomocą typowego instrumentarium.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że zamawiający opisał przedmiot zamówienia (w zakresie zamawianego systemu oświetlenia) w sposób określony w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, to jest przez wskazanie jego wymaganych cech oraz funkcjonalności, a więc przy wykorzystaniu typowego instrumentarium.

Zamawiający z zmianie do projektu z 3 marca 2016 r. przesądził, że oprawy oświetleniowe mają pracować w systemie inteligentnego zarządzania oświetleniem na platformie informatycznej otwartej korzystającej z technologii API. Zamawiający opisał istotne parametry platformy:

1. *Otwartość systemu; do wymiany danych wykorzystuje programowane interfejsy w technologii API.*
2. *Bezpośrednia komunikacja pomiędzy punktem świetlnym a systemem sterowania zlokalizowanym w chmurze co przekłada się na brak jakiegokolwiek dodatkowego osprzętu który byłby konieczny do montażu w szafach oświetleniowych lub na słupach.*
3. *Auto-lokalizacja oprawy po zamontowaniu na słupie i automatycznym zalogowaniu w systemie.*
4. *Auto-konfiguracja co istotnie upraszcza i skraca proces uruchomienia, oraz umożliwia bezproblemową rozbudowę punktów w sieci.*
5. *Bezpieczeństwo i niezawodność w tym maksymalne uniezależnienie od zakłóceń sygnału w infrastrukturze wielkomiejskiej.*
6. *Graficzną prezentację pracy poszczególnych elementów systemu na mapie przestrzennej zgodnie z ich współrzędnymi geograficznymi pozyskanymi bezpośrednio ze sterowników w oprawach.*
7. *Tworzenie struktury sterowania opartej na strukturze drzewa.*
8. *Grupowanie punktów świetlnych.*
9. *Automatyczne dostosowanie się wyświetlanego obszaru mapy do wyboru miejsca w nawigacji.*
10. *zmianę języka interfejsu, z dostępnym językiem polskim.*
11. *Wysyłanie informacji mailem o zmianach zachodzących w systemie na wskazane adresy e-mail użytkowników*
12. *Kontrola zużycia energii.*
13. *Regulacja strumienia świetlnego.*
14. *Kontrolowanie automatycznych akcji poszczególnych elementów jak i całego systemu.*
15. *Kontrola kanałów komunikacji poszczególnych elementów systemu.*
16. *Zarządzanie alarmami.*

Zamawiający w żadnym miejscu opisu przedmiotu zamówienia nie posłużył się nazwą znaku towarowego, patentu czy pochodzenia w rozumieniu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, celem zrekonstruowania znaczenia słów „znak towarowy”, „patent” czy „pochodzenie” pomocne może być odwołanie się do stosownych pojęć funkcjonujących na gruncie przepisów o prawie własności przemysłowej.

Problematyka znaków towarowych, patentów, a także pochodzenia towarów została uregulowana w ustawie z dnia 30 czerwca 2000 r. - Prawo własności przemysłowej (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1410). Zgodnie z art. 120 ust. 1 i 2 p.w.p. znakiem towarowym może być każde oznaczenie, które można przedstawić w sposób graficzny, jeżeli oznaczenie takie nadaje się do odróżnienia towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego

przedsiębiorstwa. Znakiem towarowym może być w szczególności wyraz, rysunek, ornament, kompozycja kolorystyczna, forma przestrzenna, w tym forma towaru lub opakowania, a także melodia lub inny sygnał dźwiękowy. Znakami towarowymi są także znaki usługowe (art. 120 ust. 3 pkt 1 p.w.p.).

Użyte w art. 29 ust. 3 pojęcie pochodzenia nie dotyczy pochodzenia od danego producenta, tylko kraju lub regionu pochodzenia, a więc jest oznaczeniem geograficznym, o którym mowa w art. 174 ust. 1 p.w.p. Zgodnie z tym przepisem oznaczeniami geograficznymi w rozumieniu ustawy są oznaczenia słowne odnoszące się bezpośrednio lub pośrednio do nazwy miejsca, miejscowości, regionu lub kraju (teren), które identyfikują towar jako pochodzący z tego terenu, jeżeli określona jakość, dobra opinia lub inne cechy towaru są przypisywane przede wszystkim pochodzeniu geograficznemu tego towaru. Oznaczeniami geograficznymi są: nazwy regionalne jako oznaczenia służące do wyróżniania towarów, które pochodzą z określonego terenu oraz mają szczególne właściwości, które wyłącznie lub w przeważającej mierze zawdzięczają oddziaływaniu środowiska geograficznego obejmującego łącznie czynniki naturalne oraz ludzkie - których wytworzenie lub przetworzenie następuje na tym terenie, a także oznaczenia pochodzenia jako oznaczenia służące do wyróżniania towarów pochodzących z określonego terenu oraz posiadających pewne szczególne właściwości albo inne cechy szczególne przypisywane pochodzeniu geograficznemu, czyli terenowi, gdzie zostały one wytworzone lub przetworzone (art. 175 ust. 1 p.w.p.). (komentarz do art. 29 ustawy Pzp w: B. A., N.J.E., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, opublikowano: LEX, 2015, wydanie II).

Zastosowany przez zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia sprawiał, że każdy system oświetlenia, który spełniał opisane w SIWZ cechy i funkcje był przez zamawiającego dopuszczony i mógł być zaoferowany. Zatem odwołujący błędnie ustalił, jakoby zamawiający przy opisie systemu sterowania oświetleniem skorzystał z dyspozycji art. 29 ust. 3 ustawy Pzp i posłużył się „pochodzeniem”. Natomiast okoliczność, czy cechy i funkcje, którymi zamawiający opisał przedmiot zamówienia będzie w stanie spełnić produkt tylko jednego producenta, nie zmieniał sposobu opisu przedmiotu zamówienia, jakim zamawiający posłużył się w SIWZ. Nie oznaczał, że zamawiający odstąpił od sposobu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp ani że opisał przedmiot zamówienia w sposób określony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp. Argumentacja, że zbiór cech i funkcji jakimi zamawiający opisał przedmiot zamówienia może ewentualnie zawężyć konkurencję do produktów jednego producenta mogła być podnoszona najpóźniej na etapie konstruowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w trybie art. 181 ustawy Pzp stanowiąc ewentualnie podstawę formułowania zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z przywoływanym przepisem przedmiotu zamówienia nie wolno

bowiem opisywać w sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję. To na etapie konstruowania opisu przedmiotu zamówienia odwołujący, jeżeli uważał, że postanowienia SIWZ zaburzają konkurencję, mógł je kwestionować. Natomiast na etapie badania ofert ocenie Izby mogła podlegać jedynie czynność zamawiającego polegająca na porównaniu treści oferty z treścią SIWZ, w takim brzmieniu, w jakim stała się ostateczna i wiążąca nie tylko dla zamawiającego ale i wszystkich wykonawców. Za nieadekwatne do rozpoznawanej sprawy uznano orzeczenia Izby przywoływane przez odwołującego w piśmie procesowym i odwołaniu. Orzeczenia te zapadały na tle innych stanów faktycznych, w których zamawiający opisywali przedmiot zamówienia przez znak towarowy, patent lub pochodzenie a następnie dopuszczali zastosowanie rozwiązań równoważnych, nie opisując jednak minimalnych wymogów co do równoważności. Jednakże rozważania poczynione w tych sprawach nie znajdowały zastosowania w analizowanym stanie faktycznym, gdyż zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie systemu sterowania oświetleniem ulicznym w sposób określony w art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez podanie jego cech i funkcji, a nie przez podanie znaku towarowego, patentu czy pochodzenia.

Biorąc powyższe pod uwagę należało dojść do wniosku, że w analizowanej sprawie nie znajdowało zastosowania postanowienie pkt 13.7 SIWZ, dotyczące takich elementów przedmiotu zamówienia, które zostały opisane przez znaki towarowe, patent lub pochodzenie. Z tego powodu na nieistotne dla rozstrzygnięcia sprawy okazały się dowody składane przez odwołującego. Opinia prywatna z dnia 20 maja 2016 r., sporządzona pana Piotra Kusia i oświadczenie firmy Schreder Polska sp. z o.o. z dnia 23 maja 2016 r. oparte były na błędnym założeniu, jakoby zamawiający w zakresie opisu zamawianego systemu sterowania światleniem ulicznym posłużył się znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem i zmierzały do wykazania równoważności oferowanego rozwiązania.

W konsekwencji należało przyznać rację zamawiającemu, że oferowane przez odwołującego rozwiązanie nie spełniało następujących wymogów określonych w SIWZ:

- a) bezpośredniej komunikacji między punktem świetlnym a systemem sterowania zlokalizowanym w chmurze co przekłada się miało na brak jakiegokolwiek dodatkowego osprzętu który byłby konieczny do montażu w szafach oświetleniowych lub na słupach,
- b) autolokalizacji oprawy po zamontowaniu na słupie i automatycznym zalogowaniu w systemie,
- c) autokonfiguracji co miało istotnie upraszczać i skracać proces uruchomienia, oraz umożliwiać bezproblemową rozbudowę punktów w sieci,
- d) graficznej prezentacji pracy poszczególnych elementów systemu na mapie przestrzennej zgodnie z ich współrzędnymi geograficznymi pozyskanymi bezpośrednio ze sterowników w oprawach.

Przywoływane wymogi zostały jednoznacznie wyartykułowane przez zamawiającego w dokumencie zatytułowanym *Zmiany do projektu rozbudowa publicznej drogi gminnej ul. Uroczej wraz z budową publicznej drogi łączącej ul. Uroczą z ul. Zaciszną w Rzeszowie w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Rozbudowa ul. Uroczej wraz z budową drogi łączącej ul. Uroczą z Zaciszną w Rzeszowie”* z 3 marca 2016 r., załączonym do SIWZ. Do dokumentu tego zamawiający wielokrotnie odsyłał także odpowiadając na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ. W odpowiedziach nr 12 i 31 z 21 marca 2016 r. zamawiający przypominał wykonawcom, że do realizacji budowy oświetlenia ul. Uroczej nie będzie wymagany montaż sterowników segmentowych w szafach oświetleniowych „Strażacka” i „Urocza-1”. *Do sterowania oświetleniem założono inny system, oparty na platformie informatycznej otwartej, korzystającej z technologii API, opisanej w załączonej na stronie internetowej „specyfikacji opraw i słupów Urocza”.* Zaś w odpowiedzi nr 31 wyraźnie podkreślał, że *oczekuje innego systemu sterowania oświetleniem, który nie będzie związany ze sterownikiem segmentowym.* Jak wynikało z powyższego opisu, zamawiający jednoznacznie wykluczył możliwość zaoferowania systemu sterowania oświetleniem opartym na rozwiązaniu ze sterownikiem segmentowym.

Treść oferty odwołującego nie była sporna pomiędzy stronami. Nie było sporne, co odwołujący przyznał i wyjaśnił w odwołaniu i na rozprawie, że system zaoferowany przez niego, oparty o oprawy i sterowniki firmy Schreder, wykorzystuje moduł pośredniczący (sterownik segmentowy). W rozwiązaniu tym sterowniki są montowane w oprawach na każdym słupie, natomiast moduł pośredniczący (sterownik segmentowy) jest montowany odrębnie. To ten moduł posiada kartę GSM i to on komunikuje się z operatorem systemu. Izba stwierdziła, że rozwiązanie takie nie odpowiadało wymaganiom zamawiającego. Zamawiający jednoznacznie w SIWZ oczekiwał rozwiązania, w którym każda oprawa (punkt świetlny) sama komunikuje się z systemem, na co wskazywały sformułowania „bezpośrednio” i „bez jakiegokolwiek dodatkowego osprzętu”. Nadto rozwiązanie pośrednie (z użyciem sterownika segmentowego) zostało wyraźnie wykluczone w przywoływanych odpowiedziach na pytania z 21 marca 2016 r. Nie został także spełniony wymóg co do tego, aby oprawa sama pozycjonowała się (lokalizowała) w systemie. Odwołujący wyjaśnił w trakcie rozprawy, że w systemie oferowanym przez niego pozycjonowanie następuje bowiem ręcznie, konieczne jest udanie się na miejsce zamontowania oprawy, spisanie IP jej sterownika, przekazanie tych danych do operatora systemu, który ręcznie umieszcza je w systemie. Nie jest także spełniony wymóg autokonfiguracji. Oprawy nie konfigurują się automatycznie, gdyż dane ich dotyczące muszą być wprowadzone ręcznie do systemu przy instalacji. Z omawianych względów nie jest również spełniony wymóg, aby współrzędne geograficzne pozyskiwane były bezpośrednio ze sterowników w oprawach. Pozyskanie

współrzędnych następuje bowiem pośrednio, za pośrednictwem sterownika segmentowanego (modułu pośredniczącego).

W zebranych w sprawie materiale dowodowym nie znalazły potwierdzenia pozostałe niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ wskazane w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego. W uzasadnieniu swej czynności z 11 maja 2016 r. zamawiający zarzucił, że treść oferty jest niezgodna z następującymi postanowieniami SIWZ:

- 1) bezpieczeństwo i niezawodność w tym maksymalne uniezależnienie od zakłóceń sygnału w infrastrukturze wielkomiejskiej (2 członowy system autentykacji, zabezpieczenie 128-bitowym szyfrowanym SSL, bieżący support),
- 2) tworzenie struktury sterowania opartej na strukturze drzewa,
- 3) grupowanie punktów świetlnych,
- 4) automatyczne dostosowanie się wyświetlanego obszaru mapy do wyboru miejsca w nawigacji,
- 5) system jest otwarty gwarantujący możliwość interakcji z 3-cią stroną,
- 6) wysyłanie informacji mailem o zmianach zachodzących w systemie na wskazane adresy e-mail użytkowników,
- 7) kontrolowanie automatycznych akcji poszczególnych elementów jak i całego systemu,
- 8) kontrola kanałów komunikacji poszczególnych elementów systemu oraz zarządzanie alarmami.

Stwierdzono, że zamawiający nie zdołał wykazać faktu sprzeczności treści oferty odwołującego z przywoływanymi postanowieniami SIWZ. Zamawiający w toku rozprawy argumentował, że swoje ustalenia w tym zakresie oparł na własnej wiedzy i analizie danych ze stron internetowych producenta oferowanego systemu sterowania oświetleniem – firmy Schreder. Izba stwierdziła jednak, że zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, które miało polegać na zaniechaniu wezwania do wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających równoważność. Zamawiający nie miał obowiązku wyjaśniania dokumentów potwierdzających równoważność, gdyż w zakresie systemu sterowania oświetleniem przedmiot zamówienia nie został opisany przez użycie znaku towarowego, patentu lub pochodzenia.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta przystępującego i oferta odwołującego zasadnie zostały potraktowane odmiennie, gdyż pierwsza z nich była zgodna z SIWZ, zaś druga okazała się z nią niezgodna i podlegała odrzuceniu.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisem powołanym przez odwołującego, *zamówienia publicznego udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Udzielenie zamówienia publicznego następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia. Odwołujący nie wykazał, aby zamawiający zawarł umowę w sprawie zamówienia. Zatem zarzut należało uznać za chybiony.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Stwierdzono, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu z powodu czterech niezgodności z treścią SIWZ, które wskazano wcześniej. Okoliczność, że nie podlegała odrzuceniu z pozostałych powodów nie zmieniała zatem faktu, że zamawiający prawidłowo wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą. Naruszenie nie miało zatem i nie może mieć wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołania.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego*

stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” J. J., Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., J., J.S. M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: