



Siedlecki
KANCELARIA PRAWNA

Warszawa, dnia 20 maja 2024 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina i Miasto Kozięglowy

Plac Moniuszki 14, 42-350 Kozięglowy

e-mail: izp@kozięglowy.pl, tel.: +48 (34) 314-12-19

Odwołujący:

Schreder Polska Sp. z o.o.

Aleje Jerozolimskie 142B, 02-305 Warszawa

KRS: 0000087135, NIP: 5272308996

e-mail: dwozniak@schreder.com, tel.: + 48 (22) 375-92-30

reprezentowana przez:

r.pr. Tomasza Siedleckiego

r.pr. Annę Dynek

r.pr. Pawła Kołodziejskiego

Kancelaria Prawna Tomasz Siedlecki Radca Prawny

ul. Jagiellońska 27 lok. 13, 03-719 Warszawa

e-mail: biuro@kancelariasiedlecki.pl, tel.: +48 (22) 533-025-903

Dotyczy:

*Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy i Miasta Kozięglowy – etap III
Poprawa efektywności oświetlenia ulicznego na terenie Gminy i Miasta Kozięglowy
– Rozświetlamy Polskę (zwane dalej: „**Postępowaniem**”)*

Ogłoszenie:

Numer referencyjny: RIGK.271.05.2024

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 91/2024 nr 277060-2024 z dnia 10 maja 2024 r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Schreder Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „**Odwołujący**”), w oparciu o pełnomocnictwo, którego odpis wraz z opłatą skarbową przedkładałam w załączeniu, na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień



Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

publicznych (dalej jako: „ustawa Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na ustaleniu treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”), w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) **Art. 99 ust. 1 i 4, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp**, polegające na zamieszczeniu w opisie przedmiotu zamówienia kryterium pochodzenia produktu oraz dopuszczeniu produktów wyłącznie wyprodukowanych na terytorium Unii Europejskiej, podczas gdy zastosowanie tego rodzaju wymagania nie wynika z obiektywnego, uzasadnionego zapotrzebowania Zamawiającego, który powinien zdefiniować swoje zapotrzebowanie przy użyciu parametrów technicznych, funkcjonalności oraz certyfikatów, a co w konsekwencji może utrudniać uczciwą konkurencję oraz godzi w zasadę równości wykonawców posiadających innowacyjne produkty wysokiej klasy, dopuszczone do obrotu na terenie Unii Europejskiej, lecz wyprodukowane poza granicami Unii Europejskiej.

W związku z powyższym zarzutem Odwołujący wnosi o:

- 1) Uwzględnienie odwołania,
- 2) Nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści SWZ w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Interes i szkoda:

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest wykonawcą zainteresowanym pozyskaniem przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek naruszeń, których dopuścił się Zamawiający. Szkoda ta polega na wyłączeniu możliwości pozyskania zamówienia, a w konsekwencji osiągnięcia zysku w związku z jego realizacją. W przypadku złożenia atrakcyjnej pod względem cenowym i jakościowym oferty, Odwołujący ma realną możliwość uzyskania niniejszego zamówienia publicznego. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia niniejszego odwołania. Postanowienia SWZ zaskarżone w niniejszym odwołaniu utrudniają Odwołującemu dostęp do zamówienia, tj. opracowanie oraz złożenie korzystnej



Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego (vide: wyrok KIO z 7.04.2016 r., sygn.akt: KIO 443/16).

Zachowanie terminu i wymogów formalnych:

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu. Zamawiający opublikował dokumentację Postępowania w dniu 10 maja 2024 r. Biorąc pod uwagę powyższe, 10-dniowy termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, został zachowany. Odwołujący uścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

UZASADNIENIE

Stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 ustawy Pzp, pn.: „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie Gminy i Miasta Koziegłowy – etap III, poprawa efektywności oświetlenia ulicznego na terenie Gminy i Miasta Koziegłowy –Rozświetlamy Polskę” (numer: RIGK.271.05.2024).

Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę i montaż fabrycznie nowych, energooszczędnych opraw oświetleniowych LED, celem modernizacji oświetlenia ulicznego na terenie Gminy Koziegłowy, polegającej na wymianie istniejących opraw oświetleniowych na oprawy oświetleniowe ze źródłem światła LED. Ponadto, przedmiot zamówienia obejmuje demontaż i utylizację starych opraw oświetleniowych. Zgodnie z przeprowadzoną inwentaryzacją Zamawiającego, sumarycznie przewidziano wymianę 829 sztuk opraw oświetleniowych z sodowymi źródłami światła o łącznej mocy 117 680 W.

Zamawiający przewiduje zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy PZP, tj. Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.



Uzasadnienie zarzutów:

1. Zamawiający w ramach SWZ, Rozdział IV – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2.7. (ppkt 1), formułując kryteria, które powinny spełniać energooszczędne oprawy oświetleniowe LED, zamieścił zapis określający miejsce ich wyprodukowania:
„Kryteria, które winny spełniać zastosowane oprawy:
 - *Muszą być nowe i wyprodukowane na terenie Unii Europejskiej.”*
2. W ocenie Odwołującego, zastosowanie powyższego ograniczenia dotyczącego miejsca wyprodukowania produktu, jest nieuprawnione, nieuzasadnione oraz sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Posłużenie się przez Zamawiającego kryterium pochodzenia stwarza wysokie ryzyko nieuzasadnionego wyeliminowania z udziału w postępowaniu wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, posiadających produkty spełniające wymagania techniczne przewidziane przez Zamawiającego, lecz wyprodukowane poza terytorium Unii Europejskiej.
3. Zastosowany opis przedmiotu zamówienia jest niezgodny z przepisami art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, zabraniającymi stosowania opisu przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję, między innymi, poprzez wskazywanie pochodzenia produktu.
4. Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp: *„Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów”.*
5. Z kolei w myśl art. 16 pkt 1 ustawy Pzp *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.* Ponadto, stosownie do motywu 74 preambuły dyrektywy klasycznej 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, niedopuszczalne jest zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami poprzez nieuzasadnione zapisy zawarte w opisie przedmiotu zamówienia, preferencyjne dla jednego wykonawcy, a eliminujące drugiego.
6. Przedstawiciele doktryny prawniczej pozostają zgodni, że *„poprzez pochodzenie produktu lub usługi należy uznać każde powiązanie produktu lub usługi z konkretnym miejscem – państwem czy regionem.”* (https://www.uzp.gov.pl/data/assets/pdf_file/0028/49852/Komentarz-Prawo-zamowien-publicznych.pdf).



Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

7. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, **jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.** (Wyrok KIO z 24.04.2023 r., KIO 972/23, LEX nr 3584857).
8. **W świetle przywołanych przepisów wymaga podkreślenia, że przedmiot zamówienia w niniejszej sprawie został opisany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, ponieważ zawiera ograniczenie w postaci wskazania pochodzenia produktu, jako produktu wyprodukowanego na terenie Unii Europejskiej. Należy również podkreślić, że zawężenie pochodzenia produktu do terytorium Unii Europejskiej, nie wynika ze szczególnych potrzeb Zamawiającego, co więcej, nie jest w żaden sposób uzasadnione takimi potrzebami. Produkty w postaci energooszczędnych opraw oświetleniowych LED, które zostały wytworzone poza terytorium Unii Europejskiej (np. na terenie Ukrainy, lecz dopuszczonych do obrotu w UE), mogą bowiem posiadać takie same parametry techniczne jak produkty wyprodukowane na terytorium Unii Europejskiej. Dlatego też, w ocenie Odwoławczego, w niniejszym postępowaniu Zamawiający powinien określić zapotrzebowanie na oprawy oświetleniowe LED za pomocą parametrów technicznych, funkcjonalności oraz certyfikatów, nie zaś wprowadzać ograniczenia dotyczące pochodzenia produktu.**
9. Zagadnienia dotyczące należytego sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, jak również potencjalnej możliwości ograniczenia uczciwej konkurencji, znalazły swój wyraz w obszernym orzecznictwie Krajowej Izbie Odwoławczej.
10. W pierwszej kolejności – nawiązując do orzecznictwa KIO - wskazać należy, że sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego, poprzedzających wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, która **determinuje cały jego przebieg i wywiera wpływ na jego wynik.** W związku z powyższym, zamawiający powinien dokonać tej czynności z poszanowaniem wyrażonej w art. 16 ustawy Pzp zasady nakładającej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania **w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.** Ustawodawca stanął jednoznacznie na stanowisku, iż zamawiający nie może w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego formułować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który **bezpośrednio lub nawet pośrednio godziłby w wyżej wskazaną regułę.**



Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

Dyskryminujące opisanie przedmiotu zamówienia wpływa bowiem na mniejszą liczbę złożonych w postępowaniu ofert oraz może powodować oferowanie przez wykonawców produktów nieporównywalnych. (Wyrok KIO z 20.03.2023 r., KIO 551/23, LEX nr 3529693).

11. W świetle przywołanego stanowiska KIO nie ulega wątpliwości, że zastosowanie przez Zamawiającego ograniczenia pochodzenia lamp LED (poprzez zawężenie go wyłącznie do terytorium Unii Europejskiej), znacząco determinuje przebieg postępowania, jak również istotnie wpływa na jego wynik. W sytuacji, w której znaczna część światowej produkcji komponentów dla energetyki, do których zaliczają się m.in. oprawy energooszczędne LED, jest produkowana poza terenem Unii Europejskiej, wprowadzenie przez Zamawiającego ograniczenia co do pochodzenia produktu z terytorium Unii Europejskiej, istotnie ogranicza konkurencję oraz narusza zasadę równego traktowania wykonawców.
12. Odwołujący stoi na stanowisku zgodnie z którym, Zamawiający nie powinien opisywać przedmiotu zamówienia poprzez zastosowanie ograniczeń pochodzenia produktu, lecz zamiast tego powinien posługiwać się **parametrami technicznymi, funkcjonalnością, jak również wskazywać na konieczność posiadania odpowiednich certyfikatów. Posługując się powyższymi kryteriami Zamawiający jest bowiem w stanie w sposób należyty i wyczerpująco określić swoje zapotrzebowanie na energooszczędne lampy LED.**
13. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, w granicach przepisów prawa, opisuje przedmiot zamówienia **w sposób, który zagwarantuje spełnienie jego uzasadnionych potrzeb**, nawet gdyby powodowało to, że nie wszystkie produkty występujące na rynku w danej branży, będą w stanie spełnić wymogi wynikające z tego opisu. Pod pojęciem uzasadnionych potrzeb zamawiającego należy rozumieć pewne **oczekiwania zamawiającego odnoszące się do nabywanego dobra**, których spełnienie pozwoli na uzyskanie określonych efektów.
14. **W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie podnoszono kwestię potrzeb zamawiającego wskazując m.in., że wymagania stawiane przez zamawiającego muszą być podyktowane jego obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami.**
15. *„W sytuacji gdy opis przedmiotu zamówienia jest podyktowany **uzasadnionymi potrzebami zamawiającego**, a nie zamiarem faworyzowania konkretnego wykonawcy i dyskryminowania innych wykonawców, nie jest możliwe skuteczne ingerowanie w określony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji decydowanie za zamawiającego, jakie rozwiązania ma dopuścić”.* (Wyrok KIO z 28.03.2023 r., KIO 704/23, LEX nr 3529818).



Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

16. „(...) **niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia**, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego”. (Wyrok KIO z 31.03.2023 r., KIO 759/23, LEX nr 3555121).
17. „Zachowanie uczciwej konkurencji nie oznacza konieczności zapewnienia przez Zamawiającego takich warunków postępowania i opisu przedmiotu zamówienia, aby każdy podmiot dystrybuujący dane urządzenie miał możliwość złożenia oferty. Każde z wymagań zamawiającego może w większym lub mniejszym stopniu ograniczyć konkurencję; jednak tak długo, jak **wymagania te są podyktowane obiektywnie uzasadnionymi potrzebami zamawiającego**, a ich celem nie jest jedynie zawężenie kręgu wykonawców mogących je wykonać, zamawiający jest uprawniony do ich sformułowania”. (Wyrok KIO z 21.03.2022 r., KIO 534/22, LEX nr 3399577).
18. (...) **w przypadku opisu przedmiotu zamówienia w sposób uprzywilejowujący lub eliminujący niektórych wykonawców lub produkty, po stronie zamawiającego istnieje obowiązek przedstawienia rzeczowych argumentów uzasadniających taki opis**”. (Wyrok KIO z 5.02.2024 r., KIO 32/2024, LEX nr 3694088).
19. W kontekście przywołanego orzecznictwa należy dokonać oceny, czy ograniczenie pochodzenia produktu - w postaci energooszczędnej lampy LED - wyłącznie do terytorium Unii Europejskiej, jest uzasadnione obiektywnym, uzasadnionym zapotrzebowaniem Zamawiającego.
20. Odnosząc się do dokumentacji Postępowania (SWZ) można jednoznacznie stwierdzić, że Zamawiający nie podjął próby uzasadnienia zastosowania ograniczenia terytorialnego pochodzenia produktów. Z powyższego należy wnioskować, że zapotrzebowanie Zamawiającego nie jest związane z miejscem pochodzenia produktu. Taki wniosek jest zasadny również ze względu na rodzaj produktu – energooszczędne lampy LED. Z punktu widzenia Zamawiającego, jak również zakładów energetycznych, miejsce wyprodukowania lampy oświetleniowej nie ma żadnego znaczenia dla bieżącego użytkowania produktu, bowiem decydującą rolę dla przydatności produktu odgrywają jego parametry techniczne (nie zaś miejsce wytworzenia). Zatem, wprowadzenie ograniczenia w postaci miejsca pochodzenia produktu, nie wynika z zapotrzebowania Zamawiającego, nie jest w żaden sposób uzasadnione obiektywnym zapotrzebowaniem Zamawiającego, tym samym prowadzi do niezasadnego ograniczenia konkurencji oraz naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.
21. Wprowadzenie ograniczenia pochodzenia lamp energooszczędnych lamp oświetleniowych LED, niewątpliwie skutkuje zakłóceniem uczciwej konkurencji, uniemożliwiając Schreder Polska Sp. z o.o. złożenie konkurencyjnej oferty.



Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

22. Należy również zwrócić uwagę, iż zgodnie z wyrokiem KIO z 24.03.2023 r., KIO 603/23, LEX nr 3516996, dla wykazania naruszenia art. 99 ust. 4 Ustawy Pzp, nie jest konieczne udowodnienie, lecz wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji. Uprawdopodobnienie jest środkiem zastępczym dowodu wskazującym na wiarygodność (prawdopodobieństwo) twierdzenia o danym fakcie. Nie wymaga się zatem pełnego udowodnienia utrudnienia uczciwej konkurencji, a za wystarczające należy uznać wykazanie realnego prawdopodobieństwa takiego utrudnienia. Zamawiający może skutecznie zakwestionować zarzut naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, jeśli wykaże, że opis przedmiotu zamówienia ma źródło w jego uzasadnionych potrzebach.
23. W uzupełnieniu przedstawionego stanowiska Odwołujący wskazuje, że kwestionowany zapis SWZ, przewidujący obowiązek wyprodukowania produktu na terenie Unii Europejskiej, stanowi powtórzenie zapisu Regulaminu Dziewiątej Edycji Naboru Wniosków o dofinansowanie z Rządowego Funduszu Polski Ład: Programu Inwestycji Strategicznych „Rozświećmy Polskę” (dalej: „**Regulamin**”).
24. W myśl § 8 ust. 5 Regulaminu: *„Wnioskodawca w ogłoszeniu Postępowania zakupowego zastrzega obowiązek użycia przez wykonawcę Nowych opraw wyprodukowanych na terenie Unii Europejskiej.”*
25. Odwołujący podnosi, że przywołany zapis Regulaminu jest nieskuteczny i nie może mieć zastosowania w Postępowaniu. Regulamin nie stanowi bowiem źródła powszechnie obowiązującego prawa (w rozumieniu art. 87 Konstytucji RP), w związku z czym, poszczególne zapisy Regulaminu nie mogą pozostawać w sprzeczności z aktami prawa rangi ustawowej, a więc z przepisami ustawy Pzp.
26. Zapis § 8 ust. 5 Regulaminu pozostaje sprzeczny przepisami powszechnie obowiązującego prawa, tj. art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, a tym samym nie może być skutecznie stosowany w Postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.
27. Jak wskazano powyżej, przewidziany w SWZ wymóg wyprodukowania lampy energooszczędnej LED na terytorium Unii Europejskiej, nie znajduje żadnego uzasadnienia, tym samym utrudnia uczciwą konkurencję oraz narusza zasadę równego traktowania.
28. Dodatkowo Odwołujący podnosi, że w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym z zastosowaniem Regulaminu przez Miasto Zduńska Wola (nr: IT.271.1.2024.KP), zamawiający dostrzegwał w trakcie postępowania wadliwość zapisu ograniczającego pochodzenie



Siedlecki

KANCELARIA PRAWNA

produktu (tożsamego, jak w niniejszym postępowaniu), dokonując w konsekwencji stosowanych zmian SWZ.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmiany treści SWZ Rozdział IV – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2.7. (ppkt 1), poprzez nadanie zapisowi następującej treści:

„Kryteria, które winny spełniać zastosowane oprawy:

- ***Muszą być nowe, wyprodukowane na terenie Unii Europejskiej lub dopuszczone do obrotu na terenie Unii Europejskiej.”***

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, skorzystanie ze środków ochrony prawnej stało się konieczne i uzasadnione, a Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłat skarbowych,
2. Potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania,
3. Dokumenty rejestrowe Odwołującego,
4. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.