

Warszawa, dnia 3 grudnia 2018 roku

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

Zamawiający:

POLITECHNIKA RZESZOWSKA

Al. Powstańców Warszawy 12, 35-959 Rzeszów

Tel.: 17 17 7432175, Faks: 17 8651075

e-mail: ochal@prz.edu.pl

Odwołujący:

Philips Lighting Poland Sp. z o.o.

ul. Kossaka 150, 64-920 Piła, KRS 0000491219

Reprezentowany przez:

adw. Dominikę Jura, adw. Łukasza Jaźwińskiego

ul. Bagatel 10 lok. 3, 00-585 Warszawa

tel.: 22 654 77 41, fax: 22 654 31 31

e-mail: grupasienna@grupasienna.pl;

WPIS: 10 000

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 30 000 euro i nieprzekraczającej kwoty 5 225 000 euro pn. **„Wymiana oświetlenia na terenie kampusu Politechniki Rzeszowskiej”**, znak postępowania: **NA/P/393/2018**

ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1) w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wnoszę odwołanie wobec zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. **„Wymiana oświetlenia na terenie kampusu Politechniki Rzeszowskiej”**, znak postępowania: **NA/P/393/2018 (dalej jako „Postępowanie”)**
- II. Odwołujący **zarzuca** Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
 1. **art. 29 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp**, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez określenie w treści SIWZ przedmiotu zamówienia z zastosowaniem parametrów technicznych, które w kontekście wymaganej przez Zamawiającego funkcjonalności są nadmiernie szczegółowe i nie znajdują obiektywnego uzasadnienia i prowadzą do uznania, iż wszelkie parametry techniczne mogą zostać spełnione jedynie przez jedno urządzenie indywidualnego producenta,

co w sposób nieuzasadniony i sprzeczny z zasadami ustawy Pzp narusza zasady równości i uczciwej konkurencji wykonawców i wyklucza możliwość zaoferowania urządzeń równoważnych spełniających wszystkie specyficzne wymagania Zamawiającego;

2. **art. 30 ust. 4 i 5 ustawy Pzp**, poprzez dopuszczenie pozornej równoważności, przez żądanie by rozwiązania równoważne spełniały wszystkie parametry oświetleniowe w stopniu nie gorszym niż określone przez Zamawiającego przy bagatelnym poziomie dopuszczalnej różnicy, co nadal powoduje, że wymagania Zamawiającego mogą być spełnione tylko przez jedno urządzenie określonego producenta i w zasadzie uniemożliwia innym wykonawcom zaoferowanie rozwiązań równoważnych.

III. W związku z powyższym Odwołujący **wnosi o** uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikację treści SIWZ w zakresie załącznika nr 8 (OPZ), poprzez zobowiązanie Zamawiającego do:

1. zastąpienia z dokumentacji SIWZ z załącznika nr 8. „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” oraz z parametrów technicznych wszystkich wymaganych opraw wyrażen:
 - 1) „Praca sterownika w sieci bezprzewodowej zgodnie ze standardem ZigBee (IEEE 802.15.4)”;
 - 2) „Sterownik z wbudowanym przekaźnikiem umożliwiającym fizyczne wyłączenie oprawy”
 - 3) „Sterownik powinien posiadać bezpotencjałowe wejście na sygnał z czujnika ruchu oraz możliwość przesyłania informacji o wykrytym ruchu do innych opraw”odpowiednio następującymi wyrażeniami:
 - 1) „Sterownik powinien umożliwiać bezprzewodową komunikację z systemem indywidualnego sterowania opraw.”;
 - 2) „Sterownik powinien umożliwiać zdalne wyłączenie oprawy.”
 - 3) „W przypadku zastosowania dodatkowego czujnika/kamery, powinna istnieć możliwość skonfigurowania oświetlenia „nadażnego” na wybranym odcinku, ścieżce pieszej.”
2. wykreślenie z dokumentacji SIWZ z załącznika nr 8. „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” oraz z parametrów technicznych wszystkich wymaganych opraw wyrażenia „różnica danych fotometrycznych proponowanej oprawy równoważnej nie powinna być większa niż $\pm 5\%$ w stosunku do podanych poniżej”
3. określenie, że w załączniku nr 8 do SIWZ pn. „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” oraz w parametrach technicznych wszystkich wymaganych opraw przykładowe zdjęcia i wymiary konkretnych opraw oświetleniowych mają jedynie charakter poglądowy oraz zdefiniowanie tolerancji wymiarowej ($\pm 20\%$), jeżeli z jakichś istotnych powodów ta cecha jest ważna dla Zamawiającego.
4. zmianę w pkt 4 załącznika nr 8 do SIWZ pn. „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” w zakresie wymagań „System sterowania oświetleniem składa się z jednostki centralnej oraz sterowników lokalnych, montowanych w oprawie, sterujących statecznikiem elektronicznym. Uszkodzenie pojedynczego punktu świetlnego nie może mieć wpływu na pracę reszty systemu. System opiera się na

komunikacji bezprzewodowej w paśmie ISM 2,4 GHz zgodnej z międzynarodowym standardem ZigBee (IEEE 802.15.4) z możliwością wyboru jednego z 16 dostępnych kanałów komunikacyjnych. Poszczególne elementy systemu tworzą sieć typu MESH. Sieć ta cechuje się autodiagnostyką – automatycznie wybiera optymalne ścieżki połączeń i samoprzekierowuje się w przypadku awarii któregośkolwiek z elementów.

System sterowania oświetleniem jest w stanie pracować zarówno w trybie autonomicznym (załączać oświetlenie wieczorem i wyłączać nad ranem – pod warunkiem podanego napięcia zasilającego oprawy) jak i również w obecności zewnętrznym urządzeń sterujących np. zegarów astronomicznych.

Jednostka centralna systemu:

- jest urządzeniem jednomodułowym, co ułatwia jego montaż, serwisowanie i wymianę,
- jest zasilana napięciem 230V przez cały czas pracy (24 godziny na dobę),
- ma możliwość montażu zarówno w szafie oświetleniowej jak i poza nią – IP66, standardowa wtyczka europejska,
- umożliwia połączenie z siecią internetową poprzez sieć Ethernet
- Wykonawca powinien dostarczyć system sterowania oświetleniem oraz zapewnić połączenie komponentów systemu z Internetem.
- jest synchronizowana z serwerem czasu rzeczywistego,
- zarządza grupą do 150 sterowników lokalnych za pośrednictwem sieci bezprzewodowej 2,4 GHz pracującej zgodnie ze standardem ZigBee IEEE 802.15.4 na jednym z 16 dostępnych kanałów,
- rejestruje dane otrzymane ze sterowników lokalnych oraz je archiwizuje,
- posiada wbudowany zegar astronomiczny,
- sygnalizuje za pomocą diod: zasilanie, połączenie z siecią ZigBee, połączenie z siecią GPRS, siłę sygnału GPRS, przesyłanie pakietów danych,
- umożliwia połączenie z komputerem za pomocą kabla RJ45,
- posiada min. 2 wejścia dwustanowe do podłączenia urządzeń zewnętrznych,
- Jednostka centralna powinna umożliwiać zdalną aktualizację jego oprogramowania."

Sterowniki lokalne charakteryzują się poniższymi parametrami:

- działają w sieci bezprzewodowej zgodnie ze standardem ZigBee (IEEE 802.15.4) 2,4GHz,
- posiadają wbudowany przekaźnik umożliwiający fizyczne wyłączenie zasilania oprawy,
- mają możliwość sterowania statecznikiem za pomocą sygnału analogowego (1-10V) lub cyfrowego (DALI). Zmiana sposobu sterowania poprzez zdalną zmianę oprogramowania,
- Sterownik lokalny powinien mieć możliwość podłączenia zewnętrznego czujnika ruchu i umożliwiać wysterowanie poziomu świecenia innych opraw
- dokonują pomiaru prądu, napięcia, mocy, współczynnika mocy, temperatury, czasu pracy źródła światła,

- mają możliwość wymiany anteny w przypadku jej uszkodzenia muszą być zainstalowane w odległości 100m od innego sterownika,

poprzez wykreślenie wyrażeń:

- 1) z użyciem nazwy własnej protokołu komunikacyjnego („ZigBee IEEE 802.15.4”),
- 2) wskazujących pasmo w jakim komunikacja ma się odbywać („ISM 2,4 GHz”);
- 3) odnoszących się do cech technicznych produktu “System sterowania oświetleniem składa się z jednostki centralnej oraz sterowników lokalnych”, „Jednostka centralna systemu... zarządza grupą do 150 sterowników lokalnych”, „Sterowniki lokalne *muszą być zainstalowane w odległości 100m od innego sterownika*”),

które nie są opisem oczekiwanych przez Zamawiającego funkcjonalności.

IV. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane pod numerem 653860-N-2018 z dnia 2018-11-27 r. w BZP.

V. **Zachowanie wymogów formalnych:** Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 27 listopada 2018 r., tj. w dniu publikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej Zamawiającego. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania został dochowany.

VI. **Interes prawny** Odwołującego został naruszony przez Zamawiającego w postępowaniu, ponieważ czynności Zamawiającego objęte odwołaniem uniemożliwiają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym dokonanie wyboru jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do zniesienia postawionych przez Zamawiającego nadmiernie rygorystycznych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia ograniczeń kręgu potencjalnych wykonawców, w tym Odwołującego, którzy będą mogli złożyć ofertę. Odwołujący jest podmiotem, który zamierza ubiegać się o zamówienie. W przypadku odwołań dotyczących postanowień ogłoszenia i treści SIWZ, które mają miejsce jeszcze przed upływem terminu składania ofert, przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą w tym wypadku może być brak możliwości złożenia oferty (por. wyrok KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10).

VII. **Uzasadnienie**

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie i szczegółowe parametry techniczne zostały określone w załączniku nr 8 do SIWZ pn. „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” (dalej jako „OPZ”).
2. Odwołujący wskazuje, że Postępowanie jest już kolejnym podejściem Zamawiającego do tegoż zamówienia. Wcześniejsze postępowania zostały unieważnione:
 - 1) <http://www.ogloszenia.propublico.pl/WynikiSzczegoly.aspx?id=44023&archive=true> – NA/P/335/2018 "Wymiana oświetlenia na terenie kampusu Politechniki Rzeszowskiej" ;

- 2) <http://www.ogloszenia.propublico.pl/WynikiSzczegoly.aspx?id=43066&archive=true> - NA/P/217/2018 "Wymiana oświetlenia na terenie kampusu Politechniki Rzeszowskiej";
 - 3) <http://www.ogloszenia.propublico.pl/WynikiSzczegoly.aspx?id=42722&archive=true> - NA/P/165/2018 "Wymiana oświetlenia na terenie kampusu Politechniki Rzeszowskiej";
 - 4) <http://www.ogloszenia.propublico.pl/WynikiSzczegoly.aspx?id=42332&archive=true> - NA/P/126/2018 "Wymiana oświetlenia na terenie kampusu Politechniki Rzeszowskiej";
 - 5) <http://www.ogloszenia.propublico.pl/WynikiSzczegoly.aspx?id=42103&archive=true> - NA/P/95/2018 "Wymiana oświetlenia na terenie kampusu Politechniki Rzeszowskiej"
3. Unieważnienia wynikały z braku środków lub z braku ofert. Zamawiający w toku unieważnianych przetargów nie uwzględniał pytań wykonawców, w tym też tożsamy i dotyczących kwestionowanych w niniejszym odwołaniu postanowień SIWZu.
 4. W SIWZie (pkt IV) Zamawiający wskazał, *„Stosowanie materiałów równoważnych. - Jeżeli w jakimkolwiek miejscu w dokumentacji zostały wskazane nazwy producenta, nazwy własne, znaki towarowe, patenty lub pochodzenie materiałów czy urządzeń służących do wykonania niniejszego zamówienia - wszędzie tam Zamawiający dodaje wyrazy "lub równoważne". - Do materiałów i urządzeń wskazanych w dokumentacji, dla których są wskazane nazwy producenta, nazwy własne, znaki towarowe, patenty lub pochodzenie można stosować materiały i urządzenia równoważne pod względem parametrów technicznych, jakościowych, funkcjonalnych oraz użytkowych. Przewidziane do zastosowania urządzenia i materiały powinny spełniać parametry określone w dokumentacji projektowej i nie powinny być gorsze od założeń projektowych. - Stosownie do art. 30 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Pzp wykonawca powołujący się na zastosowanie materiałów równoważnych winien wykazać, iż spełniają one wymogi zamawiającego w szczególności poprzez udokumentowanie załączonymi do oferty informacjami na temat parametrów techniczno - wytrzymałościowych, szczegółowych rysunków technicznych, atestów, aprobat, deklaracji zgodności, kartami katalogowymi urządzeń i materiałów zamiennych. Niniejsze dokumenty muszą w sposób jednoznaczny stwierdzać równoważność proponowanych materiałów i urządzeń w stosunku do przyjętych w projekcie.”*
 5. Odwołujący wskazuje na uwagę wstępną do pkt 4 OPZ [Opis parametrów sterowania]. Dokument w tej części też można podzielić na 2 kategorie, czy śródczęści. 1 część dotyczy wymaganych funkcjonalności. Na ten etap OPZ powinien się zakończyć. 2 część opisu to już praktycznie w całości opis cech technicznych systemu Owlet – produktu firmy Schreder.
 6. Dlatego też, sporządzony przez Zamawiającego opis parametrów systemu sterowania w części wykorzystującej cechy techniczne systemu konkretnego producenta, narusza uczciwą konkurencję i przepisy PZP. Analizując całość wymaganych przez Zamawiającego parametrów, w przejrzysty sposób widoczne jest, iż poza jednym rozwiązaniem nikt inny nie spełnia wszystkich opisanych parametrów. Oczywiście poszczególne parametry są spełniane, ale istotnym jest spełnienie wszystkich wymogów. Rozwiązania innych potencjalnych dostawców są zablokowane przez poszczególne podpunkty. a niezgodność z jednym wymaganiem, skutkowałaby

niezgodnością takiej oferty z SIWZ. Jednocześnie jeżeli odniesiemy się do wymaganych funkcjonalności opisanych w części 1 pkt. 4 to możemy wykazać, że na rynku jest dostępnych kilka rozwiązań z których Zamawiający mógłby skorzystać. Pozbawienie ich prawa ich prawa i możliwości wzięcia udziału w postępowaniu, poprzez rozszerzenie listy wymaganych parametrów o cechy techniczne jednego z rozwiązań, niepotrzebnie budzi wątpliwości dobrych intencji Zamawiającego.

7. Odwołujący wskazuje, że kwestionowane zapisy SIWZ w postaci z III.1 petitum odwołania tj. w zakresie „Praca sterownika w sieci bezprzewodowej zgodnie ze standardem ZigBee (IEEE 802.15.4)”, „Sterownik z wbudowanym przekaźnikiem umożliwiającym fizyczne wyłączenie oprawy”, „Sterownik powinien posiadać bezpotencjałowe wejście na sygnał z czujnika ruchu oraz możliwość przesyłania informacji o wykrytym ruchu do innych opraw” nie definiują wymaganych funkcjonalności, a co więcej wskazują jednoznacznie rozwiązania techniczne konkretnego producenta/dostawcy (system sterowania Owlet oferowany przez Schreder). Dowód na tę okoliczność zostanie przedłożony na rozprawie.
8. Zamawiający podał zatem parametry rozwiązania oferowanego przez konkretnego producenta zamiast opisanie oczekiwanych funkcjonalności.
9. Dodatkowo, określone w pkt. III.2. parametry w zakresie dopuszczalnej różnicy danych fotometrycznych proponowanej oprawy równoważnej nie powinny być większe niż $\pm 5\%$ w stosunku do podanych poniżej nie jest zgodny z instytucji równoważności i jest tym samym niezgodny z ustawą Pzp. Jedynym potwierdzeniem równoważności rozwiązania oświetleniowego jest spełnienie wymagań aktualnej normy oświetleniowej w odniesieniu do sytuacji rozpatrywanych w projekcie. Ponieważ oczywiste jest, że oprawy poszczególnych producentów różnią się od siebie w zakresie danych fotometrycznych, ograniczanie tego zróżnicowania do $\pm 5\%$ jest niezgodne z Pzp gdyż narusza uczciwą konkurencję. W podobnej sprawie w wyroku Zespołu arbitrów przy Prezesie Urzędu zamówień publicznych Sygn. Akt UZP/ZO/0-1325/07 z dnia 14 listopada 2007 r., znalazła się taka konkluzja. „Wszyscy producenci opraw, jak również projektanci mają świadomość unikalnych cech bryły fotometrycznej każdej oprawy i faktu, że jest ona dla każdego producenta niepowtarzalna. Zatem nie ma żadnej możliwości sporządzić obliczeń fotometrycznych na innej oprawie, aby wszystkie parametry były o 5% gorsze, takie same lub lepsze w odniesieniu do parametrów przykładowej oprawy, dla której poszukiwana jest tak zdefiniowana oprawa równoważna.”
10. Zapis ten należałoby wykreślić. Tego zapisu nie można poprawić poprzez zwiększenie tolerancji gdyż praktycznie niemożliwe jest określenie procentowej różnicy pomiędzy danymi fotometrycznymi dla różnych typów opraw oświetleniowych. Istotą sprawy jest, że dla potwierdzenia równoważności nie są istotne rzeczowe różnice w danych fotometrycznych, a możliwość osiągnięcia lub nie spełnienia wymagań normy.
11. W tym zakresie i na marginesie, Zamawiający w poprzednim postępowaniu pod numerem NA/P/335/2018/6, które zostało unieważnione, na skutek wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy Pzp dokonał zmiany tożsamego wymogu w dniu 29 października 2018 r. (pytanie nr 2)
12. W OPZ Zamawiający publikuje przykładowe zdjęcia i wymiary konkretnych opraw oświetleniowych. W takim przypadku Zamawiający jest zobowiązany zaznaczyć, że te rysunki i wymiary mają jedynie charakter poglądowy. Jednocześnie w przypadku, gdy istnieją uzasadnione powody dla których ta cecha jest ważna dla Zamawiającego,

Zamawiający jest zobowiązany zdefiniować tolerancję wymiarową (np. +/- 20%). (por. III.3) Zamawiający w Postępowaniu tak nie zrobił. Co więcej, nie uzasadniał, czy nawet nie wskazał powodów, dla których takich cech wymaga.

13. W tym przypadku chodzi o zdefiniowanie tolerancji np. w odniesieniu do wymiarów opraw wskazanych w kartach opisujących poszczególne oprawy. Brak tej tolerancji wskazuje na jedną, konkretną oprawę i uniemożliwia zaoferowanie oprawy równoważnej.
14. Ponownie w tym zakresie i na marginesie, Zamawiający w poprzednim postępowaniu pod numerem NA/P/335/2018/6, które zostało unieważnione, na skutek wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy Pzp dokonał zmiany tożsamego wymogu w dniu 29 października 2018 r. (pytanie nr 3)
15. Znaczna niezgodność kwestionowanych zapisów SIWZ jest w zakresie pkt 4 OPZ (pkt. III.4 *petitum*), co dotyczy m.in. szczegółowego technicznego opisu systemu sterowania. Wskazane tam wymagania, w tym przy skorzystaniu z nazw własnych wskazują w jednoznaczny sposób na system sterowania Owlet oferowany przez firmę Schreder.
16. Powyższe stanowi uchybienia przepisom ustawy Pzp w postaci art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1, ust. 2, ust. 3, art. 30 ust. 4 i ust. 5 ustawy Pzp. Zamawiający dokonał bowiem opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i w sposób w zasadzie wskazując na konkretny produkt i konkretnego producenta.
17. Tym samym odwołujący żąda wprowadzenia przez Zamawiającego neutralności rozwiązań w takim sposób, aby zapisy SIWZ definiowałyby oczekiwane funkcjonalności, ale nie wskazywałyby jednoznacznie dostawcy i konkretnego produktu, jak też aby nie wskazywały w zakresie protokołu komunikacyjnego (ZigBee (IEEE 802.15.4) w powołaniu się na tę nazwę, która wskazuje na konkretną technologię. Zamawiający zaś winien wymagać konkretnych funkcjonalności. Sformułowania zaś Zamawiającego w zakresie kwestionowanych zapisów SIWZ, w istotny sposób naruszają zasadę *neutralności technologicznej* poprzez sugerowanie konkretnego rozwiązania i technologii, co narusza wprost przepis art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.
18. Na marginesie zauważyć należy, że Zamawiający powtarza postępowania na tożsamy przedmiot zamówienia z postępowaniami, które zostały wcześniej unieważnione. Tym samym też, ta okoliczność świadczy o tym, że Zamawiający ogranicza konkurencję poprzez określenie wymagań w sposób zawężający.
19. Mając na uwadze orzecznictwo KIO, podanie przez zamawiającego tzw. parametrów równoważności ma zapobiegać arbitralności zamawiającego na etapie oceny ofert i umożliwić wykonawcom kontrolę nad decyzjami zamawiającego tak przy doborze parametrów równoważności, w celu zapewnienia rzeczywistej konkurencji, jak i na etapie badania ofert, aby oferta równoważna nie została przez zamawiającego niesłusznie wyeliminowana.

[Uzasadnienie zarzutów]

20. W przedmiotowej sprawie OPZ zawarty w SIWZ zawiera opis wymogów stawianych przez Zamawiającego dla poszczególnych urządzeń, które mogą zostać spełnione jedynie przez konkretne produkty jednego producenta i nie ma możliwości zaoferowania urządzeń równoważnych. Pomimo, że Zamawiający formalnie przewidział w postanowieniach SIWZ możliwość zaoferowania rozwiązań równoważnych, co miałyby zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji, to jednak

szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz wymóg, by rozwiązania równoważne spełniały parametry uzyskane przez Zamawiającego w sposób nie gorszy w rzeczywistości wyklucza taką możliwość z uwagi na fakt, iż wszystkie wymagania Zamawiającego mogą zostać zapewnione tylko i wyłącznie przez jedno konkretne urządzenie jednego producenta, co tym samym wyklucza zachowanie warunków konkurencyjnych.

21. Na fakt, iż Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia ze wskazaniem na konkretny produkt określonego producenta wskazują – prócz identyczności w zakresie wymogów technicznych także rysunki, którymi Zamawiający posługuje się OPZ. Są one identyczne z tymi, które znajdują się w kartach katalogowych opraw firmy Schreder.
22. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia kieruje się własnymi, uzasadnionymi potrzebami i jest uprawniony oczekiwać, że w wyniku przeprowadzonego postępowania uzyska produkt, usługę lub robotę budowlaną zgodną z nimi. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 11 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2478/17 *„Obowiązek zachowania uczciwej konkurencji nie wyłącza uprawnienia zamawiającego do uzyskania świadczenia zgodnego z jego uzasadnionymi oczekiwaniami. Konieczność zapewnienia uczciwej konkurencji nie obliuguje zatem zamawiającego do nabywania dostaw, usług lub robót, które nie będą odpowiadać jego uzasadnionym potrzebom. Jednakże podkreślić należy, że potrzeby te muszą być realne, niezbędne, nie dające się uzyskać w żaden inny sposób. Tym samym nie jest dopuszczalna sytuacja, w której zamawiający opisuje przedmiot zamówienia ograniczając w istotny sposób konkurencję, podczas gdy inny niż opisany w siwz sposób wykonania tegoż zamówienia pozwoliłby mu uzyskać ten sam efekt, a jednocześnie większa ilość wykonawców uzyskałaby dostęp do zamówienia. W takiej sytuacji bowiem nie mamy do czynienia z rzeczywiście uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, a co za tym idzie - ograniczenie konkurencji polegające na uniemożliwieniu złożenia oferty wykonawcom obiektywnie zdolnym do wykonania zamówienia, również nie jest uzasadnione.”* Podobnie Izba w wyroku z 15 marca 2017 r., sygn. akt KIO 386/17: *„zamawiający ma prawo wyboru takiego sposobu opisu przedmiotu zamówienia, który zapewni zachowanie uczciwej konkurencji oraz zagwarantuje uzyskanie optymalnego rozwiązania technicznego, spełniającego jego oczekiwania. Ważne jest, aby wybrany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie naruszał dyrektyw, wynikających z art. 29 ust. 1–3 PrZamPubl”*.
23. Dlatego też w doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że w celu wykazania, że doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp należy uprawdopodobnić, że wymagania określone przez zamawiającego nie wynikają z jego zobiektywizowanych potrzeb, a oczekiwania co do określonych parametrów są na tyle wygórowane, że utrudniają lub uniemożliwiają dostęp do zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 25 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 277/10, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 czerwca 2012 r., sygn. akt XII Ga 152/12).
24. Tak jest w niniejszej sprawie.
25. Częstym rozwiązaniem jest także dopuszczenie rozwiązań równoważnych. W przedmiotowej sprawie takich możliwości Zamawiający nie przewidział, mimo określenie formalnej dopuszczalności takich rozwiązań. Zakreśleniem bowiem równoważności nie jest zakreślenie, że „różnica danych fotometrycznych proponowanej oprawy równoważnej nie powinna być większa niż $\pm 5\%$ w stosunku do

podanych poniżej". Takie określenie w zasadzie wyklucza równoważność. Aspekt równoważności został sztucznie ograniczony przez Zamawiającego.

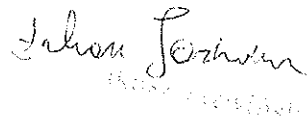
26. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że dopuszcza rozwiązania równoważne, ale jednocześnie zastrzegł, że rozwiązania te muszą spełniać parametry techniczne w sposób nie gorszy niż przewidział to w swoich obliczeniach fotometrycznych Zamawiający. Z powyższego w sposób oczywisty wynika, że dopuszczenie rozwiązań równoważnych jest *de facto* działaniem pozornym, które gwarantować miało Zamawiającemu odsunięcie od niego ewentualnego zarzutu naruszenia zasady konkurencyjności. Nie ma bowiem na rynku żadnych innych opraw, które spełniałyby wszystkie wymagania Zamawiającego łącznie i gwarantowałyby identyczne wyniki – bądź nie gorsze, jak tylko oprawy firmy Schreder.
27. Tak opisany przedmiot zamówienia ogranicza konkurencję. Odwołujący pragnie podkreślić, iż podstawową zasadą opisu przedmiotu zamówienia na dostawę sprzętu powinno być specyfikowanie właściwości użytkowych sprzętu, a nie jego szczegółowych parametrów konstrukcyjnych lub technicznych. Opisywanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazywanie wyłącznie konkretnych parametrów technicznych odnoszących się do komponentów zamawianego sprzętu i to w sposób ograniczający przedmiot zamówienia do jednego konkretnego urządzenia, jest więc niedopuszczalne, ponieważ narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
28. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, zaś w myśl art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Oba wskazane przepisy stanowią o bezwzględnym zakazie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który ogranicza dostęp do zamówienia wykonawcy potencjalnie będącemu w stanie wykonać zamówienie. W art. 29 ust. 3 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że *„Przedmiotu zamówienia nie można opisywać 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, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”*”. Wymagania stawiane wykonawcom, co do przedmiotu zamówienia, muszą mieć walor istotnych, znaczących dla przedmiotu, nie mogą mieć charakteru subiektywnego, albo więcej – zmierzających do wyeliminowania niektórych podmiotów, bądź wyrażać preferencji dla konkretnego przedmiotu (por. wyrok ZA z dnia 24 sierpnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1040/07/ i UZP/ZO/0-1045/07).
29. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest określenie rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają niektórym wykonawcom udział w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. W wyroku KIO z dnia 21 kwietnia 2009r., KIO/UZP 434/09 wskazano, że określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń

wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórych wykonawców w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia w sposób eliminujący niektórych wykonawców, winien udowodnić, że taki opis jest uzasadniony jego rzeczywistymi potrzebami (por. wyrok KIO z dnia 7 maja 2015 r., KIO 853/15).

30. Co więcej, zgodnie z przepisem art. 7 ust 1 Zamawiający ma obowiązek przygotować postępowanie zgodnie z zasadą proporcjonalności. Niezbędne dla interpretacji określenia „*proporcjonalny*” jest uwzględnienie dorobku prawa wspólnotowego i orzeczeń TSUE, gdzie przymiotnik „*proporcjonalny*” używany jest w znaczeniu „*zachowujący właściwą proporcję, nienadmierny, adekwatny*”. I tak proporcjonalny opis przedmiotu zamówienia to nakładający takie wymagania, które służą wypełnieniu uzasadnionych potrzeb zamawiającego. W wyroku z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, LEX nr 84270, TSUE wskazał, że ocena, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem ustanawiającym Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana Dz. Urz. UE C 321E z 29.12.2006, s. 37), wymaga tzw. testu proporcjonalności, czyli wykazania, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu. Test proporcjonalności jest kluczowy dla badania legalności działań podejmowanych przez zamawiającego w kontekście zachowania uczciwej konkurencji.
31. Nakaz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nie odpowiadających potrzebom zamawiającego. Zamawiający może przygotowując i prowadząc postępowanie stawiać określone wymagania – powinny one jednak być adekwatne do celów tego postępowania. Jak wykazano powyżej część zapisów SIWZ i jego załączników tych cech nie spełnia.

Wobec powyższego, wnoszę jak w *petitum*.

Za Odwołującego - pełnomocnik



Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu;
2. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
3. wydruk z KRS Odwołującego;
4. dowód dostarczenia kopii odwołania Zamawiającemu.