

Poznań, dnia 08.10.2021r.

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

Zamawiający:

Miasto Poznań
Poznańskie Ośrodki Sportu i Rekreacji
Samorządowy Zakład Budżetowy, ul. J. Sychalskiego 34, 61-553 Poznań
E: f.waligora@posir.poznan.pl, zp@posir.poznan.pl.

Odwołujący:

MAGELEKTRO Sp. z o.o. Sp. J.
ul. Romana Maya 1 bud. SEM/2
61-371 Poznań, E: przetargi@magelektro.pl
NIP: 7822493831
KRS: 0000348873

reprezentowany przez:

mgr Dorota Nowak
Kierownik działu przetargów
MAGELEKTRO Sp. z o.o. Sp. J.
ul. Romana Maya 1 bud. SEM/2
61-371 Poznań, E: dorota.nowak@magelektro.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zmianami) pn. Sukcesywna dostawa artykułów elektrycznych na potrzeby Poznańskich Ośrodków Sportu i Rekreacji.

Numer ogłoszenia: 2021/BZP 00193442/01 z dnia 27.09.2021r.

Nr: ZP.240.52.2021

ODWOŁANIE

od czynności i zaniechań Zamawiającego niezgodnych z przepisami ustawy PZP

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego, powołując się na udzielone pełnomocnictwo, które w załączeniu przedkładam, niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego dotyczących **załącznika nr 1 do SWZ (wykaz asortymentu) terminu składnia ofert z uwzględnieniem złożoności oraz czasu potrzebnego na ich przygotowanie oraz zaniechania czynności unieważnienia postępowania polegających na:**

- 1) zaniechaniu czynności opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący uniemożliwiający rzetelną wycenę oferty (załącznik nr 1 do SWZ – wykaz asortymentu)

- 2) zaniechaniu czynności wyznaczenia odpowiednio długiego terminu składania ofert z uwzględnieniem złożoności oraz czasu potrzebnego na ich przygotowanie, uniemożliwiającej rzetelną wycenę oferty.
- 3) zaniechaniu czynności unieważnienia postępowania obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**

- 1) **art. 99 ust. 1 ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.)** poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Załącznik nr 1 do SWZ – wykaz asortymentu w swoim opisie zawiera błędy techniczne, które są obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą złożenie prawidłowej i rzetelnej oferty.
- 2) **art. 283 ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.)** poprzez zaniechanie czynności przez Zamawiającego wyznaczenia terminu składania ofert z uwzględnieniem złożoności oraz czasu potrzebnego na ich przygotowanie, uniemożliwiającej rzetelną wycenę oferty.
- 3) **art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.)** poprzez zaniechanie czynności unieważnienia postępowania, które obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- a) **unieważnienia postępowania obarczonego wadą niemożliwą do usunięcia.**
- b) **zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.**

OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNE I PRAWNE ODWOŁANIA

- 1) **art. 99 ust. 1 ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.)** poprzez zaniechanie opisanie przedmiotu zamówienia sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Załącznik nr 1 do SWZ – wykaz asortymentu w swoim opisie zawiera błędy techniczne, które są obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą złożenie prawidłowej i rzetelnej oferty.
 - a) Załącznik nr 1 do SWZ:
 - poz. 62 końcówka tulejkowa izolowana 0,75mm 300 szt.
 - poz. 63 końcówka tulejkowa izolowana 1,5mm 300 szt.
 - poz. 64 końcówka tulejkowa izolowana 2,5mm 300 szt.

- poz. 65 końcówka tulejkowa izolowana 4mm 300 szt.
- poz. 66 końcówka tulejkowa izolowana 6mm 200 szt.
- poz. 67 końcówka tulejkowa izolowana 10mm 100 szt.
- poz. 68 końcówka tulejkowa izolowana 16mm 100 szt.

Zamawiający nie określił długości tulejki dla pozycji 62-68. Odwołujący zadając pytanie jaką długość końcówek izolowanych wymaga Zamawiający, otrzymał informację zwrotną cyt. „Wykonawca zobowiązany jest zaferować Zamawiającemu końcówki o różnej długości, zgodnie z bieżącym zamówieniem Zamawiającego”. Zamawiający nie mogą przerzucać całego ryzyka kontraktowego na Wykonawców stawiając wymóg uwzględnienia w ofercie przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach umowy czy opisie przedmiotu zamówienia, oczekując od wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty. Długość tulejki wpływa istotnie na jej cenę. Tymczasem, przepisy art. 357 1 k.c., 358 – k.c. czy 632 § 2 k.c. mają charakter szczególny. Przesłanką sądowej zmiany umowy na każdej z omawianych podstaw jest wyjątkowość i nieprzewidywalność. Jeśli więc Zamawiający wymaga skalkulowania w cenie oferty okoliczności i ryzyk nieprzewidywalnych, to tym samym pozwala na składanie ofert o charakterze spekulacyjnym, wbrew zasadom wyrażonym w przepisach art. 29 – 31 ustawy Prawo zamówień publicznych.

- b) Załącznik nr 1 do SWZ:
 - poz. 73 złączka instalacyjna Wago 2”, 100 szt.
 - poz. 74 złączka instalacyjna Wago 3”, 400 szt.
 - poz. 75 złączka instalacyjna Wago 5”, 200 szt.
 - poz. 76 złączka instalacyjna Wago 8”, 200 szt.

Zamawiający nie określił jakich złączek wymaga. Dedykowane są dwa rodzaje „na drut” i „na linkę”. Określenie rodzaju złączek wpływa istotnie na cenę oferty. Przedmiot winien zostać tak opisany, aby nie budził wątpliwości po stronie Wykonawcy umożliwiając rzetelną wycenę oferty.

- c) Załącznik nr 1 do SWZ:
 - poz. 86 wtyk siłowy 16A, 16 szt.
 - poz. 87 gniazdo siłowe 16A, 16 szt.
 - poz. 88 gniazdo siłowe 32A, 12 szt.
 - poz. 89 gniazdo siłowe 32A, 12 szt.
 - poz. 90 wtyk siłowy 63A, 9 szt.
 - poz. 91 gniazdo siłowe 63A, 9 szt.

Zamawiający nie określił jaki rodzaj wtyków i gniazd siłowych wymaga oraz nie sprecyzował stopnia szczelności IP. Odwołujący zadając pytanie do zamawiającego o doprecyzowanie parametrów technicznych, otrzymał informację zwrotną w dniu 01.10.2021 cyt. *“Osprzęt do wyboru przez Zamawiającego przy realizacji zamówienia”*. Zamawiający nie mogą przerzucać całego ryzyka kontraktowego na Wykonawców stawiając wymóg uwzględnienia w ofercie przetargowej okoliczności, które nie zostały przewidziane w warunkach umowy czy opisie przedmiotu zamówienia, oczekując od wykonawców skalkulowania w ofercie ryzyk

niemożliwych do zidentyfikowania na etapie przygotowania oferty. Określenie rodzaju wtyków i gniazd siłowych (4-bolcowych lub 5-bolcowych) wpływa istotnie na cenę oferty.

- d) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 111 rura termokurcz różne rozmiary 20 mb.

Zamawiający nie doprecyzował rozmiaru rur. Odwołujący zadając pytanie do zamawiającego o doprecyzowanie pojęcia "różne rozmiary 20mb" otrzymał informację zwrotną cyt. „Zamawiający oczekuje w sumie 20mb asortymentu w okresie trwania umowy, natomiast parametry asortymentu takie jak średnica do wyboru Zamawiającego przy realizacji zamówienia”. Średnica rur jest istotnym parametrem technicznym mającym duży wpływ na cenę. Zamawiający nie mogą przerzucać całego ryzyka kontraktowego na wykonawców.

- e) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 121 przewód antenowy koncentryczny, 100 mb.

Zamawiający nie określił parametrów technicznych przekroju żyły przewodu. Opis pozycji nie pozwala na dobranie odpowiedniego asortymentu. Brak szczegółowych danych technicznych.

- f) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 129 wyłącznik p/t typu np. Cariva, 5 szt.

Zamawiający nie określił rodzaju włącznika (pojedynczy, podwójny schodowy, krzyżowy, świecznikowy). Brak określenia rodzaju włącznika nie pozwala prawidłowo dobrać asortymentu.

- g) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 132 wyłączniki hermetyczne jednobiegunowe – natynkowe, 4 szt.

Zamawiający nie określił parametrów szczelności hermetyczności. Brak danych nie pozwala prawidłowo dobrać asortymentu.

- h) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 143 świetlówki 8W barwa biała, 8 szt.

Zamawiający nie określił typu świetlówki (liniową, kompaktową, ledową) oraz rodzaju gwintu. Brak parametrów technicznych nie pozwala na prawidłowe dobranie asortymentu.

- i) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 149 bezpieczniki topikowe 10A, 10 szt.
poz. 150 bezpieczniki topikowe 16A, 10 szt.
poz. 151 bezpieczniki topikowe 25A, 10 szt.
poz. 152 bezpieczniki topikowe 35A, 10 szt.

Zamawiający nie określił typu bezpieczników (D01, D02, Biwts). Odwołujący zadając pytanie do zamawiającego o doprecyzowanie rodzaju zadziałania bezpieczników „zwłoczne”

czy „szybkie”, otrzymał informację cyt. „Rodzaj bezpieczników do wyboru przez Zamawiającego przy realizacji bieżącego zamówienia”. Brak parametrów technicznych nie pozwala na dobranie prawidłowego asortymentu.

- j) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 161 szyna zasilająca 16 mm² (trójfazowa) – do "S", 1 szt.
poz. 162 szyna łącznikowa 16 mm² (jednofazowa) – do "S", 2 szt.

Zamawiający nie określił parametrów technicznych długości (dla 12 modułów bądź 54 modułów). Brak danych nie pozwala na dobranie odpowiedniego asortymentu z uwagi na dużą rozbieżność w cenie (ok. 300%).

- k) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 163 dławik na przewody o przekroju 11 gumowe typu PG, 10 szt.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując parametry techniczne, które same sobie zaprzeczają. Nazewnictwo „gumowe”, a „PG” (plastik) wskazuje na dwa różne materiały. Brak możliwości dobrania prawidłowego asortymentu.

- l) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 206 świetlówki 13W – barwa dzienna, 5 szt.

Zamawiający nie określił typu świetlówki (liniową, kompaktową, ledową) oraz rodzaju gwintu. Brak parametrów technicznych nie pozwala na prawidłowe dobranie asortymentu.

- m) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 209 przedłużacz 5m 230V+PE, 5 szt.

Zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia jakiego typu przewodu wymaga. Dostępne są dwa rodzaje polwinit lub gumowy. Wpływa to istotnie na cenę. Brak szczegółowych parametrów technicznych nie pozwala na prawidłowe dobranie asortymentu

- n) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 216 żarówka metalohalogenowa 230 V 230 W HPI PHILIPS, 5szt.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując na źródło światła 230W. Żarówka metalohalogenowa o podanych parametrach technicznych nie jest dostępna na rynku. Brak możliwości dobrania prawidłowego asortymentu.

- o) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 224 bezpiecznik DO2 50 A, 63 A gl/gG 10szt.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia wskazał dwa modele bezpieczników 50A i 63A w jednym wierszu. Brak możliwości dobrania prawidłowego asortymentu.

- p) Załącznik nr 1 do SWZ:

poz. 785 wtyczki 220A+0, 10 szt.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując na gniazdo 220A+0. Wtyczka o podanych parametrach technicznych nie jest dostępna na rynku. Brak możliwości dobrania prawidłowego asortymentu.

- q) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 794 puszki hermetyczne 4mm², 5szt.
poz. 795 puszki hermetyczne 10mm², 5 szt.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie wskazując na kluczowe parametry techniczne tj. wysokość, szerokość, długość. Brak możliwości dobrania prawidłowego asortymentu.

- r) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 858 kołki rozporowe 8, 200 szt.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie wskazując na kluczowe parametry techniczne tj. typ i długość. Brak możliwości dobrania prawidłowego asortymentu.

- s) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 913 oprawa LED ścienna-sufitowa 8W gastro, 30szt.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując nazewnictwo „gastro”. Brak definicji słowa „gastro”. Wykonawca nie ma możliwości dobrania prawidłowego asortymentu opierając się na całości opisu pozycji.

- t) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 949 bezpiecznik typ S- 301 16A, 10 szt.
Zamawiający opisał przedmiot zamówienia nie podając charakterystyki bezpiecznika tj. szybkości zadziałania A,B,C lub D oraz wskazania prądu zwarcowego 6kA lub 10kA.

- u) Załącznik nr 1 do SWZ:
poz. 974 czwórniki (listwy) z zerem, 2szt.

Zamawiający nie określił w opisie przedmiotu zamówienia typu czwórnika (gumowy, elastomerowy lub plastikowy). Brak możliwości dobrania prawidłowego asortymentu.

- v) Załącznik nr do SWZ:
Poz. 988 gniazdo 5x63A, 3 szt.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia bez określenia typu gniazda (stałe lub przenośne). Brak możliwości dobrania prawidłowego asortymentu.

- w) Załącznik nr 1 do SWZ:
Poz. 1035 puszka n/t do nidy, 4 szt.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia wskazując na gniazdo 220A+0. Wtyczka o podanych parametrach technicznych nie jest dostępna na rynku. Brak możliwości dobrania prawidłowego asortymentu.

- 2) **art. 283 ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.)** poprzez zaniechanie czynności przez Zamawiającego wyznaczenia terminu składania ofert z uwzględnieniem złożoności oraz czasu potrzebnego na ich przygotowanie, uniemożliwiając rzetelną wycenę oferty.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dot. Sukcesywna dostawa artykułów elektrycznych na potrzeby Poznańskich Ośrodków Sportu i Rekreacji obejmowało pierwotnie **wycenę asortymentu w ilości 1133 pozycje (słownie: jeden tysiąc sto trzydzieści trzy pozycje)**. Termin wyznaczony przez Zamawiającego nie był realny do spełnienia. Magelektro Sp. z o.o. Sp. J. jako profesjonalista branży powziął wątpliwości co do rzetelnego prowadzenia postępowania ze strony Zamawiającego. Odwołujący zwrócił się z wnioskiem do Zamawiającego w dniu 24.09.2021r. o przedłużenie terminu składania ofert do 08 października 2021r. Decyzją Zamawiającego z dnia 27.09.2021r. ww. termin został przedłużony tylko do 05 października 2021r. W dniu 30 października 2021 r. firma Magelektro Sp. z o.o. Sp. J. zwróciła się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści opisu przedmiotu zamówienia dla załącznika nr 1 do SWZ. Zamawiający zdawkowo odpowiedział na większość wątpliwości co do opisu przedmiotu zamówienia dla wskazanych w zapytaniu pozycji oraz zrezygnował z części asortymentu. W dniu 01 października 2021r. zmienił załącznik nr 1 do SWZ **modyfikując wykaz asortymentu do ilości 1107 pozycji**. Odwołujący w czasie przygotowania oferty powziął kolejne wątpliwości natury technicznej dla wielu pozycji z wykazu. W dniu 03 października 2021r. ponownie zadał pytania Zamawiającemu w celu złożenia rzetelnej oferty. Odwołujący nie otrzymał odpowiedzi od Zamawiającego, który w drodze prowadzenia postępowania powziął informację, które miały znaczący wpływ na prawidłowość prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w drodze ustawy PZP. Zamawiający zaniechał jakichkolwiek działań w kierunku sprostowania opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający zaniechał przedłużenia terminu na złożenie oferty oraz sprostowania opisu przedmiotu zamówienia i modyfikacji załącznika nr 1 do SWZ.

- 3) **art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.)** poprzez zaniechanie czynności unieważnienia postępowania, które obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania. Na tym etapie postępowania (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można usunąć. Warto podkreślić, że zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie poglądem, interes publiczny nie musi być tożsamy z interesem zamawiającego i to właśnie na zamawiającym ciąży obowiązek wskazania o jaki interes publiczny chodzi oraz udowodnienie, że jest on na tyle ważny i znaczący, że bezwzględnie wymaga ograniczenia uprawnień wykonawców. Elementem koniecznym jest również istotność zmiany oraz jej nieprzewidywalny charakter, który należy rozpatrywać jako niemożność, przy zachowaniu należytej staranności, przewidzenia jej przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Zamawiający winien unieważnić postępowanie, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą

uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Przedmiotowej przesłanki unieważnienia postępowania nie należy upatrywać tylko i wyłącznie w odniesieniu do art. 457 pzp, który w swojej treści wymienia przesłanki unieważnienia umowy.

Przykładem może być sytuacja opisana w wyroku o sygn. akt KIO 2176/19, w której Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania. Na tym etapie postępowania (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można usunąć. Prawo Zamawiającego do jednostronnego kształtowania warunków przyszłej umowy nie ma charakteru absolutnego. Rezygnacja ze wspomnianych klauzul może skutkować naruszeniem uczciwej konkurencji, ponieważ tylko wykonawcy posiadający znaczne rezerwy finansowe, zezwalające na sfinansowanie ewentualnych strat powstałych w wyniku niemożliwych do przewidzenia sytuacji, będą mogli pozwolić sobie na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Celem zamawiającego winno być dążenie do realizacji zamówienia, wyrażające się we współpracy z wykonawcą i podejmowaniu wszelkich możliwych działań zmierzających do realizacji umowy. Obarczenie zaś wykonawcy konsekwencjami zaniechań i działań zamawiającego nie służy powyższemu celowi w żaden sposób. Jest wyłącznie próbą niezasadnego obarczenia wykonawcy konsekwencjami własnych zaniechań i działań. Takie działanie stanowi w ocenie Odwołującego nadużycie prawa ze strony zamawiającego i stanowi naruszenie zasady słuszności kontraktowej i uczciwego postępowania.

Odwołujący wykazał zatem, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie (Por.: P. Janda [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Janda Paweł, Pełczyński Piotr, Babiarz Stefan, Czarnik Zbigniew, Warszawa 2010, LexPolonica).

Z poważaniem

mgr Dorota Nowak

WYKAZ ZAŁĄCZNIKÓW:

1. Pełnomocnictwo z dnia 08.10.2021 r.
2. Opłata od pełnomocnictwa
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości.
4. Załącznik nr 1 do SWZ pierwotny.
5. Załącznik nr 1 do SWZ zmodyfikowany.
6. Wyjaśnienia i modyfikacje treści SWZ z dnia 27.09.2021 r.
7. Wyjaśnienia i modyfikację treści SWZ z dnia 01.10.2021 r.
8. Informacja z otwarcia ofert.
9. Specyfikacja Warunków Zamówienia
10. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.