

Sygn. akt: KIO 2032/11

**WYROK**

**z dnia 05 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2011 r. przez wykonawcę **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków**

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Thorn Lighting Polska Sp. z o.o., ul. Gazowa 26a, 50-513 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

**Przewodniczący: .....**

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę wraz z zainstalowaniem opraw oświetlenia ulicznego oraz parkowego na terenie Miasta Krakowa”.

Odwołujący Thorn Lighting Polska sp. z o.o. zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne ustalenie, że w przedmiotowym postępowaniu cena najkorzystniejszej oferty (tj. oferty odwołującego się) jest wyższa niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia

2) art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez podjęcie kolejnej decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, „która jest sprzeczna z rozstrzygnięciem Zamawiającego z dnia 25.07.2011 r., w którym zamawiający uwzględnił w całości zarzuty wykonawcy podniesione w odwołaniu z dnia 20.07.2011 r., a zaskarżona niniejszym odwołaniem czynność zamawiającego stawia ofercie odwołującego się identyczne zarzuty, jak te które wcześniej zamawiający uznał za nieprawidłowe i uwzględnił wcześniejsze odwołanie Odwołującego się”,

3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 poprzez błędne ustalenie, iż oferta odwołującego się podlegała odrzuceniu jako nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, „podczas gdy zamawiający potwierdził prawidłowość oferty odwołującego się w swojej decyzji z dnia 25.07.2011 r. o uwzględnieniu poprzedniego odwołania odwołującego się (na tej podstawie Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 1.08.2011 r. umorzyła postępowanie odwoławcze sygn. akt: KIO 1558/11), a oferta odwołującego się jest zgodna z wymaganiami zawartymi w SIWZ”.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu oferty odwołującego się, orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący wziął udział w niniejszej procedurze przetargowej, złożył ofertę z ceną 782.050,50 zł brutto. Zamawiający w dniu 14 lipca 2011 r. odrzucił ofertę Odwołującego wskazując na jej niezgodność z zapisami SIWZ i dokonał wyboru oferty ZUE S.A. w Krakowie. Wobec powyższej decyzji Zamawiającego, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2011 roku. Zamawiający uwzględnił wszystkie zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu, wskazując jednocześnie, że ofertę wykonawcy należy uznać za prawidłową, zgodnie z postanowieniami SIWZ, a

wszelkie nieprecyzyjne określenia SIWZ Zamawiający tłumaczy na korzyść wykonawców, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO. Na tej podstawie Krajowa Izba Odwoławcza, postanowieniem z dnia 1.08.2011 r., umorzyła postępowanie w sprawie odwołania z dnia 20.07.2011 r. prowadzone pod sygn. akt: KIO 1558/11. Zamawiający zobowiązany był dokonać czynności w postępowaniu, zgodnie z wnioskami zawartymi w odwołaniu, tj. unieważnić decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy odwołującego i dokonać ponownie oceny złożonych w postępowaniu ofert.

Zamawiający w dniu 4.08.2011 r. unieważnił postępowanie przetargowe. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od decyzji Zamawiającego o unieważnieniu przedmiotowego postępowania przetargowego. W dniu 24.sierpnia 2011 r. sygn. KIO 1558/11 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, w uzasadnieniu przedstawiając te same okoliczności, jak w dniu 14 lipca 2011 roku.

W dniu 20 września 2011 roku Odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej podnosząc poniżej opisane zarzuty i okoliczności.

Odwołujący zarzucił, że czynność Zamawiającego narusza przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie ustalił, że w przedmiotowym postępowaniu cena najkorzystniejszej oferty jest wyższa niż kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Odwołujący stwierdził, iż jego oferta w postępowaniu jest najkorzystniejsza. Cena zaoferowana przez Odwołującego wynosi 782.050,50 zł, zaś kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację niniejszego zamówienia, przedstawiona przez Zamawiającego przed otwarciem ofert wynosiła 1.250.000 zł. Odwołujący podniósł, iż decyzja Zamawiającego o ponownym odrzuceniu oferty Odwołującego nie jest prawidłowa, gdyż uznanie oferty Odwołującego za sprzeczną z SIWZ jest nieprawidłowe.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego sprzecznie z wcześniej podjętymi dwoma decyzjami o uznaniu tej oferty za zgodną z SIWZ. Zamawiający w decyzji z dnia 14.07.2011 r. stwierdził, że uznaje wszystkie zarzuty podniesione przez Odwołującego, tożsame z zarzutami podniesionymi również w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Zatem, jak podniósł Odwołujący, Zamawiający zgodnie z art. art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien dokonać czynności zgodnie z wnioskiem zawartym w odwołaniu. Wykładnia literalna przepisu art. 186 ust. 2 zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych nie pozwala na przyjęcie, że

Zamawiający może dokonać ponownie czynności wbrew swojej decyzji o uwzględnieniu odwołania.

Odwołujący podkreślił, iż decyzja Zamawiającego z dnia 14.07.2011 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz decyzja Zamawiającego z dnia 12.09.2011 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego są identyczne.

Odwołujący podkreślał, że Zamawiający, powinien do oceny ofert stosować kryteria określone w SIWZ, a zgodność oferty z SIWZ nie może być badana z uwzględnieniem dokumentów, wymagań osób trzecich, jak np. konserwator zabytków.

Odwołujący podniósł także, iż czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego jest nieprawidłowa i dokonana została z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP. Przy ocenie ofert Zamawiający winien stosować reguły, które sam ustanowił w SIWZ oraz wymagać od Wykonawców spełnienia jedynie tych warunków podmiotowych i przedmiotowych (odnoszących się do dostaw), których wymagał w SIWZ. Dokonywanie oceny ofert w oparciu o warunki, które nie zostały określone w SIWZ jest podstawą do uznania, że postępowanie było prowadzone przez Zamawiającego z naruszeniem art. 7 ust. 1 PZP, a więc z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający wymagał w treści SIWZ, aby oferowane przez wykonawców oprawy charakteryzowały się rozsyłem światłości opisanym na przedstawionych w tych punktach rysunkach +- 5%. Odwołujący twierdził, iż zaoferowane przez niego oprawy oświetleniowe spełniają wymóg Zamawiającego. W ocenie Odwołującego z przedstawionych w SIWZ w załączniku 7 w pkt a-d rysunków nie wynika, aby Zamawiający żądał kątów rozsyłu: 152° x 70° dla opraw drogowych, 160° x 69° dla opraw styli zowanych parkowych, 154° x 68° dla opraw drogowych przewieszkowych, 154° x 55° dla opraw stylizowanych 250W. Odwołujący podkreślał, że Zamawiający nie wskazywał w załączniku nr 7 konkretnych kątów rozsyłu światłości dla poszczególnych typów opraw, a jedynie wskazał, że oprawy powinny charakteryzować się rozsyłem światłości takim jak rysunkach umieszczonych w pkt a-d załącznika nr 7 i oprawy oświetleniowe z oferty Odwołującego się takie parametry spełniają.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający w SIWZ określił, iż wygląd, styl i wielkość opraw oświetleniowych ma być „podobna” do rysunków umieszczonych w pkt a-d załącznika nr 7 do SIWZ. Odwołujący zaznaczył, iż oprawy zaoferowane przez Odwołującego są oprawami podobnymi do opraw, które opisał Zamawiający w pkt a-d załącznika nr 7 w zakresie ich przeznaczenia, wielkości, stylu, wyglądu. Odwołujący zauważył, iż oprawy zaoferowane przez Odwołującego w ofercie zostały zaprojektowane właśnie dla celów opisanych przez Zamawiającego w SIWZ i od wielu już lat są używane do realizacji oświetlenia drogowego, parkowego i oświetlenia oprawami stylizowanymi.

Zamawiający w informacji o rozstrzygnięciu postępowania przetargowego twierdził, iż oprawy Nerine 2 i EP 145 stylem i wymiarami stanowczo odbiegają od wymogów SIWZ. W ocenie Odwołującego powyższe twierdzenie Zamawiającego jest błędne. Odwołujący podniósł, iż „Zamawiający formułując wymóg, aby oprawy które zaoferują wykonawcy były podobne do opisu zawartego w SIWZ nie może później arbitralnie i na niekorzyść wykonawców interpretować pojęcia „podobne” w zakresie wielkości, stylu i wyglądu opraw.”

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. Odwołanie przysługuje od każdorazowej czynności (bądź zaniechania Zamawiającego) w postępowaniu. Odwołanie w niniejszym postępowaniu zostało wniesione po otrzymaniu przez Odwołującego informacji o unieważnieniu postępowania, jak również o odrzuceniu oferty Odwołującego (dokonanej w dniu 12 września 2011 roku). Poprzednio wniesione odwołanie dotyczące takich samych czynności Zamawiającego względem oferty Odwołującego nie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę z uwagi na fakt, iż Zamawiający uwzględnił zarzuty w całości. Zatem w niniejszym przypadku nie znajduje zastosowania podstawa odrzucenia odwołania wskazana przez Zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie, określona w artykule 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem Zamawiający odrzucił jego ofertę. W przypadku, gdyby Zamawiający nie dokonał tej czynności - oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Izba umarzając postępowanie odwoławcze w dniu 01 sierpnia 2011 roku na podstawie art. 186 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie dokonywała merytorycznej oceny zarzutów. W przypadku uznania przez Zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, na Zamawiającym ciąży obowiązek zachowania się zgodnie z dyspozycją wynikająca z art. 186 ust. zdanie 2, a więc wykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartymi w treści wniesionego odwołania. W sytuacji, gdy Zamawiający nie wykona tego zobowiązania, można uznać, iż naruszył przepisy procedury przewidzianej prawem. Zamawiający nie wykonując czynności zgodnie z żądaniem zawartym w uwzględnionym w całości odwołaniu (po umorzeniu postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą) naraża się więc na zarzut

naruszenia artykułu 186 ust. 2 lub 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i tym samym ewentualne merytoryczne rozpoznanie odwołania wniesionego wobec tych czynności. Stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego tylko art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie przesądza o uwzględnieniu odwołania, lecz tylko o jego merytorycznym rozpoznaniu.

Zamawiający zawsze winien mieć na uwadze zasadę praworządności, nakazującą Zamawiającemu udzielenie zamówienia w sposób zgodny z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych. Zasada ta wyrażona jest wprost w artykule 7 ust. 3 Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający udziela zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zatem Zamawiający ma prawo korygować swoje czynności. W sytuacji, gdy powtórnie zostanie wniesione odwołanie na te same czynności Zamawiającego, które wcześniej zostały Zamawiającemu zarzucone w odwołaniu, a Zamawiający uznał zarzuty i nie dokonał przy powtórnej ocenie oferty czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, Izba zobowiązana jest rozpatrzyć te zarzuty merytorycznie. Izba nie może poprzestać na stwierdzeniu, że Zamawiający powinien był zachować się zgodnie z nakazem zawartym w art. 186 ust. 2 zdanie drugie Prawa zamówień publicznych. Taka bowiem sytuacja może prowadzić do usankcjonowania przez Izbę w wyroku sytuacji niezgodnej z prawem, a także uznania okoliczności, które nie podlegały merytorycznemu badaniu przez Izbę.

Podkreślić zatem należy, iż naruszenie przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy nie przesądza o uwzględnieniu odwołania, lecz jedynie obliguje do jego merytorycznego rozpoznania. Jeżeli czynności dokonane przez Zamawiającego nie byłyby wadliwe, odwołanie zostałoby oddalone.

W świetle powyższego, Izba dokonała merytorycznego rozpatrzenia zarzutów wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający w treści SIWZ wymagał, aby oprawy oświetleniowe spełniały wymogi podobieństwa w zakresie wymiaru, stylu i wyglądu. Izba podziela pogląd Zamawiającego wyrażony w treści informacji o unieważnieniu postępowania z dnia 12 września 2011 roku (w tym także o odrzuceniu oferty Odwołującego), iż w odniesieniu do oferowanych przez Odwołującego opraw EP 145 powyższy wymóg SIWZ nie został spełniony.

Oferowana przez Odwołującego oprawa EP 145 nie spełnia wymogu w zakresie podobieństwa wyglądu. Kształt tej oprawy jest inny niż wymagał Zamawiający. Wg SIWZ oprawa ta miała posiadać klosz przezroczysty sześciokątny, tj. posiadać sześć przezroczystych ścianek bocznych. Wymóg ten wynika jednoznacznie zarówno z opisu znajdującego się w SIWZ, jak i z rysunku będącego częścią specyfikacji. Z treści oferty Odwołującego wynika, że oferowana przez Odwołującego oprawa nie spełnia powyższego

wymogu. Odwołujący zaoferował oprawę o kształcie odmiennym od tego, który wymagał Zamawiający. Jak wynika z rysunków załączonych do oferty Odwołującego, Odwołujący zaoferował oprawę czterokątną, o czterech ściankach bocznych. W ocenie Izby nie jest zachowane podobieństwo wyglądu i przede wszystkim wprost (literalnie) wyrażony wymóg Zamawiającego w treści SIWZ. Trudno uznać, iż oprawa sześciokątna jest podobna do czteropłaszczyznowej. Są to zupełnie różne bryły geometryczne. Bryła sześciopłaszczyznowa jest bryłą znacznie bardziej skomplikowaną i urozmaiconą.

Zaproponowana przez Odwołującego oprawa Nerine 2 nie spełnia wymagań w zakresie podobieństwa wymiarów do lampy opisanej przez Zamawiającego. Oprawa ta posiada inne proporcje długości do szerokości niż opisana w SIWZ lampa wzorcowa. Lampa wzorcowa miała mieć wymiary: wysokość 945 mm, szerokość 790 mm, natomiast zaproponowana ma średnicę 725 mm, a długość 719 mm. Takie wymiary oprawy oznaczają, że w rzucie bocznym lampa ta wpisana jest w figurę geometryczną zbliżoną do kwadratu, gdyż różnica pomiędzy długością a szerokością wynosi jedynie 6 mm. Tymczasem z SIWZ wynika, że lampa wzorcowa ma średnicę 790 mm, przy długości 945 mm. Różnica między długością a średnicą wynosząca 155 mm oznacza, że w przekroju bocznym lampa ta wpisana jest w prostokąt, a nie w kwadrat. Tym samym proponowana przez Odwołującego oprawa nie spełnia wymogu podobieństwa wymiaru. Nadto wskazać należy, że sama długość lampy oferowanej przez Odwołującego jest o ponad 200 mm krótsza niż lampy wzorcowej. Także ta okoliczność przesądza o tym, że w zakresie wymiarów lampa ta nie może zostać uznana za podobną do lampy wzorcowej (SIWZ).

Przedmiotem niniejszego postępowania jest wymiana już istniejącego oświetlenia, stąd zrozumiały i uzasadniony jest wymóg Zamawiającego podobieństwa do lamp już istniejących. Odwołujący nie zaprzeczył, iż miał świadomość, że przedmiotem przetargu jest uzupełnienie już istniejącego stanu opraw oświetlenia w Krakowie. Zatem podobieństwo w zakresie wymiarów oznacza, że wymiary oferowanych lamp powinny być zbliżone do wzorcowych, opisanych w SIWZ. W oprawie Nerine 2 różnica w zakresie długości oprawy oferowanej do oprawy wymaganej wynosi ponad 20%.

Ponadto w ocenie Izby styl oferowanej przez Odwołującego oprawy odbiega od wymaganej przez Zamawiającego. Styl i kształt oprawy są inne. Zamawiający wymagał dłuższej, smuklejszej oprawy o bardziej skomplikowanych kształtach, zaś zaproponowana oprawa posiada prostszy styl, jest krótsza i posiada inne proporcje.

Izba uznała, iż spóźniony jest zarzut Odwołującego, że Zamawiający nie podał w SIWZ żadnych wytycznych, w jaki sposób będzie sprawdzał spełnienie warunku podobieństwa opraw oświetleniowych do opraw, których użył do opisu zamówienia. Zarzut ten w istocie jest

zarzutem dotyczącym treści SIWZ. Odwołujący przed złożeniem oferty nie kwestionował treści SIWZ i złożył ofertę wiedząc, jakie są wymogi Zamawiającego, m. in. w zakresie podobieństwa opraw oświetleniowych. Składając ofertę, Odwołujący godził się na ocenę zaoferowanych przez siebie opraw pod kątem ich podobieństwa z oprawami wzorcowymi. Zarzut ten więc jest na obecnym etapie postępowania zarzutem spóźnionym. Izba podziela pogląd, że wyrażenie „podobny” – oznacza, iż nie wszystkie cechy, ale znaczącą większość cech jest wspólnych dla porównywanych obiektów, a cechy różniące obiekty nie mają wpływu na ogólny wygląd i charakter. Jednakże ww. cechy zaoferowanych opraw wskazują na zaoferowanie opraw o innym kształcie bądź stylu, niedopasowanym do już istniejącego.

Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, iż oprawy oświetleniowe zaoferowane przez Odwołującego nie spełniają wymogów SIWZ w zakresie rozsyłu światła. W zakresie rozsyłu światła Zamawiający przedstawił jedynie rysunki, z których nie sposób określić, jaki jest wymagany kąt rozsyłu. Takie informacje nie wynikają z SIWZ, Zamawiający nie był w stanie również odczytać ich precyzyjnie z rysunków w trakcie rozprawy. Trudno wobec powyższego ocenić, czy oferta Odwołującego w tym zakresie odpowiada, czy też nie odpowiada treści SIWZ, skoro z treści SIWZ nie wynika kąt rozsyłu światła.

Izba na marginesie zauważa, że Zamawiający nie wskazał wszystkich istotnych podstaw, które mogłyby stanowić podstawę ewentualnego odrzucenia oferty, na które Zamawiający powoływał się w trakcie rozprawy (jak np. określony ciężar opraw). Z uwagi na fakt, iż nie zostało to wskazane w decyzji o rozstrzygnięciu postępowania przetargowego i tym samym nie mogło stanowić podstawy wniesionego odwołania, Izba pozostawiła tę kwestię bez rozpoznania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:**

.....