

**WYROK**  
**z dnia 8 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2015 r. przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. w Krośnie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Rzeszów - Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie

przy udziale SKANSKA S.A. w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Miastu Rzeszów - Miejskiemu Zarządowi Dróg w Rzeszowie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. w Krośnie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Rzeszów - Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wybór oprawy oświetleniowej podając producenta oraz typ/symbol oprawy tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Gminy Miasta Rzeszów - Miejskiego Zarządu Dróg w Rzeszowie na rzecz Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. w Krośnie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Rzeszowie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Miasto Rzeszów - Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rozbudowa ul. Sulikowskiego - odcinek 3 budowa drogi łączącej ul. Sulikowskiego z ul. Św. Rocha, realizowana w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa ul. Sulikowskiego”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 21 lipca 2015 r. pod pozycją 107893. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 19 sierpnia 2015 r. informacji o wyniku postępowania wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Drogowych w Krośnie S.A. w Krośnie wniósł odwołanie 24 sierpnia 2015 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że przez odrzucenie jego oferty z powodu niewskazania w formularzu ofertowym symbolu oferowanej oprawy oświetleniowej naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz dokonanie wyboru tej oferty.

Podniósł, że zgodnie z wymaganiem zawartym w formularzu ofertowym należało podać typ lub symbol oprawy, a odwołujący podał typ oprawy. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie ustanowił wymagań, aby w formularzu ofertowym potwierdzić parametry oferowanych opraw oświetleniowych. Ponadto wywiódł, że karty katalogowe i certyfikaty złożone przez odwołującego dla potwierdzenia spełniania przez oferowane oprawy wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ”) nie były przez zamawiającego kwestionowane, co oznacza, że odwołujący potwierdził spełnianie przez oferowane oprawy wymagań SIWZ, w tym w zakresie posiadania przez oprawy sterownika zintegrowanego.

Zarzucił również, 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.

Odwołujący wywiódł również, że zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN sformułowanie pkt 5 formularza ofertowego należało interpretować jako alternatywę – czyli wymaganie typu lub symbolu oferowanej oprawy oraz sterownika segmentowego. Wyjaśnił, że nie wiadomo, co w przypadku oprawy oświetleniowej Teceo 1 znaczy użyte przez zamawiającego wyrażenie „symbol”, gdyż Teceo1 oznacza typ oprawy, która może być dostarczona w różnej

konfiguracji. Dodatkowe oznaczenia poza nazwa Teceol są oznaczeniami producenta i jest to ciąg cyfr i liter, a ich znaczenie nie jest opisane w żadnym katalogu ani karcie katalogowej oprawy. Wymagana konfiguracja oprawy opisywana jest przy zapytaniu lub zamówieniu. Biorąc pod uwagę fakt, iż w ofercie został uwzględniony sterownik centralny służący do komunikowania się z poszczególnymi oprawami - bezzasadny byłby montaż opraw bez odbiorników, ponieważ urządzenia (tj. oprawy z sterownikiem) nie komunikowały by się między sobą i nie osiągnięto by celu, jakim jest sterowanie natężeniem oświetlenia.

Podnosił również, że złożył oświadczenia wymagane przez zamawiającego potwierdzające zgodność oferty z SIWZ oraz, że złożenie kart katalogowych dotyczących sterownika segmentowego Seco wskazuje, że oprawa Teceo1 wyposażona jest w sterownik zintegrowany, gdyż w karcie podano, że służy on przekazywania informacji pomiędzy serwerem a sterownikami lokalnymi w oprawach.

Wykonawca SKANSKA S.A. w Warszawie 28 sierpnia 2015 r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi z 3 września 2015 r. wniósł o oddalenie odwołania. Oświadczył, że w pkt 5 formularza ofertowego wykonawca miał wskazać, jaką konkretnie oprawę oświetleniową i sterownik segmentowy oferuje. Podniósł, że odwołujący podał tylko ogólnie typ oprawy oświetleniowej, a nie określił symbolu, który wskazywałby, że oprawa wyposażona jest w sterownik zintegrowany. Zamawiający wskazał, że z samych kart katalogowych złożonych przez odwołującego wynika, że oprawy Teceo1 mogą być zasilane prądem o różnym napięciu (350, 500, 700 mA) a każdym napięciu są oprawy, w których może być 16, 24, 32, 40 lub 48 diod LED. Oznacza to, że istnieje co najmniej 15 podstawowych typów opraw, a przy uwzględnieniu rodzaju oraz ilości dodatkowego osprzętu liczba możliwych wariantów urasta do 300. Z wyjaśnień firmy Schroeder wywodził, że liczby i litery w oznaczeniu oprawy oświetleniowej mają istotne znaczenie z punktu widzenia rodzaju oprawy, ceny oraz zużycia prądu na etapie eksploatacji.

Zamawiający uznał, że wymagał informacji umożliwiających ustalenie, co zostało mu zaoferowane, w związku z czym nie mógł zastosować art. 87 ust. 1 Pzp wobec odwołującego, gdyż doprowadziłoby to do podania informacji nie wskazanych w ofercie, a zatem do zmiany treści oferty.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z rozdziałem II SIWZ zakres robót obejmował budowę oświetlenia ulicznego.

Opis wymagań zamawiającego w zakresie oferowanych opraw oświetleniowych znajduje się w pkt 5 formularza ofertowego, w którym zamawiający oczekiwał oświadczenia wykonawcy, że do realizacji zamówienia oferuje oprawę oświetleniową i sterownik segmentowy oraz podania nazwy producenta, typu/symbolu oprawy i sterownika. Ponadto na str. 23 SIWZ (rozdział II Opis przedmiotu zamówienia) zamawiający wskazał, że należy sprecyzować wybór oprawy oświetleniowej podając producenta oraz typ/symbol oprawy oraz wybór sterownika oświetleniowego.

W postępowaniu złożono 5 ofert.

Odwołujący, Strabag Sp. z o.o. wskazali, że oferują oprawy Teceo1 i sterownik SeCo produkcji Schreder Soletec S.A.

Wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. w Rzeszowie podał, że oferuje oprawę Schreder Teceo 1/5102/24 leds 350 mA NW/324572, sterownik SeCo 230V, 50 Hz IP 66, kl. I.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Molter Sp. z o.o. oprawę Schreder, sterownik SeCo 230V, 50 Hz IP66, kl. I.

Przystępujący oprawę Teceo 1 27W 350mA, Typ Teceo1-00-NW003A6-5102AS-GL01-V03D15S3-C000-C100-U4-A2-OL, sterownik SeCo 230V, 50 Hz IP 66, kl. I. Jak wyjaśniono na rozprawie oznaczenie to stanowi wewnętrzne oznaczenie producenta wskazane klientowi w odniesieniu do indywidualnie zamawianej konfiguracji.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zgadza się z zamawiającym co do tezy, że zamawiający już na podstawie oferty złożonej mu w postępowaniu, a nie dopiero na etapie realizacji umowy, powinien powziąć wiedzę co do tego, czy oferowane świadczenie spełnia jego wymagania, zaś oferta, która wymagań tych nie spełnia, podlega odrzuceniu.

Zamawiający pomija jednak, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może nastąpić wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego opisanych w SIWZ, jeśli merytoryczna treść oferty jest niezgodna z tymi wymaganiami w sposób istotny.

Postulat rozpoznania odwołania w granicach podniesionych zarzutów nakazuje – przy badaniu zgodności treści oferty z treścią SIWZ - zwrócenie się do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, gdyż determinuje ono przedmiotowy zakres, który może być kwestionowany w odwołaniu, zarówno co do wskazania czynności lub zaniechania

zamawiającego, jak i w odniesieniu do okoliczności faktycznych i prawnych. Obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp jest bowiem podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty, do którego odwołujący się wykonawca będzie formułował zarzuty.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, jak i pozostałych trzech z pięciu złożonych ofert zamawiający podał, że wykonawca jedynie ogólnie podał typ oprawy oświetleniowej Teceo1 i nie określił symbolu, który wskazywałby, że proponowana oprawa wyposażona jest w sterownik zintegrowany, a tylko oprawa wyposażona w taki sterownik spełnia wymagania zamawiającego określone w dokumencie „Zmiany do projektu oświetlenia”.

Pogląd ten zamawiający opierał na brzmieniu pkt 5 formularza ofertowego wskazując ponadto, że postanowienia SIWZ nie będącej aktem prawnym nie podlegają wykładni. Pogląd ten jest nietrafny. Dostrzec trzeba, że wykładni podlegają nie tylko przepisy prawa, ale również oświadczenia woli. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter cywilnoprawny, a SIWZ stanowi oświadczenie woli zamawiającego i jako takie podlega wykładni. Pogląd przeciwny uniemożliwiłby stosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, które wymaga ustalenia, jakie są wymagania zamawiającego opisane w SIWZ, do czego interpretacja SIWZ jest niezbędna.

Izba zważyła, że przywołane przez zamawiającego postanowienie SIWZ nie daje podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Po pierwsze: wyliczenie, że zamawiający oczekuje podania danych: „nazwa producenta, typ/symbol oprawy oświetleniowej” nie wskazuje jednoznacznie wymagania podania typu i symbolu oprawy. Mimo że znak „/” (ukośnik), którym posłużył się zamawiający nie jest znakiem interpunkcyjnym, przyjmuje się, że nie oznacza on wyliczenia lecz alternatywę <http://sjp.pwn.pl/slowniki/uko%C5%9Bnik.html>. Postanowienie pkt 5 formularza ofertowego można więc rozumieć w ten sposób, że zamawiający oczekiwał podania albo typu albo symbolu oferowanych opraw. Postanowienia SIWZ nie dają podstaw do twierdzenia przeciwnego. Jest to tym bardziej istotne, że – co jest niesporne - producenci opraw oznaczają swoje oprawy w różny sposób i jeśli zamawiający żądałby podania symbolu oprawy powinien był wskazać, jaki symbol ma na myśli. Zaskakujący jest pogląd prezentowany przez zamawiającego i przystępującego na rozprawie, że zamawiający wymagał wewnętrznego oświadczenia producenta. Zdaniem Izby mając na uwadze charakter postępowania o udzielenie zamówienia priorytet powinny mieć oznaczenia stosowane w materiałach powszechnie dostępnych np. katalogach. Posłużenie się wewnętrznym, handlowym oznaczeniem nie jest przejrzyste i powinno być stosowane wyjątkowo, co powinno poprzedzać stosowne opisanie tego wymagania w SIWZ.

Po drugie: nawet przy przyjęciu, że zamawiający wymagał podania typu i symbolu opraw oświetleniowych (z czym Izba się nie zgadza), to z całą pewnością nie wskazał, że z symbolu tego należy wywieść wyposażenia opraw w sterownik zintegrowany lub podania wprost spełniania wymagań wprowadzonych przez dokument „Zmiany do projektu oświetlenia”. Zamawiający nie wskazał w ogóle, jakie oznaczenie opraw uzna za wystarczające, co doprowadziło do tego, że z

pięciu wykonawców oferujących oprawę typ Teceo1 oferty czterech zostały odrzucone. Izba nie zgodziła się z przystępującym, że wymaganie podania szerszych danych wynika ze sformułowania zawartego na str. 23 SIWZ. Treść SIWZ w tym miejscu powieliła wymagania zawarte w pkt 5 formularza ofertowego, zamawiający wskazuje bowiem, jakich danych wymaga w celu sprecyzowania wyboru oprawy oświetleniowej przez podanie takich samych informacji jak w formularzu tj. producenta oraz typu/symbolu oprawy

Zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sprzeciwiają się temu, aby zamawiający dokonywał czynności w postępowaniu wyłącznie na podstawie własnego przekonania, gdyż prowadzi do arbitralności rozstrzygnięć. Zasady pisemności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców składające się na transparentność procedury o udzielenie zamówienia wymagają tego, aby czynności zamawiającego miały jasne oparcie w dokumentach postępowania. Niejednoznaczne postanowienia SIWZ, brak dostatecznego wyrażenia przez zamawiającego swoich wymagań nie mogą być więc wykładane z pokrzywdzeniem wykonawców.

Ciężar dowodu w przypadku odrzucenia oferty spoczywa na zamawiającym, zatem zamawiający powinien mieć pewność, że oferta, którą zamierza on odrzucić, nie odpowiada jego wymaganiom. Narzędziem którym zamawiający mógł posłużyć się w okolicznościach sprawy są wyjaśnienia oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, a tego zamawiający nie uczynił, lecz odrzucił ofertę odwołującego na podstawie wymagań niewyrażonych w treści SIWZ z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....