

Sygn. akt: KIO 579/13

WYROK
z dnia 27 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2013 r. przez wykonawcę **Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, Bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt, Hiszpania** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Miejskich, ul. Wilczak 16, 61-623 Poznań**

przy udziale:

A. **Qumak S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa,**

B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: UTI GRUP S.A. i Grupa UTI Polska Sp. z o.o., Cernauti nr 27C, Sektor 2, 70000 Bukareszt, Rumunia,**

C. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Siemens Sp. z o.o. i Siemens Aktiengesellschaft, ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa;**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, Bahia de Pollensa 13, 28042 Madryt, Hiszpania** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy

złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, Bahía de Pollensa 13, 28042 Madryt, Hiszpania** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację projektu ITS Poznań. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 grudnia 2011 r. pod nr 2011/S 252-411325.

W dniu 14 marca 2013 r. wykonawca Aeronaval de Construcciones e Instalaciones (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”), poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji:
2. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), oraz ewentualnie
3. naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego stwierdzając, iż informacje, których brak stwierdził Zamawiający zostały zamieszczone w ofercie złożonej przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, iż Oferta techniczna w ppkt 11.11 (str. 417 oferty Odwołującego) zawiera zarówno wskazania co do sposobu wykonania oferowanego oprogramowania (od słów „używany jest...”), jak i sposób jego obsługi (od słów: „można wprowadzić...”) w zakresie tej funkcjonalności, której dany podpunkt dotyczy, przy czym opis realizacji funkcjonalności dokonany jest na przykładzie oferowanego oprogramowania. Podobnie, jak zauważył Odwołujący, w ppkt 11.12 (str. 417-418 oferty) oferta zawiera opis sposobu wykonania oferowanego oprogramowania (pierwszy akapit opisu) oraz opis sposobu obsługi (pozostała treść opisu) tej funkcjonalności. W tym przypadku również, jak zauważył Odwołujący, opis realizacji funkcjonalności dokonany jest na przykładzie oferowanego oprogramowania. Nie jest więc prawdą, w ocenie Odwołującego, iż treść punktów 11.11 i 11.12. oferty „nie zawiera sposobu wykonania i obsługi oferowanego oprogramowania”.

Odwołujący podkreślił, iż SIWZ nie zawiera szczegółowych wymagań, w jaki sposób

wykonawca ma opisywać „sposób wykonania i sposób obsługi” danej funkcjonalności, a więc wymagań co do zawartości opisu, jego zakresu, szczegółowości, formy, itp. Z powyższego Odwołujący wywiódł, że Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w tym zakresie.

Za niezrozumiały uznał Odwołujący zarzut Zamawiającego, iż opisy ppkt 11.11 i 11.12 zawierają „jedynie wskazanie bliżej nieokreślonego oprogramowania”. Odwołujący stwierdził, że w obu podpunktach oferty technicznej, które stały się przyczyną decyzji o odrzuceniu, Odwołujący dokonał identyfikacji oferowanego oprogramowania - w ppkt 11.11 dokonał tego poprzez wskazanie nazwy własnej i producenta, zaś w ppkt 11.12 poprzez wskazanie nazwy własnej oprogramowania, natomiast nazwa producenta została podana m.in. we fragmencie Oferty technicznej stanowiącym wprowadzenie do pkt 11 (str. 397 i nast. oferty). Ponieważ informacje o tym oprogramowaniu mają znaczenie dla opisu zawartego we wszystkich podpunktach punktu 11, w tym miejscu Odwołujący zawarł szczegółowy opis oprogramowania, do którego nawiązuje ppkt 11.12 wraz z podaniem nazwy producenta. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, oba oprogramowania są wielokrotnie wskazywane i opisywane w pozostałych częściach Oferty technicznej. Dodatkowo, jak wskazał Odwołujący, ww. opisy nawiązują do narzędzia GIS pozostającego w dyspozycji Zamawiającego zgodnie z informacją zawartą w opisie przedmiotu zamówienia (odpowiedź Zamawiającego na pytanie dotyczące SIWZ nr 588 z dnia 17 grudnia 2012 r.), gdzie sam Zamawiający wskazał producenta narzędzia GIS oraz szczegółowe dane na temat tego narzędzia, w tym numer umowy. W ocenie Odwołującego, zarzut Zamawiającego, iż opisy ppkt 11.11 i 11.12 zawierają „jedynie wskazanie bliżej nieokreślonego oprogramowania” prowadzić musi do wniosku, iż Zamawiający nie zapoznał się z treścią oferty, a więc nie dokonał jej rzetelnego badania i oceny.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż Oferta techniczna stanowi opis oferowanego rozwiązania dedykowanego dla Zamawiającego, stanowi zatem spójną i kompletną treść, w której określone informacje zawarte na wcześniejszym etapie opisu nie są powtarzane w następujących po nich częściach tej treści. Wielokrotne powtarzanie tych samych treści jest z jednej strony zupełnie nieracjonalne, a z drugiej utrudnia przekaz i odbiór istoty oferty, zwłaszcza, że mamy tu do czynienia z dokumentem długim na ponad 400 stron. Podobnie, zdaniem Odwołującego, bezcelowe jest przepisywanie do oferty informacji zawartych w opisie przedmiotu zamówienia. Z pewnością, w opinii Odwołującego, brak wielokrotnego powtarzania w ofercie tej samej informacji nie stanowi niezgodności treści oferty ze SIWZ, dającej podstawę do jej odrzucenia.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechał dokonania rzetelnej oceny oferty Odwołującego, a jej odrzucenie jest nieuprawnione. Powyższe potwierdza, zdaniem

Odwołującego, także fakt, iż Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Odwołujący podniósł, że w sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości co do kompletności opisu ppkt 11.11 i 11.12 oferty powinien wystąpić do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ich wyjaśnienia.

Zdaniem Odwołującego, odrzucenie złożonej przez niego oferty nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak bowiem wynika z orzecznictwa, Zamawiający może odrzucić ofertę wykonawcy tylko wówczas, gdy merytoryczna treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący zauważył, że orzecznictwo dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zawiera wskazówkę interpretacyjną, iż decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty na tej podstawie nie może być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Gdyby zatem, jak rozważał Odwołujący, przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego miał być fakt, że np. w ppkt 11.12. oferty technicznej nie powtórzono podanej na początku pkt 11 oferty (i w innych miejscach) nazwy producenta oprogramowania wymienionego z nazwy ppkt 11.12 (co jednak nie zostało przez Zamawiającego wyrażone wprost w uzasadnieniu odrzucenia z dnia 4 marca 2013 r.), należałoby wskazać, że postanowienie pkt 19.6 SIWZ, iż „opisy muszą zawierać odniesienie do każdego punktu z zachowaniem numeracji oraz zawierać wszystkie szczegółowe informacje w danym punkcie opisu” jest takim właśnie wymaganiem co do formy oferty. Ponieważ niezachowanie wymagań co do formy oferty nie może rodzić dla wykonawcy negatywnych konsekwencji, w szczególności nie może być podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dlatego postanowienie SIWZ, iż Zamawiający oceniał będzie tylko informacje znajdujące się we właściwych punktach oferty należy uznać za niewiążące.

Odwołujący dodatkowo wskazał, że pkt 19.6. SIWZ nakazuje zawierać wszystkie informacje w danym punkcie oferty (a nie podpunkcie) zatem zawarcie informacji o producencie oprogramowania w punkcie 11 oferty, w którym to ujęty został ppkt 11.12 wypełnia wymaganie Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym ewentualnie wezwanie Odwołującego do wyjaśnień, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 22 marca 2013 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której nie podzielił argumentacji przedstawionej przez Odwołującego w zakresie zarzutu bezpodstawnego odrzucenia jego oferty z następujących przyczyn:

a) Zamawiający miał pełne prawo wymagać od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia podania opisów oferowanych rozwiązań w określonym w SIWZ zakresie, w tym także w zakresie przedstawienia opisu sposobu wykonania i obsługi oferowanego oprogramowania w zakresie graficznego definiowania sieci drogowej dla modelu ruchu wykorzystywanego dla celów optymalizacji *sieciowej* (wymaganie z pkt. 19.6. ppkt. 11.11 SIWZ), a także w zakresie parametryzowania funkcji sterowania obszarowego (wymaganie z pkt. 19.6. ppkt. 11.12 SIWZ), przy czym opis musiał zawierać realizację wskazanej przez Zamawiającego funkcjonalności (dla wszystkich pkt. 11.1.-11.15 na przykładzie oferowanego oprogramowania (zalecenie Zamawiającego zawarte we wstępie do pkt. 19.6. pkt. 11. SIWZ).

Sformułowanie tak szczegółowego wymagania uzasadnione było przede wszystkim tym, iż „Projekt System ITS Poznań” realizowany jest w formule zaprojektuj i wybuduj, co oznacza, że Zamawiający może wymagać od Wykonawcy już na etapie składania oferty pewnego uszczegółowienia założeń sformułowanych w opisie przedmiotu zamówienia, które następnie znajdą odzwierciedlenie podczas tworzenia koncepcji i szczegółowego projektu dla systemu.

W związku z powyższym Zamawiający przyjął, że oferta wykonawcy stanowić będzie element umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia (załącznik do umowy) i to w oparciu o zindywidualizowane przez wykonawcę (w składanej ofercie) założenia projektu (wynikające z SIWZ) weryfikowana będzie realizacja projektu przez wykonawcę (Zamawiający sprawdzi czy to, co jest rzeczywiście realizowane było oferowane przez wykonawcę). Brak w ofercie opisów rozwiązań wymaganych przez Zamawiającego oznaczać będzie brak możliwości weryfikacji przez Zamawiającego prawidłowości realizacji projektu. Stanowisko Zamawiającego co do istotności wszystkich wymaganych w SIWZ opisów oferowanych rozwiązań znajduje oparcie zarówno na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 140), jak i w zapisach SIWZ (pkt. 19.7.). Co ważne, wspomniany zapis pkt. 19.7.SIWZ, jak i zapisy wzoru umowy udostępnione wykonawcom przez Zamawiającego nie były kwestionowane przez wykonawców, tym samym domniemywać należy, iż zaakceptowali oni stanowisko Zamawiającego co do ważności i konieczności zawarcia w ofercie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego informacji, w tym także tych wynikających z pkt. 19.6. ppkt. 11.11. oraz 11.12. SIWZ.

Zdaniem Zamawiającego, sformułowane w SIWZ wymagania zawarte w pkt. 19.6. pkt. 11. SIWZ były jasne i precyzyjne, a mimo to opis sposobu wykonania i obsługi oferowanego oprogramowania dla realizacji funkcji planistyczno-projektowych dla inżyniera ruchu (opis istotny z punktu widzenia Zamawiającego) w zakresie realizacji funkcjonalności wskazanych w ppkt 11.11. oraz 11.12. przedstawiony przez Odwołującego wskazanych elementów nie zawiera, co jest o tyle zastanawiające, iż pozostałe opisy realizacji funkcjonalności wskazanych przez Zamawiającego w pkt 19.6. ppkt 11 są kompletne i dobrze zilustrowane (przy tak samo sformułowanych wymaganiach Zamawiającego).

O tym, że oferta Odwołującego nie zawiera opisów wymaganych przez Zamawiającego świadczy także porównanie treści oferty Odwołującego z ofertami innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w zakresie opisów realizacji funkcjonalności z ppkt. 11.11. oraz 11.12. - np. QUMAK S.A. (str. 266 oraz 267-269), a także konsorcjum SIEMENS (str. 597-604 oraz 605-616).

b) Zamawiający nie zgadza się z zarzucanym przez Odwołującego formalistycznym podejściem do oceny ofert. Stworzona przez Zamawiającego systematyka przygotowania oferty technicznej miała służyć nie formalnemu sprawdzeniu oferty, ale stworzeniu przez wykonawców opracowań kompletnych i spójnych, wskazujących na zrozumienie wymagań Zamawiającego, a jednocześnie umożliwienie porównania ofert składanych przez różnych wykonawców. Nie zmienia to jednak faktu, iż ocenie Zamawiającego podlegała oferta pod względem treści (kompletności oferowanych rozwiązań), a nie stworzonej przez wykonawcę formy (uwzględnienia systematyki Zamawiającego).

c) co do zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - Zamawiający nie znalazł podstaw do wystosowania wezwania. W opinii Zamawiającego, podlegać wyjaśnieniu może istniejąca, aczkolwiek nieprecyzyjna czy też wątpliwa treść oferty składanej przez wykonawcę. W rozpatrywanej sprawie Zamawiający stwierdził brak określonej, a wymaganej w SIWZ treści oferty, w związku z czym nie wzywał wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający podkreśla, iż ewentualne uzupełnienie stwierdzonych braków w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp prowadziłyby do wykluczonych przepisami wspomnianej ustawy negocjacji co do treści oferty i ewentualnej zmiany treści złożonej oferty (jej uzupełnienia do stanu wymaganego przez Zamawiającego). Jako naruszenie przepisów należałoby potraktować także ewentualne dokonanie poprawek w oparciu o art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, które polegałyby na uzupełnieniu i to z inicjatywy Zamawiającego brakujących elementów oferty.

d) z uwagi na zaistnienie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie kryteriów wyboru określonych w SIWZ, tym samym oferta konsorcjum SIEMENS została prawidłowo uznana za najkorzystniejszą w prowadzonym postępowaniu.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty złożonej przez Odwołującego, informacji o ofertach odrzuconych z dnia 4 marca 2013 r., oraz stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Miejsce, jakie zajęłyby Odwołujący w rankingu ofert w sytuacji, gdyby złożona przez Odwołującego oferta nie podlegała odrzuceniu, jak też zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba zważyła, że w pkt 19.6 SIWZ Zamawiający wymagał przedstawienia przez wykonawców poszczególnych opisów wskazując, że opisy te stanowią ofertę techniczną i precyzują zaoferowane przez wykonawcę rozwiązania. W pkt 19.6 ppkt 11 zamawiający wymagał opisanie przez wykonawców ubiegających się o zamówienie sposobu wykonania i obsługi oferowanego oprogramowania zaznaczając, że opis musi zawierać realizację danej funkcjonalności na przykładzie oferowanego oprogramowania.

Biorąc pod uwagę przedmiotowe wymagania postawione przez Zamawiającego w SIWZ Izba za prawidłową uznała ocenę oferty Odwołującego dokonaną przez Zamawiającego. Wskazać bowiem należy, że Zamawiający wymagał opisanie sposobu wykonania i obsługi oprogramowania, zatem wskazania pewnej metody umożliwiającej

zrealizowanie celu, techniki, czy instrukcji. Wymóg złożenia opisu sposobu wskazuje, że Zamawiający nie wymagał wskazania co, ale jak dana funkcjonalność zostanie osiągnięta. Powyższe potwierdza zawarty w pkt 19.6 ppkt 11 SIWZ wymóg, aby opis zawierał realizację danej funkcjonalności, przez którą należy rozumieć wprowadzenie czegoś w życie, wykonanie. W ocenie Izby, nie sposób jest uznać, że zawarte w pkt 11.11 i 11.12 oferty Odwołującego informacje spełniają ww. wymagania, co świadczy o merytorycznej niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, a w konsekwencji do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Literalne brzmienie ww. wymagań wskazuje, że wymagania Zamawiającego były zrozumiałe. Potwierdza to też pozostała treść oferty Odwołującego, który w innych podpunktach punktu 11 wskazał sposób wykonania i obsługi oprogramowania. Bez znaczenia jest przy tym stopień szczegółowości danego opisu – Zamawiający istotnie nie postawił w tym względzie konkretnych wymagań. Jednak w przedmiotowej sprawie, Zamawiający nie dokonał odrzucenia oferty ze względu na brak szczegółowości opisów, a z uwagi na zaniechanie spełnienia podstawowych wymagań, co jak wskazano powyżej, Izba uznała za zasadne.

Izba zgodziła się z twierdzeniem Odwołującego, iż ofertę należy czytać jako całość, jednak Izba stwierdziła, że we wskazanych przez Odwołującego fragmentach oferty brak jest wymaganego przez Zamawiającego opisu sposobu wykonania i obsługi oferowanego oprogramowania w zakresach wskazanych w pkt 19.6 ppkt 11.11 i 11.12.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż nieuprawnione byłoby wyjaśnienie treści oferty prowadzące do jej uzupełnienia bądź zmiany. Wyjaśnieniu podlegać może w szczególności niespójna treść oferty bądź innego rodzaju niejasności. Za taką niespójność czy niejednoznaczność nie można jednak uznać braku określonych oświadczeń w treści złożonej przez wykonawcę oferty.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp,
tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: