

Sygn. akt: KIO 847/14

**WYROK
z dnia 9 maja 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę M. O..... Sp. J., 50 – 541 Wrocław, ul. Armii Krajowej 5 w postępowaniu prowadzonym przez OPERA NOVA w Bydgoszczy, 85 – 070 Bydgoszcz, ul. Focha 5

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. O..... Sp. J., 50 – 541 Wrocław, ul. Armii Krajowej 5, i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. O..... Sp. J., 50 – 541 Wrocław, ul. Armii Krajowej 5 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy M. O..... Sp. J., 50 – 541 Wrocław, ul. Armii Krajowej 5 na rzecz zamawiającego OPERA NOVA w Bydgoszczy, 85 – 070 Bydgoszcz, ul. Focha 5 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Opera NOVA w Bydgoszczy, ul. Marszałka Focha 5, 85-070 Bydgoszcz wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn; „Modernizacja systemu interkomowego oraz systemu podglądu wideo Opery w Bydgoszczy”, (nr sprawy nadany przez Zamawiającego: ZP-331-10/2014).

Przedmiotowe zamówienie zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014-052376.

W dniu 18 kwietnia 2014r. Odwołujący: M. O..... Sp. J., ul. Armii Krajowej, 50-541 Wrocław powziął wiadomość o treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami SIWZ Odwołujący w dniu 28 kwietnia 2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowaniu wykonawców przy formułowaniu w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu oraz kar umownych. Wskazał, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty tym samym czyniąc wbrew obowiązkowi prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję. Ponadto podniósł, że Zamawiający opracował kryteria oceny ofert w sposób dyskryminujący, wykonawców, którzy zdecydują się zaoferować produkt równoważny do pośrednio wskazanego przez zamawiającego. Według Odwołującego ustalone warunki udziału w przetargu oraz wysokość kar umownych naruszają zasady wyrażone w art. 7 ustawy Pzp z powodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania,

2) art. 22 ust. 4 w związku z art. 22 ust 5 ustawy Pzp, poprzez ustalenie warunków udziału w przetargu niezwiązanych z opisem przedmiotu zamówienia oraz nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia,

3) art 29 ust. 1 - 3 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez pośrednie wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia oraz w sposób, który

utrudnia uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i rozwiązań technicznych charakterystycznych dla wyrobów konkretnego producenta, czym uniemożliwia złożenia oferty przez Odwołującego. Ponadto wskazał, że Zamawiający w zakresie istotnych elementów związanych z określeniem ceny realizacji zamówienia nie sprecyzował w sposób należyty opisu przedmiotu zamówienia.

W związku powyższymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień SIWZ w zakresie określenia opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu, kryteriów oceny ofert oraz kar umownych z tytułu opóźnienia w świadczonych usługach serwisowych, w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania, tak aby zmodyfikowane zapisy SIWZ były zgodne z ustawą Pzp.

W pierwszej kolejności Odwołujący zgłosił zarzuty dotyczące warunków udziału w przetargu określonych w pkt. 6.1.3 stanowiących wymóg zgodnie, z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się podmioty, które wykażą między innymi dysponowanie osobami posiadającymi uprawnienia budowlane bez ograniczeń w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektronicznych.

Zdaniem Odwołującego poprzez zapisy SIWZ Zamawiający uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotom dysponującym osobami posiadającymi uprawnienia wydane na terenie Polski, co wynika z faktu, iż rozporządzenie Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. Nr 83, poz. 578 z późn. zm.) określa uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych - nie ma w polskim systemie prawnym uprawnień wymaganych w pkt. 3.1.3 SIWZ.

Na podstawie powyższego wnosił o dostosowanie wskazanego zapisu SIWZ do treści w/w rozporządzenia lub wykreślenie warunku z treści SIWZ.

Następnie zwrócił uwagę, że zarówno w treści ogłoszenia jak i w postanowieniach SIWZ Zamawiający powinien określić warunki udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny, obiektywny i niebudzący wątpliwości, a ocena kwalifikacji i wykonawców winna być oparta na jasnych i przejrzystych przesłankach, jakimi kierował się będzie Zamawiający.

Według Odwołującego warunki stawiane przez Zamawiającego powinny być

sformułowane precyzyjnie oraz odpowiednio do przedmiotu zamówienia i jego wartości w sposób, który z jednej strony nie utrudnia uczciwej konkurencji, a z drugiej daje wykonawcom pewność, co do jednoznacznej ich interpretacji podczas oceny spełniania warunków.

Zaznaczył przy tym, że Zamawiający nie precyzując warunków udziału w przetargu doprowadza do sytuacji, w której wykonawcy zainteresowani zamówieniem pozostają w stanie niepewności czy spełnią ustalony przez Zamawiającego warunek.

Dodatkowo, zdaniem Odwołującego brak szczegółowego określenia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w art. 22 ust.1 ustawy Pzp powoduje, że oświadczenie wykonawcy o spełnieniu tych warunków może mieć jedynie charakter pozorny.

Zarzucił również, że warunek zawarty w pkt. 6.1.4. SIWZ jest zbyt ogólny.

Zauważył, że Zamawiający w ramach tego warunku wymagał:

- aby Wykonawca posiadał opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od działalności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Oceny spełniania tego warunku Zamawiający dokona na podstawie oświadczenia wykonawcy wg reguły: spełnia / nie spełnia,

- Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien posiadać rachunek bankowy potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.

- Oceny spełniania tego warunku Zamawiający dokona na podstawie oświadczenia Wykonawcy wg reguły: spełnia / nie spełnia.

Wobec niedookreślenia – w ocenie Odwołującego - warunków udziału w przetargu wnosił o - nakazanie Zamawiającemu zmiany zapisów SIWZ i dostosowanie ich do obowiązujących wymogów narzuconych przepisami ustawy Pzp.

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz wymogów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia poprzez niewywiązanie się przez Zamawiającego z obowiązku wynikającego z art. 29 ust. 1 ustawy wobec nieopisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych, określeń, uwzględniających wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, a także niezapewnienia tym samym, realizacji ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Podniósł także, że biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie, z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w SIWZ, niekoniecznie zaś realne uniemożliwienie takiej konkurencji.

Nadto wskazał, iż w granicach zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję zawiera się zarówno dokonywanie opisu poprzez wskazanie określonego produktu, jak również szczegółowe opisanie produktu, wpływające na konkurencje na rynku.

Zwrócił również uwagę, że przedmiot zamówienia nie może być określony poprzez podanie parametrów ograniczających konkurencję do jednego konkretnego modelu urządzenia produkowanego przez konkretnego producenta i decydująca przy tym jest tzw. perspektywa wykonawcy, który musi mieć możliwość zaoferowania produktu mu dostępnego, spełniającego wymogi SIWZ, ale wymogi sporządzone w sposób obiektywny, a nie ukierunkowane na wybór konkretnego produktu bez możliwości zaoferowania produktu równoważnego.

Zdaniem Odwołującego opracowana przez Zamawiającego SIWZ określa przedmiot zamówienia zgodnie z wyżej wskazanymi przepisami ustawy Pzp jedynie w sposób pozorny.

Na stronach od 7 do 14 swojego odwołania Odwołujący wskazał w formie tabelarycznej punkty załącznika nr 12 do SIWZ, z którymi się nie zgadza, opis z załącznika nr 12 do SIWZ oraz przedstawił opracowaną przez siebie informację o niezgodności odnoszącą się do kwestionowanych parametrów, które – według Odwołującego - naruszają zarówno normy wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jak i w art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp.

Z załącznika nr 12 do SIWZ Odwołujący zakwestionował postanowienia następujących punktów:

- 1.1.1 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę,
- 1.1.2 - Parametr charakterystyczny dla DELEC'a; żaden inny producent nie jest w stanie spełnić wymagania,
- 1.1.4 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę,
- 1.2.3 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę,
- 1.3.2 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność

można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona jako nie spełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.4.4 - Funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.4.5 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.4.13 - Parametr ponad wymiarowy, Producenci w j swoich kartach katalogowych (wymaganych przez Zamawiającego) nie podają takich danych. Wymóg bezpodstawnie ograniczający dostęp do zamówienia,

- 1.15.2 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.15.3 - Parametr nadmiarowy, nieuzasadniony, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.15.4 - Parametr nadmiarowy, nieuzasadniony, wskazujący na jednego wykonawcę,

- 1.15.6 - Parametr nadmiarowy, nieuzasadniony, wskazujący na jednego wykonawcę,

- 1.15.9 - Jest to pulpit typu „MASTER”, do którego dołączane są rozszerzenia ECP (typu „SLAVE”). Wejście EXP in w takim przypadku jest zbędne, w konsekwencji jest to parametr nadmiarowy,

- 1.15.14 - Parametr nadmiarowy, nieuzasadniony, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.16.2 - Parametr nadmiarowy, nieuzasadniony, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.16.4 - Parametr nadmiarowy, nieuzasadniony, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.16.6 - Parametr nadmiarowy, nieuzasadniony, wskazujący na jednego

wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.16.7 - Jest to pulpit typu „MASTER”, do którego dołączane są rozszerzenia ECP (typu „SLAVE”). Wejście EXP in w takim przypadku jest zbędne, w konsekwencji jest to parametr nadmiarowy,

- 1.22.2 - Parametr nadmiarowy, nieuzasadniony, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.22.3 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.22.4 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.22.6 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.22.9 - Jest to pulpit typu „MASTER”, do którego dołączane są rozszerzenia ECP (typu „SLAVE”). Wejście EXP in w takim przypadku jest zbędne, w konsekwencji jest to parametr nadmiarowy,

- 1.22.14 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.23.2 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.23.3 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.23.4 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.23.6 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,

- 1.28.4 – obsługa dwóch warstw,

- 1.28.6 – Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,
- 1.28.8 – Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę,
- 1.28.9 – Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę,
- 1.29.6 – Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę, funkcjonalność można zrealizować przy zastosowaniu innych rozwiązań, ale wówczas oferta zostanie odrzucona, jako niespełniająca wymogów odnośnie równoważności,
- 1.29.8 – Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę,
- 1.29.9 – Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę,
- 1.31.8 – Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę,
- 1.32.10 – Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę,
- 2.2.1 - Nazwa własna bez jednoznacznego określenia zakresu i zasad uznania równoważności,
- 2.2.4 - Parametr nadmiarowy, wskazujący na jednego wykonawcę,
- 2.3.1 - Nazwa własna bez jednoznacznego określenia zakresu i zasad uznania równoważności,
- 2.3.4 - Parametry nadmiarowe, wskazujące na jednego wykonawcę,
- 2.6.2 - Parametry nadmiarowe, wskazujące na jednego wykonawcę,
- 2.11.1 - Nazwa własna bez jednoznacznego określenia zakresu i zasad uznania równoważności,
- 2.11.4 - Nazwa własna bez jednoznacznego określenia zakresu i zasad uznania równoważności.

Przedstawiając powyższe zestawienie podważające postanowienia załącznika nr 12 do SIWZ Odwołujący wnosił o dostosowanie treści SIWZ do wymogów ustawy Pzp i usunięcie z jej treści zapisów ograniczających konkurencję oraz wskazujących na konkretne rozwiązania promujące dystrybutora konkretnego producenta, a także dyskryminujących alternatywne rozwiązania i możliwości przystąpienia do przetargu wykonawców oferujących równie profesjonalne rozwiązania, ale innych producentów niż wybrany przez Zamawiającego.

Argumentując naruszenie w zakresie dopuszczenia rozwiązań równoważnych podniósł, że Zamawiający dopuszczając możliwość okładania ofert równoważnych musi określić niejako parametry owej równoważności, bowiem samo dopuszczenie składania ofert równoważnych to zdecydowanie, za mało by uznać, że wymogi ustawy Pzp zostały spełnione.

Z powyższego powodu – zdaniem Odwołującego - Zamawiający w treści SIWZ powinien również wskazać zasady oceny, kiedy określony parametr, np. wskazanych z nazwy urządzeń, ich ilości, funkcjonalności - uzna za równoważny.

Jednocześnie zauważył, że Zamawiający musi tak określić parametry zamawianego sprzętu, aby wykonawca mógł zaoferować produkty równoważne, bowiem brak precyzyjnego określenia przez Zamawiającego zasad oceny równoważności złożonych ofert stanowi o naruszeniu istotnych zasad udzielania zamówień publicznych.

Twierdził, że Zamawiający wskazując konkretne rozwiązania, jedynie w sposób pozorny dopuścił - składanie ofert równoważnych, dyskryminując podmioty, które chciałyby zaoferować produkty równoważne do wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia jaki zawiera SIWZ.

Wskazał na szczególnie rażąco naruszające – w jego ocenie - zasady określone w ustawie Pzp zapisy:

- zawarte w pkt 6 na str.6 załącznika nr 3 do SIWZ (Specyfikacja Techniczna wykonania i odbioru robót) - Zamawiający wymaga wykazania, że oferowane rozwiązania równoważne spełniają wymagania określone przez projekt, zarówno pod względem parametrów funkcjonalnych, technicznych, jakościowych jak i ilościowych. Nadmieniał przy tym, że Zamawiający nie precyzuje jednak w żaden sposób minimalnego zakresu koniecznej równoważności, a w konsekwencji wskazany powyżej zapis pkt. 6 STWiOR tylko pozornie dopuszcza rozwiązania równoważne. Nie jest możliwe np.; zapewnienie równoważności poprzez zaoferowanie tej samej ilości urządzeń, jeżeli część funkcjonalności może być realizowana np. programowo, a nie przy zastosowaniu dedykowanych dodatkowych urządzeń,

- pkt. 3.3. SIWZ, gdzie Zamawiający nie określił zasad oceny równoważności,
- pkt, 7.10.2. SIWZ, w którymi Zamawiający nakłada na wykonawców dodatkowe obowiązki związane ze składaniem dodatkowych dokumentów, podczas gdy, od wykonawców oferujących sprzęt narzucony postanowieniami SIWZ nie żąda się przedstawienia kart katalogowych, specyfikacji technicznych czy kart charakterystyki.

Z powyższych względów działania Zamawiającego w oczywisty sposób nakierowane są na utrudnienie złożenia oferty zawierającej rozwiązania równoważne w stosunku do określonych przez Zamawiającego postanowieniami SIWZ.

Wobec powyższego wnosił o nakazanie Zamawiającemu doprecyzowania w treści SIWZ konkretnego, minimalnego poziomu równoważności, jaki zostanie uznany za

wystarczający oraz usunięcie zapisów dyskryminujących, a przez to ograniczających konkurencję, wykonawców składających ofertę równoważną.

Kolejny zgłoszony zarzut odnosił się do zakresu kryteriów oceny ofert, które – według oceny Odwołującego – nie były sformułowane obiektywnie i stosowane jednakowo wobec wszystkich wykonawców ubiegających się o uzyskanie, zamówienia publicznego, którzy złożyli oferty przetargową.

Zdaniem Odwołującego kryterium sformułowane w pkt. 19.1. SIWZ (Ocena poziomu technologicznego, zaproponowanego osprzętu i jego wzajemnego dostosowania - 10%) dyskryminuje wykonawców, którzy zaoferują rozwiązania równoważne w stosunku do określonych w postanowieniach SIWZ, bowiem kryteria oceny ofert powinny być tak skonstruowane, żeby do minimum ograniczyć subiektywne odczucia i osobiste preferencje członka komisji przetargowej.

Według Odwołującego zapisy SIWZ sankcjonują sytuację, w której wykonawcy nie wiedzą, czym będzie kierował się Zamawiający przypisując punkty w zakresie poszczególnych elementów oferty podlegających ocenie.

W ocenie Odwołującego dokonywanie oceny w oparciu o dodatkowe kryteria, co do których wykonawcy nie mają świadomości podejmując decyzję o złożeniu oferty, w przypadku, gdy treść SIWZ nie precyzuje elementów podlegających ocenie - jest niedopuszczalne.

W związku z powyższym wnosił o doprecyzowanie zasad oceny w ramach wyżej wskazanego kryterium lub o jego wykreślenie z treści SIWZ.

Następny zarzut dotyczących niektórych postanowień umownych z SIWZ.

Odwołujący zauważył, że postanowienia umowy, które przewiduje Zamawiający w swojej SIWZ stanowią integralną część warunków zamówienia, którymi są również kary, jakie zamierza nałożyć na wykonawcę Zamawiający.

W tym kontekście – według Odwołującego - zapisy wzoru umowy w przypadku, gdy ograniczają konkurencję, również podlegają rozpatrzeniu w ramach postępowania odwoławczego.

Opierając się na powyższej argumentacji wskazał, że zapis § 14 ust. 2 pkt. 1 lit. c)

wzoru umowy stanowi rażąco naruszenie równości stron umowy, a zawarta we wskazanym zapisie kara nosi znamiona rażąco wysokiej oraz bezsprzecznie ogranicza konkurencję oraz zasadę równości wśród wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego.

W opinii Odwołującego Zamawiający w oczywisty sposób promuje podmioty lokalne.

Dodatkowo oceniając czas reakcji serwisu, jako jedno z kryteriów oceny ofert i narzucając rażąco wysokie kary dopuszcza się – według Odwołującego - bezsprzecznie czynów naruszających wyżej wskazane zasady.

Zarzucił przy tym, że Zamawiający nie precyzuje sytuacji, które uzasadniają naliczenie wskazanej wysokości kary.

W związku z powyższym wnosił o nakazanie Zamawiającemu dostosowania wskazanego zapisu wzoru umowy do obowiązujących przepisów.

Poza tym zwrócił uwagę, że Zamawiający w § 6 ust. 2 - 5 wzoru umowy stanowiącym załącznik nr 11 do SIWZ zawarł zapisy dotyczące ustalenia harmonogramu realizacji przedmiotu umowy.

Według Odwołującego Zamawiający narzucił wykonawcy konieczność dostosowywania harmonogramu robót tak, aby nie zakłócać prac w Operze.

Jednocześnie zaznaczył, że Zamawiający na etapie poprzedzającym składanie ofert nie podał, jakie będą to ograniczenia.

W konsekwencji, podkreślił, że wykonawca, na moment opracowywania oferty nie posiada informacji istotnych dla zaplanowania organizacji robót, co oddziałuje na ustalenie wartości robót i całości wykonania zadania, i co jest istotne, że przerwy w robotach wymuszają dodatkowe roboty przygotowawcze, montażowe, demontażowe, adaptacyjne, zabezpieczające, co generuje duże koszty.

W związku z powyższym Zamawiający powinien już na etapie prowadzenia postępowania wyraźnie zastrzec, w jakich datach i zorganizowanie, jakich imprez w obrębie prowadzenia zadania będzie niezbędne oraz winien określić szczegółowo ich lokalizację i zakres tak, aby zminimalizować braki w jednoznaczności opisu warunków realizacji zamówienia.

Ostatni przytoczony przez Odwołującego zarzut odnosił się do nierównego traktowania wykonawców w zakresie przygotowania oferty i skierowany był przeciwko postanowieniu pkt. 10.1. SIWZ, gdzie Zamawiający wymagał, aby potencjalny Wykonawca przed złożeniem oferty przeprowadził wizję lokalną w gmachu Opery i zapoznał się z warunkami realizacji modernizacji, a w tym zakresie prac budowlanych oraz zakresu uszczelnień ogniowych, które należy wykonać zgodnie z punktem 3.2. SIWZ. Zakres, i wycenę tych prac Wykonawca zobowiązany jest dokonać indywidualnie na podstawie wizji lokalnej. Przeprowadzenie wizji lokalnej musi być pisemnie potwierdzone przez kierownika pracowni akustycznej Opery. Dokument ten należy dołączyć do oferty.

W powyższym zakresie – zdaniem Odwołującego – powyższe wymaganie jest niezgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przewidującym, że to na zamawiającym ciąży obowiązek opisanego przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zdaniem Odwołującego obligowanie wykonawców do udziału w wizji lokalnej bezspornie stanowi naruszenie zasad wynikających z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym wnosił o nakazanie Zamawiającemu sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób wyczerpujący tak, aby wizja lokalna nie była konieczna.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), pisma Odwołującego z dnia 25 kwietnia 2014r., pisma Zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2014r. z wyjaśnieniami do SIWZ, odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 maja 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczone, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.22 ust.4 w związku z art.22 ust.5, art.29 ust.1 – 3 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy treść SIWZ została przez Zamawiającego przygotowana w sposób naruszający powołane wyżej przepisy prawa.

Izba, po przeanalizowaniu całości zebranego w sprawie materiału dowodowego nie podzieliła stanowiska Odwołującego o naruszeniu powołanych wyżej przepisów prawa.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. 6.1.3 SIWZ w zakresie warunku „dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: Wykonawca zobowiązany jest dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Do oferty wykonawca załączy wykaz osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia. Od osób odpowiedzialnych za wykonanie zamówienia wymagane jest posiadanie uprawnień budowlanych bez ograniczeń, w specjalnościach:

- telekomunikacyjnej,
- w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektronicznych; osoby odpowiedzialne za wykonanie zamówienia, muszą legitymować się ważnym zaświadczeniem(z określonym terminem ważności) właściwej izby samorządu zawodowego.

Oceny spełniania tego warunku Zamawiający dokona na podstawie oświadczenia wykonawcy wg reguły: spełnia/nie spełnia.”.

W zakresie powyższych okoliczności Zamawiający wyjaśnił, że w opisie specjalności instalacyjnej w SIWZ, użyto słowa „elektronicznych”, zamiast „elektroenergetycznych”, co stanowiło pomyłkę redakcyjną.

Należy wskazać, że zgodnie z przepisem § 22 ust.1 Rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z dnia 16 maja 2006 r.) uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Jednocześnie w myśl ust.2 powyższego przepisu uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania

obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, w odniesieniu do obiektu budowlanego, takiego jak: lokalne linie i instalacje.

Nadto stosownie do przepisu § 24 ust.1. cyt. wyżej Rozporządzenia uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, takim jak: sieci, instalacje i urządzenia elektryczne i elektroenergetyczne, w tym kolejowe, trolejbusowe i tramwajowe sieci trakcyjne wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi zasilania i sterowania, w tym kolejowej, trolejbusowej i tramwajowej sieci trakcyjnej oraz elektrycznego ogrzewania rozjazdów.

Po wyjaśnieniu powyższej omyłki redakcyjnej Izba doszła do przekonania, że postawiony przez Zamawiającego warunek mieści się w całości w treści przytoczonych wyżej przepisów. Niezależnie od powyższego Odwołujący na rozprawie wycofał powyższy zarzut.

Następnie Izba stwierdziła, że w pkt.6.1.4 SIWZ Zamawiający ustanowił warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej: Warunek ten będzie spełniony, jeśli wykonawcy przedstawią:

a) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od działalności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Oceny spełniania tego warunku Zamawiający dokona na podstawie oświadczenia wykonawcy wg reguły: spełnia / nie spełnia,

b) Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia winien posiadać rachunek bankowy potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.

Oceny spełniania tego warunku Zamawiający dokona na podstawie oświadczenia Wykonawcy wg reguły: spełnia / nie spełnia.

Zdaniem Izby powyższy warunek w całej rozciągłości odpowiada minimalnym wymaganiom określonym w przepisie § 1 ust.1 pkt. 10 i 11 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013 r.).

Wymaga przy tym wskazania, że powyższy przepis nie określa kwotowej minimalnej wartości wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy, ani wartości opłaconej przez niego polisy OC.

Następnie Izba ustaliła w części odnoszącej się do drugiego zarzutu, że w pkt. 3.1.1 SIWZ Zamawiający poinformował wykonawców, że tabela zgodności - załącznik nr 12 stanowi integralną część SIWZ.

Izba stwierdziła przy tym, że w powyższym załączniku Tabeli Zgodności parametrów Technicznych miały być przez wykonawców wypełnione następujące rubryki: wymagania SIWZ, nazwa, typ, model, producent oferowanego urządzenia, opis i parametry techniczne oferowanego urządzenia, numer strony karty katalogowej, a ostanía rubryka miała być wypełniona przez Zamawiającego w zakresie oceny spełnienia wymagania 0, 1 lub 2 ppkt.

W zakresie tego zarzutu związanego z powyższymi postanowieniami SIWZ Izba uznała, że przedstawione przez Odwołującego dowody nie mogły zostać uwzględnione, bowiem zostały one złożone w języku angielskim (załączniki nr a1-a2, a4-a7, b1-b15, c1-c13, d1- d11), a te przedłożone w języku polskim (załącznik nr 4, 4a i 4b do SIWZ, a-d, nr a3) zawierały jedynie zestawienia informacji sporządzonych przez Odwołującego bez poparcia jakimikolwiek dowodami źródłowymi.

Nadto Odwołujący nie przedstawił do powyższych wydruków własnej tezy dowodowej na okoliczności wskazane w odwołaniu.

Z powyższych względów na podstawie art.14 ustawy Pzp w związku z art.6 k.c. Izba nie uznała tego zarzutu za zasadny, bowiem ciężar dowodowy spoczywa na tym, który wywodzi skutki prawne.

W szczególności Odwołujący nie udowodnił, że postawione przez Zamawiającego wymagania są nadmierne, a określony przez niego opis przedmiotu zamówienia mógłby naruszać zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

Poza tym Izba ustaliła, że Zamawiający na stronie 6 załącznika nr 3 do SIWZ - Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót w pkt.6 – Specyfikacja Techniczna poinformował wykonawców, co następuje:

„Ponieważ niniejsza dokumentacja będzie służyć dalszemu zamówieniu publicznemu na wykonanie zaprojektowanego systemu, w poniższej tabeli podano minimalne wymagania w zakresie funkcjonalności oraz parametrów technicznych i jakościowych jakim musi

odpowiadać zaprojektowany system elektroakustyczny oraz poszczególne komponenty wraz z podaniem przykładowych urządzeń spełniających te wymagania. Dotrzymanie wyspecyfikowanych parametrów funkcjonalnych, technicznych i ilościowych dla poszczególnych urządzeń z poniższej tabeli jest konieczne, aby uzyskać zakładany efekt funkcjonalny, techniczny i artystyczny.

Dopuszcza się wykonanie zaprojektowanego systemu w oparciu o rozwiązania równoważne na zasadach określonych w art.36a ust.5 oraz art.36a ust.6 ustawy Prawo budowlane pod warunkiem, iż nie będzie ono skutkowało istotnym odstępianiem od projektu budowlanego w rozumieniu art.36a ust.1 ustawy Prawo budowlane.

Urządzenia równoważne muszą posiadać parametry funkcjonalne, techniczne i jakościowe nie gorsze niż podane w poniższej tabeli. Zgodnie z art.30 ust.5 ustawy prawo Zamówień Publicznych w trakcie postępowania przetargowego wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż oferowane przez niego urządzenia spełniają minimalne wymagania określone przez projekt, zarówno pod względem parametrów funkcjonalnych, technicznych, jakościowych, jak i ilościowych.

Wszystkie zmiany, modyfikacje w zakresie zaprojektowanych systemów muszą uzyskać pisemną akceptację autorów tego opracowania.”.

Nadto Izba stwierdziła, że w pkt.3.3 SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający określił następujący wymóg: „W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę materiałów i urządzeń równoważnych, Wykonawca zobowiązany jest zaznaczyć i opisać to w tabeli zgodności – załącznik nr 12, dołączyć do oferty dowód, oraz nazwę producenta. Ocena równoważności będzie dokonana zgodnie z założeniami opisanymi w Specyfikacji Technicznej Wykonania I Odbioru Robót – załącznik 3. W przypadku wątpliwości dotyczących równoważności oferowanych produktów Zamawiający wezwie Wykonawcę do złożenia we wskazanym terminie wyjaśnień dotyczących treści oferty.”.

Jeżeli chodzi o ten zarzut odnoszący się do wymagania opisanie zasad równoważności, to należy podnieść, że ustawa wymaga jedynie podania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, który w niniejszym przetargu został dokonany z określeniem zasad równoważności zawartym w powyższych postanowieniach SIWZ.

Wobec tego również zarzut, że Odwołujący posługuje się nazwami własnymi bez jednoznacznego określenia zakresu i zasad uznania równoważności nie znajduje uzasadnienia.

Jednocześnie należy podnieść, że zgodnie z art.30 ust.5 ustawy Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego.

Zdaniem Izby Zamawiający dokonał precyzyjnego opisu referencyjnego, wymaganego do zaoferowania przedmiotu zamówienia.

Jeżeli dokonałby opisu rozwiązań równoważnych przedmiotu zamówienia w sposób nadmiernie szczegółowy, to w zasadzie rozszerzyłby zakres przedmiotu zamówienia i zawęził formułę dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

Izba uznała, że Odwołujący w swoim odwołaniu, nawet nie podjął się próby wykazania, że potencjalnie przez niego zaoferowany przedmiot zamówienia nie mógłby zostać uznany przez Zamawiającego za równoważny.

Jednocześnie Izba ustaliła, że w zakresie Informacji o dokumentach potwierdzających, że oferowane Dostawy odpowiadają wymaganiom określonych przez Zamawiającego w pkt.7.10.2. SIWZ Zamawiający zażądał, co następuje: „ Do wszystkich zaoferowanych produktów równoważnych Wykonawca zobowiązany jest dołączyć karty charakterystyki lub/i specyfikacje techniczne, karty katalogowe. Wszystkie dokumenty/załączniki muszą być sporządzone w języku polskim lub przetłumaczone na język polski w oryginale lub potwierdzone „za zgodność z oryginałem” oraz podpisane przez osobę upoważnioną do składania oferty”.

W zakresie zarzutu do pkt. 7.10.2 SIWZ Odwołujący na rozprawie wycofał ten zarzut.

Podobnie Odwołujący na posiedzeniu wycofał zarzut nr 4 odwołania odnoszący się do kryteriów oceny ofert.

W zakresie piątego zarzutu skierowanego przeciwko treści wzoru umowy Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego odnośnie kar umownych, będąc przekonana, że wysokość tych kar powinna zostać uwzględniona w kalkulacji kosztów wykonawcy.

Nadto, jeżeli chodzi o postanowienia § 6 ust.2 – 5 wzoru umowy nie znalazły one również uznania Izby, skoro wykonawca sam opracowuje taki harmonogram i w ocenie Izby

sytuacja ta mieści się w ryzyku kontraktowym i nie ma związku z zasadą równości czy konkurencyjności przetargu.

Izba zauważyła także, że Zamawiający w pkt.10.1 SIWZ wprowadził następujące postanowienie: „Zamawiający wymaga, aby potencjalny Wykonawca przed złożeniem oferty przeprowadził wizję lokalną w gmachu Opery i zapoznał się z warunkami realizacji modernizacji, a w tym zakresie prac budowlanych oraz zakresu uszczelnień ogniowych, które należy wykonać zgodnie z punktem 3.2 SIWZ. Zakres i wycenę tych prac Wykonawca zobowiązany jest dokonać indywidualnie na podstawie wizji lokalnej. Przeprowadzenie wizji lokalnej musi być pisemnie potwierdzone przez kierownika pracowni akustycznej Opery. Dokument należy dołączyć do oferty.”.

W kontekście powyższego postanowienia SIWZ Izba doszła do przekonania, że nie potwierdził się szósty zarzut dotyczący wizji lokalnej, która – ocenie Izby – jest czynnością korzystną dla stron umowy, pozwalającą na uniknięcie w przyszłości sytuacji spornych na tle realizacji kontraktu, stanowiącą wymaganie i okoliczność mającą istotny wpływ na sporządzenie oferty.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zatem wprowadzenie do SIWZ dodatkowej instytucji wizji lokalnej jest ustaleniem wymagania i okoliczności bardzo istotnej do poprawnego sporządzenia oferty.

W ocenie Izby również koszty czynności wizji lokalnej powinny być uwzględnione w kalkulacji oferty Odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

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

Przewodniczący:.....