

Sygn. akt: KIO 1404/18

Wyrok

z dnia 31 lipca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Zuzanna Idźkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2018 roku przez wykonawcę **Shadok AV Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 404, 41-806 Zabrze**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Katowice, ul. Młyńska 4, 40- 098 Katowice**,

przy udziale wykonawcy **Konsbud Audio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Gajdy 24, 02-878 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Shadok AV Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrze**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Shadok AV Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrze** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Shadok AV Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrze** na rzecz wykonawcy **Konsbud Audio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Katowice (zwane dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: *„Dostawa i modernizacja systemu nagłaśniającego na terenie lodowiska w obiekcie Hali Widowiskowo-Sportowej Spodek w Katowicach”* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579, z późn. zm.) - zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 kwietnia 2018 roku pod numerem 551467-N-2018. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 10 lipca 2018 roku zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Konsbud Audio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 16 lipca 2018 roku wykonawca Shadok AV Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Zabrze (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej – w formie pisemnej – wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Konsbud Audio Sp. z o.o., co było wynikiem zaniechania dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Konsbud Audio Sp. z o.o. oraz zaniechania dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania odrzucenia oferty wykonawcy Konsbud Audio Sp. z o.o.;
2. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wybrania oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 10 lipca 2018 roku;
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert wykonawców: Shadok AV Sp. z o.o. Sp. k. oraz Konsbud Audio Sp. z o.o.;
3. odrzucenia oferty wykonawcy Konsbud Audio Sp. z o.o.;
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, co następuje.

W ocenie odwołującego oferta wykonawcy Konsbud Audio powinna zostać odrzucona ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ.

W punkcie 1 odwołania odwołujący odnosił się do niezgodności stojaka teletechnicznego z wyposażeniem.

Odwołujący wskazał, że w ramach przedmiotu zamówienia, wykonawcy byli zobowiązani do dostarczenia urządzeń stanowiących system nagłośnienia. Specyfikacja wymaganych urządzeń została zawarta w załączniku nr 7 do SIWZ, wśród których został wymieniony stojak teletechniczny z wyposażeniem (pkt 1.10.). Dalej zauważył, iż wykonawcy oferując dane urządzenie, zobowiązani byli do podania szczegółowych informacji odnośnie jego producenta, typu i modelu. Na podstawie uzyskanych w ten sposób informacji, zamawiający przeprowadzał komisijną ocenę spełnienia minimalnych parametrów technicznych oferowanych urządzeń. Odwołujący podniósł, że wykonawca Konsbud Audio w swojej ofercie w zakresie stojaka teletechnicznego z wyposażeniem ograniczył się do podania jedynie typu produktu poprzez wpisanie jego symbolu „SZB19” w kolumnie „Typ” oraz „Model” oraz informacji o producencie (ZPAS). W ocenie odwołującego informacje podane przez wykonawcę Konsbud Audio są niewystarczające w kontekście wymagań zamawiającego zawartych w załączniku nr 7 do SIWZ. Odwołujący zwrócił uwagę, że za wskazanym przez wykonawcę Konsbud Audio Sp. z o.o. stojakiem „SZB19” kryje się cały typoszereg, w ramach którego znajduje się wiele konkretnych modeli szaf rakowych, w tym również niespełniających wymogów SIWZ. Nie odnosi się to oznaczenie do konkretnego modelu, gdyż na rynku nie istnieje stojak produkowany przez ZPAS o modelu „SZB19”.

Następnie odwołujący wskazał, że seria produktów „SZB19” firmy ZPAS zawiera aż 32 konfiguracji wykonania szaf teletechnicznych patrząc tylko i wyłącznie przez pryzmat ich wymiarów. Jeśli zaś dokona się konfiguracji z uwzględnieniem konkretnych wersji wykonania rodzajów drzwi, dachu, cokołu ścian, podstawy, to wówczas będzie znacznie więcej dostępnych modeli typoszeregu „SZB19” w ofercie firmy ZPAS. Podkreślił też, że wiele z konfiguracji szaf „SZB19” nie spełnia wymogów SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca powinien w taki sposób przygotować swoją ofertę, aby zamawiający nie musiał domyślać się lub domniemywać, czy jego wymagania będą spełnione, tym bardziej, że zamawiający wprost wskazał, że wymaga podania konkretnego modelu urządzeń, ponieważ na bazie tych informacji dokona oceny zgodności oferty z SIWZ. Natomiast wskazanie przez wykonawcę Konsbud Audio Sp. z o.o. jedynie symbolu tzw. typoszeregu produktów nie spełnia wymagań wskazanych przez zamawiającego w SIWZ,

nie wiadomo bowiem o jaką konfigurację szafy chodzi. Odwołujący zaznaczył, że wykonawca w kolumnie „model” winien był wskazać konkretny symbol szafy.

Ponadto, odwołujący zwrócił uwagę, iż przystępujący w innym miejscu w swojej ofercie w sposób uszczegółowiony opisał wymagane przez zamawiającego elementy parametrów oferowanego urządzenia (przykładowo wskazał na pozycję 2.18 – gdzie możliwe było ustalenie serii i wymiarów szafy).

Zdaniem odwołującego, z oświadczeń wykonawcy Konsbud Audio nie można wywnioskować, czy zaoferowane rozwiązania odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że na gruncie ustawy Pzp oraz treści SIWZ wykonawcy byli zobowiązani do podania konkretnego modelu oferowanego urządzenia. W jego ocenie za nieprawidłowe należy uznać takie działanie wykonawcy, który składając w ofercie nieprecyzyjne dane zmusza zamawiającego do domyślenia się oferowanego asortymentu.

Odwołujący wskazał też, że zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień do wykonawcy Konsbud Audio czy oferowana przez niego szafa z typoszeregu „SZB19” będzie spełniać wymagania w zakresie wymiarów 600x800. Odpowiedź była potwierdzająca. Według odwołującego, działanie zamawiającego polegające zarówno na wezwaniu wykonawcy Konsbud Audio, jak i uznaniu złożonych przez niego wyjaśnień, było nieuprawnione. Odwołujący podał również, że zarówno z treści oferty wykonawcy, jak i złożonych wyjaśnień nie wynika, czy zaoferowana szafa rakowa będzie mieć wymagane drzwi o określonym kącie otwierania i jaki będzie miała stopień ochrony, jak również jakie ostatecznie będzie miała wymiary. Odwołujący powołał się na wyrok o sygn. akt KIO 119/18.

Odwołujący stwierdził, że błąd oferty wykonawcy Konsbud Audio polega właśnie na niedoprecyzowaniu przedmiotu oferty, co nie może być poprawione, wyjaśnione, ani uzupełnione na tym etapie postępowania. W jego ocenie zamawiający winien był zastosować art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i dokonać odrzucenia oferty wykonawcy Konsbud Audio.

W punkcie 2 odwołania odwołujący odnosił się do niezgodności zestawu mikrofonu bezprzewodowego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią załącznika nr 7 do SIWZ (po modyfikacji), w ramach minimalnych parametrów zestawu mikrofonu bezprzewodowego, zamawiający wymagał posiadania systemu True Diversity. Odwołujący wskazał, że wykonawca Konsbud Audio w swojej ofercie na stronie 5 (w punkcie 2.9) zaoferował zestaw mikrofonu niespełniający wymogów zawartych w SIWZ, a mianowicie zestaw mikrofonów MICB01-04 firmy Shure, model QLXD4+QLXD2/SM58. Odwołujący wyjaśnił, iż model QLXD4 oznacza

konkretny odbiornik mikrofonowy firmy Shure, który posiada system odbioru Digital Predicted Diversity, a nie True Diversity, co stanowi oczywistą niezgodność oferty z wymogami SIWZ. Odwołujący wskazał, że True Diversity i Predicted Diversity stanowią dwa odmienne od siebie systemy.

Odwołujący powołał się na oficjalny dokument opublikowany przez firmę Shure „*Eliminowanie interferencji mikrofonu bezprzewodowego za pomocą technologii Antena Diversity*” („*Eliminating Wireless Microphone Interference with Antenna Diversity*”), z którego to miało wynikać, że systemy True i Predicted Diversity to dwa różne systemy. Według tego dokumentu True Diversity obejmuje dwie anteny i dwa odbiorniki (receiver 1, receiver2) i zapewnia obwód łączący dźwięk dla dwóch anten używających dwóch dedykowanych sekcji odbiorników. W przypadku tego systemu komparator (comparator audio switch) przełącza się pomiędzy sygnałami audio 1 i 2 zamiast przełączania się pomiędzy samymi antenami. Jest to skuteczniejsza i bardziej niezawodna metoda. Natomiast, Predictive Diversity zawiera sekcję posiadającą jeden odbiornik (receiver) oraz przełącznik (switch), który wybiera najmocniejszy sygnał dla odbiornika. Komparator (predictive comparator) porównawczy odsłuchuje wybierane audio. Gdy sygnał z anteny jest słaby, komparator w sposób automatyczny przełącza się na inną antenę. Jest to dość skuteczna metoda oferowana w przypadku podstawowych systemów bezprzewodowych.

Odwołujący podkreślił, iż fundamentalna różnica występująca pomiędzy systemem True Diversity i Predicted Diversity wynika z samej konstrukcji urządzenia, bowiem True Diversity oznacza, że odbiornik mikrofonu bezprzewodowego zawiera wbudowane dwa odbiorniki, po jednym dla każdej anteny. Jest to różnica o charakterze mechanicznym (z uwzględnieniem parametrów technicznych urządzenia), związanym ściśle z budową odbiornika, co przekłada się również na standard działania. System True Diversity jest uznawany za najbardziej niezawodny i skuteczny, czego w pełni nie jest w stanie zapewnić oferowany przez wykonawcę Konsbud Audio system Predicted Diversity, posiadający tylko jeden odbiornik.

Zdaniem odwołującego system Predicted Diversity w żaden sposób nie może być uznany za zgodny z systemem True Diversity, właśnie ze względu na odmienną budowę, opartą o jeden odbiornik i przełącznik. Jest to zupełnie inna konstrukcja i tym samym inny jest sposób działania całego urządzenia. Konsekwencją powyższego jest – w opinii odwołującego – stwierdzenie jednoznacznej niezgodności treści oferty wykonawcy Konsbud Audio z wymaganiami zamawiającego wyrażonymi w SIWZ, przy czym niezgodność ta nie może być konwalidowana, gdyż nie jest ona wynikiem omyłki wykonawcy, lecz wynikiem świadomego

zaoferowania rozwiązania niezgodnego z SIWZ, co wynika z wyjaśnień wykonawcy, złożonych na wezwanie zamawiającego. Odwołujący powołał się na wyrok o sygn. akt: KIO 1774/17.

Odwołujący dodał również, że w treści załącznika nr 7 do SIWZ zamawiający w odróżnieniu od wielu różnych pozycji podanych w zestawieniu urządzeń, nie określił wymagań dotyczących zestawu mikrofonu bezprzewodowego wskazując na minimalne, bądź nie gorsze parametry, lecz wprost wskazał na konieczność zaoferowania mikrofonów z systemem True Diversity. Jeżeli jednak wykonawca Konsbud Audio miał zamiar zaoferować rozwiązanie równoważne, winien był wraz z ofertą przedstawić odpowiednie dowody potwierdzające, iż zaoferowany przez niego zestaw mikrofonu bezprzewodowego w systemie Predicted Diversity odpowiada wymaganiom zamawiającego, co wynika z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp oraz z treści załącznika nr 7 do SIWZ, w którym zamawiający wskazał na obowiązek dowodowy wykonawcy w tym zakresie.

Ponadto, odwołujący powołał się na wyrok o sygn. akt: KIO 2699/16.

Z uwagi na powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

W dniu 17 lipca 2018 roku zamawiający przekazał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp: Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

W dniu 20 lipca 2018 roku – w formie pisemnej – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego od wykonawcy Konsbud Audio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym” lub „Konsub Audio”), przy czym zgłaszający przystąpienie wskazał stronę, do której zgłasza przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz przedstawił dowody przesłania stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Izba ustaliła, że wykonawca Konsbud Audio zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tym samym stając się uczestnikiem tego postępowania.

W dniu 26 lipca 2018 roku zamawiający złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie – w formie pisemnej (uprzednio w dniu 24 lipca 2018 roku zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie za pośrednictwem poczty elektronicznej). W odpowiedzi na odwołanie zamawiający oświadczył, iż uwzględnia zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W dniu 27 lipca 2018 roku - w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego – wykonawca Konsbud Audio, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł do protokołu sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Ponadto, przystępujący złożył pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśnie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.

Wobec powyższego Izba rozpoznała odwołanie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, przekazanej przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) wraz z ze zmianami i wyjaśnieniami treści SIWZ, oferty i wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Konsbud Audio w toku postępowania o udzielenie zamówienia, opinii sporządzonych przez firmę eR GRUPA Sp. z o.o. dla zamawiającego w związku z wyjaśnieniem kwestii oferowanego przez wykonawcę Konsbud Audio systemu odbioru dla zestawu mikrofonu bezprzewodowego.

Izba dopuściła również dowody z dokumentów załączonych do odwołania, a także dowody z dokumentów złożonych przez odwołującego i przystępującego w toku rozprawy w dniu 27 lipca 2018 roku, tj.:

1. pisma ZPAS z dnia 30.05.2018 roku dotyczącego standardu szaf SZB;
2. tabeli wykonań firmy ZPAS dla szaf teleinformatycznych serii SZB19,
3. wydruku z bolga firmy Shure artykułu pn. Eliminacja Zakłóceń Mikrofonów Bezprzewodowych za pomocą funkcji Diversity z dnia 8.12.2015 roku (wraz z tłumaczeniem na język polski);

4. oświadczenia ZPAS z dnia 23.07.2018 r. dotyczącego składania zamówień u tego producenta na wybrane modele szafy RACK z uwzględnieniem numeru katalogowego;
5. oświadczenia dystrybutora urządzeń Shure wraz z tłumaczeniem na język polski (dokument objęty tajemnicą przedsiębiorstwa);
6. karty katalogowej urządzenia QLXD producenta Shure wraz z tłumaczeniem na język polski wybranych fragmentów;
7. karty katalogowej urządzenia AD4Q producenta Shure wraz z tłumaczeniem na język polski wybranych fragmentów;
8. wydruku ze strony producenta ZPAS dotyczącego szaf teleinformatycznych sieciowych SZB 19;
9. opinii Polskiej Sekcji Audio Engineering Society z dnia 26.07.2018 r. nt. terminu „true diversity”;
10. opinii dr T. F. z dnia 25.07.2018 r. w sprawie systemów antenowych mikrofonów bezprzewodowych Predictive Diversity i True Diversity;
11. opinii Manufaktury Technologicznej z dnia 26.07.2018 r. dotyczącej odpowiedzi na pytanie czy system QLX-D firmy Shure jest systemem true diversity wraz z wydrukiem ze strony Manufaktury, wskazującym na przedmiot działalności tej instytucji;
12. oświadczenia firmy Polsound Sp. z o.o. z dnia 23.07.2018 r. dotyczącego systemu Predictive Diversity, zawierającym oficjalną publikację producenta Shure (wraz z poświadczonym tłumaczeniem na język polski wybranego fragmentu publikacji),
13. oświadczenia firmy Shure z dnia 1.06.2017 r. dotyczącym wyłącznej dystrybucji Shure w Polsce firmy Polsound (wraz z tłumaczeniem na język polski).

Izba wzięła również pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone odpowiednio w odwołaniu, w odpowiedzi na odwołanie i w piśmie procesowym, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 27 lipca 2018 roku.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Ponadto, nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła także, że odwołującemu w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania jako, że spełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania, tj. istnienie interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn. *dostawa i modernizacja systemu nagłaśniającego na terenie lodowiska w obiekcie Hali Widowiskowo-Sportowej Spodek w Katowicach*, z podziałem na etapy wymienionymi w Części II pkt 11.1) SIWZ.

W Załączniku nr 7 do SIWZ – *Specyfikacja parametrów technicznych urządzeń nagłośnieniowych stanowiących system nagłośnienia obiektu Lodowiska w Katowicach* – wskazano, że: *„Zamawiający opisał przedmiot Zamówienia za pomocą minimalnych wymagań technicznych, funkcjonalnych i jakościowych jakie stawiane są poszczególnym urządzeniom wchodzącym w zakres dostawy. Dotrzymanie wyspecyfikowanych parametrów, funkcjonalnych, technicznych i ilościowych wynika z uzasadnionych potrzeb zamawiającego i jest w świetle przyjętych założeń jakościowych istotne, aby uzyskać zakładany efekt techniczny i funkcjonalny. Jeżeli w opisie przedmiotu zamówienia znajdują się jakiegokolwiek znaki towarowe, patenty czy pochodzenie należy przyjąć, że Zamawiający ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia, podał taki opis ze wskazaniem na typ i dopuszcza składanie ofert równoważnych, o parametrach technicznych, funkcjonalnych i jakościowych nie gorszych niż te podane w opisie przedmiotu zamówienia, spełniających jednocześnie wszystkie zapisy niniejszej specyfikacji. Wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż oferowane przez niego urządzenia spełniają minimalne wymagania określone przez Zamawiającego, zarówno pod względem parametrów technicznych, funkcjonalnych, jakościowych jak i ilościowych. W związku z powyższym Wykonawca, wraz z ofertą zobowiązany jest przedłożyć zestawienie oferowanych urządzeń wraz z podaniem ich typu, producenta i modelu oraz ilości sztuk na formularzu Załącznik Nr 1a do SIWZ. Zamawiający dokona komisyjnej oceny spełnienia wymaganych minimalnych parametrów technicznych urządzeń oferowanych przez Wykonawcę na podstawie wypełnionego formularza Załącznik Nr 1a do SIWZ. Zamawiający wymaga, aby dostarczone urządzenia były fabrycznie nowe, nieużywane wcześniej przy innych projektach lub prezentacjach”.*

W Załączniku nr 1a do SIWZ – *Formularz cenowy* - zamawiający przewidział w tabeli dotyczącej oferowanych urządzeń kolumny zatytułowane m.in.: „typ”, „producent”, „model”, w tym dla poz. 1.10 dotyczącej stojaka teletechnicznego z wyposażeniem SZR01.

W Załączniku nr 7 do SIWZ w punkcie 2.9 - *Zestaw mikrofonu bezprzewodowego* zamawiający wskazał dla odbiornika parametr „System odbioru” – „True Diversity”.

Wykonawca Konsbud Audio w załączonym do oferty formularzu cenowym (Załącznik nr 1a do SIWZ) dla poz. 1.10 w kolumnach „typ” i „model” wskazał identyczne oznaczenie: „SZB 19”. Ponadto, w poz. 2.9. zaoferował urządzenie QLXD4+QLXD2/SM58 producenta Shure. Do oferty ww. wykonawca załączył m.in. specyfikację techniczną urządzenia QLX-D oraz karty katalogowe szaf sieciowych/serwerowych „SZB IT 19”.

W dniu 15 czerwca 2018 roku wykonawca Konsbud Audio na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził, że oferowany przez niego stojak teletechniczny z wyposażeniem SZR01 (poz. 1.10 formularza cenowego) ma wymiary S.600 G.800.

Z kolei dnia 2 lipca 2018 roku wykonawca Konsbud Audio na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnił, że odbiorniki systemu bezprzewodowego QLXD4+QLXD2/SM58 posiadają system anten odbiorczych określonych przez producenta, tj. firmę Shure jako Predictive Diversity, który jest rodzajem systemu True Diversity. Powoływał się przy tym na informacje zawarte na stronie internetowej producenta.

Jednocześnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający dwukrotnie zwracał się do firmy eR Grupa Sp. z o.o. o weryfikację ofert pod względem technicznym. W pierwszej opinii z dnia 27 czerwca 2018 roku stwierdzono, że oferta wykonawcy Konsbud Audio nie jest zgodna z SIWZ (punkt 2.9 Zestaw mikrofonu bezprzewodowego), bowiem oferent zaoferował system odbioru Predictive Diversity, który jest systemem o niższych właściwościach technicznych, które w SIWZ nie zostały dopuszczone. Natomiast, w drugiej opinii z dnia 6 lipca 2018 roku stwierdzono, iż system Predictive Diversity jest najnowszej generacji rodzajem systemu True Diversity.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Powołane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp jako podstawa prawna zarzutów:

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż: *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Art. 7 ust. 3. ustawy Pzp stanowi, iż: *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, iż: *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Zdaniem odwołującego oferta wykonawcy Konsbud Audio powinna zostać odrzucona ze względu na jej niezgodność z treścią SIWZ, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Okoliczności, które zdaniem odwołującego, powodowały niezgodność treści oferty złożonej przez przystępującego z treścią SIWZ, a w konsekwencji konieczność jej odrzucenia, to niezgodność stojaka teletechnicznego z wyposażeniem oraz niezgodność zestawu mikrofonu bezprzewodowego z wymaganiami zamawiającego wskazanymi w SIWZ. W zakresie zarzutów podnoszonych przez odwołującego, Izba zważyła, co następuje.

I. Niezgodność stojaka teletechnicznego z wyposażeniem

Bezsporne było, że zamawiający wymagał podania informacji odnośnie typu, modelu i producenta dla oferowanych urządzeń w formularzu cenowym, stanowiącym Załącznik nr 1a do SIWZ, zgodnie też z wymaganiem opisanym w Załączniku nr 7 do SIWZ.

Bezsporne było także to, że wykonawca Konsbud Audio w formularzu cenowym (Załącznik nr 1a do SIWZ) dla poz. 1.10 dotyczącej stojaka teletechnicznego z wyposażeniem podał identyczne oznaczenie zarówno dla typu, jak i modelu, tj. „SZB19”.

Niewątpliwym też jest to, że oznaczenie „SZB19” to oznaczenie typoszeregu (typu), obejmującego wiele konfiguracji stojaków teletechnicznych. Oznaczenie to, jak zauważył i odwołujący, i zamawiający, nie odnosi się do konkretnego modelu tego urządzenia, gdyż na rynku nie istnieje stojak teletechniczny produkowany przez firmę ZPAS o modelu „SZB19”. W ramach typoszeregu „SZB19” znajdują się w ofercie producenta urządzenia o konfiguracji zgodnej z wymaganiami zamawiającego, ale również i takie, które nie spełniają tych wymagań. Powyższe okoliczności także nie były sporne.

Przede wszystkim należy wskazać, co podnosił przystępujący, że ZPAS – producent oferowanego przez przystępującego stojaka teletechnicznego - nie stosuje odrębnych oznaczeń modeli tych urządzeń. Sam odwołujący w odwołaniu powoływał się na numery wykonania (numery katalogowe) poszczególnych szaf teletechnicznych w ramach typoszeregu „SZB19” nazywając je „modelami”. Stosowane przez odwołującego nazewnictwo („modele”) w odniesieniu do numerów katalogowych jednak nie znajduje potwierdzenia w dowodach przedstawionych w sprawie. Innymi słowy, nie można utożsamiać oznaczenia odnoszącego się do konkretnego numeru katalogowego z oznaczeniem modelu. Są to dwa różne pojęcia.

Skład orzekający Izby, stoi na stanowisku, że nie można czynić zarzutu wykonawcy, iż nie podał odrębnego oznaczenia modelu stojaka teletechnicznego (poz. 1.10 Załącznika nr 1a do SIWZ), w sytuacji, gdy dany producent nie stosuje takich oznaczeń. Z kolei numerów katalogowych, ani żadnych innych dodatkowych informacji, dotyczących parametrów oferowanego urządzenia, nie wymagał zamawiający. Oczywiste jest, co podnosi odwołujący, że wykonawca jest zobowiązany przygotować w ten sposób ofertę, aby zamawiający nie musiał domyślać się, czy jego wymagania będą spełnione, czy też nie, ale z drugiej strony zamawiający nie może też oczekiwać, że wykonawca poda mu więcej informacji, niż wynika to z wymagań zamawiającego zawartych w treści SIWZ. Tym samym nie sposób uznać, że sposób opisanie i potwierdzenia zakresu zobowiązania odnośnie oferowanego sprzętu w ofercie przystępującego jest niezgodny z treścią SIWZ. Nie można w takim przypadku stwierdzić, iż niemożność identyfikacji oferowanego sprzętu na podstawie danych zawartych w ofercie, została spowodowana niewłaściwym sposobem wyrażenia treści oferty przez wykonawcę w wymaganym przez zamawiającego zakresie. Na marginesie Izba zauważa, że nie jest tak, jak twierdzi przystępujący, że wyrażenie „typ” i „model” to synonimy, nie wpływa to jednak na ocenę Izby, iż zarzut jest bezzasadny.

Ponadto, Izba zauważa, że w ramach typoszeregu „SZB19”, są stojaki teletechniczne o parametrach spełniających wymagania zamawiającego, w szczególności co do wymiarów podstawy. Ta okoliczność nie była kwestionowana. Odwołujący wskazywał jedynie, że typoszereg „SZB19” obejmuje też szafy nie spełniające wymagań zamawiającego.

Odwołujący jako dodatkowy argument wskazywał na okoliczność, iż inne pozycje formularza cenowego przystępujący wypełnił w sposób pozwalający na ustalenie, choćby częściowe, parametrów oferowanego sprzętu. W ocenie Izby nie potwierdza to w żaden sposób zasadności zarzutu. To, że wykonawca z własnej inicjatywy podał dodatkowe informacje w innych pozycjach formularza cenowego, nie oznacza, że bez konkretnego wymagania zamawiającego, można oczekiwać od niego, że w podobny sposób był zobowiązany wypełnić również pozycję 1.10 tego formularza.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że powyższy zarzut jest bezzasadny.

II. Niezgodność zestawu mikrofonu bezprzewodowego

Zgodnie z Załącznikiem nr 7 do SIWZ (pozycja 2.9.) zamawiający oczekiwał zaoferowania zestawu mikrofonu bezprzewodowego z systemem odbioru „True Diversity”.

Wykonawca zaoferował zestaw mikrofonu bezprzewodowego QLXD4+QLXD2/SM58 producenta Shure z systemem „Predictive Diversity”.

Odwołujący podnosił, że system True Diversity i system Predictive Diversity to dwa odrębne systemy.

W ocenie składu orzekającego Izby, odwołujący nie wykazał, że True Diversity to system odrębny od systemu Predictive Diversity.

Izba oceniła jako wiarygodne dokumenty złożone przez przystępującego, tj. w szczególności oświadczenie wyłącznego dystrybutora producenta Shure – firmy Polsound z dnia 23.07.2018 r., poparte oficjalną publikacją producenta Shure. Z oświadczenia firmy Polsound wynika, że *„system Predictive Diversity używany w odbiornikach bezprzewodowych serii QLXD firmy Shure, jest jednym ze sposobów realizowania funkcji True Diversity”*. Natomiast firma Shure w swojej publikacji wskazuje, że *„terminem „True Diversity” przyjęło się oznaczać systemy, które mają dwie sekcje odbiorcze, ale technicznie każdy system, który obserwuje pole radiowe w dwóch (lub więcej) lokalizacjach i może „inteligentnie” wybrać lub połączyć uzyskane sygnały, jest systemem True Diversity”*. Powyższe znajduje także odzwierciedlenie w stanowiskach wyrażonych w opiniach prywatnych złożonych przez przystępującego. Z kolei to, że w kartach katalogowych producenta Shure pojawiają się odrębnie nazwy „Predictive Diversity” i „True Diversity” dla różnych urządzeń nie neguje prawdziwości twierdzeń, iż system Predictive Diversity jest jednym ze sposobów realizowania funkcji True Diversity. W tym miejscu należy zaznaczyć, że sam zamawiający nie zdefiniował pojęcia „True Diversity” w treści SIWZ, w szczególności w Załączniku nr 7, w którym opisał wymagane parametry. Wprawdzie, w powołanej przez przystępującego publikacji producent Shure stwierdza, że terminem „True Diversity” przyjęło się oznaczać systemy, które mają dwie sekcje odbiorcze, co wskazywałoby na zasadność stanowiska odwołującego, odnoszącego te dwa pojęcia do różnic w zakresie budowy, niemniej jednak w dalszym ciągu firma Shure wskazuje, że „True Diversity” oznacza każdy system, który obserwuje pole radiowe w dwóch (lub więcej) lokalizacjach i może „inteligentnie” wybrać lub połączyć uzyskane sygnały (czyli bez konieczności posiadania dwóch sekcji odbiorczych), a nie było kwestionowane przez odwołującego, że system oferowany przez przystępującego posiada taką funkcjonalność.

Co do artykułu załączonego przez przystępującego do odwołania na okoliczność, iż system True Diversity i Predictive Diversity to dwa różne systemy z uwagi na różnice w budowie systemów mikrofonów bezprzewodowych, to należy zwrócić uwagę, iż jest to artykuł datowany na grudzień 2015 roku – wydruk z bloga Shure.

W konsekwencji Izba podzieliła argumentację przystępującego, znajdującą swoje odzwierciedlenie w złożonych przez niego dowodach, iż system Predictive Diversity jest rodzajem realizacji funkcjonalności True Diversity. Przede wszystkim należy wskazać,

że przystępujący złożył w tym zakresie oświadczenie wyłącznego dystrybutora firmy Shure, potwierdzone oficjalną publikacją producenta Shure, iż system Predictive Diversity, używany w odbiornikach bezprzewodowych serii QLXD firmy Shure, jest jednym ze sposobów realizowania funkcji True Diversity.

Sam zamawiający nie określił w treści SIWZ jak należy rozumieć to pojęcie („True Diversity”). Co więcej, zamawiający miał wątpliwości co do oceny oferty złożonej przez wykonawcę Konsbud Audio w tym zakresie. W dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, co wskazał zamawiający w toku rozprawy, znajdują się dwie różne opinie pochodzące od tej samej firmy. Należy wskazać, że zamawiający dokonując oceny oferty złożonej przez przystępującego posiłkował się m.in. opiniami firmy eR GRUPA, w której imieniu opinie sporządzała osoba, wchodząca również w skład komisji przetargowej. W opinii z dnia 6 lipca 2018 roku stwierdzono, że *„system Predictive Diversity jest najnowszej generacji rodzajem systemu True Diversity”*. Natomiast pierwsze stanowisko w tym zakresie z dnia 27 czerwca 2018 roku jest takie, że oferta przystępującego nie jest zgodna z SIWZ w zakresie pkt 2.9 Zestaw mikrofonu bezprzewodowego, bowiem *„oferent zaproponował system odbioru Predictive Diversity, który jest systemem o niższych właściwościach technicznych, które w SIWZ nie zostały dopuszczone.”*

Na rozprawie zamawiający wskazywał, że system Predictive Diversity jest systemem równoważnym wobec systemu Predictive Diversity, a wykonawca miał obowiązek na etapie składania oferty wykazać tą równoważność. Podnieść jednak należy, że zamawiający nie określił minimalnych parametrów w zakresie, których miałyby być badana kwestia równoważności urządzeń. Zamawiający wymagał jedynie systemu True Diversity, a skoro, co zostało wykazane, pojęcie True Diversity należy odnosić do określonej funkcjonalności, to w konsekwencji należy też uznać, że oferta złożona przez przystępującego jest zgodna z treścią SIWZ w tym zakresie.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że powyższy zarzut jest bezzasadny

Tym samym Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie został sprecyzowany, w związku z czym nie podlegał rozpoznaniu.

W okolicznościach niniejszej sprawy chybiony jest zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący nie zakwestionował bowiem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryteria oceny ofert ustalone w treści SIWZ.

W związku z powyższym Izba orzekła - jak w punkcie 1 sentencji wyroku – oddalając odwołanie.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 186 ust. 6 pkt 3 lit a) ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b), a także § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Zgodnie zaś z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit a) ustawy Pzp *koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 4 (tj. w przypadku wniesienia sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości) ponosi odwołujący, jeżeli odwołanie zostało oddalone przez Izbę.*

Stosownie do § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b) powołanego powyżej rozporządzenia *do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się:*

- 1) *wpis (...)*
- 2) *uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności (...)*
 - b) *wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3600 zł.*

Zgodnie zaś z § 5 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia *w przypadku odrzucenia albo oddalenia odwołania przez Izbę (...)*

- 2) *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania, Izba zasądza od odwołującego na rzecz wnoszącego sprzeciw koszty, o których mowa w § 3 pkt 2.*

W niniejszej sprawie – co wynika z punktu 1 sentencji orzeczenia – Izba oddaliła odwołanie.

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 7 500,00 zł, którą to kwotę Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego, a także koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w całości przez zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, którą to kwotę Izba zasądziła na rzecz tego wykonawcy od odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba orzekła o kosztach postępowania odwoławczego jak w punkcie 2 sentencji wyroku.

Przewodniczący: