

Sygn. akt: KIO 1378/12

WYROK
z dnia 17 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2012 r. przez wykonawcę **M. Ostrowski Spółka Jawna, ul. Armii Krajowej 5, 50-541 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Teatr Rozrywki w Chorzowie, ul. M. Konopnickiej 1, 41-500 Chorzów**

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

orzeka:

- 1. oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **M. Ostrowski Spółka Jawna, ul. Armii Krajowej 5, 50-541 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **M. Ostrowski Spółka Jawna, ul. Armii Krajowej 5, 50-541 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **M. Ostrowski Spółka Jawna, ul. Armii Krajowej 5, 50-541 Wrocław** na rzecz **Teatru Rozrywki w Chorzowie, ul. M. Konopnickiej 1, 41-500 Chorzów** kwotę **4 497 zł 48 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta dziewięćdziesiąt siedem złotych czterdzieści osiem groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Teatr Rozrywki w Chorzowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę i montaż wyposażenia elektroakustycznego Dużej Sceny”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 kwietnia 2012 r. pod nr 2012/S 74-122209.

W postępowaniu tym wykonawca M. Ostrowski Spółka Jawna z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 2 lipca 2012 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W dniu 6 lipca 2012 r. na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 3 lipca 2012 r. do Prezesa Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia złożone przez wykonawcę MBS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Biorąc pod uwagę pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego:

I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec oferty Odwołującego poprzez bezprawne uznanie, że oferta ta jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie decyzji w sprawie wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy MBS sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „MBS”)
- uznanie oferty Odwołującego za zgodną z treścią SIWZ i podlegającą ocenie

wg przyjętych w SIWZ kryteriów oceny,

- powtórne dokonanie oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu,
- wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonał błędnego ustalenia stanu faktycznego w niniejszej sprawie i z naruszeniem przepisów prawa odrzucił ofertę Odwołującego zgodną z treścią SIWZ. Podkreślił, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dopuścił zaferowanie rozwiązań równoważnych, jednocześnie wskazując na konieczność zachowania określonych w SIWZ efektów technicznych i artystycznych. Przywołane wymogi Zamawiającego stanowiły dla Odwołującego istotne wskazanie, że ofertę należy konstruować z poszanowaniem wskazanego zdefiniowania równoważności przez Zamawiającego. Uwzględniając powyższe Odwołujący podniósł, że Zamawiający dokonał oceny ofert w sposób niezgodny z obowiązującym stanem prawnym oraz zapisami SIWZ, bowiem na etapie oceny złożonych ofert Zamawiający odstąpił od ugruntowanego w orzecznictwie KIO, jak i piśmiennictwie, pojęcia równoważności i próbował wykazywać, że Odwołujący nie spełnił wskazanych w SIWZ parametrów sprzętu. Wskazał, że pojęcie równoważności nie może być interpretowane, jak próbuje postępować Zamawiający, że wszystko co nie spełnia wymogów SIWZ zasługuje na odrzucenie. Zdaniem Odwołującego przejawem takiego rozumowania Zamawiającego jest decyzja o odrzuceniu jego oferty z powodów wskazanych z pkt 1 pisma z dnia 22 czerwca 2012 r., o wyniku postępowania. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego argumentując, iż ta nie spełnia określonych w SIWZ parametrów odnośnie urządzeń głośnikowych. Zamawiający w swojej decyzji nie wskazał, zdaniem Odwołującego, w oparciu o jakie dowody wywodzi taki wniosek, a to na Zamawiającym jako stronie wywodzącej skutek prawny z podjętej decyzji ciąży obowiązek udokumentowania i udowodnienia, że zaferowana oferta nie jest równoważna.

Odwołujący podkreślił, że jednoznacznie w treści złożonej oferty wskazał, że oferowane urządzenia spełniają wymogi SIWZ, jeżeli zaś Zamawiający twierdzi inaczej powinien wskazać dowody popierające jego twierdzenie i odnieść je do konkretnych zapisów SIWZ. Tymczasem w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego takiej argumentacji brak, co jest oczywiste dla Odwołującego bowiem nie jest możliwe udowodnienie, że złożona przez niego oferta nie dotrzymuje zapisów SIWZ przy założeniu, że istotnie możliwe, a nie tylko pozorne było dopuszczenie składania ofert równoważnych. Ponieważ według Odwołującego złożył on ofertę równoważną, zaferowane urządzenia (w tym kwestionowane przez Zamawiającego urządzenia głośnikowe) spełniają wszystkie wymogi określone w SIWZ w sposób zapewniający uzyskanie zakładanego i opisanego przez

Zamawiającego w treści SIWZ efektu technicznego i artystycznego.

Odwołujący wskazał, że zaoferowane urządzenia głośnikowe mają możliwości funkcjonalne i jakościowe nie mniejsze niż opisane przez Zamawiającego w SIWZ. Wnioski wynikające z decyzji o odrzuceniu oferty w ocenie Odwołującego nie wynikają z treści SIWZ, w konsekwencji nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odnosząc się do decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego z powodów wskazanych w pkt 2 pisma z dnia 22 czerwca 2012 r. informującego o wynikach postępowania Odwołujący wskazał, że zaoferowanie innej, dwukrotnie mniejszej ilości urządzeń głośnikowych nie wpływa na istotne parametry projektowe. Zamawiający wskazał, że zaoferowana ilość urządzeń głośnikowych niskotonowych ogranicza możliwości kształtowania właściwości kierunkowych układu urządzeń niskotonowych, co było planowane w projekcie zgodnie z zapisami na str. 26 Opisu technicznego, stanowiącego element projektu przetargowego opracowanego przez: Pracownia Akustyczna Kozłowski Grzędziel Spółka Jawna. Wskazane zapisy Opisu technicznego były znane Odwołującemu na etapie przygotowywania oferty równoważnej. W ocenie Odwołującego Zamawiający ze wskazanych zapisów wywodzi tezy nie znajdujące uzasadnienia i oparcia w parametrach technicznych podanych na str. 26 Opisu technicznego, jak i na żadnej innej stronie SIWZ w tym na dokumentacji rysunkowej. Odwołujący podkreślił, że spełnił wszystkie wymogi i zaoferował urządzenia, których zamontowanie nie wpłynie na zmianę opisanych przez Zamawiającego efektów technicznych czy artystycznych. Wskazał też, że zaoferowane 4 szt. urządzeń głośnikowych niskotonowych wyposażone są w 8 szt. przetworników (głośników, po dwa dla każdego z urządzeń głośnikowych). Zamawiający w treści SIWZ według Odwołującego zakładał dostarczenie 8 szt. przetworników niskotonowych z tym, że zamontowanych w 8 obudowach. W związku z opisaną w treści SIWZ technologią nagłośnienia sceny Teatru Rozrywki w Chorzowie oraz oczekiwanymi parametrami nagłośnienia, zaproponowana (wymagana SIWZ) ilość przetworników w dwukrotnie mniejszej ilości obudów – w jego ocenie - nie ma wpływu na parametry opisane w treści SIWZ, liczy się bowiem ilość przetworników i efekty akustyczne jakie dzięki zaoferowanym urządzeniom można uzyskać. Odwołujący wskazał, że produktem równoważnym jest produkt posiadający te same cechy funkcjonalne co produkt wskazany przez Zamawiającego. Zaoferowane urządzenia głośnikowe niskotonowe – jego zdaniem - spełniają wymogi SIWZ, a ich nowoczesna konstrukcja, zawierająca po dwa przetworniki w jednej obudowie, pozwala na zaoferowanie tej samej ilości przetworników co wymagane w SIWZ (8 szt.) przy zaoferowaniu dwukrotnie mniejszej ilości obudów.

Zamawiający nie może w ocenie Odwołującego w sposób oderwany od całości przedmiotu zamówienia wskazywać na niezgodność poszczególnych parametrów urządzeń

oferowanych jako równoważne w stosunku do przewidzianych w projekcie, jeżeli wszystkie funkcjonalności założone projektem są spełnione. W takim przypadku należy, w ocenie Odwołującego, uznać, że zaoferowane urządzenia są równoważne do urządzeń wskazanych jako przykładowe w projekcie, w przeciwnym bowiem wypadku mielibyśmy do czynienia z pozornym dopuszczeniem możliwości składania ofert równoważnych, co samo w sobie stanowi naruszenie norm ustawy Pzp.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał w całości zarzuty, żądania i argumentację wskazane w odwołaniu. Dodatkowo podniósł, że zaoferował taką samą, jak wymagał tego Zamawiający, ilość urządzeń (przetworników) zainstalowanych na tej samej ilości kabli. Podkreślił, że Zamawiający uzasadnia swoje stanowisko argumentami, które nie zostały zapisane w SIWZ. Wskazał także na zapisy pkt 3 SIWZ, gdzie Zamawiający określił wymagania, dotyczące odbioru systemu, m.in. przy udziale specjalistów wydelegowanych przez producenta dostarczanego sprzętu. Zamawiający, w jego ocenie, oczekiwał więc oddania do eksploatacji systemu zestrojonego według opracowanego przez Zamawiającego projektu, a nie, niewynikających z SIWZ, tymczasowych lokalizacji. Podkreślił, że w przywoływanym przez Zamawiającego rysunku technicznym mówi się o lokalizacji przybliżonej, a nie tymczasowej, na rysunku EA03 przywoływanym także przez Zamawiającego wskazuje się tylko na 8 głośników i ten wymóg w ofercie Odwołującego jest spełniony (Zamawiający oczekiwał 8 źródeł dźwięku (subwooferów), Odwołujący zaś zaoferował 4 urządzenia, każde po 2 przetworniki, tj. 8 źródeł dźwięku).

Odwołujący wskazał również na odpowiedź Zamawiającego z dnia 2 maja 2012 r. na pytanie do SIWZ (odpowiedź ad. 1a), którą - według Odwołującego - Zamawiający doprecyzował SIWZ co do parametrów technicznych urządzeń głośnikowych badań poziomu ciśnienia akustycznego w polu swobodnym. Zamawiający w SIWZ na str. 102 i 103 STWiOR wskazał w pozycjach 6.1, 6.2, 6.4, 6.6 i 6.8 na urządzenia głośnikowe firmy L-ACOUSTICS. Urządzenia te zgodnie z informacjami zawartymi na stronie internetowej producenta podlegały badaniu w warunkach półprzestrzeni pola swobodnego, stąd też - w ocenie Odwołującego - udzielona odpowiedź przez Zamawiającego na zadane pytanie do SIWZ wskazuje na konieczność odwołania się w przypadku wskazania przez Zamawiającego przykładowych nazw zwyczajowych lub producentów do metody pomiarowej uzyskania zadanych w SIWZ parametrów technicznych przyjętej dla tych właśnie przykładowych, podanych przez Zamawiającego urządzeń.

Na potwierdzenie zasadności swoich twierdzeń Odwołujący przedłożył do akt sprawy sporządzony przez siebie dokument – zestawienie parametrów urządzeń elektroakustycznych wraz z wydrukami ze strony internetowej producenta urządzeń głośnikowych wskazanych przez Zamawiającego w STWiOR jako przykładowe. Na

potwierdzenie okoliczności, iż zaoferowany przez Odwołującego system spełnia wymogi SIWZ w zakresie oferowanych urządzeń głośnikowych. Odwołujący przedłożył także oświadczenie producenta TW Audio, natomiast na potwierdzenie, iż oferowane przez Odwołującego urządzenia spełniają wymóg ograniczenia promieniowania dźwięku do tyłu przedłożył sporządzoną przez siebie symulację graficzną, która – według niego - wskazuje, że nawet przy zastosowaniu dwóch urządzeń głośnikowych jest możliwe spełnienie wymogu ograniczenia dźwięku do tyłu.

II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający swoje stanowisko wyraził w pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożonej do akt sprawy (pismo z dnia 11 lipca 2012 r.) w toku rozprawy. Wniósł w niej o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z przedłożonym na rozprawie rachunkiem. Jednocześnie też Zamawiający wniósł o dopuszczenie dowodów z:

- pisemnej opinii biegłego powołanego przez Zamawiającego do udziału w postępowaniu – Pana dr inż. Pawła Dziechcińskiego
- przesłuchania na rozprawie biegłego powołanego przez Zamawiającego do udziału w postępowaniu – Pana dr inż. Pawła Dziechcińskiego oraz projektanta dokumentacji stanowiącej podstawę do przeprowadzenia niniejszego postępowania – Pana dr inż. Piotra Kozłowskiego, co do których to wniosków w toku rozprawy wskazał, że ich wypełnieniem jest dopuszczenie do udziału w rozprawie wskazanych osób w charakterze pełnomocników Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że podtrzymuje w całości swoje stanowisko zajęte podczas postępowania, w całości nie zgadzając się z argumentacją Odwołującego.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko dodatkowo podkreślił, że na wykonawcy spoczywał ciężar wykazania, że oferuje rozwiązanie równoważne dopuszczone w SIWZ. Wskazał, że SIWZ wymagała 8 urządzeń głośnikowych niskotonowych, a nie przetworników, a te pojęcia różnią się od siebie; przetworniki bowiem stanowią tylko element urządzenia głośnikowego. Zamawiający przywołał postanowienia SIWZ, które wskazują na wymóg zaoferowania 8 urządzeń głośnikowych, tj. postanowienia opisu technicznego zawarte w pkt 4.9 na str. 25 (ostatni wers na tej stronie) oraz rysunek techniczny EA03 stanowiący załącznik do SIWZ.

Wskazał również, że masa sumaryczna wagi zaoferowanych przez Odwołującego urządzeń nie przekraczała łącznej masy określonej w SIWZ, jednak urządzenia te będą musiały być przenoszone, stąd też w SIWZ określono konkretne wymagania dotyczące

określonej wagi dla poszczególnych urządzeń (waga pojedynczego urządzenia głośnikowego zgodnie z zapisami tabeli 4.84 na str. 65 STWIOR to poziom nie większy niż 55 kg, tymczasem Odwołujący w swojej ofercie w karcie katalogowej urządzenia na str. 258 wskazał na wagę urządzenia na poziomie 109 kg). Zamawiający na potwierdzenie tego, iż lokalizacja urządzeń głośnikowych miała charakter tymczasowy przywołał rysunek techniczny EP04, gdzie wskazano przy opisie rysunku urządzeń głośnikowych określenie „*lokalizacja przybliżona*”. Co do kwestii związanej z częstotliwością Zamawiający wskazał, że wartość tę urządzeń głośnikowych można mierzyć w różnych warunkach: w polu swobodnym i w półprzestrzeni. Zamawiający oczekiwał pomiarów poziomu w polu swobodnym, na co wskazują – według Zamawiającego - zapisy zawarte w tabeli 4.83 na str. 64 i 65 STWiOR. Zamawiający podkreślił, że w toku badania oferty Odwołującego stwierdził, że dane zawarte w tym zakresie w karcie katalogowej na str. 258 oferty, poprzez użycie określenia „HALF SPACE”, odnoszą się do badań w półprzestrzeni. W związku z powyższym Zamawiający wyjaśnił, że skorzystał z kart katalogowych producenta oferowanych urządzeń na stronach internetowych producenta odnoszących się do badań w polu swobodnym, które przedłożył do akt sprawy, a z których wynika wartość 133 dB (SPL MAX/1m). Według Zamawiającego z danych zawartych na stronach producenta wynika także, że nie jest w tym zakresie spełniony przez Odwołującego wymóg górnej częstotliwości granicznej wymagany SIWZ na poziomie – do 20 000 kHz, ponieważ z karty katalogowej ze strony producenta wynika ta wartość na poziomie 15 000 kHz. Zamawiający wyjaśnił również, że w tym zakresie nie wzywał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnoszących się do treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a także nie kierował wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wyjaśnił też, że w trakcie badania i oceny ofert do oceny kwestii technicznych powołano biegłego, którego opinia stała się podstawą decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił, że dopuścił w SIWZ równoważność w zakresie opisu przedmiotu zamówienia (pkt 3 SIWZ). Podkreślił też, że formułując opis przedmiotu zamówienia nie opierał się na konkretnym rozwiązaniu, konkretnego producenta, a podstawą tego opisu było opomiarowanie budynku, w którym znajduje się teatr, który posiada pewne funkcjonalne ograniczenia związane z przestrzenią. Powyższe stało się podstawą konkretnych wymogów technicznych opisanych przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający podniósł, że wziął także pod uwagę możliwość usytuowania urządzeń głośnikowych w różnych spektaklach, w różnych miejscach, a także ilość akustyków zatrudnionych u Zamawiającego. Biorąc pod uwagę te funkcjonalne ograniczenia, Zamawiający podkreślił, że skonstruował opis przedmiotu zamówienia, formułując, co do

niektórych parametrów minimalne i maksymalne wymagania, co wskazywało na możliwość zaoferowania przez wykonawców w tym zakresie rozwiązań równoważnych.

Zamawiający podkreślił, że przy oferowanym przez Odwołującego urządzeniu mamy do czynienia z różnicą poziomu ciśnienia akustycznego na poziomie 6 dB. Wskazał, że z zestawienia parametrów przedłożonego przez Odwołującego w toku rozprawy wynika stwierdzenie, że jeśli warunki akustyczne są spełnione w polu swobodnym to są również spełnione w półprzestrzeni, z czym można się zgodzić, ale – jak wskazał - nie jest możliwa odwrotna sytuacja, czyli poziom uzyskany w półprzestrzeni jest zazwyczaj większy niż w polu swobodnym i typowo w zakresie małych częstotliwości różnica ta wynosi 6 dB. Zamawiający wskazał także na zapisy SIWZ wskazujące na okoliczność, iż oczekiwał 8 szt. urządzeń głośnikowych, a nie przetworników, tj. również opis w legendzie rysunku EA03 Subl xx i Subr xx.

Zamawiający w toku rozprawy przedłożył do akt sprawy wydruki ze strony internetowej TW Audio co do urządzeń VERA 10, na których opierał się dokonując oceny oferty Odwołującego.

III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podkreślił, że Zamawiający słusznie uznał ofertę Odwołującego za podlegającą odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i nie podlegającą konwalidacji w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Wskazał, że okoliczność dopuszczenia przez Zamawiającego w SIWZ możliwości zaoferowania urządzeń równoważnych nie upoważnia Odwołującego do zaoferowania w poz. 6.1 zestawienia zupełnie dowolnych urządzeń głośnikowych, które nie spełniają konkretnych wymogów SIWZ co do górnej częstotliwości granicznej do uzyskania maksymalnego poziomu ciśnienia akustycznego w i odległości 1 m w polu swobodnym równego lub wyższego 139 dB. Podkreślił, że wskazane parametry są jednymi z podstawowych opisujących jakość urządzeń głośnikowych. Zaoferowanie przez Odwołującego głośników z górną częstotliwością graniczną na poziomie 15 kHz zamiast wymaganych w SIWZ 20 kHz oznacza istotne pogorszenie jakości odtwarzanego przez głośnik dźwięku, zaś różnica 6 dB w drugim z parametrów wymaganym w tym zakresie przez Zamawiającego oznacza znaczne ograniczenie możliwości nagłośnienia widowni. Według niego powyższe oznacza dwukrotnie mniejszą energię emitowaną przez głośnik, zatem aby uzyskać taki sam efekt akustyczny, jaki osiągnie się przy pomocy 1 głośnika wytwarzającego

maksymalny poziom ciśnienia akustycznego 139 dB należałoby zastosować 2 szt. głośników mogących wytworzyć maksymalny poziom ciśnienia akustycznego 133 dB, co wskazuje na nierównowagę zaferowanego rozwiązania. Podniósł, że zaferowanie dwukrotnie mniejszej ilości urządzeń głośnikowych o dwukrotnie większej liczbie przetworników w każdym z urządzeń i nie może zostać uznane za rozwiązanie równoważne. Wskazał w tym zakresie, że pojedyncze urządzenie zaferowane przez Odwołującego jest nie tylko większe, ale i cięższe niż urządzenie opisane w SIWZ. Umieszczenie zaś w jednej obudowie dwóch przetworników zamiast jednego skutkuje ograniczeniem możliwości wykorzystania systemu przez użytkownika, bowiem Zamawiający nie będzie miał możliwości swobodnego kształtowania właściwości kierunkowych układu urządzeń niskotonowych, co mógłby uczynić mając do dyspozycji osiem odrębnych urządzeń zamiast czterech.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, opinię „Ocena ofert złożonych w ramach przetargu nieograniczonego „Dostawa i montaż wyposażenia elektroakustycznego Dużej Sceny” Teatru Rozrywki w Chorzowie – aneks 3” sporządzoną przez dr inż. Pawła Dziechońskiego, wydruki ze strony internetowej TW Audio co do urządzeń VERA 10, zestawienie parametrów urządzeń elektroakustycznych opracowane przez Odwołującego, wydruki ze strony internetowej producenta urządzeń głośnikowych L-Acoustics, oświadczenie producenta TW Audio, symulację graficzną sporządzoną przez Odwołującego oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W odwołaniu podnosi on zarzuty dotyczące czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz odrzucenia oferty Odwołującego. Zarzuty odwołania wskazują na pozbawienie Odwołującego w sposób bezpośredni możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, w sposób narażający go na poniesienie wymiernej szkody. Tym samym Izba stwierdziła, że została wypełniona w tym zakresie materialnoprawna przesłanka rozpatrzenia odwołania, opisana w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie też Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia wykonawcy MBS Sp. z o.o. w Warszawie do przedmiotowego postępowania odwoławczego z uwagi na brak wskazania w treści zgłoszenia przystąpienia strony, do której wykonawca przystępuje w niniejszym postępowaniu odwoławczym oraz brak jakiegokolwiek wykazania interesu po stronie wskazanego wykonawcy w zgłoszeniu przystąpienia. Tym samym Izba uznała, że nie zostały wypełnione dwie istotne przesłanki skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego, określone w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z wypełnieniem wszystkich formalnych przesłanek skuteczności zgłoszenia przystąpienia, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, przez wykonawcę Konsbud-Audio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Izba stwierdziła skuteczność tego przystąpienia zgłoszonego po stronie Zamawiającego.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

W tym zakresie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie, w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu w dniu 17 kwietnia 2012 r. Wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający określił w SIWZ w pkt 3 oraz w dokumentacji technicznej stanowiącej integralną część SIWZ: Opis techniczny, Komplet rysunków, Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (STWiOR) oraz przedmiar (kosztorys ślepy) robót. W pkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał, że dopuszcza możliwość oferowania urządzeń równoważnych, tj. spełniający jednocześnie wszystkie zapisy wszystkich elementów dokumentacji projektowej i SIWZ. Przywołał jednocześnie dyspozycję art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, wskazując, że wykonawca jest zobowiązany wykazać, iż oferowane przez niego dostawy spełniają minimalne wymagania określone przez Zamawiającego zarówno pod względem parametrów technicznych, jak i ilościowych (zapisy pozycji UWAGA na str. 2 SIWZ drugie tiret). Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia zażądał dołączenia przez wykonawców do swoich ofert listy wszystkich oferowanych urządzeń i materiałów oraz kart katalogowych opracowanych przez producentów oferowanych urządzeń i materiałów. Dopuścił złożenie kart katalogowych zarówno w języku polskim, jak i w angielskim. Dane zawarte w kartach miały być postawą do sprawdzenia czy oferowane urządzenia spełniają minimalne parametry techniczne. Ocena spełniania wymagań miała się odbywać na podstawie informacji zawartych na dostarczonych przez wykonawcę kartach katalogowych na zasadzie: „spełnia, nie spełnia”. Zamawiający w

SIWZ zastrzegł sobie możliwość sprawdzenia złożonych przez wykonawcę kart katalogowych.

Zamawiający ustalił na dzień 25 maja 2012 r. termin otwarcia ofert. W tym terminie do Zamawiającego wpłynęły cztery oferty ofert, w tym oferta Odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2012 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (oferta wykonawcy MBS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie) oraz m.in. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający wskazał, że oferta ta nie spełnia wymogów:

- 1) poz. 6.1. zestawienia, podkreślając, że zgodnie ze specyfikacją techniczną producenta oferowane urządzenia głośnikowe UGL01-UGL10 i UGR01-UGR10 firmy TW Audio model Vera 10 posiadają mniejszą od wymaganej górną częstotliwość graniczną – 15 kHz, zamiast wymaganych 20 kHz, oraz uniemożliwiają uzyskanie maksymalnego poziomu ciśnienia akustycznego w odległości 1 m w polu swobodnym równego 133 dB, zamiast wymaganego ≥ 139 dB;
- 2) poz. 6.2 zestawienia, podkreślając, że zaoferowano 4 szt. urządzeń głośnikowych niskotonowych SUBL01-SUBL04 i SUBR01-SUBR04, a nie jak wymagano w STWiOR 8 szt. Zgodnie ze specyfikacją techniczną producenta oferowane urządzenia głośnikowe firmy TW Audio model BSX są większe niż określono w wymaganiach (606x1406x90 mm) oraz mają inną od dopuszczalnej masę netto (109 kg). Zamawiający podkreślił, że wprowadzenie dwukrotnie mniejsza liczba tych urządzeń sprawia, że ich łączna masa i wymiary nie przekraczają łącznej masy i wymiarów urządzeń SUBL01-SUBL04 i SUBR01-SUBR04 wymaganej przez STWiOR, ale rozwiązanie takie ograniczy możliwość kształtowania właściwości kierunkowych układu urządzeń niskotonowych, co było planowane w projekcie zgodnie z zapisami na str. 26 opisu technicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia faktyczne Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jako sprzecznej z SIWZ była prawidłowa. W ocenie Izby Zamawiający w sposób prawidłowy uznał, że oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ co do zaoferowania nieprawidłowej ilości głośników (subwooferów), czego konsekwencją było także zaoferowanie głośników nie spełniający wymagań SIWZ co do wymiarów i wagi głośników.

Zamawiający w dokumentacji technicznej niniejszego zamówienia w sposób szczegółowy określił wymagania dotyczące urządzeń niskotonowych, tj. głośników, wskazując na ilość tych głośników – 8 szt. Wymagania te wynikają z pkt 4.9 Opisu technicznego, gdzie Zamawiający wskazuje iż nagłośnienie frontowe oczekiwane przez niego w ramach niniejszego przedmiotu zamówienia składa się m.in.: z nagłośnienia niskotonowego, SUBL01-UGS04, SUBR01-SUBR-4. Powyższe wskazuje na 8 szt. subwooferów oczekiwanych przez Zamawiającego. Jednocześnie też w ramach wskazanego Opisu technicznego Zamawiający odwołał się do rysunku technicznego EA03, gdzie w części rysunkowej wskazuje się na wyraźnie na 8 szt. subwooferów oznaczonych na rysunku jako: SUBLxx i SUBRxx. Podobne oznaczenie zapisane zostało w legendzie do wskazanego rysunku technicznego i oznacza właśnie głośniki niskotonowe. Powyższe w sposób kompleksowy i wyraźny potwierdza, że dokumentacja z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia zakładała 8 szt. urządzeń głośnikowych. W ofercie Odwołującego – co było okolicznością niesporną (przyznaną także przez Odwołującego w treści odwołania) – zaoferowano zaś 4 głośniki firmy TW Audio BSX (poz. 6.2 zestawienia w ofercie Odwołującego – str. 12 oferty). W tym zakresie na str. 258 oferty Odwołującego załączono kartę katalogową dotyczącą przedmiotowego urządzenia oferowanego przez Odwołującego. Tak więc treść oferty Odwołującego co do ilości zaoferowanych urządzeń we wskazanym zakresie jest wprost sprzeczna z treścią SIWZ. Izba nie zgodziła się także z argumentacją Odwołującego, że zaoferowane w tym przedmiocie rozwiązanie Zamawiającego stanowi rozwiązanie równoważne dopuszczone postanowieniami SIWZ. Argumentacja Odwołującego zawarta w treści odwołania i podtrzymana w toku rozprawy, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenia głośnikowe niskotonowe spełniają wymogi SIWZ, bowiem ich nowoczesna konstrukcja zawierająca po dwa przetworniki w jednej obudowie pozwala na zaoferowanie tej samej ilości przetworników co wymagana w SIWZ liczba 8 szt. przy zaoferowaniu dwukrotnie mniejszej ilości obudów, nie była dla Izby przekonująca. Odwołujący argumentował, że poprzez zaoferowanie wskazanego rozwiązania wskazuje Zamawiającemu takie same efekty działania urządzeń jakich oczekiwał Zamawiający w SIWZ zatem powyższe jest – w jego ocenie - rozwiązaniem równoważnym. Nie sposób zgodzić się z takim kierunkiem rozumowania zaprezentowanym przez Odwołującego. Powyższe rozwiązania, w ramach którego wykonawca oferuje de facto 4 urządzenia głośnikowe, zamiast wymaganych ośmiu, niezależnie od ilości zastosowanych przez Odwołującego przetworników i obudów, jest wprost sprzeczne z SIWZ. Wymóg Zamawiającego zaoferowania 8 szt. głośników ma znaczenie dla prawidłowego nagłośnienia sali widowiskowej przede wszystkim na balkonie, na którym mają być umiejscowione

wskazane głośniki i jest skorelowane z innymi wymogami SIWZ np. co do maksymalnego poziomu ciśnienia akustycznego w odległości 1 m w polu swobodnym. Zaoferowanie mniejszej ilości urządzeń głośnikowych (a nie przetworników) niż oczekiwał tego Zamawiający nie może być uznane za zaoferowanie urządzenia równoważnego, skoro Zamawiający w tym zakresie określił szczególne wymagania i dodatkowo skorelował je z innymi wymaganiami funkcjonalnymi co do nagłośnienia sali widowiskowej. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że poprzez powyższe mamy do czynienia z pozornym jedynie dopuszczeniem oferowania urządzeń równoważnych. Jak wskazał w toku rozprawy na zadane przez Izbę pytanie Zamawiający, rozumiał on równoważność opisaną w SIWZ w ten sposób, że określił szczegółowe wymagania techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie urządzeń głośnikowych niskotonowych poprzez wskazanie parametrów minimalnych bądź maksymalnych albo też mieszczących się w określonych przedziałach wartościowych. Zamawiający – jak wyjaśnił – nie dokonywał opisu przedmiotu zamówienia w oparciu o konkretny system nagłośnieniowy konkretnego producenta. Przyjął w opisie przedmiotu zamówienia określone urządzenia i ich parametry w oparciu o obmiarowanie sali widowiskowej. Przy opisie przedmiotu zamówienia wziął on więc pod uwagę wymagania funkcjonalne sali widowiskowej. Tym samym zatem nie możemy mówić w tym przypadku o pozornym dopuszczeniu w postanowieniach SIWZ równoważności oferowanych urządzeń. Istotne jednak było w tym przypadku, aby wykonawcy zaoferowali urządzenia, które mieściłyby się we wskazanych w SIWZ wymaganiach minimalnych, czy maksymalnych.

Izba potwierdziła także w tym zakresie niezgodność oferowanych urządzeń przez Odwołującego co do wymaganej wagi urządzeń i ich wymiarów. Tych okoliczności, które – w ocenie Izby – także stanowiły formalną podstawę uznania sprzeczności merytorycznej treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ Odwołujący w treści odwołania nie kwestionował, nie odnosząc się do tych okoliczności także w toku rozprawy. Tym samym należało przyjąć, że Odwołujący de facto nie kwestionował zasadności odrzucenia swojej oferty z tego właśnie powodu. Tymczasem choćby odnosząc się do wagi zaoferowanych przez Odwołującego urządzeń stwierdzić należy, że waga ta wynosi 109 kg (str. 258 oferty Odwołującego), podczas gdy wymogi Zamawiającego wskazywały na wagę ≤ 55 kg (tabela 4.84 na str. 65 STWiOR). Stwierdzić należy, że zaoferowanie urządzenia głośnikowego o wadze 109 kg zamiast oczekiwanego urządzenia o wadze nie wyższej niż 55 kg, przy założeniu dokumentacji projektowej konieczności przesuwania tych głośników (o czym świadczy choćby wymagany przez Zamawiającego w tym zakresie wózek do przesuwania tych urządzeń) nie stanowi z pewnością rozwiązania równoważnego.

Powyższe niegodności z treścią SIWZ nie nadają się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ tę okoliczność Izba zobowiązana była również ustalić w świetle dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podejmując rozstrzygnięcie w przedmiotowej sprawie, co do uznania, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako sprzeczna z treścią SIWZ. Poprawienie tej istotnej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wymagałoby bowiem prowadzenia przez Zamawiającego niedopuszczalnych negocjacji z Odwołującym co do zaoferowania innego rozwiązania (innych subwooferów) niż oferowane w treści oferty złożonej Zamawiającemu.

Izba uznała, że przedłożone przez Odwołującego w toku rozprawy dowody na potwierdzenie spełnienia wymogu zaoferowania 8 urządzeń głośnikowych, tj. przede wszystkim sporządzony przez Odwołującego dokument prywatny „Zestawienie parametrów urządzeń elektroakustycznych” oraz oświadczenie producenta oferowanych urządzeń TW Audio nie potwierdzają zasadności stanowiska Odwołującego. Pierwszy z dowodów stanowi prywatne stanowisko Odwołującego w tej kwestii opierające się na błędnej – zdaniem Izby – interpretacji przywołanych postanowień SIWZ. Drugi dokument – oświadczenie producenta wskazujące m.in., że urządzenia głośnikowe TW AUDIO BSX zostało dobrane po przeanalizowaniu lokalizacji urządzenia, funkcji, jakie zostały dla niego określone w projekcie oraz wskazujące na to, że zaproponowano 4 podwójne urządzenia głośnikowe, tzn. w każdej obudowie znajdują się dwa osobne przetworniki (głośniki) mogące być kontrolowane niezależnie – także stanowi swoistą interpretację postanowień SIWZ przez producenta urządzeń i jego prywatne stanowisko w tej sprawie. Zdaniem Izby powyższe nie potwierdza zaoferowania przez Odwołującego rozwiązania równoważnego.

Izba nie uwzględniła jako formalnoprawnej przesłanki stwierdzenia sprzeczności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, przywołanej przez Zamawiającego w informacji o wynikach postępowania, w zakresie poz. 6.1 zestawienia tj. co do zweryfikowania uzyskania parametrów maksymalnego poziomu ciśnienia akustycznego w odległości 1 m w polu swobodnym na poziomie ≥ 139 dB, jak i wymaganej górnej częstotliwości granicznej na poziomie 20 kHz. Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił, że dokonując oceny tych parametrów w oparciu o dołączoną na str. 258 oferty Odwołującego kartę katalogową urządzenia TW Audio Vera10 stwierdził, że wyniki badanego parametru maksymalnego poziomu ciśnienia akustycznego w odległości 1 m w polu swobodnym na poziomie 139 dB są wykonywane w badaniach dla półprzestrzeni (halfspace). Stwierdziwszy, że zgodnie z SIWZ powyższe będzie niemiarodajne Zamawiający samodzielnie sięgnął do karty katalogowej producenta urządzenia znajdującej się na stronach internetowych ogólnie

dostępnych. Karta ta potwierdziła niespełnienie wskazanego wymogu (zamiast wartości 139 db osiągalny był poziom 133 dB), Z tej karty katalogowej wynikało również że oferowane przez Odwołującego urządzenia głośnikowe mają mniejszą od wymaganej górną częstotliwość graniczną – Zamawiający wymagał w SIWZ - zasięg maksymalny i minimalny kHz (55-20 KHz - pkt 4.2.1.6 tabela nr 4. 83 STWiOR), podczas gdy według strony producenta jest to wartość na poziomie: 15 kHz.

Odnosząc się do tego zarzutu Izba stwierdził, że był on zasadny. Zamawiający nie miał podstaw – w oparciu o wskazane okoliczności przyjęcia, że w tym przypadku mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Zamawiający bowiem zgodnie z zapisami SIWZ, wskazywał, że oceny spełniania wymagań SIWZ będzie dokonywał w oparciu o karty katalogowe przedłożone wraz z ofertą przez wykonawców. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp dokumenty takie jako odnoszące się do przedmiotu zamówienia i mieszczące się w otwartym katalogu tego typu dokumentów uregulowane zostały w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zwrócić należy uwagę na dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje na konieczność żądania uzupełnienia dokumentów, także przedmiotowych, jeśli takowe nie zostały w ofercie złożone, bądź jeśli są obarczone błędem. W przedmiotowej sprawie skoro Zamawiający uznał, że przedłożony wraz z ofertą dokument przedmiotowy nie zawiera potwierdzenia spełniania wymogów SIWZ (obarczony jest błędem) miał obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełniania tego braku. Tymczasem Zamawiający – jak przyznał w toku rozprawy – samodzielnie skorzystał ze strony internetowej producenta urządzeń oferowanych mu przez Odwołującego i w oparciu o karty katalogowe tam zamieszczone dokonał weryfikacji zgodności oferty Odwołującego z parametrami SIWZ i w wyniku tej oceny dokonał odurzenia oferty Odwołującego, stwierdzając jej sprzeczność z postanowieniami SIWZ. Nie można uznać takiego badania i oceny oferty Odwołującego jako zgodnej z postanowieniami SIWZ czy też obowiązującymi w tej mierze z przepisami ustawy Pzp, na które wskazano wyżej. Zamawiający dokonuje bowiem oceny ofert w oparciu o treść oferty i załączonych do niej dokumentów, uwzględniając w tej mierze także wymagania SIWZ. Zgodnie z SIWZ natomiast Zamawiający miał opierać się na kartach katalogowych przedkładanych w ofercie wykonawcy a nie w oparciu o bliżej niezidentyfikowane strony internetowe (tak pod względem właściciela strony internetowej, jak i pod względem aktualności danych zawartych na tych stronach). Co najwyżej przy wątpliwościach określonego rodzaju, które Zamawiający mógł powziąć ze strony internetowej producenta urządzeń, Zamawiający mógł zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający tego nie uczynił odrzucając ofertę Odwołującego w oparciu – nie o treść jego oferty, lecz w oparciu o

informacje zamieszczone na stronie internetowej producenta urządzeń, która to informacja nie wynikała z treści oferty.

W związku z uwzględnieniem przez Izbę wskazanego zarzutu odwołania w oparciu o przywołane okoliczności, bezprzedmiotowa okazała się w tym zakresie argumentacja prezentowana w toku rozprawy przez Odwołującego o rzekomym doprecyzowaniu postanowień SIWZ przez Zamawiającego udzielona odpowiedzią na pytania do SIWZ w dniu 2 maja 2012 r. co do badania poziomu ciśnienia akustycznego w polu swobodnym. Z powyższych względów Izba uznała za bezprzedmiotowe odnoszenie się w tym zakresie do dowodów przedłożonych przez Odwołującego, a odnoszących się do wskazanych kwestii, tj. dokumentu prywatnego „Zestawienie parametrów urządzeń elektroakustycznych wraz z wydrukami ze stron internetowych producenta urządzeń przykładowo wskazanych w SIWZ przez Zamawiającego oraz symulacji graficznej sporządzonej również przez Odwołującego.

Uwzględniając powyższy zarzut Izba jednak uznała, że powyższe stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów ustawy Pzp pozostawało bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o czym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, skoro bowiem oferta Odwołującego i tak podlegała odrzuceniu z uwagi na wskazaną powyżej przesłankę (niezgodność w zakresie poz. 6.1 zestawienia) Tym samym zatem odwołanie podlegało oddaleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę tym samym nie potwierdził się zarzut nieuprawnionego wyboru przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Skoro Izba uznała, że nie potwierdził się przede wszystkim zarzut dotyczący czynności odrzucenia oferty Odwołującego w konsekwencji należało uznać, że Zamawiający prawidłowo dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

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

Orzekając o kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, obciążając nimi Odwołującego.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego;

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego;
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2 lit. a) wskazanego rozporządzenia – koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę pełnomocników Zamawiającego. W tym zakresie Izba ograniczyła orzeczenie o kosztach postępowania względem wniosku Zamawiającego co do kosztów, które uznała za uzasadnione, tj. nie uwzględniła kosztów zakupu biletów lotniczych (z Wrocławia do Warszawy i z powrotem), które z powodów leżących po stronie pełnomocników Zamawiającego nie zostały wykorzystane na przelot.

Przewodniczący: