

WYROK

z dnia 21 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2011 r. przez wykonawcę **FONIKON Biernacki K.A. & Konopka A.K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Dąbrowskiego 16** w postępowaniu prowadzonym przez **Politechnikę Krakowską im. Tadeusza Kościuszki z siedzibą w Krakowie, ul. Warszawska 24 bud. W-9 (10-24)/110**

przy udziale wykonawcy **VECTOR Group spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Warszauera 3** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 1969/11 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **FONIKON Biernacki K.A. & Konopka A.K. spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Dąbrowskiego 16** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **FONIKON Biernacki K.A. & Konopka A.K. spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Dąbrowskiego 16** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **FONIKON Biernacki K.A. & Konopka A.K. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Dąbrowskiego 16** na rzecz **Politechniki Krakowskiej im. Tadeusza Kościuszki z siedzibą w Krakowie, ul. Warszawska 24 bud. W-9 (10-24)/110** 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 (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę, montaż i instalację sprzętu nagłośnieniowego dla jednostek Politechniki Krakowskiej zostało wszczęte przez zamawiającego Politechnikę Krakowską im. Tadeusza Kościuszki z siedzibą w Krakowie, ul. Warszawska 24 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8 lipca 2011r. za numerem 2011-190768.

W dniu 8 września 2011r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu 1 tj. oferty VECTOR Group spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Warszauera 3 i o odrzuceniu w tym zadaniu oferty Fonikon spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Dąbrowskiego 16, z uwagi na to, że parametry techniczne oferowanego wzmacniacza pętli indukcyjnej nie spełniają wymogów określonych w siwz tj. wymagane parametry to pasmo przenoszenia 50-5000 Hz, a oferowane to 100-5000Hz, proponowane urządzenie posiada parametry gorsze od wymaganych.

Na czynność odrzucenia swojej oferty wyniósł odwołanie w zadaniu 1 wykonawca Fonikon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Dąbrowskiego 16, zwany dalej odwołującym zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści siwz i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w rezultacie dokonania wyboru konkurencyjnej oferty jako najkorzystniejszej. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył najkorzystniejszą ofertę, a przez jej odrzucenie utracił możliwość uzyskania zamówienia. Wskazał, że w skutek działań zamawiającego poniesie szkodę.

W uzasadnieniu podniósł, że odwołujący zaoferował wzmacniacz pętli indukcyjnej o paśmie przenoszenia w zakresie 20Hz- 20000 Hz (+_ 3dB) tj. znacznie szerszym niż wymagany 50Hz – 5000Hz (+_3 dB). Szersze pasmo to wzmacniacz lepszej jakości, szersze pasmo

przenosi pełne spektrum dźwięku, możliwy jest odbiór dźwięków charakterystycznych dla różnych instrumentów muzycznych. Potwierdzeniem parametrów odwołującego jest załączona do oferty specyfikacja techniczna wzmacniacza. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy może nastąpić, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i te rozbieżności dotyczą istotnych elementów mających wpływ na kształt przyszłej umowy – tak np. Izba w wyroku z dnia 9 marca 2010r. sygn. akt KIO 24/10, czy z dnia 15 grudnia 2009r. sygn. akt KIO/UZP 1528/10. Jeśli zamawiający miał wątpliwości, co do treści złożonej oferty to powinien był je usunąć przez zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy. Wymagania postawione przez zamawiającego były wymaganiami minimalnymi, więc zaoferowanie sprzętu lepszego nie jest sprzeczne z siwz. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia niezgodności treści oferty z treścią siwz. Odrzucenie oferty pomimo braku podstaw, według odwołującego narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji określoną w art. 7 ust. 1 ustawy. Odwołujący do odwołania załączył szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, opis techniczny oferowanego wzmacniacza pętli indukcyjnej oraz informację o wynikach postępowania. Odwołanie zostało podpisane przez członka zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 13 września 2011r.

W dniu 13 września 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, przekazując kopie odwołania.

W dniu 15 września 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Vector Group spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Warszawera 3 – zwany dalej przystępującym wnosząc o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, gdyż został wybrany w postępowaniu i zaoferował najlepsze parametry i o znacznie dłuższym niż wymagany okresie gwarancji. Nadto przystępujący po otrzymaniu informacji o wyborze zamówił sprzęt do realizacji zamówienia. Wskazał, że zaoferowane przez odwołującego urządzenie jest niezgodne z treścią siwz, gdyż wzmacniacz pętli indukcyjnej Phonic Ear LogiBit G2 zaoferowany przez odwołującego może służyć do współpracy ze standardowymi głośnikami oraz jako wzmacniacz pętli indukcyjnej. Na potrzeby przedmiotowego zamówienia wzmacniacz nie współpracuje z głośnikami, ale służy do współpracy z aparatami słuchowymi dla niedosłyszących i połączony jest z pętlą indukcyjną. Przy podłączeniu z głośnikami pasmo przenoszenia wynosi 20 – 20000 Hz, ale w ramach pętli indukcyjnej pasmo przenoszenia wynosi 100- 5000HZ, ponadto wzmacniacz nie spełnił także wymogu siwz –

dynamika ≥ 90 dB. Podał, że sam odwołujący w trakcie postępowania przetargowego wnioskował o obniżenie parametru podając prawidłowo pasmo przenoszenia wzmacniacza we współpracy z pętlą indukcyjną na poziomie 100 – 5000Hz, a w chwili obecnej podaje nie dotyczące pętli indukcyjnej pasmo przenoszenia. Do zgłoszenia przystąpienia załączono specyfikację techniczną producenta wzmacniacza pętli indukcyjnej Phonic Ear Logobit G2 i załącznik nr 2 do siwz. Zgłoszenia przystąpienia zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do przystąpienia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu

W dniu 20 września 2011r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na jego rzecz zwrotu kosztów dojazdu. W uzasadnieniu wskazał, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż z treści siwz wynikało, że wykonawcy są zobowiązani zaoferować wzmacniacz pętli indukcyjnej o paśmie przenoszenia 50-5000 Hz (+- 3 dB), a zaoferowany wzmacniacz przez odwołującego posiada pasmo przenoszenia 100-5000 Hz. Nadto wzmacniacz ten w zakresie dynamiki większej niż 64 dB nie odpowiada treści siwz, w której wymagano większej lub równej 90 dB, a także nie spełnia norm BS7594 i BS6003 część 4. Odwołujący w dniu 12 lipca 2011r. zwrócił się do zamawiającego z zapytaniem czy dopuści wzmacniacz o paśmie przenoszenia 100-5000 Hz i otrzymał odpowiedź odmowną, gdyż parametr ten a kluczowe znaczenie wpływające na jakość dźwięku. Pomimo tej wiedzy odwołujący zaoferował urządzenie niezgodne z siwz. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający również uznał ten zarzut za nietrafny, gdyż opisał przedmiot zamówienia w sposób jasny, a udzielając odpowiedzi na pytanie poinformował tak samo wszystkich wykonawców. Wskazał, że opis przedmiotu zamówienia jest jego uprawnieniem i obowiązkiem, a określając przedmiot w sposób obiektywny i zgodny z ustawą nie musi umożliwić złożenia oferty wszystkim wykonawcom działającym na rynku w danej branży. Wskazał tu na orzecznictwo Izby sygn. akt KIO/UZP 80/07 z dnia 17 stycznia 2008r. i KIO/UZP 1024/08 z dnia 9 października 2008r., a także KIO/UZP 236/08 z dnia 2 kwietnia 2008r. i wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 7 kwietnia 2009r. sygn. akt III Ca 88/09. Wskazał ponadto, że jedynie oferta odwołującego nie spełnia warunków określonych w siwz.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnień treści siwz, oferty odwołującego oraz dowodów przedłożonych do odwołania i przystąpienia.

Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że w załączniku nr 2 do siwz w opisie wskazano zastosowanie systemu – system wspomagający słyszenie z pętlą indukcyjną, wzmacniaczem mowy i dźwięku przenośnym mikrofonem bezprzewodowym dla osób niedosłyszących używających aparatów słuchowych oraz indywidualny zestaw słuchawkowy do odbioru dźwięku z pętli indukcyjnej. Zamawiający oczekiwał wzmacniacza pętli indukcyjnej – 10 sztuk o paśmie przenoszenia : 50-5000Hz (+- 3dB) i dynamiki ≥ 90 dB.

W wyjaśnieniach treści siwz z dnia 14 lipca 2011r. zamawiający odpowiadając na pytanie nr 1 dotyczące zadania częściowego nr 1, wzmacniacza pętli indukcyjnej „Pasma przenoszenia : 50-5000 HZ (+- 3dB)” o treści, czy zamawiający dopuści urządzenie o paśmie przenoszenia 100-5000 Hz (+-3 dB), zamawiający odpowiedział, że z uwagi na fakt, iż na rynku pojawia się coraz więcej nowoczesnych aparatów słuchowych posiadających pasmo przenoszenia poniżej 100 Hz np. Widex Clear (70- 11 200 Hz), a także wiele indywidualnych urządzeń do odbioru z pętli indukcyjnej np. Belman Audio Maxi (6- 23000 Hz) i aby wzmacniacz nie był urządzeniem ograniczającym możliwości nowoczesnych urządzeń oraz z uwagi, że nie tylko mowa ale również muzyka i dźwięki multimedialne wysokiej jakości będą transmitowane przez wzmacniacz – nie dopuścił urządzenia o gorszych parametrach przeniesienia niż 50-5000 Hz.

W dniu 19 lipca 2011r. odwołujący zawiadomił zamawiającego w trybie art. 181 ust. 1 ustawy o dokonaniu czynności niezgodnej z przepisami ustawy polegającej na określeniu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady opisu przedmiotu zamówienia, zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 29 ust. 1, 2 i 3 art. 5 kc w związku z art. 14 kc poprzez określenie parametrów technicznych wzmacniacza pętli indukcyjnej – pasma przenoszenia, dynamiki i spełniania norm brytyjskich w sposób wskazujący na urządzenia konkretnego producenta tj. firmy Y-Sense model YS200 lub YS500. Podniósł, że wymagane parametry techniczne nie mają znaczenia dla jakości odbioru dźwięków przez osoby niedosłyszące.

W dniu 25 lipca 2011r. zamawiający odpowiedział na zawiadomienie stwierdzając, iż żądanie obniżenia jest niezasadne i wskazując, że kwestionowane parametry mają podstawowe i najistotniejsze znaczenie dla zamawiającego jako parametry odpowiadające za jakość dźwięku. Ponadto zamawiający nie zamawia pojedynczych urządzeń ale cały system wspomagający słyszenie osób niedosłyszących. Wszystkie elementy będą współpracować ze sobą transmitując mowę, muzykę i dźwięki multimedialne, a system może być zbudowany z urządzeń kilku producentów, wszystkie urządzenia są ogólnie dostępne i mogą być zaoferowane przez każdego z wykonawców. Zamawiający oczekiwał urządzeń nieograniczających możliwości nowoczesnych technologii w przyszłości.

Odwołujący załączył do odwołania tę samą specyfikację techniczną, którą złożył w ofercie (str. 11-14 oferty) i jest to ta sama specyfikacja, co przedstawiona przez przystępującego, przy czym przystępujący przedstawił ją w wersji angielskojęzycznej.

Ze specyfikacji tej wynika szerokość pasma LA – 100 – 5kHz (+- 3dB), szerokość pasma PA – 20 – 20 kHz (+- 3dB) oraz stosunek sygnał szum > 64 dB.

Pod specyfikacją techniczną znajduje się wyjaśnienie skrótów LA – pętla indukcyjna i PA – system audio.

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w ramach zadania 1 złożył ofertę z najniższą ceną i gdyby jego oferty nie odrzucono miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał na realizacji zamówienia. Przesłanka materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że treść tej oferty odpowiada treści siwz i art. 7 ust. 1 ustawy poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i w rezultacie dokonania wyboru konkurencyjnej oferty jako najkorzystniejszej.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w ramach zadania częściowego nr 1 opisał system, który zamawia oraz wskazał cel, jaki ma zostać zrealizowany poprzez przedmiotowe zamówienie bezsporne jest, że zamawiający wymagał wzmacniacza pętli indukcyjnej i to takiego, którego pasmo przenoszenia mieści się w granicach 50 – 5000 Hz (+- 3dB). Zamawiający nie zmienił tego wymogu, ani na skutek wyjaśnień treści siwz – odpowiedź na pytanie nr 1, ani na skutek zawiadomienia przez odwołującego o dokonaniu czynności niezgodnej z przepisami ustawy. Pasma przenoszenia wobec wskazania zastosowania wzmacniacza – tj. wzmacniacza pętli indukcyjnej musi być odniesione do parametrów oferowanego urządzenia pełniącego właśnie taką funkcję, a nie do parametrów, jakie to urządzenie osiąga współpracując z innymi urządzeniami, niewskazanymi w siwz. Z załączonej do oferty i przedłożonej wraz z odwołaniem specyfikacji technicznej urządzenia LogiBit G2 wynika jednoznacznie, że szerokość pasma dla pętli

indukcyjnej wynosi 100- 5000 Hz (+-3dB), a zatem nie obejmuje dolnego przedziału wymaganego przez zamawiającego (od 50 - 99Hz (+- 3dB)). Powołane przez odwołującego w odwołaniu pasmo przenoszenia 20 - 20000Hz (+-3dB) nie dotyczy pętli indukcyjnej, a systemu audio, a zatem innego parametru, którego zamawiający nie wymagał i nie badał. W tej sytuacji należy stwierdzić, że zamawiający prawidłowo uznał, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Nie była to także omyłka, która mogła być poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdyż skutkowałaby ona istotną zmianą oferty tj. zmianą polegającą na zaoferowaniu innego niż wskazane w ofercie urządzenia. Izba w działaniu zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a konsekwencji nie stwierdziła naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

O kosztach pełnomocnika zamawiającego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy oraz w oparciu o § 3 pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) na podstawie przedłożonego rachunku.

Przewodniczący