

WYROK

z dnia 28 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 sierpnia 2015 r. przez wykonawcę **Deko-Bau Sp. z o.o., ul. Ścinawska 1, 59-300 Lubin** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum Polskiej Piosenki w Opolu, pl. Kopernika 1, 45-040 Opole**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TRIAS AVI Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) TRIAS AVI S.A, adres dla pełnomocnika: ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odtajnienie oferty wykonawcy Konsorcjum TRIAS AVI Sp. z o.o. i TRIAS AVI S.A. w zakresie Wykazu Sprzętu oraz nakazuje w zakresie pozostałych zarzutów odwołania ponowne badanie i ocenę ofert.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, wnoszących sprzeciw od uwzględnienia odwołania: **(1) TRIAS AVI Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) TRIAS AVI S.A, adres dla pełnomocnika: ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Deko-Bau Sp. z o.o., ul. Ścinawska 1, 59-300 Lubin** wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TRIAS AVI Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) TRIAS AVI S.A, adres dla**

pełnomocnika: ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa na rzecz **Deko-Bau Sp. z o.o., ul. Ścinawska 1, 59-300 Lubin** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

2.3. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) TRIAS AVI Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) TRIAS AVI S.A, adres dla pełnomocnika: ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa** na rzecz **Muzeum Polskiej Piosenki w Opolu, pl. Kopernika 1, 45-040 Opole** kwotę **4 152 zł 48 gr** (słownie: cztery tysięcy sto pięćdziesiąt dwa złote, czterdzieści osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 Opolu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Muzeum Polskiej Piosenki w Opolu, pl. Kopernika 1, 45-040 Opole, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa oraz montaż ekspozycji stałej w Muzeum Polskiej Piosenki w Opolu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 stycznia 2015 r. pod numerem 2015/S 022-035451.

W dniu 3 sierpnia 2015 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, z której wynikało, iż wykonawca Deko-Bau Sp. z o.o., ul. Ścinawska 1, 59-300 Lublin, zwany dalej Odwołującym w wyniku przydzielenia i wyliczenia punktacji uzyskał drugie miejsce wśród ocenianych ofert.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił wykonawca – konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) TRIAS AVI Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) TRIAS AVI S.A, zwanych dalej „Przystępującym Trias”

Od takiej czynności Zamawiającego, Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez nieodrzczenie oferty konsorcjum Trias AVI sp. z o.o., lider ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa, Trias AVI S.A. ul. Równinna 11/13, 87-100 Toruń mimo iż nie spełniała ona wymagań określonych w SIWZ;
2. art. 7 ust- 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 8 ust. 1—3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia WYKAZU SPRZĘTU złożonego przez wykonawcę konsorcjum Trias AVI sp. z o.o., lider ul. Kabaretowa 21, 01-942 Warszawa, Trias AVI S.A. ul. Równinna 11/13, 87-100 Toruń

Podnosząc powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonanie czynności odtajnienia oraz udostępnienia Odwołującemu oferty wykonawcy Konsorcjum Trias AVI sp. z o.o., lider, Trias AVI S.A. w zakresie Wykazu Sprzętu;
3. dokonanie ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert;
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego,
5. przyznanie na rzecz Odwołującego zwrotu uzasadnionych i udokumentowanych kosztów udziału w postępowaniu.

Uzasadniając zarzut dotyczący niezasadnego zaniechania odtajnienia oraz udostępnienia treści oferty wykonawcy konsorcjum Trias podał, że nieodtajnienie przez

Zamawiającego Wykazu Sprzętu powodowało sytuację, że Odwołujący nie miał możliwości skorzystania z przysługującego mu prawa dokonania wglądu do oferty wykonawcy, który złożył ofertę konkurencyjną, celem dokonania oceny prawidłowości czynności Zamawiającego, polegającej na ocenie oferty wykonawcy w postępowaniu oraz wniesienia środka ochrony prawnej w przypadku gdyby zaofferowany sprzęt nie spełniałby wymagań Zamawiającego. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego do pismem z dnia 27 maja 2015 r. o odtajnienie złożonej oferty firmy TRIAS i umożliwienie Odwołującemu zapoznania się z jej treścią.

W dniu 3 sierpnia 2015r. Zamawiający przekazał Wykonawcom informację, iż powtórzył czynność polegającą na zbadaniu przesłanek utajnienia ofert Wykonawców w zakresie wykazów sprzętu. Zgodnie z pismem z dnia 3.08.2015r. Zamawiający w części pisma dotyczącej Konsorcjum, uznał iż nie udostępni innym wykonawcom między innymi Wykazu sprzętu jako zawierającego tajemnice przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił, że nawet gdyby uznać, iż informacje znajdujące się w Wykazie sprzętu mogą co do zasady stanowić tajemnice przedsiębiorstwa to w obecnym brzmieniu art. 8 ust.3 Pzp ustawodawca jednoznacznie określił, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę jeśli wraz z zastrzeżeniem zostanie Zamawiającemu przekazane uzasadnienie potrzeby takiego utajnienia. Podał iż z powyższego wynika, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa musi nastąpić jednocześnie.

Tym samym zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie zachodzi podejrzenie, że Konsorcjum nie wykazało na etapie składania oferty, dlaczego dane informacje winny być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa oraz jakie kroki poczyniło aby zachować informacje objęte zastrzeżeniem w poufności.

W zakresie drugiej grupy zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Odwołujący podniósł dwie grupy zarzutów. W grupie pierwszej podniósł jeden zarzut dotyczący nieprawidłowego wypełnienia Wykazu Sprzętu, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik do SIWZ. Wskazał, że załącznik w postaci Wykazu Sprzętu zawierał tabelkę zawierająca następujące rubryki, jak liczbę porządkową, parametr, oferowaną wartość oraz nazwę producenta i model. Natomiast Konsorcjum wypełniło Wykaz Sprzętu w sposób nieprawidłowy wpisując w rubryce oferowana wartość- wartość w kwocie pieniężnej bądź nie uzupełniło tej rubryki w ogóle. Na okoliczność taka wskazują dwie karty z wykazu (w tym karta nr 1 oraz nr 90) które zostały ujawnione przez Zamawiającego w postępowaniu toczącym się przed KIO pod sygnaturą KIO 877/15.

Natomiast w drugiej grupie zarzutów dotyczących niezgodności oferowanego sprzętu z wymaganiami SIWZ Odwołujący podał, że na takie niezgodności oferty wskazują także odpowiedzi jakie Konsorcjum udzieliło Zamawiającemu w trybie wyjaśnień - w odpowiedzi na

pismo Zamawiającego z dnia 30.06.2015r. Zamawiający zadał Konsorcjum 19 pytań. Część odpowiedzi Konsorcjum wskazuje na to, że oferta konsorcjum jest niezgodna z wymaganiami SIWZ. Odnosząc się do stanowiska Przystępującego podanego w odpowiedzi na postawione w wezwaniu pytania, Odwołujący podniósł, że Zamawiający w pytaniu nr 7 w celu wyjaśnienia treści oferty określił pytaniem konieczność podania zestawienia dokładnych częstotliwości (w formie tabeli / siatki) dla przydzielonych 96 kanałów stereo w jakich odbywa się transmisja w czasie rzeczywistym. Konsorcjum udzieliło odpowiedzi, w którym nie przedstawiło żądanego dokumentu. Złożono jedynie wyjaśnienie informujące, iż 126 kanałów stereo zostanie zaprogramowanych w MPP w Opolu przy wykorzystaniu 80 kanałów radiowych. Jeżeli wg założeń i wymogów SIWZ system ma transmitować 126 kanałów stereo to absolutnie nie istnieją możliwości techniczne aby 126 kanałów stereo „zmieścić” w 80 kanałach radiowych. W karcie katalogowej złożonej do oferty mowa była o 126 kanałach transmisji. Zamawiający domniemał, iż są to kanały mono. Do transmisji stereo niezbędnych jest wykorzystanie 2 kanałów mono, czy de facto to 126 a nie jak w odpowiedzi wyjaśniającej treść oferty 80 kanałów radiowych. Ponadto obciążenie pasma ma być stałe w 96 kanałach stereo, a nie są w żaden sposób dynamicznie konfigurowane. Zamawiający pytał o dokładne wartości częstotliwości, a nie podanie wzoru do wyliczenia. Jeżeli Wykonawca posiada w ofercie urządzenia zgodne z parametrami technicznymi określonym w SIWZ i deklaruje skuteczności ich w działaniu winien był przedstawić należyne dokument z precyzyjnym określeniem częstotliwości.

Również w brak było udzielonej przez Trias odpowiedzi na zadane przez Zamawiającego pytanie 8. Zamawiający prosił o podanie możliwości regulacji zasięgu pracy identyfikatorów uruchamiających transmisję kontentu w czasie rzeczywistym.

Udzielona przez Wykonawcę odpowiedź stanowi podstawę do odrzucenia oferty z uwagi na techniczną niezgodność z SIWZ. Nie określono w odpowiedzi jaka jest możliwość regulacji zasięgu pracy identyfikatorów. Nadto opisana w odpowiedzi Konsorcjum technologia transmisji jest raz opisana jako cyfrowa, a w kolejnym zdaniu widnieje zapis o analogowych zakłóceniach międzykanałowych. Jedno wyklucza drugie. Jeżeli transmisja jest cyfrowa to oznacza to, że nie jest analogowa i nie można porównywać zakłóceń transmisji cyfrowej przez analogową.

Podobna sytuacja zdaniem Odwołującego miała miejsce wobec pytań ozn. nr 17 i 19. W zakresie pytania 17 Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia i dokładnego podanie typu i rodzaju układu diversity w oferowanym odbiorniku. Udzielona odpowiedź absolutnie nie odpowiadała na zadane wprost pytanie, nie podając typów i rodzajów urządzeń przewidzianych do realizacji opisanej funkcji. W efekcie brak jest odpowiedzi merytorycznej za zadane pytanie. Udzielone lakoniczne odpowiedzi stanowiła jedynie próbę wymuszenia udzielenia zamówienia publicznego. Definicja układu „diversity” oznacza stałe monitorowanie

odbieranego przez odbiornik sygnału pochodzącego z dwóch anten. Monitorowanie aby było skuteczne odbywa się poprzez „zczytanie” z dwóch sąsiadujących ze sobą anten jakości otrzymywanego sygnału, aby zapewnić precyzyjną lokalizację odbiornika i transmisję w niezakłóconej jak najwyższej jakości.

System audioprzewodnika nie może pobierać transmisji z dwóch odbiorników tylko z dwóch anten umieszczonych w każdym odbiorniku. Urządzenia dysponujące funkcją diversity wykorzystuje ją na poziomie elektronicznego układu odbiorczego. Urządzenie (odbiornik) samo „decyduje” który sygnał odtworzyć, z której anteny, zawsze kierując się wyborem sygnału wyższej jakości. W tym zakresie mamy do czynienia z absolutną nieprawidłowością udzielonych odpowiedzi ze strony Konsorcjum, gdyż antena jest urządzeniem do odbioru, a odbiornik do odtworzenia treści.

Natomiast w zakresie pytania 19 Zamawiający zażądał wyjaśnienia możliwości uzyskania wyskalowania / identyfikatorów dla uzyskania zadanych zasięgów. Udzielona przez Konsorcjum odpowiedź na niniejsze pytanie absolutnie nie stanowi podstawy do uznania jej odpowiadającą wymogom SIWZ. Wykonawca używa się pojęcia propagacji fali elektromagnetycznej, a w kolejnym zdaniu pisze się o autorskiej technologii odwróconej podczerwieni, co absolutnie wyklucza się. Zjawisko fali elektromagnetycznej nie występuje w podczerwieni. Ponadto Wykonawca opisuje iż oferowane nadajniki korzystają z technologii InvertedIR, a warunki SIWZ jednoznacznie określały technologię całego systemu audioprzewodnika jako transmisję radiową. Kontent w odbiorniku ma być wyzwalany radiowo, a nie poprzez podczerwień jak deklaruje Konsorcjum.

W podsumowaniu odwołania Odwołujący wniósł o powołanie biegłego z zakresu urządzeń elektronicznych celem zweryfikowania zgodności zaoferowanych rozwiązań przez Konsorcjum z wymogami SIWZ ze szczególnym uwzględnieniem zgodności oferty Konsorcjum z SIWZ w zakresie technologii przesyłu sygnału w systemie audioprzewodnika, liczby kanałów przesyłu, aktywacji dezaktywacji sygnału alarmowego.

Zamawiający w przesłanej odpowiedzi na odwołanie oświadczył iż po zapoznaniu się z treścią odwołania postanowił uwzględnić zarzuty odwołania w całości. Tym samym Zamawiający do potrzeby takiej czynności odniósł się dopiero na etapie rozprawy wskazując na uchybienia w dokonanej ocenie ofert, które dla ich wyeliminowania wymagają ponownego badania oferty wybranego wykonawcy.

Stanowisko Zamawiającego zostanie zaprezentowane przy merytorycznej ocenie przez Izbę zasadności podniesionych zarzutów.

Wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez Zamawiającego, Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca Trias złożył sprzeciw.

Przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania podał, że w odwołaniu wniesionym do Prezesa KIO w dniu 13 sierpnia 2015 r. Deko-Bau kwestionuje zasadność utajnienia treści

oferty Konsorcjum Trias w zakresie wykazu sprzętu. Jednakże zdaniem Przystępującego zarzut sformułowany przez Deko- Bau w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa należy uznać za spóźniony. Zakres zastrzeżenia oferty Konsorcjum Trias jako tajemnicy przedsiębiorstwa co do wykazu sprzętu nie uległ zmianie od chwili złożenia oferty. Natomiast Odwołujący podniósł przedmiotowy zarzut dopiero po dokonaniu przez Zamawiającego drugiego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, pierwszy wybór oferty miał miejsce w dniu 30 kwietnia 2015 r., a więc po terminie.

W tym zakresie podniósł także iż w wyniku dokonania przez Zamawiającego pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, to oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą. Jednakże Deko-Bau powinien mieć na względzie fakt, iż nie jest wykonawcą, który zaoferował Zamawiającemu najniższą cenę w postępowaniu i zgodnie z ustalonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert w przypadku przywrócenia oferty z niższą ceną (co miało miejsce w niniejszej sprawie) oferta Deko-Bau spadnie na dalszą pozycję. Odwołujący jako podmiot profesjonalny ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego powinien dochować należytej staranności oraz kwestionować zasadność utajnienia treści oferty Konsorcjum Trias na wcześniejszym etapie postępowania. Dlatego też Odwołujący miał możliwość dużo wcześniej powzięcia informacji o okolicznościach, na których opiera obecnie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 96 ust. 3 oraz art. 9 ust. 3 Pzp. Brak kwestionowania przez Odwołującego utajnienia części oferty Konsorcjum Trias na wcześniejszym etapie postępowania oznacza przyjęcie zasadności dokonanego zastrzeżenia.

Nadto dodał, że niezależnie od niezachowania terminu na podniesienie tego zarzutu w odwołaniu to zastrzeżone w ofercie dokumenty - Wykaz sprzętu - spełniają wszystkie przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (uznk). Wykaz sprzętu załączony do oferty Uczestnika postępowania, którego zasadność utajnienia kwestionuje Deko-Bau stanowi tajemnicę o charakterze technicznym oraz technologicznym, jak również posiada istotną wartość gospodarczą. Ochronie przed ujawnieniem jako tajemnica przedsiębiorstwa w złożonej ofercie podlegają informacje identyfikujące oferowane rozwiązania, przede wszystkim informacje dotyczące oferowanych produktów. Oferowane w ramach postępowania rozwiązanie stanowi efekt integracji urządzeń, oprogramowania i ich konfiguracji do określonych w SIWZ wymagań Zamawiającego i jest wyrazem wiedzy fachowej oraz doświadczenia Konsorcjum Trias w zakresie dostaw objętych przedmiotem zamówienia. Opracowany przez Konsorcjum Trias zestaw elementów rozwiązania - stanowiący efekt posiadanego know-how, który umożliwił Konsorcjum Trias złożenie oferty zgodnej ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego oraz konkurencyjnej cenowo.

W zakresie kolejnej grupy zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty

Przystępującego z treścią SIWZ podał, że Odwołujący upatruje niezgodności oferty Konsorcjum Trias z treścią SIWZ, wskazując między innymi na nieprawidłowość wypełnienia Wykaz sprzętu w zakresie pozycji „oferowana wartość”. Zarzut ten jest niezasadny.

Zdaniem Odwołującego „oczywistym jest”, że w rubryce oferowana wartość należało się odnieść do poprzedzającej rubryki o nazwie wymagana wartość, wpisując odpowiedni parametr techniczny - podając np. liczbę lumenów. Tymczasem, w świetle udostępnionego przez Zamawiającego wzoru wykazu sprzętu stanowiącego załącznik do SIWZ w kolumnie oferowana wartość należało wpisać kwotę pieniężną dla określonego urządzenia wchodzącego w skład zestawu i czynność taka była prawidłowa. Podawanie, jak twierdzi Deko-Bau, parametrów technicznych w kolumnie oferowana wartość byłoby bezprzedmiotowe, gdyż sprowadzałoby się do powielenia treści wpisanej przez samego Zamawiającego do wzoru wykazu sprzętu. Nadto podniósł, że formalizm postępowania do jakiego dąży Odwołujący nie jest celem samym w sobie i bezzasadne byłoby odrzucenie oferty Uczestnika postępowania jako niezgodnej z treścią SIWZ z uwagi na fakt, że nie przepisał jednoznacznych oznaczeń podanych przez Zamawiającego w kolumnie wartość wymagana, mimo iż zgodnie z formularzem ofertowym zaakceptował wszystkie wymagania określone w SIWZ, a oznaczenie kolumny jako oferowana wartość jednoznacznie wskazuje na wartość poszczególnych elementów oferowanego rozwiązania.

Odnosząc się do zarzutu braku udzielenia Zamawiającemu należytej odpowiedzi na pytanie 7 wskazał, że Odwołujący stwierdził, że udzielona przez Konsorcjum Trias odpowiedź potwierdza niezgodność oferty z treścią SIWZ, oraz że Konsorcjum Trias „nie przedstawiło żądanego dokumentu”. W tym zakresie należy wskazać, że Zamawiający w pytaniu 7 pisma z dnia 30 czerwca 2015 r. wezwał Uczestnika postępowania do złożenia wyjaśnień, a nie do przedstawienia nowego dokumentu. W związku z tym, twierdzenie Deko-Bau o braku przedstawienia „żądanego” dokumentu w tym zakresie należy uznać za bezprzedmiotowe. Deko-Bau stwierdził również, że nie ma możliwości, aby 126 kanałów stereo „zmieścić” w 80 kanałach radiowych. Udzielona przez Konsorcjum Trias odpowiedź potwierdza zgodność oferty Uczestnika postępowania z treścią SIWZ. Należy wskazać, że w oferowanym przez systemie Movi transmisja danych odbywa się cyfrowo w 126 kanałach radiowych. Niezależnie jednak od ilości kanałów radiowych dla systemu Movi założona została możliwość transmisji dźwięku audio stereo również w maksymalnej ilości 126 kanałów (audio stereo). Ilość 126 kanałów stereo to maksymalne ramy systemu Movi i jest to znacznie więcej niż minimalne parametry określone przez Zamawiającego - 96 kanałów audio stereo. Z powyższego wynika, iż Konsorcjum Trias zaoferowało rozwiązanie, które znacznie przekracza wymogi minimalne opisane w SIWZ. Skoro zatem możliwe jest, iż system Movi obejmuje 126 kanałów audio stereo, to nie może budzić wątpliwości, że umożliwi uruchomienie 96 kanałów tego rodzaju. Zgodnie za wiedzą uzyskaną od

producenta systemu Movi możliwe jest zgodnie z wymaganiami SIWZ umieszczenie w 80 kanałach radiowych 96 kanałów audio stereo za pomocą technik kodowania.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu, który Odwołujący uznał *za jeden z bardziej istotnych*, a dotyczący rodzaju i typu układu diversity, podał, że wbrew twierdzeniom Deko-Bau udzielona odpowiedź Zamawiającemu w tej kwestii nie jest lakoniczna a jest konkretna i potwierdza spełnianie wymagań Zamawiającego. Również w zakresie przeprowadzonej przez Odwołującego analizy technicznej wskazującej na rzekomą nieprawidłowość udzielonej przez Konsorcjum Trias odpowiedzi, stwierdził, że Odwołujący nie skonkretyzował wymagania SIWZ, z którym oferta Konsorcjum Trias miałyby być niezgodna. Zwrócił uwagę także na fakt, że producent systemu (w skład, którego wchodzi urządzenie i oprogramowanie) potwierdził prawidłowość zastosowanej technologii.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i uczestnika, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

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

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż uwzględnienie odwołania umożliwiłoby mu uzyskanie zamówienia, gdyż jego oferta po odrzuceniu oferty wybranej byłaby najkorzystniejszą w postępowaniu, biorąc pod uwagę ustalone kryteria oceny ofert.

Również Przystępujący wykazał swój interes w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, gdyż jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu, co jest kwestionowane zarzutami odwołania.

Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający przed terminem rozprawy uwzględnił w całości zarzuty odwołania. Rozpoznanie sprawy nastąpiło w wyniku sprzeciwu Przystępującego Konsorcjum Trias.

Pierwszym zarzutem podniesionym w odwołaniu była kwestia zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia przez Zamawiającego Wykazu Sprzętu złożonego przez wykonawcę konsorcjum Trias. Na wstępie rozstrzygnięcia przez Izbę wymaga zarzut Przystępującego iż zarzut odwołania dotyczący tej kwestii należy uznać za spóźniony,

ponieważ zastrzeżenie tego wykazu miało miejsce wraz ze składaniem ofert i ten fakt był znany Odwołującemu już przed pierwszym wyborem najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 30 kwietnia 2015 roku.

Zarówno Odwołujący jak i Zamawiający oponowali przed przyjęciem takiego stanowiska, podając, że w trakcie pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, oferta Odwołującego była uznana za ofertę najkorzystniejszą. Natomiast oferta Przystępującego była ofertą odrzuconą. Dlatego też podnosili iż w takiej sytuacji Odwołujący nie miał interesu w kwestionowaniu odrzuconej oferty, która przy pierwszej ocenie ofert nie zagrażała w żaden sposób Odwołującemu Deko-Bau.

Izba odnosząc się do tej kwestii stwierdza prawidłowość stanowisk Odwołującego i Zamawiającego. W powyższej sytuacji wniesione odwołanie podlegałoby oddaleniu ze względu na treść art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp, który stanowi, iż środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Wykonawca Deko-Bau takich przesłanek w kwestionowaniu oferty Konsorcjum nie spełniał.

Niewątpliwym w sprawie jest również fakt, że Odwołujący po wyroku KIO z dnia z dnia 25 maja 2015 r. sygn. akt KIO 997 i 980/15 wystąpił pismem z dnia 27 maja 2015 r. do Zamawiającego o odtajnienie złożonej oferty firmy TRIAS i umożliwienie Odwołującemu zapoznania się z jej treścią, w tym sporządzenie kopii tych dokumentów. Zamawiający o swoim stanowisku w tym zakresie, poinformował Odwołującego dopiero pismem z dnia 3 sierpnia 2015 roku, w tym samym dniu kiedy nastąpił ponowny wybór najkorzystniejszej oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba stwierdza, że Odwołujący nie przekroczył terminu na podniesienie w odwołaniu zarzutu zaniechania odtajnienia w ofercie Trias Wykazu Sprzętu.

Kolejnego odniesienia przez Izbę wymaga kwestia wyjaśnienia rozkładu ciężaru dowodowego w sytuacji kiedy po uwzględnieniu odwołania następuje wniesienie sprzeciwu przez Przystępującego. Otóż wniesienie sprzeciwu, /w trybie art. 186 ust. 4 Pzp/ nie oznacza, iż wnoszący sprzeciw zajmuje w miejsce Zamawiającego, ofensywną pozycję procesową. Sprzeciw pozostaje dalej defensywnym środkiem, który ma wyłącznie na celu doprowadzenie do rozpoznania uwzględnionego odwołania. Brak jest podstaw do przypisania normie zawartej w art. 186 ust. 4 Pzp przeniesienia ciężaru dowodowego wskazanego w art. 190 ust.1 Pzp na uczestnika postępowania wnoszącego sprzeciw. Rolą wnoszonego sprzeciwu jest obrona wykonawcy wygrywającego przetarg przed zmianą stanowiska Zamawiającego uzewnętrznionego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Tym samym wnoszący sprzeciw nie ma obowiązku udowadniania zgodności własnej

oferty z SIWZ. Natomiast Zamawiający w sytuacji uwzględnienia zarzutów odwołania winien wykazać dlaczego jego czynność polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty była wadliwa.

Przechodząc do merytorycznej oceny zarzutu niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa Wykazu sprzętu w ofercie Przystępującego, należy wskazać, że niespornym pomiędzy stronami był fakt, że wykonawca Trias, wraz z zastrzeżeniem treści oferty- poprzez umieszczenie na części dokumentów informacji „tajne” lub „poufne” nie załączył żadnego uzasadnienia wskazującego na potrzebę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa tej części oferty. Uzasadnienie takie zostało złożone Zamawiającemu dopiero w odpowiedzi na przesłane Konsorcjum Trias wezwanie już po terminie otwarcia ofert. Tym samym nie został spełniony wymóg formalny wynikający z przepisu art. 8 ust.3 ustawy Pzp.

Wskazać należy iż przed wejściem w życie nowelizacji ustawy Pzp z dnia 29 sierpnia 2014 r. tj. przed dniem 19 października 2014 r., dla przyjęcia zakazu ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wymagane było jedynie zastrzeżenie przez wykonawcę, że informacje nie mogą być udostępniane. To na zamawiającym, jako adresacie zakazu ujawniania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, spoczywał obowiązek zbadania, czy w konkretnej sytuacji wystąpiły przesłanki, o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. W razie wątpliwości co do charakteru przekazywanych informacji zamawiający, dążąc do zachowania należytej staranności w zakresie czynności badania skuteczności zastrzeżenia, zwracał się do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia podstaw objęcia tychże informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Natomiast od chwili wejścia w życie nowelizacji ustawy Pzp skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa jest obwarowana dodatkowym warunkiem w postaci konieczności wykazania przez wykonawcę, że przekazywane informacje rzeczywiście stanowią spełniając warunki o których mowa w art. 11 ust. 4 uznk. Brak należytego wykazania przez wykonawcę, iż poszczególne informacje noszą walor tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje brak skuteczności dokonanego zastrzeżenia. Za wyrokiem KIO z dnia 2 marca 2015 r. sygn. akt KIO 279/15 stwierdzić należy, że w myśl znowelizowanego art. 8 ust.3 Pzp zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa oraz wykazanie takiej konieczności, musi nastąpić jednocześnie.

Wobec powyższego Izba stwierdza, że zgodnie z wskazanym stanem prawnym poprzestanie przez wykonawcę jedynie na opisanie dokumentów załączanych do oferty adnotacją "zastrzeżone - tajemnica przedsiębiorstwa" , „tajne”, „poufne” itp. bez załączenia informacji wykazujących zasadność wprowadzonego zastrzeżenia, powoduje z mocy prawa nieskuteczność dokonanego zastrzeżenia. Brak ten nie podlega uzupełnieniu.

Ponadto wskazać należy także na brak w większości merytorycznej zasadności dokonanego utajnienia Wykazu Sprzętu. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy dla

zaoferowanego sprzętu złożyli karty katalogowe- producenckie. Przystępujący takie karty na wezwanie Zamawiającego złożył, ale nie zastrzegł ich poufności. Tym samym w oparciu o te karty wykonawcy mogli w znacznej mierze ustalić jaki sprzęt został zaoferowany przez Przystępującego.

Wobec powyższego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia oraz udostępnienia Wykazu Sprzętu złożonego przez wykonawcę konsorcjum Trias potwierdził się, co skutkuje zarówno uwzględnieniem tego zarzutu jak i całego odwołania.

Na kanwie tego zarzutu należy odnieść się także do stanowiska Przystępującego, że wobec możliwości zapoznania się przez Odwołującego z treścią kart katalogowych to w takiej sytuacji uwzględnienie tego zarzutu nie może mieć wpływu na wynik postępowania i tym samym nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Izba nie zgadza się z takim stanowiskiem wskazując, że zasada jawności gwarantuje zarówno uczestnikom postępowania, jak i wszystkim zainteresowanym dostęp do informacji i dokumentów dotyczących postępowania i tym samym stwarza wykonawcom możliwość zapoznania się z treścią konkurencyjnych ofert. Zapoznanie się wykonawców z treścią ofert złożonych w postępowaniu, może spowodować zakwestionowanie dokonanych przez Zamawiającego czynności, a to może skutkować zaskarżeniem tych podjętych czynności, które w rezultacie mogą doprowadzić do zmiany wyboru najkorzystniejszej oferty. (zob. wyrok KIO z 23 listopada 2012 r., KIO 2468/12, KIO 2473/12, KIO 2493/12, wyrok KIO z 4 czerwca 2013 r., KIO 1187/13).

W zakresie drugiej grupy zarzutów dotyczących niezgodności treści oferty z treścią SIWZ Odwołujący podniósł zarzut niewłaściwego wypełnienia tabeli Wykaz Sprzętu, który stanowi załącznik do SIWZ. W tym wykazie Zamawiający wymagał m.in. podania o nazwy producenta modelu sprzętu oraz oferowanej wartości. Zdaniem Odwołującego, wymóg odnosił się do parametru technicznego, zatem należało podać wartość techniczną urządzenia, a nie wartość kwotową, którą należało podać w zupełnie innym załączniku, a mianowicie w kosztorysie.

Izba po analizie treści SIWZ uznaje, że w załączniku Wykaz Sprzętu nie chodziło o podanie wyceny sprzętu lecz jego wartości technicznych. Niewątpliwie powoduje to niezgodność z SIWZ, lecz na tym etapie postępowania za wcześnie byłoby stwierdzenie o niezgodności treści oferty z SIWZ i tym samym ziszczenia się podstawy do nakazania odrzucenia oferty.

Oceniając niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy mieć na względzie treść przepisu art. 89 ust.2 Pzp zgodnie z którym odrzucenie oferty jest możliwe tylko w sytuacji stwierdzenia że brak jest możliwości dokonania poprawy omyłki w ofercie. Zamawiający

zanim odrzuci ofertę powinien zbadać, czy nie zawiera ona omyłek możliwych do poprawienia (por. wyrok KIO o sygn. KIO 589/12).

Tutaj kwestia możliwości poprawy omyłek w zakresie niezgodności treści oferty z SIWZ nie podlegała dotychczas badaniu przez Zamawiającego i wobec powyższego Izba nakazała Zamawiającemu badanie i ocenę oferty w tym zakresie. To Zamawiający, a nie Izba jest wyłącznie uprawniony do przeprowadzenia badania i oceny ofert. Rolą Izby jest ocena poprawności czynności Zamawiającego podniesionych w zarzutach odwołania.

Analogiczna sytuacja dotyczy pozostałych wskazywanych w odwołaniu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zamawiający stwierdził, że w świetle zarzutów SIWZ oraz zmieniających się wyjaśnień Przystępującego w szczególności co do spełniania wymogu przez oferowane urządzenia możliwości jednoczesnej transmisji w czasie rzeczywistym 96 kanałów audio stereo przy transmisji radiowej, niezbędna jest ponowna ocena oferty Przystępującego w tym zakresie. Takie ustalenia Zamawiającego skutkowały uwzględnieniem zarzutów odwołania.

Złożone w tym zakresie jako dowody pisma producenta urządzeń Movitech, a także opinia prywatna opracowana przez firmę Manufaktura Technologiczna, zdaniem Zamawiającego nie wskazują w sposób jednoznaczny na spełnianie wymagań SIWZ. Podobna sytuacja dotyczy pozostałych zarzutów w tym zakresie.

W związku z tym Izba stwierdza, że istnieją uzasadnione wątpliwości co do spełniania przez ofertę Przystępującego wymogów SIWZ i tym samym niezbędna jest ponowna ocena oferty w zakresie jej zgodności z SIWZ, jak i ustalenia czy kwestionowane niezgodności nie stanowią omyłek możliwych do poprawienia treści oferty.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego, popartego przez Zamawiającego o potrzebie powołania biegłego. Zgodnie z treścią przepisu art. 190 ust. 4 Izba może powołać biegłego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Treść tego przepisu w połączeniu z przepisem ust.1 tegoż artykułu należy interpretować w ten sposób, że powołanie biegłego jest niezbędne, jeśli strony za pomocą wiarygodnych dowodów wykażą iż prezentowe przez nich stanowiska w sprawie są zasadne, a Izba stwierdzi iż powoduje to sprzeczność w sensie dowodowym, uniemożliwiającym przyznanie racji tylko jednej ze stron. Za niezasadne uznać należy, jak to by miało miejsce w tym postępowaniu, zastępowanie obowiązku stron w zakresie przedstawiania dowodów na potwierdzenie stawianych twierdzeń, dowodem z opinii biegłego. Biegły nie może zastępować strony w obowiązku udowadniania faktów, z których ona wywodzi skutki prawne. Za nieuwzględnieniem wniosku przemawiała także sformułowana na rozprawie teza dowodowa, którą Izba uznała za nieprecyzyjną i zbyt ogólną, gdyż dotyczyła wniosku o ocenę przez biegłego zgodności z SIWZ zaproponowanego rozwiązania w zakresie

transmisji kanałów audio wskazanych w ofercie Trias na str. 113 załącznika technicznego do SIWZ.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 2 i § 5 ust.2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący