

**WYROK**

**z dnia 24 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2016 r. przez **Odwołującego – LTT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Miasto Mińsk Mazowiecki, ul. Konstytucji 3 Maja 1, 05-300 Mińsk Mazowiecki**,

przy udziale:

1. Konsbud-Audio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
  2. Firma Producentka G.&S. Sp. j. z siedzibą w Krakowie,
- zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie **Odwołującego**,

**orzeka:**

- 1.1. **uwzględnia odwołanie w części dotyczącej warunku wiedzy i doświadczenia i nakazuje Zamawiającemu modyfikację pkt IX pkt 1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dopuszczenie, dla potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, również możliwości wykazania łącznego wykonania poszczególnych elementów technologicznych w ramach dwóch zamówień wykonanych na innych inwestycjach;**
  - 1.2. **w pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego**, i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- 2.3. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego kwoty 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej ponad wymaganą kwotę wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Siedlcach.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Mińsk Mazowiecki, ul. Konstytucji 3 Maja 1, 05-300 Mińsk Mazowiecki – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. *„Wyposażenie sali koncertowej w zakresie elektroakustyki, oświetlenia, kinotechniki wraz z wykończeniem wnętrza w zakresie akustyki, zmiennej akustyki, wykonaniem estrady i podłogi podniesionej pod widownię”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2016/S 104-186088 z dnia 01.06.2016 r. W dniu 01.06.2016 r. Zamawiający zamieścił na stronie internetowej Specyfikację istotnych warunków zamówienia.

W dniu 9 czerwca 2016 r., Odwołujący – LTT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec treści SIWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy formułowaniu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opisu przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty, tym samym czyniąc wbrew obowiązkowi prowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwą konkurencję. Ponadto zamawiający opracował warunki udziału w postępowaniu w sposób dyskryminujący wykonawców, którzy nie realizowali subiektywnie dobranego przez zamawiającego zakresu uprzednio wykonanych zamówień. Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dobrał wymogi w sposób nie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia a mający na celu ograniczenie konkurencji wśród ewentualnych uczestników postępowania innych niż firma współpracująca z autorami dokumentacji projektowej.

- 2) art. 22 ust. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP, poprzez ustalenie opisu spełniania warunków udziału w przetargu niezwiązanych z opisem przedmiotu zamówienia oraz nie proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia,
- 3) art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP, poprzez żądanie dokumentów, których przedstawienie jest niemożliwe w związku z opisem przedmiotu zamówienia przekazany przez Zamawiającego,
- 4) art. 29 ust. 1-3 ustawy PZP, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia przez pośrednie wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i rozwiązań technicznych charakterystycznych dla wyrobów konkretnego producenta, czym uniemożliwia złożenia oferty przez Odwołującego. Ponadto Zamawiający w zakresie istotnych elementów związanych z określeniem ceny realizacji zamówienia nie sprecyzował w sposób należyty opisu przedmiotu zamówienia.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu zmiany kwestionowanych przez Odwołującego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu warunków udziału w przetargu, w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania, tak aby zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia po wprowadzeniu zmian wnioskowanych niniejszym Odwołaniem stały się zgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, co następuje:

W zakresie zarzutów dotyczących warunków udziału w przetargu.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt. IX.1.b) na str. 4 SIWZ zawarł opis spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia.

Zawarty przez Zamawiającego opis spełniania warunków udziału w przetargu narusza postanowienia art. 22 ust. 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP gdyż nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz narusza zasadę proporcjonalności do przedmiotu zamówienia. Tym samym Zamawiający poprzez określenie nadmiarowych warunków udziału w postępowaniu wprowadził zapisy ograniczające konkurencję prowadząc do naruszania zasad udzielania zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 ustawy PZP).

Odwołujący wskazał, że użyte w art. 22 ust. 4 ustawy PZP pojęcia mają zapewnić realizację podstawowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Urząd Zamówień Publicznych pojęcie:

- „związany z przedmiotem zamówienia” - odnosić należy do opisu warunków dokonywanych przez pryzmat celu jakiemu mają służyć a więc zapewnieniu wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia. Nie można dokonywać opisu warunków w sposób, który wykracza poza realizację tego celu.

- „proporcjonalny do przedmiotu zamówienia” - należy rozumieć jako sytuację w której opis przedmiotu zamówienia powinien być adekwatny do osiągnięcia celu, którym jest wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Dokonany przez zamawiającego opis powinien być uzasadniony sytuacją, w której wykonawcy nie spełniający kryteriów podmiotowych nie dają rękojmi należytego wykonania udzielanego zamówienia publicznego.

Odwołujący podkreślił, że opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Tymczasem zawarty w pkt IX.1.b) SIWZ opis spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez postawiony wymóg łącznego wykonania wszystkich wymienionych przez Zamawiającego zakresów dostaw w ramach jednego zamówienia, uniemożliwia udział w postępowaniu innym, niż jeden, z góry wybrany przez Zamawiającego, wykonawca.

Uwzględniając zakres udzielanego zamówienia - zarówno przedmiotowy jak i wielkość instalacji i jej wartość - postawiony przez Zamawiającego wymóg łącznego wykonania (w ramach jednego zamówienia) zamówienia polegającego na:

- a) dostawie i montażu urządzeń mechanicznych sceny wraz z wykonaniem instalacji dla urządzeń napędowych sceny z wykorzystaniem falowników wektorowych,
- b) dostawie i montażu urządzeń i instalacji oświetlenia technologicznego,
- c) dostawie i montażu urządzeń i instalacji profesjonalnego nagłośnienia,
- d) dostawie i montażu profesjonalnego systemu kinowego,
- e) kompleksowym wykonaniu specjalistycznych robót poprawiających lub zapewniających parametry akustyczne budynku, w tym obejmujących łącznie wykonanie montażu ustrojów akustycznych lub paneli akustycznych w tym elementów zmiennej akustyki,

- w ocenie Odwołującego narusza wskazane przepisy ustawy PZP i ma na celu ograniczenie konkurencji wśród podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego. Sformułowanie wymogów wykonania wszystkich wyżej wskazanych (lit. a - e) zakresów dostaw w ramach jednego zamówienia uniemożliwia ubieganie się o uzyskanie zamówienia profesjonalnym wykonawców zarówno samodzielnie jak i w ramach złożenia ofert wspólnych. Specyfika przedmiotu zamówienia oraz jego zakres nie uzasadniają wymogu łącznego spełnienia wszystkich wyżej wskazanych wymogów.

Dla uzyskania celu jaki związany jest z normą art. 22 ust. 4 ustawy PZP tj. zapewnienia wyboru wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania przedmiotu udzielanego zamówienia nie jest konieczne żądanie wykonania łącznie w ramach jednego zamówienia wszystkich wyżej wskazanych rodzajów dostaw.

Podkreślono, że kwestionowany przez Odwołującego zapis SIWZ uniemożliwia przykładowo złożenie oferty:

- przez wykonawcę, który zrealizował w ramach jednej realizacji wskazany powyżej zakres dostaw ale był on zlecany na podstawie odrębnych umów,
- przez wykonawcę, który realizuje kompleksowe zamówienia na wyposażenie sal koncertowych ale nie realizuje każdorazowo konfiguracji określonej w opracowanym przez Zamawiającego warunku. Odwołujący zaznaczył przy tym, że łączne zlecenie - w ramach jednego zamówienia - wykonania wszystkich wymaganych przez Zamawiającego 5 zakresów dostaw na terenie polski w okresie ostatnich trzech lat wystąpiło (dla sali o ilości 400 miejsc) tylko jeden raz i dotyczyło siedziby Narodowego Forum Muzyki we Wrocławiu.

Odwołujący wskazał dodatkowo, że w pkt. IV.2 SIWZ Zamawiający odstąpił od ograniczenia w zakresie realizacji prac przez podwykonawców. Zapisy SIWZ umożliwiają realizację zakresu prac objętych nadmiarowymi warunkami udziału w przetargu jakie zostały nakreślone przez Zamawiającego w pkt. IX.1.b) przez podmioty (podwykonawców), którzy nie muszą się legitymować wymaganym od wykonawcy doświadczeniem. Powyższe w ocenie Odwołującego potwierdza, że zamiarem Zamawiającego wyrażonym poprzez zapisy pkt. IX.1.b) SIWZ było jedynie ograniczenie konkurencji wśród potencjalnych uczestników postępowania bez wpływu w okresie późniejszym na proces realizacji zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o zmianę wskazanego zapisu pkt. IX.1.b) SIWZ poprzez nakazanie Zamawiającemu aby możliwe było wykazanie wykonania łącznego zakresu dostaw wymieniony powyżej w lit. a-d maksymalnie w ramach dwóch zamówień zrealizowanych w okresie ostatnich trzech lat od upływu terminu składania ofert. Uwzględnienie powyższego żądania usunie niezgodność SIWZ z wymogami ustawy PZP i umożliwi wzięcie udziału w postępowaniu podmiotom, które dotychczas zrealizowały pełen zakres dostaw objętych przedmiotem udzielanego zamówienia - mają zatem kwalifikacje dające gwarancję należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zakwestionował jednocześnie warunek wskazany w lit. e) powyżej, gdyż dokumentacja projektowa stanowiąca załącznik do SIWZ przewiduje adaptacje akustyczne poprzez dokonanie stałego montażu różnego rodzaju ustrojów akustycznych tj. sufity akustyczne, ustroje akustyczne pochłaniające dźwięk, ustroje szczelinowe, ustroje płytowe, ustroje na bazie wełny mineralnej, ustroje rozpraszające oraz fotele (patrz: opracowanie

"Akustyka wewnątrz" plik ZL\_212\_AW\_Opis\_techniczny\_09.pdf. - dokumentacji projektowej). Wszystkie wskazane powyżej elementy montowane są zgodnie z projektem na stałe. A zatem Zamawiający żądając wykonania montażu ustrojów akustycznych lub paneli akustycznych w tym elementów zmiennej akustyki i wiążąc ten wymóg z panelami i ustrojami akustycznymi postawił wymóg nadmierny. Zakres udzielanego zamówienia - zgodnie z zapisami dokumentacji projektowej - nie przewiduje zmiennej akustyki realizowanej poprzez zmianę położenia ustrojów akustycznych.

W konsekwencji Odwołujący zażądał również wykreślenia z treści SIWZ warunku udziału w postępowaniu wskazanego w lit. e) powyżej.

W zakresie zarzutów naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz wymogów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podniósł, że ustawa PZP w art. 29 ust. 1 nakłada na zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, zapewniając tym samym realizację ustawowych zasad uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Biorąc pod uwagę zapis art. 29 ust. 2 ustawy PZP, zgodnie z którym przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, do stwierdzenia nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia, a tym samym sprzeczności z prawem, wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realne uniemożliwienie takiej konkurencji (tak m.in.: wyrok SO w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt: II Ca 693/5; wyrok KIO z dnia 1 października 2008 r. sygn. akt: KIO/ UZP 984/08). Odwołujący wskazał, iż w granicach zakazu opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję zawiera się zarówno dokonywanie opisu poprzez wskazanie określonego produktu jak również szczegółowe opisanie produktu, wpływające na konkurencję na rynku.

Zgodnie z piśmiennictwem dotyczącym wyżej wskazanych norm ustawy PZP przedmiot zamówienia nie może być określony poprzez podanie parametrów ograniczających konkurencję do jednego, konkretnego modelu urządzenia produkowanego przez konkretnego producenta. Decydująca przy tym jest tzw. perspektywa wykonawcy, który musi mieć możliwość zaoferowania produktu jemu dostępnego, spełniającego wymogi

SIWZ ale wymogi sporządzone w sposób obiektywny a nie ukierunkowane na wybór konkretnego produktu bez możliwości zaoferowania produktu równoważnego.

Odwołujący stwierdził, że tymczasem opracowana przez Zamawiającego SIWZ określa przedmiot zamówienia zgodnie z wyżej wskazanymi przepisami ustawy PZP jedynie w sposób pozorny.

Odwołujący wskazał na zapisy zawarte w SIWZ, które naruszają zarówno normy wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy PZP jak i w art. 29 ust. 1 - 3 tej ustawy:

a) *Wymogi dotyczące potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymogom określonym przez Zamawiającego (naruszenie art. 25 ust. 1 pkt. 2) - pkt. X.5 pkt 3 i 4. SIWZ.*

Zamawiający w pkt. X.5 pkt 3 i 4. SIWZ żąda przedstawienia:

- (pkt.3). Certyfikat dla maszyn wykorzystywanych w systemie mechaniki górnej potwierdzający zgodność z Dyrektywą maszynową 2006/42/WE, wydany przez akredytowaną jednostkę notyfikowaną
- (pkt. 4) Certyfikat potwierdzający, że oferowany system sterowania mechaniką sceniczną osiąga PFHD min.  $1 \times 10^7$ , wydany przez niezależną jednostkę akredytowaną, zgodnie z PN EN 62061

Odwołujący wskazał, że wymagane postanowieniami SIWZ przez Zamawiającego certyfikaty nie są wymagane przez przepisy prawa, a mają charakter dobrowolny w celu uzyskania marketingowych korzyści w zakresie sprzedaży, pozostając bez wpływu na jakość i profesjonalny charakter urządzeń scenicznych.

Tymczasem nie jest możliwe przeprowadzenie procesu certyfikacji jeszcze przed wykonaniem zamówienia. Podkreślić należy, że załączony projekt mechanizacji sceny, w szczególności rysunki są bardzo ogólne i nie wynikają z nich szczegółowe parametry urządzeń w zakresie ich ustawienia, wymiarów i sposobu mocowania do konstrukcji. Na tej podstawie nie można wykonać certyfikacji urządzeń ani systemu sterowania. Zamawiający nie przekazał projektów wykonawczych związanych z mechaniką sceniczną w zakresie, dla którego oczekuje przedstawienia wyżej wskazanych Certyfikatów. Brak projektów wykonawczych uniemożliwia wystąpienie i uzyskanie Certyfikatów, ponieważ Certyfikacja wyrobu składa się również ze sprawdzenia dokumentacji technicznej (wykonawczej) oraz badania wyrobu i ewentualnie sprawdzenia warunków organizacyjno - technicznych do prowadzenia produkcji certyfikowanego wyrobu. Tymczasem Zamawiający nie przekazał takiej dokumentacji uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W konsekwencji uzyskanie Certyfikatów nie jest możliwe bez dokumentacji technicznej dla certyfikowanego urządzenia. Dokumentacja techniczna powstanie na etapie realizacji udzielanego zamówienia.



Wobec powyższego Odwołujący wniósł o wykreślenie zapisu pkt. X.5.3 i 4 z treści SIWZ.

b) Zamawiający w pkt. X.5.2 SIWZ określił szereg wymagań zobowiązujących Odwołującego (wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego) do przedłożenia dokumentów dotyczących oferowanych foteli.

Katalog dokumentów wymaganych przez Zamawiającego wskazuje, że dokonany już został wybór fotela, którego dostarczenia oczekuje Zamawiający. Nie jest bowiem możliwe uzyskanie w czasie wyznaczonym na składanie ofert nie tylko modelu fotela (co samo w sobie jest już warunkiem utrudniającym konkurencję i wpływającym znacząco na koszty sporządzenia oferty) ale przede wszystkim:

- sprawozdania z badania wydzielania toksycznych produktów spalania i rozkładu materiałów wg normy PN-B 02855:1988, potwierdzający, że fotele są co najmniej umiarkowanie toksyczne,

Uzyskanie takiego certyfikatu to znaczne koszty, zrozumiałe do poniesienia w przypadku uzyskania zamówienia. Dodatkowo w czasie przeznaczonym na składanie ofert w praktyce nie jest możliwe uzyskanie wymaganego sprawozdania.

- raport z pomiarów akustycznych - dotyczy oferowanego fotela dla widowni. Tego rodzaju dokument sporządza się po ustaleniu z Inwestorem ostatecznego kształtu fotela - tymczasem na etapie poprzedzającym podpisanie umowy wymaganie tego rodzaju dokumentu nie ma merytorycznego znaczenia a jedynie wpływa na ograniczenie konkurencji.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikację zapisów SIWZ poprzez wprowadzenie wymogu przedstawienia dokumentów wskazanych w pkt. X.5.2. SIWZ w terminie do 30 dni od uzgodnienia z Zamawiającym i wykonawcą zamówienia ostatecznego kształtu foteli, które będą montowane w związku z realizacją umowy.

Ponadto w celu zapewnienia pełnej konkurencyjności wśród wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia Odwołujący wniósł o zmianę zapisów SIWZ zawartych w pkt. X.5.7. poprzez ich wykreślenie i wprowadzenie obowiązku przedstawienia próbki fotela w terminie do 30 dni od daty podpisania umowy.

c) *Opis przedmiotu zamówienia w zakresie dotyczącym zamawianych urządzeń oświetleniowych został sporządzony z naruszeniem przepisów określonych w art. 29 ust. 1 - ust. 3 ustawy PZP.*

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ podał definicję równoważności. Jednakże katalog wymagań w zakresie parametrów technicznych jest tak opracowany, iż

niemożliwym jest zaproponowanie urządzeń o identycznych parametrach technicznych (patrz: zapisy dotyczące równoważności zawarte w pkt. III na str. 3 SIWZ).

Zapisy SIWZ powodują, że jakakolwiek rozbieżność w parametrach technicznych interpretowana będzie przez Zamawiającego jako zaoferowanie urządzenia o gorszych parametrach, niezależnie od tego czy cały system będzie spełniał wymagania w zakresie celu do jakiego został zaprojektowany.

Odwołujący przekazał zestawienie urządzeń oświetleniowych wymaganych przez Zamawiającego wraz z porównaniem parametrów jakimi charakteryzują się urządzenia oferowane przez jednego dystrybutora (współpracującego i powiązanego z autorem dokumentacji projektowej) z urządzeniami firm konkurencyjnych (w tym Odwołującego), które poprzez zapisy SIWZ (w tym dokumentacji projektowej) nie mogą ubiegać się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Z treści zestawienie jednoznacznie wynika, że parametry urządzeń zostały w dokumentacji projektowej dobrane tak aby wyeliminować urządzenia konkurencyjnych producentów. Odwołujący podniósł, że urządzenia określone dokumentacją projektową znajdują się w wyłącznej dystrybucji jednego podmiotu. Określone wymogi nie są uzasadnione specyfiką miejsca realizacji zamówienia a ich dobór ma na celu wyłącznie ograniczenie konkurencji. Efekty techniczne założone przez Zamawiającego można bowiem uzyskać przy użyciu sprzętu innych producentów i przy zmodyfikowanych parametrach w stosunku do ściśle określonych w dokumentacji projektowej.

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie określił bowiem zakresu tolerancji jaką dopuszcza w stosunku do wskazanych (wymaganych) parametrów urządzeń. Tym samym nie jest możliwe złożenie konkurencyjnych ofert.

Odwołujący wniósł o zmodyfikowanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie zmian w zakresie wnioskowanym w załączonym do niniejszego odwołania zestawieniu. Ponadto Odwołujący wskazał, że zapisy SIWZ w zakresie równoważności stosowanych rozwiązań (pkt. III na str. 3 SIWZ) pozwalają Zamawiającemu na dowolne kształtowanie decyzji, czy zaoferowane urządzenia spełniają wymogi zawarte w opisie przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji treści SIWZ poprzez nakazanie wprowadzenia w dokumentacji projektowej dopuszczalnego zakresu tolerancji w odniesieniu do parametrów technicznych podanych w jej treści tak aby rzeczywiście możliwe było zaoferowanie urządzeń i rozwiązań równoważnych do wskazanych w treści dokumentacji projektowej.

d) opis przedmiotu zamówienia zawarty w pkt. 5.8.5. (zapis ujęty w pliku: ZL 212 AW Opis techniczny 09.pdf) narusza zasady opisu przedmiotu zamówienia wyrażone w art. 29 ust. 1-2 ustawy PZP.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający we wskazanym zapisie SIWZ zawarł wymóg, zgodnie z którym:

*„Na podstawie wyników poszczególnych badań główny projektant akustyki będzie wydawał zalecenia dotyczące sposobu dalszego wykonywania adaptacji akustycznej sali wielofunkcyjnej. W ramach tych zaleceń mogą pojawić się np. wytyczne dotyczące zmiany ilości poszczególnych typów ustrojów. Zamawiający zastrzega sobie prawo do wprowadzenia takich zmian bez dodatkowego wynagrodzenia. Wykonawca jest zobowiązany do takiego skalkulowania swojej oferty, aby uwzględniła ona wprowadzanie po pomiarach akustycznych wspomnianych powyżej zmian, co do wykonania adaptacji akustycznej.”*

Wskazany powyżej zapis pozostawia swobodę w kształtowaniu potrzeb odnoszących się do przedmiotu zamówienia już po upływie terminu składania ofert. Zamawiający pozostawia sobie otwarty katalog swoich oczekiwań zobowiązując Odwołującego (wykonawcę zamówienia) do uwzględnienia w cenie nieokreślonego zakresu zmian w zakresie przedmiotu zamówienia. Wskazany zapis, ponieważ wymaga ujęcia w cenie oferty, przedmiotu zamówienia nie objętego opisem przedmiotu zamówienia (dokumentacją projektową) w ocenie Odwołującego narusza art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołujący podniósł dodatkowo, że wskazany zapis preferuje w sposób niezgodny z przepisami ustawy PZP firmy powiązane z projektantem akustyki. Dodatkowo to projektant powinien ponosić odpowiedzialność za opracowanie projektowe a nie wykonawca który realizuje zamówienie według projektu.

W związku z powyższym Odwołujący zażądał dostosowania wyżej wskazanego wymogu do wymagań wynikających z przepisów ustawy PZP poprzez wykreślenie podkreślonego tekstu.

e) Zamawiający w treści SIWZ (patrz Dokumentacja projektowa branża akustyka ZL.212.EA opis techniczny na stronie 13) zapisał, że:

*„Realizacja zaprojektowanych elementów musi się odbywać pod ścisłym nadzorem autorskim projektantów. Inwestor i/lub Wykonawca są odpowiedzialni za zapewnienie takiego nadzoru. Wszelkie ewentualne modyfikacje rozwiązań zamieszczonych w niniejszej dokumentacji mogą być wprowadzone jedynie po uzyskaniu pisemnej akceptacji autorów projektu. Ostateczne decyzje dotyczące strojenia akustyki wnętrza, strojenia systemów elektroakustycznych, programowania systemów należą do projektanta. Inwestor i/lub*

Wykonawca są odpowiedzialni za zapewnienie udziału projektanta w pracach związanych z akustycznymi pomiarami kontrolnymi, strojeniem i odbiorem projektowanych rozwiązań”.

Podniesiono, że wskazany powyżej zapis uzależnia Odwołującego (wykonawcę zamówienia) od arbitralnie podejmowanych przez Inwestora decyzji w zakresie zapewnienia nadzoru autorskiego. W ocenie Odwołującego wskazany zapis narusza przepisy art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP. Odwołujący (wykonawca zamówienia) zobowiązany jest realizować przedmiot zamówienia na podstawie dokumentacji projektowej otrzymanej od Inwestora (Zamawiającego). To Zamawiający zawarł umowę o wykonanie dokumentacji projektowej, w której powinien zapewnić oczekiwany sposób realizacji nadzoru autorskiego (w tym w zakresie oceny zgodności realizacji robót z projektem - patrz: art. 20 ust. 1 pkt. 4 ustawy Prawo budowlane). Przenoszenie obowiązku zapewnienia nadzoru autorskiego na Odwołującego narusza zasady udzielania zamówień publicznych. Jeżeli Zamawiający chciał się zwolnić od obowiązków związanych z zapewnieniem nadzoru autorskiego miał taką możliwość udzielając zamówienia na opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie prac w niej przewidzianych (tj. w tak zwanym trybie „zaprojektuj i wybuduj”). Z takiej możliwości Zamawiający jednak nie skorzystał.

W konsekwencji Odwołujący zażądał wykreślenia podkreślonych zapisów.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, iż częściowo uznał zarzuty podniesione przez Odwołującego, pozostałe uznaje za bezzasadne i wnosi o ich oddalenie. Wobec uznanych zarzutów Zamawiający dokonał w dniu 16.06.2016 r. zmiany Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz przesunął termin składania ofert, zgodnie z art. 12a. ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia Zamawiający podkreślił, że wskazany warunek powstał w oparciu o przedmiot zamówienia opisany dokumentacją projektową oraz o jego wartość, określoną kosztorysami inwestorskimi, sporządzonymi odrębnie dla każdej z branż.

Zamawiający podkreślił, że opis warunków udziału w postępowaniu w pełni odpowiada przedmiotowi zamówienia - jego szczegółowemu zakresowi, jest także do niego proporcjonalny, zarówno pod względem skali wymogów, jak i minimalnych wartości wykonanych robót. Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia w sposób zapewniający wykonanie przedmiotowego zamówienia przez Wykonawcę posiadającego odpowiednią do przedmiotu zamówienia wiedzę i odpowiednie wcześniejsze doświadczenie.

Argumentowano następnie, że konieczne do spełnienia przez Wykonawcę warunki udziału w postępowaniu nie są nadmierne, tylko obiektywnie odpowiadające zamówieniu, a wszystkie określone parametry inwestycji, która zostanie przez Wykonawcę wykazana w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, składają się na obraz inwestycji analogicznej, zarówno w kwestii cech obiektu, stopnia złożoności zamówienia, zakresu wymienionych w wymogach branż, w jakich zrealizowano w obiekcie roboty, jak i kosztów robót w poszczególnych branżach. Postawiony przed oferentami warunek dotyczący posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia polega zatem na konieczności przedstawienia referencji z zakresu, który jest przedmiotem zamówienia, ponieważ zgodnie z dokumentacją techniczną, wszystkie technologie wymagane w zakresie referencyjnym mają zostać wykonane w ramach realizacji zamówienia, które stanowi przedmiot toczącego się postępowania przetargowego. Zarówno ilość osób na widowni jest zbliżona do 400 miejsc siedzących jak i mają być wykonane instalacje z zakresu oświetlenia technologicznego sceny, mechaniki scenicznej, elektroakustyki, adaptacji akustycznej oraz dostaw foteli widowni. Również ich wartość jest porównywalna do szacunkowej wartości zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest wyposażenie sali koncertowej, tym samym jest to zadanie wysoko specjalistyczne i jakość sali będzie efektem wielkiej ilości współdziałających systemów. Zamawiający przeznaczając na to zadanie wysoki jak na swoje możliwości budżet, chce posiadać już na etapie wyboru wykonawcy jak największą pewność, że zostanie on spożytkowany w sposób właściwy.

Podniesiono następnie, że Zamawiający formułując swoje oczekiwania w zakresie doświadczenia Oferentów nie dokonywał analizy zrealizowanych dotychczas obiektów na terenie Polski, a jedynie odniósł się do posiadanego opracowania projektowego zgodnego z jego założeniami funkcjonalnymi. Odwołujący w swoim zarzucie, nie powołał się na żadne opracowanie lub zestawienie podobnych realizacji wykonanych w Polsce w okresie ostatnich trzech lat, pragnąc aby Krajowa Izba Odwoławcza bazowała jedynie na jego deklaracji. Należy również wspomnieć, że Zamawiający nie ograniczył terytorialnie miejsca wykonania prac jedynie do terytorium Polski.

Wskazano, że Zamawiający, kierując się interesem publicznym polegającym na pozyskaniu wysokiej jakości dostaw i wykonanych prac w zakresie licznych, nowoczesnych, skomplikowanych technologii montowanych w tym samym czasie w tym samym obiekcie i chcąc zapewnić racjonalne wydatkowanie środków finansowych, dąży do ograniczenia ryzyka udzielenia zamówienia Wykonawcy, który nie jest zdolny do jego realizacji. W tym celu Zamawiający określa warunki, których łączne spełnienie zapewni, że ryzyko udzielenia zamówienia Wykonawcy niezdolnemu do jego realizacji będzie na poziomie niskim. Na

zasadzie prawdopodobieństwa: prawdopodobne jest, że w grupie Wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu znajdą się wykonawcy, którzy faktycznie nie będą w stanie zrealizować zamówienia. Również prawdopodobne jest, że w grupie Wykonawców niespełniających łącznie wszystkich wymogów Zamawiającego znajdzie się taki, który wykonałby zamówienie. Na przykład prawdopodobne jest, że Wykonawca nieposiadający ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na sumę ubezpieczenia wymaganą przez Zamawiającego, wykonałby to zamówienie. Nie oznacza to jednakże, że Zamawiający powinien zrezygnować z takiego wymagania. Zamawiający ma obowiązek tak skonkretyzować swoje wymagania, by zabezpieczyć należyte, sprawne, profesjonalne i staranne wykonanie zamówienia. W związku z tym nie można uznać za nadmierne oczekiwanie od Wykonawcy doświadczenia i wiedzy płynących z realizacji inwestycji określonej pod każdym względem adekwatnie do przedmiotu zamówienia. Odwrotnie - można by zarzucić Zamawiającemu niegospodarność, nienależytą staranność w przygotowaniu kosztownego postępowania o udzielenie zamówienia i uznać, że Zamawiający naruszył art. 22 ust. 4 Pzp określając warunki udziału w postępowaniu nieproporcjonalnie „lekką” do przedmiotu zamówienia, dopuszczając tym samym do udziału w postępowaniu Wykonawców niosących ze sobą ryzyko, którzy nigdy nie zrealizowali zamówienia o podobnym charakterze, podobnej skali, podobnej wartości albo zrealizowali tylko zamówienia fragmentaryczne, nie całościowe, dotyczące w danym obiekcie tylko niektórych spośród objętych przedmiotowym zamówieniem branż. Takie postępowanie mogłoby też narazić Zamawiającego na odpowiedzialność z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych.

Podniesiono także, że Zamawiający postawił wymagania aby Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadał doświadczenie w skoordynowanej realizacji systemów występujących w przedmiotowym zamówieniu. Stąd też racjonalne oczekiwanie Zamawiającego, iż Wykonawcy będą posiadali doświadczenie nie tylko z realizacji poszczególnych systemów o określonej wartości, ale także z realizacji tychże systemów w jednym obiekcie w tym samym czasie. Takie wymaganie wydatnie zmniejsza ryzyko powierzenia zamówienia Wykonawcy, który nie ma doświadczenia w koordynowaniu w jednym czasie i miejscu prac w zakresie akustyki wnętrza (w tym rozwiązań zmiennej akustyki), nagłośnienia, oświetlenia scenicznego, mechaniki i kinotechniki.

Wskazano następnie, że Zamawiający wychodząc naprzeciw zarzutom Odwołującego zdecydował zmodyfikować treść SIWZ, m.in. akceptując realizację poszczególnych składowych warunków wiedzy i doświadczenia w ramach odrębnych zamówień, co stanowiło

przedmiot zarzutu Odwołującego. Zmiana treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ została dokonana w dniu 16.06.2016r.

Odnosząc się do zarzutu, że Zamawiający żąda wykonania ustrojów akustycznych lub paneli akustycznych razem z elementami zmiennej akustyki, (zdaniem Odwołującego jest to warunek nadmierny), Zamawiający wyjaśnił że: warunek ten odnosi się do przedmiotu zamówienia, który obejmuje wykonanie aranżacji akustycznej poprzez ułożenie paneli akustycznych oraz wykonanie systemu zmiennej akustyki, służącego do bieżącego przestrojenia parametrów akustycznych sali. Dla Zamawiającego najważniejsze znaczenie ma fakt, żeby wykonawca wykazał się doświadczeniem w kreowaniu zmiennej akustyki sali, zbliżonej wielkością i wartościowo do sali, której aranżację akustyczną będzie musiał wykonać wykonawca, wyłoniony z postępowania przetargowego. Tym samym Zamawiający dał swobodę wykonawcom, pozwalając wykazać się doświadczeniem albo w kreowaniu zmiennej akustyki tylko poprzez zmechanizowanie elementów akustycznych albo tylko poprzez elektroakustyczny system zmiennej akustyki, albo poprzez połączenie obu tych sposobów. Należy podkreślić, że do wartości prac związanych z kreowaniem akustyki wraz z jej przestrajaniem, która to wartość znalazła się w warunku wiedzy i doświadczenia tj. kwota 1 200 000,00 zł, nie została wliczona szacunkowa wartość foteli.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji poprzez niewłaściwy opis przedmiotu zamówienia, podniesiono, że:

Zamawiający oczekuje na etapie składania ofert przedstawienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają określonym przez Zamawiającego wymogom, aby móc dokonać oceny, czy oferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia jest zgodny ze zobiektywizowanymi potrzebami Zamawiającego. Biorąc pod uwagę obowiązujący akt prawa wykonawczego tj. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, umożliwiające Zamawiającemu żądanie, na potwierdzenie, że oferowane w ramach dostawy urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ, w szczególności zaświadczenia niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli jakości potwierdzającego, że dostarczane produkty odpowiadają określonym normom lub specyfikacjom technicznym.

Zamawiający skorzystał z uprawnienia jakie daje mu w/w akt prawa i w toczącym się postępowaniu przetargowym postawił wymóg przedstawienia poniższych dokumentów:

1. Certyfikatu dla maszyn wykorzystywanych w systemie mechaniki górnej potwierdzający zgodność z Dyrektywą Maszynową 2006/42/WE, wydany przez akredytowaną jednostkę notyfikowaną;
2. Certyfikat potwierdzający, że oferowany system sterowania mechaniką sceniczną osiąga PFHD min.  $1 \times 10^{-7}$ , wydany przez niezależną jednostkę akredytowaną, zgodnie z PN EN 62061;

Żądanie Zamawiającego nie wynika z ograniczenia konkurencji lecz ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Wbrew opinii Odwołującego uzyskanie ww. dokumentów jest możliwe zarówno w określonym przez Zamawiającego zakresie, jak i czasie wyznaczonym na składanie ofert. Dostarczenie wraz z ofertą ww. dokumentów nie powinno zatem stanowić problemu dla Wykonawcy faktycznie działającego w branżach objętych przedmiotem zamówienia i zamierzającego złożyć ofertę odpowiadającą wymogom Zamawiającego, zgodną z dokumentacją projektową.

Oferent ma dostarczyć karty katalogowe urządzeń, które zamierza dostarczać na potwierdzenie, że oferowane urządzenia i rozwiązania spełniają minimalne wymagania specyfikacji, projektu. Dotyczy to wszystkich systemów będących przedmiotem postępowania tj. nagłośnieniowych, oświetleniowych oraz mechanicznych. Zamawiający oczekuje dostawy urządzeń i systemów spełniających postawione wymagania.

Zamawiający nie narzuca Oferentom szczegółowych rozwiązań technicznych. Zamieszczenie szczegółowych rysunków warsztatowych prowadziłoby do narzucenia konkretnego rozwiązania a tym samym powodowało ograniczenie konkurencji, Zamawiający dopuszcza w przypadku każdego z systemów w tym również systemu mechaniki realizowanie zadania przy zastosowaniu urządzeń istniejących na rynku europejskim, które to urządzenia posiadają swoje karty materiałowe oraz certyfikaty potwierdzające wyniki stosownych badań dotyczących różnych zagadnień jakościowych, funkcjonalnych, bezpieczeństwa.

Zamawiający zauważył ponadto, że:

1. Wymóg przedstawienia certyfikatu jednostki notyfikowanej dla maszyn oraz certyfikatu potwierdzającego określony poziom bezpieczeństwa wynika z tego, że Zamawiający oczekuje dostarczenia i uruchomienia urządzeń o odpowiedniej jakości. Przedstawiony poziom bezpieczeństwa jest typowy, gdy urządzenia mogą spowodować śmierć lub uraz wielu osób. Norma PN EN 615008 określa, że dla tego poziomu wysoce wskazane jest posiadanie potwierdzenia poziomu bezpieczeństwa przez jednostkę niezależną.



2. Wymóg przedstawienia certyfikatu jednostki notyfikowanej nie ogranicza zasad przepisów ustawy Pzp w zakresie uczciwej konkurencji gdyż każda firma ma możliwość uzyskania certyfikatu. Jednostka wydająca certyfikat jest niezależna, postępowanie przetargowe toczy się w przestrzeni Unii Europejskiej gdzie podmiotów posługujących się urządzeniami certyfikowanymi jest bardzo wiele.
3. Sposób oceny zgodności urządzenia z Dyrektywą Maszynową to procedura rozbudowana i skomplikowana. Nie do wykonania na budowie czy to przez Inspektora Nadzoru, czy też przez nawet bardzo doświadczonego specjalistę. Zasady konstrukcji podporządkowane winny być Dyrektywie Maszynowej a nie Prawu Budowlanemu, którego przestrzegania strzeże Inspektor Nadzoru.

Żądanie Zamawiającego przedłożenia dokumentów dotyczących oferowanych foteli oprócz tego, że wynika z uprawnienia jakie daje rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane to wynika także z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. § 261 pkt 1) wskazanego rozporządzenia jednoznacznie określa, że pomieszczenia, przeznaczone do jednoczesnego przebywania ponad 200 osób dorosłych lub 100 dzieci, w których miejsca do siedzenia są ustawione w rzędach, powinny posiadać fotele i inne siedziska trudno zapalne odpowiadające wymaganiom Polskiej Normy dotyczącej oceny zapalności mebli tapicerowanych oraz niewydzielające produktów rozkładu i spalania, określonych jako bardzo toksyczne, zgodnie z Polską Normą dotyczącą badań wydzielania produktów toksycznych. W załączniku nr 1 do w/w rozporządzenia wskazano normę PN  
B 02855:1988 jako metodę badania wydzielania toksycznych produktów rozkładu i spalania materiałów.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wskazał, iż należy przyjąć, że każdy producent foteli zobowiązany jest posiadać sprawozdanie z badania wydzielania toksycznych produktów spalania i rozkładu materiałów wg normy PN - B 02855:1988, potwierdzające, że fotele są co najmniej umiarkowanie toksyczne, gdyż jest to wymóg określony przez przepisy prawa powszechnie obowiązującego.

Akredytowaną jednostką badawczą posiadającą uprawnienia do wydawania powyższego sprawozdania jest m.in. Zachodniopomorski Uniwersytet Technologiczny w Szczecinie, Czas potrzebny na przeprowadzenie badania i sporządzenie sprawozdania to ok. 2 tygodnie. W związku z tym, że postępowanie przetargowe zostało ogłoszone 30 maja br.,

a oferty należało złożyć do dnia 22 czerwca br., po przesunięciu terminu składania ofert, termin ten został wydłużony aż do dnia 11,07.2016r. należy przyjąć że Wykonawca ma odpowiednią ilość czasu na przeprowadzenie badania, nawet w przypadku jeśli zamierza zaoferować nową konstrukcję fotela przygotowaną specjalnie na potrzeby przedmiotowego postępowania.

Zamawiający podniósł ponadto, że koszt badania fotela pod kątem wydzielania toksycznych produktów spalania i rozkładu materiałów to ok. 4500 zł brutto. Biorąc pod uwagę fakt, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia wyższej od kwot określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, kwota 4500 zł brutto nie jest znacznym kosztem.

Argumentowano również, że w trosce o zapewnienie odpowiedniej jakości, ergonomii i walorów estetycznych foteli, Zamawiający ma prawo żądać na etapie postępowania przetargowego o przedstawienie rozwiązania, które Wykonawca chce zastosować podczas realizacji inwestycji. W tym celu Zamawiający żąda złożenia próbki oferowanego fotela do oferty. Nie sposób się zgodzić z Odwołującym, że jest to warunek nadmierny lecz praktykowany przez Zamawiających standard.

Podsumowując kwestie żądania dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający nie uznał podniesionych w Odwołaniu zarzutów i nie dokonał zmiany w tym zakresie.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie urządzeń oświetleniowych został sporządzony z naruszeniem art. 29 ust 1-3 ustawy Pzp podniesiono, iż Zamawiający tak opisał przedmiot zamówienia aby dopuścić jako równoważne produkty o parametrach jakościowych i cechach użytkowych co najmniej na poziomie parametrów wskazanych w SIWZ urządzeń. Odwołujący w swojej analizie urządzeń oświetleniowych oparł się jedynie na urządzeniach ze swojej oferty dystrybucyjnej, nie dokonując rzetelnego porównania innych urządzeń dostępnych na rynku. Nie jest zatem prawdą, iż Zamawiający nie dopuszcza produktów o parametrach jakkolwiek rozbieżnych z parametrami technicznymi produktów scharakteryzowanych przez Zamawiającego. Niemniej jednak Zamawiający przeanalizował opis systemu oświetlenia i dokonał modyfikacji parametrów opisujących urządzenia oświetleniowe.

Zmieniony opis urządzeń oświetleniowych został zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 16.06.2016 r.

W kwestii zarzutów Odwołującego dotyczących opisu przedmiotu zamówienia zawartego w dokumentacji projektowej akustyki wnętrz, wyjaśniono, że Zamawiający określił

potrzeby odnoszące się do przedmiotu zamówienia, między innymi w zakresie procesu przyszłego strojenia akustycznego obiektu. Zamawiający określił zakres strojenia akustycznego i polecił Wykonawcom skalkulowanie w swoich ofertach kosztów z tego wynikających.

Wskazano, że strojenie akustyczne obiektu o specyfice obiektu, dla którego realizowane będzie zamówienie, jest procedurą standardową i celową dla osiągnięcia oczekiwanych parametrów akustycznych wnętrza. Zgodnie z art. 29 ust. 1. Pzp Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, informując o możliwych zmianach w elemencie robót wynikających ze strojenia akustycznego.

Dla Zamawiającego oczywistym jest fakt, że jego obowiązkiem jest niezrozumiałe i nieprecyzyjne zapisy SIWZ wyjaśnić i doprecyzować, aby wykonawcy złożyli jak najlepsze oferty, a tym samym żeby sprawnie przeprowadzić etap realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający przychylił się do zarzutów Odwołującego w tym zakresie i udzielił dodatkowych wyjaśnień i odpowiedzi rozwiewających potencjalne wątpliwości dotyczące sposobu strojenia akustycznego sali i związanych z tym ewentualnych zmian w sposobie wykonania ustrojów akustycznych. Tym samym Zamawiający zamknął katalog możliwych modyfikacji i określił precyzyjnie sposób postępowania w ramach procedury. Koniecznym jest nadmienienie, że procedura strojenia akustycznego pozwala m.in. na uniemożliwienie pogorszenia walorów akustycznych sali wynikających np. z niedokładności wykonania prac przez Wykonawcę.

W dokonanej modyfikacji SIWZ Zamawiający wyjaśnił również wątpliwości Odwołującego dotyczące zapewnienia nadzoru autorskiego. Poinformowani zostali wszyscy potencjalni Oferenci, że za zapewnienie nadzoru autorskiego odpowiedzialny jest Inwestor.

Reasumując, Zamawiający wychodząc naprzeciw oczekiwaniom Odwołującego częściowo uznał zarzuty za zasadne, dokonał zmiany ogłoszenia i zmiany treści SIWZ. W pozostałym zakresie zarzuty Odwołującego są bezzasadne i zasługują na oddalenie.

Ponadto Zamawiający podkreślił, że wszelkie wątpliwości Wykonawców wynikłe w trakcie trwającego postępowania przetargowego, odzwierciedlone w pytaniach o wyjaśnienie treści SIWZ są przez Zamawiającego sprawdzane i na bieżąco wyjaśniane. Zamawiający na każdym etapie postępowania deklaruje swoją przychylność i równe traktowanie Wykonawców. Warto wspomnieć, że po zamieszczeniu przez Zamawiającego zmiany treści SIWZ, Odwołujący w trybie art. 38 ustawy Pzp zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Pomimo, że termin na zadawanie pytań upłynął, Zamawiający jest świadomy wątpliwości wykonawców i trudności związanych z przygotowaniem oferty obejmującej tak obszerny zakres prac, odpowiedzi na te pytania zostały przygotowane i zostaną zamieszczone na stronie internetowej.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili: 1) Konsbud-Audio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie; 2) Firma Producentka G.&S. Sp. j. z siedzibą w Krakowie. Izba na posiedzeniu stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. podmioty do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników. Przystępujący popierali stanowisko Odwołującego.

Na posiedzeniu Zamawiający podniósł, że zgłaszający przystąpienia nie wykazali interesu w przystąpieniu po stronie Odwołującego. Jednocześnie, Zamawiający pozostawił tę kwestię uznaniu Izby. Formalnie, w ocenie Izby, Zamawiający pomimo pozostawienia powyższego uznaniu Izby, zgłosił opozycję, która musiała zostać oceniona przez Izbę.

Izba nie uwzględniła wniesionej opozycji. W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 185 ust. 4 Pzp, Izba uwzględni opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddała opozycję. Wnoszący opozycję musi więc uprawdopodobnić swoje twierdzenie o braku interesu wykonawcy zgłaszającego przystąpienia. Samo postawienie tezy o braku interesu nie wypełnia przesłanki uprawdopodobnienia. Niezależnie od tego, zgłaszający przystąpienie, w ocenie Izby, wykazali posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego. Wniesione odwołanie dotyczy treści specyfikacji, w tym kwestii warunkujących możliwość udziału

w postępowaniu. Zgłaszający przystąpienie posiadali niewątpliwie interes w tym, by uzyskać rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, gdyż pozytywny dla Odwołującego wynik sprawy mógł oddziaływać także na ich sytuację, m.in. w kontekście warunków udziału w postępowaniu.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z

art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutów odnoszących się warunku wiedzy i doświadczenia (pkt IX pkt 1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W pozostały zakresie zarzuty odwołania podlegały oddaleniu.**

Przedmiotem zamówienia jest wyposażenie sali koncertowej mieszczącej się w Miejskiej Szkole Artystycznej w szczególności w zakresie:

- elektroakustyki;
- oświetlenia;
- mechaniki sceny;
- kinotechniki;
- zmiennej akustyki;
- foteli;
- wykończenia wnętrza sali koncertowej w zakresie aranżacji akustycznej;
- wykonanie estrady, podłogi podniesionej pod widownię.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja projektowa, w skład której wchodzi:

1. projekt wykonawczy technologii sceny opracowany przez Pana T. P. Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR, ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno-Zalesie;
2. projekt wykonawczy systemu kinowej projekcji filmowej opracowany przez Pana K. K. Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR, ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno-Zalesie;
3. projekt wykonawczy technologii sceny oświetlenie technologiczne sceny opracowany przez Pana T. Z. Przedsiębiorstwo Specjalistyczne TEATR, ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno-Zalesie;
4. dokumentacja projektowa w branży elektroakustyka, system regulacji czasu, pogłosu, pogląd wideo opracowany przez Pana P. K. Pracownia Akustyczna, ul. Opolska 140, 52-014 Wrocław;
5. dokumentacja projektowa w branży akustyka wnętrz, ochrona przeciwdźwiękowa opracowany przez Pana P. K. Pracownia Akustyczna, ul. Opolska 140, 52-014 Wrocław;

oraz STWiORy i przedmiary: oświetlenie technologiczne sceny, mechanika sceny, system kinowej projekcji, elektroakustyka, akustyka wnętrz, roboty budowlane.

(pkt III SIWZ).

Szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 5.508.562,78 zł netto.

Wartość wyszacowano na podstawie kosztorysów inwestorskich dla:

- 1) mechaniki sceny – 455.549,00 zł;
- 2) oświetlenia technologicznego – 1.163.481,82 zł;
- 3) system kinowej projekcji filmowej – 464.550,00 zł;
- 4) elektroakustyka, nagłośnienie kinowe, system regulacji czasu pogłosu, pogląd wideo, elektryka – 1.923.048,14 zł;
- 5) akustyka wnętrz – 1.188.533,69 zł;
- 6) roboty budowlane – 313.400,13 zł.

(wniosek o zatwierdzenie trybu przetargu z dnia 25 maja 2016 r. z załącznikami).

W Opracowaniu dokumentacji projektowej w zakresie akustyki wnętrz, zamiennej akustyki, elektroakustyki i elementów ochrony przeciwdźwiękowej dla Sali koncertowej Miejskiej Szkoły Artystycznej w Mińsku Mazowieckim w pkt 5.3 podano:

„Liczba zastosowanych foteli w Sali koncertowej:

- 413 w tym:
  - 382 – główna część widowni (w tym 6 krzeseł demontowanych)
  - 18 + 13 – balkony.”

W Warunkach udziału w postępowaniu oraz opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (pkt IX SIWZ), Zamawiający w ramach warunku wiedzy i doświadczenia wskazał pierwotnie, że:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, główne dostawy polegające na wykonaniu dla potrzeb instalacji stałych w obiekcie wymienionym w dziale: 12 grupie: 126 klasa: 1261 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (np. domy kultury, teatry, opery) o ilości stałych miejsc na jednej widowni co najmniej 400, co najmniej 1 robotę polegającą na kompleksowym wykonaniu lub modernizacji, polegającą na dostawie i montażu urządzeń mechanicznych sceny z wykorzystaniem falowników wektorowych o wartości minimum 500.000,00 zł brutto, dostawie i montażu urządzeń i instalacji oświetlenia technologicznego o wartości minimum 1.200.000,00 zł brutto, dostawie i montażu urządzeń i instalacji

*profesjonalnego nagłośnienia o wartości minimum 1.200.000,00 zł brutto, dostawie i montażu profesjonalnego systemu kinowego o wartości minimum 500.000,00 zł brutto, kompleksowym wykonaniu specjalistycznych robót poprawiających lub zapewniających parametry akustyczne budynku, w tym obejmujących łącznie wykonanie montażu ustrojów akustycznych lub paneli akustycznych w tym elementów zmiennej akustyki o wartości minimum 1.200.000,00 zł brutto, popartą dokumentem potwierdzającym, że roboty i dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

*Zamawiający nie uzna spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, jeśli poszczególne elementy technologiczne były wykonywane na innych inwestycjach lub w ramach odrębnych zamówień. Zamawiający zamierza powierzyć zamówienie Wykonawcy posiadającemu doświadczenie w kompleksowym wykonywaniu robót specjalistycznych w jednym obiekcie w ramach jednego zamówienia. Przez roboty specjalistyczne Zamawiający rozumie komplet skoordynowanych działań w zakresie mechaniki scenicznej, oświetlenia scenicznego, wyposażenia technologicznego, nagłośnienia oraz adaptacji akustycznej i elementów zmiennej akustyki przeprowadzonych w sposób zapewniający osiągnięcie zakładanych efektów akustycznych i technologicznych, co będzie zależęć od kompleksowego wykonania wszystkich elementów objętych warunkiem udziału w postępowaniu.*

*Zamawiający nie oczekuje od Wykonawcy doświadczenia w realizacji robót budowlanych. Jeżeli Wykonawca wykaże się zrealizowaniem w ramach jednego zamówienia (nie posiadającego sklasyfikowania, jako roboty budowlane) polegającego na dostawie, montażu i uruchomieniu wszystkich elementów technologicznych i akustycznych wymaganych w opisie warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia to Zamawiający uzna doświadczenie Wykonawcy za spełniające postawiony wymóg”.*

W dniu 16 czerwca 2016 r. Zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ, wskazując, że:  
*„W związku z wniesionym przez Wykonawcę odwołaniem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający dokonuje następujących zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia:*

- 1. warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia otrzymuje brzmienie:*

*„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, główne dostawy polegające na wykonaniu dla potrzeb instalacji stałych w obiekcie wymienionym w dziale: 12 grupie: 126*

*klasa: 1261 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (np. domy kultury, teatry, opery) o ilości stałych miejsc na jednej widowni co najmniej 400, co najmniej 1 robotę polegającą na kompleksowym wykonaniu lub modernizacji, polegającą na:*

- dostawie i montażu urządzeń mechanicznych sceny wraz z wykonaniem instalacji dla urządzeń napędowych sceny z wykorzystaniem falowników wektorowych o wartości minimum 500 000 PLN brutto,*
- dostawie i montażu urządzeń i instalacji oświetlenia technologicznego o wartości minimum 1 200 000 PLN brutto,*
- dostawie i montażu urządzeń i instalacji profesjonalnego nagłośnienia o wartości minimum 1 200 000 PLN brutto,*
- dostawie i montażu profesjonalnego systemu kinowego o wartości minimum 400 000 PLN brutto,*
- wykonaniu specjalistycznych robót związanych bezpośrednio z kreowaniem akustyki wnętrza, w tym obejmujących wykonanie systemów służących do zmieniania akustyki o wartości minimum 1 200 000 PLN brutto,*

*popartą dokumentem potwierdzającym, że roboty i dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.*

*Zamawiający nie uzna spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia jeśli poszczególne elementy technologiczne były wykonywane na innych inwestycjach.*

*Zamawiający uzna spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia jeśli kolejne elementy technologiczne były wykonywane w ramach odrębnych zamówień jeśli wartości każdego zlecenia obejmują minimum całość wymaganej powyżej wartości dla poszczególnych systemów/technologii. Zamawiający zamierza powierzyć zamówienie Wykonawcy posiadającemu doświadczenie w kompleksowym i skoordynowanym wykonywaniu robót specjalistycznych w jednym obiekcie w tym samym czasie. Przez roboty specjalistyczne Zamawiający rozumie komplet skoordynowanych działań w zakresie mechaniki scenicznej, oświetlenia technologicznego, nagłośnienia, kinotechniki oraz elementów bezpośrednio kreujących akustykę w tym systemów służących do zmieniania akustyki przeprowadzonych w sposób zapewniający osiągnięcie zakładanych efektów akustycznych i technologicznych, co będzie zależęć od kompleksowego wykonania wszystkich elementów objętych warunkiem udziału w postępowaniu.*

*Ocena spełniania warunku nastąpi na podstawie załączonego do oferty Wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych dostaw wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz*



*z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.*

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – gdyż opracował warunki udziału w postępowaniu w sposób dyskryminujący wykonawców, którzy nie realizowali subiektywnie dobranego przez Zamawiającego zakresu uprzednio wykonanych zamówień, dobierając warunek udziału w sposób nie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, oraz naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp – z uwagi na ustalenie warunków niezwiązanych z opisem przedmiotu zamówienia oraz nie proporcjonalnych do przedmiotu zamówienia.

Istota zarzutów i żądań nie sprowadzała się do tego, że poszczególne elementy technologiczne, zawarte w treści warunku, nie są związane z przedmiotem zamówienia, ale dotyczyła tego, że Zamawiający skonstruował warunek w taki sposób, że wszystkie elementy technologiczne musiały zostać wykonane łącznie w ramach jednego zamówienia (realizacja wszystkich systemów w jednym obiekcie w tym samym czasie).

Powyższemu kierunkowi zarzutów odpowiadają żądania postawione przez Odwołującego, który w uzasadnieniu odwołania podnosił m.in. że usunięcie niezgodności SIWZ umożliwi wzięcie udziału w postępowaniu podmiotom, które dotychczas zrealizowały pełen zakres dostaw objętych przedmiotem udzielanego zamówienia. Odwołujący nie kwestionował więc, co do zasady, związania poszczególnych elementów technologicznych z przedmiotem zamówienia, lecz swoje zarzuty opierał na twierdzeniu, że wymaganie, by wszystkie te elementy musiały zostać wykonane w ramach jednego zamówienia (a więc, że tylko wykonawca, który wykonywał je wszystkie na jednej inwestycji może być uznawany za posiadającego wymaganą wiedzę i doświadczenie) jest nadmierne i nie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Niezwiązanie z przedmiotem zamówienia Odwołujący podnosił w zasadzie tylko w zakresie warunku opatrzonego w odwołaniu literą e) – wymóg dotyczący wykonania m.in. montażu ustrojów akustycznych lub paneli akustycznych w tym elementach zmiennej akustyki – podnosząc, że zakres udzielanego zamówienia nie przewiduje zmiennej akustyki realizowanej poprzez zmianę położenia ustrojów akustycznych. W zakresie tego wymogu nastąpiła modyfikacja treści SIWZ, co jednak istotne dla orzekania w tej sprawie Odwołujący na rozprawie wycofał się z żądania wykreślenia tego wymogu wskazując, że: *„istotą sporu jest konieczność wykonania wszystkich branż na jednej inwestycji. W przypadku odejścia od tego odwołujący zgadza się z modyfikacją, jaką wprowadził zamawiający w literze e”* (vide: protokół z rozprawy).

Istotą sporu było więc skonstruowanie wymogu wykonania wszystkich elementów technologicznych na jednej inwestycji, a nie, że poszczególne elementy technologiczne, opis tych elementów, ich wartość, nie są związane z przedmiotem zamówienia – tego rodzaju twierdzeń Odwołujący nie podnosił w uzasadnieniu odwołania, ani nie dowodził na rozprawie. Pozostawało to tym samym poza zakresem rozpoznania, gdyż Izba związana jest w orzekaniu zakresem zarzutów, a zakres ten wyznaczają z kolei okoliczności faktyczne przywołane

w podstawie zarzutów – te zaś sprowadzały się do kwestii wymagania, by wszystkie elementy technologiczne były wykonane na jednej inwestycji.

Izba nie uznała jednocześnie, by modyfikacje wprowadzone przez Zamawiającego czyniły spór bezprzedmiotowym. Pomimo zastrzeżenia w piśmie modyfikującym treść specyfikacji, że wprowadzane zmiany mają związek z wniesionym odwołaniem, jak również pomimo tezy podniesionej w odpowiedzi na odwołanie, że sposób dokonanej modyfikacji odpowiada zarzutowi Odwołującego, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że w kontekście istoty zarzutów odwołania i żądań (które dotyczyły tego, by spełnienie warunku było możliwe poprzez wykazanie się wykonaniem łącznego zakresu dostaw w ramach dwóch odrębnych zamówień, tj. dwóch odrębnych inwestycji) zmiany wprowadzone przez Zamawiającego miały charakter pozorny, gdyż *de facto* w żaden sposób nie eliminowały istoty kwestionowanego przez Odwołującego obostrzenia związanego z koniecznością wykonania wszystkich elementów technologicznych w ramach jednej inwestycji (jednego zamówienia). Zamawiający w modyfikacji zastrzegł bowiem, że nie uzna spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia jeśli poszczególne elementy technologiczne były wykonywane na innych inwestycjach.

W ocenie Izby zarzuty dotyczące opisu warunku wiedzy i doświadczenia zasługiwały na uwzględnienie. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko i argumentację Odwołującego, w szczególności to, że przyjęty opis warunku udziału w postępowaniu jest nadmierny. Nie został tym samym zachowany wymóg proporcjonalności, o którym stanowi art. 22 ust. 4 Pzp. Zgodnie z tym przepisem *„Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia”*.

Analiza dokumentacji postępowania prowadzi do wniosku, że warunek udziału w postępowaniu został wyznaczony wprost według tego, co składa się na opis przedmiotu zamówienia. Samo porównanie opisu poszczególnych elementów technologicznych i akustycznych oraz ich kwot z dokumentacją techniczną Zamawiającego i wyceną poszczególnych elementów pokazuje, że cały przedmiot zamówienia, w tym jego wartość

został w istocie przeniesiony do treści warunku udziału w postępowaniu – przykładowo: szacunki Zamawiającego w zakresie mechaniki sceny – 455,549,00 zł netto, warunek instalacji dla urządzeń napędowych sceny o wartości minimum 500.000,00 zł brutto; szacunki Zamawiającego dla oświetlenia technologicznego – 1.163.481,82 zł netto, warunek dostawy

i montażu urządzeń i instalacji oświetlenia technologicznego o wartości minimum 1.200.000,00 zł brutto; szacunki Zamawiającego w zakresie systemu kinowej projekcji filmowej – 464.550 zł netto, warunek dostawy i montażu profesjonalnego systemu kinowego o wartości minimum 500.000,00 zł brutto; szacunki Zamawiającego dla akustyki wnętrz – 1.188.533,69 zł netto, warunek kompleksowego wykonania specjalistycznych robót poprawiających lub zapewniających parametry akustyczne budynku o wartości minimum 1.200.000,00 zł brutto. Warto przy tym wskazać, że Zamawiający nie żądał doświadczenia w realizacji robót budowlanych. Dla pozostałej, przeważającej części, stanowiącej istotę przedmiotu zamówienia, została dopasowana treść warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający nie kwestionował, w ocenie Izby, że opis warunku udziału w postępowaniu stanowi odzwierciedlenie przedmiotu zamówienia. Zamawiający uczynił wręcz tą okoliczność podstawą swojej argumentacji wskazując w odpowiedzi na odwołanie m.in., że: *„Opis warunków udziału w postępowaniu w pełni odpowiada przedmiotowi zamówienia – jego szczegółowemu zakresowi, jest także do niego proporcjonalny zarówno pod względem skali wymogów, jak i minimalnych wartości wykonanych robót”*; *„wszystkie określone parametry inwestycji, która zostanie przez Wykonawcę wykazania w celu potwierdzenia spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, składają się na obraz inwestycji analogicznej, zarówno w kwestii cech obiektu, stopnia złożoności zamówienia, zakresu wymienionych w wymogach branż, w jakich zrealizowano w obiekcie roboty, jak i kosztów robót w poszczególnych branżach”*; *„Postawiony przez oferentami warunek dotyczący posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia polega zatem na konieczności przedstawienia referencji z zakresu, który jest przedmiotem zamówienia”*.

W ocenie Izby, Zamawiający w opisie warunku, oraz w swoim stanowisku, dał jednoznaczny wyraz temu, że tylko wykonawca realizujący inwestycję analogiczną, w tym analogiczną, co do całego przedmiotu zamówienia czy wartości prac składających się na ten przedmiot, jest dla Zamawiającego wykonawcą, który może podjąć się realizacji tego zamówienia dając jednocześnie gwarancję należytego wykonania zamówienia. W istocie, zdaniem Izby, Zamawiający zrównał warunek wiedzy i doświadczenia z przedmiotem tego zamówienia – innymi słowy Zamawiający dopuszczał tylko takiego wykonawcę, który

przedmiot zamówienia analogiczny do przedmiotu tego zamówienia wykonał już wcześniej i to w ramach jednej inwestycji i z uwzględnieniem wszystkich elementów technologicznych.

Izba nie kwestionuje tego, że wszystkie wyspecyfikowane elementy technologiczne są związane z przedmiotem zamówienia, nie było to podnoszone i dowodzone przez Odwołującego. Niemniej jednak nie została zachowana zasada proporcjonalności. W orzecznictwie Izby podkreśla się, że nie można mówić, by warunek był proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, gdy w istocie jest to warunek wprost powielający przedmiot zamówienia. Nie chodzi bowiem o to, by wykonawca musiał się legitymować wykonaniem takiej samej inwestycji, jak ta objęta przedmiotem zamówienia – takie podejście ogranicza bowiem w sposób niezasadny konkurencję, gdyż wykonawcy posiadający zbliżone doświadczenie, posiadający możliwość należytego wykonania całości zamówienia, byliby eliminowani z postępowania tylko dlatego, że nie mają w swoim portfolio inwestycji tożsamej czy analogicznej do inwestycji objętej danym zamówieniem.

W wyroku z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1431/15, Izba wskazała m.in., że *„Opis warunku nie musi być identyczny z przedmiotem zamówienia, gdyż ma jedynie wykazywać z nim związek, a ponadto powinien być proporcjonalny, co oznacza, że nie może być nadmierny, czyli wykluczać wykonawcę zdolnego do wykonania zamówienia”*.

W wyroku z dnia 30 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2075/14, Izba wyraziła ocenę, iż: *„Przepis art. 22 ust. 4 p.z.p. brzmi "Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 (m.in. posiadania wiedzy i doświadczenia), powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia". Ustawodawca dozwala do żądania wykazania wykonania nie takiego samego przedmiotu, ale jedynie wykazania wykonania przedmiotu związanego z przedmiotem zamówienia”*.

W wyroku z dnia 14 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2273/14, Izba wskazała, że: *„Niewłaściwym jest wymaganie doświadczenia w realizacji zamówienia tożsamego z tym, które opisane zostało w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Jak to stanowi art. 22 ust. 5 p.z.p. warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia służyć mają weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia, nie stanowią jednak elementu opisu przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia i jego opis może stanowić dla nich punkt odniesienia w celu zbadania, czy nie zostały przez zamawiającego określone w sposób nadmiernie rygorystyczny - zbadania, czy są, jak to stanowi art. 22 ust. 4 p.z.p., do niego proporcjonalne”*.

W tożsamym kierunku Izba wypowiedziała się w uchwale z dnia 3 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO/KD 30/15, gdzie wyrażono stanowisko, iż: *„Zgodnie z art. 22 ust. 4 p.z.p. opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem*

*zamówienia i być proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność należy rozumieć przy tym, jako zakaz ustanowienia wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Dlatego też sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga wyważenia z jednej strony uzasadnionych potrzeb zamawiającego, z drugiej zaś umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców. Postawiony przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ma być miernikiem tego, czy dany wykonawca wykona w sposób prawidłowy przedmiotowe zamówienie. Nie oznacza to przy tym, że zamówienie, którym ma się legitymować, ma być tożsame z przedmiotem zamówienia. Zamówienie to ma potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, a więc obejmować takie elementy, które są istotne dla ustalenia czy wykonawca posiada odpowiednie doświadczenie”.*

W ocenie składu orzekającego Izby, po to ustawodawca wprowadził wymóg proporcjonalności, by zamawiający w sposób wyważony stawiali granicę w zakresie wiedzy i doświadczenia niezbędnej do wykonania zamówienia, a nie po to, by dopuszczać tylko takiego wykonawcę, który wykonał wcześniej analogiczną, taką samą, inwestycję. Jest to szczególnie widoczne w tej sprawie, gdzie przedmiot zamówienia jest wysoce specjalistyczny i już z racji tego faktu ilość potencjalnych oferentów ulega znacznemu zawężeniu.

Odwołujący wykazywał, jak trudno jest znaleźć na rynku wykonawcę, który spełniałby warunek opisany przez Zamawiającego – w kontekście dopuszczenia do zamówienia tylko wykonawcy legitymującego się wykonaniem określonych elementów technologicznych w jednym zamówieniu (jednej inwestycji). Odwołujący złożył zestawienie, w którym wyspecyfikowano szereg zamówień wraz z odniesieniem do poszczególnych elementów objętych niniejszym zamówieniem. Izba uznała wartość dowodową przedmiotowego zestawienia. Izba, podobnie jak Odwołujący, dostrzega i podziela stanowisko wskazujące, iż wszystkie elementy zamówienia, na rynku, występują jednocześnie bardzo rzadko, a co za tym idzie jednoczesność, przy której obstawał Zamawiający, zawęży w sposób drastyczny krąg potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Dostrzegając wykazywane przez Odwołującego trudności w znalezieniu wykonawcy, który może wykazać się zrealizowaniem wszystkich elementów w jednym obiekcie w tym samym czasie, Izba wskazuje jednocześnie, że kwestie te – choć istotne – nie były w ocenie Izby najistotniejsze dla kierunku wydanego rozstrzygnięcia, gdyż kluczowym jest to, że Zamawiający przełożył, w zasadzie w stosunku 1 do 1, przedmiot zamówienia na treść warunku udziału w postępowaniu.

Na rozprawie Zamawiający wskazał m.in., że: *„Fakt jest taki, iż nie ma w tym kraju firmy, która samodzielnie jest w stanie wykonać to zamówienie, tak więc nie można twierdzić, że możliwość stworzenia konsorcjum niczego nie zmienia”* (vide: protokół z rozprawy). W odpowiedzi na odwołanie argumentowano natomiast, że: *„Zamawiający formułując swoje oczekiwania w zakresie doświadczenia Oferentów nie dokonywał analizy zrealizowanych dotychczas obiektów na terenie Polski”*. Ze stanowiska prezentowanego na rozprawie wynika, że Zamawiający ma świadomość, iż w praktyce żaden samodzielny wykonawca nie może wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a dla utworzenia sobie możliwości uczestnictwa w postępowaniu niezbędne jest współdziałanie w ramach konsorcjum. Odwołujący trafnie argumentował, że z prawnej możliwości tworzenia konsorcjum nie można czynić uzasadnienia dla tak rygorystycznego opisu warunku udziału w postępowaniu. Co jednak istotne, to w ocenie Izby, argumentacja Zamawiającego wskazana na rozprawie, nakazywała wniosek, iż Zamawiający dostrzega, iż jedynie wąski krąg podmiotów, działających w dodatku w formie konsorcjum, będzie uprawniony do ubiegania się o niniejsze zamówienie. W świetle także tej okoliczności, Izba dokonywała oceny, czy wymóg jednoczesności, przy którym obstawał Zamawiający (a więc realizacji wszystkich elementów na jednej inwestycji, jednym zamówieniu – na jednym obiekcie, w tym samym czasie) jest zastrzeżeniem czyniącym zadość zasadzie proporcjonalności opisu warunku udziału

w postępowaniu. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie, gdzie już z uwagi na wysoce specjalistyczny charakter zamówienia, krąg potencjalnych oferentów zostaje drastycznie zawężony, poczynione przez Zamawiającego zastrzeżenie nie znajduje rzeczowego uzasadnienia i w sposób nadmierny ogranicza konkurencję w postępowaniu.

Należy następnie zauważyć, że Odwołujący wskazał w odwołaniu, że w okresie ostatnich trzech lat łączne zlecenie (w ramach jednego zamówienia) wykonania wszystkich wymaganych elementów nastąpiło tylko jeden raz. Zamawiający nie podważył w sposób jednoznaczny tej tezy. W zakresie omawianego zarzutu to Zamawiającego obciążał ciężar dowodowy wykazania, że postawiony warunek udziału w postępowaniu, w szczególności wymóg jednoczesności, jest wymogiem proporcjonalnym. W ocenie Izby Zamawiający nie przedstawił dowodów, ani przekonujących argumentów na rzecz obrony swojego stanowiska. W szczególności, Zamawiający nie wykazał, dlaczego wykonawca, który jest w stanie wykazać się wykonaniem wszystkich elementów technologicznych, ale na dwóch inwestycjach a nie jednej, nie jest wykonawcą gwarantującym należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający nie dał Izbie przekonujących argumentów, które uzasadniałyby tak rygorystyczne opisanie warunku. Ograniczono się w tym zakresie do pewnych ogólnych

argumentów, czy potrzeby posiadania umiejętności koordynacji wszystkich branż w krótkim czasie. Na rozprawie Zamawiający wskazywał m.in., że *„Tutaj tego czasu nie ma, dlatego tak istotne jest dla zamawiającego to by wykonawca był wykonawcą doświadczonym w skoordynowaniu wszystkich działań”* (vide: protokół z rozprawy). Treść warunku udziału w postępowaniu

w ogóle nie stanowi o tym, że wykonawca ma posiadać wiedzę i doświadczenie w wykonaniu czy koordynacji zamówienia w krótkim, kilkumiesięcznym czasie. Co jednak ważniejsze, Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że wykonawca, który wykonywał wszystkie elementy, ale na dwóch, a nie na jednej inwestycji, nie jest wykonawcą nie będącym w stanie należycie skoordynować wszystkie działania, nawet w stosunkowo krótkim czasie. Jeżeli wykonawca posiada doświadczenie i wiedzę w wykonaniu wszystkich istotnych elementów (zawartych w opisie warunku udziału w postępowaniu), gdyż elementy te już realizował w sposób należyty (w dodatku nie w ramach jakiś rozproszonych zamówień, ale w ramach dwóch inwestycji, jak postulował Odwołujący) to należy wnioskować, że posiada również umiejętność właściwego ich skoordynowania. Zamawiający bynajmniej nie wykazał, by uprawniona i uzasadniona była ocena odwrotna. Izba wzięła przy tym pod uwagę, że Odwołujący w sposób wyważony sformułował żądaną modyfikację treści specyfikacji. Nie stawiał żądań, które mogłyby w sposób nadmiarowy rozszerzać warunek udziału w postępowaniu, co mogłoby grozić ryzykiem dopuszczenia do postępowania wykonawców nie gwarantujących należytego wykonania zamówienia. Odwołujący dochodził jedynie, by wszystkie elementy warunku mogły zostać wykazane nie tylko w ramach jednego zamówienia (jednej inwestycji), ale by możliwe było, by technologie określone w warunku mogły zostać wykazane w ramach dwóch zamówień wykonanych na różnych obiektach. Jak wskazano wcześniej Izba nie znalazła podstaw by podzielić stanowisko Zamawiającego (Zamawiający nie przedstawił w tym zakresie przekonujących argumentów, czy dowodów), iż tylko wykonawca legitymujący się wykonaniem wszystkich elementów w tym samym czasie na jednym obiekcie może być uznawany za wykonawcę gwarantującego należyte wykonanie zamówienia, zaś wykonawca posiadający tożsame doświadczenie, ale zdobyte na dwóch różnych inwestycjach – już nie. Wprowadzając i obstając przy zastrzeżeniu jednoczesności Zamawiający naruszył zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 22 ust. 4 Pzp.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że Odwołujący trafnie argumentował, iż w kontrze do twierdzeń Zamawiającego pozostaje fakt, że Zamawiający w żaden sposób nie ograniczył zakresu prac możliwych do realizacji przez podwykonawców. Zgodnie z pkt IV pkt 2 SIWZ *„Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowej części zamówienia”*. Z jednej strony Zamawiający argumentował, jak istotne jest posiadanie

doświadczenia w skoordynowaniu wszystkich elementów i wykonania ich na jednej inwestycji, z drugiej zaś strony Zamawiający dopuszcza sytuację, że kluczowe dla zamówienia elementy mogą być faktycznie realizowane przez różne podmioty, które takiego doświadczenia

(w łącznym wykonaniu wszystkich elementów na jednej inwestycji) nie posiadają. Ponadto, warto wskazać, że przy przyjętym przez Zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia, możliwy byłby udział podmiotu, który jako podwykonawca realizował wszystkie elementy na jednej inwestycji (choć samo podwykonawstwo nie musi automatycznie wiązać się z obowiązkiem koordynowania wszystkich prac), zaś wykonawca, który wykonywał wszystkie elementy (samodzielnie, nie jako podwykonawca), posiada więc wiedzę i doświadczenie w tym zakresie, a więc i niewątpliwie także doświadczenie w koordynacji tych prac, tyle tylko że zdobytą w ramach dwóch zamówień, a nie w ramach jednej inwestycji – byłby pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba uwzględniła tę część zarzutów Odwołującego. Naruszenia powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp należało jednocześnie zakwalifikować, jako naruszenia mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Postawienie warunku udziału w postępowaniu niezgodnie z zasadami określonymi w art. 22 ust. 4 Pzp może ograniczać konkurencję i uniemożliwiać udział w postępowaniu wykonawcom posiadającym wystarczającą wiedzę i doświadczenia do należytej realizacji przedmiotu zamówienia. W konsekwencji spełniona została przesłanka z art. 192 ust. 2 Pzp warunkująca możliwość uwzględnienia odwołania.

Dokumenty złożone przez Odwołującego w postaci wydruków internetowych dotyczących realizacji inwestycji Narodowej Orkiestry Symfonicznej Polskiego Radia, złożone na okoliczność posiadania przez Odwołującego doświadczenia w zakresie skomplikowanych, wielowymiarowych inwestycji, dotyczących elementów takich jak te objęte niniejszym zamówieniem, jak również dowody w postaci referencji dotyczących realizacji ww. inwestycji, oraz innych inwestycji, złożone na okoliczność wykazania, że Odwołujący posiada doświadczenie także w inwestycjach zbliżonych do tego zamówienia, Izba uznała za dowody o charakterze pomocniczym i poglądowym. Przedmiotem zarzutów, a więc i oceny Izby, nie było bowiem to, jakie doświadczenie posiada Odwołujący. Złożone dokumenty uzupełniały jedynie główną tezę Odwołującego, że obecny opis warunku udziału w postępowaniu jest nadmiarowy i może eliminować podmioty, które z uwagi na zdobytą wiedzę i doświadczenie mogą dawać gwarancję należytego wykonania niniejszego zamówienia.



W pozostałym zakresie zarzuty odwołania podlegały oddaleniu. Izba podzieliła w tej materii w całości argumentację Zamawiającego, przyjmując ją w konsekwencji za własną. Oddalając odwołanie w pozostałej części Izba miała przy tym na uwadze okoliczności faktyczne, które Odwołujący podał w podstawie zarzutu, które to okoliczności siłą rzeczy wyznaczały zakres postawionych zarzutów.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący w sposób ogólnikowy przedstawił tezy i okoliczności, mające uzasadniać postawione zarzuty. Odwołujący wskazał, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób wskazujący na konkretne produkty. Twierdzenie to nie zostało udowodnione, ani nawet uprawdopodobnione. W podobnie ogólnikowy sposób Odwołujący argumentował, że Zamawiający nie sprecyzował w sposób należyty opisu przedmiotu zamówienia, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany przez pośrednie wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia oraz, że niemożliwym jest przedstawienie wymaganych dokumentów. Izba nie znalazła żadnych podstaw, by uznać powyższe twierdzenia za zasadne.

Izba nie uznała by możliwe było przypisanie Zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp w związku z żądaniem dokumentów w postaci:

- certyfikatu dla maszyn wykorzystywanych w systemie mechaniki górnej potwierdzającego zgodność z Dyrektywą maszynową 2006/42/WE, wydanego przez akredytowaną jednostkę notyfikowaną,
- certyfikatu potwierdzającego, że oferowany system sterowania mechaniką sceniczną osiąga PFHD min.  $1 \times 10^{-7}$ , wydanego przez niezależną jednostkę akredytowaną, zgodnie z PN EN 62 061,
- sprawozdania z badania wydzielania toksycznych produktów spalania i rozkładu materiałów wg normy PN-B 02855:1988, potwierdzającego, że fotele są co najmniej umiarkowane toksycznie,
- raportu z pomiarów akustycznych (dotyczących oferowanego modelu fotela dla widowni) wykonanych zgodnie z: PN-EN ISO 354:2005 „Akustyka – pomiar pochłaniania dźwięku w komorze pogłosowej”.

Zamawiający żąda ww. dokumentów w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego (pkt X pkt 5 ppkt 2 oraz ppkt 3 i 4 SIWZ).

W pierwszej kolejności należy wskazać, że § 6 *in principio* rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być

składane (Dz.U.2013.231) stanowi, iż *„W celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać w szczególności:”*. Zwrot „w szczególności” wskazuje, że nie jest to katalog zamknięty, a zamawiający może ten katalog rozszerzać o dokumenty inne, niż tylko te wymienione w przepisie.

Następnie, Odwołujący w sposób ogólnikowy podniósł, że dokumenty (certyfikaty) pozostają bez wpływu na jakość i profesjonalny charakter urządzenia. Podobnie ogólnikowo Odwołujący argumentował, że „dokonany już został wybór fotela” lub, że wymaganie raportu z pomiarów akustycznych nie ma merytorycznego znaczenia. Pomijając subiektywizm Odwołującego w stawianiu ww. twierdzeń, brak wykazania prawdziwości stawianych tez, czy brak wykazania, że Zamawiający nie ma prawa domagać się od wykonawcy przedstawienia tych dokumentów, Izba uznała, że Zamawiający przedstawił rzeczowe i przekonujące argumenty wskazujące m.in. na to, że jest możliwe złożenie oferty wraz z wymaganymi certyfikatami, sprawozdaniem i raportem. To, że dla Odwołującego może to stanowić ewentualnie problem, nie wystarcza do tego, by nakazywać Zamawiającemu rezygnację z dokumentów potwierdzających istotne cechy lub właściwości przedmiotu zamówienia, a więc i przedmiotu oferty.

Nie mógł przekonywać za stanowiskiem Odwołującego argument, że nie jest możliwe przeprowadzenie procesu certyfikacji przed wykonaniem zamówienia. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przedstawił rzeczowe wyjaśnienia, że zarówno na maszyny, system, jak i fotele można otrzymać od producentów produkty z odpowiednimi certyfikatami i sprawozdaniem. Zamawiający przedstawił jednocześnie przekonujące wyjaśnienia na okoliczność żądania dokumentów już na etapie złożenia oferty. Na rozprawie Zamawiający wskazał, że: *„Odnosnie certyfikatów to inwestycja ma być zrealizowana do listopada, z uwagi na krótki czas realizacji zamawiający wymaga tych certyfikatów już teraz. Ponadto niektóre elementy w trakcie wykonywania prac są zabudowywane. Nie ma później możliwość ich sprawdzenia”*. Ponadto, na rozprawie Zamawiający wskazał m.in., że: *„system sterowania jest to produkt skończony, możliwy do nabycia na rynku. Jest wiele firm oferujących systemy sterowania z certyfikatami, przykładowo: Inter Kom, Costa Kom, Cat3, Arteo. Są to produkty różnych firm. Są to systemy sterowania z certyfikatami”*; *„Dobrzy producenci foteli mają kilka egzemplarzy przetestowanych i sprawdzonych. Takich producentów na rynku jest kilku np. Nowy Styl, Figueras, Megan Seating, Poltrona Frau, Cawea Design. Nie jest tak, że OPZ nie pozwala*

*na zaoferowanie formuły „z półki”, nawet jednak jeśli ktoś chciałby zaprojektować fotel, to też ma czas na certyfikację” (vide: protokół z rozprawy).*

Ponadto, w ocenie Izby nie sposób stawiać Zamawiającego w takiej sytuacji, że dopiero po wykonaniu zamówienia, lub w jego trakcie, będzie miał dopiero możliwość sprawdzenia, czy przedmiot świadczenia spełnia ostatecznie określone wymogi – to bowiem Zamawiający może i powinien wiedzieć już na etapie składania ofert. Swoim żądaniem Odwołujący zmierzał natomiast do takiej sytuacji, wskazując m.in., że dokumentacja techniczna powstanie dopiero na etapie realizacji zamówienia. Tak więc Zamawiający miałby pozostawać w niepewności, co do istotnych elementów przedmiotu zamówienia, ponadto miałby pozostawać uzależniony od czasu, jaki wykonawca będzie potrzebował na uzyskanie certyfikacji.

Złożone przez Odwołującego dowody z wyjaśnień SIWZ z dnia 11 maja 2016 r. (z innego postępowania) oraz z korespondencji mailowej z Urzędem Dozoru Technicznego, Izba nie uznała za materiał przesądający o zasadności stawianych zarzutów. Izba w pełni podzieliła natomiast argumentację Zamawiającego, w tym podnoszoną na rozprawie, gdzie Zamawiający wskazał m.in., że: *„Jest wielu producentów posiadających gotowe do użycia urządzenia. Nie da się wykonać dokumentacji w tydzień czy dłużej. To wymaga zdecydowanie dłuższego czasu, a więc dostawca urządzeń powinien w zasadzie posiadać te urządzenia,*

*a przynajmniej posiadać dokumenty do tego urządzenia. UDT słusznie odpowiedział, że nie można tego zrobić bez dokumentacji wykonawczej. Zamawiający zakłada jednak, że doświadczeni wykonawcy posiadają takie dokumenty i urządzenia. Odwołujący sam dostarczał urządzenia, które takie certyfikaty posiadają. Zamawiający nie ogranicza konkurencji, ale wymaga określonego poziomu jakości i bezpieczeństwa. Certyfikaty można uzyskać zanim nastąpi instalacja systemu. Można też wziąć dokumenty, urządzenia i udać się do jednostki certyfikującej. Sama procedura instalacji powinna być opisana w dokumentacji w instrukcji obsługi. Jest tam informacja jak instalować urządzenie. Urządzenie i system może być więc certyfikowane przed zainstalowaniem. Firmy nawet chwalą się posiadaniem tego rodzaju certyfikatów. Jeżeli zamawiający przedstawiałby bardzo szczegółową dokumentację wykonawczą to wskazywałby na konkretnego producenta, czego nie może robić”.* (vide protokół z rozprawy).

Odwołujący oparł swoje zarzuty m.in. na twierdzeniu, że brak projektów wykonawczych uniemożliwia wystąpienie i uzyskanie certyfikatów. Zamawiający w sposób rzeczowy wyjaśnił powody braku tych projektów, ponadto wykazał, że jest możliwość ofertowania

urządzeń

i systemu już certyfikowanych (czego Odwołujący w żaden sposób nie podważył). W ocenie Izby Zamawiający zasadnie żąda przedmiotowych dokumentów już na etapie składania oferty, tym bardziej gdy weźmie się pod uwagę, że ma to służyć weryfikacji określonego poziomu bezpieczeństwa. Co istotne, Odwołujący wywodził na okoliczność utrudnienia uczciwej konkurencji oraz niewłaściwego opisu przedmiotu zamówienia. Nie sposób uznać, by doszło do tego rodzaju uchybień, zwłaszcza gdy Zamawiający uzasadnił swoje wymagania,

a ponadto wykazał, że istnieje możliwość oferowania produktów różnych producentów posiadających stosowne dokumenty.

W tożsamy sposób należało ocenić wywody Odwołującego dotyczące sprawozdania i raportu odnoszących się do foteli. Ponadto, Odwołujący nie uprawdopodobnił, że nie jest możliwe uzyskanie tych dokumentów, poprzestając na ogólnej, własnej tezie. Zamawiający przedstawił natomiast przekonujące i rzeczowe argumenty, w tym dotyczące możliwości uzyskania sprawozdania w czasie pozostałym do terminu złożenia ofert. Podobnie, krytycznie Izba oceniła wywody dotyczące raportu z pomiarów akustycznych – Odwołujący ogólnikowo argumentował, że wymaganie tego dokumentu nie ma merytorycznego znaczenia, i że wpływa na ograniczenie konkurencji. W świetle przedmiotu zamówienia tego rodzaju raport ma, w ocenie Izby, istotne znaczenie merytoryczne, a wymóg jest w skierowany w sposób tożsamy do każdego potencjalnego oferenta i trudno tu dopatrywać się ograniczenia konkurencji.

Odnośnie żądania próbki fotela, który ma zostać dostarczony w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, Odwołujący oparł swoje zarzuty na twierdzeniu, iż dokonany już został wybór fotela oraz, że nie jest możliwe uzyskanie w czasie wyznaczonym na składanie ofert modelu fotela. Odwołujący żądał, by obowiązek przedstawienia próbki fotela miał miejsce w terminie 30 dni od daty podpisania umowy. Żadne z twierdzeń, które Odwołujący uczynił podstawą swoich zarzutów, nie zostały udowodnione, ani nawet uprawdopodobnione. Odwołujący wykazał jedynie, że prowadził korespondencję z jednym tylko producentem (dowód z korespondencji mailowej). Ze złożonego dowody nie wynika przy tym, by faktycznie nie było możliwości uzyskania próbki fotela. Złożony dowód nie potwierdzał więc twierdzeń Odwołującego.

Należy przy tym podkreślić, że możliwość żądania próbki wynika wprost z przepisów prawa. Nie sposób odmawiać Zamawiającemu prawa do skorzystania z tej możliwości. Zamawiający realizuje w tym przypadku uprawnienia przyznane przez prawodawcę. Izba wskazuje jednocześnie, że Odwołujący oparł swoje zarzuty na ogólnikowych twierdzeniach

dotyczących braku możliwości uzyskania próbki fotela. Inne kwestie, takiej jak dotyczące sposobu oceny próbki, czy konkretnych wymogów specyfikacji, które próbka ma potwierdzać w kontekście zgodności z wymaganiami Zamawiającego, nie były podnoszone w uzasadnieniu odwołania i pozostawały poza przedmiotem orzekania i oceny Izby. Jak wskazano wcześniej, Odwołujący ograniczył się bowiem w zasadzie do własnej tezy, że nie można dostarczyć próbki fotela.

Równie krytycznie Izba oceniła zarzuty i argumentację dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Odwołujący podobnie, w sposób ogólnikowy, podniósł twierdzenia, że opis wskazuje na konkretne produkty, co nie zostało w żaden sposób uprawdopodobnione. Z drugiej strony Zamawiający przedstawił i w ocenie Izby wykazał w sposób przekonujący, że możliwe jest dostarczanie w każdej pozycji produktów różnych producentów. Ponadto Zamawiający wykazał, że określone parametry urządzeń wynikają z jego uzasadnionych i obiektywnych potrzeb (vide: protokół z rozprawy). Tytułem uwag natury ogólnej należy wskazać, że zakaz zawarty w art 29 ust. 2 Pzp nie oznacza, że Zamawiający ma opisywać przedmiot zamówienia w taki sposób, by zapewnić każdemu rynek zbytu swoich towarów. Innymi słowy Zamawiający nie ma obowiązku by tworzyć opis przedmiotu zamówienia dopasowany do sytuacji przedsiębiorcy, który jest zainteresowany kolejnym kontraktem, jeżeli produkt tego przedsiębiorcy nie odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego. Zamawiający dokonał modyfikacji przedmiaru oświetlenia technologicznego i oświetlenia antraktowego widowni (załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie), zmieniając w niektórych miejscach wymagania, w sposób zbieżny z postulatami Odwołującego. Jednocześnie, w zakresie nie zmienionym, Zamawiający przedstawił, jak wskano powyżej, rzeczowe wyjaśnienia i dowody, potwierdzające możliwość oferowania urządzeń różnych producentów, jak również w sposób przekonujący wyjaśnił, że przyjęty opis przedmiotu zamówienia nie stanowi arbitralnej decyzji, lecz podyktowany jest uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego, w tym celami, jakim ma służyć realizacja niniejszego zamówienia.

Izba uznała wartość dowodową zestawienia przedłożonego przez Zamawiającego. Dokument w postaci SIWZ innego postępowania Izba uznała jedynie za dokument o charakterze poglądowym, nie mający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Izba uznała również wartość dowodową dokumentu dotyczącego reflektora ADB potwierdzającego wykonanie tego produktu z aluminium (co było przedmiotem zgłaszanych przez Odwołującego wątpliwości w trakcie rozprawy). Zestawienie złożone przez Odwołującego – przedstawiające wprowadzone przez Zamawiającego modyfikacje w odniesieniu do żądań Odwołującego – nie stanowiło, w ocenie Izby, dowodu, który mógłby

przesądzać za zasadnością twierdzeń Odwołującego i zasadnością postawionych przez Odwołującego żądań. Dokument ten, w zasadzie jedynie o charakterze porównawczym, przedstawiał dokonane modyfikacje oraz jakie żądania Odwołującego nie znalazły uznania Zamawiającego. Sam w sobie dokument ten nie mógł stanowić natomiast dowodu świadczącego o zasadności tez i żądań Odwołującego. Izba nie uznała ponadto znaczenia i wartości dowodowej korespondencji mailowej dotyczącej pomiarów akustycznych wykonanych w odniesieniu do innej inwestycji (NOSPR). Dowód ten został złożony na okoliczność tego, że nie ma znaczenia dla poziomu głośności, to czy reflektor jest metalowo-aluminiowy czy aluminiowy. W ocenie Izby złożona korespondencja, będąca przy tym wersją roboczą wniosków z raportu dotyczącego odrębnej inwestycji, w żaden sposób nie stanowiła dowodu, który potwierdzałby w sposób jednoznaczny tak postawioną przez Odwołującego tezę.

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty dotyczące pkt 5.8.5 (litera d), według numeracji podanej w uzasadnieniu odwołania). Przede wszystkim nie znalazła potwierdzenia teza Odwołującego, że Zamawiający pozostawia otwarty katalog swoich oczekiwań. Pismem z dnia 16 czerwca 2016 r. Zamawiający wyjaśnił, jak rozumie kwestionowane przez Odwołującego zapisy, w szczególności wyraźnie wskazano, że Zamawiający zamknął katalog modyfikacji, jakie mogą wystąpić w ramach realizacji procedury strojenia akustycznego sali. W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia odpowiada wymogom, jakie stawiają przepisy art. 29 ust. 1 i 2 Pzp. Zamawiający w toku rozprawy przedstawił powody zastrzeżenia poczynionego w treści ww. punktu – *„Odnośnie strojenia akustycznego wskazuje, że były inwestycje, gdzie nie wykonano tego należycie. Zamawiający jest zdeterminowany, żeby w tej inwestycji, która jest dla zamawiającego bardzo kosztowna, ma służyć społeczeństwu lokalnemu, to wszystko musi zostać wykonane bez zarzutu. Zamawiający nie pozwoli sobie na kolejną taką inwestycję i ta musi być wykonana bez zarzutu. Zamawiający oczekuje, że wszystkie dyfuzory, które są bardzo kosztownym elementem, zostaną wykonane według projektu. Podobnie inny element. Zamawiający mówi tylko tyle, że po przeprowadzeniu pomiarów akustycznych mogą, ale nie muszą zostać podjęte decyzje dotyczące zmiany tylko stopnia perforacji paneli, nie zmiany grubości, koloru itd., ale tylko stopnia perforacji. Mówiąc kolokwialnie ilości dziur na metr kwadratowy panela”* (vide: protokół z rozprawy).

Odwołujący w swoim żądaniu zmierzał jedynie do wykreślenia prawa do wprowadzenia przez Zamawiającego zmian bez dodatkowego wynagrodzenia oraz kwestionował zastrzeżenie, że wykonawca jest zobowiązany do takiego skalkulowania

swojej oferty, aby uwzględniała ona wprowadzenie po pomiarach akustycznych wspomnianych powyżej zmian, co do wykonania adaptacji akustycznej.

W ocenie Izby Zamawiający ma prawo przerzucać określone ryzyka na wykonawcę wykonującego zamówienie, który ma możliwość zneutralizowania tych ryzyk poprzez ich uwzględnienie w cenie swojej oferty. Warto w tym miejscu przytoczyć wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 14 kwietnia 2008 r., sygn. akt X Ga 67/08, gdzie wskazano: *„Na gruncie prawa zamówień publicznych mamy do czynienia ze swoistego ograniczeniem zasady wolności umów (art. 353 (1) K.c.), które znajduje odzwierciedlenie w treści zawieranej umowy. Zgodnie z charakterem zobowiązania publicznego Zamawiający może starać się przenieść odpowiedzialność na wykonawców. W ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy, a Wykonawca może nie złożyć oferty na takich warunkach. Natomiast składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyk i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Należy jednak podkreślić, iż błędnym jest utożsamianie przez Skarżącego podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Niezależnie od tego jak dużo ryzyka zostanie w umowie przypisane wykonawcy to on dokonuje jego wyceny i ujmuje dodatkowy koszt tych ryzyk w cenie oferty. Składając ofertę zabezpiecza zatem swoje interesy kalkulując cenę ofertową. Zamawiający zaś po wyborze najkorzystniejszej oferty musi zawrzeć umowę na warunkach przedstawionych we wzorze umowy i zapłacić wskazaną przez Wykonawcę cenę”*.

W ocenie Izby w sprawie nie zaistniały przy tym w ogóle wątpliwości, co do ryzyk mogących zaistnieć przy realizacji zamówienia, które uniemożliwiałyby oszacowanie oferty. Zakres ewentualnych zmian należało ocenić, jako znikomy. Ponadto, Odwołujący składając dowody z ofert sam wykazał możliwość oszacowania tych ryzyk. Dowody złożone przez Odwołującego przemawiały przeciwko tezom podnoszonym na rozprawie.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba uznała, że Zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny opisał przedmiot zamówienia, w takim stopniu jak było to możliwe. Przyjęty opis nie utrudnia uczciwej konkurencji, Odwołujący tego w ogóle nie uprawdopodobnił, a tezy o preferowaniu wykonawców powiązanych z projektantem akustyki - gdy na osiągnięcie zakładanych parametrów akustycznych może mieć wpływ m.in. samo działanie wykonawcy realizującego zamówienie, czy użyte produkty; *„Chłonność foteli, chłonność podłoża wybranego przez wykonawcę, to wszystko może mieć znaczenie dla strojenia sali. Nie chodzi o to, żeby wszystko zostało wykonane według projektu, a zamawiający został z problemem, tj. salą bez strojenia”* (vide: protokół z rozprawy) - Izba

uznała za argumentację nie merytoryczną i pozbawioną znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Zamawiający zamknął katalog modyfikacji, co daje ewentualnemu wykonawcy wystarczający obraz jego obowiązków. Zamawiający w szczególności wyraźnie określił, jakie elementy nie będą podlegały zmianie. W zasadzie jedynym zmiennym elementem może być współczynnik perforacji, gdy zaistnieje potrzeba osiągnięcia założonych parametrów akustycznych wnętrza. Oczywistym jest, że Zamawiający nie może w chwili obecnej przewidzieć zakresu ewentualnych zmian w stopniu perforacji (zależy to również od sposobu wykonania innych elementów przez wykonawcę, czy użytych produktów), które mogą okazać się niezbędne dla osiągnięcia celu zasadniczego (osiągnięcia założonych parametrów akustycznych). Nie oznacza to jednak, że ryzykiem zaistnienia potrzeby wprowadzenia takich zmian, Zamawiający nie może obciążyć wykonawcę realizującego przedmiot zamówienia.

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty dotyczące zapisów wskazanych w lit. e) odwołania (według numeracji przyjętej w uzasadnieniu odwołania). Zamawiający pismem z dnia 16 czerwca 2016 r. wyjaśnił jednoznacznie, że we własnym zakresie zapewnia nadzór autorski na podstawie umowy z autorami projektu. Odwołujący obstawał przy zarzucie w zasadzie tylko dlatego, że wyjaśnienia Zamawiającego nie zostały wprowadzone do treści specyfikacji. Izba wskazuje, że wyjaśnienia treści specyfikacji stanowią z natury rzeczy integralną część specyfikacji. Izba nie dopatrzyła się przy tym żadnych naruszeń w odniesieniu do kwestionowanego zapisu, z uwzględnieniem wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego. Również w tym zakresie Izba w całości podzieliła argumentację i stanowisko Zamawiającego, zawartą w odpowiedzi na odwołanie, jak i przedstawioną na rozprawie, gdzie Zamawiający wskazał m.in., że: *“zamawiający wyjaśnił jasno, że pokrywa wszystkie koszty i zapewnia nadzór. Dalsze twierdzenia odwołującego w tej sytuacji są niezrozumiałe. Pierwotny zapis służył jedynie temu, żeby było wiadomo, że trzeba zapewnić nadzór. Była to klauzula generalna. Dalsze dyskutowanie, gdy zamawiający jasno wyjaśnił tą kwestie jest bezprzedmiotowe”* (vide: protokół z rozprawy).

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z



tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Jednocześnie, Izba nakazała zwrot na rzecz Odwołującego kwoty 5.000,00 zł uiszczonej ponad wymaganą kwotę wpisu. Odwołujący uiścił tytułem wpisu kwotę 20.000,00 zł. Jak wynika z ogłoszenia zamówienie nie jest kwalifikowane, jako roboty budowlane, ale jako dostawy – dla których wymagana kwota wpisu wynosi 15.000,00 zł (§ 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

**Przewodniczący: .....**