

**Sygn. akt: KIO 327/11**

**Sygn. akt: KIO 349/11**

**WYROK**  
**z dnia 4 marca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Sylwester Kuchnio**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2011 r. w Warszawie odwołań skierowanych zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2011 r. do łącznego rozpoznania wniesionych przez:

- A. PB Inter-System Sp. z o.o., ul. Dmowskiego 17b, 50-203 Wrocław (sygn. akt KIO 327/11)**
- B. Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław (sygn. akt KIO 349/11)**

od czynności zamawiającego, **Teatr Muzyczny Capitol, ul. J. Piłsudskiego 72, 50-020 Wrocław**

**przy udziale**

- A. Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 327/11),**
- B. Warbud S.A., Al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa po stronie zamawiającego oraz PB Inter-System Sp. z o.o., ul. Dmowskiego 17b, 50-203 Wrocław po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 349/11)**

orzeka:

**A. sygn. akt KIO 327/11**

**1. Oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża **PB Inter-System Sp. z o.o., ul. Dmowskiego 17b, 50-203 Wrocław** i nakazuje:**

- a) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych tytułem kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **PB Inter-System Sp. z o.o., ul. Dmowskiego 17b, 50-203 Wrocław**
- b) dokonać wpłaty przez **PB Inter-System Sp. z o.o., ul. Dmowskiego 17b, 50-203 Wrocław** na rzecz **Teatru Muzycznego Capitol, ul. J. Piłsudskiego 72, 50-020 Wrocław** kwoty **1 455 zł 71 gr** (słownie: tysiąc czterysta pięćdziesiąt pięć złotych siedemdziesiąt jeden groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu;

**B. sygn. akt. KIO 349/11**

**1. Oddala odwołanie;**

**2. Kosztami postępowania obciąża **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** i nakazuje:**

- a) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych tytułem kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław**
- b) dokonać wpłaty przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A., ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** rzecz **Teatru Muzycznego Capitol, ul. J. Piłsudskiego 72, 50-020 Wrocław** kwoty **1 455 zł 71 gr** (słownie: tysiąc czterysta pięćdziesiąt pięć złotych siedemdziesiąt jeden groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów noclegu.

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

**Przewodniczący:**

.....

**UZASADNIENIE**  
**(KIO 327/11, KIO 349/11)**

Zamawiający, Teatr Muzyczny Capitol z Wrocławia, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa Teatru Muzycznego Capitol we Wrocławiu”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Pismem z dnia 11.02.2011 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty Warbud S.A. jako najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. (dalej „Wrobis”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz).

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia zamawiający wskazał, iż Wrobis zaoferował na stronie 90 oferty w Tabeli B roboty budowlano-montażowe poz. 61.55.6 (napędy hydrauliczne) – napęd elektromechaniczny „spirolift”.

W opinii zamawiającego zastosowanie napędu elektromechanicznego „spirolift” zamiast występującego w dokumentacji projektowej napędu hydraulicznego:

1. zasadniczo zmienia warunki mechaniczne pracy zapadni podłogowych,
2. nie pozwoli osiągnąć parametrów projektowych urządzeń scenicznych, np. prędkości pojedynczej zapadni, założonej w projekcie (0,5 m/s),
3. przy porównywalnych parametrach prędkości zapadni zdecydowanie przekroczona zostanie max. zaprojektowana i pobierana moc na liniach zasilających 400 VAC,
4. przy ruszaniu zapadni zdecydowanie większe będą wymagania energetyczne,
5. nie zostanie zapewnione sterowanie awaryjne zapadni przy jednoczesnej awarii zasilania podstawowego i awaryjnego,
6. napędy będą zdecydowanie głośniejsze, przekraczając dozwolony poziom (40 dBA) przy maksymalnych prędkościach i obciążeniach.

## A. sygn. akt KIO 327/11

W dniu 18.02.2011 r. PB Inter-System Sp. z o.o. (zwana dalej „Inter-System”) wniosła odwołanie wobec zaniechania wykluczenia Warbud S.A. z postępowania i wyboru jej oferty, wnosząc o unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji wykluczenia Warbud S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenia jej oferty, a także dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Inter-System zarzuciła zamawiającemu naruszenie (zarzuty i ich uzasadnienie referowane jedynie w zakresie zarzutów podtrzymanych w trakcie rozprawy):

- art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia Warbud S.A., pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;
- art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2010 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz forma w jakich dokumenty te mogą być składane (zwanego dalej „rozporządzeniem”) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia Warbud S.A., pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia;
- art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Warbud S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz złożenia wyjaśnień;
- art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Warbud S.A., pomimo że oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w związku z zaniechaniem wykluczenia Warbud S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W uzasadnieniu dla wyżej zarzucanego naruszenia przepisów odwołujący wskazał, iż w pkt. 9.9.1 lit. a) siwz zamawiający wymagał od wykonawców, aby dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w robotach budowlanych na obiektach zabytkowych wpisanych do rejestru zabytków lub

wykazu zabytków prowadzonych przez organy władzy państwowej lub samorządowej, wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwa zadania polegające na przebudowie lub remoncie obiektów budowlanych wpisanych do rejestru zabytków lub wykazu zabytków prowadzonych przez organy władzy państwowej lub samorządowej, o wartości łącznej obydwu zadań co najmniej 20 mln złotych brutto i łącznej kubaturze co najmniej 50 000 m<sup>3</sup> i roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Warbud S.A. wykazał wykonanie remontu budynku administracyjnego położonego we Wrocławiu przy ul. Św. Elżbiety 3. W zakresie remontu z rewaloryzacją elewacji oficynowej.

W ocenie odwołującego tego typu robota budowlana nie spełnia warunku opisanego przez zamawiającego. Zamawiający wyraźnie wymagał, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem w wykonaniu przebudowy lub remontu obiektu budowlanego, a nie jego części jaką jest elewacja. Zgodnie z art. 3 pkt. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2010r. Nr 243, poz. 1623) przez obiekt budowlany należy rozumieć: a) budynek wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi, b) budowlę stanowiącą całość techniczno-użytkową wraz z instalacjami i urządzeniami, c) obiekt małej architektury. Z definicji tej wynika, iż remont elewacji nie mieści się w definicji obiektu budowlanego. Na warunek określony przez Zamawiającego należy również spojrzeć przez pryzmat robót wymaganych do wykonania w ramach realizacji przedmiotowej inwestycji. Zakres ten nie ogranicza się jedynie do remontu elewacji obiektu, co mogłoby uzasadniać uznanie wskazanego przez Warbud S.A. zadania za niepotwierdzające spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie opisanym przez zamawiającego. Doświadczenie jakie nabywa wykonawca w trakcie remontu elewacji z całą pewnością nie przekłada się na doświadczenie w wykonywaniu pozostałego zakresu prac związanego z remontem obiektu. Nie może budzić wątpliwości, że w niniejszym przypadku przedmiotowe zadanie może wykonywać jedynie wykonawca posiadający doświadczenie w kompleksowym remoncie lub przebudowie obiektu budowlanego.

Drugi zarzut odwołującego dotyczył kwestionowania, iż wybrany wykonawca wykazał wymagane doświadczenie w przedmiocie żądanych usług. Odwołujący wskazał, iż między wykazanym w poz. 3 zamówieniem (str. 37 oferty), a dokumentem stanowiącym poświadczenie zdolności wykonawcy istnieją rozbieżności, które wskazują że Warbud S.A. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Otóż Wykonawca ten oświadcza, że wykonał w ramach generalnego wykonawstwa budowy Konserwatorium Muzyki, Tańca i Sztuki Dramatycznej w Levallois Perrot z salą koncertową z 400 miejscami na widowni, wykonanie montażu elementów technologii sceny. Poświadczenie zdolności wykonawcy wskazuje

jednak, że przedmiotem zamówienia było wykonanie robót wielobranżowych. Pomimo, że nazwa inwestycji się zgadza, to jednak trudno jest na podstawie przedłożonych dokumentów rozstrzygnąć, co było przedmiotem zamówienia. Ponadto dokument - „Potwierdzenie zdolności wykonawcy” został wystawiony przez pracownię architektoniczną, a nie Inwestora. Przedmiotowy dokument ocenia wykonane przez PETIT roboty w zakresie jakości personelu, terminowości, świadczenia, systemu jakości na budowie i poszanowania środowiska, a nie potwierdza należytego wykonania zamówienia. Tymczasem zamawiający w pkt. 9.9.1 siwz wymagał celem potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia Wykonawcy obowiążani są złożyć: (...) w zakresie określonym w pkt 9.9.1)c)-e) wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców (zgodny z wzorem stanowiącym Załącznik nr 7 do niniejszej IDW) oraz dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należyście. Załączony na stronie 40 i 47 oferty Warbud S.A. dokument - „Poświadczenie zdolności wykonawcy” nie stanowi dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi. Nie można zatem uznać, iż wykonawca Warbud S.A. załączył do wykazu wykonanych usług zgodnie z wymaganiem zamawiającego i § 1 ust. 1 pkt. 3 rozporządzenia, dokument potwierdzający, że usługi zostały wykonane należyście.

Zamawiający pismem z dnia 8 lutego 2011 r. wezwał Warbud S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia, tj. w zakresie opisanym w pkt. 9.9.1 a)-e). W odpowiedzi Warbud pismem z dnia 9 lutego 2011 r. wyjaśnił, iż Pracownia architektoniczna D.G.M.&Associés, jako Inwestor Zastępczy na inwestycji w Konserwatorium Muzyki, Tańca i Sztuki Dramatycznej w Levallois Perrot we Francji prowadziła w imieniu Zamawiającego Miasto Levallois, Dyrekcja Budynków Komunalnych 140 rue Marius AUFAN, 92 300 Levallois całość inwestycji i miała m.in. kompetencje do potwierdzania należytego wykonania robót wykonanych przez firmę Enterprises PETIT na w/w inwestycji. W konsekwencji Warbud S.A. nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a wzywany do uzupełnienia dokumentu nie potwierdził w sposób prawidłowy należytego wykonania usługi. Z dokumentu tego nie wynika, iż usługi te zostały tak naprawdę wykonane, ponieważ przedmiotowa referencja dotyczy wykonania robót wielobranżowych.

Uwagę zwraca również to, iż w wykazie usług Warbud wpisał, że podmiot trzeci wykonał jednocześnie następujące usługi: rozmieszczenie materiałów i ustrojów akustycznych, strojenie systemu elektroakustycznego wraz z odpowiednimi pomiarami akustycznymi, czego podobno potwierdzeniem jest referencja załączona do oferty firmy Warbud S.A potwierdzająca - zdaniem Warbud - należyte wykonanie tej usługi. Otóż zwracamy uwagę,

że rozmieszczenie materiałów i ustrojów akustycznych, strojenie systemu elektroakustycznego wraz z odpowiednimi pomiarami akustycznymi obejmuje tak naprawę albo wykonanie usługi rozmieszczenie materiałów i ustrojów akustycznych albo usługi strojenia systemu elektroakustycznego. Tak więc w wątpliwość należy poddać, co tak naprawę potwierdza załączona referencja na roboty budowlane (wielobranżowe) w zakresie należytego wykonania usług wskazanych w wykazie skoro nie może potwierdzać tych usług jednocześnie, ponieważ ich jednocześnie się nie wykonuje.

W dniu 21.02.2011 r. Warbud S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

### **B. sygn. akt KIO 349/11**

W dniu 21.02.2011 r. Wrobis wniosła odwołanie wobec odrzucenia jej oferty jako czynności naruszającej przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący wnioskował o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia jego oferty, powtórzenie czynności badania, oceny i wyboru ofert z uwzględnieniem jego oferty.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wyraźnie dopuszczał możliwość zastosowania urządzeń elektromechanicznych. Świadczą o tym postanowienia Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót, w której na stronie 39 zamawiający w punkcie 7 - Duża scena - charakterystyka mechanizacji dolnej, podpunkcie 7.10.1. Warunki techniczne wykonania urządzenia, wskazują, iż *przy zespole napędowym (hydraulicznym albo elektromechanicznym) umieścić należy trwale tablice z napisami określającymi: obciążenie użytkowe, numer ewidencyjny i rok montażu urządzenia oraz prędkość ruchu. Napisy powinny być wykonane czarnymi literami i cyframi na białym tle.* Mając na uwadze wyżej przedstawione zapisy za bezsporne należy uznać, iż Zamawiający pozostawił wyborowi wykonawców zastosowanie danego rozwiązania mechanicznego w zakresie napędu zapadni scenicznej, jednakże przy zachowaniu parametrów określonych deskrypcją przedmiotu zamówienia, określoną w dokumentacji przetargowej przez Zamawiającego. Dodatkowo sama treść rozstrzygnięcia wskazuje na możliwość zastosowania napędu elektromechanicznego Spiralift. Samo jego zastosowanie nie powoduje bowiem zdaniem Zamawiającego niezgodności oferty odwołującego się wykonawcy z SIWZ, dopiero bowiem uznanie przez Zamawiającego, iż zaproponowane



rozwiązania, jego zdaniem, nie mogą sprostać wymaganiom technicznym przedstawionym w SIWZ spowodowało odrzucenie oferty odwołującego się Wykonawcy. *A contrario*, w przypadku gdy proponowane urządzenia spełniają wymogi określone w SIWZ stosowanie ich jest w pełni dopuszczalne. Zamawiający uznaje zatem napędy hydrauliczne i elektromechaniczne za rozwiązania równie dopuszczalne, które technicznie są w stanie zrealizować stawiane przed nimi wymogi efektów realizowanych przez Zamawiającego w trakcie korzystania z przedmiotu zamówienia podczas jego normalnej eksploatacji. Specyfika prowadzonej przez Zamawiającego działalności scenicznej i artystycznej szczególnie rygorystycznie podchodzi do możliwości technicznych aparatury scenicznej, której ewentualne mankamenty mogłyby mieć istotny wpływ na możliwość technicznego wykonania widowiska scenicznego, co z kolei miałyby przełożenie na jego odbiór przez publiczność. Tym samym analiza konstrukcji i możliwości technicznych wyposażenia sceny stanowi priorytetowy aspekt realizacji projektu. Nie sposób więc dojść do wniosku, że Zamawiający dopuściłby napęd elektromechaniczny w przypadku jeśli nie spełniałby on stawianych przed nim wymogów.

W przypadku niepodzielenia stanowiska odwołującego, iż Zamawiający wprost dopuścił możliwość zastosowania dwóch systemów napędów zapadni (hydraulicznego i elektromechanicznego) Wrobis. wskazuje, iż Zamawiający dopuszczał zastosowanie przez wykonawców rozwiązań równoważnych do przedstawionych w opisie przedmiotu zamówienia (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Tom III - Opis Przedmiotu Zamówienia „Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisanym”). Mając na uwadze okoliczności jakie zostały przedstawione przez odwołującego w niniejszym odwołaniu należy dojść do wniosku, iż zaoferowane równoważne urządzenie napędu zapadni spełnia wymagania techniczne jakie są stawiane temu urządzeniu przez Zamawiającego.

W tak przedstawionym stanie faktycznym odrzucenie oferty Wykonawcy proponującego rozwiązania ekwiwalentne do rozwiązań zaproponowanych przez innych Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia uznać należy za niezasadne.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów zamawiającego stanowiących podstawę odrzucenia oferty, w załączeniu do niniejszego odwołania, Wrobis przedstawiła:

- a) Projekt wykonawczy zapadni sceny i fosy orkiestry. Część 1 - Obliczenia techniczne autorstwa mgr inż. Tomasz Z. upr. bud. St-15/88 oraz mgr inż. Małgorzata B., luty 2011;
- b) Opinię techniczną dotyczącą porównywalności / równoważności urządzeń technologii widowiskowej (zapadnie sceniczne, zapadnie orkiestrowe) o napędzie hydraulicznym oraz o napędzie elektromechanicznym typu Spirallift przewidzianych do zastosowania w ramach przebudowy Teatru Capitol we Wrocławiu opracowaną przez inż. Józefa R. - rzeczoznawcę SIMP, uprawnienia Nr 8995 wydane przez Stowarzyszenie Inżynierów i Techników

Mechaników Polskich, inż. Janusza S. - rzeczoznawcę budowlanego o specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie wykonawstwa sieci i instalacji elektrycznych;

c) Opinię dotyczącą zastosowanych zapadni opracowaną przez inż. Jerzego G. - rzeczoznawcę Międzynarodowej Organizacji Scenografów, Architektów i Techników Teatru „OISTAT”;

d) Opinię techniczną w zakresie akustyki zapadni scenicznych z kolumnami Spiralift opracowaną przez mgr inż. Andrzeja K., rzeczoznawcę budowlanego.

Odnosnie poszczególnych twierdzeń zawartych w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty, Wrobis wskazała:

*Ad. 1 Zastosowanie zaoferowanego napędu elektromechanicznego „spiralift” spowoduje zasadniczą zmianę warunków mechanicznych pracy zapadni podłogowych*

Tak sformułowane twierdzenie stanowi zdaniem Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. uwagę bardzo ogólnikową. Odwołujący przyznaje, iż mechanizmy podnoszenia zapadni rzeczywiście będą się różnić od mechanizmów zapadni hydraulicznych niemniej zastosowanie napędu elektromechanicznego „Spiralift” pozwoli na uzyskanie tożsamego efektu funkcjonalnego. Zapadnia jest bowiem urządzeniem przemieszczającym się pionowo w górę i w dół. Efekt ten zapewnia zarówno zastosowanie rozwiązań hydraulicznych jak i elektromechanicznych. Różnice wyrażają się jedynie w konstrukcji obu urządzeń, jednakże oba rozwiązania mechaniczne są względem siebie równorzędne. Sposób podnoszenia / opuszczania platformy oparty jest na wykorzystaniu odmiennych zjawisk fizycznych, jednakże oba rozwiązania zostały dopuszczone przez Zamawiającego i prowadzą do osiągnięcia tożsamego efektu scenicznego przy zachowaniu identycznych parametrów. Pomimo różnego w obu analizowanych przypadkach, sposobu napędu urządzeń zapadni, oba typy urządzeń realizują zadane funkcje i spełniają wszystkie wymagania, w tym dotyczące bezpieczeństwa użytkownika, które to bezpieczeństwo dodatkowo jest podnoszone, przy zastosowaniu konstrukcji napędu typu „spiralift”.

Tożsamość rozwiązań omawianych napędów potwierdza również wielokrotne stosowanie zapadni napędzanych elektromechanicznych „spiralift” w 55 krajach świata.

*Ad. 2. Zastosowanie zaoferowanego napędu elektromechanicznego „spiralift” nie pozwoli osiągnąć parametrów projektowych urządzeń scenicznych, np. prędkości pojedynczej zapadni, założonej w projekcie 0,5 m/s*

Mając na uwadze analizę zapisów Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót nr 12 Technologia widowiskowa w zakresie wymaganych parametrów technicznych aparatury

scenicznej (np. prędkości zapadni scenicznej) Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego stoi na stanowisku, iż sposób deskrypcji prędkości w odniesieniu do charakterystyki poszczególnych elementów mechanizacji sceny nie pozwala na sformułowanie tego typu zarzutu. Analiza porównawcza zapisów umieszczonych w w/w Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót odpowiednio:

Na str. 10

#### 6.1 Sztankiety dekoracyjne 6.1.1 Parametry techniczne

Ilość szt. 36

Skok 16,5 m

Prędkość 0-1,0 m/s ( regulowana )

Na str. 19

#### 6.15 Sztankiety dekoracyjne - Zascenie 6.15.1 Parametry techniczne

Ilość szt. 12

Skok 6 m

Prędkość 0,2 m/s ( stałą )

Na str. 29

#### 7 Duża scena - Charakterystyka urządzeń mechanizacji dolnej 7.1 Zapadnie sceniczne 7.1.1 Parametry techniczne

Ilość sztuk 4

Rozmiar podstawowy 12m x 2m x 6m

Prędkość indywidualna 0-0,5m/s

Prędkość przy wspólnym ruchu 4 zapadni 0,25 m/s

pozwala stwierdzić, iż zaproponowane rozwiązanie przy użyciu napędu elektromechanicznego „spiralift” spełnia wymogi w zakresie prędkości.

Przy opisie wymogów technicznych sztankiet dekoracyjnych, które to warunki zawarto na str. 10, Zamawiający określił „prędkość 0-1,0 m/s (regulowana)". Powyższy zapis pozwala jednoznacznie stwierdzić, że parametr ten ma osiągać max. wielkość 1,0 m/s, jednakże z możliwością jego modyfikowania. W zależności od potrzeb należy osiągnąć wszelkie prędkości w pożądanym zakresie poprzez regulacje. Tym samym stwierdzić należy, że mechanizm motoryczny sztankiet dekoracyjnych musi osiągać pożądaną prędkość maksymalną 1,0 m/s, a napędy jej nie osiągające są niezgodne ze specyfikacją.

Co się zaś tyczy deskrypcji parametrów sztankiet dekoracyjnych na zasceniu, określonej na str. 19 Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót, Zamawiający opisał parametr w ten sposób „prędkość 0,2m/s ( stałą )". Niniejszy zapis wskazuje, że sztankiety dekoracyjne na zasceniu będą poruszały się ze stałą prędkością 0,2 m/s, która nie wymaga jakiegokolwiek regulacji. Jedynie konstrukcje zapewniające osiągnięcie prędkości 0,2 m/s spełniają wymogi stawiane

przez Zamawiającego, tak więc napędy zapewniające ruch sztankiet dekoracyjnych na poziomie np. 0,15 m/s są niezgodne ze specyfikacją.

Odnosząc się natomiast do kwestii charakterystyki urządzeń mechanizacji dolnej zapadni scenicznych, Zamawiający stwierdził, że wymagana jest „prędkość indywidualna 0-0,5 m/s”. Mając na uwadze powyższy zapis, jak również rozpatrując go w odniesieniu do opisu parametrów elementów przytoczonych powyżej należy stwierdzić, że zaproponowane przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS S.A. rozwiązanie, czyni zadość warunkom specyfikacji. Założenia projektowe parametru prędkości określając zakres liczbowy parametru „prędkość indywidualna 0-0,5 m/s” pozwalają wnioskować, że każda zapadnia sceniczna spełnia wymóg stawiany przez Zamawiającego, jeśli osiągnięta przez nią prędkość mieści się w zbiorze 0-0,5 m/s. Powyższy zapis nie jest zaopatrzonej w dodatkową informację, iż ma być to prędkość regulowana w podanym zakresie, dlatego też odpada przesłanka wymogu osiągnięcia przez napęd wszystkich prędkości z podanego zakresu w tym również prędkości max. 0,5 m/s. Zbiór parametru określony na str. 29 Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót wskazuje tylko na zakres, w ramach którego prędkość zapadni musi się zawierać, jednakże bez obowiązku osiągnięcia wszelkich prędkości w nim zawartych. Z uwagi na powyższe jak również w oparciu o przesłanki podstawowej wykładni gramatycznej należy więc uznać, że napęd zapewniający uzyskanie prędkości, która zawiera się w zbiorze 0-0,5 m/s, spełnia warunki Zamawiającego. W tym stanie rzeczy należy uznać zarzut Zamawiającego za chybiony i nie znajdujący potwierdzenia w materiale postępowania.

Z porównania wskazanych wyżej danych oraz sposobu ich zapisów jednoznacznie wynika, że zapadnie alternatywne typu Spiralift posiadają parametry spełniające założenia Zamawiającego. W przypadku parametru prędkości, zgodnie z *Projektem wykonawczym zapadni sceny i fosy orkiestry. Część 1 - Obliczenia techniczne*, wartość dla urządzenia alternatywnego jest regulowana w zakresie 0-0,25m/s mieści się zatem w zakresie referencyjnym określonym jako wymagania projektowe. Alternatywne rozwiązanie z napędem elektromechanicznym typu Spiralift jest rozwiązaniem umożliwiającym uzyskiwanie prędkości i innych parametrów technicznych w granicach zakresu pożądanego przez Zamawiającego.

*Ad. 3 Zastosowanie zaoferowanego napędu elektromechanicznego „spiralift” przy porównywalnych parametrach prędkości zapadni spowoduje, iż zdecydowanie przekroczona zostanie max. zaprojektowana i pobierana moc na liniach zasilających 400 VAC*

Z analizy dokumentacji przetargowej wynika, że moc zainstalowana dla zapadni hydraulicznych określona jest parametrami technicznymi p. 7.8.1 Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót nr 12 Technologia widowiskowa i wynosi 246 kW.

Zgodnie z załączonym do odwołania opracowaniem *Projekt wykonawczy zapadni sceny i fosy orkiestry. Część 1 - Obliczenia techniczne* moc zainstalowana dla zapadni alternatywnych z użyciem napędu „spiralift” wynosi 228 kW.

Moc równoległa dla dolnej mechanizacji sceny w przypadku zapadni hydraulicznych wynika z danych zawartych w p. 7.8.2 STWiOR nr 12 Technologia widowiskowa i wynosi 200 kW. Dla zapadni alternatywnych Spiralift moc równoległa dla dolnej mechanizacji sceny wynika z danych zawartych w opracowaniu *Projekt wykonawczy zapadni sceny i fosy orkiestry. Część 1 - Obliczenia techniczne* i wynosi:  $4 \times 45 \text{ kW} = 180 \text{ kW}$ .

Z analizy wskazanych wyżej danych jednoznacznie wynika, że alternatywne zapadnie pobierają mniej mocy niż zapadnie projektowane. Bez potrzeby uciekania się do pomocy biegłych można jednoznacznie stwierdzić w oparciu o przywoływaną dokumentację, iż zastosowanie odmiennego, aczkolwiek dopuszczalnego przez Zamawiającego, rozwiązania przy wykorzystaniu napędu elektromechanicznego „spiralift”, nie tylko spełnia wymogi Specyfikacji Wykonania i Odbioru Robót, ale ponadto pozwala na poczynienie oszczędności energetycznych w postaci zmniejszonej ilości poboru mocy, a w konsekwencji obniżenia kosztów eksploatacji. Zarzut Zamawiającego dotyczący rzekomego przekroczenia max. zaprojektowanej i pobieranej mocy na liniach zasilających 400 VAC nie wytrzymuje konfrontacji z przedłożoną przez odwołującego się dokumentacją projektową zapadni sceny i orkiestry.

*Ad.4 Zastosowanie zaoferowanego napędu elektromechanicznego „spiralift” sprawi, że przy ruszaniu zapadni wymagania energetyczne będą zdecydowanie większe*

Analogicznie, jak miało to miejsce przy zarzucie ad. 3, analiza porównawcza opracowań projektowych wskazuje na nietrafność argumentacji zamawiającego w zakresie zapotrzebowania na energię w momencie rozruchu zapadni.

Dla zapadni projektowanych wymagania energetyczne określa wielkość zabezpieczenia prądowego zdefiniowana na rys. 3-OCH-32 512 Schemat blokowy technologia widowiskowa (stanowiącego część dokumentacji wykonawczej branży elektrycznej dla Technologii widowiskowej autorstwa Ing. Otakar Ožana, Ing. Vladimir Št'ava, lipiec 2009) na poziomie 400 A.

W przypadku zapadni alternatywnych typu Spiralift prąd rozruchowy 4 zapadni będzie niższy i wyniesie  $4 \times 96,6 \text{ A} = 386,4 \text{ A}$  (zgodnie z *projektem wykonawczym zapadni sceny i fosy orkiestry. Część 1 - Obliczenia techniczne*).

Porównanie w/w wielkości definiujących wysokość zapotrzebowania energetycznego potwierdza, że rozwiązanie alternatywne wskazane przez Odwołującego wymaga mniejszego poboru energii aniżeli zapewnia to infrastruktura schematu blokowego rys. 3-OCH-32 512, dlatego też spełnia wymogi stawiane przez Zamawiającego. Twierdzenia Zamawiającego nie

mogą zatem zostać również w tym zakresie uznane za trafne. Podkreślenia wymaga, że zarówno moc rozruchowa jak i moc pobierana są dużo mniejsze, aniżeli przewidywały to parametry techniczne przekazane przez Zamawiającego.

*Ad. 5 Zastosowanie zaoferowanego napędu elektromechanicznego „spiralift” nie pozwoli na zapewnienie sterowania awaryjnego zapadni przy jednoczesnej awarii zasilania podstawowego i awaryjnego*

Zgodnie z wymogami Zamawiającego, określonymi na str. 35 STWiOR nr 12 Technologia widowiskowa konstrukcja urządzenia zapadni musi umożliwić awaryjne dojechanie zapadni do położenia bezpiecznego z pomocą odbioru cieczy z przygotowanej stacji akumulatorowej. Zgodnie z wnioskami załączonej do niniejszego odwołania *Opinii technicznej dotyczącej porównywalności/równoważności urządzeń technologii widowiskowej (zapadnie sceniczne, zapadnie orkiestrowe) o napędzie hydraulicznym oraz o napędzie elektromechanicznym typu spiralift przewidzianych do zastosowania w ramach przebudowy Teatru Capitol we Wrocławiu* taki rodzaj systemu sterowania awaryjnego możliwy jest do uzyskania jedynie w urządzeniach o napędzie hydraulicznym, gdzie zmagazynowana w będącej pod ciśnieniem cieczy pewna porcja energii umożliwia opuszczenie urządzenia na bezpieczny poziom pod warunkiem zwolnienia ryglowania. Niemniej przedstawiona dokumentacja wykonawcza zapadni z napędem hydraulicznym, wchodząca w skład dokumentacji przetargowej, nie zawiera żadnych szczegółowych danych na temat technicznego rozwiązania w/w zabezpieczenia.

Należy dodać, że konieczność stosowania specjalnych urządzeń umożliwiających opuszczenie zapadni do bezpiecznego położenia jest wymogiem niezbędnym ze względu na bezpieczeństwo użytkownika tylko w odniesieniu do zapadni z napędem hydraulicznym. Jak wynika z w/w opinii technicznej (p. 4.1) konieczność taka wynika z niebezpieczeństwa samoczynnego niekontrolowanego opadnięcia zapadni w momencie spadku ciśnienia czynnika hydraulicznego. Zupełnie odmiennie jest w przypadku zapadni z napędem typu Spiralift, których konstrukcja mechaniczna umożliwia zatrzymanie i utrzymanie się na dowolnie wybranym poziomie bez konieczności jakiegokolwiek ryglowania. Nawet w przypadku całkowitego braku zasilania zapadnia z napędem „spiralift” pozostanie w zadanej pozycji zapewniając zdecydowanie wyższy poziom bezpieczeństwa użytkownika niż w przypadku zapadni hydraulicznej.

Konstrukcja zapadni z napędem „spiralift” umożliwia dodatkowe podniesienie i tak już wyższego niż w przypadku zapadni hydraulicznych poziomu bezpieczeństwa.

Opracowanie *Projekt wykonawczy zapadni sceny i fosy orkiestry. Część 1 - Obliczenia techniczne, luty 2011* zawiera następujący opis awaryjnej obsługi zapadni: „W przypadku awarii napięcia zasilającego napędy zapadni, normalne użytkowanie zapadni nie jest

*możliwe. Jeśli jednak istnieje znaczne zagrożenie dla bezpieczeństwa związane z pozycją jaką zajmują zapadnie unieruchomione zanikiem zasilania, istnieje możliwość ręcznej obsługi. W tym celu przewidziano wyprowadzenie wolnego końca wału silnika, na którym zasprężone zostanie ręczne koło napędowe. Również hamulce elektromechaniczne wyposażone będą w ręczne dźwignie zwalnijące. Dźwignie te muszą być stale odciągnięte przez osobę obsługującą aby ruch zapadni przebiegał swobodnie. Druga osoba współpracująca w awaryjnej obsłudze zapadni obraca w tym czasie kołem ręcznego napędu. W trakcie tak realizowanego ruchu zapadni jest warunkiem absolutnie koniecznym dokładne śledzenie ruchu zapadni przez osoby skomunikowane ze sobą i obserwujące ruch na wszystkich poziomach sceny i podscenia. "*

Tym samym niestusznym staje się zarzut Zamawiającego jakoby zastosowanie napędu elektromechanicznego „spiralift” nie pozwalało na zapewnienie sterowania awaryjnego zapadni przy jednoczesnej awarii zasilania podstawowego i awaryjnego. Obydwa analizowane rodzaje napędów posiadają skuteczne zabezpieczenia na wypadek jednoczesnej awarii zasilania podstawowego i awaryjnego, a nawet należałoby stwierdzić, że zastosowanie napędu elektromechanicznego „spiralift” w istotny sposób podnosi bezpieczeństwo użytkownika.

*Ad. 6 Zastosowanie zaoferowanego napędu elektromechanicznego „ spiralift” spowoduje, przekroczenie poziomu dźwięku ponad dozwolony poziom 40 dBA przy maksymalnych prędkościach i obciążeniach*

Zgodnie z Projektem wykonawczym zapadni sceny i fosy orkiestry. Część 1 -Obliczenia techniczne przewiduje się zastosowanie następujących środków ochrony przeciwdźwiękowej:

- ustawienie częstotliwości pracy (próbkowania) falowników na jak najwyższą wartość co pozwoli na maksymalne wyciszenie silników;
- wyposażenie silników w pokrywy - obudowy ochronne wykonane na stelażu metalowym i wypełnione matami dźwiękochłonnymi;
- zastosowanie przewodnic zapadni o wysokiej gładkości współpracujących z przewodnikami tłumiącymi drgania jakie mogą powstawać na styku współpracujących elementów;
- zastosowanie wysokich przełożeń przekładni napędowych pozwalających obniżyć prędkość obrotową wałów napędowych co znacznie ograniczy hałaśliwość napędu.

Dodatkowo zgodnie z opinią techniczną w zakresie akustyki zapadni scenicznych z kolumnami Spiralift zostaną wdrożone następujące środki w celu zapewnienia uzyskania wymaganego poziomu głośności:

- Projektowanie szczegółów zapadni scenicznych zostanie podporządkowane wytycznym opracowanym przez projektanta akustyka;
- Wnętrza komór/obudów, w których będą znajdowały się silniki oraz wnętrza podszybia, w którym będą znajdowały się konstrukcje mechaniczne, zostaną wyłożone materiałami o dużej wartości współczynnika pochłaniania dźwięku (chłonność akustyczna klasy A). To rozwiązanie umożliwi poważne stłumienie dźwięków powstających wewnątrz tych przestrzeni, rzędu kolejnych kilku dB. To oznacza, że nie tylko hałas silników, ale również dźwięki generowane przez sam układ mechaniczny będą tłumione przez materiały akustyczne, którymi zostaną wykończone od wewnątrz w/w przestrzenie.
- Elementy wibrujące układu mechanicznego zostaną zamocowane do konstrukcji budynku przy użyciu elementów wibroizolujących (np. wibroizolatory elastomerowe) co również przyczyni się do redukcji dźwięku generowanego w trakcie pracy układu mechanicznego.
- Prędkość wałów obrotowych wpływa bezpośrednio na głośność napędu, dlatego też prędkość ta zostanie zminimalizowana przez zastosowanie dużych przełożeń przekładni napędowych.

Dodatkowo sam fakt, iż maszynownia zapadni znajduje się na znacznej głębokości pod poziomem sceny powoduje, że poziom zakłóceń akustycznych powstających podczas ruchu zapadni mierzony na widowni jest bardzo mocno zredukowany.

Rzeczoznawca inż. Jerzy G. wskazuje, iż jedną z zalet zastosowanego napędu „spiralift” jest bardzo cicha, praktycznie niesłyszalna praca wznoszących się kolumn - podnośników. Zespół napędowy tzn. silnik elektryczny, reduktor, hamulec pracują jak w każdym innym rodzaju napędów nieco głośniejsze, ale ich głośność nie zakłóca przedstawień nawet teatrów dramatycznych.

Konkluzją opinii technicznej z zakresu akustyki zapadni scenicznych z kolumnami Spiralift jest iż zastosowanie wszystkich omówionych metod redukcji hałasu poziom dźwięku mierzony w istotnym miejscu, czyli na widowni, będzie zdecydowanie poniżej 40 dB A, spełniając jednocześnie wymagania krzywej hałasowej NR25.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, iż w przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do spełnienia przez oferowane urządzenia wymogów siwz winien on zwrócić się do wykonawcy z żądaniem przedstawienia wyjaśnień w tym zakresie, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

W ramach uzasadnienia zarzutu, iż zawiadomienie z dnia 11.02.2011 r. o powtórzeniu wyboru oferty najkorzystniejszej nie spełnia warunków określonych normą art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazano, że zawiadomienie to, nie zawiera pełnego uzasadnienia faktycznego podjętej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający przedstawia stwierdzenia



ogólnikowe, nie poparte przytoczeniem konkretnych postanowień siwz. Nie dokonuje również porównania parametrów określonych w siwz z osiągnięciami urzędzeń proponowanych przez Wrobis. Powyższe uchybienia świadczą o nieprzeprowadzeniu kompleksowego procesu dokładnego badania i oceny jego oferty. Wskazane braki rozstrzygnięcia wskazują zatem na dokonanie czynności wyboru oferty z naruszeniem przepisów ustawy.

W dniu 24.02.2011 r. Warbud oraz Inter-System zgłosiły przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a także dowody, stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

#### **A. sygn. akt KIO 327/11**

W ramach opisanych w pkt 9.1) lit b) siwz warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu posiadali wiedzę i doświadczenie w robotach budowlanych na obiektach zabytkowych wpisanych do rejestru zabytków lub wykazu zabytków prowadzonych przez organy władzy państwowej lub samorządowej tj. wykonali w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwa zadania polegające na przebudowie lub remoncie obiektów budowlanych wpisanych do rejestru zabytków lub wykazu zabytków prowadzonych przez organy władzy państwowej lub samorządowej, o wartości łącznej obydwu zadań co najmniej 20 mln złotych brutto i łącznej kubaturze co najmniej 50.000 m<sup>3</sup> i roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

W pkt 9.1) lit d) siwz wymagano aby wykonawcy posiadali wiedzę i doświadczenie w wykonaniu prac w zakresie akustyki widowni filharmonii, opery, operetki lub teatru muzycznego o ilości miejsc siedzących co najmniej 200, tj. wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie lub w przypadku, gdy usługi wykonywane były w ramach umowy na roboty budowlane w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli

okres działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zadanie obejmujące swoim zakresem rozmieszczenie materiałów i ustrojów akustycznych lub strojenie systemu elektroakustycznego wraz z odpowiednimi pomiarami akustycznymi.

W pkt 9.1) lit d) siwz wymagano aby wykonawcy posiadali wiedzę i doświadczenie w wykonaniu prac w zakresie technologii sceny filharmonii, opery, operetki lub teatru muzycznego o ilości miejsc siedzących co najmniej 200, tj. wykonali w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert lub w przypadku, gdy usługi wykonywane były w ramach umowy na roboty budowlane w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zadanie obejmujące swoim zakresem montaż elementów technologii sceny.

Celem potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy obowiązani byli złożyć:

- odnośnie warunków z pkt 9.9.1) a)-b) wykaz wykonanych robót w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

- odnośnie warunków z pkt 9.9.1) c)-e) wykaz wykonanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie.

Warbud S.A. przedstawiła wraz z ofertą:

„Załącznik nr 6 – wykaz robót budowlanych wykonanych przez wykonawcę” (strona 33 oferty i n.), gdzie w poz. 3 wskazano wykonanie przez firmę Enterprise PETIT S.A.S. budowy (generalne wykonawstwo) Konserwatorium Muzyki, Tańca i Sztuki Dramatycznej w Levallois Perrot we Francji. Wartość kontraktu: 24 535 682 euro (netto).

W poz. 5 tego dokumentu wykazano remont budynku administracyjnego (zabytkowego) położonego we Wrocławiu przy ul. Św. Elżbiety 3 w zakresie remontu z rewaloryzacją elewacji oficynowej i bocznych.

„Załącznik nr 7 – wykaz usług wykonanych przez wykonawcę” (str. 36 i n oferty) gdzie w poz. 2 wykazano wykonanie rozmieszczenia materiałów i ustrojów akustycznych, strojenia systemu elektroakustycznego wraz z odpowiednimi pomiarami akustycznymi, a w poz. 3 wykonanie montażu elementów technologii sceny. Obie ww. usługi zostały wykonane przez firmę PETIT Enterprises w ramach generalnego wykonawstwa budowy Konserwatorium

Muzyki, Tańca i Sztuki Dramatycznej w Levallois Perrot we Francji. W obu pozycjach podano wartość kontraktu: 24 535 682 euro (netto).

Do oferty (str. 40 oferty) załączono również Attestation Certificat de Capacite (Poświadczenie zdolności wykonawcy) wraz z tłumaczeniem z języka francuskiego, wystawione przez pracownię architektoniczną DGM & Associates pozytywnie oceniające wykonanie przez Enterprises PETIT robót wielobranżowych w trakcie inwestycji „Budowa Konserwatorium Muzyki, Tańca i Sztuki Dramatycznej w Levallois Perrot”, której inwestorem była Dyrekcja Budynków Komunalnych Miasta Levallois. Z datami wykonania: 06.01.2006 – 26.02.2008.

W ramach ww. referencji oceniono roboty wykonane przez wykonawcę w kryteriach: jakość personelu (wysoce zadowolająca), terminowość (wysoce zadowolająca), świadczenia (zadowolająca), system jakości na budowie (zadowolająca), poszanowanie środowiska (wysoce zadowolająca).

W pkt 5) „Ogólna ocena jakości robót” stwierdzono: *„prawdziwa praca zespołowa inwestora, kierownika budowy i wykonawcy”*.

W pkt 6) „Czy byliby Państwo skłonni ponownie skorzystać z usług firmy PETIT lub polecić ją innym?” wskazano: *tak*.

W dniu 08.02.2011 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie czy DGM posiadała kompetencje do wystawienia ww. potwierdzenia należytego wykonania robót.

W przypadku gdyby wyjaśnienia nie potwierdziły spełniania warunku, wezwano do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Pismem z dnia 09.02.2011 r. Warbud S.A. wyjaśniła, iż D.G.M. et Associates, działał jako Inwestor Zastępczy dla inwestycji polegającej na budowie Konserwatorium Muzyki, Tańca i Sztuki Dramatycznej w Levallois Perrot we Francji. DGM prowadziła w imieniu zamawiającego, Miasta Levallois, Dyrekcja Budynków Komunalnych 140 rue Marius Aufan, 92 300 Levallois całość inwestycji i miała m.in. kompetencje do potwierdzania należytego wykonania robót wykonanych przez firmę Enterprises PETIT na w/w inwestycji.

W trakcie rozprawy Inter-System przedłożyła w charakterze dowodów:

1. Aneks nr 1 do umowy o wykonawstwo zawartej pomiędzy Miastem Levallois z konsorcjum reprezentowanym przez D.G.M. (członka i pełnomocnika konsorcjum) z pismem przewodnim przekazującym aneks wykonawcom (w języku francuskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym), w którego treści (art. 1) postanowiono, iż w ramach umowy o wykonawstwo zawartej z konsorcjum reprezentowanym przez spółkę DGM (w składzie konsorcjum m.in. spółka XU-Acoustique) w zakresie budowy Konserwatorium Muzyki, Tańca i Sztuki Dramatycznej, przygotowany został ostateczny projekt uwzględniający

wszystkie opracowania wykonane przez ekipę wykonawczą, jak również poprawki techniczne i estetyczne wymagane przez inwestora. Tym samym uchwalono ostateczny projekt, a co za tym idzie, należało ustalić ostateczną ryczałtową kwotę wynagrodzenia należną ekipie wykonawczej.

W art. 2 ww. Aneksu uzgodniono wzrost kwoty ustalonej na podstawie aneksu:

Początkowa wycena robót: 21 200 000

Stopa wynagrodzenia – 8,422%

Współczynnik całościowy – 1,57

Ryczałt przejściowy netto – 2 803 178,48

Przewidywana kwota kosztów prac ustalona przez wykonawcę z uwzględnieniem zmian w projekcie: 22 924 11,81

Stopa wynagrodzenia – 8,422%

Współczynnik całościowy – 1,57

Nowy ryczałt wynagrodzenia podstawowego netto – 3 031 148,53

VAT – 454 15,11

Nowa kwota wynagrodzenia brutto – 3 625 253,64

Kwota w aneksie nr 1 wzrasta zatem z kwoty 227 970,05 euro netto, to jest 272 652,18 brutto. Poszczególne składniki wynagrodzenia ryczałtowego zostały zawarte w załączniku do aneksu.

Zgodnie z art. 3 – aneks sporządzono w dniu 29.09.2005 r.

2. Faktura VAT nr 2008005589 z dnia 08.10.2008 wystawiona Miastu Levallois-Perret przez XU-Acoustique za „Konsultant Inwestora. Nadzór, pilotowanie, koordynowanie realizacji kabiny nagraniowej, poprawki akustyczne strefy „muzyka aktualna” do celów odtwarzania muzyki z nagłośnieniem i inne prace dotyczące zagospodarowania tej części, Inżynier Emmanuel Ruget” na kwotę 11 971,96 brutto (w języku francuskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym).
3. Faktura VAT nr 2008005242 z dnia 26.09.2008 wystawiona Miastu Levallois-Perret przez XU-Acoustique za „Wykonawstwo. Misja wykonania nowego konserwatorium 31-33 rue Gabriel Peri, zestaw 7, MO Acousticien, (Wykonawca akustyk), Aneks nr 2, Inżynier Emmanuel Ruget” na kwotę 20 810,40 brutto (w języku francuskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym).
4. Wydruk z wiadomości email z dnia 01.03.2011. z adresu [v.chavez@xu-acoustique.com](mailto:v.chavez@xu-acoustique.com) do p. Sylwii K. (w języku angielskim wraz z niedokładnym tłumaczeniem własnym odwołującego), w którym wyjaśniono, iż firma PETIT wykonała inwestycję. Dla każdego projektu przedsiębiorstwo to zatrudniło inny zespół. Ponieważ zespół wybrany przez Levallois nie miał doświadczenia w akustyce, wzięto akustyka w

trakcie budowy, nie było to przedmiotem przetargu, zostało to wykonane później, wtedy gdy zobaczyli jak ważne jest to dla nich. Akustykiem została firma Caphorn Acoustics. Opracowała szczegółowy plan projektu, elementy akustyczne, nadzorowała instalację i dokonała pomiarów izolacji. Pan N. – akustyk został przypisany ze strony Caphorn Acoustics do projektu.

W trakcie rozprawy Warbud S.A. przedłożyła jako dowód - „Zaświadczenie o kwalifikacjach” (w języku francuskim wraz z tłumaczeniem przysięgłym) wystawione w dniu 24 lutego 2011 r. przez Generalną Dyрекcję Serwisów Technicznych Miasta Levallois, w którym potwierdzono, iż spółka PETIT, jako generalny wykonawca Konserwatorium Muzyki, Tańca i Sztuki Dramatycznej, w sposób zadowalający inwestora i zgodnie z zasadami sztuki, wykonała m.in., w ramach różnych robót branżowych, roboty związane z technologią sceny i akustyką, w tym pomiary akustyczne sali koncertowej.

## **B. sygn. akt KIO 349/11**

W pkt. 7.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zamawiający zastrzegł, iż nie dopuszcza składania ofert wariantowych.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Tom III „Opis przedmiotu zamówienia” (OPZ), w pkt 3.4 „Wykaz elementów rozliczeniowych” zamawiający zamieścił Tabelę B - ROBOTY BUDOWLANO-MONTAŻOWE, gdzie w poz. 61.55.6. wskazano napędy hydrauliczne. Zgodnie z pkt 14.3 lit. k) siwz wypełniony wykaz elementów rozliczeniowych należało przedłożyć wraz z ofertą.

Częścią opisu przedmiotu zamówienia był również wskazany w pkt 3.2.2 OPZ - Projekt wykonawczy Nr 12 „Technologia widowiskowa” oraz wskazana w pkt 3.3 Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych - STWiOR nr 12 „Technologia widowiskowa”

W pkt 7.1.3. „Opis techniczny” w STWiOR nr 12 odnośnie zapadni scenicznej dużej sceny projektant wskazał, iż zapadnia ta podnoszona jest przez jeden liniowy napęd hydrauliczny (z zastosowaniem siłownika hydraulicznego).

W pkt. 7.6 ww. dokumentu opisuje się i charakteryzuje przewidywane napędy hydrauliczne, ich parametry oraz sposób funkcjonowania.

W pkt 7.10.1 tiret 20 projektant wskazuje aby przy zespole napędowym (hydraulicznym albo elektromechanicznym) umieścić trwale tabliczki znamionowe z określonymi informacjami.

W pkt 7.10.1 tiret od 27 do 29 opisuje się urządzenia hydrauliczne i sposób ich montażu.

W Projekcie wykonawczym, na rysunku nr 2-OCH-32 535 zawarto „Blokowy schemat systemu hydraulicznego, Duża scena – dolna mechanizacja”.

Na stronie tytułowej OPZ zaznaczono: „Wskazanie nazw zwyczajowych czy producentów w zamieszczonych elementach opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) służy wyłącznie określeniu standardu. Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. W takiej sytuacji zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów, potwierdzających spełnienie wymagań.”

W ofercie Wrobis na stronie 90 w Tabeli B w poz. 61.55.6. „Napędy hydrauliczne” wskazano, iż przyjęto napęd *spirolift*. Było to jedyne miejsce i jedyna informacja w ofercie na temat oferowanych napędów.

#### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że obaj odwołujący legitymują się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

#### **A. KIO 327/11**

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 4 z postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W świetle przytoczonych wymagań siwz dotyczących materialnej treści warunków udziału w postępowaniu i wymaganego sposobu ich potwierdzenia, biorąc pod uwagę informacje zawarte w dokumentach załączonych do oferty Warbud S.A. oraz dowody przedłożone przez uczestników postępowania odwoławczego, Izba stwierdza brak podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie ww. przepisu – Warbud S.A. prawidłowo wykazała spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiocie kwestionowanych robót budowlanych – remontu obiektu zabytkowego Izba wskazuje, iż sformułowany w pkt 9.1) lit b) siwz warunek udziału w postępowaniu nie odnosił się do cech czy zakresu remontu lub przebudowy, a w szczególności nie definiował dopuszczalnego remontu przez wskazanie której lub jak wielkiej części obiektu budowlanego miał dotyczyć. Zamawiający poprzestał jedynie na

wskazaniu rodzaju obiektu i wartości prac. Tym samym każdy rodzaj czy zakres remontu lub przebudowy dotyczący wskazanego obiektu i spełniający kryterium wartości winien więc być uznany za spełniający ww. warunek. Odwołujący wskazując, iż z definicji obiektu budowlanego wynika, że remont elewacji nie mieści się w definicji obiektu budowlanego popełnia błąd przesunięcia kategoryjnego – remont nie jest obiektem budowlanym i nie ma pomiędzy tymi pojęciami jakiegokolwiek powiązania definicyjnego. Natomiast remont jakiegokolwiek części obiektu budowlanego jest remontem tego obiektu.

W przedmiocie zarzucanego braku potwierdzenia należytego wykonania usług przez firmę PETIT Enterprises wykazywanych przez Warbud S.A., Izba wskazuje, że w załączonym do oferty wykazie usług podano dane i informacje zgodne z wymaganiami zamawiającego, tj. potwierdzające wykonanie prac odpowiadających treści warunków sformułowanych w pkt 9.1) lit d) i e) siwz. Natomiast ich należyte wykonanie zostało wystarczająco potwierdzone załączoną do oferty referencją wystawioną przez D.G.M. et Associates.

Co do zasady, zgodnie z przepisami § 1 ust. 1 pkt 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) dokumentem potwierdzającym zakres czy rodzaj prac przywoływanych w celu wykazania spełnienia warunków posiadania wiedzy i doświadczenia, jest wykaz robót budowlanych, dostaw lub usług. Wykaz tego typu jest dokumentem wytwarzanym przez samego wykonawcę, stanowiącym *de facto* oświadczenie własne wykonawcy, w którym prawdziwość podawanych danych sankcjonowana jest dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z założenia więc, to w wykazie podane zostają dane na temat rodzaju i zakresu doświadczenia pozwalające zakwalifikować je jako odpowiadające opisowi warunku postawionego przez zamawiającego. Natomiast dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wykazywanych prac nie muszą dokładnie oddawać i obrazować wszystkich szczegółów z nimi związanych – wystarczające jest jeżeli dają się zidentyfikować jako odnoszące się do prac wykazywanych w wykazie i potwierdzają prawidłowość ich wykonania.

W rozpatrywanym przypadku wybrany wykonawca oświadcza, iż w przedłożonych wykazach robót i usług, w zgodzie z rzeczywistością podany został zakres prac wykonywanych przez firmę Petit w trakcie i w ramach wskazanej inwestycji. Natomiast załączona referencja wystawiona przez podmiot uprawniony i kompetentny, jako potwierdzająca prawidłowe wykonanie całości inwestycji odnosi się również do wykonania usług nią objętych – wykonanych w ramach tzw. robót wielobranżowych (nawet jeśli słowo „usługi” tam nie pada). Wewnętrzna spójność i kompletność tego typu informacji nie budzi w ocenie Izby wątpliwości. Natomiast ich materialna prawdziwość nie została w żadnym razie podważona za pomocą dowodów przedłożonych przez odwołującego w trakcie rozprawy.

Oceniając ww. dowody Izba uznała je za niejasne i niepotwierdzających założonych tez dowodowych zmierzających do wykazania, iż żadnych usług wykazywanych w ofercie Warbud, PETIT Enterprises nie wykonywała (np. ze względu, że wykonywały je inne podmioty).

W szczególności fakt braku przedstawienia dokumentów powiązanych (umów) z aneksem nr 1 i fakturami wystawianymi przez spółkę XU-Acoustique nie pozwala stwierdzić czego tak naprawdę dotyczą. Brak tego typu jest istotny ze względu na uniemożliwienie wiarygodnej oceny przedstawionych dokumentów, jak też niezrozumiały ze względu na okoliczność, że ich pozyskanie i przedstawienie było z pewnością możliwe – np. skoro możliwe było pozyskanie aneksu do umowy, to również możliwe było pozyskanie samej umowy. Tak jak możliwe było również przedstawienie całości korespondencji z XU-Acoustique, a nie tylko pojedynczej wiadomości e-mail.

Treść ww. aneksu nie przesądza wcale, że umowa pomiędzy miastem Levallois a konsorcjum wykonawców, którego liderem była spółka DGM, a członkiem firma XU-Acoustique, dotyczyła wykonania robót budowlanych. Mowa tam o wykonaniu robót, co uwzględniając specyfikę tłumaczenia wcale nie musi odnosić się do robót budowlanych w rozumieniu polskiej ustawy Prawo budowlane. Ponadto sam sposób zwiększenia i obliczenia wynagrodzenia przyjęty w art. 2 aneksu wskazuje, iż wynagrodzenie wykonawców liczone było procentowo względem wartości robót (w domyśle: budowlanych). Z powodu wskazanego braku umowy zmienianej aneksem nie sposób cokolwiek wiążąco orzec o znaczeniu i rodzaju wskazanego wynagrodzenia (tak jak o przedmiocie umowy), jego kształt i wysokość wskazuje jednak, iż jest to wynagrodzenie dotyczące usług związanych z prowadzeniem robót budowlanych (typu: nadzorowanie, kierowanie, zarządzanie, Inżynier Kontraktu, Inwestor Zastępczy... etc.), które w praktyce prowadzenia inwestycji przez inwestorów są często zawierane, lub co w świetle brzmienia art. 2 aneksu bardziej prawdopodobne – z przygotowaniem projektu. Spółka DGM nie byłaby więc generalnym wykonawcą robót budowlanych, ale podmiotem (wraz z konsorcjum) prowadzącym lub zarządzającym w imieniu inwestora jego inwestycją lub projektantem (lub jednym i drugim). Ponadto data aneksu nr 1 wskazuje, iż przygotowany został przed rozpoczęciem prac wykonywanych przez PETIT i wykazywanych w ofercie Warbud. Rola DGM w świetle przedstawionych przez odwołującego dokumentów wcale nie jest przesądzona. W szczególności jednak żadne informacje tam zawarte nie przeczą oświadczeniu Warbud, iż podmiot ten był „Inwestorem zastępczym” w trakcie realizacji inwestycji i posiadał wiedzę na temat wykonawcy i przebiegu robót.

Następnie na fakt, iż DGM i XU-Acoustics nie były wykonawcami usług „akustycznych” w trakcie inwestycji, której generalnym wykonawcą była spółka PETIT, wskazuje mail z XU-Acoustics przedstawiony przez odwołującego, z którego wynika, iż wykonywane były przez Caphorn Acoustics, podwykonawcę PETIT Enterprises. Co do zasady, generalnemu wykonawcy inwestycji można przypisać doświadczenie związane z wykonaniem całości zadań realizacją taką objętych, wykonywanych konkretnie przez podwykonawców, których zatrudnił. Natomiast prace wykonywane przez XU-Acoustics, których dotyczą przedłożone faktury, zostały przedsięwzięte już po zakończeniu robót i usług wykazywanych w ofercie Warbud. Nie wiadomo *de facto* jakiego rodzaju prac (usług) i zakresu robót faktury te dotyczą i w jakim stosunku zakres wyfakturowany pozostaje do robót (usług) wykonywanych przez PETIT czy wcześniej przez XU-Acoustique.



Tymczasem jasny i wiarygodny jest dowód przedstawiony przez przystępującego – zaświadczenie inwestora, Miasta Levallois, który jednoznacznie potwierdził fakt wykonania robót przez spółkę Petit i dodatkowo potwierdził ich kwestionowany zakres. W związku z powyższym dowód tego typu uznano za przesądzający w kwestii potwierdzenia prawdziwości danych zawartych w załącznikach do oferty wybranej. Na marginesie Izba zastrzega, iż terminów używanych w obcych językach, w różny sposób tłumaczonych na język polski, nie należy utożsamiać i przypisywać im znaczenia wynikającego z polskiego systemu prawnego w postaci ścisłego rozróżniania robót i usług.

Uwzględniając powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia Warbud S.A. w związku z opisanymi w odwołaniu okolicznościami, które takie wykluczenie miałyby uzasadniać. Natomiast zarzuty naruszenia pozostałych przepisów wskazanych w odwołaniu są wtórne w stosunku do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

## **B. 349/11**

Podstawę prawną odrzucenia oferty w przedmiotowym przypadku stanowił przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu podlega oferta, której treść nie odpowiada treści siwz i tego typu niezgodność nie może zostać zlikwidowana na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy. Izba nie stwierdziła naruszenia ww. przepisów w odniesieniu do oferty odwołującego.

Zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

Następnie art. 30 ustawy stanowi:

ust. 1. - Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą cech technicznych i jakościowych, z zachowaniem Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy.

ust. 2. - W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy uwzględnia się w kolejności:

- 1) europejskie aprobaty techniczne;
- 2) wspólne specyfikacje techniczne;
- 3) normy międzynarodowe;
- 4) inne techniczne systemy odniesienia ustanowione przez europejskie organy normalizacyjne.

ust. 3. - W przypadku braku Polskich Norm przenoszących normy europejskie lub norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących te normy oraz aprobat, specyfikacji, norm i systemów, o których mowa w ust. 2, uwzględnia się w kolejności:

- 1) Polskie Normy;
- 2) polskie aprobaty techniczne;
- 3) polskie specyfikacje techniczne.

ust. 4. - Opisując przedmiot zamówienia za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1–3, zamawiający jest obowiązany wskazać, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym.

Natomiast zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp przedmiot zamówienia na roboty budowlane zamawiający opisuje za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Szczegółowy zakres i formę powyższej dokumentacji określono w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego z dnia 2 września 2004 r. (Dz.U. Nr 202, poz. 2072 ze zm.) wydanego na podstawie delegacji zawartej w art. 31 ust. 4 Pzp.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą ww. dokumentacji projektowej, nie stosował przy tym norm, aprobat, wspólnych czy polskich specyfikacji technicznych lub innych technicznych systemów odniesienia w rozumieniu art. 30 Pzp. (Nawet jeśliby przyjąć założenie odmienne, to w przypadku ustawowego obowiązku dopuszczenia równoważności rozwiązaniom opisywanym normami, aprobatami... *etc.*... wykonawca powołujący się na rozwiązania równoważne winien zgodnie z art. 30 ust. 5 wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego, czego odwołujący składając swoją ofertę nie uczynił).

W świetle przytoczonych w ramach ustaleń Izby fragmentów opisu przedmiotu zamówienia, wyrażonym i opisanym w siwz zamiarem zamawiającego było uzyskanie wykonania (zakup) systemu podnoszenia sceny z napędem hydraulicznym. Ujmując powyższe inaczej: w danej części zamówienia jego przedmiotem był napęd hydrauliczny, a nie jakkolwiek napęd służący realizacji założonych celów.

Zamawiający nie wskazał, iż dopuszcza tu jakąkolwiek zamiennność i równoważność. Sfera dowolności i uznaniowości przyjętych przez wykonawców rozwiązań winna mieścić się w ramach zakresu nieuregulowanego i nieopisanego w siwz, a nie wykraczać poza jego ramy i oferować rozwiązania ewidentnie niezamawiane.

Ponadto wskazanie zastosowania opisanego i dookreślonego w dokumentacji projektowej napędu hydraulicznego nie jest wskazaniem produktu jakiegoś konkretnego wykonawcy, wobec którego należało dopuścić zaoferowanie produktów równoważnych i czego dotyczyły postanowienia zawarte na stronie tytułowej OPZ.

Również nazbyt daleko idące wnioski w przedmiocie rodzaju dopuszczonych rozwiązań wyciąga odwołujący w związku z pomieszczonym w pkt 7.10.1 tiret 20 STWiOR nr 12 wymaganiem odnośnie

treści tabliczek znamionowych (wskazanie na hydrauliczne i elektromechaniczne zespoły napędowe). O opisanym i tym samym zamawianym przedmiocie zamówienia przesądza całość dokumentacji projektowej, a nie poczynione w jednym miejscu zastrzeżenie dotyczące treści tabliczek znamionowych. Jak już zaznaczono powyżej – jako zamawiany w siwz opisany został hydrauliczny system podnoszenia sceny. Ponadto za wiarygodne i niezaprzeczone uznano wyjaśnienia zamawiającego, iż również w zaprojektowanym systemie hydraulicznym znajdują się części i urządzenia napędzane elektromechanicznie i oznaczenie takich urządzeń powinno znajdować się na tabliczkach znamionowych.

Także w treści samej oferty – w Tabeli elementów scalonych w poz. 61.55.6. – wymagano wycenienia i zaofierowania napędu hydraulicznego, a nie jakiegoś innego napędu, w tym równoważnego.

Tymczasem bezsporne pomiędzy stronami jest zaofierowanie przez odwołującego innego napędu niż hydrauliczny, co zostało zaznaczone w treści oferty (we wskazanej wyżej Tabeli elementów scalonych) i potwierdzone w odwołaniu. Oferowany napęd Spiralift (firmy Gala) jest tzw. napędem elektromechanicznym, odbiegającym zasadniczo konstrukcyjnie od napędów typu hydraulicznego, inaczej montowanym i opierającym się na wykorzystaniu innych zjawisk fizycznych (system stalowych zwojów i sprężyn a sprężanie i rozprężanie cieczy). Przy czym odwołujący podnosi, iż tożsamy jest efekt funkcjonalny zastosowania obu napędów, czyli osiągnięty zostaje ruch zapadni scenicznej w górę i w dół oraz porównywalne są parametry i bezpieczeństwo takiego ruchu (na poziomie wymaganym przez zamawiającego). W tym znaczeniu (celu i funkcjonalności) napęd oferowany i opisany w siwz są według odwołującego napędami równoważnymi, co miało uprawniać wykonawcę do zaofierowania napędu elektromechanicznego.

Jednakże w zastanym stanie faktycznym i prawnym Izba nie oceniała parametrowej równoważności obu typów napędu. Można poprzestać tu jedynie na konstatacji, że w ofercie Wrobis nie zawarto żadnych danych, które pozwoliłyby zamawiającemu na sformułowanie jakiegokolwiek dokładnych wniosków w tym zakresie. Jakkolwiek zamawiający znając nazwę własną oferowanego rozwiązania mógł ocenić i stwierdzić, iż z pewnością nie jest to napęd hydrauliczny zamawiany w siwz, jednakże nie znając dokładnych parametrów i opisu konkretnie oferowanej konstrukcji (opis techniczny czy jakiegokolwiek dane w tym zakresie w ofercie nie były wymagane) nie mógł orzec na temat jego szczegółowych parametrów i osiągnięć. Kwestia tak rozumianej równoważności oferowanego rozwiązania nie jest jednak w tym przypadku istotna dla oceny wystąpienia przesłanek odrzucenia oferty odwołującego i jako taka nie była przez Izbę rozpatrywana. Z tego względu nie wzięto pod uwagę jakichkolwiek dowodów przedkładanych przez odwołującego i zamawiającego na okoliczność wykazania równoważności/nierównoważności oferowanych i zamawianych rozwiązań, a także oddalono wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w tym zakresie.

Izba stanęła bowiem na stanowisku, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu jej zasadniczej niezgodności z treścią siwz opisaną powyżej, czyli z powodu samego zaofierowania napędu innego niż wymagany w siwz. Zamawiający nie opisał przedmiotu

swojego zamówienia przez wskazanie celów i parametrów, które mają zostać osiągnięte przy pomocy dowolnych rozwiązań technicznych, ale wyspecyfikował określony rodzaj urządzeń, który chce zakupić i użytkować w ramach eksploatowanej technologii scenicznej (napędy hydrauliczne). Jak już wskazano, zamawiający nie dopuścił tu zastosowania rozwiązań innego rodzaju, kwalifikowanych według jakichkolwiek kryteriów równoważności, a także wykluczył składanie ofert wariantowych, rozumianych zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 7 Pzp jako oferty przewidujące odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia. Wykonawca winien więc zaoferować rozwiązanie w siwz opisane lub postulować na wcześniejszych etapach postępowania (przed składaniem ofert) dopuszczenie innych rozwiązań. Dla ilustracji powyższego powołać można następującą analogię: w ramach zamówienia samochodu z silnikiem wysokoprężnym, nie można zaoferować modelu z silnikiem benzynowym lub elektrycznym.

W przedmiocie zarzuty naruszenia art. 92 ust. 1 ustawy Izba wskazuje, iż w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Wrobis, zamawiający zamieścił pełne uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności. Wskazano tam zarówno przepis prawa na podstawie, którego działano (art. 89 ust. 1 pkt 2), jak też okoliczności, które warunkowały jego zastosowanie (w pierwszym zdaniu uzasadnienia wskazano na niezgodność oferty z treścią siwz i na czym ta niezgodność polegała – zastosowanie napędu *spirolift*). Następujące potem, niejako niezależnie, uzasadnienia dlaczego napęd elektromechaniczny jest gorszy od napędu hydraulicznego, nawet jeśli niepełne czy nietrafne, nie mają znaczenia w sprawie.

Ponadto zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Tymczasem wobec potwierdzenia podstaw do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, samo ewentualne potwierdzenie zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 nie miałyby wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i tym samym nie mogłyby stanowić podstawy dla uwzględnienia odwołania.

Na marginesie rozstrzygnięcia, wobec podnoszonych w trakcie rozprawy nieobjętych odwołaniem, innych nieprawidłowości popełnionych zdaniem odwołującego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, należy wskazać, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencjach.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Skład orzekający:**

.....