

WYROK
z dnia 25 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki
Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 i 20 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2016 r. przez wykonawcę **ProAudio-AVT sp. z o.o. we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Wrocławski Klub Formaty we Wrocławiu**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, aby opis parametrów technicznych rozwiązania identyfikującego urządzenia składające się na system nagłośnienia i system oświetlenia zastąpić opisem minimalnych wymagań funkcjonalnych projektowanych systemów, a w zakresie multimediiów – opis parametrów technicznych zastąpić opisem mieszanym obejmującym opis minimalnych wymagań funkcjonalnych i najważniejszych, minimalnych cech technicznych,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Wrocławski Klub Formaty we Wrocławiu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ProAudio-AVT sp. z o.o. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Wrocławskiego Klubu Formaty we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **ProAudio-AVT sp. z o.o. we Wrocławiu** kwotę **11.100 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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:

Członkowie:

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Wrocławski Klub Formaty we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa wraz z montażem i uruchomieniem sprzętu i urządzeń systemu nagłośnienia scenicznego, oświetlenia scenicznego, multimediiów oraz instrumentów muzycznych dla Wrocławskiego Klubu

Formaty”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 23 września 2016 r. poz. 312921.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na opisie przedmiotu zamówienia wykonawca ProAudio-AVT sp. z o.o. we Wrocławiu, zwany dalej „odwołującym”, wniósł 28 września 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na określeniu opisu przedmiotu zamówienia w treści SIWZ w zakresie części I przedmiotu zamówienia z zastosowaniem parametrów technicznych, które w kontekście wymaganej przez zamawiającego funkcjonalności są nadmiernie szczegółowe i nie znajdują obiektywnego uzasadnienia i prowadzące do uznania, iż wszelkie parametry techniczne mogą zostać spełnione jedynie w przez jedno urządzenie indywidualnego producenta, co narusza zasady równości i uczciwej konkurencji wykonawców i wyklucza możliwość zaoferowania urządzeń równoważnych spełniających wszystkie specyficzne wymogi zamawiającego. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu modyfikacji kwestionowanych przez odwołującego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie i brzmieniu wskazanym w odwołaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że naruszenie zasady wynikającej z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp może mieć charakter bezpośredni (jeśli zamawiający wprost stosuje nazwy własne wskazujące konkretnego wykonawcę lub produkt) lub pośredni (jeśli nazwy własne nie zostają wskazane, ale szczegółowy opis parametrów wskazuje na jeden konkretny produkt). Dodatkowo, działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest również zbyt rygorystyczne określenie wymagań co do przedmiotu zamówienia, które nie są uzasadnione, a jednocześnie ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Ponadto naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest nie tylko opis

3

przedmiotu zamówienia wskazujący na jeden konkretny produkt lub wykonawcę, ale także taki opis, który umożliwia dostęp do zamówienia kilku wykonawcom, jednocześnie uniemożliwiając go w sposób nieuzasadniony innym, którzy również byłiby w stanie wykonać dane zamówienie.

Po pierwsze odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo – cenowy” część I - „Nagłośnienie” pkt - 1 zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy NEXO model GEO S805. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wywiódł, że urządzenia (JBL PRO VRX928LA, ELECTRO VOICE XLE181 oraz ADAMSON METRIX), które spełniają większość istotnych dla zachowania cech funkcjonalnych danego urządzenia parametrów technicznych, które jednak nie spełniają dodatkowych cech (obiektywnie nie mających znaczenia dla funkcjonalności i cech użytkowych danego urządzenia), które jednak wymagane są przez zamawiającego, a co nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia. Tym samym jedynie wskazane powyżej urządzenie firmy NEXO jest w stanie spełnić wszystkie wymogi techniczne zamawiającego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i wyklucza z postępowania wykonawców, którzy byłiby zdolni do wykonania zamówienia publicznego w zakresie urządzeń równoważnych (w zakresie istotnych parametrów technicznych). Wskazywał, iż urządzenie JBL PRO VRX928LA nie spełnia jedynie specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie kąta rozproszenia dźwięku oraz skuteczności 1W/1m[b], natomiast urządzenie ELECTRO VOICE XLE181 nie spełnia specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie pasma przenoszenia, wymiarów oraz wagi, ADAMSON METRIX nie spełnia specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie głośnika niskich częstotliwości, przetwornika wysokich częstotliwości, pasma przenoszenia, obudowy, wymiarów oraz wagi.

Po drugie odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo – cenowy” część I - „Nagłośnienie”

pkt 2 zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy NEXO model S830. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wskazał, że przykładowe urządzenie ADAMSON METRIX W, które spełnia większość

4

istotnych dla zachowania cech funkcjonalnych danego urządzenia parametrów technicznych, które jednak nie spełnia dodatkowych cech (obiektywnie nie mających znaczenia dla funkcjonalności i cech użytkowych danego urządzenia), które jednak wymagane są przez zamawiającego, a co nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia. Tym samym jedynie wskazane powyżej urządzenie firmy NEXO jest w stanie spełnić wszystkie wymogi techniczne zamawiającego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i wyklucza z postępowania wykonawców, którzy byliby zdolni do wykonania zamówienia publicznego w zakresie urządzeń równoważnych (w zakresie istotnych parametrów technicznych). Wskazywał, iż urządzenie ADAMSON METRIX W nie spełnia jedynie specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie głośnika niskich częstotliwości, przetwornika wysokich częstotliwości, pasma przenoszenia, obudowy, wymiarów oraz wagi.

Po trzecie odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo – cenowy” część I – „Nagłośnienie” pkt 4 zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy NEXO model RS15. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wskazał, że urządzenia (JBL PRO VRX915S, ELECTRO VOICE XCS 312 oraz ADAMSON Metrix Sub), które spełniają większość istotnych dla zachowania cech funkcjonalnych danego urządzenia parametrów technicznych, które jednak nie spełniają dodatkowych cech (obiektywnie nie mających znaczenia dla funkcjonalności i cech użytkowych danego urządzenia), które jednak wymagane są przez zamawiającego, a co nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia. Tym samym jedynie wskazane powyżej urządzenie firmy NEXO jest w stanie spełnić wszystkie wymogi techniczne zamawiającego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i wyklucza z postępowania wykonawców, którzy byliby zdolni do wykonania zamówienia publicznego w zakresie urządzeń równoważnych (w zakresie istotnych parametrów technicznych). Argumentował, iż urządzenie JBL PRO VRX915S nie spełnia jedynie specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie głośnika niskotonowego, trybu pracy oraz pasma przenoszenia, natomiast urządzenie ELECTRO VOICE XCS 312 nie spełnia specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie głośnika niskotonowego, ADAMSON Metrix Sub nie spełnia specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie złącza, pasma przenoszenia, obudowy, wymiarów oraz wagi.

Po czwarte odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo - cenowy” część I - „Nagłośnienie” pkt. 5 - zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z

5

urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy NEXO model NXAMP 4x4. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wskazał specyficzne wymogi w zakresie minimalnych mocy wyjściowych przy obciążeniu (8 Ohm; 4 Ohm; 2 Ohm), instalacji karty LAN, aktualizacji oprogramowania przez port RS232, zdalnej kontroli oraz sterowania przez port GPIO, zabezpieczenia hasłem, zabezpieczeń (łagodnego startu, cichego wyłączania, limitera prądowego, limitera napięcia szczytowego, przeciwzwarciowych, przeciw składowej stałej, przegrzaniu wzmacniacza), które świadczą o jedynym rozwiązaniu firmy NEXO NXAMP 4x4. Ponadto zamawiający opisał wymagane

okablowanie przez wskazanie znaku towarowego producenta (Nordost N2 Frey 2).

Po piąte odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo - cenowy” część I – „Nagłośnienie” pkt 6 - zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy NEXO model DTD-TU. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wskazał specyficzne wymogi - procesor głośnikowy dedykowany do zaproponowanych głośników szerokopasmowych pasywnych oraz wagi, które świadczą o jedynym rozwiązaniu firmy NEXO DTD-TU.

Po szóste odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo - cenowy” część I - „Nagłośnienie” pkt 7 - zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy Peaver model CS 4000 + profesjonalne okablowanie 4 m (każdy) Qed Signature Genesis Silver, banan-banan tego samego producenta, montowane metodą zaciskową. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wskazał na specyficzne wymogi w zakresie mocy, które świadczą o jedynym rozwiązaniu firmy Peaver CS 4000. Ponadto Zamawiający opisał wymagane okablowanie przez wskazanie znaku towarowego producenta (Qed Signature Genesis Silver).

6

Po siódme odwołujący wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo - cenowy” część I – „Nagłośnienie” pkt 8 - zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy DiGiCo model SD9. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wskazał specyficzne wymogi w zakresie 4 monofoniczne wejścia i wyjścia AE5/EBU, matrycy 12x8, wbudowanego interfejsu MAPI, wbudowanego interfejsu MIDI, portów GPIO, wymiarów, które świadczą o jedynym rozwiązaniu firmy DiGiCo SD9. Ponadto zamawiający opisał wymagane okablowanie przez wskazanie znaku towarowego producenta (Nordost Ls Red Dawn).

Po ósme odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo - cenowy” część I - „Nagłośnienie” pkt. 9 - zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy DiGiCo model D-RACK. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wskazuje specyficzne wymogi w zakresie rack sceniczny dedykowany do konsoli z poz. 9, możliwości rozbudowy, wymiarów, które świadczą o jedynym rozwiązaniu firmy DiGiCo D-RACK.

Po dziewiąte odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo - cenowy” część I - „Nagłośnienie” pkt 11 - zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy HK AUDIO model L5112 XA. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wskazał

specyficzne wymogi w zakresie mocy, maksymalnego SPL, tuby, obudowy, które świadczą o jedynym rozwiązaniu firmy HK AUDIO LS 112 XA.

Po dziesiąte odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo — cenowy” część I - „Nagłośnienie” pkt 12-13 - zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów

7

wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy Sennheiser model FM 100 G3 oraz splitter Sennheiser ASA-1 + A1031-U +zasilacz. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wskazał na specyficzne wymogi w zakresie pasma częstotliwości, redukcji szumów HDX, które świadczą o jedynym rozwiązaniu firmy Sennheiser FM 100 G3 oraz splitter Sennheiser ASA-1 + A1031-U +zasilacz.

Po jedenaste odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo - cenowy” część I - „Oświetlenie” pkt 12 - zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy MA Lighting model MA on PC Command Wing. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Tytułem potwierdzenia odwołujący wskazał specyficzne wymogi w zakresie długości executorów suwakowych, blok główny z suwakami 100 mm i klawiszami Go+, Go- i Pause, suwaka Grand Master, wbudowanego zasilacza, wymiarów, które świadczą o jedynym rozwiązaniu firmy MA Lighting MA on PC Command Wing.

Po dwunaste odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo — cenowy” część I - „Multimedia” pkt. 6 - zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy OPTOMA model EH501. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wywiódł, że urządzenia (Vivitek DH976-WT oraz NEC P502HL), które spełniają większość istotnych dla zachowania cech funkcjonalnych danego urządzenia parametrów technicznych, które jednak nie spełniają dodatkowych cech (obiektywnie nie mających znaczenia dla funkcjonalności i cech użytkowych danego urządzenia), które jednak wymagane są przez zamawiającego, a co nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia. Tym samym jedynie wskazane powyżej urządzenie firmy Optoma jest w stanie spełnić wszystkie wymogi techniczne zamawiającego, co w oczywisty sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji i wyklucza z postępowania wykonawców, którzy byłoby zdolni do wykonania zamówienia

8

publicznego w zakresie urządzeń równoważnych (w zakresie istotnych parametrów technicznych). Wskazywał, iż urządzenie Vivitek DH976-WT nie spełnia jedynie specyficznego wymogu w poziom zamawiającego zakresie szumu, obiektywu, współczynnika odległości, portów komunikacyjnych, wejść wideo natomiast urządzenie NEC P502HL nie spełnia specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie poziomu szumu, zużycia energii, obiektywu, wejść wideo, portów komunikacyjnych, wagi.

Po trzynaste odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo — cenowy” część I — „Multimedia” pkt 7 - zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy VIVITEK model DX831. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie

specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący podniósł przykładowo, że urządzenia Optoma X501 oraz ViewSonic Pro8600, spełnia większość istotnych dla zachowania cech funkcjonalnych danego urządzenia parametrów technicznych, które jednak nie spełniają dodatkowych cech (obiektywnie nie mających znaczenia dla funkcjonalności i cech użytkowych danego urządzenia), które jednak wymagane są przez zamawiającego, a co nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia. Tym samym jedynie wskazane powyżej urządzenie firmy Vivitek jest w stanie spełnić wszystkie wymogi techniczne zamawiającego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i wyklucza z postępowania wykonawców, którzy byłiby zdolni do wykonania zamówienia publicznego w zakresie urządzeń równoważnych (w zakresie istotnych parametrów technicznych). Wskazywał, iż urządzenie Optoma X501 nie spełnia jedynie specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie współczynnik odległości, wejścia wideo, wsparcie MHL natomiast urządzenie ViewSonic Pro8600 nie spełnia specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie współczynnik odległości, wejścia wideo, wagi, wsparcie MHL.

Po czternaste odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo – cenowy” część I - „Multimedia” pkt 10 - zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy Yamaha model MCR-N670. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wskazał przykładowo, że urządzenie Pioneer X- HM82, które spełnia większość istotnych dla zachowania cech funkcjonalnych danego urządzenia parametrów technicznych, które jednak

9

nie spełnia dodatkowych cech (obiektywnie nie mających znaczenia dla funkcjonalności i cech użytkowych danego urządzenia), które jednak wymagane są przez zamawiającego, a co nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia. Tym samym jedynie wskazane powyżej urządzenie firmy Yamaha jest w stanie spełnić wszystkie wymogi techniczne zamawiającego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i wyklucza z postępowania wykonawców, którzy byłiby zdolni do wykonania zamówienia publicznego w zakresie urządzeń równoważnych (w zakresie istotnych parametrów technicznych). Wskazał, iż urządzenie Pioneer X-HM82 nie spełnia jedynie specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie pasmo przenoszenia, stosunek sygnał szum, moc wyjściowa, obsługiwane pliki, obsługiwane profile, kolumny podstawowe.

Po piętnaste odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo - cenowy” część I - „Multimedia” pkt 11 - zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy Pioneer model XCM35K. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, że nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Tytułem przykładu odwołujący wskazał, że urządzenie Yamaha MCR-B043 spełnia większość istotnych dla zachowania cech funkcjonalnych danego urządzenia parametrów technicznych, które jednak nie spełniają dodatkowych cech (obiektywnie nie mających znaczenia dla funkcjonalności i cech użytkowych danego urządzenia), które jednak wymagane są przez zamawiającego, a co nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia. Tym samym jedynie wskazane powyżej urządzenie firmy Pioneer jest w stanie spełnić wszystkie wymogi techniczne zamawiającego, co w oczywisty sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji i wyklucza z postępowania wykonawców, którzy byłiby zdolni do wykonania zamówienia publicznego w zakresie urządzeń równoważnych (w zakresie istotnych parametrów technicznych). Wskazywał, iż urządzenie Yamaha MCR-B043 nie spełnia jedynie specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie korekcji dźwięku, wymiarów zestawu, wymiarów kolumn.

Po szesnaste odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo - cenowy” część I - „Oświetlenie” pkt 1 zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy PROLIGHTS CRYSTAL. Powyższy sposób określenia

specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący

10

przykładowo wskazał na urządzenie (Cameo Light Auro Spot 200), które spełnia większość istotnych dla zachowania cech funkcjonalnych danego urządzenia parametrów technicznych, które jednak nie spełniają dodatkowych cech (obiektywnie nie mających znaczenia dla funkcjonalności i cech użytkowych danego urządzenia), które jednak wymagane są przez zamawiającego, a co nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia. Tym samym jedynie wskazane powyżej urządzenie firmy PROLIGHTS jest w stanie spełnić wszystkie wymogi techniczne zamawiającego, co w oczywisty sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji i wyklucza z postępowania wykonawców, którzy byliby zdolni do wykonania zamówienia publicznego w zakresie urządzeń równoważnych (w zakresie istotnych parametrów technicznych). Wskazywał, iż urządzenie Cameo Light Auro Spot 200 nie spełnia jedynie specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie obsługi kolorów, sterowania, poboru mocy oraz żywotności światła.

Po siedemnaste odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo – cenowy” część I - „Oświetlenie” pkt 2 zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy PROLIGHTS DIAMOND. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wywiódł, że urządzenie BSL TWIST BEAM 7LED, które spełnia większość istotnych dla zachowania cech funkcjonalnych danego urządzenia parametrów technicznych, które jednak nie spełnia dodatkowych cech (obiektywnie nie mających znaczenia dla funkcjonalności i cech użytkowych danego urządzenia), które jednak wymagane są przez zamawiającego, a co nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia. Tym samym jedynie wskazane powyżej urządzenie firmy PROLIGHTS jest w stanie spełnić wszystkie wymogi techniczne zamawiającego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i wyklucza z postępowania wykonawców, którzy byliby zdolni do wykonania zamówienia publicznego w zakresie urządzeń równoważnych (w zakresie istotnych parametrów technicznych). Wywiódł, iż urządzenie BSL TWIST BEAM 7LED nie spełnia jedynie specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie ruch Tilt, obsługi kolorów, kąta świecenia, protokołu sterowania, temperatury barwowej, funkcji kontroli pikseli oraz wymiarów.

Po osiemnaste odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo — cenowy” część I - „Oświetlenie” pkt 4 zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy PROLIGHTS LUMIPAR6UQ. Powyższy sposób określenia

11

specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wywiódł, że przykładowe urządzenie CAMEO CLPFLATPRO7X5, które spełnia większość istotnych dla zachowania cech funkcjonalnych danego urządzenia parametrów technicznych, które jednak nie spełnia dodatkowych cech (obiektywnie nie mających znaczenia dla funkcjonalności i cech użytkowych danego urządzenia), które jednak wymagane są przez zamawiającego, a co nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia. Tym samym jedynie wskazane powyżej urządzenie firmy PROLIGHTS jest w stanie spełnić wszystkie wymogi techniczne zamawiającego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i wyklucza z postępowania wykonawców, którzy byliby zdolni do wykonania zamówienia publicznego w zakresie urządzeń równoważnych (w zakresie istotnych parametrów technicznych). Odwołujący podniósł, iż urządzenie CAMEO CLPFLATPR07XS nie spełnia jedynie specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie obsługi kolorów, kąta świecenia, żywotności źródła światła, poboru mocy, wymiarów oraz wagi.

Po dziewiętnaste odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo – cenowy” część I - „Oświetlenie” pkt 6 zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy LITE PUTER DX1216TW. Powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący podniósł, że przykładowo urządzenie WORK WD 2012 DMX, które spełnia większość istotnych dla zachowania cech funkcjonalnych danego urządzenia parametrów technicznych, które jednak nie spełnia dodatkowych cech (obiektywnie nie mających znaczenia dla funkcjonalności i cech użytkowych danego urządzenia), które jednak wymagane są przez zamawiającego, a co nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia. Tym samym jedynie wskazane powyżej urządzenie firmy LITE PUTER jest w stanie spełnić wszystkie wymogi techniczne zamawiającego, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i wyklucza z postępowania wykonawców, którzy byliby zdolni do wykonania zamówienia publicznego w zakresie urządzeń równoważnych (w zakresie istotnych parametrów technicznych). Wskazywał, iż urządzenie WORK WD 2012 DMX nie spełnia jedynie specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie zabezpieczenia na kanał, opcji auto tekstu, ograniczenia mocy przy wyjściach, wymiarów oraz wagi.

Po dwudzieste odwołujący podniósł, że w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku 1A do SIWZ „OPZ i Formularz asortymentowo - cenowy” część I - „Oświetlenie”

12

pkt 14 zamawiający zamieścił szczegółowy opis parametrów wymaganych do każdego z urządzeń w taki specyficzny sposób, który wskazuje na jedno urządzenie konkretnego producenta, tj. urządzenie firmy BeamZ DMX60. Wywiódł, że powyższy sposób określenia specyficznych parametrów technicznych powoduje, iż nie istnieje na rynku światowym drugie urządzenie (innego producenta i inny model), które jest w stanie spełnić wszystkie specyficzne wymagania zamawiającego w zakresie takiego urządzenia. Odwołujący wskazał, że urządzenie Cameo CONTROL 6, które spełnia większość istotnych dla zachowania cech funkcjonalnych danego urządzenia parametrów technicznych, które jednak nie spełnia dodatkowych cech (obiektywnie nie mających znaczenia dla funkcjonalności i cech użytkowych danego urządzenia), które jednak wymagane są przez zamawiającego, a co nie znajduje żadnego obiektywnego uzasadnienia. Tym samym jedynie wskazane powyżej urządzenie firmy BeamZ jest w stanie spełnić wszystkie wymogi techniczne zamawiającego, co w oczywisty sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji i wyklucza z postępowania wykonawców, którzy byliby zdolni do wykonania zamówienia publicznego w zakresie urządzeń równoważnych (w zakresie istotnych parametrów technicznych). Wskazywał, iż urządzenie Cameo CONTROL 6 nie spełnia jedynie specyficznego wymogu zamawiającego w zakresie wagi.

W końcowej części odwołania odwołujący argumentował, że zamawiający zamiast wskazać na cechy funkcjonalno-użytkowe zamawianego systemu jako całości, odniósł się wyłącznie do cech (parametrów) technicznych jego poszczególnych komponentów, które określił z zastosowaniem takiego poziomu szczegółowości, które wykluczają możliwość zaofiarowania urządzeń równoważnych. Tak opisany przedmiot zamówienia ogranicza konkurencję i jest niezgodny z wytycznymi Prezesa UZP dotyczącymi udzielania zamówień publicznych na dostawę urządzeń. Z wytycznych tych wynika bowiem, że podstawową zasadą opisu przedmiotu zamówienia na dostawę sprzętu powinno być specyfikowanie właściwości użytkowych sprzętu, a nie jego szczegółowych parametrów konstrukcyjnych/technicznych. Opisywanie przedmiotu zamówienia przez wskazywanie konkretnych parametrów technicznych odnoszących się do komponentów zamawianego sprzętu jest więc niedopuszczalne, ponieważ narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jednocześnie, tak opisany przedmiot zamówienia nie pozwala w dostateczny sposób na określenie przeznaczenia zamawianego sprzętu, funkcjonalności które powinien zapewniać oraz w jaki sposób powinien być skonfigurowany. W istotny sposób utrudnia to weryfikację, czy wymogi techniczne postawione przez zamawiającego są uzasadnione jego obiektywnymi potrzebami, a także prawidłowe oszacowanie ceny oferty. Nadto, opis przedmiotu zamówienia zawiera wymagania, których łączne spełnienie sprawia, że tylko urządzenia jednego producenta mogą je spełnić.

Drobiazgowo opisywanie przedmiotu zamówienia w oparciu o z góry określony produkt stanowi natomiast jawne i jednoznaczne złamanie podstawowych zasad i celów Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska. Uzasadnienie takie przedstawił także w trakcie rozprawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Ragtime sp.j. w Opolu. Wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, pismo procesowe odwołującego, odpowiedzi na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Ragtime sp.j. w Opolu.

Stosownie do art. 185 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.* Ponadto zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od daty otrzymania kopii odwołania, przy czym zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu, a jego kopie przesyła zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Odwołanie dotyczyło treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba ustaliła, że zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym zamieścił na swej stronie internetowej w dniu 30 września 2016 r. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 6 października 2016 roku (prezentata na piśmie). Wprawdzie pismo ze zgłoszeniem przystąpienia zostało nadane na pocztę 3 października 2016 r. (stempel na

14

kopercie), jednakże ustawa Prawo zamówień publicznych wyraźnie nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora pocztowego, inaczej niż w przypadku innych pism (por. przykładowo przepis art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego 3 października 2016 r. nie można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby. Prawdliwość tego stanowiska, na tle analogicznych przepisów ustawy Pzp dotyczących wniesienia odwołania, potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której stwierdził, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego.

Ponadto, z przywołanego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, że jednym z wymogów formalnych zgłoszenia przystąpienia jest przekazanie kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Strony oświadczyły, że nie otrzymały zgłoszenia przystąpienia, zaś pełnomocnik zgłaszającego przystąpienie oświadczył, że rzeczywiście nie przesyłano stronom kopii zgłoszenia. Nieprzekazanie kopii zgłoszenia

przystąpienia stronom jest brakiem formalnym zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie zna instytucji usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (w przeciwieństwie do instytucji usunięcia braków formalnych odwołania – art. 187 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe skutkowało koniecznością uznania za bezskuteczne zgłoszenia przystąpienia wykonawcy Ragtime sp. j. w Opolu do analizowanego postępowania odwoławczego. Stwierdzono zatem, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp

żaden wykonawca nie zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Podzielono tym samym, wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd, iż *Brak skutecznego, tj. zgodnego z art. 185 ust. 2 p.z.p., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego należy traktować jako brak przystąpienia w terminie opisanego w art. 186 ust. 2 ustawy. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie brał udziału żaden wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego (tak m.in. postanowienie KIO z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 348/10)*. Podzielono w omawianym zakresie również stanowisko wyrażane w piśmiennictwie, zgodnie z którym *Wobec braku przepisów ustalających zasady uzupełniania braków formalnych w interwencji ubocznej ich ewentualne wystąpienie sankcjonowane będzie odrzuceniem interwencji (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz LEX 2010,*

15

Komentarz do art. 185 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.).

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, sporządzenie opisu w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie oferty, prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający w pkt III SIWZ przewidział, że:

1. *Przedmiotem zamówienia jest dostawa wraz z montażem i uruchomieniem sprzętu i urządzeń systemu nagłośnienia scenicznego, oświetlenia scenicznego, multimediiów oraz instrumentów muzycznych dla wrocławskiego klubu formaty.*

2. *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (OPZ) stanowi Załącznik nr 1A i 1B do SIWZ – tj. m.in. OPZ i Formularz asortymentowo – cenowy.*

UWAGA: Zamawiający zabrania jakiejkolwiek ingerencji Wykonawcy w zmiany OPZ w Załączniku nr 1A i 1B. Jeśli Wykonawca dokona jakiejkolwiek ingerencji w OPZ w Załączniku nr 1A i 1B - Zamawiający uzna to za niedopuszczalną ingerencję i złożenie oferty niezgodnej z zapisami SIWZ i dokona jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

3. *Przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny, za pomocą dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty i sprostanie potrzebom zamawiającego. Przedmiot zamówienia opisano w sposób nie utrudniający uczciwej konkurencji pod względem zarówno podmiotowym jak i przedmiotowym.*

16

4. Przedmiot zamówienia, opisany został w Załączniku nr 1A do SIWZ poprzez minimalnych, wymaganych i potrzebnych Zamawiającemu parametrów. określenie Dopuszcza się rozwiązania równoważne i rozumie się przez to aby w zakresie danego wymaganego i potrzebnego Zamawiającemu parametru (który został rozpisany w określony sposób, wskazujący wprost o co przez jego wskazanie chodzi) - oferowany parametr był co najmniej taki jak wymagany (lub nie gorszy) ale może być i lepszy - od parametrów określonych w ww. Załącznikach.
5. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisane w dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowany przedmiot zamówienia (jego parametry) spełnia /ją wymagania określone przez Zamawiającego, tj. posiada co najmniej te same parametry, co określone w przekazanej dokumentacji (vide pkt 4 powyżej). W takiej sytuacji ciężar udowodnienia powyższego (np. poprzez złożenie stosownych dokumentów) leży po stronie Wykonawcy.

W załączniku nr 1A do SIWZ zamawiający zamieścił specyfikację cenowo – techniczną, zawierającą zbiór szczegółowych parametrów wymaganych urządzeń, które miały tworzyć systemy nagłośnienia, oświetlenia oraz multimediiów.

W załączniku nr 1B do SIWZ zamawiający wskazał, że Dostarczone systemy traktowane są jako kompletne rozwiązania. Mają one stanowić spójną całość. Wszelkie komponenty pomocnicze takie jak kable, zawieszki itp. muszą posiadać niezbędne certyfikaty względem swojego przeznaczenia. Odbiór przez zamawiającego jest uznany za zakończony po przeprowadzeniu testów całego systemu i stwierdzeniu braku

jako zastrzeżeń co do

funkcjonowania. Powyższe parametry urządzeń traktowane są minimalne. Nie dopuszcza się aby oferent zaoferował produkt gorszy – jedynie równoważny bądź lepszy. Zamawiający w całości asortymentu wskazanego w Części I i II dokonuje dopisku „lub równoważny”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Stosownie zaś do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

17

Jak wynikało z wyjaśnień zamawiającego opis przedmiotu zamówienia sporządzono w ten sposób, że zamawiający postanowił zakupić konkretne urządzenia. Następnie w oparciu cechy techniczne ww. urządzeń sporządzono specyfikację techniczną, zaś cechy techniczne urządzeń stały się minimalnymi parametrami wymaganymi, wymienionymi w załączniku nr 1a do SIWZ. Zamawiający przyznał także jednoznacznie, że w zakresie głośników i wzmacniaczy oparł swój opis przedmiotu zamówienia o cechy techniczne właściwe dla konkretnych urządzeń firmy NEXO, wymienionych w odwołaniu. W przypadku konsoli zamawiający oparł swój opis o konkretne urządzenie firmy Digico. W przypadku mikrofonów, zamawiający sporządził opis w oparciu o cechy techniczne produktów firmy SENNHEISER. Również w przypadku urządzeń składających się na system oświetlenia oraz multimediiów opis przedmiotu zamówienia przygotowany w oparciu o cechy techniczne konkretnych produktów, wymienionych w odwołaniu. Powyższe wynikało także z kart katalogowych złożonych przez odwołującego.

Ustalono także, że taki opis przedmiotu zamówienia wykluczał możliwość zaoferowania jakichkolwiek innych urządzeń. Odwołujący w odwołaniu podniósł, że nie ma na rynku żadnych innych urządzeń, które spełniałyby wszystkie wymagania zamawiającego. Powyższe uprawdopodobnił składając karty katalogowe takiego przykładowego sprzętu. Ponieważ nie da się udowodnić faktów negatywnych, ciężar udowodnienia okoliczności, że na rynku występują jakieś inne urządzenia, które mogą być zaoferowane, spoczywał w analizowanej sprawie na zamawiającym, a to z mocy art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Zamawiający co do osiemnastu z dwudziestu urządzeń, których opis kwestionowano, nawet

nie twierdził, że takie urządzenia istnieją. Z kolei w przypadku dwóch urządzeń (konsolety audio i końcówki mocy), zamawiający nie udowodnił, że oprócz urządzeń, które wymienił odwołujący, na rynku występujące jeszcze inne, a które ewentualnie mogłyby być zaoferowane w postępowaniu. W konsekwencji stwierdzono,

że opis przedmiotu zamówienia stworzony przez zamawiającego wyklucza zaoferowane jakiegokolwiek rozwiązania alternatywnego wobec konkretnych urządzeń, których oczekiwał zamawiający.

Ustalono także, że jedynym dystrybutorem w Polsce urządzeń nagłośnieniowych marki Nexo jest firma Lauda Audio A. sp. j. z Sopotu (wydruk ze strony internetowej firmy nexo-sa.com, złożony przez odwołującego). Odwołujący udowodnił także, że usiłować uzyskać ofertę od innego europejskiego dystrybutora tej marki urządzeń tj. czeskiej firmy MusicData s.r.o., jednakże otrzymał odpowiedź, w której czeski dystrybutor odmówił mu złożenia oferty i odesłał do polskiego dystrybutora (korespondencja mailowa z 26 i 29 czerwca 2016 r. złożona przez odwołującego). Z powyższego można było zatem wywnioskować, że przy takim opisie przedmiotu zamówienia możliwość ofertowania uzależniona była de facto od woli jednego podmiotu w kraju.

18

Co istotne, zamawiający nie dopuścił możliwości jakichkolwiek odstępstw od wymaganych parametrów minimalnych urządzeń wymienionych w załączniku nr 1a do SIWZ. Zamawiający potwierdził powyższe wyrażnie w trakcie rozprawy. Okoliczność ta wynikała także z postanowień SIWZ. Zamawiający jednoznacznie przesądził bowiem, że przedmiot zamówienia, opisany został w Załączniku nr 1A do SIWZ poprzez określenie minimalnych, wymaganych i potrzebnych Zamawiającemu parametrów. *Dopuszcza się rozwiązania równoważne i rozumie się przez to aby w zakresie danego wymaganego i potrzebnego Zamawiającemu parametru (który został rozpisany w określony sposób, wskazujący wprost o co przez jego wskazanie chodzi) - oferowany parametr był co najmniej taki jak wymagany (lub nie gorszy) ale może być i lepszy - od parametrów określonych w ww. Załącznikach.* W świetle powyższego nie ulegało wątpliwości, że oferowane rozwiązanie musiało spełniać wszystkie parametry techniczne określone przez zamawiającego jako minimalne i wymagane.

Ustalono także, że rynek urządzeń wchodzących w skład systemu nagłośnienia, oświetlenia i multimediów jest rynkiem konkurencyjnym. Odwołujący załączył bowiem w przypadku praktycznie wszystkich elementów systemów karty katalogowe szeregu urządzeń cechujących się podobnymi funkcjonalnościami, co urządzenia które chciał zamówić zamawiający. Urządzenia te nie spełniały od jednego do kilku parametrów wymaganych w SIWZ, choć jednocześnie w przypadku innych parametrów mogły pochwalić się niekiedy lepszymi osiągnięciami od urządzeń, których oczekiwał zamawiający.

Wzięto pod uwagę, że w przypadku systemu nagłośnienia istotna jest liniowość, którą może zapewnić jedynie komplet urządzeń pochodzących od tego samego producenta. Jednakże zamawiający zamawiał całkowicie nowy system nagłośnienia w nowym obiekcie. Przedmiotem zamówienia nie było więc uzupełnienie istniejącego systemu, co mogłoby ewentualnie skutkować koniecznością takiego opisanie przedmiotu zamówienia, który zapewniłby zachowanie kompatybilności pomiędzy elementami zamawianymi a urządzeniami, którymi zamawiający już dysponuje. Ponadto systemu liniowego nie można było rozpatrywać jako pojedynczego modułu, a jakość oczekiwania przez zamawiającego może być osiągnięta w rozmaity sposób, również poprzez właściwy dobór i liczbę elementów systemu.

Nie stanowiła dostatecznego usprawiedliwienia dla chęci zakupu konkretnych urządzeń okoliczność, że przy imprezach plenerowych i cyklicznych zamawiający zamierzał w opracować z firmą POGOART S. P. z Wrocławia, która dysponowała systemem nagłośnienia firmy Nexo (list intencyjny z 8.10.2016 r. – załącznik nr 5 do odpowiedzi na odwołanie). Po pierwsze – jak wynikało z treści tego listu – jest to jedynie jeden z systemów używanych przez tę firmę. Jeżeli zamawiający chciał się powoływać na tę okoliczność, to powinien udowodnić jakimi zestawami nagłaśniającymi dysponują inne podmioty

19

zlokalizowane choćby w regionie dolnośląskim czy choćby we Wrocławiu. Po drugie, na pytanie czy na rynku wrocławskim występują firmy dysponujące zestawami

nagłośnieniowymi innych firm, zamawiający odparł, że zapewne taki fakt ma miejsce. Ponadto - jak słusznie dostrzegł odwołujący – nie wykazano, że rynek firm wynajmujących sprzęt nie jest rynkiem konkurencyjnym, ani że rynek ten ogranicza się jedynie do Wrocławia.

Na konkurencyjność rynku wskazywały także dowody z dokumentów w postaci riderów, zawierających wymagania artystów w zakresie systemów nagłośnienia, które zostały złożone zarówno przez zamawiającego jak i odwołującego. Jak wynikało z ich treści, artyści nie ograniczali się do zamawiania na potrzeby swych koncertów systemów nagłośnienia jedynie firmy Nexo. Przeciwnie, w wielu przypadkach artyści dopuszczali systemy nagłośnieniowe różnych producentów, a niektórzy wykonawcy w ogóle nie wskazywali na konkretne urządzenia.

Za niewystarczającą dla uzasadnienia konieczności zamówienia wyłącznie takich urządzeń, jakich chciał zamawiający, uznano argumentację odnośnie chęci organizacji imprez plenerowych i imprez cyklicznych, wymienionych w modyfikacji odpowiedzi na odwołanie (załącznik nr 4 do załącznika nr 2 do odpowiedzi na odwołanie). Zamawiający jedynie twierdził, że z powodu chęci zorganizowania wymienionych imprez plenerowych i imprez cyklicznych odbywających się poza jego siedzibą, musi zamówić konkretne urządzenia. Jednakże nie zdołano udowodnić, dlaczego warunki panujące w trakcie tych imprez uniemożliwiają użycie innych urządzeń. Z dowodów w postaci zdjęć sal czy map terenów, na których mają się odbywać imprezy plenerowe nie wynikało czy, a jeżeli tak, to dlaczego owe imprezy plenerowe czy imprezy cykliczne nie mogą być przeprowadzone przy wykorzystaniu innych urządzeń. Stanowisko zamawiającego w tym zakresie pozostało gołosłowne. Z analogicznych powodów, wystarczającym dowodem na poparcie tej tezy nie były rysunki wykonane przez samego zamawiającego określone jako symulacja nagłośnienia sali i symulacja oświetlenia. Dostrzeżenia wymagało ponadto, że rysunki te okazały się mocno uproszczone, gdyż nie zawierały choćby skali.

Biorąc pod uwagę opisany wyżej sposób skonstruowania opisu przedmiotu zamówienia należało dojść do wniosku, że punktem wyjścia do jego sporządzenia nie były uzasadnione potrzeby zamawiającego. Zamawiający uznał, że chce dostawy konkretnych urządzeń i korzystając z ich kart katalogowych sporządził wykaz cech minimalnych, z których wiele nie miało dla niego większego znaczenia. Tytułem przykładu można wskazać na parametr szerokości modułu głośnikowego szerokopasmowego dalekiego pola typu line array (pkt 1 nagłośnienie część I). Ostatecznie – co wynikało z odpowiedzi na odwołanie - zamawiający oczekiwał szerokości modułu nie większej niż 540 mm, podczas gdy

20

odwołujący domagał się zwiększenia dopuszczalnej szerokości do 560 mm (czyli o 2 cm). Jednakże na pytanie Izby, dlaczego zwiększenie szerokości modułu o 2 cm, przy oknie scenicznym wynoszącym 14 m, jest niedopuszczalne, zamawiający nie umiał udzielić przekonującej odpowiedzi.

Biorąc pod uwagę skalę naruszenia, a mianowicie fakt, że nie tylko niektóre postanowienia, ale cały opis przedmiotu zamówienia w zakresie zakwestionowanym przez odwołującego został oparty na opisanych wyżej antykonkurencyjnych założeniach zamawiającego, Izba doszła do przekonania, że przywrócenie konkurencyjności w postępowaniu może nastąpić jedynie przez sporządzenie od nowa opisu przedmiotu zamówienia, co powinno nastąpić w sposób funkcjonalny, w odniesieniu do systemu nagłośnienia i oświetlenia. Jak wynikało z dowodu z dokumentu w postaci SIWZ na dostawę wyposażenia sprzętu elektro-akustycznego w ramach zadania remont i rewaloryzacja Akademii Rycerskiej w Legnicy, możliwym jest sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób. Jak się wydaje, w zakresie systemu nagłośnienia taki opis funkcjonalny może zawierać opis w zakresie przeznaczenia systemu, minimalnego poziomu dźwięku w całym polu odsłuchowym, gdzie określane będą pasma przenoszenia, dane odnośnie kątów propagacji ciśnienia akustycznego, ewentualnie poziom zrozumienia mowy, równomierności pokrycia pola odsłuchowego itd. Opis taki powinien także zawierać także dane architektury obiektu, w którym system ma być używany, a także istotne byłoby dookreślenie przeznaczenia zespołu.

Na analogicznych zasadach powinien zostać sporządzony opis funkcjonalno-użytkowy dla zamawianego systemu oświetlenia.

Natomiast dla multimediów zamawiający powinien sporządzić opis mieszany obejmujący opis minimalnych wymagań funkcjonalno-użytkowych i jedynie najważniejszych,

minimalnych cech technicznych.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*, co z omawianych wcześniej względów miało miejsce w analizowanej sprawie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a

21

zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu dokonanie modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, aby opis parametrów technicznych rozwiązania identyfikującego urządzenia składające się na system nagłośnienia i system oświetlenia zastąpić opisem minimalnych wymagań funkcjonalnych projektowanych systemów, a w zakresie multimediiów – opis parametrów technicznych zastąpić opisem mieszanym obejmującym opis minimalnych wymagań funkcjonalnych i najważniejszych, minimalnych cech technicznych.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI. Ponieważ odwołanie okazało się zasadne w całości, kosztami postępowania odwoławczego należało obciążyć w całości zamawiającego, jako tę stronę, która całkowicie odpowiadała za wynik postępowania odwoławczego.

22

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....