

Sygn. akt: KIO/59/11

**WYROK**  
**z dnia 25 stycznia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

w sprawie wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2011 r. przez **MBS Spółka z o.o., 21-972 Warszawa, ul. Sarmacka 5B** odwołania, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Polskie Radio S.A., 00-977 Warszawa, al. Niepodległości 77/85**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **MBS Spółka z o.o., 21-972 Warszawa, ul. Sarmacka 5B** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczony przez **MBS Spółka z o.o., 21-972 Warszawa, ul. Sarmacka 5B,**

3. 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Polskie Radio S.A. w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę cyfrowych systemów do wielośladowej rejestracji i masteringu dźwięku w Studiu Koncertowym Polskiego Radia im. W. Lutosławskiego i Studiu S-4 (znak sprawy BZ/DPzp – 118/10)*, ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 grudnia 2010 r., poz. 353125, wykonawca MBS Sp. z o.o. (dalej zwany odwołującym) wniósł w dniu 10 stycznia 2010 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 stycznia 2010 r. Odwołanie wniesione zostało wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego, uznanej za niezgodną z treścią siwz. O czynności zamawiającego, odwołujący został poinformowany pismem doręczonym w dniu 4 stycznia 2011 r. Zamawiający uznał, iż oferta odwołującego nie odpowiadała wymaganiom załączenia „dla zapewnienia pełnej kompatybilności i spójności systemu (...) podstawowe elementy systemu wraz z ich oprogramowaniem sterującym pochodzące od jednego producenta”. Za niezgodne z tym warunkiem, zamawiający uznał zaoferowanie urządzeń pochodzących od dwóch producentów: AVID (karty DSP, 1 szt. przetwornika AD/DA AVID HD I/O 16x16 Analog, oprogramowanie ProTools HD) i Apogee (2 szt. przetwornika AD/DA Symphony, oprogramowanie sterujące Maestro) i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ofertę odwołującego odrzucił.

Wobec takiej oceny, odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, na skutek błędnego uznania, iż oferta nie odpowiada treści siwz oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy, nakazującego zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty i dokonanie ponownej czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego. Odwołujący wskazał na spełnienie w całości wymogu zapewnienia pełnej kompatybilności i spójności systemu w zakresie podstawowych elementów systemu. Zamawiający dopuścił zaoferowanie systemu równoważnego do wielośladowej rejestracji i masteringu dźwięku, rozumianego, jako spełniającego wszystkie wymagania systemowe i funkcjonalne wymienione w punktach 1.1.1, 1.1.2, 2.1.1, 2.1.2 siwz. Zamawiający wymagał, aby oferowane urządzenia posiadały minimalne parametry techniczne określone w punktach 1.1.3, 1.1.4, 2.1.3, 2.1.4 siwz oraz wynikające z danych katalogowych urządzeń wymienionych jako rozwiązanie przykładowe. Zaoferowana konfiguracja sprzętowa musiała umożliwić takie zainstalowanie

specjalistycznego oprogramowania do obróbki dźwięku wymienionego w pkt. 1.1.4.6 oraz 2.1.4.6 siwz. Wskazane zapisy, zdaniem odwołującego pozwalały na zaoferowanie produktu AVID wraz z równoważnym produktem Apogee, które łącznie zapewniały zamawiającemu sprzęty wysokiej jakości, cechujący się pełną kompatybilnością i spójnością systemu. Odwołujący wskazał również na niezgodność w treści oferty wybranej z zapisami siwz dotyczącą zaoferowania komputera wyposażonego w tzw. myszkę bezprzewodową z dodatkową myszką Magic Mause, która łączy się bezprzewodowo przez Bluetooth, jako niespełniającego wymagania zaoferowania 1 myszy optycznej bezprzewodowej. Dodatkowo oferta wybranego wykonawcy ma nie spełniać wymagania komputera dostosowanego do montażu w „stojaku aparaturowym 19” w pozycji poziomej”.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znowelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie. Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy, podniesionego w związku z brakiem podpisu jednego z członków zarządu spółki na kopii odwołania przekazanej zamawiającemu zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy. Odwołujący przekazał zamawiającemu kopię odwołania wniesionego do Izby, które zawierało brak formalny – brak podpisu, do którego usunięcia odwołujący został wezwany przez Prezesa Izby pismem z dnia 12 stycznia 2011 r., uzupełniony w dniu 13 stycznia 2011 r. Faktycznie zatem, zamawiający otrzymał kopię wniesionego do Izby odwołania. W oparciu o treść art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy, brak podpisu pod kopią odwołania nie mógł stanowić podstawy do jego odrzucenia przez Izbę, gdyż wskazanie w treści przepisu na kopię odwołania, oznacza wyłączenie obowiązku zachowania formy pisemnej, dla której zachowania warunkiem koniecznym jest złożenie własnoręcznego podpisu. Odwzorowanie podpisu, znajdujące się na kopii dokumentu, formy tej nie zastępuje, a tym samym brak podpisu nie stanowi o wadzi formalnej kopii odwołania. Celem wskazanej regulacji, jest umożliwienie zamawiającemu zapoznanie się z treścią odwołania, w tym w szczególności z podniesionymi zarzutami i żądaniemi, a także przytoczoną argumentacją. W

badanej sprawie, odwołujący dochował obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania, przekazując zamawiającemu identyczną treść pisma złożonego do Izby.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Szkada ta wyraża się w utracie korzyści, jakie odwołujący uzyskałby realizując przedmiotowe zamówienie na skutek decyzji zamawiającego o odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty innego wykonawcy.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż zarzuty podniesione względem oferty wybranej nie mogły podlegać rozpoznaniu w związku z ograniczeniem wynikającym z treści przepisu art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy, który ustala dopuszczalny zakres czynności wobec, których ustawodawca przewidział prawo do wniesienia odwołania, w postępowaniu prowadzonym poniżej wartości określonej na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Obecne brzmienie przepisu rozwiewa wcześniejsze wątpliwości, jakie mogły towarzyszyć interpretacji poprzedniego przepisu art. 184 ust. 1 a ustawy, gdyż w świetle obowiązującej treści art. 180 ust. 2 pkt 4 w postępowaniach poniżej tzw. „progów unijnych”, odwołujący może wnieść odwołanie na odrzucenie własnej oferty. Nie mógł zatem być skutecznie podniesiony i podlegać rozpoznaniu przez Izbę zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranej, złożonej przez Krzysztofa Maszotę.

Rozpoznaniu podlegał jedynie zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego, którą zamawiający uznał, za niezgodną z treścią siwz i odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, na który składała się w szczególności treść siwz oraz oferta odwołującego, Izba uznała, iż oferta odwołującego była niezgodna z treścią siwz w zakresie wymagania, aby podstawowe elementy systemu wraz z ich oprogramowaniem sterującym pochodziły od jednego producenta.

Nie było spornym pomiędzy stronami, iż w swojej ofercie odwołujący zaproponował w ramach rozwiązania równoważnego system, na który składały się elementy pochodzące od różnych producentów – przetworniki Apogee oraz AVID. Okoliczność ta została wskazana przez zamawiającego w piśmie z dnia 31 grudnia 2010 r., jako podstawa faktyczna odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie zamawiający wskazywał dodatkową, ponad zawartą w informacji przekazanej odwołującemu, argumentację mającą uzasadniać uznanie tej oferty za niezgodną z treścią siwz, dotyczącą oceny spójności i kompatybilności systemu. Zamawiający wskazał, iż spójność systemu rozumiał, jako jednakowe brzmienie wszystkich kanałów wyjściowych i

wejściowych przetworników analogowo-cyfrowych i cyfrowo-analogowych, prawidłową technologię pracy polegającą na ujednocionej obsłudze urządzeń i zdalnej obsłudze urządzeń zewnętrznych (przetworników A/C i C/A) z poziomu programu ProTools. Należy zauważyć, iż w siwz, zamawiający nie wyjaśnił znaczenia pojęcia kompatybilność oraz spójność systemu, poprzez sprecyzowanie swoich oczekiwań w tym zakresie, poprzestając jedynie na wskazaniu, iż dla zapewnienia pełnej kompatybilności i spójności systemu wymienione podstawowe elementy systemu wraz z ich oprogramowaniem sterującym powinny pochodzić od jednego producenta (uwaga pod pkt 2.1.3, str. 15 siwz). Przetworniki A/D/A wymienione w pkt 2.1.3.3. stanowiły jeden z podstawowych elementów systemu opisany w pkt 2.1.3 załącznika nr 1 do siwz (opis przedmiotu zamówienia). Izba uznała, iż powoływane przez zamawiającego na rozprawie oczekiwania względem spójności systemu, w świetle treści siwz, nie mogły mieć znaczenia dla oceny zgodności oferty odwołującego z siwz. Zamawiający nie mógł oceniać oferty według kryteriów, które nie były znane wykonawcom na etapie składania ofert w postępowaniu. Izba, mając na uwadze informacje zawartą w piśmie z dnia 31.12.2010 r., uznała, iż podstawą na jakiej opierał się zamawiający odrzucając ofertę odwołującego, był brak spełnienia wymagania pochodzenia podstawowych elementów systemu od jednego producenta. Okoliczność ta znalazła potwierdzenie w treści oferty odwołującego, który sam również nie zaprzeczał, iż zaoferowane przetworniki pochodzą od dwóch producentów, tj. AVID oraz Apogee. Ponieważ odwołujący powoływał się na treść siwz dotyczącą rozwiązań równoważnych, zawartą w postanowieniach dodatkowych na str. 16 siwz, konieczne było ustalenie, czy w ramach równoważności rozwiązania konieczne było zachowanie warunku opisanego pogrubioną kursywą w punkcie 2.1.3 siwz, w przedostatnim akapicie. W ocenie Izby, wskazanie w postanowieniach końcowych na konieczność spełnienia przez systemy równoważne minimalnych parametrów technicznych określonych między innymi w pkt 2.1.3 odnosił się do całości zapisów zawartych w przywołanym punkcie siwz, a zatem również do wymagania, zaoferowania podstawowych elementów systemu pochodzących od jednego producenta. Odwołujący w swoim stanowisku pomijał tę okoliczność, skupiając się wyłącznie na ocenie zachowania parametrów technicznych urządzeń oraz funkcjonalnych systemu. Oferta odwołującego nie mogła być uznana za w pełni zgodną z treścią siwz, gdyż wykonawca zaproponował w zakresie elementów podstawowych systemu, urządzenia różnych producentów, tj. AVID oraz Apogee. W tej sytuacji rozstrzygnięcie o dalszych niezgodnościach podnoszonych na rozprawie przez zamawiającego było niecelowe, tym bardziej, iż okoliczności tych zamawiający nie wskazał w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, a zatem nie stanowiły podstawy czynności zamawiającego.

W oparciu o powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), znajdującego zastosowanie, zgodnie z § 7 rozporządzenia, do odwołania dotyczącego postępowania wszczętego po 29 stycznia 2010 r. i wniesionego po wejściu w życie przepisów rozporządzenia, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego odwołującego. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony przez odwołującego wpis.

**Przewodniczący:**

.....