

**Sygn. akt: KIO 2549/12**

**WYROK**  
**z dnia 14 grudnia 2012r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2012r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2012r. przez wykonawcę ProfiAudio Sp. z o.o., ul. Dolomitowa 32, 05-077 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Radio Regionalna Rozgłośnia w Zielonej Górze "Radio Zachód" S.A., ul. Kukułcza 1, 64-472 Zielona Góra,

przy udziale wykonawcy Konsbud-Audio Sp. z o.o., ul. Gajdy 24, 02-878 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża ProfiAudio Sp. z o.o., ul. Dolomitowa 32, 05-077 Warszawa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez ProfiAudio Sp. z o.o., ul. Dolomitowa 32, 05-077 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od ProfiAudio Sp. z o.o., ul. Dolomitowa 32, 05-077 Warszawa na rzecz Polskiego Radia Regionalnej Rozgłośni w Zielonej Górze "Radio Zachód" S.A., ul. Kukułcza 1, 64-472 Zielona Góra kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 w Zielonej Górze.

**Przewodniczący:** .....

**UZASADNIENIE**

Polskie Radio Regionalna Rozgłośnia w Zielonej Górze „Radio Zachód” zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawa cyfrowego systemu rozsyłu sygnałów audio wraz z montażem, uruchomieniem, konfiguracją oraz szkoleniem”.

W przedmiotowym postępowaniu w ustalonym terminie wpłynęły dwie oferty.

Pismem z dnia 16 listopada 2012 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W wyniku badania i oceny złożonych ofert Zamawiający stwierdził, że oferta Wykonawcy „ProflAudio” sp. z o.o., ul. Dolomitowa 32, 05-077 Warszawa, nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, (SIWZ) . Wobec tego oferta ta na podstawie art. 89, ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zw. dalej Pzp, została odrzucona. Natomiast oferta złożona przez wykonawcę Konsbud-Audio Sp. z o. o., ul. Gajdy 24, 02-878 Warszawa została wybrana jako najkorzystniejsza spośród złożonych ofert wykonawca ten skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Od takiego stanowiska Zamawiającego wykonawca „ProflAudio” sp. z o.o., ul. Dolomitowa 32, 05-077 Warszawa, zwany dalej „Odwołującym” złożył w dniu 19 listopada 2012 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W złożonym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, stwierdzając iż Zamawiający naruszył interes prawny Odwołującego, odrzucając jego ofertę na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy.

Ponadto zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasady z art. 7 ust.1 i 2 ustawy Pzp poprzez taką organizację procedury przetargowej, to jest wymogu złożenia oferty w Zielonej Górze w poniedziałek przed godz. 8 rano aby utrudnić złożenie więcej niż jednej oferty oraz niezachowanie minimalnego terminu na przygotowanie i dostarczenie ofert, jak też poinformowanie oferentów o rozstrzygnięciu postępowania przetargowego w piątek po godzinie 16, co winno być uznane za utrudnienie złożenia skutecznego formalnie odwołania

Ponadto w formie rekomendacji dla Izby wniósł o powołanie biegłego w celu oceny zawartości merytorycznej obu złożonych w postępowaniu ofert.

W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wymienił kilkanaście stwierdzeń które jego zdaniem uzasadniały przyjęcie niezgodności treści oferty

Odwołującego z treścią postanowień SIWZ, skutkujące koniecznością odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 87 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezgodności te dotyczą stwierdzeń, że:

- 1- odwołujący w ofercie, zadeklarował brak układu automatycznej regulacji (AGC lub limiter)poziomu głośności Loudness, wymaganego zgodnie z pkt II ppkt 18 Załącznika nr 1 do SIWZ,
- 2- odwołujący w swojej ofercie zadeklarował wykorzystanie routerów firmy LAWO serii Nova, nie wskazując które modele routerów zostaną wykorzystane. Analiza materiałów producenta wykazuje, że żaden z routerów serii Nova nie spełnia wymagań SIWZ.

*w szczególności:*

- 2..1 Router Nova 17 posiada rozmiar matrycy 512x512, zamiast minimum 1800x1800 wymaganego zgodnie z pkt I ppkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ
  - 2..2 Router Nova 29 posiada rozmiar matrycy 1024x1024, zamiast minimum 1800x1800 wymaganego zgodnie z pkt I ppkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ
  - 2..3 Router Nova 73HD posiada układ aktywnej wentylacji, co jest wykluczone zgodnie z pkt. I ppkt 7 Załącznika nr 1 do SIWZ.
- 3- odwołujący w swojej ofercie zadeklarował wykorzystanie konsoli LAWO Crystal, która zgodnie z informacją producenta posiada aktywny układ wentylacji, co jest niezgodne z pkt. I ppkt 14 litera c Załącznika nr 1 do SIWZ,
  - 4- odwołujący w swojej ofercie zadeklarował wykorzystanie konsoli LAWO Sapphire, która posiada wewnętrzną matrycę o rozmiarze 512 x 512, co jest niezgodne z pkt I ppkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ,
  - 5- odwołujący w swojej ofercie zadeklarował wykorzystanie konsoli LAWO Crystal, która posiada wewnętrzną matrycę o rozmiarze 288 x 292, co jest niezgodne z pkt I ppkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ.
  - 6- odwołujący w swojej ofercie zadeklarował wykorzystanie konsoli LAWO Sapphire, która według informacji producenta obsługuje 96 kanałów wejściowych, co jest niezgodne z pkt I ppkt 9 Załącznika nr 1 do SIWZ.
  - 7- Wykonawca ProfiAudio w swojej ofercie zadeklarował wykorzystanie konsoli LAWO Crystal, której obecna wersja według informacji producenta nie posiada redundantnego zasilacza, co jest niezgodne z pkt I ppkt 14 litera,d Załącznika nr 1 do SIWZ,
  - 8- odwołujący w swojej ofercie zadeklarował wykorzystanie konsoli LAWO Sapphire, która według informacji producenta posiada 5 enkoderów w torach tłumikowych, co jest niezgodne z pkt II ppkt 2 Załącznika nr 1 do SIWZ,

- 9- odwołujący w ofercie zadeklarował wykorzystanie konsoliety LAWO Crystal, której obecna wersja według informacji producenta nie posiada redundantnego zasilacza, co jest niezgodne z pkt. I ppkt 14, litera d Załącznika nr I do SIWZ,
- 10- odwołujący nie podał w ofercie producenta, modelu, typu, wersji i ilości oraz lokalizacji w odniesieniu do wymagań Zamawiającego określonych w pkt V, ppkt 14 ust. 2 SIWZ
- 11- odwołujący dołączył jako załącznik do swojej oferty broszury LAWO w języku angielskim nie załączając równocześnie ich tłumaczenia na język polski, wymagany zgodnie z pkt V ppkt 15 ust. 4 SIWZ.

Równocześnie Zamawiający stwierdził, że popełnionych błędów nie można poprawić zgodnie z przepisem art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z odrzuceniem jego oferty z ww. powodów i w odwołaniu uzasadniał iż każda z przyczyn która zdaniem Zamawiającego uzasadniała odrzucenie jego oferty naruszała prawo i była nie zasadna.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożonej do akt sprawy na posiedzeniu w całości podtrzymał dotychczasowe stanowisko i stwierdził, że odrzucenie oferty było w pełni zasadne. Ponadto stwierdził, że każda z wykazanych niezgodności nie nadawała się do poprawy w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż oferta zawierała niezgodności jednoznaczne, które nie są omyłką w rozumieniu ww. przepisu.

Przystępujący poparł w całości stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

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

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż część zarzutów dotyczących niezasadności odrzucenia oferty nie potwierdziła się.**

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

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy pzp, gdyż uwzględnienie odwołania spowodowałoby, że jego oferta która jest ofertą złożoną z najniższą ceną mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia..

Natomiast Przystępujący wykazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego gdyż w trakcie oceny i wyboru ofert jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a uwzględnienie odwołania mogłoby doprowadzić do zmiany tej sytuacji.

Ponadto z dokumentacji postępowania wynika, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy wartości zamówienia, którego przedmiotem są dostawy. W takiej sytuacji odwołanie przysługuje tylko od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty w oparciu o przepis art. 180 ust.2 ustawy Pzp, natomiast nie mogą przy tej wartości postępowania podlegać rozpoznaniu przez Izbę zarzuty co do oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

W zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego braku zaoferowania układu automatycznej regulacji ( AGC lub limiter ) poziomu głośności Loudness, wymaganego zgodnie z pkt. II ppk 18 Załącznika nr. 1 do SIWZ ,Odwołujący wskazał, że złożona oferta potwierdza możliwość kontroli dynamiki zgodnie z zasadą określoną jako AGC ( automatic gain control ) lub limiter. Jednocześnie podniósł, że żadna z dwóch oferowanych w tym postępowaniu konsol nie oferuje na dzień składania ofert funkcji kontroli głośności zgodnie z normą Europejskiej Unii Radiowej R-128 i ITU1771. Tym samym obie oferty winny być odrzucone. Ponadto stwierdził, że oferowana przez niego konsola będzie miała wbudowaną funkcję kontroli głośności zgodnie z normą EBU pod koniec grudnia czyli w czasie planowanej realizacji tej inwestycji.

Zamawiający w odpowiedzi na ten zarzut podniósł, że nie jest prawdą że żadna ze złożonych ofert tego wymogu nie spełnia, gdyż w wybranej ofercie na str. 10, tabela pkt **II.18** zawarto informację że określona tam licencja oprogramowania spełnia daną funkcję. Na tą okoliczność Przystępujący złożył pismo – oświadczenie Spółki DHD Deubner Hoffmann Digital GmbH, z siedzibą przy Haferkonstr. 5, 04129 Lipsk, w którym zostało potwierdzone, że zaoferowany procesor automatycznej regulacji wzmocnienia Loudness AGC (Loudness Automatic Gain Control) działający zgodnie z normą Loudness zawartej w Licencji na rozszerzone funkcjonalności cyfrowej obróbki sygnału - Digital Signal Processing EBU R128. Tym samym wykazane zostało, że wykonawca mógł spełnić postawione w SIWZ wymaganie.

Ponadto Odwołujący wskazał, że postawione w tym zakresie wymaganie SIWZ zostało opisane jako *„system powinien posiadać”*, a nie *wymaga się*, aby posiadał. Z tego zapisu wynika jego zdaniem, że wymaganie jest nieprecyzyjne i oferta ProfiAudio jest zgodna z opisem zawartym w punkcie II.18 SIWZ.

Izba odnosząc się do tego zarzutu stwierdza, że zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Z powyższego opisu zarówno wymagań jak i samego stanowiska Odwołującego zawartego w odwołaniu wynika jednoznacznie, że Odwołujący nie zaoferował konsol

wyposażonych w funkcje kontroli głośności zgodnie z normą R-128. Automatyczna regulacja poziomu głośności Loudness jest w tego typu urządzeniach jest obowiązkowa na podstawie Rozporządzenia KRRiT z dnia 30 czerwca 2011, DZ.U. NR 150, POZ. 895. Według wykazanych ww. danych na rynku dostępne są zarówno konsolety, jak i inne urządzenia realizujące funkcję automatycznej korekty poziomu głośności Loudness.

W związku z uznaniem iż z powodu niespełnienia powyższego wymogu objętego treścią zarzutu nr 1, Izba stwierdza, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego. W związku z potwierdzeniem się zasadności odrzucenia oferty, całe odwołanie niezależnie od rozstrzygnięcia Izby co do pozostałych zarzutów podlega oddaleniu.

W zakresie zarzutu oznaczonego nr 2 dotyczącego iż Odwołujący zaoferował w ofercie routery firmy LAWO serii NOVA, nie wskazując, które modele routerów zostaną wykorzystane, a z analizy dokumentów producenta wynika, że żaden z routerów Nova nie spełnia stawianych wymagań, Odwołujący podniósł, że wskazany zarzut do oferty jest niezasadny gdyż w ofercie wskazano jednoznacznie, pokazując to na załączonym schemacie blokowym, które elementy routera Nova będą wykorzystane w tej instalacji. Stwierdził, że wszystkie parametry wymagane przez Zamawiającego spełniają oferowane routery. Oferowane rozwiązanie jest modułarne i zawiera kilka wzajemnie połączonych routerów, których łączna pojemność jest większa niż wymagane 1800 x 1800 wejść/ wyjść. Stwierdził również, że oferta nie obejmuje routera serii 73HD. Tym samym bezpodstawny jest więc zarzut o zastosowaniu wymuszonego chłodzenia. Ponadto ze złożonej ekspertyzy wynika stanowisko iż wymóg dostarczenia routera o pojemności 1800 wejść na 1800 wyjść. oznacza jedynie wymóg możliwość w przyszłości rozbudowy dostarczonego routera do tej wielkości.

Zamawiający prezentując stanowisko w tej kwestii stwierdził, że Zamawiający na stronie 5 SIWZ w pkt 14 ppkt 2 postawił wymóg, aby do oferty wykonawca załączył szczegółowy wykaz dostarczonych urządzeń, wraz z podaniem producenta, modelu, typu, wersji i ilości oraz lokalizacji w odniesieniu do wymagań zamawiającego zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast z załączonych do oferty schematów blokowych tych informacji brakuje.

Nadto odnosząc się do stanowiska Odwołującego iż w ofercie nie zaoferował routera serii 73HD, a z analizy załączonych do oferty schematów oferowanych urządzeń wynika, że na stronie 35 oferty taki router jest zaoferowany.

W takiej sytuacji zadaniem Zamawiającego należy przyjąć, że Odwołujący zaoferował ww. router co jest niezgodne z pkt I.7 SIWZ, gdyż wykorzystuje on system chłodzenia aktywnego – wymuszonego w postaci 5 wentylatorów.

Izba odnosząc się do tego zarzutu wskazuje, że pasywny system chłodzenia, to system oparty na radiatorze. W systemie tym wykorzystuje się jedynie zjawisko oddawania przez

metale energii cieplnej do otoczenia - nie występują tu w zasadzie dodatkowe elementy ruchome w postaci wentylatorów. Natomiast chłodzenie aktywne zawiera wentylator wymuszający ruch powietrza w pobliżu powierzchni radiatora ułatwiając odprowadzanie z niego ciepła, a tym samym wytwarzający szum powietrza, który Zamawiający chciał wyeliminować.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznaje powyższy zarzut za niezasadny.

Odnosnie zarzutu oznaczonego nr 3, a dotyczącego zadeklarowania konsoliety LAWO crystal, która zgodnie z informacją producenta posiada aktywny układ wentylacji, Odwołujący podnosząc bezzasadność takiego stwierdzenia co do niezgodności treści oferty z treścią SIWZ wskazał, że oferowana konsoleta crystal korzysta z cichego lokalnego routera, a jego lokalizacja jest przewidziana nie w studiu emisyjnym, a w serwerowni, gdzie poziom szumów jest pomijalny. Podobnie w wskazano w opinii-ekspertyzie. Ponadto podniesiono, że ten zarzut należy uznać za nieistotny dla celu inwestycyjnego Zamawiającego.

Zamawiający w odniesieniu do zarzutu wskazał, że stanowisko Odwołującego jest niezasadne gdyż z załączonej specyfikacji technicznej producenta, wynika że konsoleta Lawo crystal zawiera układ chłodzenia wymuszonego (wentylatory). Ponadto wymienione urządzenia miały być zainstalowane w reżyserce i amplifikatonii co zostało wskazane w SIWZ.

Odnosząc się do tego zarzutu zdaniem Izby nie zasługuje on na uwzględnienie z dwóch powodów. Po pierwsze faktycznie Odwołujący nie wykazał, że powyższa zaoferowana konsola nie zawiera aktywnego układu chłodzenia, a po drugie stwierdzić należy, że niedopuszczalne jest na etapie oceny ofert podnoszenie zarzutu iż wymagana przez Zamawiającego funkcjonalność danego urządzenia nie ma dla niego żadnego znaczenia. Jeśli Odwołujący uważał, że tak postawiony wymóg narusza przepisy ustawy Pzp to miał możliwość na wcześniejszym etapie postępowania tak postawiony wymóg kwestionować w trybie wnoszenia środków ochrony prawnej. Żaden wykonawca nie ma prawa narzucać Zamawiającemu opisu przedmiotu zamówienia, poprzez wskazywanie, że inne rozwiązanie byłoby dla niego korzystniejsze.

W zakresie zarzutu oznaczonego nr 4 i 5 dotyczącego zadeklarowania wykorzystania konsoliety Lawo crystal która posiada wewnętrzną matrycę oferującą tylko 512x512 oraz 288x292 punktów, Odwołujący zarzucił, że w specyfikacji nie ma określenia wymogu „każdy router”, natomiast mówi się o możliwości stworzenia określonej matrycy. Ponadto z załączonej opinii-ekspertyzy wnika, że w tym zakresie podtrzymuje się argumentację wskazana dla zarzutu nr 2 z której wynika, że wymóg dostarczenia routera o pojemności 1800 wejść na 1800 wyjść oznacza tylko wymóg możliwości w przyszłości jego rozbudowy do tej wielkości.

Zamawiający w odpowiedzi wskazał, że zgodnie z postanowieniem pkt 3 szczegółowego



opisu przedmiotu zamówieni wynika, iż **każdy zaoferowany procesor DSP** musi zapewniać wewnętrzne przetwarzanie minimum 1800 x 1800 kanałów, czego zaoferowane przez Odwołującego procesory nie zapewniają. Ponadto podkreślił, że Odwołujący zaoferował dwa routery o matrycach: 512 x 512 punktów i 288 x 292 punkty. Nadto stwierdził, że wymagany w SIWZ wymieniony parametr tj. matryca 1800 x 1800 punktów nie jest parametrem teoretycznym – jak to określił Odwołujący, tylko parametrem wymaganym.

Wobec powyższych ustaleń podniesiony przez Odwołującego zarzut, Izba uznaje za niezasadny.

Odnosnie zarzutu iż Odwołujący zadeklarował wykorzystanie konsoliety LAWO Sapphire, która według informacji producenta obsługuje tylko 96 kanałów wejściowych, Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymogiem zawartym w pkt I.9 SIWZ system musi umożliwiać jednoczesną obróbkę minimum 100 kanałów audio. Takie sformułowanie warunku oznacza według Odwołującego obróbkę dźwięku, czyli DSP, a nie ilość wejść do konsoliety. Stwierdził, że konsoleta LAWO Sapphire zgodnie z informacją producenta zapewnia obróbkę minimum 128 kanałów audio, przy wymaganiu zamawiającego 100 kanałów. Tym samym postawiony wymóg SIWZ jest spełniony.

Zamawiający odpowiadając na zarzut wskazał, że z posiadanych przez Zamawiającego informacji wynika jednoznacznie że konsoleta lawo Sapphire nie obsługuje więcej niż 96 kanałów audio.

Izba odnoszą się do tego zarzutu stwierdza, że Zamawiający – na którym w przypadku odrzucenia oferty spoczywa ciężar wykazania zasadności podjętej decyzji, nie wykazał w żaden sposób iż jego twierdzenie polega na prawdzie. Oparcie stanowiska na jakichś „posiadanych” informacjach nie uprawdopodobnia zasadności przyjętego stanowiska co do oferty Odwołującego. Ponadto z przedłożonego na rozprawie przez Odwołującego pisma, producenta LAWO do którego Zamawiający, już po odrzuceniu oferty wykonawcy ProfitAudio, zwrócił się z zapytaniem w tej materii w sposób jednoznaczny wynika / odp. na pyt. nr 3/, że konsola Sapphire może umożliwiać równoczesne korzystanie z 120 wejściowych kanałów audio z DSP.

Tym samym zarzut ten zdaniem Izby zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie kolejnego zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w zakresie, iż zaoferowana przez Odwołującego konsoleta LAWO sapphire posiada tylko 5 enkoderów na torach tłumikowych, a Zamawiający wymagał co najmniej 6, Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie narzucał jaki powinien być układ tych regulatorów - poziomy czy pionowy i w którym miejscu konsoliety mają być umiejscowione.

Podał, że Oferowana konsoleta sapphire oferuje 9 obrotowych enkoderów obsługujących w tym samym czasie jeden wybrany tor foniczny. W oferowanym rozwiązaniu konsoliety sapphire usytuowanych jest 5 enkoderów pionowo nad tłumikiem i 4 poziomo w panelu

centralnym, łącznie 9. Wymaganie minimalne wg SIWZ wynosiło 6 enkoderów.

Zamawiający w odpowiedzi na zarzut stwierdził, że tory tłumikowe to elementy pionowe konsoly. Natomiast element, na który powołuje się Odwołujący - może być elementem panelu kontrolnego, nie zaś toru tłumikowego.

Izba dokonując oceny tego zarzutu stwierdza, że zarzut odwołania jest niezasadny. Biorąc pod uwagę treść tego wymogu w SIWZ stwierdzić należy, że Zamawiający pod pojęciem tor tłumikowy rozumie zestaw regulatorów i wskaźników dostępnych na panelach mechanicznych dla kanału sygnałowego przypisanego do toru w linii tłumika. Tym samym określenie „tor” należy, słusznie zdaniem Zamawiającego, tłumaczyć jako enkodery znajdujące się w tej samej linii. Odwołujący oferując konsolę posiadającą po 5 enkoderów na jednym torze i dodatkowo wnioskował aby tą wymaganą ilość do 6 enkoderów, uzupełniać enkoderami znajdującymi się na panelu centralnym, a więc w zupełnie innym miejscu niż to określił Zamawiający.

W zakresie kolejnych zarzutów dotyczących braku podania w ofercie dokumentów w oparciu o które Zamawiający miał ustalić dane techniczne oferowanego sprzętu, Odwołujący stwierdził, że wypełnił wszystkie załączniki oferty zgodnie z instrukcją Zamawiającego. Dodatkowo do oferty dołączył schemat blokowy z podaniem enumeratywnie wyliczonych modeli i typów urządzeń. Oferta zawierała również szczegółowy opis w języku polskim wszystkich oferowanych urządzeń i oprogramowania do routera i konsoly. Ponadto dołączył do oferty broszury, również w języku angielskim, które nie były wymagane przez Zamawiającego w SIWZ.

Zamawiający odpowiadając na te zarzuty stwierdził, że materiały techniczne załączone do oferty nie odpowiadały wymogom Zamawiającego określonych w rozdziale V. pkt 14 ppkt 2 SIWZ. Podniósł, że oferta Odwołującego nie zawierała podstawowych informacji o zaoferowanych urządzeniach, co utrudniało w pełni weryfikację zaoferowanego w ofercie sprzętu. Ponadto podniósł, że dokumenty załączone do oferty - nie mogły zostać uzupełnione w trybie wezwania do wyjaśnień Odwołującego.

Izba odnosząc się do tych zarzutów poprzez przyzmat wykazanych przez Zamawiającego braków stwierdza, że podniesione w tym zakresie zarzuty zasługują na uwzględnienie. Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił, które dokumenty są niekompletne, jakie zawierają braki w stosunku do wymagań Zamawiającego. Stwierdzenie tylko, że „nie odpowiadają wymogom Zamawiającego” nie jest jakimkolwiek dowodem w sprawie umożliwiającym Izbie jego merytoryczną ocenę. Tym samym zasadne jest uznanie iż Zamawiający nie udowodnił zaistnienia w tym zakresie przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego, również z tego powodu.

Ponadto odnosząc się do poglądu Odwołującego iż użyte wielokrotnie w postanowieniach SIWZ określenie „*powinien posiadać*” nie oznacza wymagania, lecz uznania za pożądane, aby urządzenie posiadało takie parametry, jest niezasadne. Izba wielokrotnie wypowiedziała się w tej kwestii stwierdzając, że opisanie wymagania w SIWZ zwrotem „powinien” należy odczytywać jako zobowiązanie wykonawcy do zaoferowania konkretnego świadczenia.

Takie stanowisko Izby jest zgodne z stanowiskiem wyrażonym w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 31 stycznia 2012 r., I OSK 1016/2011, gdzie sąd orzekł iż „Użycie słowa „powinien” jest równoznaczne z obowiązkiem podjęcia określonego działania”.

Również w *Słowniku poprawnej polszczyzny* PWN z 1973 r. Witolda Doroszewskiego, jak i *Wielkiego słownika poprawnej polszczyzny* PWN z 2004 r. Andrzeja Markowskiego. wskazano, że językoznawcy aprobują użycie formy winien w znaczeniu „zobowiązany do czegoś”

Tak więc nie ulega żadnej wątpliwości, że wykonawcy byli zobowiązani do zaoferowania urządzeń opisanych w SIWZ określeniem „*winien/powinien*” które spełniały postawione wymogi i to na dzień składania ofert, a nie jak to sugeruje Odwołujący, dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Ponadto zdaniem Izby wskazać należy, że Odwołujący pośrednio wielokrotnie podnosił w odwołaniu zarzut, że postawione w SIWZ wymagania Zamawiającego nie są możliwe do spełnienia ,gdyż jak stwierdził *obecnie są jeszcze niedostępne*. Taki zarzut jest niezasadny, gdyż Odwołujący kwestionując prawidłowość opisu zarówno przedmiotu zamówienia jak i zasad oceny ich spełniania, powinien był on na odpowiednim etapie postępowania o udzielenie zamówienia od tak sformułowanego wymogu, wnieść odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej z żądaniem jego zmiany, czego nie uczynił. Stanowisko Izby w tym zakresie ma w pełni zastosowanie do podnoszonego, we wskazanym w odwołaniu zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasady z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Podnoszenie takich zarzutów jest na obecnym etapie postępowania działaniem spóźnionym.

Stwierdzić należy, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, wymagającym od jego uczestników profesjonalizmu. Profesjonalizm wykonawcy winien polegać na dokładaniu należytej staranności na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jego wyrazem jest m. in adekwatna reakcja na kolejno ujawniające się okoliczności, które mogą stać na przeszkodzie uzyskaniu zamówienia przez tego wykonawcę.

Wskazać ponadto należy, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one i uczestnicy postępowania odwoławczego mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Ciężar udowodnienia faktów, wynikający z art. 190 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 6 kodeksu cywilnego spoczywa na podmiocie, który z danych okoliczności wywodzi skutki prawne. Należy to rozumieć jako obarczenie strony odwołania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a także jako nakaz dla Izby obciążenia strony konsekwencjami poniesienia realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik odwołania. Wyłączne oświadczenia strony nie mogą stanowić podstawy uznania jej zarzutów za skuteczne. Strony winne bowiem przedstawić dowody na poparcie swych twierdzeń.

W przypadku odrzucenia oferty zgodnie z art. 6 kc ciężaru dowodu, spoczywa na Zamawiającym, wywodzącym skutek ze swego twierdzenia o zaistnieniu podstaw w tym zakresie - / por. wyrok SO w Olsztynie V Ga 122/10/.

Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o powołanie biegłego, gdyż po pierwsze Odwołujący składając taki wniosek nie wskazał specjalności co do zakresu z jakiego biegły winien być powołany, nie sprecyzował wniosków dowodowych co do których biegły miałby się wypowiedzieć, a po drugie Izba biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie widzi zasadności powoływania biegłego w przedmiotowej sprawie.

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

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238). Izba nie zasądziła dla Zamawiającego zwrotu wykazanych w załączonych fakturach kosztu zakupu paliwa oraz noclegu.

Izba uznaje za niemożliwy zwrot należności za zakupione paliwo, gdyż zgodnie z § 3 pkt 2a) ww. rozporządzenia o kosztach, stronie wygrywającej może być przyznany zwrot kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę. W przypadku faktury za paliwo brak jest jakiegokolwiek możliwości ustalenia, że całe wykazane w fakturze paliwo zostało zużyte na dojazd na rozprawę. W tym zakresie zasadne jest stosowanie rozliczenia kosztów dojazdu według przepisów rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy -/ Dz.U. Nr 27, poz. 271 z póź. zm./.

Natomiast w przypadku faktury za nocleg, faktura ta nie została w jakikolwiek sposób opisana, tak aby można było ustalić czy osoba korzystająca z noclegu brała udział w rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Przewodniczący .....