

Sygn. akt: KIO 938/15

WYROK

z dnia 22 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2015 r. przez wykonawcę: **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr M. G. w Piasecznie (05-501), ul. Grabowa 8** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Lubelskie w Lublinie (20-074), ul. Spokojna 4**

przy udziale wykonawcy: „**PROLIGHT**” sp. z o. o. w Pruszkowie (05-800), ul. 3 maja 183 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Województwu Lubelskiemu w Lublinie dokonanie zmiany treści załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez wykreślenie dopisanego pismem z dnia 27 kwietnia 2015 r., a odnoszącego się do projektora typu A8, sformułowania: „Urządzenie powinno być kompatybilne z urządzeniami posiadanymi przez Teatr Muzyczny typu LED Wash 600. Kompatybilność urządzenia powinna polegać na jednakowym sterowaniu urządzeniem w zakresie zmian kolorów, temperatur barwowych i jednakowym ich odwzorowaniu. Ma to na celu szybkie uzyskiwanie spójnych barw i łatwość sterowania dla grup urządzeń. Jednakowe wartości kanałów DMX muszą być przyporządkowane do jednakowych kolorów i temperatur barwowych w aparacie posiadanym i**

- oferowanym.” oraz uwzględnienie tej zmiany w innych, odnoszących się do projektora typu A8, zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Województwo Lubelskie w Lublinie** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr M. G. w Piasecznie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Województwa Lubelskiego w Lublinie** na rzecz wykonawcy: **M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr M. G. w Piasecznie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego i obejmującą wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: *„Dostawa i montaż projektorów oświetlenia technologicznego sceny jako modernizacja i uzupełnienie parku oświetleniowego Teatru Muzycznego w Lublinie wraz ze wszystkimi niezbędnymi komponentami”* zostało wszczęte przez Województwo Lubelskie w Lublinie, zwane dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 11 maja 2015 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 067-118361) w dniu 4 kwietnia 2015 r.

W dniu 7 maja 2015 r. odwołanie wniósł wykonawca: M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Teatr M. G. w Piasecznie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 1-3 ustawy Pzp. Twierdził on, że zmiana treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dokonana pismem z dnia 27 kwietnia 2015 r., polegająca na dopisaniu odnoszącego się do projektora typu A8, sformułowania: *„Urządzenie powinno być kompatybilne z urządzeniami posiadanymi przez Teatr Muzyczny typu LED Wash 600. Kompatybilność urządzenia powinna polegać na jednakowym sterowaniu urządzeniem w zakresie zmian kolorów, temperatur barwowych i jednakowym ich odwzorowaniu. Ma to na celu szybkie uzyskiwanie spójnych barw i łatwość sterowania dla grup urządzeń. Jednakowe wartości kanałów DMX muszą być przyporządkowane do jednakowych kolorów i temperatur barwowych w aparacie posiadanym i oferowanym.”* czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym i niewyczerpującym, a także utrudniającym uczciwą konkurencję przez wskazanie na parametry i preferowanie określonych rozwiązań technicznych, które są charakterystyczne dla konkretnych wyrobów. Zdaniem Odwołującego tak skonstruowany opis faworyzował jednego wykonawcę – dotychczasowego dostawcę Zamawiającego – „PROLIGHT” sp. z o. o. w Pruszkowie, mającego mieć wyłączność na dystrybucję na terenie Polski projektorów ROBE CYC FX 8 i ROBE Wash 600. Tylko te dwa projektory, według Odwołującego, spełniać miały warunki kompatybilności

srowadzające się do jednakowych wartości kanałów DMX przyporządkowanych do jednakowych kolorów i temperatur barwowych. Twierdził on, że rozkład funkcji i komend na poszczególnych kanałach DMX stanowi unikalne, niepowtarzalne opracowanie producenta, stąd nie ma na rynku innych urządzeń o identycznej liście komend na kanale DMX. W ocenie Odwołującego tak zakrojone wymagania nie znajdowały żadnego uzasadnienia technicznego – ten sam cel osiągnąć można bowiem z wykorzystaniem komputerowego urządzenia do sterowania oświetleniem, które to urządzenie, po wprowadzeniu parametrów technicznych konkretnego reflektora, automatycznie kreuje dowolny kolor i efekt bez względu na producenta, stąd ułożenie komend i przypisane im wartości nie mają żadnego znaczenia. Uważał on, że jedynym istotnym elementem w przypadku urządzeń opartych na technologii LED jest ilość diod składowych. Zestawiając moc diod w urządzeniach już posiadanych (ROBE Wash 600) z mocą diod w urządzeniach, które Zamawiający zamierza zakupić (ROBE CYC FX 8), a także uwzględniając stopień zużycia urządzeń już eksploatowanych, Odwołujący stwierdził, że mimo identycznej listy komend, nie będzie możliwe uzyskanie identycznych kolorów przy wykorzystaniu tylko ustawień fabrycznych.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia wymogu odnoszącego się do projektora typu A8 dopisanego do treści SIWZ pismem z dnia 27 kwietnia 2015 r.

W dniu 11 maja 2015 r. wykonawca: „PROLIGHT” sp. z o. o. w Pruszkowie, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a w szczególności powoływana przez Przystępującego przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp. W ocenie Izby, wobec faktu, iż zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Pzp wykonawcą może być każda osoba fizyczna, niezależnie od tego czy jest ona przedsiębiorcą, czy też nim nie jest, jak również przy uwzględnieniu etapu postępowania o udzielenie zamówienia (odwołanie wobec postanowień SIWZ), na którym wniesiono rozpoznawane przez Izbę odwołanie, nie sposób było uznać Odwołującego za podmiot nieuprawniony, na który wskazano w powołanym art. 189 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem

stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem, a także te, które zostały przedstawione w toku postępowania odwoławczego. Izba uwzględniła również, jako znane jej z urzędu, dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego w sprawie KIO 772/15.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III.2 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w załączniku nr 1 do SIWZ. Wskazano tam, że *„Przedmiotem zamówienia jest dostawa, montaż oraz kompleksowe uruchomienie wysokiej klasy projektorów oświetlenia technologicznego sceny w celu modernizacji i uzupełnienia parku oświetleniowego Teatru Muzycznego w Lublinie wraz ze wszystkimi niezbędnymi komponentami. Wszystkie dostarczone urządzenia po montażu muszą stanowić jedną funkcjonalną i sprawną instalację. W zakres dostawy oprócz montażu urządzeń wchodzi także uruchomienie systemu, kalibracja, wykonanie niezbędnych pomiarów i prób, ustawienie kierunku świecenia opraw. Wykonawca zapewni przeszkolenie wskazanych pracowników Zamawiającego z zakresu obsługi i bieżącej konserwacji dostarczonych urządzeń. Szkolenie powinno zapewnić bezproblemową obsługę urządzeń przez wskazane przez Zamawiającego osoby.”* Opisano tam również minimalne wymagania w odniesieniu do każdego z typów zamawianych projektorów. W projekcie oświetlenia technologicznego, załączniku nr 7 do SIWZ, wskazano, że wymagania minimalne odnoszące się do projektora typu A8 spełnia *„np. listwa ROBE CYC FX 8”*, a także zawarto następujące stwierdzenie: *„Dopuszcza się stosowanie rozwiązań równoważnych o parametrach technicznych co najmniej równoważnych do zaproponowanych w Dokumentacji Projektowej z zapewnieniem zachowania jakości i funkcjonalności całego dostarczonego rozwiązania.”*

Zamawiający pismem z dnia 27 kwietnia 2015 r. dokonał zmiany treści SIWZ polegającej m.in. na dopisaniu w treści załącznika nr 1 do SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia – odnoszącego się do projektora typu A8, sformułowania: *„Urządzenie powinno być kompatybilne z urządzeniami posiadanymi przez Teatr Muzyczny typu LED Wash 600. Kompatybilność urządzenia powinna polegać na jednakowym sterowaniu urządzeniem*

w zakresie zmian kolorów, temperatur barwowych i jednakowym ich odwzorowaniu. Ma to na celu szybkie uzyskiwanie spójnych barw i łatwość sterowania dla grup urządzeń. Jednakowe wartości kanałów DMX muszą być przyporządkowane do jednakowych kolorów i temperatur barwowych w aparacie posiadanym i oferowanym.” W powołanym piśmie Zamawiający zastrzegł, że zmiany treści załącznika nr 1 do SIWZ wprowadzone zostały odpowiednio w pozostałej treści SIWZ, w tym w innych do niej załącznikach.

Wobec tak dokonanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że część sformułowanych przez Odwołującego zarzutów znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że niezasadnym był zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 29 ust 1 ustawy Pzp przez takie skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia, że nie był on jednoznaczny i wyczerpujący. Twierdzenia te stały w sprzeczności z uwypuklaną w uzasadnieniu odwołania tezą, że Zamawiający przez zawężenie wymagań odnoszących się do zamawianych projektorów wskazuje *de facto* na określone urządzenia konkretnego producenta.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła przy orzekaniu poglądy ukształtowane w orzecznictwie na gruncie powołanego przepisu, tak w odniesieniu do ograniczeń przez niego nakładanych na zamawiających, jak i w odniesieniu do rozkładu ciężaru dowodu w przypadkach stawiania zarzutów jego naruszenia: *„Izba stwierdziła, że dla stwierdzenia naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p. wystarcza wprawdzie zaistnienie możliwości utrudnienia konkurencji. Jednakże wykazanie możliwości naruszenia uczciwej konkurencji nie może ograniczyć się do twierdzeń wykonawcy, przesuwając w ten sposób cały ciężar dowodzenia wyłącznie na zamawiającego, przy założeniu, iż jeśli nie udowodni on tezy przeciwnej, należy uznać daną okoliczność za wystarczająco wykazaną. Przeczy to zarówno kontradiktoryjnemu charakterowi postępowania odwoławczego, jak i rozkładowi ciężaru dowodu (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p.), a i brzmienie art. 29 ust. 2 ustawy p.z.p. nie uprawnia*

do takiego wniosku. Z drugiej jednak strony zamawiający winien jednak przekonać Izbę, że dany parametr znajduje uzasadnienie w jego potrzebach. Tylko bowiem zamawiający wie, jaki konkretnie efekt zamierza osiągnąć w drodze zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).” – tak Izba w sprawie KIO 54/12. Podobnie Izba w sprawie KIO 341/12: „Modalne sformułowanie hipotezy przepisu nie jest wcale okresem warunkowym tworzącym domniemanie faktyczne lub prawne jakoby każdy opis przedmiotu zamówienia winien być uznawany za opis naruszający dyspozycję ww. przepisu dopóki zamawiający nie udowodni, że jest inaczej, czyli nie następuje tu wcale "automatyczne" przerzucenie ciężaru dowodzenia okoliczności przeciwnych na zamawiającego. Jednakże w świetle sformułowania powoływanej normy prawnej, przepis art. 29 ust. 2 P.z.p. nie wymaga wcale pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji, ale wystarczające jest udowodnienie możliwości wystąpienia takiego naruszenia, a więc jakiegoś realnego stopnia prawdopodobieństwa jego wystąpienia. Powyższe znaczące osłabienie "celu dowodowego" nie oznacza jednak w ogóle braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje - powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi więc być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane. Dla przykładu wskazać można, iż w szczególności dla wykazania możliwości naruszenia konkurencji nie jest wystarczające samo podniesienie, iż produkt oferowany przez odwołującego nie spełnia wymagań siwz. Jak wskazano powyżej, fakt, że na rynku występują wykonawcy nieprodukujący danego przedmiotu zamówienia lub dla których jego realizacja jest utrudniona czy nieopłacalna, nie przesądza wcale o możliwości powstania naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dla stwierdzenia takiego naruszenia, jak już wskazano, niezbędne jest zbadanie i ocena,

co najmniej kilku okoliczności związanych z danym zamówieniem, w szczególności takich jak kształt rynku, którego zamówienie dotyczy oraz skutki ograniczenia konkurencji dla ilości potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, i z drugiej strony waga potrzeb zamawiającego, których realizacji takie ograniczenie służy.”

W kontekście powołanych poglądów, w rozpoznawanej sprawie koniecznym było również dostrzeżenie tego, że zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, a także to, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Mając to wszystko na uwadze, Izba poddała analizie stanowiska prezentowane przez Strony i Przystępującego. Zestawienie argumentacji użytej z jednej stron przez Odwołującego, z drugiej zaś przez Zamawiającego i Przystępującego, pozwoliło Izbie ustalić, że zasadnym wydaje się formułowany przez Odwołującego zarzut art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem ze stanu faktycznego ustalonego w sprawie wynika, że w rozpoznawanej sprawie zaistniała możliwość naruszenia uczciwej konkurencji – wykazany został bowiem (*de facto* w głównej mierze istnienie tego stanu zostało potwierdzone przez samego Zamawiającego) realny stopień prawdopodobieństwa wystąpienia naruszenia konkurencji, co nie znajdowało uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego. Izba podejmując takie ustalenia oparła się w głównej mierze na przekonaniu, że Zamawiający odpowiadając na odwołanie, wbrew swej intencji i żądaniom oddalenia odwołania, potwierdził zasadność stawianego przez Odwołującego zarzutu.

Faktem jest to, że Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący jest wykonawcą, który ma zagwarantowane prawo dystrybucji na terenie Polski, na zasadzie wyłączności, projektorów ROBE CYC FX 8 i ROBE Wash 600. Twierdzenia te nie zostały poparte żadnym dowodem, poddaje je również w wątpliwość przedstawienie przez Zamawiającego trzech ofert sprzedaży projektora ROBE CYC FX 8 przez innych niż Przystępujący przedsiębiorców.

Co jednak istotne dla rozstrzygnięcia, Zamawiający nie przeczył temu, że to właśnie powoływany przez Odwołującego projektor ROBE CYC FX 8 jest tym, który spełnia wszystkie wymagania, w tym – co szczególnie ważne w rozpoznawanej sprawie – również warunek kwestionowany przez Odwołującego. Wynikało to już z samych zapisów SIWZ – ten właśnie konkretny model został wskazany w załączniku nr 7 do SIWZ, jako spełniający wymagania odnoszące się do projektora typu A8.

Zamawiający twierdził jedynie, że fakt ten nie wyklucza jednocześnie tego, że wymagania te mogą spełniać również urządzenia innych producentów. Przywołał jednakże przy tym wiele argumentów przemawiających przeciwko takiej tezie. Twierdził on bowiem, że ta sama barwa i temperatura barwowa zagwarantowana jest w przypadku, gdy diody pochodzą od tego samego producenta (każdy producent kalibruje w sobie tylko właściwy sposób produkowane przez siebie diody) – istotny jest typ i napięcie zasilania diody. Podkreślał, że kwestią kluczową jest pochodzenie zamawianego urządzenia od określonego producenta. Decydować o tym miały różne parametry: rozkład kanałów DMX, parametry zasilania, kalibracja barwna, sposób sterowania diodą (częstotliwość sygnału i rodzaj modulacji) – wszystko to decydować miało o tym, że barwy powstające przy użyciu różnych urządzeń wyglądają inaczej. Argumentacja ta skonstruowana została przez Zamawiającego w celu uzasadnienia istnienia po jego stronie obiektywnie uzasadnionych potrzeb i podważenia twierdzeń Odwołującego zawartych w uzasadnieniu odwołania. Wszystko to, zdaniem Izby, potwierdzało jednakże tezy postawione przez Odwołującego, zgodnie z którymi tak zdefiniowane pojęcie kompatybilności, jak uczynił to Zamawiający, wyklucza zaoferowanie mu innych urządzeń, niż te, które zostały przywołane w odwołaniu. Sam Zamawiający podkreślał bowiem, że ze względu na określony zespół cech zamawianych projektorów (np. rozkład kanałów DMX, czy sposób sterowania diodą) istotne jest pochodzenie tych projektorów – podkreślał on, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest możliwym osiągnięcie dowolnego koloru z dowolnego urządzenia dowolnego producenta. W świetle opinii z dnia 18 maja 2015 r. przedstawionej przez Zamawiającego *„producenci nie podają w dokumentacji technicznej i kartach katalogowych parametrów związanych z zakresem barwnym (tzw. gamutem), w których pracują określone oprawy”*. W tym też zakresie Izba uznała, że przywołane twierdzenia Zamawiającego i użyte przez niego argumenty potwierdzają zaistnienie okoliczności faktycznych, na które powoływał się Odwołujący, a mianowicie to, że opis przedmiotu zamówienia w kwestionowanej w odwołaniu treści dopuszcza możliwość zaoferowania Zamawiającemu urządzeń pochodzących od jednego tylko producenta, a możliwość zaoferowania innych urządzeń przy tak zdefiniowanej kompatybilności czyni jedynie iluzoryczną.

Tak wysoki stopień ograniczenia konkurencji nie znalazł, w ocenie Izby, uzasadnienia w obiektywnie uzasadnionej konieczności zakupu tylko i wyłącznie takich właśnie projektorów. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zobowiązanie wykonawcy obejmować miało dostawę, montaż oraz kompleksowe uruchomienie projektorów – uruchomienie systemu, kalibracja, wykonanie niezbędnych pomiarów i prób, ustawienie kierunku świecenia opraw. Oczywistym jest zatem, że to na wykonawcy ciążyć ma obowiązek przeprowadzenia kalibracji oraz niezbędnych pomiarów i prób instalowanych

projektorów. Nieuzasadnionymi w tym kontekście wydawały się twierdzenia Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie o konieczności przeprowadzania przed każdym przedstawieniem czasochłonnej kalibracji (nawet do 8 godzin – tak w toku rozprawy przed Izłą) projektorów nie spełniających wymogu kompatybilności opisanego w sposób kwestionowany przez Odwołującego. Ich wiarygodność (niezależnie od oceny w kontekście treści opisu przedmiotu zamówienia) podkopało dokonane przez Odwołującego spostrzeżenie, że wymóg kompatybilności zastrzeżony został przez Zamawiającego w odniesieniu do jednego tylko rodzaju projektorów, podczas gdy każde z opisanych w SIWZ urządzeń (łącznie 8 różnych typów) będzie wykorzystywane w tym samym czasie, w tym samym systemie – zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego inne projektory mogą być alternatywnie wykorzystywane do celów, do których przeznaczony jest projektor A8 (oświetlanie twarzy) – stąd też, nie jest uzasadnione stawianie tak określonego wymogu w odniesieniu do jednej tylko grupy urządzeń, w sytuacji, gdy inne urządzenia mogą być wykorzystywane do tego samego celu. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia wszystkie dostarczone urządzenia po montażu muszą stanowić jedną funkcjonalną i sprawną instalację, stąd też jeśliby wymóg tak opisanej kompatybilności miał mieć faktycznie tak istotne znaczenie, to niezrozumiałym jest nie odniesienie go do innych projektorów, tak aby zakładany przez Zamawiającego efekt rzeczywiście miał zostać zrealizowany. Postawienie tegoż wymogu jedynie w odniesieniu do jednego tylko typu urządzeń poddawało w wątpliwość to, czy potrzeby Zamawiającego faktycznie były obiektywnie uzasadnionymi. Słuszną w takim przypadku wydaje się uwaga Odwołującego, zgodnie z którą brak kompatybilności innych typów urządzeń, niweczyć powinien zakładany przez Zamawiającego cel (szybkie uzyskanie spójności barw), albowiem kalibracja urządzeń niekompatybilnych (a takimi przecież mogło być pozostałe 7 typów projektorów, wobec braku odniesienia do nich kwestionowanego wymogu) mogła dochodzić nawet do 8 godzin, jak to twierdził sam Zamawiający.

Nie wykazał Zamawiający, aby zgodnie z postanowieniami SIWZ dostarczane mu projektory miały być wykorzystywane również w plenerze – w instalacjach innych niż ta, która zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia ma zostać uruchomiona i skalibrowana przez wybranego wykonawcę. Co za tym idzie, nie wykazał on, aby jakiegokolwiek okoliczności związane z takim właśnie ewentualnym wykorzystaniem zamawianych projektorów miały decydować o zgodności parametrów oferowanego zamawiającemu urządzenia z treścią wymagań zawarty w SIWZ.

Podkreślenia w tym kontekście wymaga również brak wydzielenia w takim przypadku (gdyby uznać za uzasadniony kwestionowany wymóg kompatybilności w zakresie

projektorów typu A8) dostawy projektora typu A8 do oddzielnej części zamówienia – postawiony wymóg kompatybilności znacznie ograniczał swobodę konkurencji w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego i oddziaływał on na możliwość zaoferowania całego przedmiotu zamówienia. W przypadku wydzielenia dostawy powołanego projektora do oddzielnej części wykonawcy, którzy nie oferują urządzeń tego właśnie producenta uzyskaliby możliwość złożenia oferty w pozostałym zakresie. W rozpoznawanym przypadku zostali oni pozbawieni takiej możliwości.

Podkreślenia przy tym wymaga to, że Izba nie odmawia Zamawiającemu zaspokojenia jego obiektywnie uzasadnionych potrzeb, a w szczególności prawa do zakupu takich projektorów, które będą spełniały takie właśnie obiektywnie uzasadnione wymagania, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Zamawiający pamiętać jednak powinien, że jest on zobowiązany dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymagania w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Stąd bardzo istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie i które zgodnie z przepisami prawa uznane mogą zostać za obiektywnie uzasadnione.

W rozpoznawanej sprawie, w świetle ustalonego w tej konkretnej sprawie stanu faktycznego, wobec braku należytego uzasadnienia przez Zamawiającego słuszności jego stanowiska, Izba uznała, że brak było podstaw do przyjęcia, że zakwestionowany przez Odwołującego zapis SIWZ wypływa z takich właśnie obiektywnie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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 wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) lit. a) i b) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, przy czym wynagrodzenie pełnomocnika nie może być wyższe niż 3 600 zł. Mając na uwadze fakt, iż Odwołujący przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego

rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz wpisu (15 000 zł).

Przewodniczący: