

**Sygn. akt: KIO/UZP 200 /08**

**WYROK**

**z dnia 19 marca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek  
Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie\* w dniu **19 marca 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Teatr” Marek Gumiński, ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Opole – Urząd Miasta Opola, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole** protestu z dnia **21.02.2008 r.**

przy udziale wykonawcy **LTT Sp. z o.o., ul. Kazimierzowska 22, 02-572 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Teatr” Marek Gumiński, ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Teatr” Marek Gumiński, ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **XXXX** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Specjalistyczne „Teatr” Marek Gumiński, ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Opole Urząd Miasta Opola, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 14.12.2007 r. pn. „Dostawa, montaż i uruchomienie oświetlenia technologicznego do budynku zaplecza technicznego i sali prób Opolskiego Teatru Lalki i Aktora im. Alojzego Smolki w Opolu ul. Kośnego 2a”. Zamawiający opublikował ogłoszenie 19.12.2007 r. w TED pod numerem 2007/S 244-297177.

Zamawiający wyznaczył na dzień 30.01.2008 r. termin składania i otwarcia ofert.

W dniu 15.02.2008 r. – Zamawiający poinformował (pismo z dnia 14.02.2008 r.) o odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Specjalistycznego TEATR, ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno-Zalesie Dolne. Podstawą odrzucenia oferty był art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), gdyż zdaniem Zamawiającego treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w specyfikacji).

W dniu 21.02.2008 r. – Przedsiębiorstwo Specjalistycznego TEATR, ul. Grabowa 8, 05-501 Piaseczno-Zalesie Dolne złożyło protest na odrzucenie jego oferty.

W dniu 25.02.2008 r. – Wykonawca LTT Sp. z o.o., ul. Kazimierzowska 22, 02-572 Warszawa przystąpił po stronie Zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i przystępujący wniósł o oddalenie protestu.

Zamawiający w dniu 28.02.2008 oddalił protest Odwołującego.

Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 04.03.2008 r.

Dnia 17.03.2008 r. – przystąpienie LTT do postępowania odwoławczego.

W odwołaniu Odwołujący wnosi o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie dokonania przez Zamawiającego ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania oraz kosztów zastępstwa w postępowaniu zgodnie ze złożoną na rozprawie fakturą VAT.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp;
- 3) art. 7 ust. 3 Pzp.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego powołując się na to, że z kosztorysu ofertowego załączonego do oferty oraz pozostałych dokumentów „nie wynika, że sprzęt zaproponowany przez Odwołującego odpowiada opisanemu przez Zamawiającego przedmiotowi zamówienia”.

W szczególności Wykonawca nie zgadza się z tym, że:

1. (Ad 1) konsola EOS nie posiada zintegrowanego tracka, gdyż na wyposażeniu konsoli EOS zaproponowanej przez Odwołującego znajduje się zewnętrzny trackball lub mysz – (do wyboru przez użytkownika). Brak zintegrowanego trackballa związany jest ze sposobem obsługi konsoli EOS. Podstawową jego zaletą jest właśnie możliwość nie korzystania z myszy lub trackballa. Wszystkie funkcje można wywołać przez dotykowe ekrany (lub ewentualnie przez mechaniczne przyciski nakładane na ekrany dotykowe), konwencjonalne przyciski i enkodery.
2. (Ad 1) w konsolecie EOS brak funkcji TOPO, gdyż funkcja TOPO to rynkowa nazwa funkcji umożliwiającej pracę z mapą rozmieszczenia urządzeń na scenie. Natomiast funkcja równoważna znajduje się również w sterowniku ETC EOS, lecz nie nosi ona tutaj nazwy „TOPO tylko Channel Layouts”. Tym samym odrzucenie oferty

ze względu braku funkcji „TOPO” i wbudowanego trackball”a jest nieporozumieniem wynikającym z braku należytej staranności przy ocenie oferty.

3. (Ad 2) brak ekranu dotykowego w sterowaniu bezprzewodowym, gdyż sterowanie bezprzewodowe zastosowane w konsolecie EOS nie jest wyposażone w ekran dotykowy z przyczyn technicznych zastosowania innych rozwiązań. Standardowe przyciski zamiast ekranu dotykowego umożliwiają zdecydowanie szybsze, wygodniejsze, bardziej precyzyjne i mniej awaryjne wywoływanie wszystkich funkcji.

4. (Ad 3) zaproponowany zestaw regulatorów skonfigurowany w moduły 2-regulowane, a nie w 4-regulowane, gdyż stanowi to rozwiązanie wyższej klasy od opisanego czteroobwodowego. W przypadku profesjonalnych szaf regulatorów pozwala na wyjęcie uszkodzonego modułu-obwodu i przekazanie go do serwisu, bez konieczności wyłączania z pracy całego zestawu regulatorów.

5. (Ad 4 i 5) zaproponowany mechanizm nastawiania ogniskowej oparty jest na śrubie ślimakowej, a nie na sankach, gdyż jest to rozwiązanie wyższej klasy od podanego w specyfikacji systemu regulacji ogniskowej przy pomocy sanek i daje wyższą precyzję regulacji, a także przez umieszczenie śruby regulacyjnej od spodu urządzenia, jest zarówno niewygodna jak i niebezpieczna w użyciu poprzez ryzyko poparzenia osoby regulującej ogniskową o rozgrzaną obudowę urządzenia.

6. (Ad 5) maksymalny kąt wiązki światła w zaproponowanym przez Odwołującego reflektorze wynosi 56°, a więc odbiega o 13% od przykładowych wymagań Zamawiającego. Powyższy zarzut jest nieprawdziwy. Zamawiający dopuścił po proteście możliwość rozbieżności parametrów technicznych w zakresie +/- 10%. Oczekiwany kąt świecenia podano jako 62°, czyli 90% tej wartości wynosi: 55,8°. Oferowany przez Odwołującego reflektor posiada możliwość regulacji do 56°, tym samym spełnia warunki opisane w specyfikacji.

7. (Ad 6) długość zaproponowanego przez Odwołującego reflektora wynosi 726 mm, co powoduje, że odbiega on o 13% od przykładowych wymagań Zamawiającego. Reflektor zakwestionowany ze względu na obudowę dłuższą od opisanej w specyfikacji o 2,75 cm, jest jednocześnie ponad dwukrotnie niższy i o dwa

centymetry węższy od wskazanego przez Zamawiającego. Jest zatem reflektorem dającym lepsze możliwości operowania szczególnie w pionie. Suma długości, wysokości i szerokości w przypadku urządzenia zaproponowanego przez Odwołującego wynosi 112,6 cm, wobec 129,5 cm przykładowo wskazanego przez Zamawiającego. Oznacza to, że urządzenie zaproponowane przez Odwołującego jest mniejsze.

8. (Ad 7) głowica ruchoma SGM SYNTESIS WASH zaproponowana przez Odwołującego posiada tylko 4 kolory na tarczy kolorów zamiast 8 kolorów, gdyż urządzenie, oprócz tarczy kolorów bezpośrednich, posiada również system generowania koloru CMY, a więc w każdej chwili można osiągnąć dowolnie wybrany kolor z pełnej palety barw. Filtry barwne umieszczone na tarczy bezpośredniego dostępu są wymienne bez użycia narzędzi i w każdej chwili można je dostosować do konkretnych oczekiwań.

9. (Ad 8) głowica ruchoma SGM SYNTESIS SPOT zaproponowana przez Odwołującego posiada tylko 4 kolory na tarczy kolorów zamiast 8 kolorów, gdyż zaproponowane przez Odwołującego urządzenie, oprócz tarczy kolorów bez kolorów pośrednich posiada również system generowania koloru CMY, a więc w każdej chwili można osiągnąć dowolnie wybrany kolor z pełnej palety barw. Filtry barwne umieszczone na tarczy bezpośredniego dostępu są wymienne bez użycia narzędzi i w każdej chwili można je dostosować do konkretnych oczekiwań.

10. (Ad 9) proponowany przez Odwołującego rzutnik posiada kontrast tylko 1200:1, zamiast 1600:1-2000:1, gdyż oferowany przez Odwołującego projektor wizyjny posiada wyższą jasność od wybranego o 200 ansilumenów, parametr kontrastu, w przeciwieństwie do jasności nie jest na tym poziomie (powyżej 800) tak istotny dla projektorów DLP w warunkach teatralnych jak jasność. Wysoki kontrast istotny jest jedynie dla zastosowań konferencyjno-prezentacyjnych. W warunkach teatralnych, gdzie projekcja jest jednym z elementów scen świetlnych ustalanych przez reżysera i scenografa, jest i tak z reguły obniżany.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła z dowody dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron złożonych na rozprawie i rozważyła co następuje:

Odwołujący miał możliwość zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji, zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej w skrócie „Pzp”. Zgodnie z tym przepisem Odwołujący zwracał się do Zamawiającego dwukrotnie o wyjaśnienia i Zamawiający dwukrotnie zajmował stanowisko w sposób przewidziany ustawowo. Ponadto Odwołujący, we właściwym terminie, złożył protest w stosunku do postanowień zawartych w specyfikacji. Rozstrzygając ten protest, Zamawiający zmodyfikował treść specyfikacji.

Na Zamawiającym, zgodnie z art. 29 Pzp, spoczywa obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia. Jest to jeden z obowiązków Zamawiającego, ale i uprawnienie do tego aby dokonywał tej czynności samodzielnie. Wykonawcy mogą, w drodze żądania wyjaśnień, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp, starać się wpływać na poszczególne sformułowania specyfikacji i na jej doprecyzowanie w takim zakresie, aby możliwie najbardziej spełniała zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Jednak to ostatecznie Zamawiający musi określić jakiego żąda przedmiotu zamówienia lub jakie funkcje ma spełniać ten przedmiot zamówienia.

Podobne stanowiska zostały wyrażone w wyrokach Zespołów Arbitrów z dnia 11 kwietnia 2007 r. (UZP/ZO/0-362/07), z dnia 26 kwietnia 2007 r. (UZP/ZO/0-484/07), z dnia 7 marca 2007 r. (UZP/ZO/0-207/07). Z przytaczanych wyroków wynika, że to w wyłącznych kompetencjach Zamawiającego jest ostateczne określenie przedmiotu zamówienia, a Wykonawcy muszą się temu określeniu podporządkować i przedstawić właściwy przedmiot oferty.

W badanym postępowaniu, Zamawiający określił jakie minimalne parametry ma posiadać oferowany sprzęt, aby Zamawiający mógł uznać, że sprzęt spełnia wymogi postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a szczególnie w specyfikacji technicznej. Zamawiający odstąpił od określania funkcji jakie ma spełniać oferowany sprzęt, gdyż Zamawiający uznał, że wystarczająco określił sprzęt wskazując na jego minimalne parametry. W szczególnie dobitny sposób Zamawiający wyraził to w pkt 2 „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia” na stronie 2 tego dokumentu. Na podstawie tego postanowienia Zamawiający dopuścił do zaoferowania urządzeń tej samej klasy lub wyższej, ale spełniających jednocześnie cyt. „wszystkie zapisy niniejszej specyfikacji technicznej.”. Niżej

Zamawiający wymienił minimalne parametry poszczególnych urządzeń wchodzących w skład przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wpłynął na doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia w kwestii zakresu zaoferowania równoważnego przedmiotu zamówienia i złożył ofertę, która być może spełnia funkcje wydedukowane na podstawie parametrów i zastosowania, jednak nie odpowiada parametrom i określeniom użytym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. Dlatego jest to oferta nie spełniająca wszystkich wskazanych przez Zamawiającego parametrów, a Zamawiający oparł się w opisie przedmiotu zamówienia na scharakteryzowaniu parametrów, a nie funkcji. Jak z tego wynika oferta podlega odrzuceniu, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co jest unormowane w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W zakresie szczegółowych kwestii podnoszonych przez Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że:

- 1) w ofercie Odwołującego w konsolecie ETC EOS brak zintegrowanego trackball'a, wymaganego w pkt 2.1 tiret 12 opisu zamówienia, co jest okolicznością wpływającą na konieczność odrzucenia oferty podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 2) Odwołujący w ofercie nie określił spełnienia funkcji TOPO, co Odwołujący wyjaśnił w proteście, że zaoferowany przedmiot zamówienia posiada analogiczną funkcję lecz inaczej nazwaną, ale wobec innych uchybień oferty okoliczność ta nie ma wpływu na rozstrzygnięcie Zamawiającego; ponadto brak ekranu dotykowego w sterowaniu radiowym wymaganego w pkt 2.3 tiret 1 opisu zamówienia, co jest okolicznością wpływającą na konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 3) zaproponowany zestaw regulatorów skonfigurowany w moduły 2-regulowane, a nie w 4-regulowane wymagane przez Zamawiającego jest okolicznością wpływającą na konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 4) reflektor (SPOTLIGHT Vario 12) z mechanizmem nastawiania ogniskowej opartym na śrubie ślimakowej a nie na sankach, jak tego wymagał Zamawiający nie spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia i z tego względu oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;



- 5) reflektor (SPOTLIGHT Vario 05) z mechanizmem nastawiania ogniskowej opartym na śrubie ślimakowej a nie na sankach, jak tego wymagał Zamawiający nie spełnia wymagania opisu przedmiotu zamówienia i z tego względu oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i wobec innych uchybień oferty okoliczność, że maksymalny kąt wiązki światła odbiega o niecałe 10% od wymaganego nie ma wpływu na rozstrzygnięcie Zamawiającego;
- 6) reflektor (SPOTLIGHT Figura 12 ZS) o długości odbiegającej o 13% od długości wymaganej przez Zamawiającego – przy tolerancji 10% – z tego względu oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 7) głowica ruchoma SGM SYNTESIS WASH zaproponowana przez Odwołującego posiada tylko 4 kolory na tarczy kolorów zamiast 8 kolorów co Odwołujący wyjaśnił w proteście, że zaoferowany przedmiot zamówienia posiada możliwość generowania przedmiotowych 8 kolorów, ale wobec innych uchybień oferty okoliczność ta nie ma wpływu na rozstrzygnięcie Zamawiającego;
- 8) głowica ruchoma SGM SYNTESIS SPOT zaproponowana przez Odwołującego posiada tylko 6 kolory na tarczy kolorów zamiast 8 kolorów, wysokość przekracza o 18% wymaganą, a waga 42 kg przekracza o 22% wymaganą i z tego względu oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 9) rzutnik EIKI EIP – 5000 L charakteryzuje się kontrastem 1200:1 zamiast wymaganego 1600-2000:1 i z tego względu oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*