

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2016 r. przez wykonawcę **W.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Bracia Strzelczyk” W.S., ul. Marszałkowska 58 lok. 11, 12, 00-545 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Siltec Sp. z o.o., ul. E. Orzeszkowej 5, 02-374 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Komendzie Głównej Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa**: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert i: a) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę **Siltec Sp. z o.o., ul. E. Orzeszkowej 5, 02-374 Warszawa** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), b) wezwanie wykonawcy **W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Bracia Strzelczyk” W.S., ul. Marszałkowska 58 lok. 11, 12, 00-545 Warszawa** do złożenie, w trybie art. 26 ust. 3 powołanej ustawy, dokumentu, o którym mowa w pkt VIII ppkt 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
2. kosztami postępowania obciąża **Komendę Główną Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W.S.**

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Bracia Strzelczyk” W.S., ul. Marszałkowska 58 lok. 11, 12, 00-545 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Komendy Głównej Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa** na rzecz wykonawcy **W.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Bracia Strzelczyk” W.S., ul. Marszałkowska 58 lok. 11, 12, 00-545** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1367/16

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*zakup i instalacja systemów optoelektronicznych*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 maja 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 098-175612.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Siltec Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Przystępujący” lub „Wykonawca”) oraz zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazując na powyższe, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego mimo, że Wykonawca ten nie przedstawił wymaganych dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wymaganych dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert;
- 3) wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 25 ustawy Pzp, w postępowaniu zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, wskazanych w ogłoszeniu, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Do dokumentów tych zalicza się przede wszystkim dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 26 ustawy Pzp. Katalog tych dokumentów określony został w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz.

231).

Dalej Odwołujący podał, że na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający może żądać oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, o których mowa w art. 25b ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (w skrócie „dokumenty przedmiotowe”), dotyczących właściwości przedmiotu zamówienia, jego cech technicznych i jakościowych. Przykładowe dokumenty przedmiotowe zostały wskazane w § 6 ust. 1 powołanego rozporządzenia. Użycie w § 6 ust. 1 przedmiotowego rozporządzenia zwrotu „w szczególności” oznacza, zdaniem Odwołującego, że katalog dokumentów przedmiotowych wskazanych w tym przepisie jest katalogiem otwartym. Za dokumenty przedmiotowe mogą być uznane również inne dokumenty, jeżeli zamawiający żąda ich w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania określonych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Jak podał Odwołujący, dokumentów przedmiotowych, dotyczących jakości urządzeń, stanowiących przedmiot zamówienia, zażądał Zamawiający w niniejszym postępowaniu w pkt. VIII.4 SIWZ, zgodnie z którym: *„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca musi złożyć wraz z ofertą certyfikat (świadcstwo, raport) wraz z wynikami badań laboratoryjnych, poświadczający pomyślne przejście testów laboratoryjnych oferowanego typu kamery termowizyjnej w zakresie określonym w pkt 4.1.2.10, 4.1.2.11 i 4.1.2.12 opisu przedmiotu zamówienia - charakterystyka MRTD”*.

Odwołujący wyjaśnił, że w punktach 4.1.2 10-12 opisane zostały wymagania dotyczące kamer termowizyjnych i konieczności uzyskiwania przez nie wartości MRTD przemierzonych dla szerokiego, średniego i wąskiego pola widzenia. Przy czym zamawiający wskazał, iż pomiary miały być wykonane zgodnie z normą NATO STANAG No. 4349:1995 *„Measurement of the minimum resolvable temperature difference (MRTD) of thermal cameras”* dalej „norma NATO STANAG”.

Odwołujący podniósł, że norma NATO STANAG określa w szczególności, w jaki sposób powinny być prezentowane wyniki przeprowadzonego badania oraz, jakie dane powinny być w nim uwzględnione. Zgodnie z pkt 7.2 normy NATO STANAG: *„Wyniki pomiarów MRTD powinny być przedstawione w tabeli (zobacz Załącznik) oraz na wykresie (ze skalą logarytmiczną dla różnicy temperatur i skalą liniową dla częstości przestrzennej), dla każdego obserwatora oraz każdej orientacji. Powinny być również wskazane warunki pomiarowe, wartości wykorzystane do obliczeń i wszystkie uzyskane wyniki. Każda istotna odchyłka lub odrzucenie pomiarów musi być wyjaśnione”*. Załącznikiem A do normy NATO STANAG jest karta wyników MRTD. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył normę NATO STANAG w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełniania warunku jakościowego dotyczącego kamer, Przystępujący przedłożył w pierwszej kolejności dokument o nazwie „*Technical report HRC-S MRTD compliance to customer requirements II*”, dalej „*Raport*”, pochodzący od producenta. Dokument ten jednak nie zawierał informacji, iż prezentowane w nim wyniki zostały uzyskane w oparciu o badania przeprowadzone zgodnie z wymaganiami normy NATO STANAG.

Dalej Odwołujący podał, że na wezwanie do uzupełnień, które wobec Przystępującego skierował Zamawiający, Wykonawca przedłożył ten sam dokument, uzupełniony jedynie o adnotację - jedno zdanie, iż dane przedstawione w tym dokumencie zostały wykonane w oparciu o normę NATO STANAG. Sama treść dokumentu pozostała taka sama.

Odnosząc się do powyższego, w pierwszej kolejności Odwołujący stwierdził, iż dane przedstawione w złożonym *Raporcie* nie są w ogóle wynikami badań laboratoryjnych, których wymagał Zamawiający, a w szczególności nie są wynikami badań w rozumieniu normy NATO STANAG. W drugiej zaś, analiza prezentowanych szczerkowych danych pomiarowych prowadzi do wniosku, w ocenie Odwołującego, że nie zostały one wykonane zgodnie z normą NATO STANAG.

Już na pierwszy rzut oka, zdaniem Odwołującego, widoczne są braki w wynikach *Raportu* wobec wymagań normy NATO STANAG:

1. *Raport* nie zawiera precyzyjnych wartości pomiarów przedstawionych w postaci tabelarycznej.
2. *Raport* nie zawiera przedstawienia wyników dla każdego z obserwatorów z osobna - co więcej *Raport* w ogóle nie wskazuje, iż badania zostały przeprowadzone przez obserwatora, który powinien złożyć podpis na wyniku badania.
3. *Raport* nie wskazuje, w jakiej temperaturze i wilgotności powietrza zostały przeprowadzone badania.
4. *Raport* nie zawiera wartości wykorzystanych do obliczeń ani wzorów, na podstawie których zostały one otrzymane.
5. Prezentowane wartości nie zawierają informacji na temat niepewności pomiarów.
6. Pomiarów zostały wykonane w innych punktach niż wymagał Zamawiający, a prawidłowy odczyt z zaprezentowanych wykresów jest niemożliwy, ponieważ nie wykonano aproksymacji otrzymanych wyników.
7. *Raport* został podpisany przez Pana D.S. - dyrektora handlowego sprzedaży z Madrytu, a nie przez obserwatora (fabryka i pomiary są wykonywane w Szwecji).

Powyższe, zdaniem Odwołującego, nie pozostawia wątpliwości co do faktu, iż zaprezentowane w *Raporcie* dane są *de facto* ogólną informacją dla klientów, gdzie dane mają charakter uproszczony i są mało precyzyjne, nie mając w zasadzie nic wspólnego ze

sposobem wykonywania i przedstawienia wyników rzetelnych badań laboratoryjnych, a w szczególności z wymaganiami dla takich badań, określonymi w normie NATO STANAG. W ocenie Odwołującego, dane zawarte w *Raporcie* można uznać za dane marketingowe - wykonanie badań według innych standardów niż normy NATO STANAG daje znacznie lepsze wyniki (3-4 razy lepsze wobec wyników badań przeprowadzonych zgodnie z normami NATO STANAG).

Bez względu zatem na fakt, iż *Raport* ten pochodzi od producenta, zdaniem Odwołującego, *Raport* ten nie zawiera wyników badań laboratoryjnych, a dane w nim prezentowane nie są wynikami, osiągniętymi w wyniku badań, przeprowadzonych zgodnie z normą NATO STANAG. Nie zmienia tego faktu, w ocenie Odwołującego, w szczególności dopisane w treści *Raportu* zdanie, iż prezentowane wyniki zostały osiągnięte po przeprowadzeniu badań zgodnie z normą NATO STANAG.

Odwołujący podał, że wątpliwości co do prawdziwości tego stwierdzenia powziął sam Odwołujący, który w postępowaniu złożył ten sam dokument co Wykonawca (*Raport*), jednakże, jak stwierdził, ponowna analiza *Raportu* i jego porównanie z badaniami laboratoryjnymi, przeprowadzonymi przez Wojskową Akademię Techniczną, pozwala dopiero w pełni dostrzec różnicę pomiędzy ogólnym i uproszczonym *Raportem* a rzetelnymi wynikami badań laboratoryjnych, przeprowadzonymi przez akredytowane laboratorium. Na dowód powyższego Odwołujący przedstawił wyniki badań laboratoryjnych WAT.

Analiza wyników danych prezentowanych w *Raporcie* przy porównaniu ich do wyników uzyskanych przez laboratorium WAT prowadzi do wniosku, zdaniem Odwołującego, że dane te nie zostały pozyskane w wyniku badań przeprowadzonych zgodnie z procedurą określoną w oparciu o normę NATO STANAG.

Zważywszy na fakt, iż *Raport* nie jest dokumentem zawierającym wyniki badań w rozumieniu normy NATO STANAG, jak również biorąc pod uwagę, że prezentowane w *Raporcie* dane nie są danymi uzyskanymi w oparciu o badania prowadzone zgodnie z normą NATO STANAG, zdaniem Odwołującego należy uznać, że Wykonawca nie złożył dokumentu wymaganego w SIWZ, tj. certyfikatu (świadectwo, raport) wraz z wynikami badań laboratoryjnych, poświadczającego pomyślne przejście testów laboratoryjnych oferowanego typu kamery termowizyjnej w zakresie określonym w pkt 4.1.2.10, 4.1.2.11 i 4.1.2.12 opisu przedmiotu zamówienia - charakterystyka MRTD. Odwołujący dostrzegł również, że biorąc pod uwagę fakt, iż Wykonawca dokonywał już raz uzupełnienia tego dokumentu jego oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający na etapie oceny ofert nie może zinterpretować wymagań zawartych w SIWZ, które sam postawił, w sposób dowolny i uznać dokument, jako odpowiadający wymaganiom SIWZ, podczas gdy faktycznie tym wymaganiom nie odpowiada. Jeśli zatem Zamawiający żądał od wykonawców przedłożenia

wyników badań laboratoryjnych, zgodnych z normą NATO STANAG, nie może, w opinii Odwołującego, na etapie oceny ofert odstąpić od wymagania takiego dokumentu, chociażby każdy z wykonawców przedłożył dokument, który byłby z tym wymaganiem niezgodny. Zdaniem Odwołującego, takie działanie Zamawiającego prowadziłoby do oceny ofert w sposób uznaniowy i nieobiektywny, a także stanowiłoby odejście od zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Oczywistym jest również, w ocenie Odwołującego, iż Zamawiający nie może na etapie oceny ofert dokonać zmiany SIWZ tak, aby uznać dokument złożony przez konkretnego wykonawcę, jako spełniający wymagania Zamawiającego.

W tym miejscu Odwołujący przywołał orzeczenie Izby, sygn. akt: KIO 2165/15, które jego zdaniem, stanowi doskonały komentarz do przedmiotowej sytuacji: *„Po pierwsze, podkreślenia na wstępie wymaga rzecz fundamentalna, mająca znaczenie dla oceny wszystkich postawionych w odwołaniu zarzutów, a mianowicie ta, że ocena oferty przez pryzmat jej zgodności z wymaganiami postawionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], a do tego przecież zmierza badanie, czy oferowany przedmiot spełnia wymagania stawiane przez zamawiającego, sprowadza się do ustalenia - po pierwsze - brzmienia SIWZ kreującego takie lub inne wymagania, a następnie podstawienia zawartości oferty do tych wymagań celem weryfikacji, czy uczyniono im zadość. Pierwszym krokiem tej oceny jest zatem poszukiwanie postanowień SIWZ kreujących określone wymagania: materialne - dotyczące cech oferowanego przedmiotu, a także formalne - obejmujące dokumenty, za pomocą których zamawiający zamierzał zbadać te wymagania. Zamawiający winien więc opisać w SIWZ swoje wymagania dotyczące tych dokumentów, które mają służyć do dokonania oceny, a następnie w ramach tych wymagań - na podstawie opisanych w SIWZ dokumentów - dokonać oceny ofert. Oznacza to, że jeśli więc zamawiający stawia wymagania złożenia określonych dokumentów, to nie może następnie, na etapie oceny ofert, odstępować od tych wymagań. Jeśli wymagania te okazały się niewłaściwe, nie realizują przyświecającego im zamysłu, okazały się w określonym stopniu niedoskonale, zamawiający nie może następnie, po ukształtowaniu specyfikacji i złożeniu ofert, dokonywać takiej interpretacji SIWZ, która jakkolwiek racjonalna i służąca do wyeliminowania niedoskonałości tego dokumentu, polegałaby na pominięciu wyartykułowanych wymagań czy nadaniu im rozumienia pozostającego w wyraźnej sprzeczności z jednoznacznym brzmieniem tego dokumentu. Jakkolwiek bowiem orzecznictwo, a za nim także doktryna, wypracowały tezę, zgodnie z którą w postępowaniu o zamówienie publiczne wątpliwości co do znaczenia postanowień SIWZ winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców, to tego rodzaju zasada nie może pozostawać w sprzeczności z brzmieniem SIWZ, które jest jednoznaczne i jako takie zostało zakomunikowane wykonawcom i w oparciu o nie wykonawcy złożyli swoje oferty. Względny prowadzenia postępowania zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji*

wymagają stabilności i niezmienności informacji zawartych w podstawowych dokumentach postępowania jakimi są SIWZ i ogłoszenie, czego wyrazem jest niedopuszczalność nadania im innego znaczenia niż wyrażnie wynikające z brzmienia tych dokumentów, po terminie składania ofert. Stan wątpliwości co do brzmienia SIWZ to stan niejasności postanowień tego dokumentu, ich niejednoznacznego brzmienia, pozwalającego na kilka możliwych interpretacji. W takiej sytuacji, istotnie, można rozważyć przyjęcie powyższej reguły interpretacyjnej, wskazującej na przyjęcie w razie niejednoznacznego brzmienia SIWZ takiego jej rozumienia, które będzie najszersze. Takiego rozumienia nie sposób jednak nadawać wspomnianej regule w odniesieniu do postanowień SIWZ lub ogłoszenia, które są jednoznaczne w swej treści, choć niedoskonałe jeśli chodzi o realizację stawianych im celów - są nadmierne, niewykonalne, bądź naruszają zasady postępowania. Reguła rozstrzygnięcia wątpliwości na rzecz dogodnej w danej sytuacji interpretacji postanowień SIWZ, a w istocie nadanie jej na etapie oceny ofert innego znaczenia niż literalnie wynikające, nie może służyć naprawieniu wad tego dokumentu. Ocena ofert nie jest bowiem etapem na dokonywanie racjonalizacji dokumentów postępowania i naprawianie jego ewentualnych wad, zaś tego rodzaju działanie wykracza poza rozstrzygnięcie jawiących się wątpliwości na korzyść uczestników postępowania, stanowiąc raczej przejaw kreatywnego podejścia do tego, co na tym etapie winno być niezmiennie. Na uwagę zasługują w tym miejscu wytyczne formułowane w orzecznictwie w odniesieniu do reguł interpretacji dokumentu jakim jest SIWZ”.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż wymaganie przez Zamawiającego określonych dokumentów w postępowaniu, czy to podmiotowych czy przedmiotowych, dotyczących planowanych dostaw, ma potwierdzać między innymi zdolność danego podmiotu do wykonania zamówienia, rzetelność wykonawcy i jego profesjonalizm. Odwołujący podkreślił, iż każdy z wykonawców powinien sam, we własnym zakresie, za pomocą złożonych przez siebie dokumentów wykazać, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a oferowane przez niego dostawy odpowiadają wymogom SIWZ. Zdaniem Odwołującego, nie może w szczególności Zamawiający uznać, iż oferowane przez Wykonawcę kamery spełniają określone parametry na podstawie badań przeprowadzonych przez inny podmiot, np. na podstawie badań złożonych przez Odwołującego. O rzetelności i profesjonalizmie podmiotu składającego ofertę świadczy, w ocenie Odwołującego, właśnie zdolność do złożenia wszystkich wymaganych dokumentów - w tym wypadku mowa jest o dokumencie, którego pozyskanie wymagało od Odwołującego zaangażowania czasu i środków (koszt badań to ok. 20 tys. złotych).

Zdaniem Odwołującego, jest to w szczególności istotne z uwagi na fakt, iż Wykonawca nie zrealizował należycie innego zamówienia na dostawy realizowanego na rzecz tego samego Zamawiającego. Odwołujący podał, że Przystępujący zawarł umowę z

Zamawiającym na „*zakup przenośnych kamer termowizyjnych*” (numer postępowania 21/BF/Błil/14), które to zamówienie nie zostało wykonane z winy Wykonawcy. Przedmiot zamówienia był zatem zbliżony do obecnego postępowania i dotyczył dostawy 54 kompletów przenośnych, chłodzonych kamer termowizyjnych z akcesoriami, a wartość umowy wynosiła blisko 12 milionów złotych. W konsekwencji niewykonania przez Wykonawcę zamówienia, Zamawiający utracił pozyskane dofinansowanie na przedmiot zamówienia ze środków UE.

Należy przy tym, zdaniem Odwołującego, podkreślić, iż Wykonawca podlegałby w niniejszym postępowaniu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust 2a ustawy Pzp - z uwagi na nienależyte wykonanie zamówienia - gdyby Zamawiający przewidział taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu bądź SIWZ, jednakże tego nie uczynił. Na dowód powyższego przedłożył pismo z KG z dnia 19 lipca 2016 r.

Reasumując, Odwołujący podniósł, że oferta Wykonawcy powinna zostać odrzucona, a w ramach ponownej weryfikacji ofert Zamawiający winien wezwać Odwołującego do złożenia dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Zważywszy na fakt, iż zagadnienie kluczowe dla rozstrzygnięcia niniejszego odwołania ma charakter *stricte* techniczny, celem potwierdzenia, iż Raport złożony przez Wykonawcę nie może zostać uznany jako dokument zgodny z normą NATO STANAG, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie na tę okoliczność dowodu z opinii biegłego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pkt VIII ppkt 4 SIWZ Zamawiający postanowił: „*W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca musi złożyć wraz z ofertą certyfikat (świadectwo, raport) wraz z wynikami badań laboratoryjnych, poświadczający pomyślne przejście testów laboratoryjnych oferowanego typu kamery termowizyjnej w zakresie określonym w pkt 4.1.2.10., 4.1.2.11 i 4.1.2.12 opisu przedmiotu zamówienia – charakterystyka MRTD*”.

Wśród wymagań dotyczących kamery termowizyjnej zawartych w pkt 4.1.2. Opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w Załączniku nr 1 do SIWZ, Zamawiający podał:

„*10. Wartości MRTD pomierzone dla szerokiego pola widzenia ($14^\circ \pm 5,1^\circ$ - wymiar poziomy) zgodnie z normą NATO STANAG No. 43:1995 „*Measurement of the minimum resolvable temperature difference (MRTD) of thermal cameras*” przy temperaturze otoczenia $20^\circ\text{C} \pm 2^\circ\text{C}$ powinny spełniać wymagania określone w Tabeli 1:*

Tabela 1

<i>Częstość przestrzenna [mrad-1]</i>	<i>MRTD [°C]</i>
<i>$1*(4/(2+HFOV)) \pm 2\%$</i>	<i>Mniej niż 0,03</i>

$2*(4/(2+HFOV)) \pm 2\%$	Mniej niż 0,09
$2,4**(4/(2+HFOV)) \pm 2\%$	Mniej niż 0,11

gdzie HFOV jest horyzontalnym polem widzenia kamery (w stopniach).

11. Wartości MRTD pomierzone dla średniego pola widzenia ($8^\circ \pm 1,5^\circ$ - wymiar poziomy) zgodnie z normą NATO STANAG No. 43:1995 „Measurement of the minimum resolvable temperature difference (MRTD) of thermal cameras” przy temperaturze otoczenia $20^\circ\text{C} \pm 2^\circ\text{C}$ powinny spełniać wymagania określone w Tabeli 2:

Tabela 2

Częstość przestrzenna [mrad-1]	MRTD [$^\circ\text{C}$]
$1*(6,6/(4,4 + HFOV)) \pm 2\%$	Mniej niż 0,02
$2*(6,6/(4,4 + HFOV)) \pm 2\%$	Mniej niż 0,05
$2,4*(6,6/(4,4 + HFOV)) \pm 2\%$	Mniej niż 0,08

gdzie HFOV jest horyzontalnym polem widzenia kamery (w stopniach).

12. Wartości MRTD pomierzone dla wąskiego pola widzenia ($1,1^\circ \pm 0,4^\circ$ - wymiar poziomy) zgodnie z normą NATO STANAG No. 43:1995 „Measurement of the minimum resolvable temperature difference (MRTD) of thermal cameras” przy temperaturze otoczenia $20^\circ\text{C} \pm 2^\circ\text{C}$ powinny spełniać wymagania określone w Tabeli 3:

Tabela 3

Częstość przestrzenna [mrad-1]	MRTD [$^\circ\text{C}$]
$2,8*(16/(8 + HFOV)) \pm 2\%$	Mniej niż 0,03
$3,8*(16/(8 + HFOV)) \pm 2\%$	Mniej niż 0,06
$4,4*(16/(8 + HFOV)) \pm 2\%$	Mniej niż 0,09

gdzie HFOV jest horyzontalnym polem widzenia kamery (w stopniach).”.

W pkt 8 ppkt 1 Opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ) Zamawiający postanowił: „Badania laboratoryjne, o których mowa w § 2 ust. 4 umowy muszą być przeprowadzone przez laboratorium akredytowane przez Polskie Centrum Akredytacji w zakresie wymaganych badań”. Zaś, w § 4 ust. 2 wzoru umowy Zamawiający wskazał: „Przed zainstalowaniem kamer termowizyjnych na wieżach Wykonawca przedłoży Zamawiającemu wyniki badań laboratoryjnych przeprowadzonych na koszt Wykonawcy, poświadczające pomyślne przejście testów laboratoryjnych przez wszystkie kamery termowizyjne w zakresie określonym w pkt 4.1.2.10., 4.1.2.11. i 4.1.2.12. Opisu Przedmiotu Zamówienia. Badania muszą być przeprowadzone przez laboratorium opisane w punkcie 8.1 Opisu Przedmiotu

Zamówienia”.

Przystępujący wraz z ofertą złożył „Raport techniczny HRC-S MRTD zgodność z wymaganiami klienta II” z dnia 13 czerwca 2016 r. Poufność przedmiotowego Raportu została zastrzeżona przez Przystępującego ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 11 lipca 2016 r. Zamawiający wystosował do Przystępującego pismo następującej treści: „zgodnie z zapisem punktu VIII. 4. SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca winien wraz z ofertą złożyć certyfikat (świadcstwo, raport), wraz z wynikami badań laboratoryjnych, poświadczający pomyślne przejście testów laboratoryjnych oferowanego typu kamery termowizyjnej w zakresie określonym w punktach 4.1.2.10, 4.1.2.11 i 4.1.2.12 opisu przedmiotu zamówienia -charakterystyka MRTD.

Zgodnie z treścią tych punktów wartości MRTD dla poszczególnych pól widzenia winny być pomierzone zgodnie z normą NATO STANAG No. 4349:1995 „Measurement of the minimum resolvable temperature difference (MRTD) of thermal cameras” przy temperaturze otoczenia $20^{\circ}\text{C} \pm 2^{\circ}\text{C}$.

W złożonej ofercie na potwierdzenie tego warunku złożyliście Państwo „Raport techniczny HRC-S MRTD zgodność z wymaganiami klienta II” z dnia 13.06.2016 roku wydanie nr 1, zawierający wyniki badań oferowanego typu kamery termowizyjnej w wymaganym zakresie, z tym że treść tego raportu nie potwierdza, że badań tych dokonano zgodnie z wymaganą normą NATO STANAG No. 4349:1995.

W związku z powyższym, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wzywam Państwa do złożenia stosownego dokumentu zawierającego wyniki badań laboratoryjnych wartości MRTD dla poszczególnych pól widzenia oferowanego typu kamery termowizyjnej w wymaganym zakresie wraz z potwierdzeniem, że pomiarów dokonano zgodnie z normą NATO STANAG No. 4349:1995 przy temperaturze otoczenia $20^{\circ}\text{C} \pm 2^{\circ}\text{C}$, zgodnie z zapisami punktów 4.1.2.10, 4.1.2.11 i 4.1.2.12 opisu przedmiotu zamówienia”.

W odpowiedzi (pismo z dnia 12 lipca 2016 r.) Przystępujący przedłożył „najnowsze wydanie „Raportu Technicznego HRC-S MRTD zgodność z wymaganiami klienta” z dnia 1.07.2016 r. wraz z tłumaczeniem”. Jednocześnie poinformował Zamawiającego, że „wyniki badań laboratoryjnych wartości MRTD zaoferowanej przez nas kamery termowizyjnej spełniają wymagania Zamawiającego określone w punktach i 4.1.2.10,4.1.2.11,4.1.2.12 opisu przedmiotu zamówienia”. Poufność przedmiotowego Raportu została zastrzeżona przez Przystępującego ze względu na tajemnicę przedsiębiorstwa.

Przystępujący na rozprawie złożył pismo pochodzące od producenta zaoferowanych kamer – firmy Flir, w którym stwierdzono, że: „W odniesieniu do dokumentu HRC – S MRTD zgodność z wymaganiami klienta II (PM506232-3-0) Flir Systems AB potwierdza, że badania zaprezentowane w dostarczonym raporcie zostały wykonane zgodnie z STANAG 4349”.

„Pomiar minimalnej rozróżnialnej różnicy temperatur (MRTD) kamer termowizyjnych

(...) 2. Opisana procedura pomiarowa odnosi się jedynie do kamer termowizyjnych gdzie zdefiniowana jest koncepcja MRTD, np. odpowiednio dobrane systemy. (...)

4. MRTD jest minimalną rozróżnialną różnicą temperatur, która pozwala, aby obserwator mógł rozpoznać wzorec testowy zgodnie z danymi kryteriami. MRTD jest funkcją częstotliwości przestrzennej wzorca testowego. Zależna jest od temperatury pomiaru i może być zależna od położenia wzorca testowego.

Warunki pomiarów

5.1. Obserwator winien mieć normalną ostrość widzenia (defekty po-korekcyjne mniejsze niż $\pm 0,25$ dioptrii) oraz dobre widzenie kolorów, oraz powinien być doświadczony w tego typu pomiarach.

5.2. Wzorcem testowym powinna być płytką zawierającą cztery (4) prostokątne szczeliny, tworzące kwadrat złożony z czterech (4) pasków i trzech (3) wolnych przestrzeni, jak pokazano na Rysunku 1. Wzorec testowy położony jest naprzeciw ciała czarnego, którego temperatura może się zmieniać, dając różnicę temperatur (AT) pomiędzy paskami i wolnymi przestrzeniami. (...)

5.2.4. Każda odchyłka temperatury w użytecznym obszarze wzorca testowego musi być tak mała, że nie zostanie wychwycona przez obserwatora na obrazie.

5.2.5. Temperatura pomiaru powinna być taka jak wzorca testowego i wynosić 20 ± 2 °C, jeżeli nie określono inaczej.

5.3. Straty transmisyjne pomiędzy wzorcem testowym a kamerą oraz pomiędzy emisyjnością wzorca testowego i ciała czarnego powinny być wzięte pod uwagę podczas obliczania wyników.

5.4. Podczas wykonywania pomiarów obserwator może optymalizować wyniki poprzez zmianę zarówno poziomu oświetlenia w pomieszczeniu, jak i ustawień kamery, odległości jego oka od wyświetlacza oraz delikatnej zmiany pozycji wzorca testowego w granicach pola widzenia. Jeżeli wykorzystywany jest monitor, musi być typu zwykle wykorzystywanego przez kamerę, zalecane jest, aby po ustawieniu nie zmieniać jego ustawień podczas pomiaru.

Pomiary

6.1. Metoda opiera się na określeniu, zaczynając od niewidocznego wzorca testowego, różnicy temperatur (+ lub -) wymaganej do uzyskania widoczności wzorca testowego. W związku z ograniczeniami aparatury testowej, wskazane różnice temperatur mogą nie być prawdziwymi różnicami temperatury pomiędzy wzorcem testowym, a ciałem czarnym. Dlatego też, następująca procedura zaleca określenie MRTD: zaczynając mniej więcej równych temperatur wzorca testowego i ciała czarnego (zobacz Uwaga 2), temperatura ciała czarnego będzie podwyższana, aż wzorzec testowy będzie widoczny w dodatnim kontraście („gorące” paski). Gdy tylko obserwator może rozpoznać wzorzec testowy, zapisywana jest różnica temperatury (AT+). Temperatura ciała czarnego jest wtedy obniżana powodując zniknięcie wzorca testowego, a następnie ponowne jego pojawienie w ujemnym kontraście („zimne” paski). Gdy tylko obserwator jest w stanie ponownie rozpoznać wzorzec testowy zapisywana jest różnica temperatury (AT-) (patrz Uwaga 3). Oba pomiary powinny być wykonane bez opóźnienia, aby uniknąć dryfu temperatury (patrz Uwaga 4).

6.2. Zalecane jest, aby pomiar MRTD odbywał się dla poziomej i pionowej orientacji pasków. Każda inna orientacja jest opcjonalna.

6.3. Kryterium wykorzystane dla rozdzielczości powinno być takie, aby możliwe było zauważenie czterech pasków (nie tylko jakiejś modulacji) na wyświetlaczu, jednakże nie jest wymagany, aby każdy z czterech pasków widoczny był w tym samym czasie.

Pomiary powinny być wykonane dla minimum czterech (4) częstości przestrzennych rozproszonych możliwie jednolicie w użytecznym zakresie kamery. Minimum 3 pomiary będą wykonane dla każdej pary kontrastowej, dla każdej częstości przestrzennej, każdej orientacji, przez każdego obserwatora. Pomiary będą wykonywane do momentu zaobserwowania stabilnych wyników. Może być wykorzystany pojedynczy obserwator, jednakże zalecana jest większa ich liczba.

Przedstawienie wyników

7.2. Wyniki pomiarów MRTD powinny być przedstawione w tabeli (zobacz Załącznik) oraz na wykresie (ze skalą logarymiczną dla różnicy temperatur i skalą liniową dla częstości przestrzennej), dla każdego obserwatora oraz każdej orientacji. Powinny być również wskazane warunki pomiarowe, wartości wykorzystane do obliczeń i wszystkie uzyskane wyniki. Każda istotna odchyłka lub odrzucenie pomiarów musi być wyjaśnione”.

Izba dopuściła dowód z dokumentu w postaci Sprawozdania z badań Nr 01/PB09/2015 i Oświadczenia z dnia 7 stycznia 2015 r., które to dokumenty zostały sporządzone przez Wojskową Akademię Techniczną im. Jarosława Dąbrowskiego z Warszawy na okoliczność sposobu prezentacji i przeprowadzenia badań według normy NATO STANAG ustalając, że dla wydania przedmiotowego Oświadczenia niezbędne było przeprowadzenie badań w określonych warunkach oraz metodologii wynikającej z powołanej normy. Bezsporne między stronami zaś jest, iż wskazana jednostka jest akredytowanym

laboratorium badawczym, wykonującym badania w oparciu o rzeczoną normę.

Izba oddaliła wniosek dowodowy zgłoszony przez Odwołującego o powołanie biegłego celem ustalenia, czy *Raport* złożony przez Wykonawcę może zostać uznany jako dokument zgodny z normą NATO STANAG, stwierdzając, że dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy nie jest konieczne przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Ekspertyzę nr 2016/07/304/06/2005/WT-5 z dnia 29 lipca 2016 r., sporządzoną przez W.T., a przedłożoną przez Odwołującego Izba potraktowała jako stanowisko strony w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom przez niego określonym żądał przedstawienia certyfikatu, świadectwa lub raportu wraz z wynikami badań laboratoryjnych, które to dokumenty potwierdzałyby wykonanie testów laboratoryjnych oferowanego typu kamery termowizyjnej w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Zamawiający zaś podał, że pomiar minimalnej rozróżnialnej różnicy temperatur (MRTD) winien być dokonany dla szerokiego, średniego i wąskiego pola widzenia, zgodnie z normą NATO STANAG i wartości uzyskane w wyniku tego pomiaru powinny spełniać wymagania Zamawiającego określone w Tabelach, które zobrazowano powyżej.

Zdaniem Izby, z analizowanych postanowień SIWZ jasno wynika, że pomiary miały być dokonane z zastosowaniem normy NATO STANAG, a wyniki badań laboratoryjnych sposób przeprowadzenia tych pomiarów, w warunkach określonych przez normę NATO STANAG, miały potwierdzać. Powyższe wskazuje, że Zamawiający chciał uzyskać pomiary przeprowadzone w zestandaryzowanych warunkach, ściśle bowiem określonych przez wspomnianą normę, a w konsekwencji porównywalne wyniki pomiarów, bowiem metodologia przeprowadzenia badań (pomiarów) dla wszystkich wykonawców była jednakowa. Zresztą wymaganie to nie budzi zdziwienia, bowiem jest to wymóg racjonalny, Zamawiający otrzymuje wyniki pomiarów uzyskane w oparciu o najwyższe standardy, akceptowane przez sygnatariuszy porozumienia standaryzacyjnego NATO.

Analiza treści normy NATO STANAG prowadzi do wniosku, że przeprowadzenie badań zgodnie z normą oznacza przestrzeganie opisanej w normie procedury pomiarowej w odniesieniu do MRTD. Zaś, rzeczona procedura pomiarowa wymaga spełnienia określonych warunków, aby możliwe było uznanie, że badania zostały przeprowadzone zgodnie ze wspomnianą normą. W istocie porozumienie standaryzacyjne określa metodologię badań i sposób prezentacji badań, który stanowi jednocześnie potwierdzenie, że badania rzeczywiście zostały wykonane w warunkach określonych przez normę. Zauważyć należy, że

norma reguluje zarówno warunki pomiarów, same pomiary, jak i przedstawienie wyników tych pomiarów. Norma wskazuje, że pomiarów dokonuje się przy udziale obserwatora, który winien dokonywać obserwacji w określonych warunkach, które są z kolei odnotowywane w Karcie wyników MRTD, dalej określa się, co powinno być wzorcem testowym, znajdują się również regulacje co do odchyłki temperatury, samej temperatury, wreszcie strat transmisyjnych. Wskazano również według jakiej metody dokonuje się pomiarów i wreszcie, w jaki sposób obrazuje się wyniki tych pomiarów, a mianowicie, że dla każdego obserwatora i każdej orientacji wyniki pomiarów MRTD przedstawia się w formie tabeli oraz na wykresie z określonymi skalami.

Analiza treści *Raportu* uzupełnionego przez Przystępującego prowadzi do wniosku, że nie przedstawiono wyników badań laboratoryjnych, które potwierdzałyby, że badania przeprowadzono w warunkach określonych przez normę NATO STANAG. W istocie więc trudno w ogóle mówić o wynikach badań. Słusznie zauważył Odwołujący, że nie wskazano, iż pomiarów dokonywano z udziałem obserwatora, pomimo braku takiego wskazania brak podstaw również do stwierdzenia, że rzeczony obserwator uczestniczył w badaniach skoro nie zaprezentowano jego *Karty wyników pomiarów*, w ogóle nie przedstawiono w formie tabelarycznej warunków pomiarów, wartości wykorzystanych do obliczeń i wszystkich uzyskanych wyników, tymczasem taki obowiązek wynika z normy i to w odniesieniu do każdego obserwatora i każdej orientacji.

Tymczasem sporny *Raport* został przygotowany w taki sposób, aby przekonać Zamawiającego, iż oferowana dostawa wymogi Zamawiającego spełnia. Prezentowane są wymogi Zamawiającego, wymagania MRTD z częstościami przestrzennymi dla danego pola widzenia, ale nie odnotowuje się, że obserwator dokonał wielu pomiarów testowych w określonych warunkach i uwzględniając powyższe, uzyskuje się wynik końcowy. Podsumowując, brak zaprezentowania sposobu uzyskania wyników pomiarów jest równoznaczny z brakiem możliwości stwierdzenia, że pomiarów dokonano w warunkach określonych przez normę NATO STANAG.

Jednocześnie, odwołując się do treści *Sprawozdania z badań Nr 01/PB09/2015* i *Oświadczenia* z dnia 7 stycznia 2015 r., które to dokumenty zostały sporządzone przez Wojskową Akademię Techniczną im. Jarosława Dąbrowskiego odnośnie kamery termowizyjnej Izba utwierdziła się w przekonaniu, że *Raport* przedłożony przez Przystępującego nie zawiera wyników badań laboratoryjnych, wykonanych zgodnie z normą NATO STANAG.

Okoliczność, że Zamawiający i Odwołujący, a także inni wykonawcy posługiwali się dotychczas dokumentem w postaci kwestionowanego *Raportu* nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Jakakolwiek praktyka Zamawiającego nie zasługuje na aprobatę, jeśli nie znajduje umocowania w postanowieniach SIWZ, a tak jest w niniejszej

sprawie.

Nie ma racji Zamawiający, sprowadzając istotę sporu jedynie do aspektu formalnego, jakim jest sposób prezentacji wyników według normy NATO STANAG. Jest to jeden z elementów jedynie, ale nie mniej istotny niż sama metodologia przeprowadzania badań, bowiem sposób prezentacji wyników jednocześnie wskazuje (potwierdza), że wymagania co do przeprowadzania pomiarów zostały spełnione, a więc i wyniki tych pomiarów mogą być akceptowalne. Zaś, brak tej prezentacji i opisu, w istocie rzeczonych warunków pomiarów, nie daje podstaw, w świetle postanowień normy NATO STANAG, do przyjęcia, że badania wymogi tam określone spełniają, czyli że badania wykonano według standardów określonych w przedmiotowej normie.

W konsekwencji zachowanie tych wymogów, a więc co do procedury (metodologii) prowadzenia badań i prezentacji wyników jest niezbędne do stwierdzenia, że pomiarów (MRTD) dokonano zgodnie z tą normą. Skoro prezentacja wyników obrazuje jednocześnie metodologię przeprowadzenia badań i sposób dochodzenia do wyniku końcowego i uznaje je za niezbędne dla przyjęcia określonych wartości MRTD jako pomierzonych zgodnie ze wspomnianą normą to powyższe nie może być zastąpione oświadczeniem producenta. W tych okolicznościach za niewystarczające i nieuprawnione w świetle powołanej normy należy uznać oświadczenie zawarte w *Raporcie*, że pomiary wykonano zgodnie z normą NATO STANAG, jak i oświadczenie złożone w imieniu producenta na tę okoliczność, a przedłożone przez Przystępującego w toku rozprawy. Jeśliby sygnatariusze wspomnianego porozumienia uznali, że wystarczające jest oświadczenie producenta co do parametru MRTD, to niecelowe byłoby w ogóle zawarcie rzeczonego porozumienia, skoro norma odnosi się jedynie do kamer termowizyjnych, gdzie zdefiniowana jest koncepcja MRTD.

Jednocześnie zauważyć należy, że dopuszczenie posłużenia się oświadczeniem spowodowałoby, że warunki i wyniki pomiarów w istocie pozostałyby poza możliwością weryfikacji przez odbiorcę, a sygnatariusze wprowadzając w tym względzie określone wymogi wydaje się, że dążyli do uzyskania tej kontroli. Tylko bowiem zachowanie tych wymogów gwarantuje porównywalność wyników.

Zresztą nie ma wątpliwości, że oświadczenie złożone w toku rozprawy stanowi element strategii procesowej, niemniej jednak niezależnie od powyższego, istotne jest, że w toku rozprawy wyników badań wykonanych zgodnie z normą NATO STANAG Przystępujący dalej nie przedstawia, natomiast posługuje się kolejnym oświadczeniem. Powyższe utwierdziło dodatkowo Izbę w przekonaniu, że tych badań wykonanych zgodnie z normą NATO STANAG nie ma i nie było.

Zwraca uwagę również fakt, że Zamawiający błędnie odczytuje również zarzut Odwołującego, że na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego żądał pomiarów wykonanych przez akredytowane laboratorium. Odwołujący tej okoliczności nie

czyni przedmiotem zarzutu, badania, zgodnie z postanowieniami SIWZ, mogły pochodzić nawet od producenta, jednakże nieodzowne było, aby wykonano je zgodnie z normą NATO STANAG.

Zaś, okoliczność, że Zamawiający na etapie realizacji umowy żąda dla każdego dostarczanego egzemplarza kamery wyników badań laboratoryjnych przeprowadzonych przez akredytowane laboratorium według normy NATO STANAG nie ma żadnego znaczenia dla oceny żądania sformułowanego wobec dokumentów, które składały się na treść oferty. Izba nie ma wątpliwości, o czym była wyżej, że z postanowień SIWZ wprost wynika, że wraz z ofertą należy przedłożyć certyfikat (raport) z wynikami badań wykonanymi w oparciu o normę NATO STANAG. Oznacza to, że zarówno na etapie składania ofert, jak i realizacji umowy Zamawiający żąda wyników badań przeprowadzonych zgodnie z normą NATO STANAG, choć na etapie wykonania umowy ten wymóg jest szerszy, bo dotyczy każdego egzemplarza dostarczanej kamery i sformułowano wymagania co do jednostki przeprowadzającej badania. Niemniej jednak wymóg na obu etapach dostarczenia badań wykonanych w oparciu o normę NATO STANAG nawet, gdyby Zamawiającemu na etapie oceny ofert wydał się zbędny, o czym zdaje się świadczyć wypowiedź Zamawiającego i co może nawet się wydawać uzasadnione, to jednak Zamawiający nie ma możliwości uchYLENIA się od wymogów sformułowanych w treści SIWZ.

Stanowisko Zamawiającego, że nie zależało mu na prezentacji wyników zgodnie z normą NATO STANAG nie znajduje uzasadnienia w treści SIWZ. Co więcej, Zamawiający odwołując się do normy NATO STANAG, według której miał być pomierzony MRTD, nie uczynił zastrzeżenia o jakichkolwiek odstępstwach od tej normy, choć i to jest ściśle regulowane przez normę. Stąd też twierdzenia Odwołującego, że badania dokonane przez obserwatora mają charakter subiektywny, a więc jak zdaje się twierdzić Zamawiający, nie mają dla niego dużego znaczenia są o tyle nietrafione, że pozostają w sprzeczności z metodologią badań wskazaną przez normę NATO STANAG, na którą powołał się w treści SIWZ sam Zamawiający.

Nadto, zauważyć należy, że fakt potwierdzenia spełniania wymaganych przez Zamawiającego parametrów w *Raporcie*, na co zwracał uwagę Odwołujący, jest niewystarczający dla uznania, że wymogi Zamawiającego zostały spełnione w sposób przez niego wskazany. Przystępujący zdaje się bagatelizować, że Zamawiający żądał spełnienia wymaganych wartości MRTD, jednakowoż potwierdzenie spełnienia tych wartości miało znajdować oparcie w badaniach przeprowadzonych zgodnie z normą NATO STANAG, a temu Przystępujący nie sprostał.

Skoro zaś Przystępujący był wzywany, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia „dokumentu zawierającego wyniki badań laboratoryjnych wartości MRTD dla poszczególnych pól widzenia oferowanego typu kamery termowizyjnej w wymaganych

zakresie wraz z potwierdzeniem, że pomiarów dokonano zgodnie z normą NATO STANAG” i jak stwierdziła Izba temu nie sprostął, a zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem, wezwanie w powołanym trybie w tożsamym przedmiocie może być jednokrotne, to powoduje, że ofertę Przystępującego należy uznać za niezgodną z SIWZ i na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający winien ją odrzucić.

Stwierdzenie, że badany dokument nie spełnia wymogów Zamawiającego, z przyczyn, o których była mowa wyżej, rodzi konieczność wezwania Odwołującego, który posłużył się tożsamym dokumentem, do uzupełnienia, w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokumentu właściwego, tj. dokumentu, o którym mowa w pkt VIII ppkt 4 SIWZ, który spełnia podane wyżej wymogi.

W tych okolicznościach zarzuty naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp okazały się słuszne. To z kolei przesądza o trafności zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie wskazać należy, że mając na uwadze przepis przejściowy art. 16 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), stanowiący, iż do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, dla oceny badanego stanu faktycznego zastosowanie znalazły przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed wskazanej nowelizacji.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: