

**Sygn. akt KIO 978/15**

**WYROK**  
**z dnia 25 maja 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2015 r. przez Eurotek International Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Częstochowską w Częstochowie

przy udziale Casp System Sp. z o.o. w Jaworznie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Politechnice Częstochowskiej w Częstochowie unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i czynności odrzucenia oferty Eurotek International Sp. z o. o. w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Politechnikę Częstochowską w Częstochowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez Eurotek International Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Politechniki Częstochowskiej w Częstochowie na rzecz Eurotek International Sp. z o. o. w Warszawie kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 Częstochowie.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Politechnika Częstochowska – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa systemu Particle Master Shadow kompatybilnego z posiadanym systemem 2DPiV i DaVis 8.0 firmy LaVision dla Wydziału Inżynierii Produkcji i Technologii Materiałów Politechniki Częstochowskiej. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 9 kwietnia 2015 r. pod numerem 49585. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego 5 maja 2015 r. informacji o wyniku postępowania wykonawca Eurotek International Sp. z o.o. wniósł odwołanie 11 maja 2015 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że przez odrzucenie oferty odwołującego, zaniechanie wezwania odwołującego do udzielenia wyjaśnień zamawiającemu co do treści złożonej oferty, zaniechanie odrzucenia oferty CASP System Sp. z o.o. oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych ofert, zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert, w tym odrzucenia oferty odwołującego, ponownej oceny ofert, odrzucenia oferty CASP System Sp. z o.o., ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym ewentualnie przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego z art. 87 ust. 1 Pzp względem oferty odwołującego, a następnie wybór jego oferty jako najkorzystniejszej. Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołujący wywodził, że treść jego oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: „SIWZ”), gdyż w SIWZ zamawiający nie określił szczegółowych cech kompatybilności. Podnosił, że oferta CASP System Sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ (pkt 7.4), bowiem wykonawca nie określił w swojej ofercie typu, modelu oraz marki oferowanego sprzętu, co uniemożliwia jednoznacznie określenie jaki sprzęt został zaoferowany i czy spełnia on wymogi określone w SIWZ.

Wykonawca CASP System Sp. z o.o. w Jaworznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązki

przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 20 maja 2015 r. zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Oświadczył, że w SIWZ w sposób jednoznaczny wskazał wymagania, jakie stawiane są systemowi, którego dotyczy zamówienie. W sposób wyraźny został także określony wymóg kompatybilności zamawianego programu z posiadanym już przez zamawiającego układem synchronizującym sterowanym z poziomu oprogramowania DaVis S.O 64-bit zapewniającym obsługę posiadanego systemu 2DPIV, co jest podstawą funkcjonowania takich systemów i możliwości obrazowania zachowania się płynów w układzie kamera - laser. Zarzucił, że zaoferowany przez odwołującego sprzęt Timer BOX z kartą Timer Card i programem Dynamie Studio v.4,1 64 bit stanowi odrębny system nie zapewniający bezpośredniej współpracy z posiadanym przez zamawiającego systemem 2DPIV i DaVIS S.O firmy LaVision. Wyzwalanie dowolnego urządzenia z poziomu proponowanego przez odwołującego spowodowałoby, że dotychczas posiadany system 2DPIV i DaVis 8.0 firmy LaVision będzie musiał być unieruchomiony, co uniemożliwi faktyczne współdziałanie zamawianego systemu z już posiadanym systemem.

Zamawiający podkreślił, że rozwiązanie zaproponowane przez odwołującego polegające na imporcie i eksporcie plików BMP, JPG i TIF nie umożliwia bezproblemowej pracy obu systemów. Eksport obrazów z oferowanego systemu do posiadanego przez zamawiającego systemu będzie niepotrzebny z powodu braku możliwości analizy zachowania się cząstek stałych, ciekłych i gazowych w ośrodku ciągłym z uwagi na brak modułu umożliwiającego taką obserwację. Ponadto import obrazów z posiadanego systemu do systemu oferowanego będzie niemożliwy ze względu na brak możliwości rejestracji obrazów zachowania się cząstek stałych, ciekłych i gazowych w ośrodku ciągłym przez posiadany system, dlatego też zaoferowany przez odwołującego system stanowi zupełnie odrębny, oddzielny system cechujący się pełnym brakiem kompatybilności z systemem posiadanym przez zamawiającego.

Podniósł również, że dopuścił rozwiązania równoważne w pkt. 3.3 opisu przedmiotu zamówienia, W tym wypadku jednak to na wykonawcy ciążył obowiązek wykazania, że oferowany system spełnia warunki określone przez zamawiającego, czego odwołujący zaniechał.

Zamawiający wyjaśnił, że nie zdefiniowanie warunku kompatybilności przez zamawiającego wynikało z faktu, że zamawiający w tytule zamówienia podał w sposób jednoznaczny z jakim systemem zamawiany system ma być kompatybilny. Wskazanie nazwy systemu w tytule zamówienia miało pozwolić na ocenę kompatybilności oferowanego systemu przez oferenta.

Ponadto zamawiający powołał, że wykazał w zamówieniu jednoznacznie, w oparciu o system jakiej firmy powinna nastąpić rozbudowa stanowiska badawczego i dostawa systemu Particle Shadow Master (zgodnie z wymogami art. 29 ust. 1-3 Pzp) oraz wskazał wymagania funkcjonalne poprzez kompatybilność z posiadanym systemem 2DPIV i DaVis 8.0 firmy Lavision.

Zamawiający podkreślił, że z samej definicji pojęcia „kompatybilności” wynika, że kompatybilny to zgodny, mogący działać łącznie lub przystosowany do czegoś pod każdym względem [słownik języka polskiego, [www.sjp.pwn.pl](http://www.sjp.pwn.pl)]. Dlatego też wymogiem była kompatybilność - w w/w rozumieniu, a więc zgodność pod każdym względem oferowanego systemu z systemem już posiadanym przez zamawiającego tj. systemem 2DPIV 1 DaVis 8.0 firmy Lavision.

Zamawiający podniósł, że nie definiował zatem wymogu kompatybilności oraz wymogów szczegółowych jego opisu, ponieważ kompatybilny z samej definicji oznacza zgodny, mogący działać łącznie lub przystosowany do czegoś pod każdym względem. Zdaniem zamawiającego dodatkowe określenie szczegółowych wymogów kompatybilności było zbędne, w sytuacji precyzyjnego wskazania systemu, z którym oferowany system ma współdziałać.

Zamawiający podkreślił, że z treści oferty odwołującego wynika, że kompatybilność zostanie osiągnięta poprzez zastosowanie urządzenia Timer Box i oprogramowania Dynamic Studio, a oba te elementy stanowią oddzielny system nie mogący współdziałać bezpośrednio z posiadanym systemem 2DPIV i DaVis 8,0 firmy LaVision, który jest już wyposażony w układ synchronizująco-rejestrujący. Dodatkowo sprzęt Timer Box, kamera sCMOS i program Dynamic Studio z Shadow Sizing, aby mogły funkcjonować potrzebują stacji roboczej PC, której oferent nie wskazuje w swojej ofercie. W związku z tym istnieje realne ryzyko, że oferowany system w ogóle nie będzie mógł być uruchomiony.

Zamawiający nie widział konieczności wzywania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty, gdyż z treści złożonej oferty wywiódł wniosek, że nie spełnia ona wymogów SIWZ i nie było potrzeby wzywania do składania dodatkowych wyjaśnień.

Stwierdzenie przez zamawiającego, że oferowany sprzęt umożliwia jedynie import i eksport obrazów wynikał z opisu zawartego w ofercie odwołującego, ponieważ niemożliwym jest zainstalowanie oprogramowania Dynamic Studio, Shadow Sizing w posiadanym systemie 2DPIV i DaVis 8.0 firmy Lavision i zastosowanie Timer BOX'a i kamery sCMOS firmy Dantec w systemie 2DPIV i DaVis 8,0 firmy Lavision. Ewentualne uruchomienie oferowanego przez odwołującego systemu umożliwia jedynie podłączenie posiadanego przez zamawiającego dwu-wnękowego lasera, a tym samym odłączenie lasera od posiadanego systemu i uniemożliwia pracę z posiadanym systemem 2DPTV i DaVis 8,0 firmy Lavision. Stąd

oczywiste wydaje się, że dwa odrębne systemy nie uzyskają kompatybilności, a jedynie możliwość wymiany danych poprzez import/eksport plików obrazu, co uniemożliwia bezproblemową pracę systemu posiadanego z systemem oferowanym.

Zarzut odwołującego dotyczący nieokreślenia w ofercie firmy Casp System sp. z o.o. typu, modelu i marki oferowanego systemu zamawiający uznał za niezasadny, gdyż komponenty oferowanego systemu nie posiadają typu modelu.

W podsumowaniu zamawiający wskazał, że w procedurze zamówienia publicznego wystąpił o dostawę systemu Particle Master Shadow kompatybilnego z posiadanym systemem 2DPIV i DaVis 8.0 firmy LaVision, celem rozbudowy istniejącego stanowiska badawczego. Wymóg kompatybilności nie wymagał dodatkowego sprecyzowania, ponieważ zamawiający użył go w powszechnie rozumianym i stosowanym znaczeniu. Pojęcie kompatybilności oznacza funkcjonalność w obszarze jednego konkretnego systemu lub oprogramowania poprzez jego modułową, sukcesywną rozbudowę, a nie poprzez tworzenie odrębnych systemów. Podkreślił, że gdyby oczekiwał jedynie dostawy systemu działającego w oparciu o tylko pewne posiadane już komponenty np. dwu-wnekowy laser, to treść zamówienia nie wskazywałaby na kompatybilność z posiadanym systemem 2DPIV i Da Vis 8.0 firmy LaVision. Zaproponowany import i eksport obrazów dowodzi, że jedyną częścią wspólną oferowanego systemu jest rodzaj transferu danych, co nie wyczerpuje wymogu kompatybilności,

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie pkt 2 ppkt 2 i 3 protokołu postępowania wartość zamówienia została ustalona na podstawie rozeznania rynku 26 marca 2015 r. i wynosi 180.487, 80 zł, co stanowi równowartość 42.720, 02 euro.

W pkt 3 SIWZ zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako dostawa systemu Particle Master Shadow kompatybilnego z posiadanym systemem 2DPIV i DaVis 8.0 firmy LaVision dla Wydziału Inżynierii Produkcji i Technologii Materiałów Politechniki Częstochowskiej i wskazał, że przedmiot zamówienia został opisany przez wskazanie wymagań minimalnych. Dodatkowo opisał przedmiot zamówienia jako System Particle Master Shadow bazujący na iluminacji światła kontrowego i zaawansowanej technice obrazowania umożliwiającą rejestrację cząstek śledzonych w obszarze ogniskowym zastosowanej optyki:

1. Kompatybilność systemu z posiadanym systemem 2DPIV i Da Vis 8.0 64-bit firmy LaVision;
2. Pomiar wielkości pęcherzy: > 5 u.m;
3. Zakres dynamiczny: 1:100;
4. Pole obserwacji: > 1 mm<sup>2</sup>;
5. Zakres pracy: 50-1500 mm;
6. Obserwacja cząstek stałych i ciekłych, w tym kropli i pęcherzy mętnych oraz transparentnych;
7. Rejestracja rozmiaru, kształtu, prędkości, położenia i morfologii cząstek w badanym medium;
8. Płyta kalibrująca zapewniająca optymalne ustawienia warunków początkowych i brzegowych systemu Particle Master Shadow dla cząstek o wymiarach od 10 u.m do 2 mm;
9. Wysokiej wydajności dyfuzor optyczny rozpraszający wiązkę lasera z polem obserwacji o średnicy 120 mm;
10. Akcesoria montażowe i światłowód o długości 2 m, umożliwiające połączenia dyfuzora optycznego z posiadanym dwu-wnękowym laserem o energii impulsu 200 mJ i długości fali 532 nm
11. Kamera obrazująca sCMOS o podwyższonej wytrzymałości na refleksy światła odbijanego od pęcherzy z kartą framegrabber cameraLink i odstępem czasowym pomiędzy dwoma pobranymi obrazami: 120 ns;
12. Minimalne tempo pobiera kolejnych par obrazów dla kamery sCMOS: 50 fps;
13. Czas ekspozycji kamery sCMOS: 10 us - 100 ms;
14. Typ połączenia kamera sCMOS- obiektyw: F, opcjonalnie C;
15. Maksymalna rozdzielczość kamery sCMOS: 2560 x 2160 pikseli z rozmiarem piksela 6.5 (im x 6.5 um);
16. Obszar aktywny kamery sCMOS: 16.6 mm x 14.0 mm;
17. Zakres widmowy kamery sCMOS : 370 - 1100 nm;
18. Maksymalny QE dla kamery sCMOS : 53%@532 nm;
19. Pojemność kamery sCMOS: 30000 e;
20. Zakłócenia odczytu kamery sCMOS: < 3 e-@ 286 MHz;
21. Gwarancja dla systemu Particie Master Shadow: minimum 12 miesięcy.

Zamawiający nie dopuścił składania ofert równoważnych, ani ofert wariantowych, jednak w pkt 3.3. SIWZ ustalił, że jeśli określając w SIWZ produkt, będący przedmiotem postępowania posłużył się wskazaniem konkretnej firmy - producenta, w tym zakresie dopuszcza składanie ofert równoważnych. Przez ofertę równoważną należy rozumieć zaoferowanie towaru producenta innego aniżeli wskazany przez zamawiającego, z tym że oferowany produkt nie

może być gorszy jakościowo od wskazanego, musi mieć co najmniej takie same parametry techniczno - eksploatacyjne, posiadać taką samą lub lepszą funkcjonalność oraz musi posiadać gwarancję nie krótszą od gwarancji jakiej udziela wymieniony producent.

W postępowaniu złożono dwie oferty. Przystępujący zaoferował system Particle Master Shadow. Odwołujący zaoferował system ShadowSizer bazujący na platformie Dynamic Studio jako równoważny z systemem firmy Dantec Dynamics do wymaganego przez zamawiającego systemu Particle Shadow. Na stronie 18 oferty odwołujący wskazał, że spełnienie warunku kompatybilności nastąpi przez możliwość importu i eksportu obrazów typu np. BMP, JPG, TIF obsługiwanego zarówno przez system firmy Dantec Dynamics jak również LaVision. Układ synchronizujący obsługiwany z poziomu oprogramowania Dynamic Studio umożliwiający wyzwalamie dowolnego urządzenia wyzwalanego sygnałem TTL, czyli kamera i laser.

Pismem z 5 maja 2015 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia wskazał, że w pkt 3.1. opis przedmiotu zamówienia wymagał, aby oferowany system spełniał warunek kompatybilności systemu z posiadanym systemem 2DPIV i Da Vis 8.0 64-bit firmy LaVision. Uznał, że w systemie zaoferowanym przez odwołującego istnieje jedynie możliwość importu i eksportu obrazów, która nie spełnia warunku kompatybilności z posiadanym systemem 2DPIV i Da Vis 8.0 64-bit firmy LaVision.

Izba zważyła, co następuje:

Z uwagi na fakt, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, zarzuty podniesione wobec oferty przystępującego nie podlegają rozpoznaniu. Art. 180 ust. 2 Pzp zawiera zamknięty katalog czynności, wobec których można wnieść odwołanie, jeśli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Enumeratywne wyliczenie zawarte w art. 180 ust. 2 Pzp pozwala wykonawcy jedynie na kwestionowanie czynności najistotniejszych dla możliwości złożenia oferty (czyli wyboru określonego trybu udzielania zamówienia i opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu) oraz dla zachowania swoich praw w postępowaniu, (czyli wykluczenia z postępowania lub odrzucenia złożonej przez siebie oferty). Kwestionowanie zdolności podmiotowej konkurenta do realizacji zamówienia oraz złożonej przez niego oferty jest wyłączone.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów. Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp nie podlegają badaniu nowe podstawy odrzucenia oferty odwołującego nie wskazane w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, w tym brak możliwości analizy zachowania się cząstek stałych, ciekłych i gazowych w ośrodku ciągłym z uwagi na brak modułu umożliwiającego taką obserwację oraz brak możliwości importu obrazów z posiadanego systemu do systemu oferowanego ze względu na brak możliwości rejestracji obrazów zachowania się cząstek stałych, ciekłych i gazowych w ośrodku ciągłym przez posiadany system, a także niezaoferowanie niezbędnego PC.

Podstawy faktyczne i prawne wskazane w informacji o wyniku postępowania determinują granice zarzutów, które może podnieść wykonawca i tylko w takim zakresie odwołanie podlega rozpoznaniu. Odwołanie może być bowiem wniesione wyłącznie wobec czynności lub zaniechania zamawiającego dokonania czynności, do których jest zobowiązany na podstawie przepisów ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp), a treść czynności zamawiającego określa powołane uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia mu uzyskanie zamówienia.

Odwołanie okazało się zasadne.

Art. 29 ust. 3 Pzp stanowi, że zamawiający nie może opisywać przedmiotu zamówienia przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba, że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”. Z dyrektyw unijnych wynika obowiązek zamawiającego otwierania się na konkurencję przez umożliwienie składanie ofert prezentujących różnorodne rozwiązania techniczne a co za tym idzie branie pod uwagę ofert opartych na równoważnych ustaleniach (oferty równoważne). W takim przypadku na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania dowodami przedstawionymi w dowolnej formie „równoważności”. W przypadku braku równoważności, co skutkuje odrzuceniem oferty równoważnej, zamawiający są obowiązani uzasadnić swoje stanowisko.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. O możliwości odrzucenia oferty na podstawie powołanego przepisu przesądza zatem niespełnienie przez świadczenie oferowane przez wykonawcę wymagań zamawiającego stawianych przedmiotowi zamówienia wyrażonych w specyfikacji istotnych warunków



zamówienia. SIWZ jest podstawowym dokumentem w postępowaniu i bez obrazy zasad Prawa zamówień publicznych nie można zawartych w niej wymagań rozszerzać na etapie oceny oferty.

O zgodności oferty z treścią SIWZ przesądza dokonany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia (art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp). Reguła ta dotyczy również oceny oferty równoważnej. Rozwiązanie równoważne zawsze różni się od rozwiązania podstawowego, zatem zamawiający jest zobowiązany do ustalenia w SIWZ wymagań stawianych ofertom równoważnym, skoro oceny ofert może dokonywać wyłącznie na podstawie wymagań opisanych w SIWZ.

Odwołujący zaoferował rozwiązanie równoważne, zatem istotą sporu jest ustalenie, czy oferta złożona przez odwołującego spełnia wymogi pkt 3.1.1. SIWZ w zakresie kompatybilności. Spełnienie pozostałych wymagań zawartych w pkt 3.1. SIWZ nie było kwestionowane przez zamawiającego.

Izba zważyła, że zamawiający nie dookreślił w SIWZ, kiedy z posiadanym systemem 2DPIV i Da Vis 8.0 64-bit firmy LaVision wymaganie dotyczące kompatybilności oferowanego systemu zostanie spełnione.

Nie można uznać, że wymaganie dotyczące kompatybilności zostało sformułowane w SIWZ wystarczająco przez wskazanie sprzętu z jakim oferowany system ma współdziałać. O kompatybilności systemu opisany przez zamawiającego zakres lub cechy tej współpracy lub wymagane funkcjonalności. Wbrew twierdzeniom zamawiającego pojęcie „kompatybilny” nie ma jasnej i jedynej definicji. Nie oznacza ono wyłącznie „przystosowany do czegoś pod każdym względem”. Powołany przez zamawiającego słownik języka polskiego ([www.sjp.pwn.pl](http://www.sjp.pwn.pl)) wskazuje, że kompatybilny to również „zgodny” lub „mogący działać łącznie”. Stopień zgodności lub zakres współdziałania obu systemów powinien określić zamawiający w SIWZ.

Jak już zostało wskazane, zamawiający nie określił, kiedy wymaganie kompatybilności zostanie spełnione. Tym bardziej nie może więc uzasadniać odrzucenia oferty odwołującego twierdzeniem, że oferowany przez niego system nie pozwala na możliwość jednoczesnej rejestracji prędkości i wielkości cząstek, a oba systemy nie mogą być odrębne, lecz powinny stanowić jeden system.

Rozumienie kompatybilności zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie oraz podtrzymane na rozprawie oznacza, że zamawiający faktycznie żądał rozwiązania identycznego z Particle Master Shadow, a dopuszczenie rozwiązań równoważnych miało charakter iluzoryczny.

Takie rozumienie dopuszczenia rozwiązań równoważnych przeczy zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie odpowiada też idei udzielenia zamówienia po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego.

Jeśli zamawiający uznaje, że z przyczyn technicznych wymagania zawarte w SIWZ spełnia wyłącznie jeden produkt, powinien sięgnąć po tryb udzielenia zamówienia z wolnej ręki z powołaniem się na przesłankę zawartą w art. 67 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp.

W konkluzji stwierdzić należy, że postanowienia SIWZ nie pozwalają na uznanie, że zapewnienie możliwości eksportu i importu plików jest niewystarczające dla wykazania kompatybilności oferowanego systemu z systemem posiadanym przez zamawiającego. Niestaranne działanie zamawiającego w zakresie ustalenia treści SIWZ nie może być naprawione w postępowaniu odwoławczym dotyczącym oceny oferty pod względem zgodności z SIWZ. Niedopuszczalne na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty jest ustalanie przez Izbę jakie cechy pozwalają na uznanie oferowanego systemu za kompatybilny, skoro zamawiający nie wskazał ich w SIWZ.

Sformalizowany i pisemny charakter postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza uznaniową interpretację treści SIWZ oraz dokonywania ocen ofert w oparciu o treści w SIWZ nie wyrażone. W przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nie zostałyby zachowane, a wymagają one, by oczekiwania zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia w tym ofertom zawierającym rozwiązania równoważne były znane przed złożeniem oferty oraz w sposób jasny, tak by wykonawcy zainteresowani zamówieniem nie pozostawali w niepewności, czy mogą złożyć oferty nie podlegające odrzuceniu.

W tej sytuacji Izba uznała, że zamawiający dokonał odrzucenia oferty odwołującego z powodów, które nie znajdują uzasadnienia w opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba uznała, że odrzucenie oferty odwołującego było niezasadne.

Izba uwzględniła również, że odwołujący powoływał możliwość wykorzystania laseru, który jest już w posiadaniu zamawiającego, możliwość sterowania tym laserem oraz pomiar wszystkich wielkości tak jak w systemie Shadow Master. Dowody na twierdzenie przeciwne nie zostały przedstawione przez zamawiającego, który głośno powołał się na nieokreślone oświadczenie jednostki wykorzystującej rozwiązania oferowane przez odwołującego, z którego wynika, że brak jest możliwości importu obrazu.

Mając zatem na uwadze stan sprawy ustalony w toku rozprawy oraz opierając się na brzmieniu SIWZ Izba uznała, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba nie zasądziła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, gdyż zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) może to nastąpić wyłącznie na podstawie rachunku. Odwołujący nie złożył rachunku, a orzekanie o kosztach wynagrodzenia pełnomocnika jedynie według norm przepisanych nie jest możliwe.

**Przewodniczący:** .....