

Sygn. akt: KIO 997/11

WYROK
z dnia 26 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2011 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe IMS-GRIFFIN Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Główną Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe IMS-GRIFFIN Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe IMS-GRIFFIN Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego IMS-GRIFFIN Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **Komendy Głównej Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. 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:

Uzasadnienie

Komenda Główna Straży Granicznej z siedzibą w Warszawie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia powyżej 125 000 euro, którego przedmiotem jest dostawa pn. „Rozbudowa systemu ochrony technicznej zewnętrznej granicy UE” – zakup przenośnych chłodzonych kamer termowizyjnych z akcesoriami (sprawa nr 88/ZP/Błil/10). Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dz. Urz. UE z dnia 22.02.2011 r. nr 2011/S 36-058725.

- 1) Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe IMS-GRIFFIN Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, zwane dalej „odwołującym”, wniosło odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i niedopuszczeniu do udziału w aukcji elektronicznej (pismo z dnia 4 maja 2011 r.).

Zarzuty odwołującego:

naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 – zasady równości i uczciwej konkurencji przy ocenie złożonych ofert i czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 - bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego.

Żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania:

- 1) unieważnienie czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wraz z informacją o odrzuceniu oferty,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) dopuszczenie odwołującego do dalszego etapu postępowania - aukcji elektronicznej.

Odwołujący powołał się w uzasadnieniu odwołania na postanowienia siwz (załącznik nr 1) - opis przedmiotu zamówienia, w którym w pkt 4c) zamawiający podał wymagane parametry kamer („przynajmniej dwa pola widzenia: szerokie (MFOV) 8° +/- 0,5°; wąskie (NFOV) 3° +/- 0,5° tub zoom ci agły o zakresie zawierającym oba pola widzenia”).

W wyniku wyjaśnień siwz (pisma: z dnia 28 marca 2011 r., ZP-211/11 - pytanie i odpowiedź nr 8 i z dnia 30 marca 2011 r., ZP-220/11 - pytanie i odpowiedź nr 14), zamawiający dopuścił

kamery termowizyjne o parametrach szerokiego pola widzenia 9° oraz 10° pod warunkiem, iż kamery będą spełniać wymóg zawarty w pkt 4c) opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę na 5 kpl. przenośnych chłodzonych kamer termowizyjnych z akcesoriami (producent SAGEM Defense Securite, typ: JIM Observe), których pole szerokiego widzenia wynosi 9°. Pismem KG-ZP-272/11 z dnia 20.04.2011 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie parametrów szerokiego pola widzenia zaoferowanych kamer. W wezwaniu wskazał, dopuszczenie parametru pola szerokiego widzenia 9° i 10°.

Odwołujący uznał, że z siwz wynika, iż kamera termowizyjna musi mieć przynajmniej dwa pola widzenia: szerokie (MFOV) 8° +/- 0,5°, w wąskie (NFOV) 3° +/- 0,5° lub zoom ciągły o zakresie zawierającym oba pola widzenia. Uznał również, że zamawiający podkreślił, iż w razie zaoferowania kamery, która posiada pole widzenia określone w opisie przedmiotu zamówienia i dodatkowo inne pola widzenia (dowolne 9°, 10°) lub będzie posiadała zoom ciągły o zakresie zawierającym pola widzenia określone w opisie, np. zoom ciągły 3°-10°, uzna wymóg pkt 4c) opisu przedmiotu zamówienia, za spełniony.

Odwołujący stwierdził, że oferowane kamery spełniają wymagania określone w siwz, gdyż zgodnie z wyjaśnieniami, parametry posiadają szerokie pole widzenia 9° +/- 7% oraz w wąskie pole widzenia 3° +/- 7%, które mieszczą się nie tylko w dopuszczonym parametrze 9° i 10°, ale także w parametrze szerokie (MFOV) 8° +/- 0,5°, w wąskie (NFOV) 3° +/- 0,5°. Kamera zawierająca szersze pole widzenia od wymaganej w siwz (parametr dopuszczony w wyniku odpowiedzi na zapytania) spełnia, w ocenie odwołującego, wymagania. Przyjął, że użytkownik kamery ma dostępne dwa pola widzenia: wąskie oraz szerokie, przy czym szerokie pole widzenia zapewnia większy kąt widzenia, co przy faktycznej pracy urządzenia stwarza użytkownikowi lepsze możliwości (więcej widzi).

Wskazał, że gdyby przyjąć zakres szerokiego pola widzenia 8° +/- 0,5° - oznaczałoby to, że zamawiający dopuszcza przedział od 7,5° do 8,5°, zaś urządzenie odwołującego działa w tolerancji 8,37° do 9,63°. Zakresy pokrywają się w przedziale 8,37° - 8,5°. Podkreślił, że bezpośredni użytkownik korzysta ze sprzętu najczęściej w zmiennej optyce, czyli rozpoczyna od szerokiego pola, a następnie dokonuje oglądu w polu wąskim. Zatem, istotnym rozwiązaniem jest posiadanie przez urządzenie dwóch pól widzenia szerokiego i wąskiego. Podkreślił, iż bez wątpienia pole widzenia kamery o parametrze 9° spełnia wymóg

posiadania pola widzenia określonego w opisie przedmiotu zamówienia tj. szerokie (MFOV) $8^{\circ} \pm 0,5^{\circ}$; więc stwierdził, że przesłanka odrzucenia oferty nie znajduje uzasadnienia.

Powołując się na art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp stanowiący podstawę odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią siwz, podał, że sformułowania „treść oferty”, „treść siwz” odnoszą się do braku zgodności w zakresie aspektu merytorycznego siwz, co oznacza przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stwierdził na podstawie powyższego, że świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w siwz potrzebom zamawiającego i w toku badania i oceny ofert powinna nastąpić czynność porównania opisu wymagań ze zobowiązaniem wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego. W części XV siwz - opis kryteriów z podaniem ich znaczenia i sposobu oceny ofert, w pkt - zasady wyboru oferty i udzielenia zamówienia, w ppkt 3) i 4) zamawiający podał, że po dokonaniu oceny ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadzi aukcję elektroniczną, do której zostaną dopuszczone oferty nie podlegające odrzuceniu.

W siwz - opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1), zamawiający opisał w pkt 4c) parametry techniczne kamery termowizyjnej następująco: „Przynajmniej dwa pola widzenia: szerokie(MFOV) $8^{\circ} \pm 0,5^{\circ}$; wąskie (NFOV) $3^{\circ} \pm 0,5^{\circ}$, lub zoom ciągły o zakresie zawierającym oba pola widzenia”.

W odpowiedzi na zapytania dotyczące treści siwz – pisma z dnia 28 i 30 marca 2011 r. - pytania nr 8 i 14, zamawiający stwierdził, że zaakceptuje lepszy parametr (szersze pole widzenia) 9° , ale tylko w przypadku, kiedy kamera termowizyjna będzie spełniała wymóg zawarty w pkt 4c) opisu przedmiotu zamówienia - $8^{\circ} \pm 0,5^{\circ}$ (odpowiedź nr 8) oraz, że zaakceptuje kamerę o wartości parametru szerokie pole widzenia 10° , ale tylko w przypadku, kiedy urządzenie będzie spełniało wymóg zawarty w pkt 4c) opisu przedmiotu zamówienia, tj. kamera termowizyjna musi mieć przynajmniej dwa pola widzenia: szerokie (MFOV) $8^{\circ} \pm 0,5^{\circ}$, w wąskie (NFOV) $3^{\circ} \pm 0,5^{\circ}$ lub zoom ciągły o zakresie zawierającym oba pola widzenia. Dodał, że jeżeli wykonawca przedstawi kamerę, która będzie posiadała pola widzenia określone w opisie przedmiotu zamówienia i dodatkowo inne pola widzenia (dowolne, np. 9° , 10°), lub będzie posiadała zoom ciągły o zakresie zawierającym pola widzenia określone w

opisie przedmiotu zamówienia, np. zoom ciągły 3°-10°, uzna wymóg pkt 4c) opisu przedmiotu zamówienia za spełniony.

Odwołujący złożył ofertę na 5 kpl. przenośnych chłodzonych kamer termowizyjnych z akcesoriami: producent SAGEM Defense Securite, Francja, nazwa i typ urządzenia JIM Observe.

Zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, do złożenia w terminie do dnia 27 kwietnia 2011 r. wyjaśnień dotyczących rozbieżności pomiędzy wymogiem w zakresie parametrów technicznych opisanych w siwz załącznik nr 1 (opis przedmiotu zamówienia) pkt 4c) „przynajmniej dwa pola widzenia: szerokie (MFOV) 8° +/- 0,5°; wąskie (NFOV) 3° +/- 0,5° lub zoom ciągły o zakresie zawierającym oba pola widzenia” lub o wartości parametru szerokie pole widzenia 9° i 10°, o ile urządzenie spełnia wymóg zawarty w pkt 4c) opisu przedmiotu zamówienia, podając, że z informacji uzyskanych przez zamawiającego ze strony internetowej producenta urządzenia, tj. www.sagem-ds.com wynika, że oferowana kamera termowizyjna JIM Observe posiada szerokie pole widzenia 9° (pismo z dnia 20 kwietnia 2011 r.).

Pismem z dnia 26 kwietnia 2011 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, że oferowana kamera termowizyjna JIM Observe posiada szerokie pole widzenia 9° x 6,75° oraz wąskie pole widzenia 3° x 2,25°. Odwołujący nie załączył do odwołania pisma zawierającego wyjaśnienia.

Zamawiający równolegle prowadził korespondencję mailową z „DELANNOY Jean-Baptiste (SAGEM DEFENSE SECURITE)” uzyskując w dniu 27 kwietnia 2011 r. informację, że kamera JIM Observe posiada pola widzenia: szerokie WFOV 9° x 6,75° i wąskie NFOV 3° x 2,25°. Z opisu technicznego innej kamery - JIM LR wynika potwierdzenie, że kamery posiadają szerokie pola widzenia WFOV 9° x 6,75° i wąskie pola widzenia NFOV 3° x 2,25° (oświadczenie zamawiającego na podstawie danych zawartych w korespondencji, prowadzonej w języku angielskim, przedłożonej na rozprawie bez tłumaczenia na język polski). Potwierdzenie parametrów wynika również ze specyfikacji technicznej JIM LR SK-0000159460-02 załączonej do odwołania - str. 5 pkt 3.1 Kamera Termalna (*Kanał Podczerwieni*), gdzie obok pola widzenia WFOV i NFOV podano rozmiar (poziom x pion) oraz tolerancję dla obu poziomów +/- 7%, dotyczącą innej kamery niż oferowana.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego zawiadamiając o tej czynności pismem z dnia 4 maja 2011 r., podając uzasadnienie prawne art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - treść oferty nie odpowiada treści siwz i uzasadnienie faktyczne - zaoferowana kamera termowizyjna JIM Observe (producent Sagem Defense Securite) nie spełnia

wymagań technicznych w zakresie pkt 4c) opisu przedmiotu zamówienia, tj. urządzenie nie posiada szerokiego pola widzenia $8,0^{\circ} \pm 0,5^{\circ}$. Zaw iadomił również, że odwołujący nie zostaje zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący przedłożył na rozprawie wydruk z ogólnej informacyjnej strony internetowej – Pole widzenia lornetki, podnosząc, że z zawartego na str. 2 opisu wynika, iż przy kątowym polu (stopnie) $7,5^{\circ}$, liniowe pole (metry na 1000 m) wynosi 131,3 m, przy $8,5^{\circ}$ - 148,8 m, zaś przy 9° - 157,5 m. Powyższe wskazuje, że im wyższe jest kątowe pole (stopnie), tym większe jest liniowe pole (przestrzeń), co ma być korzystne dla zamawiającego.

Zamawiający przedłożył na rozprawie pisemne stanowisko komisji przetargowej z dnia 17 maja 2011 r., w którym przedstawiono czynności związane z badaniem i oceną oferty odwołującego. W piśmie wskazano, że zgodnie z treścią pkt 4c) opisu przedmiotu zamówienia i udzielonymi wyjaśnieniami siwz, zamawiający uznał za spełniające wymagania, co do pól widzenia, kamery termowizyjne charakteryzujące się możliwością pracy z dyskretnym wąskim polem widzenia o szerokości leżącej w zakresie pomiędzy $2,5$ a $3,5^{\circ}$ kątowego oraz alternatywnie szerokim polem widzenia również dyskretnym, o szerokości leżącej w zakresie pomiędzy $7,5$ a $8,5^{\circ}$ kątowego. Zamawiający stwierdził, iż nie miał podstaw do odrzucenia ofert, które poza spełnieniem wymagania posiadania dyskretnych pól widzenia o określonych parametrach, posiadają możliwość pracy z dodatkowym, nie wymaganym polem widzenia (np. 9° lub 10°). Zaakceptował również możliwość przedstawienia kamery posiadającej zoom ciągły o zakresie pól widzenia nie mniejszym niż od $3,5$ do $7,5^{\circ}$ kątowego. Ustalił, że kamera oferowana przez odwołującego charakteryzuje się dwoma dyskretnymi polami widzenia o szerokości odpowiednio 3 i 9° kątowych, nie posiada ciągłego zoomu ani dodatkowych pól widzenia.

Uznał, że sformułowanie odwołującego użyte w odwołaniu, iż oferowane urządzenie działa w tolerancji $8,37^{\circ}$ do $9,63^{\circ}$ jest mylące, bowiem podany zakres posiada jedynie zbiór dyskretnych wartości szerokości pola widzenia, jakie poszczególne egzemplarze urządzeń mogą uzyskać w procesie produkcji. Natomiast wartością nominalną parametru podawaną przez producenta, a także potwierdzoną przez odwołującego jest 9° i ta wartość podlegała ocenie zamawiającego. Zamawiający podniósł, że odwołujący przemilczał sprawę tolerancji w złożonych wyjaśnieniach. Podał również, że faktem jest, iż w polu widzenia o szerokości 9° obserwuje się szerszą scenerię, niż w polu o szerokości 8° , jednak większa szerokość scenerii zapewniona jest kosztem spadku zasięgu obserwacji, w sytuacji gdy sposób użytkowania sprzętu przez zamawiającego preferuje możliwie duże zasięgi obserwacji.

Wskazane ustalenia przesądziły o niezgodności treści oferty z treścią siwz.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy wnosząc odwołanie, gdyż w razie uznania zarzutów za zasadne w zakresie odrzucenia oferty i nakazania ponownej oceny ofert, uzyskałby możliwość zakwalifikowania do aukcji elektronicznej.

Spór dotyczy oceny czy oferowane przez odwołującego kamery JIM Observe posiadają szerokie pole widzenia w poziomie opisane w siwz zał. 1 (opis przedmiotu zamówienia) w pkt 4c) wraz z wyjaśnieniami treści siwz z dnia - 28 i 30 kwietnia 2011 r.

Na podstawie akt sprawy, przedłożonych dowodów oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego, w ocenie Izby, brak jest podstaw do stwierdzenia, że parametry oferowanych kamer odpowiadają wymaganiom opisanym przez zamawiającego, wobec jednoznacznego opisu, że szerokie pole widzenia (podstawa odrzucenia oferty) musi posiadać parametr w poziomie $8^{\circ} \pm 0,5^{\circ}$, przy dopuszczeniu obok istnienia wskazanego podstawowego parametru, parametru dodatkowego 9° i 10° .

W wyjaśnieniach złożonych na wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, w zakresie rozbieżności wynikających z porównania parametrów technicznych oferowanych kamer (ustalonych przez zamawiającego na podstawie dostępnych danych) i wymagań zawartych w siwz wraz z odpowiedziami na zapytania, odwołujący w sposób lakoniczny aczkolwiek jednoznaczny potwierdził rozbieżność, wskazując szerokie pole widzenia 9° w poziomie, gdy wymóg podstawowy dotyczył parametru $8^{\circ} \pm 0,5^{\circ}$, a parametr 9° miał być parametrem dodatkowym, przy wymaganym 8° z uwzględnieniem wahania $0,5^{\circ}$.

Na rozprawie odwołujący potwierdził braku zoomu ciągłego.

Na etapie odwołania odwołujący załączył specyfikację techniczną innej kamery, w której wskazano tolerancję $\pm 7\%$ przy 9° rozmiarze poziomego szerokiego pola widzenia (str. 5 specyfikacji). Na tej podstawie odwołujący utrzymywał, że kamery spełniają wymogi, bo w zasadzie mieszczą się w przedziale opisanym przez zamawiającego. Argumentacja ta nie znalazła potwierdzenia wobec jednoznacznych oczekiwań zamawiającego (logicznie i spójnie pisemne uzasadnienie komisji przetargowej przedłożone na rozprawie i doręczone odwołującemu).

Nie mogło być uwzględnione, w ocenie Izby, odniesienie się odwołującego do elementów funkcjonalnych kamer poprzez wskazanie opisu zawartego w pkt 1 załącznika nr 1 do siwz, (opis przedmiotu zamówienia) „wprowadzenie”, z którego wynika, że kamery spełniają wymóg, gdyż umożliwiają zaobserwowanie osoby z odległości co najmniej 3 km od obserwatora. Argumentacja ta nie dotyczy przesłanki odrzucenia oferty, stąd podnoszenie jej na rozprawie nie stanowiło uzasadnienia uwzględnienia odwołania. Na marginesie sprawy należy jedynie podnieść, że z załączonej specyfikacji technicznej (str. 9), wbrew stanowisku odwołującego wynika, że typowy zasięg (faktycznego) wykrycia przy WFOV wynosi 1 840 m, nie zaś 3 630 m, które dotyczy wykrycia NR opisanego jako wykrycie niewyjaśnione.

Należy podnieść, że odwołujący, na podstawie siwz, zawarł w formularzu ofertowym oświadczenia, że zamówienie będzie zrealizowane zgodnie ze wszystkimi wymaganiami zamawiającego określonymi w siwz oraz, że oferowane urządzenia spełniają wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w siwz (pkt 1 i 4 formularza ofertowego).

Jedynym oświadczeniem odwołującego w zakresie parametrów technicznych oferowanych kamer było wyjaśnienie złożone w piśmie z dnia 26 kwietnia 2011 r., na wezwanie zamawiającego w trybie art. 89 ust. 1 ustawy, jak wskazano wyżej, jednoznacznie potwierdzające parametr 9° . Zamawiający dokonując badania oferty w zakresie zgodności jej treści z treścią siwz był zobowiązany dokonać oceny na podstawie formularza ofertowego i złożonych wyjaśnień. W wyniku dokonanej oceny stwierdził, że kamera nie posiada szerokiego pola widzenia $8^{\circ} \pm 0,5^{\circ}$ i ewentualnie dodatkowego 9° lecz tylko 9° , zatem uznał, że treść oferty nie odpowiada treści siwz.

Odwołujący nie wykazał, że na etapie badania i oceny oferty przedłożył zamawiającemu jakiegokolwiek potwierdzenie, iż kamery wyposażone są w szerokie pole widzenia w poziomie według podstawowego parametru $8^{\circ} \pm 0,5^{\circ}$ i ewentualnie dodatkowego 9° .

Nie wykazał również, że zamawiający popełnił błąd dokonując oceny oferty na podstawie jej treści i złożonych wyjaśnień.

Na marginesie sprawy należy podnieść, że wobec braku w ofercie danych odnoszących się do parametrów technicznych kamery, w ocenie Izby, odwołujący nie dochował staranności składając wyjaśnienia w przedmiocie spornego parametru, poprzez wskazanie szerokiego pola widzenia w poziomie wyłącznie jako 9° . Na str. 5 odwołania w wierszu 8. od góry podał wskaźniki tolerancji $\pm 7\%$, powołując się na złożone w tym zakresie wyjaśnienia.

Nie mogła być również uwzględniona, jako podstawa odmiennego rozstrzygnięcia, podnoszona okoliczność (na podstawie opisu pola widzenia lornetki, przedłożonego na rozprawie), że im większe jest kątowne pole widzenia, tym dłuższe jest pole liniowe. Zamawiający jednoznacznie potwierdził, że parametr 9° dopuścił jako dodatkowy parametr obok podstawowego opisanego w pkt 4c) opisu przedmiotu zamówienia i na podstawie opisu oczekiwał urządzenia o szerszym polu widzenia charakteryzującego się bliższym zasięgiem.

Na uwagę zasługuje ustalenie, że podnoszona przez odwołującego tolerancja w granicach +/- 7% w stosunku do nominalnej wartości 9°, jako odstępstwo od wymaganej normy, zgodnie ze stanowiskiem zamawiającego przy braku przeciwnego stanowiska odwołującego, oznacza dopuszczalny błąd produktu, nie zaś możliwą do zastosowania rozpiętość pola widzenia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią siwz ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymaganiami zamawiającego (m.in. wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1093/08).

W orzecznictwie również podkreślono, że niezgodność treści oferty z treścią siwz powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 kc, tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami siwz.

W toku rozprawy potwierdzono, że odwołujący składając ofertę i późniejsze wyjaśnienia stanowiące podstawę oceny oferty, nie przedstawił parametrów technicznych kamer termowizyjnych (szerokie pole widzenia w poziomie) odpowiadających opisowi zawartemu w pkt 4c) załącznika nr 1 do siwz (opis przedmiotu zamówienia) wraz z odpowiedziami na zapytania nr 8 i 14 (pisma z dnia - 28 i 30 marca 2011 r.), składając tym samym ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz.

W tej sytuacji Izba uznając, że zamawiający nie naruszył przepisów prawnych wskazanych w odwołaniu art. 89 ust. 1 pkt 2 i w konsekwencji art. 7 ust. 1 ustawy, oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 lit. a i 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), z uwzględnieniem wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

Przewodniczący: