

WYROK

z dnia 6 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 września 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2011 r.

przez wykonawcę: **AGTES spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A**

od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego, 00-908 Warszawa, ul. gen. Sylwestra Kaliskiego 2**

przy udziale wykonawcy: **EC Test Systems spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 31-476 Kraków, ul. Lublańska 34** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża AGTES spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) – uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok

Sygn. akt KIO 1823/11

– w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowa Akademia Techniczna im. Jarosława Dąbrowskiego w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *dostawę kamery MIR do platformy monitoringu w paśmie IR* (numer sprawy: 198/IOE/2011).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 6 czerwca 2011 r. pod nr 143954-2011, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.wat.edu.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”) oraz zamieszczał wyjaśnienia jej treści.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 390.500,00 zł, co stanowi równowartość 101.588,96 euro.

18 sierpnia 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej Odwołującemu – AGTES spółce z o.o. z siedzibą w Warszawie – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EC Test Systems spółkę z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zamawiający podał następujące uzasadnienie tej ostatniej czynności: *Z wymogów zawartych w SIWZ pkt. 1 oraz w Wyjaśnieniu Nr 2 do SIWZ pytanie Nr 3 wynika, że: obiektyw 50 mm F/1,5 (11° x 9°) nie został dopuszczony. W SIWZ wymagany był obiektyw 50 mm F/2 (11° x 8,8°), a w Wyjaśnieniu Nr 2 do SIWZ dopuszczono obiektyw 50 mm F/3 (11° x 8°). Wynika z tego, że z formalnego punktu widzenia kamera z obiektywem 50 mm F/1,5 nie spełnia wymagań. W związku z tym oferta firmy AGTES Sp. z o.o. podlega odrzuceniu. Niska wartość F obiektywu daje więcej światła ale jednocześnie mocno ogranicza głębię ostrości. W warunkach pracy w terenie, jeżeli nie wiemy gdzie będzie się znajdował nasz obserwowany obiekt, wygodnie jest zastosować obiektyw z większą liczbą F bo taki obiektyw pozwala uzyskać większą głębię ostrości. Dlatego w Wyjaśnieniu Nr 2 do SIWZ pytanie Nr 3 dopuszczono obiektyw o większej liczbie F.*

Według wymogów zawartych w SIWZ pkt. 1, kamera powinna ponadto rejestrować sekwencje z różnymi czasami całkowania, a w Wyjaśnieniach do SIWZ pytanie Nr 1

sprecyzowano dokładniej, że kamera powinna rejestrować sekwencje z różnymi czasami całkowania i łączyć je w jeden film radiometryczny o rozszerzonej dynamice. Kamera oferowana przez firmę AGTES Sp. z o.o. rejestruje wprawdzie sekwencje z różnymi czasami całkowania, ale w ofercie nie ma słowa o scalaniu w jeden film o zwiększonej dynamice.

23 sierpnia 2011 r. (pismem z tej daty) od powyższej czynności wniósł odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) Odwołujący, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez bezzasadne i bezpodstawne uznanie, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).
2. Art. 7 ust. 3 – przez bezprawne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo że oferta Odwołującego, spełniająca wszystkie wymagania Zamawiającego, jest ofertą korzystniejszą od wybranej.
3. Art. 87 ust. 1 – przez bezzasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, w wypadku powstania u Zamawiającego wątpliwości w toku badania i oceny ofert, w zakresie jednego z parametrów technicznych oferowanej kamery.
4. Art. 7 ust. 1 – przez bezprawne powoływanie się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego na dodatkowe przesłanki merytoryczne niezawarte w s.i.w.z.

W związku z podniesionym zarzutem Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.
2. Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Powtórzenie badania i oceny ofert, w tym także do wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień, jeżeli według Zamawiającego zachodzi taka konieczność.
4. Dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zamawiający w pkt. 1.1 s.i.w.z. określił między innymi następujące minimalne parametry techniczne przedmiotu zamówienia odnoszące się do kamery MIR:

- czas całkowania: 3 - 20000 μ s (możliwość rejestracji z kilkoma czasami całkowania),
- obiektyw: 50 mm F/2 (11°x 8,8°).

W pkt. 3.7 s.i.w.z. określono opis sposobu przygotowania oferty, w tym obowiązek

Sygn. akt KIO 1823/11

złożenia przez Wykonawców m.in.: *Formularza ofertowego*, stanowiącego załącznik nr 1 do s.i.w.z. (ppkt 1) oraz *Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia*, stanowiącego załącznik nr 3 do s.i.w.z. (ppkt 2).

Zamawiający dwukrotnie zamieszczał na swojej stronie internetowej wyjaśnienia do s.i.w.z. w których m.in.:

- nie wyrażono zgody na możliwość zaoferowania kamery MIR z detektorem MCT o zakresie spektralnym 2 - 5,5 μm (wymagana była kamera FPA o zakresie spektralnym 1,5 - 5 μm), zgłoszone przez Odwołującego, pomimo że rozwiązanie to jest co najmniej równoważne do rozwiązania żądanego przez Zamawiającego;
- parametr dot. czasu całkowania rozszerzono o dodatkowe sformułowanie: *sekwencje mają być rejestrowane z różnymi czasami całkowania i łączone w jeden film radiometryczny o rozszerzonej dynamice* (tak jak chciał wykonawca składający zapytanie do treści s.i.w.z.);
- parametr dot. zakresu spektralnego rozszerzono o dodatkowe sformułowanie: *wymaga się, aby dostarczony obiektyw 50 mm wykonany był w technologii pozwalającej na wykorzystanie pełnego zakresu spektralnego detektora* (tak jak chciał wykonawca składający zapytanie do treści s.i.w.z.);
- dopuszczono, jako jednostkowe odstępstwo od minimalnych parametrów technicznych określonych w s.i.w.z., możliwość dostarczenia obiektywu 50 mm ($11^\circ \times 8 \text{ 9}$) o zakresie e spektralnym 1,5 - 5 μm i liczbie otworowej F/3 (tak jak chciał wykonawca składający zapytanie do treści s.i.w.z.).

Zamawiający zamieszczając powyższe wyjaśnienia, nie dokonał jednakże zmiany treści s.i.w.z. w zakresie minimalnych parametrów technicznych oraz załączników do s.i.w.z., w tym szczególnie załącznika nr 3, który po wypełnieniu przez potencjalnego wykonawcę, miał być dołączony do oferty, a zawierał opis przedmiotu zamówienia według pierwotnego stanu.

15 czerwca 2011 r. w terminie składania ofert do Zamawiającego wpłynęły dwie oferty, złożone przez: EC Test Sytems sp. z o.o., ul. Lublańska 34, 31-476 Kraków – na kwotę 465.776,40 zł oraz Odwołującego – na kwotę 344.400,00 zł. Odwołujący w złożonej przez siebie ofercie, oprócz wypełnienia według wymagań s.i.w.z. formularzy, dodatkowo dokonał porównania parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego z parametrami technicznymi oferowanej przez siebie kamery MIR, z którego to porównania jednoznacznie wynika, że żądając niższej ceny oferuje kamerę o lepszych parametrach. W trakcie badania i oceny ofert do Odwołującego nie wpłynęło jakiegokolwiek pismo od Zamawiającego, za wyjątkiem wniosku o przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 30 dni – do 13 sierpnia 2011 r., tak więc z dużym zdziwieniem zostało odebrane pismo z 18

sierpnia 2011 r. informujące Odwołującego o dokonany przez Zamawiającego wyborze konkurencyjnej (droższej i o gorszych parametrach technicznych) ofercie i o odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty, na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 pzp.

Analizując poszczególne zapisy zawiadomienia Odwołujący podniósł, co następuje.

Odwołujący zaoferował przedmiot zamówienia spełniający wszystkie wymagania w zakresie minimalnych parametrów technicznych, określonych przez Zamawiającego m.in. w pkt. 1 s.i.w.z. oraz w udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnieniach, czego potwierdzeniem jest m.in. wypełniony formularz załącznika nr 3 oraz dodatkowo dołączony załącznik nr 3a *Porównanie parametrów oferowanej kamery z wymaganiami zawartymi w SIWZ* – w zakresie zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., oraz w złożonym w formularzu ofertowym oświadczeniu, o gotowości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, po zapoznaniu się i niewniesieniu zastrzeżeń do s.i.w.z. i złożonych przez Zamawiającego wyjaśnień.

Przedmiotem zamówienia była kamera MIR o min. parametrach technicznych w zakresie obiektywu: 50 mm F/2 (11° x 8,8°). Zamawiający w trakcie procedury nie dokonał zmiany tego minimalnego parametru, a jedynie w wyjaśnieniach nr 2 10 czerwca 2011 r. dopuścił dostarczenie kamery o obiektywie 50 mm (11° x 8°) o zakresie spektralnym 1,5-5 µm i liczbie otworowej F/3. Dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości dostarczenia kamery z obiektywem o gorszych parametrach, bez zmiany wymagań w zakresie minimalnych parametrów technicznych, powoduje, że wymóg w zakresie tego parametru nie został przez Zamawiającego zmieniony – dopuszczono tylko odstępstwo od minimalnych wymagań technicznych. Stwierdzić należy, że nawet dokonanie zmiany tego parametru, czyli *de facto* obniżenie minimalnych parametrów technicznych, nie powoduje że oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu, gdyż zaoferował on kamerę o lepszym obiektywie, bowiem parametr jasności obiektywu, czyli liczba przesłony F, im niższą ma wartość, tym jest lepszy. Stwierdzenie to jest dokładnie opisane na stronach 227-230 w książce pt. „Termowizja podczerwieni. Podstawy i zastosowania” autorstwa prof. Gilberta De Meya i dr hab. Bogusława Więcka, wydanej pod patronatem PAN (wydruk stron książki załączono do odwołania). Z przedstawionego tam wzoru wynika więc jasno, iż im mniejsza wartość liczby F tym więcej światła pada na detektor (mniej światła absorbuje obiektyw) i tym wyższa jest dokładność pomiaru. Z uwagi na fakt, iż zadaniem kamery będącej przedmiotem zamówienia jest wykonywanie pomiarów o maksymalnie wysokiej dokładności, obiektyw powinien umożliwiać jak największą precyzyjność pomiaru. Odwołujący posiada w swojej ofercie również obiektyw, o parametrach dokładnie wskazanych w s.i.w.z (obiektyw F/2 , 11° x 9°),

jednak złożona oferta zawiera obiektyw zapewniający większą dokładność pomiaru. Natomiast w odniesieniu do drugiego parametru opisującego obiektyw – pola widzenia, to w tym przypadku jest zasada następująca: im wyższa wartość pola widzenia tym lepszy jest obiektyw, gdyż obejmuje większy obszar pomiaru, przy zachowaniu stałej rozdzielczości termicznej.

Z godnie z postanowieniami s.i.w.z. przedmiotem zamówienia była kamera MIR o min. parametrach technicznych w zakresie czasu całkowania: 3 - 20000 μ s (możliwość rejestracji z kilkoma czasami całkowania). Zamawiający w trakcie procedury nie dokonał zmiany tego minimalnego parametru, a jedynie w wyjaśnieniach nr 2 z 10 czerwca 2011 r., wyjaśnił, że sekwencje mają być rejestrowane z różnymi czasami całkowania i łączone w jeden film radiometryczny o rozszerzonej dynamice. Zamawiający nie dokonał modyfikacji treści s.i.w.z. oraz wymaganych załączników, co spowodowało, że Odwołujący nie miał możliwości w swojej ofercie, złożonej zgodnie z wymaganiami określonymi w załączniku nr 3 dokonać zmiany tego wymogu (także zmiany innych parametrów minimalnych, które uległy zmianom w wyniku złożonych przez Zamawiającego wyjaśnień). Jednakże Odwołujący w swoim formularzu ofertowym złożył oświadczenie o gotowości realizacji tego zamówienia za określoną kwotę po zapoznaniu się z s.i.w.z. i złożonymi wyjaśnieniami, gdyż oferowana kamera spełnia powyższy wymóg Zamawiającego. Dlatego też Odwołujący za bezzasadną uważa uwagę w uzasadnieniu odrzucenia swojej oferty, że nie ma w niej słowa o scalaniu w jeden film o zwiększonej dynamice.

Dodatkowo w art. 87 ustawy pzp zapisano możliwość wystąpienia przez zamawiającego do wykonawców na etapie badania i oceny ofert, z żądaniem złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Ponieważ Zamawiający nie wystąpił z takim żądaniem – Odwołujący nie może zgodzić się na jeden z elementów uzasadnienia zawartego w piśmie z dnia 18 sierpnia 2011 r., że „w ofercie nie ma słowa o scalaniu w jeden film o zwiększonej dynamice”. Gdyby Zamawiający, u którego powstała taka wątpliwość, wystąpił z odpowiednim żądaniem, Odwołujący złożył by powtórnie oświadczenie o spełnieniu tego (i wszystkich innych określonych w s.i.w.z.) wymogów w zakresie minimalnych parametrów technicznych dla kamery MIR. W tym stanie rzeczy, bezzasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, w wypadku powstania u Zamawiającego wątpliwości w toku badania i oceny ofert, w zakresie jednego z parametrów technicznych oferowanej kamery, stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 pzp.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał także, że jego podstawą było zaoferowanie kamery o lepszych parametrach dot. jasności obiektywu niż Zamawiający wymagał, co jednakże było błędem Odwołującego, gdyż taka kamera „mocno ogranicza głębię ostrości” i zdaniem Zamawiającego wygodniej jest „zastosować obiektyw z większą liczbą F bo taki obiektyw pozwala uzyskać większą głębię ostrości”. Odwołujący nie może zgodzić się na takie prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Zamawiający dopiero w uzasadnieniu wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty przedstawia dodatkowe elementy ocenne, które nie zostały przez niego zapisane w oficjalnej dokumentacji przetargowej i z którymi Odwołujący mógł się zapoznać dopiero na etapie wyboru oferty i odrzuceniu jego oferty z tego właśnie powodu. Stanowi to naruszenie art. 7 ust. 1 pzp.

26 sierpnia 2011 r. (pismem z tej daty) EC Test Systems spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185 ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia Spółki EC Test Systems do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł pisemnie ani ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i Odwołujący uiścił wpis od niego – podlegało merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku w tym zakresie odmiennych wniosków Stron, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w środkach ochrony prawnej, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec zarzutów skierowanych przeciwko odrzuceniu jego oferty, co naraziło go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, które mógłby uzyskać gdyby nie ta czynność podjęta przez Zamawiającego.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., wyjaśnień treści s.i.w.z., oferty Odwołującego, a także protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Izba ustaliła, iż przywołane powyżej za uzasadnieniem odrzucenia oferty Odwołującego i uzasadnieniem odwołania okoliczności faktyczne w zakresie treści przywołanych w nich postanowień s.i.w.z., a także faktu braku zmiany brzmienia formularzy załączonych do s.i.w.z. odpowiadają rzeczywistości stanowi rzeczy.

Nadto Izba ustaliła, iż w *Wyjaśnieniu Nr 2 z 10 czerwca 2011 r.* Zamawiający:

Na pytanie nr 1: *Czy Zamawiający w punkcie SIWZ o treści: „czas całkowania 3-20000 us (możliwość rejestracji z kilkoma czasami całkowania)” miał na myśli, że dostarczona kamera powinna pozwalać na jednoczesną rejestrację obrazów z kilkoma czasami całkowania co pozwala na uzyskanie obrazu o rozszerzonej dynamice? Czy*

sekwencje rejestrowane z różnymi czasami całkowania łączone są w jeden film radiometryczny o rozszerzonej dynamice?

Udzielił odpowiedzi: *Sekwencje mają być rejestrowane z różnymi czasami całkowania i łączone z w jeden film radiometryczny o rozszerzonej dynamice.*

Na pytanie nr 3: *Czy Zamawiający dopuszcza dostarczenie obiektywu 50 mm (11°x8°) o zakresie spektralnym 1,5-5 μm i liczbie otworowej F/3?*

Udzielił odpowiedzi: *Dopuszcza się dostarczenie obiektywu 50 mm (11°x8°) o zakresie spektralnym 1,5-5 μm i liczbie otworowej F/3.*

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu na mocy przepisu art. 180 ust. 2 pkt 4 pzp, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie może zostać uwzględnione, pomimo zasadności niektórych zarzutów.

Potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp w zakresie nieuzasadnionego wskazania jako drugiego powodu odrzucenia oferty Odwołującego, iż w ofercie tej *nie ma słowa o scalaniu w jeden film o zwiększonej dynamice* sekwencji rejestrowanych z różnymi czasami całkowania.

Trafnie podniósł na rozprawie Odwołujący, iż z uzasadnienia tej treści nie wynika stwierdzenie przez Zamawiającego niezgodności zaoferowanej kamery z wymaganym parametrem, lecz jedynie brak uwidocznienia w specyfikacji technicznej oferowanego urządzenia pewnej informacji. W okolicznościach niniejszej sprawy obligowało to Zamawiającego do skorzystania z przewidzianej przepisem art. 87 ust. 1 pzp możliwości wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w tym zakresie. Z dokumentacji postępowania wynika, iż Zamawiający przygotował stosowne pismo datowane na 27 lipca 2011 r., w którym sformułował pytanie: *czy w oferowanej kamerze realizowana jest możliwość rejestracji sekwencji obrazów z różnymi czasami całkowania i scalania w jeden film radiometryczny o rozszerzonej dynamice zgodnie z Wyjaśnieniem Nr 2 do SIWZ.* Treść tego wezwania została sformułowana bardzo adekwatnie do sytuacji, która wystąpiła w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający w celu ułatwienia wykonawcom złożenia prawidłowych ofert przygotował bowiem jako załączniki do s.i.w.z. gotowe formularze, w tym obok podstawowego *Formularza ofertowego*, również *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia*, powtarzający opis przedmiotu zamówienia zawarty w pkt. 1.1 s.i.w.z. Jednakże pomimo udzielanych później wyjaśnień treści s.i.w.z., na mocy których uległy zmianie

niektóre parametry techniczne wynikające z tego opisu, Zamawiający nie zaktualizował tych formularzy. W ten sposób Zamawiający w niezamierzony sposób zamiast ułatwienia w złożeniu ofert zgodnych co do treści z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, ułatwił powstanie rozbieżności pomiędzy nimi. W ocenie składu orzekającego Izby przygotowanie gotowych formularzy nie zwalnia wykonawców od dochowania należytej staranności przy składaniu ofert, a zatem nieprzekonująca jest argumentacja zawarta w odwołaniu, z której wynikałoby, że Odwołujący nie mógł we własnym zakresie poprawić przygotowanego formularza. Żadne postanowienie s.i.w.z. tego nie zabraniało, a Odwołujący sam na rozprawie wskazywał na utrwalone w orzecznictwie i doktrynie stanowisko, iż znaczenie ma merytoryczny a nie formalny aspekt zgodności oferty z s.i.w.z., a zatem zdawał sobie sprawę, iż istotne jest, czy z oferty wynika zaoferowanie produktu odpowiadającego opisowi przedmiotu zamówienia, a nie to, czy druk wypełnionego formularza jest identyczny z przygotowanym przez Zamawiającego. Jednakże treść wyjaśnień Zamawiającego z 10 czerwca 2011 r. na pytanie nr 3 wskazuje, iż nie tyle uległy zmianie pierwotne wymagania techniczne, lecz raczej, że Zamawiający potwierdził, iż w wymaganiu możliwości rejestracji z kilkoma czasami całkowania zawiera się również wymaganie możliwości łączenia tych sekwencji z różnymi czasami całkowania w jeden film radiometryczny. Wobec tego, należało założyć z dużym prawdopodobieństwem, iż oferowana przez Odwołującego kamera realizuje również doprecyzowane wymaganie, a w celu usunięcia jakichkolwiek wątpliwości – wezwać go do wyjaśnień w tym zakresie. Bez takich wyjaśnień Zamawiający nie mógł w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy arbitralnie uznać, iż w zakresie tego parametru oferowana kamera nie spełnia jego wymagań. Zamawiający nie potrafił na rozprawie wyjaśnić przyczyn zaniechania skierowania do Odwołującego prawidłowo przygotowanego wezwania, składając w tym zakresie sprzeczne ze sobą oświadczenia, gdyż na początku rozprawy wskazywał, że nie wzywał do wyjaśnień, ale jest to prawo, a nie obowiązek, by później twierdzić, że jednak takie wezwanie zostało skierowane, a brak tylko potwierdzenia nadania z uwagi na problemy techniczne. Jednocześnie ani przez chwilę Zamawiający nie twierdził, iż Odwołujący odmówił mu udzielenia wyjaśnień. Jeżeli natomiast Zamawiający poniechał wezwania, gdyż uznał, że i tak oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, powinien to odzwierciedlić w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty.

Decydujące dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy okazało się jednak niepotwierdzenie się zarzutu bezpodstawności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z uwagi na posiadanie przez zaoferowaną kamerę obiektywu o parametrach: 50 mm F/1,5 (11° x 9°), zamiast obiektywu o parametrach: 50 mm F/2 (11° x 8.8°) lub 50 mm F/3

(11° x 8°).

Izba zważyła, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający opisał przedmiot zamówienia, przynajmniej w zakresie kamery MIR (oprócz niej przedmiotem dostawy był także komputer przemysłowy), wyłącznie za pomocą parametrów technicznych, wśród których znalazły się zarówno parametry opisane za pomocą jednej konkretnej wielkości, jak i parametry opisane za pomocą zakresu wymaganych wielkości od określonego minimum do określonego maksimum. Należy zatem uznać, iż Zamawiający sprecyzował w ten sposób specyfikację techniczną przedmiotu zamówienia odpowiadającego jego potrzebom bez odwoływania się przy opisie przedmiotu zamówienia do wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia. Prawidłowość dokonanego opisu przedmiotu zamówienia nie była kwestionowana w toku postępowania, a zatem należy uznać, iż ma on również walory opisu jednoznacznego i wyczerpującego, dokonanego za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, a także brak jest podstaw do przyjęcia, iż został dokonany w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję – jak tego wymaga art. 29 ust. 1 i 2 pzp. Wobec tego nie zachodziła konieczność dopuszczenia rozwiązań równoważnych dla konkretnej kamery wskazanej przez użycie znaku towarowego, czy odniesienie do patentu lub pochodzenia, co obligowałoby jednocześnie Zamawiającego do określenia granicznych parametrów pozwalających na dokonanie oceny, czy inny typ zaoferowanej kamery może być uznany za równoważny. Z tego względu pomimo wskazania przez Zamawiającego w pkt. 3.6 s.i.w.z., z sobie znanych tylko powodów (być może chodziło tu o produkt równoważny dla komputera przemysłowego), iż *dopuszcza możliwość zaoferowania równoważnego przedmiotu zamówienia (...), o cechach nie gorszych niż określony w SIWZ*, należy uznać, że w każdym przypadku, niezależnie od marki producenta i typu, oferowana kamera powinna spełniać wymagania techniczne opisu przedmiotu zamówienia. Zatem dopuszczenie równoważnego przedmiotu zamówienia dla *kamery MIR o minimalnych parametrach technicznych*, może być rozumiane wyłącznie jako możliwość zaoferowania kamery przewyższającej parametry w sposób oczywisty wskazane w opisie przedmiotu zamówienia jako minimalne, a nie jako jedyne prawidłowe, sztywne.

Wbrew stanowisku Odwołującego, obiektyw kamery MIR został opisany przez Zamawiającego w s.i.w.z. sztywnymi parametrami co do jego średnicy (50 mm) i liczby otworowej (F/2), choć pole widzenia określono minimalnym zakresem (11° x 8.8°). Z tego względu dopiero na skutek udzielenia w wyjaśnieniach s.i.w.z. z 10 czerwca 2011 r. pozytywnej odpowiedzi na pytanie nr 3, będące w istocie wnioskiem o dopuszczenie możliwości zastosowania obiektywu tej samej średnicy, lecz o nieco węższym polu widzenia

(11° x 8°) i wyższej liczbie przesłony (F/3) – stało się to dopuszczalne. Z tego względu Odwołujący chcąc zaoferować kamerę z obiektywem o właściwej średnicy, szerszym polu widzenia, lecz niższej liczbie otworowej (F/1,5), również powinien wpierv spowodować stosowaną zmianę opisu przedmiotu zamówienia. Zatem nie było żadnych obiektywnych podstaw do przyjęcia założenia, iż obiektyw o liczbie przysłony F/1,5 można uznać za „lepszy” w stosunku do obiektywu o liczbie otworowej F/2 czy F/3. W szczególności nie zmienia tego okoliczność, skądinąd niewymagająca dowodzenia, gdyż mająca charakter notoryjny, iż obiektyw o mniejszej liczbie przesłony przepuszcza większą ilość światła. Nie stanowi już bowiem takiej notoryjnej okoliczności twierdzenie, iż „jaśniejszy” obiektyw jest lepszy z uwagi na większą dokładność pomiaru, gdyż to zależy od jego przeznaczenia, zastosowania w jakim będzie używana kamera. Tymczasem żaden z wykonawców nie pytał Zamawiającego o konkretne przeznaczenie zamawianej kamery MIR, więc pozostało to jego tajemnicą (na rozprawie okazało się, iż Zamawiający celowo nie podał przeznaczenia kamery z powodu niejawnego charakteru tej informacji). Odwołujący nie może zatem arbitralnie wskazywać, że lepsza jest kamera z jego obiektywem, niż z obiektywem wprost opisanym w s.i.w.z. i udzielonych wyjaśnieniach jej treści. Równie notoryjny charakter ma bowiem okoliczność, iż liczba przesłony decyduje również o głębi ostrości jaką cechuje się optyka obiektywu, w ten sposób, że im większa liczba przesłony, a mniejsza ilość przepuszczanego światła, tym większą można uzyskać głębię ostrości. Odwołujący nie zaprzeczył przy tym adekwatności materiału poglądowego przedstawionego na rozprawie przez Przystępującego, na którym ukazano, iż dla obiektywu 50 mm przesłona F/1.5 oznacza zakres ostrości ponad 1/3 mniejszy niż dla przesłony F/2 i ponad 3 razy mniejszy niż dla przesłony F/1,5.

Odwołujący zatem na własne ryzyko założył, nie znając przeznaczenia zamawianej kamery MIR, iż jaśniejszy obiektyw będzie lepszy dla Zamawiającego, świadomie i z premedytacją oferując w przedmiotowym postępowaniu kamerę z obiektywem o liczbie przesłony F/1,5, choć, jak sam to wskazał w odwołaniu, w swojej ofercie handlowej ma również kamerę o wymaganej liczbie przesłony F/2. Wobec tego nie zachodzi możliwość uznania powstałej sprzeczności treści złożonej oferty z treścią s.i.w.z. jako omyłki podlegającej usunięciu w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp, co oznacza, iż Zamawiający prawidłowo dokonał z tego powodu odrzucenia oferty Odwołującego. Jednocześnie bezpodstawny jest zarzut odwołania, iż oferta została odrzucona z powodu sprzeczności z parametrem głębi ostrości, który nie został ujawnionym w s.i.w.z. jako mający znaczenie dla oceny zgodności ofert z wymaganiami Zamawiającego, co miałyby naruszać

art. 7 ust. 1 pzp. Zamawiający wskazał jedynie w uzasadnieniu odrzucenia oferty, iż ma świadomość zarówno tego, że obiektyw o przesłonie F/1,5 cechuje się większą jasnością, jak i tego, że dysponuje on jednocześnie mniejszą głębią ostrości – niż obiektywy o przesłonie F/2 i F/3, jednak tylko te ostatnie dwa parametry zostały wprost dopuszczone na mocy postanowień ostatecznej treści s.i.w.z. Opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonuje wyłącznie zamawiający, stosownie do swoich uzasadnionych potrzeb. Może tego dokonać, a nawet co do zasady powinien, przez podanie wymaganych parametrów technicznych przedmiotu zamówienia, jak to uczynił Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Dokonany w ten sposób opis ma charakter obiektywny i obowiązuje na równych zasadach wszystkich wykonawców i zapewnia możliwości uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. Jednym z takich obiektywnych parametrów w przedmiotowym postępowaniu była liczba przesłony obiektywu kamery MIR wyrażona wartością F/2 lub F/3. Odwołujący nie spełnił tego parametru, zatem jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust.1 pkt 2 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 pzp ustawy Prawo zamówień publicznych – nie miało istotnego wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami: § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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), obciążając Odwołującego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący:

.....