Sygn. akt: KIO 2181/11

WYROK
z dnia 24 października 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 października 2011 r.** przez wykonawcę **Escort Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Grudziądzka 3, 70-103 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym **Urząd Morski w Słupsku, Al. Sienkiewicza 18, 76-200 Słupsk**

przy udziale wykonawcy **Maciej Rokus prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Nurkowanie Hydrografia Nawigacja Polska Maciej Rokus, ul. Powstańców 19, 40-039 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Escort Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Grudziądzka 3, 70-103 Szczecin** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Escort Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Grudziądzka 3, 70-103 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy **Escort Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Grudziądzka 3, 70-103 Szczecin** na rzecz **Urzędu Morskiego w Słupsku, Al. Sienkiewicza 18, 76-200 Słupsk** kwotę **4 353 zł 69 gr** (słownie: cztery tysiące

trzysta pięćdziesiąt trzy złote sześćdziesiąt dziewięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2181/11

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Morski w Słupsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę sondy wielowiązkowej i sonaru bocznego.

W postępowaniu tym wykonawca Escort Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zwany dalej Odwołującym w dniu 10 października 2011 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) zwanej dalej ustawą Pzp. Odwołujący stwierdził, że przy ocenie oferty Zamawiający nie posłużył się kryteriami

technicznymi oceny ofert sformułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zachował staranności w ocenie i porównaniu parametrów technicznych, w szczególności w zakresie funkcjonalności zaoferowanego urządzenia. W konsekwencji powyższego, Zamawiający wybrał ofertę znacznie droższą pomimo tego, że Odwołujący zaoferował urządzenie równoważne, spełniające wymogi specyfikacji.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że podane przez Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest niezgodne z prawdą, ponieważ Odwołujący w swoim wyjaśnieniu nie potwierdził, że oferowany parametr sprzętu jest mniej dokładny niż wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że wykazał, że zaoferowany sprzęt w sposób równoważny spełnia wymóg zawarty w specyfikacji dotyczący szerokości wiązki akustycznej, uzasadnił, że w jednym kierunku szerokość wiązki akustycznej jest o 0.25° mniejsza od wskazanej w specyfikacji (1°), a w drugim o 0.25° wi ększa od określonej w specyfikacji (0.5° W rezultacie ró). żnice te nie mają wpływu na wynik pomiarów, a oba urządzenia są równoważne pod względem ww. parametrów. Ponadto, zdaniem Odwołującego, wybrane przez Zamawiającego urządzenie nie w pełni spełnia warunki podane w specyfikacji, ponieważ producent, firma Reson zastrzega, że kąt 0.5° jest spełniony tylko dla wi ązki pionowej. Dla wiązek odchylających się od pionu kąt ten wzrasta, lecz producent nie podaje, o jaką wartość. W odróżnieniu od powyższego, producent urządzenia zaoferowanego przez Odwołującego wyjaśnia, że faktyczna szerokość wiązek wynosi 0.7° x 0.7° natomiast jedynie szeroko ść kąta , dla skrajnych wiązek nigdy nie przekracza wartości 0.75° W ocenie Odwołuj ącego, dokonując .

---

odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców ujętą w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- powtórzenie czynności oceny oferty Odwołującego i uznanie, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a złożona przez Odwołującego oferta nie podlega odrzuceniu, a w konsekwencji
- powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryteria oceny ofert, ewentualnie:
- unieważnienie postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w związku z faktem, że Zamawiający dokonał wyboru oferty z rażącym naruszeniem ustawy Pzp, gdyż Odwołujący zaoferował równoważny sprzęt pod względem technicznym, eksploatacyjnym i jakościowym za cenę znacznie niższą (o 111 300,00 PLN) niż wykonawca, którego oferta została wybrana.

W dniu 12 października 2011 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Maciej Rokus prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Nurkowanie Hydrografia Nawigacja Polska Maciej Rokus.

W dniu 19 października 2011 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Stwierdził, że w Załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia, w pkt 1.1 Zamawiający zdefiniował jako jeden z istotnych parametrów technicznych dopuszczalny maksymalny kąt szerokości pojedynczej wiązki (wzdłużnej i poprzecznej) echosondy wielowiązkowej, nie większy niż 0.5° x 1.0° Zamawiaj ący wskazał, że parametr ten w decydujący sposób . odpowiada za poprzeczną i wzdłużną rozróżnialność kątową echosondy wielowiązkowej oraz odwzorowanie dna rzeczywistego, będąc zarazem jednym z głównych czynników wpływających na cenę echosondy wielowiązkowej. Zamawiający wskazał, że w złożonej ofercie Odwołujący zadeklarował dostawę echosondy wielowiązkowej firmy Kongsberg Maritime EM 2040. W pkt 1 załącznika do oferty – Specyfikacji technicznej oferowanego sprzętu Odwołujący podał, że oferowana echosonda wielowiązkowa posiada szerokość wiązki 0.7° x 0.7° W dniu 22 wrze śnia 2011 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego . Odwołujący oświadczył, iż szerokość wiązki w zaoferowanym wariancie echosondy EM 2040 wynosi dla częstotliwości 400kHz 0.75° x 0.75° Wobec powy ższego, jak wskazał . Zamawiający, uznał on ofertę Odwołującego za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymali dotychczas prezentowane stanowiska.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 sierpnia 2011 r. pod nr 2011/S 154-256057.

W Załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Specyfikacja techniczna przedmiotu zamówienia w pkt 1 ppkt 1.1. tiret 6 Zamawiający wymagał, aby szerokość wiązki echosondy wielowiązkowej była „nie większa niż 0.5° x 1° ".

Odwołujący w złożonej ofercie na stronie 16 złożył oświadczenie, że oferowana przez niego echosonda EM 2040 charakteryzuje się szerokością wiązki 0.7° x 0.7° przy 400kHz.

Pismem z dnia 20 września 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących specyfikacji technicznej echosondy wielowiązkowej EM 2040. Wątpliwości Zamawiającego budził podany przez Odwołującego parametr dotyczący szerokości wiązki 0.7° x 0.7° poniewa ż w specyfikacji , sprzętu nie ma takiej wielkości. Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie jaką szerokość wiązki posiada zaoferowana przez Odwołującego echosonda EM 2040.

W dniu 21 września 2011 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia, w których stwierdził, że zaoferowana echosonda wielowiązkowa EM 2040 pracująca na trzech częstotliwościach: 200 kHz, 300 kHz oraz 400 kHz charakteryzuje się szerokością wiązki, która wynosi odpowiednio:

- dla częstotliwości 200 kHz: Tx1.5° xRx1.5° ;
- dla częstotliwości 300 kHz: Tx1° xRx1° ;
- dla częstotliwości 400 kHz: Tx0.75° xRx0.75° .

Dalej Odwołujący wskazywał, że parametr Tx0.75° xRx0.75° oznacza, że wynikowy kąt przestrzenny wiązki przy częstotliwości 440 kHz wynosi 0.75° x0.75° Jednocze . śnie oznacza to, że przetwornik nadawczy wysyła wiązkę „wachlarzową" o kącie 0.75° x200° natomiast , przetwornik odbiorczy odbiera echa wiązką „wachlarzową" o kącie 120° x0.75° Odwołuj . ący złożył oświadczenie, że zaoferowana echosonda przekracza wskazany w specyfikacji wymóg szerokości wiązki Tx1° xRx0.5° zapewniaj ąc lepszą rozdzielczość. O rozdzielczości wzdłużnej systemu decyduje szerokość „wachlarza" wiązki nadawczej, która w zaoferowanej echosondzie wynosi 0.75° wi ęc znacznie mniej niż 1° Dodatkowo, jak stwierdził , . Odwołujący, wg informacji uzyskanej od producenta szerokość obu wiązek przy częstotliwości 400 kHz faktycznie jest mniejsza niż 0.75° i wynosi 0.7° Wysok . ą rozdzielczość poprzeczną dla systemu z pojedynczą głowicą odbiorczą zapewnia duża ilość (400) wiązek odbiorczych.

Do ww. wyjaśnień Odwołujący załączył opis działania echosondy zatytułowany „Echosonda wielowiązkowa EM 2040 firmy Kongsberg Maritime na małe zakresy głębokości (do 300 – 500 m).

Pismem z dnia 4 października 2011 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający stwierdził, że parametr szerokości wiązki sprzętu zaoferowanego przez Odwołującego jest mniej dokładny niż wymagany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie, treść złożonej przez Odwołującego oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba zważyła, że przedmiot zamówienia został opisany przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny, za pomocą parametrów W spornego parametru wymagał, technicznych urządzeń. zakresie Zamawiający aby szerokość wiązki była „nie większa niż 0.5° ". W sposób nie budz ący wątpliwości, x1° Zamawiający nie dopuścił zaoferowania echosondy o większej szerokości wiązki.

Zamawiający, jako gospodarz postępowania i dysponent środków, jest uprawniony do takiego ukształtowania opisu przedmiotu zamówienia, który odpowiada jego indywidualnym potrzebom, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego, bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu pozostają twierdzenia Odwołującego o równoważności urządzenia oferowanego przez

---

Odwołującego do opisanego przez Zamawiającego. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia przy pomocy parametrów technicznych, zakreślając w zakresie sporego parametru maksymalną szerokość wiązki, nie był zobowiązany do dopuszczenia rozwiązań równoważnych. Obowiązek taki powstaje w sytuacji, gdy z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń i jest to możliwe przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia (art. 29 ust. 3 ustawy Pzp). Taka sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Podobnie, bez wpływu na wynik postępowania pozostają zawarte w złożonych na rozprawie dokumentach: piśmie z dnia 10 października 2011 r. „Techniczne uzasadnienia odwołania", dokumencie p.t.: „Echosonda wielowiązkowa EM 2040 firmy Kongsberg Maritime na małe zakresy głębokości (do 300-500 m)", jak również opracowaniu przygotowanym przez pełnomocnika Odwołującego „Przegląd metod pomiarów batymetrycznych na płytkich wodach" czy piśmie pełnomocnika Odwołującego z dnia 24 października 2011 r. twierdzenia o posiadaniu przez oferowaną przez Odwołującego echosondę lepszych parametrów czy funkcjonalności niż urządzenie zaoferowane przez wybranego wykonawcę. Okoliczność, iż Odwołujący zaoferował urządzenie o wyższych parametrach czy funkcjonalnościach nie ma znaczenia wobec sprecyzowanych wymagań Zamawiającego.

Opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego nie został w spornym zakresie, w terminach wskazanych w ustawie Pzp, zakwestionowany przez Odwołującego, zatem Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik rynku powinien mieć świadomość konsekwencji postawionych przez Zamawiającego wymogów oraz skutków kształtowania swojej oferty w określony sposób.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, iż oświadczenie Odwołującego o szerokości wiązki echosondy zawarte na stronie 16 oferty oraz w piśmie z dnia 21 września 2011 r. stanowi o niezgodności oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co za tym idzie, czynność Zamawiającego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za prawidłową.

W tym stanie rzeczy Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Izba nie stwierdziła również przesłanek do unieważnienia postępowania jako obarczonego wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba, działając w oparciu o przepisy 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) zasądziła także - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku - uzasadnione koszty Zamawiającego obejmujące koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby.

Przewodniczący: ……