

Sygn. akt: KIO 2247/14

WYROK
z dnia 13 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2014 r. przez wykonawcę **EPA Marine Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Wojska Polskiego 193/1, 71-325 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową nr 4224 w Wałczu, ul. Ciasna 7, 78-601 Wałcz**

przy udziale wykonawcy „**ELSE**” **Technical and Research Service Co. Ltd Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Chodowieckiego 7, 80-208 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2247/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę EPA Marine Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Wojska Polskiego 193/1, 71-325 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 **EPA Marine Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, ul. Wojska Polskiego 193/1, 71-325 Szczecin** tytułem 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Jednostka Wojskowa nr 4224 w Wałczu, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę sprzętu nawigacyjnego, hydrograficznego, oceanograficznego i meteorologicznego, 122/2014 – zadanie nr 3.”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 sierpnia 2014 r., nr 2014/S 162-290673.

W dniu 23 października 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę EPA Marine Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadającej treści SIWZ. Jednocześnie pismem tym zamawiający poinformował odwołującego o wyborze oferty wykonawcy ELSE and Research Service Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwanego dalej „wykonawcą ELSE”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 28 października 2014 r. (pismem z dnia 27 października 2014 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 28 października 2014 r.) od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu polegającej na:

1. odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego
2. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ELSE

zaruszając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta złożona wykonawcą EPA nie odpowiada treści SIWZ
2. art. 91 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę ELSE, jako najkorzystniejszej, w sytuacji, w której najkorzystniejsza oferta złożona przez odwołującego została odrzucona w wyniku błędnej weryfikacji dokonanej przez zamawiającego
3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
4. art. 7 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający bezstronności i obiektywizmu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości

2. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
4. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnego badania i oceny ofert
5. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

Ponadto odwołujący wniósł o:

1. zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych oraz kosztów zastępstwa prawnego
2. dopuszczenie i przeprowadzenie na podstawie art. 190 ust 3 i 4 ustawy Pzp dowodu z opinii biegłego z zakresu optyki i urządzeń nawigacyjnych celem oceny czy oferta złożona przez odwołującego spełnia wymogi SIWZ, a tym w szczególności ocenę czy wchodzące w skład ukończenia przedmiotu zamówienia namierniki są namiernikami optycznymi.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż nie zgadza się z ustaleniami zamawiającego. Klasyfikacja namierników na przeziernikowe i optyczne, zaprezentowana przez zamawiającego nie jest znana odwołującemu, ani producentom sprzętu ponieważ opiera się wyłącznie na powołaniu tekstu pochodzącego ze zwykłej książki czy też wolnego tłumaczenia instrukcji obsługi żyrokompasu i jest w całości błędna. Nie są to źródła w żadnym razie miarodajne i nie wprowadzające przedmiotowej klasyfikacji namierników jako obligatoryjnej. Każdy znany współczesny namiernik zawiera w sobie elementy optyczne, jak lustro czy pryzmat i wykorzystuje je do wykonania namiaru spełniając w ten sposób optyczną zasadę namiaru i jako taki klasyfikowany winien być jako namiernik optyczny.

Odwołujący, dokonując wyboru typu namiernika wchodzącego w skład ukończenia przedmiotu zamówienia, kierował się nazewnictwem i klasyfikacją namierników, występującą w publikacjach Towarzystw Klasyfikacyjnych, opartych na Konwencji SOLAS, oraz w Świadectwie Uznania MED dla oferowanego żyrokompasu Standard 22, a więc dokumentami oficjalnymi i obligatoryjnymi.

Publikacja PRS dotycząca obowiązkowego wyposażenia konwencyjnego statków morskich wyraźnie wskazuje, że każdy statek musi być wyposażony w namiernik optyczny, w żaden sposób nie wyróżniając i nie kwalifikując namiernika przeziernikowego, jako odrębnego typu, lecz wręcz przeciwnie, zaliczając go do rodziny namierników optycznych. Podobny zapis można również znaleźć w publikacji PRS, dotyczącej wyposażenia okrętów wojennych. Gdyby przyjąć nomenklaturę zamawiającego, oferowany przez odwołującego namiernik Raytheon Anschuetz CP-190, jako przeziernikowy a nie optyczny, nie spełniałby w/w wymagania i nie mógłby być ani uznany ani stosowany. Tymczasem Świadectwo Uznania MED dla zaferowanego przez odwołującego żyrokompasu Raytheon Anschuetz

Standard 22 zawiera ten namiernik, klasyfikując go na równi z innymi namiernikami optycznymi (Standard i Telescopic) i w ten sposób dopuszcza do stosowania na statkach morskich.

Oferowany przez odwołującego namiernik Raytheon Anschuetz CP-190 jest namiernikiem optycznym - zawiera elementy optyczne: zwierciadło i pryzmat wykorzystywane przy namierzaniu. Do odczytania kursu statku wykorzystywany jest obraz tarczy kompasu obserwowany poprzez jeden z tych elementów optycznych - w tym przypadku pryzmat. Jest więc to namiernik optyczny, spełniający wymogi określone w SIWZ. Rysunek poglądowy ilustrujący zasadę działania namiernika Raytheon Anschuetz CP-190 został przesłany zamawiającemu w dniu 16 października 2014 r.

Odwołujący jest również w posiadaniu opinii producenta, firmy Raytheon Anschuetz, wyraźnie stwierdzającej, że wszystkie typy namierników firmy Raytheon Anschuetz, to jest: CP-190, Standard i Telescopic wykorzystują tą samą optyczną zasadę wykonywania namiaru i nazywa je namiernikami optycznymi. Reasumując stwierdził, iż zaoferowane przez odwołującego wyposażenie przedmiotu zamówienia - namiernik optyczny spełnia wymagania SIWZ, a zamawiający nie posiadający wystarczającej i szerokiej wiedzy w tym zakresie bezzasadnie i błędnie odrzucił jego ofertę.

W dniu 5 listopada 2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę Sun & More do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 6 listopada 2014 r. (pismem z dnia 5 listopada 2014 r.) wykonawca Sun & More zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia dla Zadania nr 3 - zgodnie z rozdziałem III SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”, ust. 2 „Zadanie nr 3” – był „żyrokompas NAVIGAT X MK 1 mod. 10 (lub równoważny) – 2 kpl.”, przy czym w skład kompletu miały wchodzić „dwa namierniki optyczne do repetytorów namiarowych” .

Odwołujący zaoferował dla zadania nr 3, pozycja 2 „żyrokompas Anschutz Gyro/Magnetic Compass System Standard 22 (równoważny przedmiot zamówienia” i zawierający w zestawie – jak oświadczy w treści oferty - „dwa namierniki optyczne do repetytorów namiarowych – posiada w zestawie” („Standard 22, Anschutz Gyro Compass System”).

Zamawiający, pismem z dnia 6 października 2014 r., wezwał odwołującego do wskazania typów zaproponowanych oprzyrządowań żyrokompasu, w tym typu namierników optycznych do repetytorów namiarowych.

Odwołujący, pismem z dnia 7 października 2014 r., odpowiadając na wezwanie zamawiającego, oświadczył, iż „żyrokompas jest oferowany z (...) namiernikiem optycznym do repetytora namiarowego, typ CP – 190”.

Zamawiający, pismem z dnia 15 października 2014 r., wezwał odwołującego o pisemne złożenie wyjaśnień w kwestii typu zaoferowanych namierników Bearing Sight CP 190, a mianowicie czy zaoferowany został namiernik Standard bearing sight czy też Telescopic bearing sight.

Odwołujący, pismem z dnia 15 października 2014 r., oświadczył, iż „ oferuje dostawę żyrokompasu Raytheon Anschutz model Standard 22 wraz z dwoma namiernikami optycznymi do repetytorów namiarowych typu bearing Sight CP 190. (...) Jednakże na życzenie Zamawiającego, Oferent podejmuje się dostarczyć urządzenie skompletowane z namiernikami optycznymi w wersji Standard bearing sight be zmiany ceny ofertowej.”

Zamawiający, pismem z dnia 26 października 2014 r., wezwał odwołującego o wyjaśnienie „czym różnią się typy namierników Standard Bearing Sight CP 190 od Telescopic Bearing Sight CP 190, a typu który zaoferowaliście Państwo (bez podania nazwy), czy namierniki wymienione wyżej to urządzenia przeziernikowe, ze szczególnym uwzględnieniem namiernika oferowanego w postępowaniu przetargowym”.

Odwołujący, pismem z dnia 24 października 2014 r., oświadczył, iż „ oferuje dostawę żyrokompasu Raytheon Anschutz model Standard 22 wraz z dwoma namiernikami optycznymi do repetytorów namiarowych typu Bearing Sight CP 190 jako równoważny przedmiot zamówienia spełniający warunki równoważności. W swojej ofercie producent posiada jeszcze namierniki: Standard Bearing Sight i Telescopic Bearing Sight. Namierniki Bearing Sight CP 190 i Standard Bearing Sight są typu przeziernikowego, Telescopic

Bearing Sight jest wyposażony w lunetę. Jednocześnie potwierdzamy naszą deklarację, iż na życzenie Zamawiającego, Oferent podejmuje się dostarczyć urządzenie skompletowane z namiernikami optycznymi w wersji Standard Bearing Sight be zmiany ceny ofertowej.”.

W dniu 23 października 2014 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadającej treści SIWZ, gdyż zaoferował – jak wynika ze złożonych przez odwołującego zdjęć, folderów, jak i uzyskanych od niego informacji – namierniki przeziernikowe i nie są to namierniki optyczne, których dostarczenia żądał zamawiający w treści SIWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Zamawiający wskazał jednoznacznie w treści SIWZ, iż przedmiotem zamówienia jest żyrokompas, w skład którego ma wchodzić namiernik optyczny do repetytorów namiarowych. Podał więc konkretnie jaki namiernik ma być zaoferowany. Odwołujący zaoferował żyrokompas Anschutz Gyro/Magnetic Compass System Standard 22 z namiernikiem typu Bearing Sight CP – 190. Namiernik ten – jak podkreślił odwołujący - „zawiera w sobie elementy optyczne, jak lustro czy pryzmat i wykorzystuje je do wykonania namiaru, spełniając w ten sposób optyczną zasadę namiaru i jako taki powinien być klasyfikowany jako namiernik optyczny”. Namiernik ten, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie jest jednak namiernikiem optycznym a więc namiernikiem takiego typu jakiego wymagał zamawiający. Namiernik ten jest bowiem namiernikiem przeziernikowym. Tak też został określony w materiałach jego producenta (firmy Raytheon Anschutz – „namiernik przeziernikowy CP 190”). Producent ten ma bowiem w swojej ofercie zarówno namierniki optyczne (lunetkowe), jak i namierniki przeziernikowe. I są to dwa różne typy namierników. W treści materiałów producenta brak jest informacji, z których by wynikało, iż wszystkie oferowane przez niego namierniki są namiernikami optycznymi. Przeciwnie dokonuje on w swych materiałach wyraźnego rozróżnienia na namierniki przeziernikowe i optyczne. Namiernik optyczny to bowiem namiernik, który polepsza wskazanie, powiększa i przybliża namierzany obiekt. Tak więc jest to element, w który namiernik przeziernikowy nie jest wyposażony. Powyższe w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wykazał zamawiający i przystępujący, przywołując powszechnie obowiązujące definicje namiernika optycznego, jak i odwołując się do broszur producenta zaoferowanego namiernika. Także z oświadczenia producenta z dnia 24 października 2014 r. wynika, iż namiernik, który zaoferował odwołujący („namiernik CP 190), tj. „namiernik CP 190 jest namiernikiem wzrokowym, jako że przy pomocy CP 190 można brać namiary wzrokowo”. Oznacza to więc, iż zaoferowany namiernik pozwala na wykonanie namiaru w sposób wzrokowy, a nie optyczny, mimo iż to właśnie namiaru optycznego oczekiwał zamawiający. A ponieważ zamawiający wymagał namiernika optycznego oferta odwołującego w tym zakresie jest niezgodna z treścią SIWZ. Przywołane przez

odwołującego konwencje i wyciągi z Polskiego Rejestru Statków nie mają zastosowania do okrętów wojennych i statków do przewozu wojska. Nie ma w nich także mowy o namiernikach przeziernikowych a jedynie „namiernikach optycznych”, a więc takich, jakich wymagał zamawiający. Przedłożone certyfikaty (EC Certificate Type Examination (Module B) – załącznik nr 8 i nr 12 do odwołania) są sporządzone w języku angielskim i nie są przetłumaczone na język polski. Nie mogą więc stanowić dowodu w sprawie.

Reasumując stwierdzić należy, iż zarzuty odwołującego nie potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone przez zamawiającego i przystępującego na rozprawie, uznając je za stanowisko je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: