

WYROK
z dnia 29 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę **GEOMAR S.A., Al. Piastów 30, 71-064 Szczecin** w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Badawczy Leśnictwa, Sękocin Stary, Braci Leśnej 3, 05-090 Raszyn**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) MGGP Aero sp. z o.o., (2) GISPro sp. z o.o., (3) OPEGIEKA sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Kaczowskiego 6, 33-100 Tarnów** zgłaszających przystąpienie do postępowania

orzeka

1. Oddala odwołanie

2. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczona przez odwołującego **GEOMAR S.A., Al. Piastów 30, 71-064 Szczecin** tytułem wpisu od odwołania.

3. Zasądza od odwołującego **GEOMAR S.A., Al. Piastów 30, 71-064 Szczecin** na rzecz zamawiającego Instytutu Badawczego Leśnictwa, Sękocin Stary, ul. Braci Leśnej 3, 05-090 Raszyn, kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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

Instytut Badawczy Leśnictwa Sękocin Stary, ul. Braci Leśnej 3,05-090 Raszyn, dalej zwany „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostarczenie danych teledetekcyjnych dla wybranych fragmentów 22 nadleśnictw w 2017 roku w ramach Projektu „Opracowanie podstaw naukowych i rozwiązań metodycznych stanowiących wsparcie dla Pilotażowego Projektu Rozwojowego pn. „Leśne Gospodarstwa Węglowe” nr referencyjny: ZP 39-179008.

Zamawiający w dniu 31 lipca 2017 roku poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w tym o odrzuceniu oferty wykonawcy GEOMAR S.A. Al. Piastów 30, 71-064 Szczecin na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Od takiej czynności zamawiającego wykonawca ten wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego mimo iż oferta jest zgodna z treścią SIWZ,
- art. 7 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Podnosząc powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 31 lipca 2017 roku
- przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert,
- wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał, że odwołujący złożył w postępowaniu ważną ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych ustalonych kryteriów. Zamawiający uznał ofertę odwołującego za niezgodną z SIWZ, gdyż jak to wynika z informacji o odrzuceniu oferty to *„zaoferowana przez Wykonawcę kamera hiperspektralna, kąt widzenia FOV, zgodnie z tym co przedstawił wykonawca w Uzupelnieniu dokumentacji którą złożył Zamawiającemu w dniu 10.07.2017 roku (...) ma na poziomie 39,80°”. Zamawiający tymczasem określił w SIWZ maksymalny kąt dla kamery hiperspektralnej na 35°.*

Odwołujący wskazując na prawidłowość złożonej oferty podkreślił, że przedmiotem zamówienia nie jest dostawa kamery, w tym w szczególności kamery hiperspektralnej, ale wykonanie określonej usługi. Nie jest zatem ani prawdziwe ani precyzyjne twierdzenie

Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, jakoby odwołujący zaferował on w postępowaniu zamawiającemu jakąkolwiek kamerę.

Podał, że istotnym dla oceny oferty jako zgodnej z treścią SIWZ, w szczególności zaistnienia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest ustalenie, czy Zamawiający w SIWZ określił, że realizacja przedmiotu zamówienia ma się odbywać z użyciem kamery, której maksymalne kąt widzenia wynosi 35° , czy też, że realizacja przedmiotu zamówienia miałaby się odbywać w taki sposób, by wykorzystany sprzęt realizowałby przedmiot zamówienia przy zachowaniu kąta 35° . Podkreślił, że zamawiający określając wymogi udziału w postępowaniu, między innymi wskazał (V.1.2.d. SIWZ), że *wykonawca biorący udział w Postępowaniu miał oświadczyć, że będzie dysponował odpowiednim potencjałem technicznym, w szczególności infrastrukturą umożliwiającą pozyskanie i przetwarzanie danych teledetekcyjnych do formatu opisanego w SIWZ*. W OPZ, będącym załącznikiem nr 1 do SIWZ, Zamawiający dla zobrazowań hiperspektralnych wymagał by kąt widzenia zastosowanej kamery (FOV) nie był większy (wynosił maksymalnie) 35° , a chwilowe pole widzenia IFOV wynosiło 0,1 - 1,5 mrad (zależnie od długości fali). Jednocześnie w żadnym miejscu Zamawiający nie zapisał wprost, że zastosowana do realizacji przedmiotu zamówienia kamera ma mieć maksymalnie kąt widzenia 35° , natomiast wskazał w OPZ jedynie szczegółowe warunki pozyskania i przetworzenia danych teledetekcyjnych. Odwołujący w ofercie wskazał, że do realizacji przedmiotu zamówienia wykorzystana zostanie kamera AIS A Fénix 1k o parametrach pola widzenia (FOV) 39.79° oraz pola widzenia chwilowego (IFOV) 0.679 mrad. Ta kamera umożliwia pozyskanie i przetwarzanie danych teledetekcyjnych do formatu opisanego w SIWZ. Umożliwia w szczególności pozyskiwanie danych teledetekcyjnych dla zobrazowań hiperspektralnych w taki sposób, by kąt widzenia kamery wynosił 35° .

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia, wskazując w szczególności, że wskazana do realizacji przedmiotu zamówienia kamera spełnienia warunek realizacji przedmiotu zamówienia w kącie widzenia 35° , który zostanie osiągnięty poprzez ograniczenie w trakcie opracowania szerokości wykorzystanych pasów (szeregów) obrazowania do szerokości odpowiadającej 35° . Uwzględnione to ma zostać już na etapie planowania lotów i spowoduje między innymi zwiększenie pokrycia poprzecznego między szeregami ponad wymagane minimalne, co zdecydowanie wzmocni cały blok obrazów pokrywających dany obszar. Ponadto wykorzystanie pasa 35° z dostępnej szerokości spowoduje, że obarczone największymi błędami geometrycznymi wynikającymi ze specyfiki układu optycznego skrajne fragmenty nie będą wykorzystywane.

Podniósł, że wobec faktu iż Zamawiający w SIWZ nie zapisał, że zastosowana do realizacji przedmiotu zamówienia kamera nie może mieć szerszego pola widzenia niż 35° ,

zatem trudno wskazać z jakim konkretnie zapisem treść oferty Odwołującego miałyby być niezgodna. Wobec powyższego zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego winien zostać uwzględniony.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że oferta odwołującego nie spełnia wymogu W8 jaki zamawiający przedstawił w SIWZ. Podał, że w odwołaniu odwołujący nietrafnie zarzuca zamawiającemu, iż ten w żadnym miejscu SIWZ nie zapisał wprost, że zastosowana do realizacji przedmiotu zamówienia kamera ma mieć maksymalny kąt widzenia 35°. Z takim stwierdzeniem nie może się zgodzić, gdyż taki wymóg został zawarty w SIWZ na str. 19, gdzie zamawiający w wymogu W8 wskazał wprost, *iż kąt widzenia kamery (FOV): może mieć maksymalnie 35°*. W SIWZ wymóg co do kąta widzenia kamery zamawiający uznał za istotny, ponieważ kąt do jakiego kamera powinna obrazować teren ma to wpływ na jakość pozyskanych zdjęć. Dlatego też, zdaniem zamawiającego, odwołujący powołując się w odwołaniu na brak wymagań co do kamery wykorzystanej do wykonania usługi niesłusznie zarzuca Zamawiającemu, iż ten nie wskazał warunku względem kamery.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca składający się z firm **(1) MGGP Aero sp. z o.o., (2) GISPro sp. z o.o., (3) OPEGIEKA sp. z o.o. ul. Kaczowskiego 6, 33-100 Tarnów**, poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. Na potwierdzenie niezgodności treści oferty odwołującego z SIWZ złożył dowód zatytułowany jako ekspertyza opracowany przez prof. B. H. z Katedry Geoinformacji Fotogrametrii i Teledetekcji Środowiska AGH w Krakowie. Podkreślił, że z analizy treści SIWZ wynika, że Zamawiającemu nie było obojętne, jaką kamerą o jakim kącie widzenia będzie wykonywane zamówienie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie nie jest zasadne i tym samym zostaje oddalone.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący się wykonawca wykazał także interes w uzyskaniu zamówienia o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Na wstępie oceny Izby wymagał wniosek odwołującego o uznanie, że złożone zgłoszenie przystąpienia do jest nieprawidłowe i tym samym wykonawca zgłaszający przystąpienie nie powinien być dopuszczony do postępowania odwoławczego. Odwołujący podniósł, że w złożonym wniosku występuje sprzeczność, gdyż z jednej strony wykonawca wskazuje, że przystępuje do postępowania po stronie zamawiającego, a uzasadnieniu interesu wskazuje, iż wnosi o uwzględnienie odwołania, co jest wzajemnie sprzeczne.

Izba po wysłuchaniu stanowisk zamawiającego i zgłaszającego przystąpienie uznała, że w zgłoszeniu przystąpienia wystąpiła omyłka pisarska, gdyż zarówno z treści przystąpienia jak i faktu, że oferta Przystępującego została wybrana jako najkorzystniejsza wynika, iż w interesie przystępującego jest popieranie stanowiska zamawiającego, co przystępujący czyni w treści przystąpienia, a tylko w końcowej części omyłkowo wskazano, że wnosi o uwzględnienie odwołania. Wobec powyższego Izba nie uwzględniła opozycji odwołującego i stwierdziła prawidłowość przystąpienia wykonawcy MGGP Aero sp. z o.o., (2) GISPro sp. z o.o., (3) OPEGIEKA sp. z o.o (dalej „przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Istotą sporu pomiędzy stronami jest kwestia, czy zamawiający wymagał, aby wykonanie zamówienia nastąpiło przy pomocy kamery z kątem widzenia na poziomie max. 35 stopni. Niespornym jest fakt, że odwołujący zaoferował kamerę o kącie widzenia większym niż 35, co wynika chociażby z treści jego odpowiedzi na pytanie zamawiającego, cyt. *”Wartość parametru (w liczbie bezwzględnej) FOV sensora AISA Fenixlk jest większa niż 35* (wynosi 39.8*- różnica jest technicznie niezauważalna), co oznacza że szerokość pokrywanego obszaru jest nieco większa, jednakże inne parametry techniczne (np. rozdzielczość terenowa, ilość, kanałów, rozdzielczość przestrzenna) nie są przez to pogorszone i spełniają postawione przez Zamawiającego wymagania”.*

Ponadto odwołujący zarówno w treści odwołania jak i treści wyjaśnienia podał, że *„Spełnienie warunku 35° zostanie zapewnione poprzez ograniczenie w trakcie opracowania szerokości wykorzystanych pasów (szeregów) obrazowania do szerokości odpowiadającej 35°. Uwzględnione to zostanie już na etapie planowania lotów i spowoduje między innymi zwiększenie pokrycia poprzecznego między szeregami ponad wymagane minimalne, co zdecydowanie wzmocni cały blok obrazów pokrywających dany obszar. Ponadto wykorzystanie pasa 35° z dostępnej szerokości spowoduje, że obciążone największymi błędami geometrycznymi wynikającymi ze specyfiki układu optycznego skrajne fragmenty nie będą wykorzystywane.”*

Tak więc odwołujący nie kwestionując użycia kamery o innym kącie widzenia podał, że mimo to jego oferta jest zgodna z wymaganiem SIWZ, bo zamawiający w SIWZ nie postawił wymogu jakim sprzętem ma dysponować wykonawca przy wykonywaniu

zamówienia, natomiast został tylko postawiony wymóg, jakie parametry obrazowania należy uzyskać, aby prawidłowo wykonać zamówienie. Według odwołującego było to uzasadnione, gdyż wymaganiem nie jest zaoferowanie odpowiedniej kamery, ale prawidłowe wykonanie usługi.

Odnosząc się do powyższego, Izba powyższe stanowisko odwołującego uznała za niezasadne. Otóż zgodnie z zał. nr 1 do SIWZ będącym OPZ w pkt d) zatytułowanym „zobrazowanie hiperspektralne” w poz. oznaczonej kodem W8 zamawiający jednoznacznie wymagał, aby kąt widzenia kamery wynosił maksymalnie 35 stopni, a chwilowe pole widzenia od 0,1 do 1,5” w zależności od długości fali. Wymaganie to zostało także podtrzymane w stanowisku zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 10 wykonawców przedstawionej w piśmie z dnia z 29 maja 2017 r., gdzie zamawiający dokonując częściowej zmiany wymagania w kodzie W8 nadal utrzymał wymóg kąta widzenia kamery na kąt maksymalnie 35 stopni.

Zamawiający powyższe wymaganie uzasadnił tym, że im kamera ma mniejszy kąt widzenia tym uzyskany obraz jest o lepszy jakości. Dlatego też przycięcie kąta widzenia kamery, na etapie przetwarzania pozyskanego obrazu terenu, do pasma 35 stopni nie zmieni jakości uzyskanego obrazu. Będzie on mniej dokładny, niż uzyskany przy kamerze o mniejszym kącie, dlatego też dla Zamawiającego, aby otrzymać właściwy obraz postawił wymóg, aby kąt widzenia kamery wynosił maksymalnie 35 stopni.

Dla uzasadnienia prawidłowości stanowiska w tym zakresie wskazać należy także na wnioski zawarte w ww. ekspertyzie, będącym dokumentem prywatnym, że, „ *Zastosowanie kamery o FOV 39,6*. i późniejsze ograniczenie pozyskanych w ten sposób pasów obrazowania do szerokości odpowiadającej 35*,nie daje takich samych wyników, jak zastosowanie kamery o FOV 35*. Obrazy mogą być mniej kontrastowe w obszarze zainteresowania poprzez naświetlenie z szerszego kąta widzenia, uwzględniające obszary potencjalnie o dużo bardziej zróżnicowanej jasności (las - pola uprawne). Rozdzielczość radiometryczna kamery może nie być odpowiednio wykorzystana a obiekty o podobnej jasności i subtelnych różnicach, takie jak drzewa różnych gatunków, będą trudniejsze do rozróżnienia na obrazie”.*

Izba uznaje iż, niewątpliwym jest, że zamawiający w SIWZ określił maksymalny kąt widzenia kamery przy pomocy której miało być realizowane to zamówienie. Oferta odwołującego tego wymagania nie spełnia. Odnosząc się do powyższego Izba uznaje, zasadność stanowiska zamawiającego, że odwołujący zaoferował wykonanie usługi kamerą o większym kącie widzenia (39.8) niż wymagał tego zamawiający i tym samym powyższa sytuacja powoduje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Powyższa niezgodność była przedmiotem postępowania wyjaśniającego.

Izba nie stwierdziła podstaw do uznania naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust.1 Pzp. Nie zostało wykazane, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie byli traktowani na równych prawach przez zamawiającego w toku całego postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust.2 Pzp Izba może uwzględnić odwołanie tylko wtedy, kiedy stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania, co nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Wpływ na wynik w świetle powyższego przepisu należy rozumieć, jako możliwość zmiany sytuacji w postępowaniu w sposób, który pozwoliłby Odwołującemu uzyskać zamówienie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

Przewodniczący:.....