

Sygn. akt: KIO 2315/14

WYROK
z dnia 19 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 listopada 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **5 listopada 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **SHIM-POL A.M. B., E. B.-R., A. R. Sp. J., ul. Lubomirskiego 5, 05-080 Izabelin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzką Stację Sanitarno-Epidemiologiczną, ul. Dębinki 4, 80-211 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy **PERLAN Technologies Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **SHIM-POL A.M. B., E. B.-R., A. R. Sp. J., ul. Lubomirskiego 5, 05-080 Izabelin**

i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **SHIM-POL A.M. B., E. B.-R., A. R. Sp. J., ul. Lubomirskiego 5, 05-080 Izabelin** tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 811 i 915**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Wojewódzka Stacja Sanitarno-Epidemiologiczna, ul. Dębinki 4, 80-211 Gdańsk** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa chromatografu cieczowego sprzężonego z detektorem masowym – spektrometru (LC/MS/MS)«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **09.09.2014 r.** pod nrem **2014/S 172-304729**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 811 i 915) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **27.10.2014 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **PERLAN Technologies Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa**;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy **SHIM-POL A.M. B., E. B.-R., A. R. Sp. J., ul. Lubomirskiego 5, 05-080 Izabelin**, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Wykonawca **SHIM-POL A.M. B., E. B.-R., A. R. Sp. J., ul. Lubomirskiego 5, 05-080 Izabelin** zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **05.11.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) **art. 7 ust. 1 Pzp** i **89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego;
- 2) **art. 91 ust. 1 Pzp** przez wybór oferty wykonawcy **PERLAN Technologies Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa**, czyli oferty innej niż oferta odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy **PERLAN Technologies Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa** jako najkorzystniejszej oraz
- 2) dokonanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie **art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp** jako niezgodnej z treścią specyfikacji.

Argumentacja odwołującego

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz warunki dotyczące gwarancji i serwisu określa **załącznik nr 2 do specyfikacji**.

Zgodnie z treścią pisma z **27.10.2014 r.** (znak SE.EA.62.272.5.2014.MS) zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy **PERLAN Technologies Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa**.

Jednocześnie, jak wynika z treści zawiadomienia o wyborze oferty, oferta odwołującego, pomimo że przy uwzględnieniu jedynego kryterium oceny ofert w postaci ceny, byłaby ofertą najkorzystniejszą, została przez zamawiającego odrzucona na podstawie **art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp**.

Jak wynika z treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji. Zamawiający podniósł, że w trakcie badania ofert stwierdził niezgodność oferty odwołującego z treścią specyfikacji, gdyż w załączniku nr 2 do SIWZ, pkt 1 – zamawiający określił wymaganie dotyczące zakresu masowego nie gorszego niż 10-3000 **amu** [amu – jednostka masy atomowej, która w przybliżeniu jest równa masie atomu wodoru], zaś odwołujący w trakcie przetargu nie zakwestionował podanych jednostek zakresu masowego – **amu**.

Zdaniem zamawiającego, w ofercie odwołującego, zakres masowy podany jest w jednostkach **m/z** [wyrażenie bezwymiarowe wielkości utworzonej przez podzielenie liczby masowej jonu przez jego liczbę ładunku].

Zdaniem odwołującego to ustalenie zamawiającego nie odpowiada rzeczywistości. Zamawiający, za treść oferty odwołującego uznaje broszury i inne materiały nie wchodzące w rzeczywistości w skład złożonej oferty. Powołuje się także na jednostkę **m/z**, która nie jest opisana i wymagana w **specyfikacji** i która nie pojawia się nigdzie w ofercie odwołującego.

Zgodnie z wymaganiem zawartym w szczególności **rozdz. III ust. 2 SIWZ** – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz warunki dotyczące gwarancji i serwisu określa **załącznik Nr 2 do SIWZ** (Specyfikacja techniczna).

Zgodnie z **rozdz. X ust. 6 pkt 1, 2 i 13 specyfikacji** oferta musi zawierać następujące elementy:

- wypełniony Formularz Ofertowy – Załącznik Nr 1 do SIWZ,
- wypełnioną Specyfikację techniczną – Załącznik Nr 2 do SIWZ,
- materiały informacyjne w języku polskim (z opisem urządzenia), potwierdzające spełnienie wymogów określonych przez zamawiającego.

Odwołujący stwierdza, że jego oferta zawiera wszystkie wymagane informacje i dokumenty. W szczególności w zakresie spornego parametru oferta zawiera na s. 4-6 wypełniony załącznik nr 2, gdzie jest potwierdzenie zgodności zaoferowanego sprzętu z wymaganiami **specyfikacji**, a w tym w zakresie pozycji nr 1 tego załącznika – Detektor

Masowy. Dodatkowo na s. 37-39 oferty odwołujący zamieścił, zgodnie ze **specyfikacją**, materiały informacyjne w języku polskim oferowanego urządzenia, potwierdzające spełnienie wymogów zamawiającego. Obydwa dokumenty nie są ze sobą sprzeczne i potwierdzają wymagania specyfikacji. W kontekście tego odwołujący stwierdza, że nie jest prawdą, co twierdzi zamawiający, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z treścią **specyfikacji**.

Z dalszej części uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego wynika, że wyjaśnienia treści oferty odwołującego nie udowadniają w sposób jednoznaczny, że zakres **10-2000 m/z** odpowiada zakresowi masowemu **10-3000 amu**. Jednak zdaniem odwołującego takie stanowisko zamawiającego także nie odpowiada rzeczywistości, bo – jak wynika z przebiegu postępowania – zamawiający pismem z **20.10.2014 r.** stwierdza, że potwierdzony w ofercie odwołującego górny zakres **3000 amu** budzi wątpliwości zamawiającego, jednak nie dlatego że nie wynika z treści oferty, ale ze specyfikacji aparatu LCMS-8040 (C146-E21), która jest niezależnie od oferty w posiadaniu zamawiającego i górny zakres masowy wynosi **2000 amu**.

Odwołujący potwierdza i podtrzymuje za treścią oferty i w zgodności ze specyfikacją, że zaoferowane urządzenie posiada zakres masowy nie gorszy niż **10-3000 amu**.

Wyjaśnienia jakie były zawarte w piśmie z **22.10.2014 r.** referowały w kierunku wskazania zakresu pojęciowego wartości **amu** oraz **m/z**.

Odwołujący podkreśla, że zamawiający w **specyfikacji** wymagał zakresu mas dla przyrządu **od 10 do 3000 amu**. Zaoferowany przez odwołującego przyrząd jest w stanie analizować cząsteczki o masie **od 10 do 3000 amu**, co jest zgodne z wymaganiami **specyfikacji**.

Odwołujący stwierdza, że w ofercie ani w treści wyjaśnień nie można odnaleźć jakichkolwiek dowodów czy nawet przesłanek do powstania wątpliwości co do niezgodności treści oferty z treścią **specyfikacji**. Treść oferty wykonawcy dowodzi zgodności ze **specyfikacją**.

Odwołujący powołuje się na orzecznictwo KIO:

KIO 82/14 wyrok z 3 lutego 2014 r., gdzie KIO stwierdziła, że oceny zgodności treści oferty z treścią specyfikacji należy dokonywać na podstawie dokumentów składających się na ofertę z uwzględnieniem ewentualnych wyjaśnień i niedopuszczalne jest stwierdzanie niezgodności oferty, wbrew treści oferty wyłącznie na podstawie informacji ze stron internetowych, które co do zasady mają charakter pogładowy, informacyjny, nieskierowany do konkretnego adresata w przeciwieństwie do skonkretyzowanego, adresowanego do zamawiającego i wiążącego odwołującego oświadczenia woli wyrażonego w złożonej ofercie.

KIO 154/12 wyrok z 7 lutego 2012 r., gdzie KIO stwierdziła, że za treść oferty uznaje się zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz zamawiającego oznaczonego w

specyfikacji świadczenia w opisany sposób. Wykonawca zobowiązany jest ściśle dostosować się do wymagań specyfikacji, nie musi się domyślać niewyrażonych wprost intencji zamawiającego, że zamawiający za treść oferty będzie poczytywał wszelkie parametry i oznaczenia oferowanego przedmiotu dostawy, np. w złożonym katalogu producenta, instrukcji, ulotki informacyjnej, czy innym elemencie opisu, nie pozwalając na uzupełnienie tego rodzaju dokumentów.

KIO 419/14 wyrok z 19 marca 2014 r., gdzie KIO stwierdziła, że ustalenie zgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie może opierać się na przypuszczeniach, domysłach czy interpretacji dokumentów dokonywanej przez zamawiającego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **05.11.2014 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp)**.

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **07.11.2014 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp)**.

10.11.2014 r. wykonawca **Perlan Technologies Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Puławska 303** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (**art. 185 ust. 2 Pzp**).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas posiedzenia i rozprawy, a także dokumentów złożonych przez zamawiającego:

- 1) (dokument nr 1) odpowiedź na odwołanie, gdzie zamawiający wnosi o oddalenie odwołania;**

dowodów złożonych przez przystępującego:

- 2) (dowód nr 2) uzupełnienie dokumentacji załączonej do przystąpienia, w szczególności wyciąg w jęz. polskim specyfikacji technicznej dołączonej do przystąpienia w jęz. angielskim na okoliczność, że urządzenie oferowane przez odwołującego nie odpowiada wymaganiom zamawiającego;**

dowodów złożonych przez odwołującego:

- 3) (dowód nr 3) opinia dra P. S. prezesa Polskiego Towarzystwa Spektrometrii Mas, które jest członkiem IUPAC na wykazanie, że zaoferowany przyrząd spełnia wymagania zamawiającego w zakresie masowym od 10-3000 amu;**
- 4) (dowód nr 4) wydruk Shimadzu na wykazanie możliwości badania widma do 16953,2 amu przez oferowany przedmiot przez odwołującego;**

- 5) (dowód nr 5) pismo Shimadzu o opinii z francuskiej firmy badającej żywność dla dzieci o oferowanym przedmiocie;
- 6) (dowód nr 6) list referencyjny Zakładu Higieny Weterynaryjnej w Krakowie o możliwości oznaczania masy do 3000 amu i powyżej przez zaoferowany przedmiot;
- 7) (dowód nr 7) pismo Shimadzu o możliwościach pomiarowych zaoferowanego urządzenia przez odwołującego, że oferowany przedmiot może działać w zakresie od 2 do 2000 m/z

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

U zamawiającego podczas badania oferty odwołującego zrodziły się wątpliwości czy podane przez odwołującego informacje odnośnie spełniania przez oferowane urządzenie wszystkich wymagań zamawiającego. Wątpliwości te zrodziły się na podstawie wiedzy zamawiającego uzyskanej na seminarium naukowym organizowanym przez odwołującego i na podstawie materiałów przekazywanych uczestnikom przez organizatora seminarium oraz specyfikacją oferowanego aparatu będącą w posiadaniu zamawiającego. Zamawiający uzasadnił to żądanie cyt.: »Zamawiający wymagał zakresu masowego – nie gorszego niż 10-3000 amu. Potwierdzony w Państwa ofercie górny zakres 3000 amu budzi wątpliwości, ponieważ zgodnie ze specyfikacją aparatu LCMS-8040 (C146-E21), która jest w posiadaniu Zamawiającego, wynosi on 2000. Ta wartość była również podawana na Seminarium naukowym w Gdańsku, organizowanym przez Państwa firmę i jest zawarta w materiałach

otrzymanych w trakcie tego seminarium« [pisownia oryginalna]. Zamawiający sformułował te zastrzeżenia i zażądał od odwołującego wyjaśnień w tym zakresie na podstawie **art. 87 ust. 1 Pzp**, który brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści«.

Odwołujący w wyznaczonym terminie udzielił ogólnych informacji bez rozwiania przyczyn powstania wątpliwości u zamawiającego spowodowanych przede wszystkim różnymi informacjami podanymi w ofercie i przedstawionych podczas seminarium przez ten sam podmiot (samego odwołującego) oraz informacji znajdujących się w materiałach informacyjnych przekazanych podczas tego seminarium.

Wobec tego zamawiający odrzucił ofertę na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** i stwierdził w uzasadnieniu cyt. »Przesłane wyjaśnienia treści oferty nie udowadniają w sposób jednoznaczny, że zakres 10 – 2000 m/z odpowiada zakresowi masowemu 10 – 3000 amu« [pisownia oryginalna]. Przepis **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** brzmi: »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 [Pzp]«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wystosowanie żądań wyjaśnienia treści oferty zgodnie z **art. 87 ust. 1 Pzp** jest bardzo ważną czynnością zamawiającego podczas badania ofert i adresat takich żądań musi w treści wyjaśnień starać się rozwiązać jakiegokolwiek wątpliwości zamawiającego nawet formułując przesadnie rozbudowaną odpowiedź. W rozpoznawanym przypadku odwołujący zacieśnił swoje wyjaśnienia jedynie do podania, że informacje uzyskane przez zamawiającego podczas seminarium w Gdańsku odnosiły się do m/z i zapewnienia, że zaoferowany przyrząd jest w stanie analizować cząsteczki o masie od 10 do 3000 amu zgodnie z postanowieniami specyfikacji.

W związku z tak lakonicznymi wyjaśnieniami zamawiający zasadnie odrzucił ofertę uznając, że odwołujący nie udowodnił, iż oferowany sprzęt spełnia wymagania zamawiającego zawarte w specyfikacji.

Skład orzekający Izby podkreśla, że wykonawca musi starać się sformułować wyjaśnienia tak, aby rozwiązywały jakiegokolwiek zastrzeżenia zamawiającego do treści oferty. Dokument wyjaśnień stanie się nieomal częścią oferty i pozwoli zamawiającemu na zasadne zakwalifikowanie oferty jako spełniającej wymogi zamawiającego albo zmusi zamawiającego – jak w rozpoznawanym przypadku – do odrzucenia oferty, jeżeli wyjaśnienia zawężą się tylko do deklaracji, że oferta spełnia wymagania specyfikacji.

Późniejsze dokonywanie wyjaśnień może nie być brane pod uwagę przez zamawiającego, gdyż zamawiający żądając wyjaśnień nakreślił nieprzekraczalny termin do złożenia wyjaśnień, a przeciw takiemu terminowi odwołujący nie zgłaszał żadnych obiekcji i

nie wnosił o umożliwienie wyjaśnienia swojej oferty w terminie dłuższym niż określony przez zamawiającego w wezwaniu. Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie ma obowiązku przedłużenia terminu składania wyjaśnień, ale może to uczynić o ile wnioski o przedłużenie zostaną wystosowane przez wezwanego wykonawcę w odpowiednim czasie. W rozpoznawanej sprawie odwołujący nie złożył takiego wniosku.

Wobec tego dowody przedstawione przez odwołującego na rozprawie (dowody 3-7) nie mogą być na etapie rozprawy brane pod uwagę. Słusznie na rozprawie zamawiający podał do protokołu cyt. »Gdyby zamawiający miał do dyspozycji dzisiejsze dokumenty [przedstawione na rozprawie] zapewne również pochyliłby się nad ich treścią, jednak obecnie zamawiający nie może oświadczyć, jaki dałby wynik analizy tych dokumentów«.

W związku z tym skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu odwołującego naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** i **89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Ze względu na wykazaną wyżej zasadność odrzucenia jednej z dwóch ofert zamawiający miał obowiązek dokończenia procedury i musiał dokonać wyboru oferty przystępującego i w związku z tym zamawiający nie naruszył **art. 91 ust. 1 Pzp** przez wybór oferty przystępującego, czyli ostatni zarzut odwołującego nie może zostać uwzględniony przez skład orzekający Izby.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony i przystępującego jednak w obecnej fazie postępowania dowody 2-7 nie miały wpływu na rozstrzygnięcie.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....