

WYROK
z dnia 27 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2015 r. przez wykonawcę **BRUKER POLSKA Sp. z o.o., ul. Budziszewska 69, 60-179 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Wrocławskie Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o., ul. Stabłowicka 147, 54-066 Wrocław,**

przy udziale wykonawcy **Anchem E. M. L. i M. M. Sp. J., ul. Międzyborska 23, 04-041 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BRUKER POLSKA Sp. z o.o., ul. Budziszewska 69, 60-179 Poznań** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BRUKER POLSKA Sp. z o.o., ul. Budziszewska 69, 60-179 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **BRUKER POLSKA Sp. z o.o., ul. Budziszewska 69, 60-179 Poznań** na rzecz **Wrocławskiego Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o., ul. Stabłowicka 147, 54-066 Wrocław** kwotę **1 404 zł 84 gr** (słownie: tysiąc czterysta cztery złote osiemdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie jest prowadzone przez Zamawiającego - Wrocławskie Centrum Badań EIT+ sp. z o.o. z Wrocławia w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp lub Pzp). Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa (wraz z montażem}, uruchomieniem i instruktażem personelu) aparatury naukowo-badawczej, fabrycznie nowej i kompletnej urządzeń laboratoryjnych - Grupa 3, z podziałem na 5 części w ramach realizacji Projektu „Dolnośląskie Centrum Materiałów i Biomateriałów Wrocławskiego Centrum Badań EIT+.” Odwołujący - Bruker Polska sp. z o.o. z Poznania skierował zarzuty wobec oferty wykonawcy Anchem E. M. L. i M. M. spółka jawna w Warszawie [wykonawca Anchem], uznanej za najkorzystniejszą w zakresie części 5 podnosząc naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz art. 26 ust 3 Pzp, oraz art. 7 ust. 1 tej ustawy z uwagi na wybór oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej. Wskazując na powyższe wniósł o uznanie za nieważną czynność wyboru oferty oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem informacji zawartych w niniejszym odwołaniu i nakazanie odrzucenia oferty Anchem na podstawie art. 89. ust 1 pkt. 2 ustawy Pzp z powodu na jej niezgodność ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia [SIWZ], a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Ponadto, o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego. W uzasadnieniu odwołania w szczególności podał, że zgodnie z treścią Działu VI pkt 10.1. specyfikacji w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego należy załączyć do oferty prospekty i/lub foldery ofertowo-reklamowe sprzętu i/lub dokumentację producenta (materiały informacyjne). Oferta Anchem nie spełniła ww. wymogu w zakresie potwierdzenia, iż system do chromatografii cieczowej U - HPLC połączony ze spektrometrem mas posiada parametr: „Czułość MS (full - scan): S/N > 10:1 dla 5 pg rezerpiny”. Spółka Anchem nie załączyła na powyższą okoliczność do oferty prospektu i/lub folderu albo innych materiałów informacyjnych pochodzących od producenta (ty od właściwej spółki grupy Thermo Fisher Scientific). W odpowiedzi na wezwanie z dnia 16 stycznia 2015 r. wykonawca Anchem nie uzupełnił ww. braku formalnego, tj. nie przedstawił prospektu i/lub folderu albo innych materiałów informacyjnych pochodzącego od producenta, a tym samym nie spełnił wymogu SIWZ. Oznacza to, iż oferta Anchem winna być odrzucona na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt. 2) ustawy Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Podkreślił, że Zamawiający wbrew dyspozycji przepisu ustawy Pzp zaniechał odrzucenia oferty Anchem i dokonał wyboru oferty

Anchem, chociaż nie doszło do wymaganego przez SIWZ potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W efekcie zaniechania odrzucenia oferty Anchem doszło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i tym samym do naruszenia art. 7 ust. 3 tej ustawy. Odwołujący podkreślił, że brak prospektu/folderu/materiału informacyjnego, pochodzącego od producenta na okoliczność posiadania przez urządzenie oferowane przez Anchem parametru: „Czułość MS (full-scan): S/N > 10:1 dla 5 pg rezerpiny” nie mógł być konwalidowany w drodze przedstawienia wyjaśnień, a następnie ich zaakceptowania. Zamawiający wyraźnie w treści SIWZ określił wymóg formalny, którego spełnienie jest wymagane, tj. załączenie prospektu i/lub folderu ofertowo-reklamowego sprzętu i/lub dokumentacji producenta (materiałów informacyjnych), a skoro Anchem nie załączył żadnego z ww. wymaganych dokumentów, brak ten mógł podlegać jedynie uzupełnieniu poprzez fizyczne załączenie odpowiedniego dokumentu producenta, a nie złożenie przez Anchem wyjaśnień i tym samym te wyjaśnienia nie mogą konwalidować braku oferty. Odwołujący podkreślił, że parametr „Czułość MS (full-scan): S/N > 10:1 dla 5 pg rezerpiny” jest innym parametrem niż parametr „Czułość MS/MS (full-scan): S/N > 50:1 dla 250 fg rezerpiny”. Dalej podał, że parametr ten został - prawidłowo - wyspecyfikowany w, SIWZ jako inne wymaganie techniczne, a jego spełnienie winno konsekwentnie być potwierdzone w drodze wyraźnych oświadczeń złożonych (w prospekcie, folderze lub innej dokumentacji) przez producenta. Osiągnięcie odmiennej dokładności (czułość lepsza odpowiednio niż 10:1 oraz lepsza niż 50:1) jest istotne dla badania różnego rodzaju substancji i nie można - bezrefleksyjnie przyjąć, iż system spełnia parametr czułości MS tylko dlatego, że spełnia parametr czułości w trybie MS/MS. Wykonawca stwierdził, że argumentacja podana w poprzednim akapicie jest złożona jedynie z ostrożności, albowiem Zamawiający w SIWZ uznał za istotne wyspecyfikowanie dwóch odmiennych wymogów technicznych, a zatem spełnienie każdego z wymogów z osobna jest dopuszczalne wyłącznie w sposób określony w specyfikacji. W świetle treści SIWZ oraz z przyczyn dowodowych – nie jest jego zdaniem dopuszczalne przyjęcie, iż skoro jeden parametr został spełniony, to został spełniony inny parametr, jeśli nie potwierdził tego producent. Odwołujący – powołując się na orzecznictwo KIO - podkreślił także, że Zamawiający zaniechał obowiązku wnikliwej oceny przedłożonych wyjaśnień, pomimo, że „Zamawiający jest zobligowany do podjęcia wszelkich działań zmierzających do wszechstronnego wyjaśnienia okoliczności związanych z prawidłowością i prawdziwością informacji uzyskiwanych od wykonawców w ramach prowadzonego postępowania. W celu weryfikacji tego rodzaju informacji zamawiający może korzystać z szeregu różnorodnych źródeł informacji m.in. posiada uprawnienie do występowania o udzielenie informacji do podmiotów innych niż

wykonawca, który daną informację przekazał". Odwołujący podkreślił, że wyjaśnienia złożone przez Anchem pismem z dnia 20 stycznia 2015 r. są niewystarczające, po pierwsze z przyczyn formalnych (niedopuszczalne, gdyż Anchem winien przedstawić dokument producenta), po drugie z przyczyn merytorycznych, (o których mowa w akapicie drugim niniejszego punktu). Wskazał na podobny przetarg organizowany przez Instytut Ekspertyz Sądowych w Krakowie, w którym postawiono w specyfikacji oferowanemu urządzeniu podobne kryteria, oferta Anchem została odrzucona, ponieważ nie udowodniono w zakresie MS spełnienia kryteriów określonych przez Zamawiającego, chociaż Anchem w specyfikacji techniczno-cenowej wykazywał spełnianie innych kryteriów w zakresie MS/MS. Na dowód powołał specyfikację techniczno-cenowa zestawu LC/MS oraz zawiadomienie z dnia 14 marca 2014 r. Reasumując, Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem w przypadku odrzucenia oferty Anchem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp z powodu jej niezgodności z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Anchem E. M. L. i M. M. spółka jawna w Warszawie [wykonawca Anchem] wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie podnosząc, że specyfikując przedmiot zamówienia w części 5 poz. 1 wymagał, aby aparatura będąca przedmiotem niniejszego postępowania posiadała szczególne parametry. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia - załącznik nr 2.2 do SIWZ- Wzór Formularza Ofert- Część B tabela Obligatoryjne (wymagane) parametry lub funkcje - Wymagania techniczne - Główne funkcje urządzenia -Spektrometr masowy poz. 14 i 15) - System do chromatografii cieczowej U - HPLC połączony ze spektrometrem mas ma posiadać m.in. „czułość MS (full-scan): S/N > 10:1 dla 5 pg rezerpiny" i „czułość MS/MS (full-scan); S/N > 50:1 dla 250 fg rezerpiny." Jego zdaniem zaoferowane przez wykonawcę Anchem urządzenie spełnia wymagania i wykonawca załączonymi do oferty katalogami producenta potwierdził, że zaoferowane urządzenie spełnia wyżej opisany parametr określony w SIWZ. Podał także, że czułość MS specyfikowana jest przez producenta dla spektrometru amaZon SL zaoferowanego przez Bruker Polska, natomiast nie jest ujęta w specyfikacji przez producenta konkurencyjnego spektrometru LTQ XL zaoferowanego przez Anchem. Jednakże mimo, że parametr ten nie został opisany bezpośrednio, to należy o jego spełnieniu wnioskować na podstawie innego, parametru, jakim jest „czułość MS/MS". Powołał się również na ocenę naukowców

zatrudnionych w Laboratorium Spektrometrii Mas WCB EIT+ sp. z o.o., którzy niezależnie od wiedzy merytorycznej posiadają doświadczenie w pracy na podobnych do zaproponowanych przez obu oferentów typach spektrometrów typu pułapka jonów, zarówno produkcji Thermo jak i Bruker. W konkluzji stwierdził, że biorąc pod uwagę powyższą opinię ekspertów merytorycznych Zamawiający doszedł do wniosku, że spektrometr spełniający bardziej krytyczny parametr (czułość MS/MS na poziomie 50:1 S/N dla 250 fg rezerpiny) spełnia parametr mniej krytyczny (czułość MS na poziomie 10:1 dla 5 pg rezerpiny). Zamawiający tworząc listę wymaganych parametrów brał pod uwagę wszystkie dostępne na rynku urządzenia typu pułapka jonowa, nie ograniczając się do analizy parametrów tylko dwóch producentów Bruker i Thermo. Stąd w specyfikacji oba wymagane parametry, zarówno czułość MS jak MS/MS, które określają jakość urządzenia. Zamawiający ma świadomość, że różni producenci opisują w kartach katalogowych czułość aparatu za pomocą jednego z wymaganych parametrów lub obu wymaganych parametrów. Także jego zdaniem - wbrew twierdzeniom Odwołującego - z załączonych do oferty katalogów pochodzących od producenta, wynika spełnienie wymaganych parametrów. Powołując się na orzecznictwo podkreślił, że w świetle przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tylko niezgodność oferty z SIWZ w zakresie merytorycznym może być podstawą do jej odrzucenia a nie odwrotnie. Jego zdaniem, w tym stanie faktycznym Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Także za chybiony zamawiający uznał zarzut braku uzupełnienia na wezwanie wymaganego w SIWZ prospektu i/lub folderu albo innych materiałów informacyjnych pochodzących od producenta. W tym przypadku w szczególności stwierdził, że wykonawca Anchem w odpowiedzi na wezwanie wyjaśnił, że: „Jeżeli aparat spełnia wymaganie „Czułość MS/MS (full-scan): S/N > 50:1 dla 250 fg rezerpiny” to automatycznie zostaje spełniony warunek Czułość MS (full -scan): S/N > 10:1 dla 5 pg rezerpiny”. Wynika to z zasady działania spektrometru mas.” Zamawiający poprzestał na tych wyjaśnieniach, albowiem w sposób bezsporny wynikało z nich, że z załączonych do oferty katalogów wynikało spełnienie wszystkich wymagań SIWZ oferowanego urządzenia oraz te wyjaśnienia zostały potwierdzone przez ekspertów merytorycznych Zamawiającego. Odnosząc się do specyfikacji techniczno cenowej zestawu LC/MS dołączonym przez odwołującego na dowód odrzucenia oferty Anchem E. M. L. i M. M. Sp.j. przez innego Zamawiającego w sprawie ZP2/2014 wskazał, że specyfikacja dotyczy innego urządzenia o odmiennych parametrach i tym samym nie może to prowadzić do odrzucenia oferty w tym postępowaniu przez Wrocławskie Centrum Badań En~ + sp. z o.o.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołanie wniesiono w zakresie części piątej [V] zamówienia, która dotyczy dostawy „Systemu do chromatografii cieczowej U -HPLC połączonego ze spektrometrem mas”. W celu potwierdzenia, że oferowana dostawa, odpowiada wymaganiom określonym w specyfikacji wykonawca zobowiązany był - zgodnie z punktem VI.10.1) – załączyć do oferty „Prospekty i/lub foldery ofertowo-reklamowe sprzętu i/lub dokumentację producenta (materiały informacyjne) w języku polskim, a w przypadku złożenia dokumentów w języku angielskim – należało załączyć sporządzone w języku polskim fragmenty dokumentów technicznych, umożliwiające weryfikację głównych funkcji urządzenia wymaganych przez Zamawiającego. Podano również, że (...) wskazane jest, aby parametry techniczne prezentowane w załączonych prospektach odpowiadały parametrom technicznym opisanym w Załączniku nr 2.2 do SIWZ - Wzór Formularza Ofert - Część B. Jeżeli w prospekcie technicznym brak opisu danej funkcji aparatu lub wartości parametru, dopuszcza się załączenie do oferty innych dokumentów producenta (np. części instrukcji obsługi), na podstawie, których Zamawiający będzie w stanie zweryfikować zgodność opisu funkcji lub wartości danego parametru z treścią Załącznika nr 2.2 do SIWZ - Wzór Formularza Ofert - Część B” W uwadze zamieszczono także pouczenie, aby w załączniku nr 2.2 do specyfikacji - Wzór Formularza Oferty - Część B - podać numer strony materiałów informacyjnych, na której wymagane parametry są potwierdzone oraz zaznaczyć w nich (np. zakreślaczem), gdzie znajduje się potwierdzenie wymaganego parametru”. Izba zwraca także uwagę, że w tym punkcie w odniesieniu do parametrów, użyto sformułowania „wskazane jest, aby parametry techniczne odpowiadały parametrom opisanym.” Izba zwraca również uwagę, że Zamawiający w Formularzu oferty wymagał także złożenia przez wykonawcę oświadczenia, że oferowana aparatura/urządzenie spełnia m.in. wymagane parametry i funkcje oznaczone w tych oświadczeniach i tabelach również, jako cechy techniczno-jakościowe lub główne funkcje urządzenia. Reasumując Izba stwierdza, że z treści omówionego wymagania nie wynika bezwzględny obowiązek, aby przedłożony dokument potwierdzał wszystkie parametry wskazane w załączniku 2.2., w tym w spornej pozycji 14 – parametr „czułość MS (full-scan).

Wykonawca Anchem E. M. L. i M. M. spółka jawna w Warszawie [wykonawca Anchem], dla części V przedłożył w ofercie wymagane oświadczenie oraz wypełniony Formularz, potwierdzając parametry techniczne. Załączył także w spornym zakresie specyfikację techniczną liniowej pułapki jonowej dla spektrometru LTQ XL, oraz wskazał, dla parametru

MS z poz.14 [podobnie jak dla parametru MS/MS z poz.15] na stronie 20 materiału informacyjnego załączonego do oferty na potwierdzenie wymaganej czułości. Zdaniem Izby z tej specyfikacji rzeczywiście nie można wywieść, jaka jest czułość MS oferowanego spektrometru, aczkolwiek Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego, co do nie spełniania tego wymagania przez oferowany spektrometr LTQ XL. Za taki dowód nie można uznać opinii eksperta – profesora z Katedry Biochemii i neurobiologii Wydziału Inżynierii Materiałowej i Ceramiki AGH z Krakowa, który odpowiadając na ogólnie postawione pytanie [cyt: „Czy z zasady działania spektrometru mas bezspornie wynika, iż spektrometr mas spełniając wymaganie „Czułość MS/MS (full - scan): S/N > 50:1 dla 250fg rezerpiny automatycznie spełnia wymaganie „Czułość MS (full - scan): S/N > 10:1 dla 5 g. rezerpiny (...)”] stwierdził tylko, że czułość w trybie MS/MS (full - scan) nie implikuje automatycznie czułości w trybie MS. Zwrócił ponadto także uwagę na potrzebę poparcia takiego twierdzenia danymi eksperymentalnymi. Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że opinia nie dotyczy spektrometru oferowanego przez wykonawcę Anchem. Ponadto w okolicznościach tej sprawy oraz wobec wymagań specyfikacji uzasadnione było zwrócenie się do wykonawcy Anchem w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp o potwierdzenie wymaganego parametru, chociażby dlatego, że w tabeli do załącznika nr 2.2. zaznaczono, pod opisem tytułu „Wymagania techniczne” podano „Główne funkcje techniczne urządzenia”, aczkolwiek literalne brzmienie opisów w VI.10.1. specyfikacji – jak wskazano powyżej - mógł sugerować, że tylko tłumaczenie folderu ma umożliwiać weryfikację głównych funkcji urządzenia. Izba stwierdza również, że weryfikacja parametrów przez ekspertów zamawiającego nie była uwzględniona w specyfikacji. Tym samym ta okoliczność nie mogłaby stanowić wyłącznego kryterium dla oceny oferty w aspekcie spornego parametru, co do jego zgodności ze specyfikacją. Izba zwraca także uwagę na brak w dokumentacji pisemnego potwierdzenia dokonania takiej naukowej weryfikacji, na którą powoływał się Zamawiający. Dlatego też wyjaśnienia, złożone w imieniu producenta - jak wykazał w toku rozprawy wykonawca Anchem - pozwoliły Izbie uznać niezasadność podnoszonego w odwołaniu zarzutu z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Brak dowodu do składania oświadczeń w imieniu producenta, wobec wymagań specyfikacji, nie pozwalałby przyjąć ze względów formalnych oświadczenia samego nieupoważnionego wykonawcy. Jak wyżej wskazano, oświadczenie ogólne wymagane siwz o spełnianiu przez oferowane urządzenie wymaganych funkcji i parametrów zostało przez wykonawcę złożone. Izba zwraca także uwagę, że zezwolenie na złożenie dokumentu nieprzewidzianego siwz mogłoby prowadzić do nieuprawnionej na tym etapie postępowania zmiany postanowień siwz w zakresie jej punktu VI.10.1. Izba w tym miejscu zwraca uwagę na dyrektywę z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którą zobowiązana była brać pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, oraz dyrektywę z art. 190 ust.1 tej ustawy, w myśl której strony i uczestnicy postępowania mogą przedstawiać dowody aż do

zamknięcia rozprawy. Izba zwraca także uwagę, że Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu uprawnień wykonawcy Anchem do składania oświadczeń w imieniu producenta, a Zamawiający określił w specyfikacji tylko przykładowo katalog pochodzących od producenta dokumentów możliwych do zastosowania przez oferenta.

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec powyższych ustaleń nie podlega uwzględnieniu podnoszony w odwołaniu zarzut art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust 3 Pzp, i art. 7 ust. 1 tej ustawy Pzp.

Z tych też względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 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), zgodnie, z którym Izba orzeka w przedmiocie kosztów strony wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Spis kosztów nie spełnia takiego wymagania i tym samym Izba nie uwzględniła wnioskowanych przez Zamawiającego kosztów w kwocie 3.600 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

.....