

WYROK
z dnia 26 lutego 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lutego 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2014 r. przez wykonawcę **Spekom Sp. z o. o., 40-272 Katowice, ul. Sowińskiego 33**, w postępowaniu prowadzonym przez **Instytut Badań i Rozwoju Motoryzacji BOSMAL Sp. z o. o., 43-300 Bielsko-Biała, ul. Sarni Stok 93**,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Spekom Sp. z o. o., 40-272 Katowice, ul. Sowińskiego 33 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Spekom Sp. z o. o., 40-272 Katowice, ul. Sowińskiego 33 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – Spekom Sp. z o. o., 40-272 Katowice, ul. Sowińskiego 33, na rzecz Zamawiającego - Instytut Badań i Rozwoju Motoryzacji BOSMAL Sp. z o. o., 43-300 Bielsko-Biała, ul. Sarni Stok 93, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 w Bielsku Białej.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający, Instytut Badań i Rozwoju Motoryzacji BOSMAL Sp. z o. o. z siedzibą w Bielsku-Białej prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa fluorescencyjnego spektrometru rentgenowskiego z dyspersją długości fali.

W dniu 3 lutego 2014 r., zamawiający poinformował o wynikach oceny ofert wskazując, iż za najkorzystniejszą uznana została oferta wykonawcy Testchem Sp. z o. o. z siedzibą w Pszowie [dalej także, jako „Testchem”].

W dniu 13 lutego 2014 r., wobec wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Testchem, odwołanie złożył wykonawca Spekom Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej także jako „Pzp”], polegające na braku jego zastosowania. W ocenie Odwołującego wybrana oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także, jako „SIWZ”] z następujących powodów:

- 1) niezgodność oferty Testchem z SIWZ, polegająca na braku możliwości dokonywania pomiaru próbek o nietypowych kształtach przy użyciu urządzenia oferowanego przez Testchem, podczas gdy w wyjaśnieniach do treści SIWZ Zamawiający oświadczył, że wymaga, aby urządzenie umożliwiała taki pomiar;
- 2) niezgodność oferty Testchem z § 1 punkt 37) Oprogramowanie sterujące i analityczne SIWZ, zgodnie z którym Zamawiający wymaga dostarczenia bazy danych umożliwiającej dokonywanie identyfikacji materiału, podczas gdy program analityczny oferowany przez Testchem nie zawiera takiej bazy danych pozwalającej na dokonywanie identyfikacji materiału (doboru gatunku);
- 3) braku złożenia przez Testchem wymaganego przez Zamawiającego potwierdzenia należytego wykonania, co najmniej trzech dostaw o analogicznym charakterze;
- 4) niezgodność oferty Testchem polegająca na braku możliwości stosowania programu bezwzorcowego do pomiaru punktowego, podczas gdy w wyjaśnieniach do treści SIWZ Zamawiający oświadczył, że wymaga, aby urządzenie umożliwiała taki pomiar.

Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienia w całości odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru przez Zamawiającego oferty Testchem oraz odrzucenia oferty Testchem, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako nieodpowiadającej treści SIWZ;
- 2) nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż treść wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę Testchem wskazuje, że próbka może być badana przez zaoferowane przez niego urządzenie, jeśli odpowiada grubości materiału do 30 mikronów lub jeśli jej fragment jest płaski. Tym samym w ocenie Odwołującego wykonawca Testchem wskazał na możliwość badania próbki typowej, podczas gdy Zamawiający wymagał aby oferowane urządzenie umożliwiało pomiar ilościowy próbek o nietypowych kształtach i niewielkich rozmiarach, które wypełniają częściowo kasetę. Zdaniem Odwołującego dla dokonania pomiaru przy użyciu urządzenia oferowanego przez Testchem niezbędne jest wcześniejsze fizyczne przetworzenie takiej próbki przez dokonującego analizy tak, aby była płaska i rozdrobniona do wskazanej grubości. Pomiar materiału w postaci wiórów i pyłów przy użyciu urządzenia oferowanego przez Testchem nie jest więc zdaniem Odwołującego możliwym czego Zamawiający wymagał. W ocenie Odwołującego wymagana postać próbki prowadzi do ograniczenia jej postaci wyłącznie do próbki typowej. Brak możliwości badania przez urządzenie oferowane przez Testchem próbek nietypowych oznacza sprzeczność jego oferty z SIWZ. Ponadto Odwołujący podnosił, iż oferta wykonawcy Testchem nie obejmuje wymaganej postanowieniami SIWZ (par 1 pkt 37 SIWZ) bazy danych umożliwiającej identyfikację materiału próbki. W ocenie Odwołującego „(...) Oferowany przez Testchem program komputerowy „Matching Library” nie posiada bazy danych pozwalającej na przyporządkowanie materiału o ustalonym składzie chemicznym do określonego gatunku. Program ten służy do wspomagania analiz bezwzorcowych w celu uzyskania dokładniejszej analizy składu chemicznego. Określenie gatunku (identyfikacji) analizowanego materiału nie jest więc funkcją tego programu. Dla dokonania oczekiwanej przez Zamawiającego identyfikacji materiału próbki w oparciu o bazę danych przy użyciu programu oferowanego przez Testchem, użytkownik musi wcześniej stworzyć taką bazę danych. Bez stworzenia takiej bazy danych otrzyma jedynie informację o składzie materiału, nie przeprowadzi jednak identyfikacji materiału.”

Odwołujący podnosił również, iż złożone przez Testchem dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania trzech umów o analogicznym charakterze. Odwołujący wskazywał, iż Testchem złożył trzy protokoły potwierdzające dostawę, z których jeden, z dnia 27 lutego 2012 roku potwierdza dostawę i instalację spektrometru, kolejny z dnia 30 maja 2012 roku zawiera jedynie informację, że urządzenie zostało dostarczone i że wykonano test poprawności działania urządzenia, natomiast trzeci protokół, z dnia 19 grudnia 2012 roku, obejmuje tylko informację o tym, co było przedmiotem dostawy, bez potwierdzenia, że

urządzenie to zostało uruchomione i działało. Tym samym zdaniem Odwołującego jedynie protokół z dnia 27 lutego 2012 r., potwierdza wykonanie dostawy o analogicznym charakterze i wielkości.

Ponadto Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający wymagał bezwzorcowej analizy ilościowej dla wszystkich przywołanych w SIWZ rodzajów kaset i pomiaru punktowego. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca Testchem wskazał, że możliwa jest jedynie analiza próbek w kasetach < 10 mm, natomiast nie potwierdził on, że możliwy jest również pomiar punktowy. Przy uwzględnieniu wyjaśnień złożonych przez Testchem w ocenie Odwołującego należało uznać, iż oferowane przez niego urządzenie nie pozwala na dokonywanie pomiaru punktowego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający, Instytut Badań i Rozwoju Motoryzacji BOSMAL Sp. z o. o. z siedzibą w Bielsku-Białej prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa fluorescencyjnego spektrometru rentgenowskiego z dyspersją długości fali.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 listopada 2013 r., pod numerem 2013/S 215-373786.

Zgodnie z postanowieniami § 1 opisu przedmiotu zamówienia, spektrometr musi umożliwiać analizę próbek o niewielkich rozmiarach, nietypowych kształtach i składach chemicznych. Dodatkowo w odpowiedzi na pytanie wykonawcy, Zamawiający wyjaśnił, iż wymaga, aby oferowany spektrometr umożliwiał pomiar ilościowy próbek o nietypowych kształtach i niewielkich rozmiarach (np. wióry, pyły), które wypełniają częściowo kasetę przy zastosowaniu opcji helowej i programu bezwzorcowego. Ponadto odpowiadając na pytanie wykonawcy Zamawiający wskazał, iż bezwzorcowo analiza ilościowa jest wymagana dla wszystkich przywołanych w SIWZ rodzajów kaset i pomiaru punktowego.

Zgodnie z § 1 pkt 37 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wymagał identyfikacji materiału próbki w oparciu o dostarczoną bazę danych.

Zgodnie z postanowieniami § 2 SIWZ zamawiający określił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. wykonali w ostatnich 3 latach (przed upływem terminu składania ofert), co najmniej 3 dostawy o analogicznym charakterze i wielkości.

Ponadto Izba ustaliła, iż zgodnie z § 4 ust. 4 SIWZ zamawiający wyznaczył następujące kryteria oceny ofert:

- 1) cena – waga 92%
- 2) umiejscowienie lampy nad analizowaną próbką- waga 8%.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Spekcom Sp. z o. o. na kwotę 1.000.174,50 zł brutto

2) Testchem Sp. z o. o. na kwotę 1.089.780,00 zł brutto.

Izba ustaliła, iż wykonawca Testchem zaoferował dostawę spektrometru firmy RIGAKU, model Primus II. Opis oferowanego spektrometru zawarty został w specyfikacji technicznej załączonej do oferty.

Ponadto Izba ustaliła, iż wykonawca Testchem na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia do oferty załączył wykaz wykonanych usług wraz z protokołami odbioru. W wykazie powołał się na doświadczenie w dostawie spektrometru na rzecz: Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie, Uniwersytetu Śląskiego oraz Lotos LAB Sp. z o. o.

Pismem z dnia 21 stycznia 2014 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Testchem o wyjaśnienie i uzupełnienie danych dotyczących m.in.:

- 1) „brak informacji o wymaganej w SIWZ p. 37 bazy danych do identyfikacji materiałów;
- 2) brak jednoznacznej informacji o możliwości pomiaru ilościowego próbek o nietypowych kształtach i niewielkich rozmiarach (wióry, pyły), które wypełniają częściowo kasetę przy zastosowaniu opcji helowej i programu bezwzorcowego;
- 3) brak jednoznacznej informacji czy program bezwzorcowy może być stosowany do pomiaru punktowego oraz dla próbek w kasecie o otworze < 10mm.”

W odpowiedzi z dnia 22 stycznia 2014 r., wykonawca Testchem wyjaśnił, iż:

„(...) zaoferowane przez nas oprogramowanie umożliwia analizę składu warstw. Oferowany spektrometr jest urządzeniem bardzo uniwersalnym i posiada możliwość analizy bardzo różnych materiałów. Użytkownik tworzy sobie bazę danych swoich materiałów a spektrometr na podstawie analizy przypisuje dany materiał do określonego gatunku. Sygnał promieniowania rentgenowskiego odpowiada grubości do 30 mikronów analizowanego materiału. Jeżeli próbka jest rozdrobniona do tego poziomu lub jej fragment jest płaski to analiza jest możliwa w przypadku niecałkowitego wypełnienia kasety np. oferowane 4 sztuki Masek 5mm (typu Y) pozwalają na pomiar próbek o średnicy 5mm. Pomiar jest możliwy w opcji helowej i przy zastosowaniu programu do analizy bezwzorcowej. Tak program bezwzorcowy może być stosowany do analizy próbek w kasetach < 10 mm.”

Pismem z dnia 27 stycznia 2014 r., Zamawiający ponownie zwrócił się do wykonawcy Testchem o jednoznaczne potwierdzenie czy oferta uwzględnia, wymagane w SIWZ, wyposażenie spektrometru w bazę danych do identyfikacji materiałów. W odpowiedzi Testchem wyjaśnił, iż „(...) oprogramowanie zawiera bibliotekę materiałów (baza danych ang. Matching Library) i za jej pomocą możliwa jest bezwzorcowa analiza ilościowa i półilościowa składu chemicznego wszelkich materiałów.”

W dniu 3 lutego 2014 r., zamawiający poinformował o wynikach oceny ofert wskazując, iż za najkorzystniejszą uznana została oferta wykonawcy Testchem. Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w dniu 12 lutego 2014 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp przystąpienie do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zgłosił żaden wykonawca. Zgłoszenie przystąpienia przesłane do Izby przez wykonawcę Testchem w dniu 18 lutego 2014 r., zostało wniesione z uchybieniem terminu wynikającego z dyspozycji art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i tym samym nie mogło zostać uznane za skuteczne.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść SIWZ, treść oferty wykonawcy Testchem, treść udzielonych wyjaśnień, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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 Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, iż Odwołujący na rozprawie cofnął zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy Testchem dotyczący braku możliwości stosowania programu bezwzorcowego do pomiaru punktowego.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów, Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. Odnośnie możliwości pomiaru ilościowego próbek o nietypowych kształtach i niewielkich rozmiarach uwzględniając treść oferty wykonawcy Testchem wraz ze złożonymi przez niego wyjaśnieniami brak było podstaw do uznania, iż spektrometr zaoferowany przez tego wykonawcę nie posiada w/w funkcjonalności. Jak słusznie wskazywał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, w treści SIWZ nie stwierdził on, że analiza próbek o nietypowych kształtach ma odbywać się bez jakiegokolwiek uprzedniego przygotowania próbki. Ponadto treść SIWZ nie wyłączała możliwości pomiaru próbki nietypowej poprzez pomiar punktowy, wybór płaskiego fragmentu, co pozwala również zbadać całą próbkę. Również w zakresie zarzutu niezaoferowania bazy danych pozwalającej

na dokonywanie identyfikacji materiału Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, uznając, iż oferta wykonawcy Testchem odpowiada treści SIWZ w tym zakresie. Niewątpliwie zgodnie z treścią specyfikacji technicznej oferowanego przez Testchem spektrometru załączonej do oferty, oferta zawiera m.in.: oprogramowanie do tworzenia bazy danych, biblioteki SQX („SQX matching library”), oprogramowanie do identyfikacji gatunku materiału („Sample Identification Analysis”). Tym samym Zamawiający miał podstawy do uznania, iż oferta zawierała również bazę danych pozwalającą na dokonanie identyfikacji materiału. Jak wskazywał Zamawiający, opierając się na danych producenta zaoferowanego przez Testchem spektrometru, baza Matching Library zawiera dane referencyjne próbek podobnych do analizowanych. Nie bez znaczenia pozostają również wyjaśnienia złożone przez Testchem, który potwierdził, iż oferuje oprogramowanie zawierające bibliotekę materiałów.

Odnosnie braku złożenia przez Testchem wymaganego przez Zamawiającego potwierdzenia należytego wykonania, co najmniej trzech dostaw o analogicznym charakterze, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odwołujący nie podnosił, iż Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy Testchem z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazując na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Reasumując, uwzględniając zasadę wynikającą z art. 6 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, biorąc pod uwagę, iż Odwołujący poza własnymi stwierdzeniami nie wskazał dowodów, które potwierdzałyby, niezgodność treści oferty Testchem z treścią SIWZ Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania oraz 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).

Przewodniczący: