

Sygn. akt: KIO 3125/22

## WYROK

z dnia 19 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Beata Konik**

Protokolant: **Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie 6 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 listopada 2022 roku przez odwołującego „**SHIM-POL A.M. B.**” **E. B.-R., A. R. spółkę jawną z siedzibą w Izabelinie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Wojewódzką Stację Sanitarno-Epidemiologiczną w Warszawie**, przy udziale wykonawcy **PERLAN Technologies Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

### orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 15 listopada 2022 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty PERLAN Technologies Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oferty PERLAN Technologies Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izłą.

- 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz z tytułu uiszczanego wpisu.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 22 lipca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Wojewódzka Stacja Sanitarno-Epidemiologiczna w Warszawie, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawę 2 chromatografów cieczowych sprzężonych ze spektrometrem mas typu potrójny kwadrupol (LC-MS/MS) wraz z oprzyrządowaniem pomocniczym”, nr postępowania: ZP 13/2022.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 29 września 2022 r. nr 2022/S 186-525931.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 22 lipca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710).

W postępowaniu tym wykonawca „SHIM-POL A.M. B.” E. B.-R., A. R. spółkę jawną z siedzibą w Izabelinie (dalej: „Odwołujący”) 25 listopada 2022 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż jest to oferta prawidłowa i zgodna z warunkami zamówienia,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp przez ich niezastosowanie wobec oferty wykonawcy Perlan i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty, pomimo iż jest to oferta niezgodna z warunkami zamówienia, w tym nie sprecyzowana co do przedmiotu oferty oraz nie potwierdzona dopuszczonymi przez Zamawiającego przedmiotowymi środkami dowodowymi,
- 3) a w konsekwencji wszystkich powyższych zarzutów naruszenie także art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

- 2) odrzucenie oferty wykonawcy Perlan,
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i ponowną ocenę oraz punktację oferty,

Ponadto Odwołujący wniósł o obciążanie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego, którego dotyczy przedmiotowa sprawa i jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia. W celu uzyskania zamówienia Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego. Gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp to oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona i przy odrzuceniu oferty wykonawcy Perlan, oferta Odwołującego uzyskałaby najwyższą liczbę punktów i została wybrana jako najkorzystniejsza. Naruszenia, których dopuścił się Zamawiający skutkują tym, że Odwołujący może ponieść szkodę m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

*Ad odrzucenie oferty Odwołującego.*

W ocenie Odwołującego analiza uzasadnienia odrzucenia jego oferty wskazuje, że doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego jest błędne. Nie jest między Odwołującym a Zamawiającym sporne, że Załącznik nr 2 stanowi treść oferty. W zakresie „Autosamplera z termostatowaniem próbek – dwa urządzenia”, Odwołujący wskazał, że zaoferował „zakres nastrzyku 0,1 do 100 µl”. Jest to wprost wpisane w kolumnie „Parametry oferowane”. Treść oferty, a taki ma właśnie charakter Załącznik nr 2, nie pozostawia więc żadnych wątpliwości, że Odwołujący objął swoim oświadczeniem woli zaoferowanie modelu autosamplera w wersji umożliwiającej nastzyk w zakresie 0,1 do 100 µl.

Odwołujący podkreślił, że w wyjaśnieniach z dnia 09.11.2022 r., złożonych na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący potwierdził jedynie to, co wynika już z samej treści oferty. Całkowicie niezrozumiały i pozbawiony merytorycznych podstaw jest wniosek Zamawiającego, iż złożone wyjaśnienia zmieniają treść oferty. W jaki sposób złożone wyjaśnienia:

– w których wskazano, że dostarczony autosampler będzie umożliwiał „nastzyk w zakresie 0,1 do 100 µl”

miały w ogóle (a tym bardziej istotnie) zmieniać treść oferty,

– skoro w treści tej oferty *expressis verbis* oferowany jest parametr: „zakres nastrzyku 0,1 do 100 µl”.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że „W przypadku gdy Wykonawca oferuje dedykowane (tzn. wersje rozszerzoną) urządzenie powinien zamieścić taką informację w złożonej ofercie”.

W kontekście dokonanego odrzucenia powyższe, zdaniem Odwołującego, należy rozumieć w ten sposób, że Zamawiający uznał, jakoby istniał obowiązek zamieszczenia w ofercie słowa „wersja rozszerzona”. Odwołujący wskazał, że po pierwsze, Zamawiający w SWZ, w opisie sposobu przygotowania oferty, nigdzie nie zastrzegł, że należy stosować tego rodzaju dopisek. Tak samo w Załączniku nr 2, w kolumnie „Parametry oferowane” nie ma tego rodzaju zastrzeżenia, a przeciwnie – wymagane jest „podanie parametrów oferowanych”, co względem autosamplera i wymagań co do zakresu zastrzyku, zostało jednoznacznie zaoferowane. Po drugie, zdaniem Odwołującego, nie ma żadnego merytorycznego znaczenia, czy tego rodzaju dopisek znalazł się w treści oferty, czy nie, gdyż jedynie istotne pozostaje to, jakie parametry zostały zaoferowane. Sama treść oferowanych parametrów pozwala bowiem ocenić, co jest przedmiotem oferty, ergo, że jest to urządzenie w wersji rozszerzonej, której istnienie na rynku potwierdza zresztą Zamawiający pisząc w wezwaniu, iż same karty katalogowe producenta dopuszczają możliwość rozszerzenia zakresu nastrzyku.

Dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego obarczona jest tym samym rażąco błędami. Trudno nie odnieść wrażenia, że Zamawiający wykreował pretekst do odrzucenia tej oferty, pomijając przy tym rzecz najważniejszą, a więc to, co zostało w treści tej oferty napisane.

W sprawie nie zaszły więc żadne podstawy do uznania oferty Odwołującego za ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, gdyż jest to oferta prawidłowa (oferująca dokładnie taki parametr, jaki był wymagany przez Zamawiającego) i nie ma żadnej niezgodności między tym, co wymagano w SWZ z tym, co podano w treści oferty.

Zdaniem Odwołującego, odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego jest nie do pogodzenia zarówno z samą treścią oferty, ale także z utrwaloną linią orzecniczą KIO, w tym zakresie Odwołujący przywołał stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 17.01.2022 r., sygn. akt KIO 3766/21 oraz w wyroku z dnia z 25.05.2021 r., KIO 992/21.

W ocenie Odwołującego między ofertą Odwołującego, a wymaganiami SWZ nie ma żadnej niezgodności. Zamawiający dopuścił się tym samym naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego wobec jednoznacznego zaoferowania zakresu nastrzyku 0,1 do 100 µl, nie zachodziła także potrzeba sięgania do art. 223 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż w ofercie nie ma żadnej omyłki, którą trzeba by było poprawić. Z ostrożności, z uwagi na to, że Zamawiający użył argumentu o braku możliwości zastosowania art. 223 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący odniesie się także do tej kwestii. Jeżeli Zamawiający za błąd uznawał brak

dopisku „wersja rozszerzona” to dopuścić się także naruszenia art. 223 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż taka poprawka z pewnością mieści się w dyspozycji tego przepisu. Nie zmienia ona bowiem treści oferty, a jedynie nazywa słowem pisany, to, co wynika już z samych oferowanych parametrów.

*Ad zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Perlan.*

Odwołujący wyjaśnił, że w Rozdziale V pkt 11 SWZ, Zamawiający zastrzegł, że: *„Zaoferowany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia powinien odpowiadać wszystkim cechom jakościowym i ilościowym ujętym w Załączniku nr 2 do SWZ. Spełniać wymagane parametry techniczne, jakościowe wymagane przez Zamawiającego”.*

Zgodnie z Opiszem sposobu przygotowania oferty (pkt 3) *„Wykonawca przedstawia ofertę zgodnie z wymaganiami określonymi w niniejszej SWZ poprzez wybranie i podpisanie: a) formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SWZ), b) formularza opisu przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 2 do SWZ).*

Odwołujący wskazał, że Załącznik nr 2 do SWZ po wypełnieniu i podpisaniu przez każdego wykonawcę stanowi tym samym treść oferty, na równi z samym formularzem ofertowym. Załącznik nr 2 jest przy tym kluczowy, gdyż to właśnie ten formularz pokazuje, co konkretnie oferuje wykonawca. Odwołujący wskazał następnie, że w toku badania oferty Perlan Zamawiający ustalił, że wykonawca ten nie zaoferował jednego z wymaganych parametrów. Wynika to wprost z treści wezwania z dnia 8.11.2022 r., gdzie Zamawiający sam stwierdził, że:

- w kolumnie pt.: *„Parametry oferowane”* wymagano podania obu parametrów.
- w złożonej ofercie Wykonawca nie wpisał parametru spadku ciśnienia.

Odwołujący wyjaśnił, że parametr spadku ciśnienia jest parametrem istotnym. Zamawiający świadomie wpisał ten parametr do Załącznika nr 2, nie wykreślił tego parametru na etapie udzielania wyjaśnień do SWZ, a przeciwnie parametr ten utrzymał wymagając jego zaoferowania w treści oferty, gdyż Zamawiający ma świadomość, iż parametr ten jest bardzo istotny dla zapewnienia odpowiedniej wydajności instalacji gazowej wymaganej dla poprawnego funkcjonowania spektrometru mas. Szczególnie ma to znaczenie w przypadku, gdy ten spektrometr będzie, zgodnie z wymaganiem zawartym w pkt 4.9. tabeli, oddalony od sprężarki z osuszaczem nawet o 40 m.

Odwołujący podkreślił, że zarówno Odwołujący, jak również i trzeci oferent dostosowali się do wymagań Zamawiającego i potwierdzili wszystkie wymagane parametry. Wykonawca Perlan nie podał jednego z istotnych parametrów, a mimo to Zamawiający, który w SWZ wymagał podania wszystkich parametrów, nie uznał braku jednego z parametrów za coś istotnego.

Zdaniem Odwołującego, skoro Zamawiający ustalił, że Perlan nie podał jednego z wymaganych parametrów, to winien tę ofertę odrzucić, gdyż jest to oferta niezgodna z warunkami zamówienia i jest to merytoryczna niezgodność nie podlegająca uzupełnieniu. Brak podania jednego z parametrów wymaganych w SWZ nie może być konwalidowany następczym oświadczeniem składanym po terminie składania ofert. To już w momencie składania ofert każdy z wykonawców zobowiązany był określić wszystkie oferowane parametry podlegające ocenie w zakresie zgodności z wymaganiami SWZ. Temu też służyło jednoznaczne wymaganie Zamawiającego podane w nagłówku do tabeli stanowiącej Załącznik nr 2 o treści: Parametry oferowane (wymagane podanie parametrów oferowanych). Z tego wymogu jednoznacznie wynika, że w białym polu każdy oferent musiał wpisać konkretne parametry, jakie oferuje Zamawiającemu.

W ocenie Odwołującego sytuacja, w której Zamawiający z jednej strony wymaga podania obu parametrów, a z drugiej strony akceptuje ofertę, w której jeden z parametrów nie został podany, jest zaprzeczeniem zasad wynikających z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Prowadzi to do nieuprawnionego faworyzowania jednego tylko wykonawcy, a Zamawiający przez swoje działania, tj. skierowanie wezwania do wyjaśnień, dał temu wykonawcy drugą szansę na sformułowanie treści oferty, po terminie składania oferty, niwecząc całkowicie reguły uczciwej konkurencji. Gdy faktem bezspornym jest brak podania przez wykonawcę Perlan jednego z wymaganych parametrów, Zamawiający nie powinien był wzywać do złożenia wyjaśnień, lecz ofertę tę odrzucić. Jeżeli bowiem czegoś nie ma w ofercie to nie wyjaśnia się tego, lecz wyciąga przewidziane prawem konsekwencje – w tym przypadku konsekwencje w postaci odrzucenia oferty. Przez wystosowanie wezwania Zamawiający w istocie rozpoczął negocjacje służące zmianie treści oferty, czym naruszył art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Nawet jednak jeżeli Zamawiający przyjął wyjaśnienia wykonawcy Perlan do analizy, to nie zasługuje na uwzględnienie to, że zaakceptował tak niespójne i mętne argumenty, uznał, że wyjaśniają one treść oferty, jak również nie dopatrył się, że złożonymi wyjaśnieniami Perlan zmienił pierwotną treść swojej oferty, dodając do niej parametr spadku ciśnienia.

Odwołujący podkreślił, że względem Odwołującego Zamawiający za rozszerzenie oferty uznał wyjaśnienia potwierdzające zaoferowanie parametru wpisanego w ofercie. Względem zaś Perlan nie uznał, że doszło do rozszerzenia oferty, i to mimo tego, że parametr spadku ciśnienia został dopiero dodany tymi wyjaśnieniami i w dodatku, gdy wyjaśnienia te w ogóle nie wskazują, z których informacji zawartych w ofercie ma wynikać parametr spadku ciśnienia.

Zdaniem Odwołującego ocena i decyzje Zamawiającego sprzeczne są z logiką, zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz przejrzystości, jak również sprzeczne z utrwalonym dorobkiem orzecznictwem KIO, w którym wskazuje się, że

wyjaśnienie treści oferty nie może prowadzić do jej zmiany. W tym zakresie Odwołujący przywołał wyroki Izby z dnia 31.10.2013 r., sygn. akt KIO 2459/13, z dnia 20.12.2021 r., sygn. akt KIO 3555/21 oraz z dnia z 11.01.2019 r., sygn. akt KIO 2665/18.

Odwołujący wskazał, że skutkiem naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz skutkiem przyjęcia złożonych wyjaśnień było z kolei naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Perlan. W niniejszej sprawie, wobec jednoznacznego braku jednego z ważnych parametrów, nie powinno, zdaniem Odwołującego, w ogóle dojść do wystosowania wezwania, a jeżeli nawet już doszło do tego wezwania, to otrzymane wyjaśnienia powinny zostać odrzucone, jako wyjaśnienia zmieniające pierwotną treść oferty i nie wyjaśniające, gdzie w ofercie został zawarty parametr spadku ciśnienia. Analiza tych wyjaśnień winna co najwyżej stanowić dla Zamawiającego dodatkowy argument za odrzuceniem oferty Perlan, a nie za jej utrzymaniem.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający pominął też ewidentne niespójności wynikające z treści złożonych wyjaśnień. W pierwszej kolejności, wbrew żądaniu Zamawiającego, wykonawca Perlan nie wyjaśnił dlaczego nie podał parametru spadku ciśnienia. Skoro wskazano w wyjaśnieniach, że instalacja zewnętrzna ma gwarantować spełnienie parametru, to przecież nic nie stało na przeszkodzie, by wymagany parametr wpisać do oferty. Wykonawca Perlan nie wyjaśnił więc w żaden rzeczowy sposób, dlaczego zrezygnował z podania tego parametru w treści oferty. Następnie Odwołujący wskazał, że po złożeniu wyjaśnień nie wiadomo w ogóle, co jest Zamawiającemu oferowane. Z jednej strony wykonawca Perlan twierdzi, że opis parametrów, w tym parametru z pkt 4 ppkt 7, dotyczył samodzielnie sprężarki – co sugerowałoby, że wypełniając pkt 4 tabeli Perlan nie oferował zintegrowanego systemu, a z drugiej strony wyjaśnia, że jedynie przez zintegrowany system może zapewnić parametr spadku ciśnienia 0,25 bar, którego to parametru i tak nie wpisał do oferty.

Zdaniem Odwołującego, całościowa analiza złożonych wyjaśnień, jak również pytania zadane przez tego wykonawcę na etapie SWZ, nie pozostawiają wątpliwości, że wykonawca Perlan, jako profesjonalny dostawca sprzętu powinien rozumieć wymagania i opis Zamawiającego zawarte w tym punkcie, a dotyczące wielkości spadku ciśnienia. Pomimo to nie wpisał w treści oferty, iż oferowany zintegrowany system (sprężarka wraz z osuszaczem ziębniczym) zapewnia parametr spadku ciśnienia 0,25 bar.

Odwołujący podkreślił, że nawet jeżeli przyjąć, że wykonawca Perlan zaoferował zintegrowany system (czemu jednak zdaje się zaprzeczać pisząc w wyjaśnieniach, że pkt 4 tabeli dotyczył tylko samodzielnie sprężarki) to co najwyżej zaoferował taki system, ale bez zagwarantowania, że jest to system gwarantujący spadek ciśnienia 0,25 bar. Brak podania parametru spadku ciśnienia w ofercie oraz brak sprecyzowania osuszacza ziębniczego



proceedzi do wniosku, że wykonawca Perlan zaoferował osuszacz nie gwarantujący tego parametru. Gdyby bowiem oferował osuszacz gwarantujący ten parametr to nie miałby żadnych powodów do tego, by nie wpisywać do treści oferty parametru spadku ciśnienia. Brak wpisania tego parametru w treść oferty musiało więc być działaniem przemyślanym i celowym, skoro wykonawca Perlan miał mieć jednocześnie wiedzę, że zastosowanie osuszacza może pozwolić na osiągnięcie tego parametru. Nawet przy założeniu, że wykonawca Perlan omyłkowo nie wpisał wymaganego parametru do treści oferty, to i tak nie stanowi to usprawiedliwienia do uznania tej oferty za zgodną z SWZ. Brak należytej staranności w przygotowaniu oferty obciąża tego wykonawcę w całości.

Odwołujący wskazał, że naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wynika także z tego, iż Zamawiający wybrał ofertę Perlan mimo, iż wykonawca ten nie sprecyzował przedmiotu oferty. W sytuacji, gdy wykonawca Perlan nie wpisał w treści oferty parametru „spadek ciśnienia 0,25 bar” winien tak ukształtować treść swojej oferty, by parametr ten wynikał jednoznacznie z innych informacji zawartych w tej ofercie. W innym wypadku Zamawiający nie ma podstaw do uznania, że parametr ten został zaoferowany. Skoro przedmiotowy parametr ma gwarantować osuszacz ziębniczy, z treści oferty winno wynikać, jaki osuszacz ziębniczy jest oferowany, tak żeby Zamawiający mógł ocenić, czy jest to osuszacz rzeczywiście gwarantujący ten parametr. Jedynie w sytuacji podania w ofercie parametru spadku ciśnienia wykonawca nie musiałby jednocześnie precyzować osuszacza ziębniczego. Podanie w ofercie parametru spadku ciśnienia oznacza bowiem automatycznie, że oferuje się osuszacz gwarantujący ten parametr. W ofercie Perlan brak jest jednak jakiegokolwiek informacji o tym, jaki osuszacz został zaoferowany. Nawet po złożeniu wyjaśnień Zamawiający nadal nie wie, jaki osuszacz został zaoferowany. Szczególnie, że osuszacz jest odrębnym opcjonalnym urządzeniem względem sprężarki.

W konsekwencji Zamawiający otrzymując ofertę Perlan:

- nie ma zaoferowanego parametru spadku ciśnienia,
- nie ma sprecyzowanego osuszacza ziębniczego, a więc nie wie, czy oferowany jest mu osuszacz gwarantujący wymagany parametr spadku ciśnienia.

Zdaniem Odwołującego taki sposób ukształtowania oferty powinien skutkować odrzuceniem oferty Perlan. Odwołujący przywołał stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO z 21.01.2022 r., sygn. akt KIO 40/22, które jest w jego ocenie adekwatne do okoliczności niniejszej sprawy. Odwołujący wyjaśnił, że identycznie, jak w ww. sprawie, Zamawiający w niniejszym postępowaniu wymagał jednoznacznie podania wszystkich parametrów w Załączniku nr 2. Perlan dochowując należytej staranności uwzględniającej profesjonalny charakter działalności winien mieć świadomość obowiązku sprecyzowania przedmiotu świadczenia w ofercie i tak samo identycznie wykonawca Perlan dopiero na etapie wykonania zamówienia sprecyzowałby przedmiot swojego świadczenia. Dopiero po zawarciu

umowy i przystąpieniu do jej realizacji Zamawiający dowiedziałby się, jaki osuszacz ziębniczy jest dostarczany i czy jest to osuszacz faktycznie pozwalający na zachowanie parametru spadku ciśnienia.

W związku z powyższym Odwołujący stoi na stanowisku, że wybór oferty Perlan narusza art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, także z tego względu, że wykonawca ten nie potwierdził przedmiotowym środkiem dowodowym spełnienia parametru spadku ciśnienia. Wobec tego braku wykonawca Perlan nie potwierdził zgodności oferowanej dostawy z wymaganiami, cechami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał następnie, że pismem z dnia 18.10.2022 r. Zamawiający uszczegółowił odpowiedź na pyt. 6, wskazując: *„Odpowiedź: Tak, Zamawiający wyraża zgodę na przedstawienie jako środek dowodowy, poza oryginalnymi kartami katalogowymi producenta, również oryginalne instrukcje obsługi producenta oraz oficjalne oświadczenie producenta zawierające potwierdzenie parametru technicznego urządzenia, które zostało podpisane przez wykwalifikowanego specjalistę z zakresu spektrometrii mas. Odnośnie parametru dotyczącego sprężarki powietrza w punkcie 7 „moc silnika 5,5 kW, spadek ciśnienia 0,25 bar”, Zamawiający wyraża zgodę na przedstawienie karty katalogowej sprężarki bez uwzględniania parametru spadku ciśnienia przy zachowaniu pozostałych wymagań technicznych.”*

Odwołujący wyjaśnił, że wraz z wyjaśnieniami Perlan złożył dokument zatytułowany „Oświadczenie”. Złożone wraz z wyjaśnieniami pismo z 09.11.2022 r. nie jest oświadczeniem producenta. Nie wiadomo, kto podpisał się pod tym oświadczeniem, gdyż skrót „i.A.” sugeruje, że jest to podpis składany w imieniu M. L.. Pan M. L. nie jest osobą uprawnioną do reprezentowania Renner GmbH Kompressoren. Z ogólnie dostępnych informacji wynika, że jest to urzędnik eksportowy (Exportsachbearbeiter), a więc należy uznać, że jest to handlowiec. Zdaniem Odwołującego złożone „oświadczenie” obarczone jest kolejną, dyskwalifikującą go wadą. Nie jest to bowiem oświadczenie producenta podpisane przez wykwalifikowanego specjalistę z zakresu spektrometrii mas. W tym stanie rzeczy, skoro wykonawca Perlan nie złożył wraz z ofertą oświadczenia producenta, podpisanego przez wykwalifikowanego specjalistę z zakresu spektrometrii mas i podjął próbę uzupełnienia tego braku przy okazji składania wyjaśnień, to oznacza to, iż wykonawca Perlan zdecydował się na samouzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego.

Odwołujący zauważył, że orzecznictwo KIO wskazuje że w sytuacji, gdy wykonawca decyduje się na samouzupełnienie dokumentu, to w przypadku złożenia wadliwego dokumentu, traci już prawo do kolejnej szansy na uzupełnienie dokumentu na wezwanie zamawiającego. Potwierdzają to przykładowo następujące wyroki KIO: wyrok KIO z 11.03.2013 r., sygn. akt KIO 268/13; KIO 270/13, wyrok KIO z 27.05.2015 r., sygn. akt KIO

1009/15, wyrok KIO z 7.08.2017 r., sygn. akt KIO 1352/17. W świetle ww. orzecznictwa, Zamawiający winien był uznać, że Perlan uchybił obowiązkowi złożenia przedmiotowego środka dowodowego wraz z ofertą, wykorzystał drugą szansę na złożenie tego środka dowodowego, składając dokument pozbawiony mocy prawnej i wartości dowodowej oraz niezgodny z wymaganiami narzuconymi przez Zamawiającego, ergo winien był uznać, że Perlan nie może mieć kolejnej, trzeciej już szansy, na złożenie przedmiotowego środka dowodowego i ofertę tę odrzucić.

Skutkiem wszystkich ww. naruszeń jest naruszenie art. 16 ustawy Pzp.

W złożonej pismem z 6 grudnia 2022 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający odnosząc się do zarzutów odwołania wyjaśnił, że:

- *„Zamawiający nie wymagał określenia producenta i modelu wszystkich elementów oferty, w szczególności akcesoriów i elementów składowych rozwiązania. Należało podać wyłącznie nazwy urządzeń wprost wskazanych przez Zamawiającego, co też Przystępujący uczynił.” (vide: pkt 4 str. 2 pisma z 6 grudnia 2022 r.).*
- *„Działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu do złożenia wyjaśnień było z całą pewnością prawidłowe. Zamawiający dostrzegł nieścisłość w ofercie Przystępującego polegającą na złożeniu oświadczenia potwierdzającego spełnienie wszystkich wymagań oraz brak odniesienia się do jednego z parametrów w formularzu. Z całą pewnością nie doszło do zmiany treści oferty, czy też prowadzenia niedozwolonych negocjacji, w szczególności że w ofercie określono producenta i modele oferowanych urządzeń.” (vide: pkt 9, str. 6 pisma z 6 grudnia 2022 r.).*
- *„Należy również zwrócić uwagę, że przedmiotowy formularz – dotyczył „sprężarki” a nie osuszacza - więc Zamawiający stwierdza, że wykonawca (i odwołujący i przystępujący) mógł mieć wątpliwości, czy konieczne będzie wpisanie parametru „spadku ciśnienia” który jest charakterystyczny dla połączenia sprężarki oraz osuszacza, a nie dla samej sprężarki. Nawet jeśli te wątpliwości rozstrzygnąć w tym kierunku, że należało wpisać spadek ciśnienia pomimo tego, że formularz dotyczył „sprężarki” – to wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji w tym zakresie.” (vide: pkt 10, str. 6 pisma z 6 grudnia 2022 r.).*
- *„Odwołujący zaoferował rozwiązanie niejednoznaczne, którego Zamawiający nie mógł przypisać do konkretnego modelu urządzenia. Zgodnie z otrzymanymi wyjaśnieniami urządzenie model SIL-40C XR nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie nastrzyku. Dopiero wersja rozszerzona urządzenia będzie spełniana ww. parametr. Odwołujący potwierdził zatem, że oferuje urządzenie, które po dostosowaniu (rozszerzeniu parametru) będzie spełniało wymagania Zamawiającego.*

*W świetle powyższego, u Zamawiającego wzbudziło to wątpliwości czy oferowane urządzenie spełnia parametry techniczne. Wykonawca składając ofertę powinien wykazać, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia ma spełniać wymagania określone przez Zamawiającego np. przez wskazanie nazwy modelu urządzenia lub złożenie oferty tak by Zamawiający mógł jednoznacznie zidentyfikować jaki przedmiot zamówienia Wykonawca oferuje. Z treści oferty Odwołującego to nie wynikało. Oferowany model SIL-40C XR urządzenia nie posiada wymaganego parametru dopiero zmodyfikowana wersja (rozszerzona) urządzenia, co wynika też z karty katalogowej gdyż nastrzyk 0,1 – 2000 µl, opisany został w oddzielnym wierszu z dopiskiem (optional) i obejmuje swoim zakresem kilka modeli urządzeń. Oznacza to, że oprócz wersji standardowych można zamówić wersję dedykowaną. Należy podkreślić, iż w sytuacji gdy Odwołujący dokładnie opisałby przedmiot zamówienia Zamawiający nie musiałby wyjaśniać treści oferty.” (vide: pkt 3, str. 11 pisma z 6 grudnia 2022 r.).*

Pismem z 6 grudnia 2022 r. wykonawca Perlan Technologies Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł o oddalenie odwołania. Wykonawca w treści tego pisma argumentował, że formularz z Załącznika 2 do SWZ w zakresie w jakim dotyczył zaoferowanej sprężarki był niejednoznaczny, ponieważ parametr „spadek ciśnienia 0,25 bar” nie dotyczy sprężarki tylko osuszacza i wobec tego, a także w świetle skorygowanej odpowiedzi na pytanie nr 6 wykonawca Perlan uważał, że nie musi tego parametru podawać. Wykonawca podkreślił, że jego intencją było spełnienie tego wymogu, co potwierdził w udzielonych wyjaśnieniach.

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

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestników postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca PERLAN Technologies Polska spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

Na podstawie Rozdziału IV „Tryb udzielenia zamówienia” pkt 5 SWZ, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi przedmiotowe postępowanie z zastosowaniem tzw. procedury odwrócone, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp.

Następnie jak wynika z treści Rozdziału V „Opis przedmiotu zamówienia”, Zamawiający nie dopuścił składania ofert równoważnych (*vide*: pkt 10). Zamawiający wymagał aby zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiadał wszystkim cechom jakościowym i ilościowym wskazanych w Załączniku nr 2 do SWZ, ponadto musi on spełniać wszystkie parametry techniczne, jakościowe wymagane przez Zamawiającego (*vide*: pkt 11). Zamawiający wskazał również, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) znajduje się w Załączniku nr 2 do SWZ (*vide*: pkt 12).

W Rozdziale VII „Przedmiotowe środki dowodowe”, Zamawiający przesądził, że przedmiotowe środki dowodowe należy złożyć wraz z ofertą (*vide*: pkt 1), w pkt 2 Zamawiający wskazał na treść art. 107 ust. 1 ustawy Pzp. Jak wynika z Rozdziału XII „Opis kryteriów z podaniem ich znaczenia i sposobu oceny ofert”, kryteria oceny ofert były następujące:

Lp./Kryteria/Waga/Sposób oceny:

K1/Oferowana cena całkowita brutto przedmiotu zamówienia/50%/minimalizacja

K2/Budowa spektrometru mas/20%/minimalizacja

K3/Zakres mas spektrometru/10%/minimalizacja

K4/Ilość i długość kolumn/10 %/minimalizacja

K5/Czułość detektora w trybie jonizacji pozytywnej/10%/minimalizacja

Razem: 100%

W ostatnim akapicie, po słowie „uwaga” Zamawiający postanowił: „Zmawiający informuje, że ww. kryteria oceny ofert, dotyczą dwóch urządzeń. Zamawiający wymaga by wraz z ofertą

*złożyć dowody na podstawie, których Zamawiający będzie mógł jednoznacznie potwierdzić, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wskazany parametr i może otrzymać określoną liczbę punktów - oficjalne, oryginalne karty producenta.”*

Jak wynika z treści Załącznika nr 2 do SWZ zawierającego OPZ, składał się on z kolumny zatytułowanej „Parametry wymagane” oraz z kolumny „Parametry oferowane (wymagane podanie parametrów oferowanych) (w polu niebieskim należy wpisać tak albo nie)”. Ponadto przy poz. „Chromatograf cieczowy – dwa urządzenia”, „Spektrometr mas typu QQQ – dwa urządzenia”, „Bezolejowa, spiralna sprężarka powietrza – dwa urządzenia” Zamawiający wymagał aby wpisać „Typ/model/producent” oferowanego urządzenia. Analogiczny wymóg nie pojawił się przy pozycjach: „Autosampler z termostatowaniem próbek – dwa urządzenia”, „Termostat kolumn – dwa urządzenia”, „Zestaw eksploatacyjny – dwa urządzenia”, „Oprogramowanie – dwa zestawy” oraz „Zestaw komputerowy”.

W toku postępowania wykonawcy zwracali się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści SWZ. Zamawiający dwukrotnie udzielił odpowiedzi na zadane pytania, tj. pismem z 17 i 18 października 2022 r.

W skorygowanej odpowiedzi na pytanie nr 6 o treści: „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na przedstawienie jako środek dowodowy poza oryginalnymi kartami katalogowymi producenta również oficjalne oświadczenie producenta zawierające potwierdzenie parametru technicznego urządzenia, które zostało podpisane przez wykwalifikowanego specjalistę z zakresu spektrometrii mas? Zwracamy się z uprzejmą prośbą o doprecyzowanie parametru dotyczącego sprężarki powietrza w punkcie 7 „moc silnika 5,5 kW, spadek ciśnienia 0,25 bar” – czy Zamawiający wpisując parametr spadku ciśnienia 0,25 bar miał na myśli spadek ciśnienia związany z zastosowaniem elementów uzdatniania? Jeśli tak, to parametr ten nie ma nic wspólnego z parametrami technicznymi kompresora przez co producenci nie uwzględniają tego parametru w kartach katalogowych w związku z tym, czy Zamawiający zgodzi się na przedstawienie karty katalogowej sprężarki bez uwzględniania parametru spadku ciśnienia przy zachowaniu pozostałych wymagań technicznych?”, Zamawiający wskazał: „Tak, Zamawiający wyraża zgodę na przedstawienie jako środek dowodowy, poza oryginalnymi kartami katalogowymi producenta, również oryginalne instrukcje obsługi producenta oraz oficjalne oświadczenie producenta zawierające potwierdzenie parametru technicznego urządzenia, które zostało podpisane przez wykwalifikowanego specjalistę z zakresu spektrometrii mas. Odnośnie parametru dotyczącego sprężarki powietrza w punkcie 7 „moc silnika 5,5 kW, spadek ciśnienia 0,25 bar”, Zamawiający wyraża zgodę na przedstawienie karty katalogowej sprężarki bez uwzględniania parametru spadku ciśnienia przy zachowaniu pozostałych wymagań technicznych.”

W postępowaniu zostały złożone 3 oferty przez następujących wykonawców:

1. Oferta nr 1 Bioanalytic Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, cena: 2 999 354,31 zł,
2. Oferta nr 2 Perlan Technologies Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (Przystępujący), cena: 2 576 415,91 zł,
3. Oferta nr 3 „SHIM-POL A.M. B.” E. B.-R., A. R. Spółka Jawna z siedzibą w Izabelinie (Odwołujący), cena: 2 357 910,00 zł.

Jak wynika z oferty Odwołującego, wypełniając Załącznik nr 2 do SWZ podał on typ/model/producenta chromatografu cieczowego, tj. UHPLC/Nexera XR/Shimadzu, nie podał natomiast typu/modelu/producenta w odniesieniu do autosamplera. W lit. A) pkt 1) w parametrach oferowanych Odwołujący podał „zakres nastrzyku 0,1 do 100 µl”.

Natomiast Przystępujący w swojej ofercie w Załączniku nr 2 do SWZ w pkt 4 „Bezolejowa, spiralna sprężarka powietrza – dwa urządzenia” pkt 7 w parametrach oferowanych Przystępujący podał tylko „Moc silnika 5,5 kW”, Przystępujący nie zadeklarował natomiast poziomu spadku ciśnienia. Ponadto Przystępujący podał model oferowanej sprężarki, tj. SLDK-I 5,5.

W toku postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający zwracał się do wykonawców pismami z 8 listopada w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, z prośbą o wyjaśnienie treści złożonych ofert.

Przystępujący został wezwany do wyjaśnienia w następującym zakresie: „(...) *Działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r., poz.1710) wzywa do złożenia wyjaśnień w poniższym zakresie: Zamawiający w pkt. 4 ppkt. 7) Załącznika nr 2 do SWZ pt: „Opis przedmiotu zamówienia..” wymagał by oferowane urządzenia posiadały następujące parametry tj. moc silnika 5,5 kW, spadek ciśnienia 0,25 bar. W związku z powyższym w kolumnie pt: „Parametry oferowane...” wymagano podania obu parametrów. W wyniku odpowiedzi na pytania Zamawiający odstąpił jedynie od podania w dokumentach przedmiotowych parametru spadku ciśnienia natomiast nie dokonał zmiany w formularzu ofertowym. W złożonej ofercie Wykonawca nie wpisał parametru spadku ciśnienia. W związku z tym, że zaoferowali Państwo określony model urządzenia tj. „Bezolejową Spiralną sprężarkę powietrza RENNER Kompressoren, model SLDK-I 5,5 – 400V, prosimy o wyjaśnienie przyczyn nie podania parametru spadku ciśnienia jak również złożenia wyjaśnień czy oferowane urządzenia spełniają wszystkie wymagania w powyższym zakresie. (...)*”.

W odpowiedzi z 9 listopada 2022 r., Przystępujący wyjaśnił: „1. Potwierdzamy, że zaoferowane przez Wykonawcę urządzenia: bezolejowe, spiralne sprężarki powietrza RENNER Kompressoren, model SLDK-I 5,5 – 400V wyposażone w zintegrowany osuszacz żyłbniczy – spełniają wszystkie z wymagań ustanowionych w pkt 4 tabeli Opisu przedmiotu zamówienia, w tym parametr z pkt 4 ppkt 7 – „spadek ciśnienia 0,25 bar”.

2. Jednocześnie wskazujemy, że spadek ciśnienia, którego dotyczy wymóg – zachodzi na etapach uzdatniania powietrza, a nie bezpośrednio w sprężarce. To instalacja zewnętrzna w stosunku do sprężarki – w postaci osuszacza ziębniczego, który został zaoferowany przez Wykonawcę wraz ze sprężarkami – gwarantuje spełnienie tego parametru.

Wymóg „spadku ciśnienia 0,25 bar” faktycznie nie odnosi się zatem do parametru technicznego sprężarki, tylko jest związany z systemem uzdatniania powietrza – na co Wykonawca wskazywał w pytaniach do treści SWZ:

„Zwracamy się z uprzejmą prośbą o doprecyzowanie parametru dotyczącego sprężarki powietrza w punkcie 7 „moc silnika 5,5 kW, spadek ciśnienia 0,25 bar” – czy Zamawiający wpisując parametr spadku ciśnienia 0,25 bar miał na myśli spadek ciśnienia związany z zastosowaniem elementów uzdatniania? Jeśli tak, to parametr ten nie ma nic wspólnego z parametrami technicznymi kompresora przez co producenci nie uwzględniają tego parametru w kartach katalogowych w związku z tym, czy Zamawiający zgodzi się na przedstawienie karty katalogowej sprężarki bez uwzględniania

parametru spadku ciśnienia przy zachowaniu pozostałych wymagań technicznych?”.

Sama sprężarka nie generuje spadku ciśnienia, natomiast potwierdzamy, że maksymalny spadek ciśnienia na całej instalacji ze zintegrowanym osuszaczem powietrza – wynosi 0,25 bar,

a zatem zaoferowane rozwiązanie jako całość – spełnia wymogi ustanowione w OPZ.

Na potwierdzenie powyższego – przedkładamy do wyjaśnień oświadczenie producenta zaoferowanych sprężarek wraz z osuszaczami RENNER GmbH Kompressoren, którego treść

potwierdza, że oferowane urządzenia spełniają wymogi OPZ w ww. zakresie.

3. Nie wpisanie tego parametru do treści formularza nie przesądza o merytorycznej niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Można mieć wątpliwość, czy wpisanie do formularza informacji, która wskazywałaby że wymóg ten spełnia sama sprężarka – byłoby prawidłowe. Należy zauważyć, że opis parametrów – w tym parametru z pkt 4 ppkt 7 – dotyczył samodzielnie sprężarki, a nie całego zintegrowanego systemu – na co wskazuje tytuł wiersza tabeli z pkt 4 OPZ: „Bezolejowa, spiralna sprężarka powietrza – dwa urządzenia”. Mając na względzie powyższe – potwierdzamy, że zaoferowane przez nas sprężarki wraz z osuszaczami ziębniczymi – spełniają wszystkie z wymogów ustanowionych w treści OPZ w tym parametr spadku ciśnienia 0,25 bar, co jednoznacznie potwierdza załączone do wyjaśnień oświadczenie producenta urządzeń.”

Odwołujący został wezwany do wyjaśnienia w następującym zakresie: „W pkt. 1 lit. A) Załącznika nr 2 do SWZ pt: „Opis przedmiotu zamówienia..” zaoferowali Państwo autosampler o następujących parametrach technicznych: współczynnik przeniesienia 0,0003% oraz zakres ciśnienia pracy 800 bar. Wymienione parametry wskazują na model



*autosamplera SIL-40 XR lub SIL-40C XR, które zgodnie ze specyfikacją urządzenia posiadają zakres nastrzyku w granicach 0,1 do 50 µl. Zgodnie z kartą katalogową producent, w ramach opcjonalnego rozwiązania, dopuszcza możliwość rozszerzenia zakresu nastrzyku w zakresie od 0,1 do 2000 µl.*

*W załączniku nr 2 do SWZ w poz. 1) lit A pkt. 1 zaoferowano zakres nastrzyku od 0,1 do 100 µl. Prosimy o wyjaśnienie, czy oferowana jest wersja rozszerzona autosamplera w tym zakresie czy jest to wersja standardowa urządzenia.”*

*W odpowiedzi z 9 listopada 2022 r. Odwołujący wyjaśnił: „W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 08 listopada 2022 r. nr pisma ATZ.272.602378.2022 Firma SHIM-POL A.M. B.” E. B.-R., A. R. Sp. j. z siedzibą w Izabelinie (05-080) przy ul. Lubomirskiego 5 informuje, że zgodnie z przesłanym do Zamawiającego załącznikiem nr 2 do SIWZ dostarczony autosampler (model SIL-40C XR) będzie umożliwiał nastrzyk w zakresie 0,1 do 100 µl, a więc zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Autosampler będzie wyposażony w opcjonalną pętlę 100 µl, co oznacza, że będzie to wersja rozszerzona autosamplera.”*

*Pismem z 15 listopada 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu pozostałych dwóch ofert, w tym oferty złożonej przez Odwołującego. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego było następujące: „Treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Załącznik nr 2 do SWZ po wypełnieniu i podpisaniu przez każdego wykonawcę stanowi treść oferty równoważny z formularzem ofertowym, a tym samym Załącznik nr 2 jest formularzem, przedstawiającym konkretną ofertę Wykonawcy. W załączniku nr 2 do SWZ w pkt. 1 lit. A) ppkt. 1) Zamawiający wymagał m. inn. zakres nastrzyku min. 0,1 do 100 µl, w ppkt. 4) współczynniki przeniesienia co najwyżej 0,005% oraz w pkt. 6) zakres ciśnienia pracy co najmniej 600 bar.*

*Wykonawca zaoferował urządzenie o następujących parametrach technicznych: współczynnik*

*przeniesienia 0,0003% oraz zakres ciśnienia pracy 800 bar. Wymienione parametry urządzenia wskazują na model autosamplera SIL-40 XR lub SIL-40C XR. Taki autosampler nie zapewnia spełnienia wymogu dotyczącego zakresu nastrzyku w granicach 0,1 do 100 µl, gdyż zgodnie ze specyfikacją urządzenia posiada ono zakres nastrzyku w granicach 0,1 do 50 µl, a tym samym nie spełnia parametrów technicznych wymaganych w Załączniku nr 2 do SWZ. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 8 listopada 2022 r. zwrócił się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień czy oferowane urządzenie jest wersją rozszerzoną autosamplera w ww. zakresie czy jest to wersja standardowa urządzenia.*

*W dniu 9 listopada 2022 r. Wykonawca wyjaśnił, że oferowany autosampler jest rozszerzoną wersją urządzenia, która będzie umożliwiała nastrzyk w zakresie 0,1 do 100 µl.*

Zgodnie z art. 223 ust. 3 Pzp, Zamawiający może dokonać poprawienia innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z treścią SWZ. Omyłki takie nie mogą powodować istotnych zmian w treści oferty.

Ponieważ złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia jednoznacznie potwierdzają, że oferowany autosampler jest rozszerzoną wersją urządzenia, co w konsekwencji zmienia w sposób istotny treść oferty, której Zamawiający nie może poprawić w trybie art. 223 ust. 3 Pzp.

W przypadku gdy Wykonawca oferuje dedykowane (tzn. wersje rozszerzoną) urządzenie powinien zamieścić taką informację w złożonej ofercie.

Mając na uwadze powyższe oferta nie spełnia wymogów SWZ i zostaje odrzucona.

Uzasadnienie prawne: Art. 226 ust.1 pkt. 5) ustawy Pzp.”.

### **Izba zważyła co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) i art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

2) została złożona przez wykonawcę: (...)

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

(...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

(...)

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Czynność Zamawiającego z 15 listopada 2022 r. nie była prawidłowa, stąd też Izba nakazała jej unieważnienie.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do czynności z 15 listopada 2022 r. w zakresie w jakim odnosi się ona do wyboru oferty Przystępującego, Izba wskazuje, że nie była ona

prawidłowa z następujących powodów. Przede wszystkim podkreślić należy, że przedmiotem sporu nie jest to czy zaoferowany przez Przystępującego osuszacz obiektywnie spełnia wymagany przez Zamawiającego parametr spadku ciśnienia 0,25 bar. Przedmiotem rozpoznania jest to, czy na podstawie treści oferty Przystępującego można ustalić, że Przystępujący zaoferował spełnienie parametru spadku ciśnienia na poziomie wymaganym przez Zamawiającego. Innymi słowy, czy z treści oferty można wywieść, że został zaoferowany przedmiot zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Nie jest bowiem sporne, że osuszacz, który gwarantuje zapewnienie spadku ciśnienia został przez Przystępującego zaoferowany. Problematiczne jest natomiast ustalenie, czy zapewniony będzie parametr spadku ciśnienia na wymaganym poziomie.

Przedmiot oferty powinien być sprecyzowany i nie budzić wątpliwości. W tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający wymagał sprecyzowania przedmiotu zamówienia w zakresie wskazanym w załączniku nr 2 do SWZ, który niewątpliwie stanowił treść oferty. Jest okolicznością między Stronami i Przystępującym bezsporną, że Przystępujący, mimo takiego wymogu, zaniechał sprecyzowania oferowanego parametru w zakresie spadku ciśnienia. Jest też bezsporne, że parametr spadku ciśnienia nie został potwierdzony w żadnym innym miejscu w ofercie Przystępującego. Złożony przez Odwołującego podczas rozprawy dowód nr 1 zawierający wyciąg z karty katalogowej z przetłumaczoną kolumną dotyczącą spadku ciśnienia potwierdził natomiast, że istnieją osuszacze, które nie spełniają wymaganego przez Zamawiającego parametru spadku ciśnienia 0,25 bar. Innymi słowy sam model sprężarki nie definiuje tego, jaki model osuszacza został zaoferowany, w tym czy został zaoferowany osuszacz spełniający wyspecyfikowany przez Zamawiającego wymóg. Odwołujący wyjaśnił, że to osuszacz gwarantuje spadek ciśnienia 0,25 bar, zatem skoro parametr ten nie został przez Przystępującego podany to Zamawiający nie ma pewności czy zaoferowany osuszacz będzie spełniał ten parametr na wymaganym poziomie 0,25 bar, skoro Przystępujący w załączniku nr 2 do SWZ ani w pozostałej treści ofert zaniechał potwierdzenia tego parametru. Należy mieć na uwadze, że Przystępujący nie skonstruował oferty tak, aby jej treść pokazywała jaki osuszacz został zaoferowany (nie było też takiego wymogu w SWZ), albo że ten parametr został spełniony. Innymi słowy, w przedmiotowej sprawie, brak w ofercie Przystępującego deklaracji co do oferowanego parametru spadku ciśnienia, a to w ocenie Izby stanowi o merytorycznej niezgodności oferty z treścią SWZ.

Powyższego nie zmienia zdaniem Izby okoliczność, że zaoferowany model sprężarki wskazuje, że został zaoferowany zintegrowany z nią osuszacz. Przystępujący bowiem nie wskazał w treści oferty, że oferowany wraz ze sprężarką osuszacz spełnia wymóg co do spadku ciśnienia, jednocześnie jest okolicznością bezsporną, że możliwa jest integracja osuszaczy które będą spełniać wymóg spadku ciśnienia 0,25 bar jak i takich, które tego

wymogu nie spełnią, a z samej treści oferty nie wynika, że parametr „spadek ciśnienia 0,25 bar” jest spełniony, ponieważ Przystępujący w żadnym miejscu swojej oferty nie zadeklarował, że ten właśnie parametr jest oferowany Zamawiającemu. Nie można zgodzić się z Przystępującym i Zamawiającym, że jest oczywistym, że na etapie realizacji umowy wykonawca dostarczy osuszacz spełniający ten wymóg. Zamawiający domniemuje tą okoliczność bazując na swoich dotychczasowych pozytywnych doświadczeniach ze współpracy z Przystępującym przy realizacji innego przedmiotu zamówienia. Zwrócić jednak uwagę należy na to, że w tamtym postępowaniu w treści oferty Przystępujący, co zostało przez Strony przyznane, zaoferował spełnienie parametru spadku ciśnienia na wymaganym przez Zamawiającego poziomie, co nie miało miejsca w tym postępowaniu. Ponadto w ocenie Izby pozytywne doświadczenia z dotychczasowej współpracy z wykonawcą nie mogą zastąpić braków treści oferty w tym postępowaniu. Podkreślenia wymaga, że obowiązkiem Przystępującego było sprecyzowanie parametru oferowanego urządzenia, tak aby Zamawiający miał pewność co jest przedmiotem świadczenia. Gdyby opierać się wyłącznie na ogólnym oświadczeniu wykonawcy, to zbędny byłby wymóg określenia w ofercie parametru oferowanego urządzenia, etap badania zgodności oferty ze SWZ czy analiza prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia. Za nieuprawnione uznać należy stwierdzenie, że Przystępujący oferuje przedmiot zgodny z wymaganymi SWZ. Obowiązkiem wykonawcy było precyzyjne określenie oferowanych parametrów, zaś uchybienie temu obowiązkowi powoduje, że jego oferta jest niezgodna z SWZ. Nie może też zmienić tej oceny złożony przez Przystępującego dowód w postaci korespondencji z przedstawicielem producenta (oznaczony jako dowody nr 2.1, 2.2, 2.3). Izba nie przeczy, że intencją Przystępującego było złożenie oferty zgodnej z SWZ, kłopot w tym, że nie zostało to uwidocznione w sposób niewątpliwy w samej treści złożonej oferty. Nie sposób w ocenie Izby w tym stanie faktycznym powiązać korespondencję Przystępującego z producentem z treścią oferty tak jak zrobiła to Izba w przywołanej przez Przystępującego sprawie KIO 1156/18. Nie ma też znaczenia wartość oferowanej części, która zapewnić ma spełnienie omawianego parametru. Ustawa Pzp nie uzależnia bowiem stwierdzenia ewentualnej niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia od wartości, na jaką wycenia się część co do której zachodzi ewentualna niezgodność.

Wobec powyższego, zdaniem Izby w analizowanym stanie faktycznym oferta Przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na brak jednoznacznego określenia, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, co stanowi przedmiot jego oferty. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny określił sposób sprecyzowania oferowanych urządzeń w treści oferty. Brak sprecyzowania przedmiotu świadczenia pozbawia Zamawiającego możliwości zweryfikowania na etapie badania złożonych ofert, czy jest on zgodny z wymaganiami opisu

przedmiotu zamówienia. Wykonawca *de facto* dopiero na etapie udzielonych wyjaśnień sprecyzował swój przedmiot świadczenia na rzecz Zamawiającego, co uznać należy za niedopuszczalne uzupełnienie złożonej oferty. Podobnie nie sposób zgodzić się ze stwierdzeniem, iż zaniechanie potwierdzenia w ofercie wszystkich wymagań zawartych w SWZ nie ma znaczenia dla wyboru oferty najkorzystniejszej bowiem Przystępujący na etapie realizacji zamówienia z pewnością dostarczy, czy też musi dostarczyć sprzęt zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Należy podkreślić, iż wykonawca określa przedmiot swojego świadczenia w ofercie. Na etapie realizacji zamówienia świadczy to, co określa w ofercie. Przyjęcie odmiennego stanowiska za zasadne prowadziłoby do sytuacji, w której zamawiający świadomie wybiera ofertę niezgodną z SWZ, a na etapie zamówienia żądana realizacji zamówienia zgodnie z SWZ. Taki sposób rozstrzygnięcia postępowań przetargowych uznać należy za niedopuszczalny. Nie tylko pomija on etap weryfikacji zgodność złożonych ofert przed wyborem oferty najkorzystniejszej, ale prowadzi do patowych sytuacji w zakresie przedmiotu świadczenia jakie ma być wykonany w ramach zamówienia. Dodatkowo postępowanie takie narusza zasady wyrażone w treści art. 16 ustawy Pzp (*vide*: wyroki w sprawach o sygn. akt KIO 40/22 i KIO 1115/22).

Uchybienie wskazane przez Odwołującego w zakresie oferty Przystępującego nie może być uznane za nieistotny element oferty, które mogłoby być konwalidowane na późniejszym etapie, w tym na etapie udzielenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Niewątpliwie załącznik nr 2 stanowił część oferty i w jego treści wykonawcy konkretyzowali przedmiot oferty – tak aby Zamawiający mógł mieć pewność jakie świadczenie zostało mu zaoferowane. Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał w załączniku nr 2 do SWZ sposób zidentyfikowania oferowanych urządzeń. Przystępujący zaoferował zaś urządzenie co do którego nie sprecyzował w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiotu świadczenia na rzecz Zamawiającego, co zdaniem Izby, uzasadniało nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Stanowisko Zamawiającego co do uznania omawianego uchybienia w ofercie Przystępującego za oczywistą omyłkę pisarską jest dla Izby niejasne. Podobnie jak analogiczne stanowisko Przystępującego zawarte w piśmie procesowym oraz podczas rozprawy. Nie miała bowiem w tym postępowaniu o zamówienie miejsca czynność poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w tym zakresie, ani żadnej innej omyłki.

Nie przekonało również Izby stanowisko Przystępującego stanowiące próbę usprawiedliwienia zaniechania zaoferowania parametru w zakresie spadku ciśnienia. Zdaniem Izby treść pytania nr 6 (oba pytania) nie dotyka kwestii związanej ze sposobem wypełnienia Załącznika nr 2 do SWZ lecz odnosi się do przedmiotowych środków dowodowych, a Zamawiający zgodził się na założenie karty katalogowej której treść nie

będzie donosić się do parametru spadku ciśnienia. Powyższe zdaje się być konsekwencją żądania złożenia przedmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie parametrów podlegających ocenie w ramach kryteriów oceny ofert, a wymóg co do spadku ciśnienia nie był parametrem punktowanym w ramach kryteriów oceny ofert. Wobec tego ustalenia Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp za chybiony.

Odnosząc się do czynności Zamawiającego z 15 listopada 2022 r. w zakresie w jakim dotyczyła ona oferty Odwołującego, w ocenie Izby czynność ta również nie była prawidłowa. Z tego względu Izba nakazała jej unieważnienie.

Przede wszystkim stwierdzić należy, że w świetle postanowień SWZ twierdzenie Zamawiającego o zaniechaniu sprecyzowania przez Odwołującego w załączniku nr 2 do SWZ, iż oferuje on autosampler w wersji rozszerzonej nie jest uprawnione. Treść załącznika nr 2 do SWZ wskazuje bowiem, że wykonawcy nie byli zobowiązani do wskazania typu/modelu/producenta oferowanego autosamplera. Taki wymóg został bowiem wyspecyfikowany tylko co do chromatografu cieczowego, spektrometru mas typu QQQ oraz bezolejowej, spiralnej sprężarki powietrza. Natomiast w ocenie Izby niewątpliwie Zamawiający w pkt 1 lit A) ppkt 1) załącznika nr 2 do SWZ wymagał „zakres nastrzyku min. 0,1 do 100 µl”. Jak wynika z treści oferty Odwołującego, zaoferował on spełnienie tego parametru deklarując: „zakres nastrzyku 0,1 do 100 µl”. Złożone pismem z 9 listopada 2022 r. wyjaśnienia tylko ten stan rzeczy potwierdziły. Rzeczywiście Odwołujący potwierdził w ich treści, że oferowany sprzęt jest wersją rozszerzoną, jednak w ocenie Izby nie ma to takiego znaczenia jak przypisuje to Zamawiający, bowiem w treści załącznika nr 2 do SWZ Odwołujący deklarując spełnienie kwestionowanego parametru tym samym zadeklarował zaoferowanie sprzętu w wersji rozszerzonej, spełniającej omawiany wymóg. Oznacza to w ocenie Izby, że Odwołujący w omawianym zakresie sprecyzował przedmiot oferty w sposób zgodny z SWZ, w tym zaoferował wymagany parametr. Podkreślenia bowiem wymaga, że Zamawiający domagał się sprecyzowania tego zakresu przedmiotu oferty nie przez podanie typu/modelu/producenta, lecz przez zaoferowanie określonego parametru/funkcjonalności, co Odwołujący uczynił. Zatem w tym zakresie oferta Odwołującego została sprecyzowana w sposób zgodny z SWZ, a decyzja Zamawiającego z 15 listopada 2022 r. w zakresie w jakim odnosi się do odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu, że Odwołujący na etapie wyjaśnień zmienił treść oferty w sposób istotny, była wadliwa. Z tego względu Izba nakazała unieważnienie tej czynności, czego skutkiem jest przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania oraz jej dalsze badanie i ocena.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze

zm.) tj. z dnia 22 lipca 2022 r. (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 oraz § 5 pkt 1) i pkt 2) lit b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba uznała, że Odwołujący wygrał spór w całości z uwagi na to, że cel odwołania w postaci odrzucenia oferty Przystępującego i przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania został osiągnięty.

**Przewodniczący:** .....