

WYROK
z dnia 29 października 2014 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2014 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2014 roku przez wykonawcę Linseis Messgerate Gmbh Vielitzer, Strasse 43 D-95100 Selb, Niemcy (adres do doręczeń: ulica Osiedlowa 15b, 05-092 Łomianki) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Wrocławskie Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stabłowickiej 147, 54-066 Wrocław

przy udziale wykonawcy Netzsch Geratebau GmbH, Wiittelsbacherstrasse 42, 95100 Selb zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Linseis Messgerate Gmbh Vielitzer, Strasse 43 D-95100 Selb, Niemcy (adres do doręczeń: ulica Osiedlowa 15b, 05-092 Łomianki) i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Linseis Messgerate Gmbh Vielitzer, Strasse 43 D-95100 Selb, Niemcy (adres do doręczeń: ulica Osiedlowa 15b, 05-092 Łomianki) tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy Linseis Messgerate Gmbh Vielitzer, Strasse 43 D-95100 Selb, Niemcy (adres do doręczeń: ulica Osiedlowa 15b, 05-092 Łomianki)

na rzecz Zamawiającego Wrocławskie Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stabłowickiej 147, 54-066 Wrocław kwotę 1 399 zł 08 gr (słownie: jeden tysiąc trzysta dziewięćdziesiąt dziewięć złotych, osiem groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) 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

Zamawiający Wrocławskie Centrum Badań EIT+ Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy ulicy Stabłowickiej 147, 54-066 Wrocław prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę (wraz z montażem, uruchomieniem i instruktażem personelu) aparatury naukowobadawczej, fabrycznie nowej i kompletnej dla potrzeb Laboratorium Technologii i Inżynierii Materiałów Polimerowych (Pracownia Fizykochemii Polimerów, Pracownia Badań Specjalnych) - Etap III, z podziałem na 6 części..

13 października 2014 roku Odwołujący działając na podstawie art. art. 179 ust. 1 oraz 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego obejmującej: badanie i ocenę ofert w postępowaniu w zakresie Części I a w ich wyniku bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Netzsch Gerätebau GmbH, z ostrożności również zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ).

Odwołujący wskazał na naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, a także art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty Netzsch Gerätebau GmbH jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
- naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców określonych w art. 7 ustawy oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu.

Odwołujący wniósł:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z przedmiotowego postępowania a także odrzucenia oferty wykonawcy Netzsch Gerätebau GmbH,
- nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentów przedłożonych wraz z odwołaniem oraz podczas rozprawy.

Odwołujący w sposób następujący uzasadnia swoje stanowisko:

W dniu 3 października 2014 roku, Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informacje o wyniku oceny ofert i odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania w zakresie Części I na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z uwagi na fakt, iż zdaniem Zamawiającego treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, tj. nie załączono Wymaganego certyfikatu na posiadanie analizy improved-Cape Lehman jako dokumentu potwierdzającego, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ.

Dla uzasadnienia takiego twierdzenia Zamawiający odwołał się do definicji słownika języka polskiego oraz definicji słownika Wikipedii.

Odwołujący nie może zgodzić się z tak przyjętą przez Zamawiającego argumentacją uznając, że narusza ona przepisy ustawy w zakresie wskazanym w przedmiotowym odwołaniu.

I.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający uznał, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ wynika z braku przedłożenia w ofercie dokumentu potwierdzającego, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ. Tymczasem katalog dokumentów wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie, że dana dostawa odpowiada wymaganiom SIWZ został opisany w Dziale VI pkt. 11 SIWZ, gdzie wskazano:

W celu potwierdzenia, że oferowana dostawa, odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego należy załączyć do oferty:

- 1) Prospekty i/lub foidery ofertowo-reklamowe sprzętu i/lub dokumentację producenta w języku polskim lub angielskim oraz w przypadku złożenia dokumentów w języku angielskim - sporządzone w języku polskim fragmenty dokumentów technicznych, umożliwiające weryfikację głównych funkcji urządzenia wymaganych przez Zamawiającego; wskazane jest, aby parametry techniczne prezentowane w załączonych prospektach odpowiadały parametrom technicznym opisanym w Załączniku nr 1 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 1 do SIWZ Wzór Formularza Ofert- Część B,*
- 2) Oświadczenie Wykonawcy, że zaoferowany przedmiot zamówienia będzie*

dopuszczony do obrotu na terytorium RP, będzie posiadał wszelkie wymagane przez przepisy prawa świadectwa, certyfikaty, atesty, deklaracje zgodności, itp. oraz będzie spełniać wszelkie wymagane przez przepisy prawa wymogi w zakresie norm bezpieczeństwa obsługi oraz, że dokumenty te dostarczy na każde żądanie Zamawiającego w trakcie realizacji umowy, jednak nie później niż przed dniem dostawy- na Załączniku Nr 1 do SIWZ ~ Wzór Formularza Oferty - Część A;

- 3) *Oświadczenie Wykonawcy, że wraz z dostawą oferowanego sprzętu dostarczy Certyfikat CE lub Deklarację Zgodności CE wydaną przez producenta - na Załączniku Nr 1 do SIWZ - Wzór Formularza Oferty - Część A.*

Jak wynika z powyższego Zamawiający nie wskazał w w/w katalogu certyfikatu w zakresie oprogramowania zawierającego model matematyczny oparty na nieliniowej regresji oraz ulepszony model Cape-Lehmana (ang. improved Cape -Lehmanmodel). Zatem już w tym zakresie uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego z powodu braku dokumentu potwierdzającego, że oferowana dostawa, odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego, w sytuacji, kiedy dokument ten nie został umieszczony w katalogu dokumentów wymaganych do złożenia wraz z ofertą jest działaniem naruszającym przepisy ustawy. Zamawiający nie może bowiem po upływie terminu otwarcia ofert dokonywać jakichkolwiek zmian w zakresie swoich wymagań.

W samym opisie wymaganych parametrów dla oprogramowania zawierającego ulepszony model Cape-Lehmana Zamawiający wskazał, iż *Oprogramowanie musi zawierać model matematyczny oparty na nieliniowej regresji oraz ulepszony model Cape-Lehmana (ang. improved Cape -Lehman model) wraz z certyfikatem patent na posiadanie tej analizy*; przy czym w tym zakresie wykonawca zgodnie z przyjętą konstrukcją formularza oferty był zobligowany jedynie do potwierdzenia spełnienia tego wymogu (złożenia oświadczenia). Również w powyższym zdaniu Zamawiający nie sprecyzował o jakim certyfikacie mowa, wskazując, jedynie, że ma on potwierdzać posiadanie wymaganej analizy. Zatem odwoływanie się w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego do wybranych definicji słownika polskiego czy też Wikipedii, przy braku wskazania na takowe w SIWZ stanowi niedozwolone działanie Zamawiającego polegające na uszczegółowieniu wymogów SIWZ po upływie terminu składania ofert.

Tym nie mniej należy wskazać, że Odwołujący chcąc pozbawić Zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do parametrów zaproponowanego oprogramowania, w piśmie z dnia 6 czerwca 2014 roku w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego potwierdził, że oprogramowanie do wskazanych w ofercie aparatów Laser Flash (LFA) zawiera m.in.

ulepszony model Cape-Lehman i model matematyczny oparty na regresji nieliniowej. Oprogramowanie Linseis Laser Flash zostało opracowane przez firmę Aprosoft GmbH z siedzibą w Karlsruhe, która specjalizuje się w oprogramowaniu analitycznym do danych dyfuzyjności cieplnej w oparciu o Analizy Laser Flash. Na potwierdzenie powyższego został dołączony dokument wystawiony przez Aprosoft GmbH potwierdzający, że oprogramowanie Linseis Laser Flash zawiera żądany model analityczny. Ulepszony model Cape-Lehmana został opracowany przez firmę Aprosoft GmbH, a mianowicie przez dr Laszlo Dusza, który jest CEO Aprosoft GmbH i złożył podpis na załączonym liście. Dokument ten zasadniczo stanowi potwierdzenie wymaganych parametrów i co zasady należy traktować go jako certyfikat potwierdzający posiadane właściwości.

Dodatkowo Odwołujący załączył opracowanie autora wskazanej metody, z którego bezspornie wynika, że zaproponowane w ofercie Odwołującego oprogramowanie spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. Niewłaściwe jest uzasadnienie Zamawiającego, jakoby z uwagi na niewłaściwą w jego ocenie formę złożonego dokumentu był on uprawniony do uznania, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ. Takie stanowisko jest niezgodne z treścią i celowością art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z którego wynika, że treść oferty a nie jej forma stanowią podstawę do oceny jej zgodności z treścią SIWZ. Takie stanowisko zostało wyrażone w wyroku KIO z dnia 15 września 2014 r. (sygn. akt: KIO 1801/14, wyro KIO z dnia 14 stycznia 2013 r., KIO 2903/12 oraz w wyroku o sygn. akt KIO 980/14. Wobec powyższego w ocenie Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie uznał, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ, co spowodowało bezpodstawne odrzucenie oferty.

II.

Mając na względzie treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, jakoby nie odpowiadała treści SIWZ z uwagi na nieprzedłożenie odpowiedniego certyfikatu, Odwołujący wskazał, że wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza przedłożył w tym zakresie dokumenty, z których wynika, że faktycznie zaproponowane oprogramowanie zawierające model matematyczny oparty na nieliniowej regresji oraz ulepszony model Cape-Lehmana (ang. improved Cape -Lehman model) objęte jest patentem, ale obowiązującym wyłącznie na terytorium USA, co wyklucza możliwość uznania, że na potrzeby niniejszego postępowania, czyli dostawy na terytorium UE wykonawca ten udowodnił, że posiada oprogramowanie i jest uprawniony do jego sprzedaży. Zamawiający bezpodstawnie uznał, że w tym zakresie treść oferty tego wykonawcy odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający takim działaniem dokonał bezprawnego naruszenia zasad zachowania

uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem od Odwołującego wymaga przedłożenia dokumentu w szczególnej formie (zgodnie z definicjami wskazanych w uzasadnieniu mają być to dokumenty wystawione przez szczególny podmiot), podczas gdy wobec drugiego wykonawcy uznaje za wystarczające złożone oświadczenie tego podmiotu o posiadaniu patencie, który to jak wynika z jego treści jest patentem obowiązującym tylko na terenie USA, a zatem na terenie UE jest nieważny.

III.

Wykazane naruszenie zasad oraz wskazanych przepisów ustawy spowodowało, że odwołanie stało się konieczne i jest w pełni uzasadnione. Biorąc zaś pod uwagę, że Odwołujący złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która w przypadku uwzględnienia przedmiotowego odwołania byłaby ofertą najkorzystniejszą, należy uznać iż Zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert z naruszeniem przepisów prawa. Tym samym Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy a utrzymanie w mocy rozstrzygnięcia Zamawiającego prowadzi do powstania szkody po stronie Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 13 października 2014 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowód złożony przez Odwołującego (dowód nr 1) – oświadczenie Pana dr L. D. (4 karty)

Zamawiający przesłał emailem oraz faksem do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2014 roku pismo z 24 sierpnia 2014 roku *Odpowiedź na odwołanie* wnosząc o oddalenie odwołania w całości oraz przyznanie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

Uczestnik postępowania odwoławczego w dniu 24 października 2014 roku złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo z dnia 24 października 2014 roku *Pismo procesowe przystępującego*.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę Netsch Geratebau GmbH, Wiittelsbacherstrasse 42, 95100 Selb. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcy informację o wpłynięciu odwołania w dniu 13 października 2014 roku ; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania tj. 16 października 2014 roku, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu z udziałem Stron.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła:

Izba ustaliła, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w Dziale VI pkt. 11 SIWZ, wymagał:

W celu potwierdzenia, że oferowana dostawa, odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego należy załączyć do oferty:

- 1) Prospekty i/lub foldery ofertowo-reklamowe sprzętu i/lub dokumentację producenta w języku polskim lub angielskim oraz w przypadku złożenia dokumentów w języku angielskim - sporządzone w języku polskim fragmenty dokumentów technicznych, umożliwiające weryfikację głównych funkcji urządzenia wymaganych przez Zamawiającego; wskazane jest, aby parametry techniczne prezentowane w załączonych prospektach odpowiadały parametrom technicznym opisanym w Załączniku nr 1 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 1 do SIWZ Wzór Formularza Ofert- Część B,*
- 2) Oświadczenie Wykonawcy, że zaoferowany przedmiot zamówienia będzie dopuszczony do obrotu na terytorium RP, będzie posiadał wszelkie wymagane przez przepisy prawa świadectwa, certyfikaty, atesty, deklaracje zgodności, itp. oraz będzie spełniać wszelkie wymagane przez przepisy prawa wymogi w zakresie norm bezpieczeństwa obsługi oraz, że dokumenty te dostarczy na każde żądanie Zamawiającego w trakcie realizacji umowy, jednak nie później niż przed dniem dostawy- na Załączniku Nr 1 do SIWZ ~ Wzór Formularza Oferty - Część A;*
- 3) Oświadczenie Wykonawcy, że wraz z dostawą oferowanego sprzętu dostarczy Certyfikat CE lub Deklarację Zgodności CE wydaną przez producenta - na Załączniku Nr 1 do SIWZ - Wzór Formularza Oferty - Część A.*

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWIZ, Część B dla Części I poz. 4 – Aparat laserowy do pomiaru dyfuzji termicznej LFA (strona 74 SIWZ) Zamawiający w tabeli Sterowanie i Zbieranie danych w wierszu trzecim wskazał w kolumnie „obligatoryjne (wymagane) parametry lub funkcje”: *Oprogramowanie musi zawierać model matematyczny oparty na nieliniowej regresji oraz ulepszony model Cape-Lehmana (ang. Improved Cape-Lehman model) wraz z certyfikatem patent na posiadanie tej analizy*; w kolumnie „posiadane parametry lub funkcje” Zamawiający podał: *Tak*. Zamawiający pod tabelami (strona 76 SIWZ) wskazał: *Uwaga: - w kolumnie „Posiadane parametry lub funkcje” – Wykonawca winien wpisać TAK oraz w przypadku parametrów lub funkcji lepszych niż minimalne należy je podać / opisać.*

Zamawiający pismem z dnia 4 czerwca 2014 roku w zakresie Części I poz. 4 Aparat laserowy do pomiaru dyfuzji termicznej LFA wezwał Odwołującego: *Prosimy o uzupełnienie dokumentacji katalogowej/ folderów, z których wynikać będzie, iż zaoferowany Aparat laserowy do pomiaru dyfuzji termicznej LFA posiada parametr opisany w tabeli Obligatoryjne (wymagane) parametry lub funkcje w zakresie Sterowania i zbierania danych pkt 3 - Oprogramowanie musi zawierać model matematyczny oparty na nieliniowej regresji oraz ulepszony model Cape-Lehmana (ang. Improved Cape-Lehman model) wraz z certyfikatem patent na posiadanie tej analizy – str. 46 oferty.*

W odpowiedzi na powyższe Odwołujący pismem z dnia 11 czerwca 2014 roku wskazał w zakresie Części I poz. 4 Aparat laserowy do pomiaru dyfuzji termicznej LFA: *Niniejszym potwierdzamy, że oprogramowanie do naszych Aparatów Laser Flash (LFA) zawiera m.in. ulepszony model Cape-Lehman i model matematyczny oparty na regresji nieliniowej. Zarówno straty ciepła i czas trwania impulsu mogą być rozważane i brane pod uwagę. Oprogramowanie Linseis Laser Flash zostało opracowane przez firmę Aprosoft GmbH z siedzibą w Karlsruhe/Niemcy. Firma Aprosoft GmbH specjalizuje się w oprogramowaniu analitycznym do danych dyfuzyjności cieplnej w oparciu o Analizy Laser Flash. Dołączamy list od firmy Aprosoft GmbH potwierdzający, że oprogramowanie Linseis Laser Flash zawiera żądany model analityczny i będący jednocześnie certyfikatem na posiadanie tej analizy. Oprogramowanie zawiera model szczegółowo opisany w załączonym dokumencie pt.: “Combined solution of the simultaneous heat loss and finite pulse corrections with the laser flash method” autor: Laszo Dusza.*

Ulepszony model Cape-Lehmana został opracowany przez firmę Aprosoft GmbH, autorem opracowania jest dr I. D., który jest CEO Aprosoft GmbH i złożył podpis na załączonym liście.

Załączony List (oryginał wraz z tłumaczeniem): *Niniejszym potwierdzamy, że nasza firma Aprosoft GmbH opracowała oprogramowanie analityczne dla aparatu LaserFlash Instrument firmy Linseis Messgerate GmbH z siedzibą w Selb, Vielitzer ul. 43, 9500 Selb, Niemcy.*

Do obliczenia krzywych pomiarowych LFA, oprogramowanie zawiera kilkanaście modeli, w tym także ulepszony model Cape i Lehman uwzględniający straty ciepła i jednoczesną korekcję impulsu.

Ten model połączony z regresją nieliniową został opracowany przez dr Laszko Dusza, prezesa firmy Aprosoft GmbH. Do niniejszego listu dołączony jest dokument, w którym model opisany jest w szczególności. Oprogramowanie aparatu Laser Flash firmy Linseis zawiera ten model.

Zamawiający pismem z dnia 3 października 2014 roku pt.: „Zawiadomienie o wyniku postępowania Część I, IV” wskazał:

W postępowaniu odrzucono następujące oferty:

Część I: LINSEIS Messgerate GmbH Vielitzer Strasse 43D-95100 Selb, Niemcy

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający specyfikując aparaturę naukowo-badawczą dla potrzeb postępowania na dostawę (wraz z montażem, uruchomieniem i instruktażem personelu) aparatury naukowobadawczej, fabrycznie nowej i kompletnej dla potrzeb Laboratorium Technologii i Inżynierii Materiałów Polimerowych (Pracownia fizykochemii Polimerów, Pracownia Badań Specjalnych) - Etap III, z podziałem na 6 części, miał na celu zakup urządzeń umożliwiających prowadzenie badań i uzyskanie rezultatów o odpowiedniej jakości oraz specyficznych parametrach dlatego też wymagał aby zaoferowany Aparat laserowy do pomiaru dyfuzji termicznej LFA (część I poz. 4 zamówienia) posiadał parametr opisany w Załączniku nr 1 do SIWZ Wzór Formularza Oferty Część B _Część I poz. 4 w tabeli „Obligatoryjne (wymagane) parametry lub funkcje” zakresie „Sterowanie i zbieranie danych” pkt 3 tj. – Oprogramowanie musi zawierać model matematyczny oparty na nieliniowej regresji oraz ulepszony model Cape-Lehmana (ang. Improved Cape-Lehman model) wraz z certyfikatem patent na posiadanie tej analizy (str. 74 SIWZ modyfikacja tekst jednolity z dnia 18.03.2014). Zastosowanie analizy improved-Cape Lehman ma gwarantować zwiększenie dokładności pomiaru i dlatego było to jedno z wymagań Zamawiającego. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca dołączył list od firmy Aprosoft GmbH, a dodatkowo wyjaśnił, że oprogramowanie Linseis Laser Flash zawiera żądany model analityczny, a jednocześnie pismo wskazanej firmy Aprosoft GmbH jest certyfikatem na posiadanie tej analizy. Ponadto w ramach uzupełnień Wykonawca dołączył publikację dotyczącą analizy improved-Cape Lehman. Przedłożone do oferty dokumenty, a mianowicie pismo firmy

Aprosoft GmbH oraz publikacja dotycząca analizy improved- Cape Lehman nie jest wymagany w SIWZ certyfikatem.

(...)

Ponadto należy wskazać, iż z przedłożonej przez Wykonawcę publikacji nie wynika, że tak zmodyfikowana analiza wpłynie na zwiększenie dokładności pomiaru. Natomiast publikacja pokazuje, że dokładność pomiaru jest na takim samym poziomie jak przy wykorzystaniu klasycznego modelu Cape-Lehman, i że metoda może być ulepszona, niemniej publikacja nie prezentuje wyników końcowych testów potwierdzających tę tezę.

W świetle powyższego Zamawiający stwierdza, że oferta Wykonawcy – LINSEIS Messgerate GmbH jest niezgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ, albowiem oferta nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, wobec czego Zamawiający obowiązany jest odrzucić przedmiotową ofertę.

**W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 – przez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego
Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie**

Na wstępie Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), jednakże odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Zamawiający określił w SIWZ wymagania w zakresie oprogramowania - *Oprogramowanie musi zawierać model matematyczny oparty na nieliniowej regresji oraz ulepszony model Cape-Lehmana (ang. Improved Cape-Lehman model) wraz z certyfikatem patent na posiadanie tej analizy.* Natomiast potwierdzenie spełnienia wymagania Zamawiającego następowało przez podane słowa TAK w kolumnie drugiej („posiadane parametry lub funkcje”) oraz zgodnie z wymaganiami zawartymi w Dziale VI pkt. 11 SIWZ wykonawca w celu umożliwienia weryfikacji głównych funkcji urządzenia miał złożyć prospekty foldery ofertowo-reklamowe lub inne dokumenty producenta. Odwołujący nie złożył dokumentów umożliwiających weryfikację w zakresie parametrów, funkcji zaoferowanego rozwiązania

dlatego też Zamawiający wezwał o *uzupełnienie dokumentacji katalogowej/ folderów, z których wynikać będzie, iż zaoferowany Aparat laserowy do pomiaru dyfuzji termicznej LFA posiada parametr opisany w tabeli Obligatoryjne (wymagane) parametry lub funkcje w zakresie Sterowania i zbierania danych pkt 3 - Oprogramowanie musi zawierać model matematyczny oparty na nieliniowej regresji oraz ulepszony model Cape-Lehmana (ang. Improved Cape-Lehman model) wraz z certyfikatem patent na posiadanie tej analizy – str. 46 oferty.*

W ocenie Izby jednoznacznie z powyższego wynikało, że wykonawca obowiązany był do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie oferowanych funkcji. Należy wskazać, że Zamawiający dopuścił bardzo szeroki katalog dokumentów, za pomocą których wykonawcy mogli wykazać, potwierdzić posiadanie wymaganych funkcji, parametrów technicznych opisanych w Załączniku nr 1 do SIWZ – Wzór Formularza Ofert – Część B.

W odpowiedzi Odwołujący złożył dokumenty w tym list od firmy Aprosoft GmbH, wskazując, że list ten stanowi certyfikat. *(Dołączamy list od firmy Aprosoft GmbH potwierdzający, że oprogramowanie Linseis Laser Flash zawiera żądany model analityczny i będący jednocześnie certyfikatem na posiadanie tej analizy.)*

Odrzucenie oferty na podstawie 89 ust. 1 pkt 2 ustawy możliwe jest zatem jedynie, gdy Zamawiający *ustali w sposób niebudzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w siwz celu, albowiem zachodzi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, gdyż przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i te niezgodności dotyczą istotnych elementów* (porówna: wyrok KIO z 28 lutego 2012 r. sygn. KIO 320/12; KIO 321/12).

W ocenie Izby dokumenty przedstawione przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego nie potwierdzają spełnienia wymagań w zakresie wymaganych funkcji oferowanego urządzenia. Zamawiający nie wymagał złożenia na etapie ofertowania certyfikatu patentu i samo odwołanie się Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia do braku złożenia tego dokumentu byłoby niezasadne. Jednakże Zamawiający wskazał również w podstawach faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania na brak potwierdzenia w złożonych dokumentach wymaganych informacji technicznych *(Ponadto należy wskazać, iż z przedłożonej przez Wykonawcę publikacji nie wynika, że tak zmodyfikowana analiza wpłynie na zwiększenie dokładności pomiaru. Natomiast publikacja pokazuje, że dokładność pomiaru jest na takim samym poziomie jak przy wykorzystaniu klasycznego modelu Cape-Lehman, i że metoda może być ulepszona, niemniej publikacja nie prezentuje wyników końcowych testów potwierdzających tę tezę.*

W świetle powyższego Zamawiający stwierdza, że oferta Wykonawcy – LINSEIS Messgerate GmbH jest niezgodna z wymaganiami określonymi w SIWZ, albowiem oferta nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, wobec czego Zamawiający obowiązany jest odrzucić przedmiotową ofertę.)

Jednocześnie Zamawiający wskazał, że dokument który Odwołujący w swoim piśmie nazywa „certyfikatem” takim w ocenie Zamawiającego nie jest.

Można zgodzić się z Zamawiającym w zakresie przedstawionych przez niego wyjaśnień w złożonym piśmie, że najprostszym sposobem wykazania wymagań przedmiotowych można było osiągnąć składając certyfikat patent, jednakże – jak słusznie zaznaczył Zamawiający - każdy dokument przedmiotowy, na podstawie którego Zamawiający będzie w stanie zweryfikować zgodność opisu funkcji luba wartości danego parametru był wystarczającym. Istotnym jest, że na podstawie przedstawionych dokumentów Zamawiający miał dokonać weryfikacji - Zamawiający uznał, w sposób prawidłowy w ocenie Izby, że z przedstawionych przez Odwołującego dokumentów nie wynika, że zastosowany został ulepszony model Cape-Lehaman i że tak zmodyfikowana analiza wpłynie na zwiększenie dokładności pomiarów. Zamawiający wyjaśnił, że publikacja załączona przez Odwołującego do odpowiedzi na wezwanie pokazuje jedynie, że dokładność pomiaru jest na takim samym poziomie jak przy wykorzystaniu klasycznego modelu Cape-Lemana, i że metoda ta może być teoretycznie ulepszona ale publikacją nie prezentuje wyników końcowych testów potwierdzających tą tezę. Z przedstawionego przez Odwołującego dowodu (dowód nr1) wynika jedynie, że metoda „połączenia funkcji Cape – Lehaman dla jednoczesnych efektów straty ciepła i pulsu” została wynaleziona i rozwinięta przez L. D. w jego pracy doktorskiej w latach 1992-1996 i była dwukrotnie publikowana.

Izba wyjaśnia, że rozpoznając odwołanie w postępowaniu kontradyktoryjnym, bowiem takim jest postępowanie prowadzone przed Izbą, Odwołujący nie wykazał, że złożone przez niego dokumenty wymagane w SIWZ, a uzupełnione na wezwanie Zamawiającego, potwierdziły spełnienie wymagań stawianych przez Zamawiającego w związku z czym zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy w tym zakresie nie potwierdził się.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 – przez jego niewłaściwe zastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Netsch Gerätebau GmbH jako nieodpowiadającej treści SIWZ

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie

Zamawiający zgodnie z SIWZ wymagał dokumentów, za pomocą których dokona weryfikacji oferowanych parametrów i funkcji. Warto w tym miejscu wskazać, że sam Odwołujący w treści odwołania (strona 5 punkt II) wskazał, że zaofertowane w ofercie wybranej w postępowaniu jako najkorzystniejsza, że *faktycznie zaproponowane oprogramowanie zawierające model matematyczny oparty na nieliniowej regresji oraz ulepszony model Cape-Lehmana* - z czego jednoznacznie wynika, że nie kwestionuje Odwołujący faktu spełnienia wymagań przedmiotowych. Ponownie należy zaznaczyć, że Zamawiający dopuszczał bardzo szeroki katalog dokumentów, którymi należy / można wykazać potwierdzenie spełnienia wymagań przedmiotowych. Wykonawca Netzsch Geratebau GmbH w ofercie załączył dokumenty potwierdzające zgłoszenie patentu z obszaru Stanów Zjednoczonych Ameryki – zgłoszenie US 7038209B2 (2 maja 2006 roku), w treści którego jest odniesienie do patentu niemieckiego DE10242741B4 (13 września 2002 roku). Zaznaczyć należy, że zgłoszenie dokonane w Niemczech, pozostające w prawie, jest pierwotne względem zgłoszenia dokonanego w Stanach Zjednoczonych Ameryk. Odwołujący nie wykazywał w odwołaniu niezgodności przedmiotu oferowanego z wymaganym skupiając się jedynie na rodzaju dokumentu, którym została zgodność (potwierdzona również przez Odwołującego) wykazywana. Zaznaczyć należy, że Odwołujący nie podnosił w odwołaniu zarzutu niewykazania potwierdzenia spełnienia wymagań przedmiotowych złożonym dokumentem, wręcz przeciwnie wskazał sam, że zaproponowane oprogramowanie zawierające model matematyczny oparty na nieliniowej regresji oraz ulepszony model Cape-Lehmana natomiast podnoszenie takiego zarzutu w trakcie rozprawy należy uznać za spóźnione.

Ocena spełnienia ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań przedmiotowych dokonywana musi być zgodnie z literalnym brzmieniem określonych w SIWZ wymagań, wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja wymagań co do przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, że Zamawiający dokonał prawidłowo oceny oferty wykonawcy Netzsch Geratebau GmbH, która spełnia wymagania Zamawiającego w związku z czym zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy w tym zakresie nie potwierdził się.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia

publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

W zakresie zarzutów naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców - art. 7 ustawy
Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 (ust. 1) ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszyło zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Odwołujący nie wykazał naruszenia ww. zasad, nie wykazał bowiem naruszenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z czego wywodził naruszenie zasad ogólnych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....
