

Sygn. akt: KIO 2033/17

**WYROK**  
**z dnia 10 października 2017 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2017 r. przez **Wykonawcę – „SHIM-POL A.M.B.” E.B.-R., A.R. Spółka jawna** z siedzibą w Izabelinie przy ul. Lubomirskiego 5 (05-080 Izabelin) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów** w Warszawie, pl. Powstańców Warszawy 1 (00-950 Warszawa)

przy udziale

Wykonawcy **Spectro-Lab Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Łomiankach przy ul. Warszawskiej 100/102 (05-092 Łomianki) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

**2** Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę – „SHIM-POL A.M.B.” E.B.-R. A.R. Sp. j. z siedzibą w Izabelinie i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę „SHIM-POL A.M.B.” E.B.-R., A.R. Sp. j. z siedzibą w Izabelinie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Wykonawcy „SHIM-POL A.M.B.” E.B.-R., A.R. Sp. j. z siedzibą w Izabelinie na rzecz Zamawiającego – Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty strony poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – UOKiK w Warszawie na *dostawę spektrometru ICP OES dla Specjalistycznego Laboratorium Produktów Włókienniczych i Analizy Instrumentalnej Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z siedzibą w Łodzi* (nr ref.: BBA-2/262-27/2017), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 lipca 2017 r. nr 2017/S 135-276322, wobec wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez SPECTRO-LAB Sp. z o.o., Wykonawca „SHIM-POL A.M.B.” E.B.-R., A.R. Sp. j. z/s w Izabelinie wniósł w dniu 28 września 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2033/17).

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawców w dniu 18 września 2017 r. drogą elektroniczną (mailem oraz faksem).

Odwołujący wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania jej odrzucenia pomimo, iż treść oferty nie odpowiada siwz, a Wykonawca w wyniku niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego. Na skutek tych czynności i zaniechań Zamawiający miał naruszyć przepisy Ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada siwz;
2. art. 24 ust. 1 pkt 17 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wykonawcy pomimo przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu;
3. art. 91 ust. 1 poprzez wybór oferty najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu, złożonej przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego;
4. art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
5. nieprecyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia w szczególności wobec braku sporządzenia szczegółowej specyfikacji dla systemu operacyjnego oraz bazy danych, dostarczanych jako rozwiązanie równoważne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, nakazanie odrzucenia oferty SPECTRO-LAB Sp. z o.o., nakazanie wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu niezgodności oferty z siwz Odwołujący wskazał na zaoferowany spektrometr ICP-OES marki Thermo Scientific, model iCAP 7400 Duo, rok produkcji 2017.,

którego parametry Zamawiający wyjaśniał w odniesieniu do mocy generatora, która zgodnie z zapisem katalogowym ograniczona jest do 1350W. Model podstawowy spektrometru charakteryzuje się mocą w zakresie 750-1500 W z zastrzeżeniem, że w wersji Duo posiada ograniczenie mocy do 1350 W. Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 7.09.2017 r. wskazał na zgodność zaoferowanego spektrometru wyposażonego w półprzewodnikowy generator mocy działający z częstotliwością 27,12 MHz o zakresie mocy 750-1500 W w wersji Duo (z poziomym palnikiem i podwójną obserwacją plazmy) zoptymalizowany do wartości maksymalnej 1350 W (maksymalna czułość przy zachowaniu maksymalnej trwałości palnika). Do wyjaśnień nie przesłał, zgodnie z wezwaniem z 6.09.2017 r., oświadczeń i dokumentów pochodzących od podmiotów, które mogłyby potwierdzić zadeklarowane parametry. Treść wyjaśnień jako lakoniczna i niezrozumiała nie potwierdza, aby zaoferowany spektrometr w wersji Duo spełniał wymagania dotyczące mocy generatora w zakresie co najmniej 1200 – 1500 W. Oświadczenie wykonawcy potwierdza, że spektrometr posiada fabrycznie ustawioną/zoptymalizowaną moc, co uniemożliwia osiągnięcie wyższej mocy niż 1350 W. Przyjęcie, że oferta jest zgodna z siwz pomimo wyjaśnień, które nie odpowiadają treści wezwania i nie potwierdzają okoliczności wymagających wyjaśnienia narusza wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równie traktowanie wykonawców.

Wprowadzającym w błąd było przedstawienie przez SPECTRO-LAB Sp. z o.o. informacji o całkowitym zużyciu argonu podczas analiz opisanych w charakterystyce przyrządu wynoszącym 13,5 l. Parametr ten stanowił kryterium oceny ofert o wadze 17% (pkt 3.1 siwz). Informacja ta stanowiła przedmiot wyjaśnień z dnia 7.09.2017 r., w których Wykonawca odniósł się do danych zamieszczonych w charakterystyce przyrządu oraz zużycia argonu w trybie stand-by wskazując, że dotyczą one całkowitych zakresów, w których pracują masowe kontrolery przepływu. Możliwe granice zużycia gazu plazmowego, np. od 0 – 20 l/min, nie oznacza, że takie będzie zużycie argonu podczas analizy. Wykonawca przyjął wartość uśrednioną na poziomie 13,5 l/min, która może być mniejsza. Zdaniem Odwołującego Wykonawca nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że faktyczny poziom całkowitego zużycia argonu podczas analiz opisanych w charakterystyce przyrządu odpowiada wartości wskazanej w ofercie. Zamawiający nie dysponował informacjami pozwalającymi na określenie właściwej punktacji oferty. Określenie „około 13,5 l/min” sugeruje, że faktyczne zużycie może być mniejsze lub większe od zadeklarowanego w ofercie, co po przekroczeniu wartości 14 l/min oraz 16 l/min w istotny sposób wywiera wpływ na ocenę oferty i wynik postępowania. Przedstawiony w wyjaśnieniach sposób wyliczenia wartości 13,5 l/min (sumowania wartości wskazanych w piśmie) stanowi dowód nieuwzględnienia podczas obliczeń wszystkich wartości mających wpływ na wysokość oferowanego parametru,

ponieważ nie zawarto ilości argonu koniecznego do przemywania układu optycznego nazwanego przez producenta „pure gas”, która dawałaby łączną wartość 15.1 l/min.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Spectro-Lab Sp. z o.o.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. Jako Wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia, Odwołujący posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu oferty wybranej jako najkorzystniejsza. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Zamawiający na posiedzeniu Izby w dniu przed otwarciem rozprawy, złożył do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie.

Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut dotyczący prawdziwości oświadczenia o poziomie zużycia argonu, podtrzymując zarzut niezgodności oferty wybranej z siwz.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym protokołu postępowania, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Spectro-Lab Sp. z o.o., stanowisk stron prezentowanych na rozprawie i złożonych dowodów, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiot zamówienia stanowi dostawa spektrometru do wykonywania badań, którego parametry Zamawiający opisał w załączniku nr 1 do siwz, wskazując między innymi na wymóg dotyczący generatora: *chłodzony wodą półprzewodnikowy generator działający z częstotliwością minimum 27MHz i mocy w zakresie co najmniej 1200-1500 W, stabilności dostarczonej mocy – nie gorzej niż 0,3%.*

Spectro-Lab Sp. z o.o. zaoferował ICP-OES Thermo Scientific iCAP 7400 Duo, którego dane techniczne potwierdził w załączniku do oferty – dane techniczne oferowanego spektrometru, wskazując na zakres mocy urządzenia 750-1500W: *chłodzony wodą półprzewodnikowy generator działający z częstotliwością 21,12 MHz i mocy w zakresie 750-1500 W, stabilności dostarczanej mocy – nie gorsza niż 0,3% (tabela, str. 20 oferty).*

Zapis katalogowy dotyczący mocy generatora RF – ograniczenia do 1350W dla Duo stanowił przedmiot wyjaśnień, o jakie wystąpił Zamawiający pismem z dnia 6 września 2017 r. (pkt 1 pisma). W odpowiedzi, w piśmie z dnia 7.09.2017 wykonawca potwierdził rzetelność podanych w ofercie danych. Wykonawca wskazał, iż w zaoferowanym spektrometrze model iCAP 7400 *znajduje się półprzewodnikowy generator mocy działający z częstotliwością 27,12 MHz o zakresie mocy 750 – 1500 W, co jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego. Spektrometr z poziomym palnikiem i podwójną obserwacją plazmy (wersja DUO) jest jedynie zoptymalizowany do wartości maksymalnej 1350 W (maksymalna czułość przy zachowaniu maksymalnej trwałości palnika).*

Pismem z dnia 26.09.2017 r. Zamawiający wystąpił ponownie do Spectro-Lab Sp. z o.o., na skutek pisma SHIM-POL, w którym Wykonawca ten podważał parametry generatora oraz całkowite zużycie argonu podczas analizy, o ustosunkowanie się do tych okoliczności z zaleceniem poparcia stanowiska oświadczeniem/dokumentem podmiotu niezależnego, np. producenta urządzeń.

Wykonawca pismem z dnia 26.09.2017 r. odniósł się w pkt 3 do wersji spektrometru iCAP 7400 i 7600, w których stosowany jest generator RF o takiej samej mocy maksymalnej (generator ten może przenosić nawet 1600W). Wskazał, iż nie ma innej wersji generatora („słabszej” i „mocniejszej”) w wersjach Radial i Duo. Dla wersji Duo w oprogramowaniu celowo jest ustawiony dla użytkownika limit mocy na 1350W żeby omyłkowo nie ustawić parametrów pracy, które nie są optymalne dla tej konfiguracji i powodowałyby gorsze wyniki analityczne i szybkie zużycie elementów palnika. Do wyjaśnień załączona została notka techniczna na temat konstrukcji i parametrów generatora RF.

#### **Uwzględniając powyższe Izba zważyła.**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący opierał zarzut niezgodności zaoferowanego spektrometru z wymaganiem dotyczącym mocy generatora pracującego w zakresie co najmniej 1200-1500 W, gdyż zaoferowana wersja Duo posiada ograniczenie mocy do 1350W. Na tą okoliczność przedstawił specyfikację techniczną produktu iCAP 7400 ICP-OES, dotyczącą dwóch wersji Duo i Radial, w których urządzenie to może być dostarczone. Parametry generatora (RF)

opisane zostały w pozycji *źródło częstotliwości radiowych (RF) – 27,12 MHz półprzewodnikowe 750-1500 W moc wyjściowa Duo ograniczony do 1350 W.*

Na rozprawie Wykonawca Spectro-Lab Sp. z o.o. przedłożył odpowiedź Dyrektora Marketingu Thermo Fischer Scientific GmbH – producenta spektrometru, z dnia 9.10.2017 r., w której potwierdził, że *generator RF używany w spektrometrze iCAP 7400 Duo ma moc wyjściową 750 – 1500W. W celu uzyskania optymalnej wydajności i maksymalnej trwałości palnika w wersji Duo ustawienia mocy są domyślnie ograniczone w oprogramowaniu do 1350W, ale jest to jedynie ograniczenie w oprogramowaniu, aby nie zachęcać użytkownika do wykraczania poza optymalne warunki pracy. Ten sam generator RF przy pracy w wersji wyłącznie radialnej iCAP 7400 jest standardowo używany do 1500W, co w przypadku konfiguracji radialnej ma sens i jednocześnie dokumentuje parametry samego generatora RF. Potwierdzamy zatem, że ten sam generator o maksymalnej mocy 1500W jest używany we wszystkich modelach urządzeń ICP-OES serii iCAP 7000.*

W świetle powyższych ustaleń Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzut, który Odwołujący podtrzymał na rozprawie sprowadzał się do wykazania niezgodności treści oferty wybranej z siwz, tj. wymaganej mocy generatora w zakresie co najmniej 1200-1500W (Wat). Treść oferty w odniesieniu do tego parametru wskazywała, iż zaoferowane urządzenie spektrometr ICP-OES model iCAP 7400 Duo wyposażone jest w generator o mocy w zakresie 750-1500W. Odwołujący faktycznie stwierdzając niezgodność oferty prowadził wywód w kierunku wykazania, że dane techniczne oferowanego sprzętu wskazane w załączniku nr 1 do siwz nie uwzględniały okoliczności ograniczenia mocy generatora w wersji Duo do wartości 1350W.

Dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie decydujące znaczenie miała wykładnia zapisu siwz, w którym Zamawiający określił parametr mocy generatora, wyznaczony przedziałem 1200 - 1500W. Zamawiający na rozprawie podkreślał, iż warunek ten nie odnosił się do konkretnych nastaw mocy generatora na potrzeby prowadzonych badań, a zatem nie był powiązany z warunkami w jakich generator będzie faktycznie pracował (ustawieniami mocy). Przedstawione na rozprawie fragmenty dokumentacji z innych postępowań Izba pominęła, jako nieprzydatne dla ustalenia zakresu wymagania wskazanego w siwz. Ponieważ na etapie poprzedzającym składanie ofert do Zamawiającego nie wpłynęły żadne pytania dotyczące mocy generatora Izba uznała, iż zapis siwz nie budził wątpliwości co do zrozumienia pojęć użytych przy opisie wymagania, używającego wielkości fizycznych w układzie SI. Również w odwołaniu, jak i na rozprawie Odwołujący takich zastrzeżeń nie zgłaszał. Powyższe pozwalało przyjąć, iż moc generatora opisana przedziałem 1200-1500W dotyczyła możliwej do przeniesienia mocy i nie stanowiła parametru opisującego konkretne oczekiwania co do

zakresu regulacji mocy w trakcie badań. Powyższe miało ten skutek, iż dla stwierdzenia zgodności oferowanego urządzenia z wymaganiem Zamawiającego wystarczającym było ustalenie, czy generator posiada moc oczekiwaną, a nie to z jaką optymalną mocą pracuje. Nie było zatem przedmiotem badania pod kątem zgodność spektrometru z siwz, optymalnych warunków pracy generatora, przy których możliwe jest uzyskanie wyników analitycznych badanych pierwiastków bez szybszego zużycie elementów palnika.

Oddalając odwołanie Izba miała na uwadze wyjaśnienia wykonawcy składane Zamawiającemu w trybie art. 87 ust. 1 Ustawy, a także dowody złożone na rozprawie, w tym dane techniczne produktu, jak i oświadczenie producenta. W oparciu o te dokumenty ustalono, iż dostarczone urządzenie wyposażone jest w generator RF pracujący w przedziale wyjściowym 750-1500W, co potwierdził zarówno producent oświadczeniem złożonym w dniu 9.10.2017 r., a także wynikało ze specyfikacji technicznej złożonej przez Odwołującego (dane wyjściowe). Zamieszczona w specyfikacji informacja o ograniczeniu mocy pracy generatora RF do 1350W (dla wersji Duo) nie zmieniała danej wyjściowej tego samego generatora, a jedynie odnosiła się do optymalnego ustawienia pracy. Powyższe wynikało zarówno z wyjaśnień Spectro-Lab Sp. z o.o. złożonych w toku badania jego oferty, jak i oświadczenia producenta, którym potwierdził, iż ograniczenie to dokonywane jest z poziomu oprogramowania generatora, którego moc wyjściowa wynosi 750 – 1500 W. Ponieważ Zamawiający nie odnosił się do optymalnej mocy generatora, ale jego mocy wynikającej z wartości fizycznych określającej pracę generatora, ograniczenie pracy dla zaoferowanej wersji Duo faktycznie odnieść należało do mocy generatora wykorzystywanej jako optymalnej, a nie granicznej.

Mając na uwadze wskazane powyżej motywy Izba oddaliła odwołanie.



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 i § 5 ust. 3 pkt 1 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**