

WYROK
z dnia 29 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2021 r. przez wykonawcę **A.P. Instruments sp. z o.o. sp. k., ul. Buszycka 18B, 02-869 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów,**

przy udziale wykonawcy **Anton Paar Poland sp. z o.o., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy Anton Paar Poland sp. z o.o., na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia wyjaśnień co do spełniania przez oferowane urządzenie wymogów dotyczących dokładności i odtwarzalności nie gorszej niż 1% oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działającego przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad

w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów, na rzecz odwołującego: A.P. Instruments sp. z o.o. sp. k., ul. Buszycka 18B, 02-869 Warszawa, kwotę 11 100 zł 00 gr (jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczanego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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

Zamawiający – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie działający przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa fabrycznie nowego, kompletnego laserowego miernika wielkości cząstek do określenia rozkładu uziarnienia – aparat dyfrakcji laserowej do analizy granulometrycznej gruntów dla GDDKiA O/Rzeszów”, numer referencyjny: O.RZ.D-3.2414.4.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.10.2021 r., nr 2021/BZP 00226121/01.

Pismem z dnia 12.11.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Anton Paar Poland sp. z o.o.

W dniu 17.11.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy A.P. Instruments sp. z o.o. sp. k., ul. Buszycka 18B, 02-869 Warszawa (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę Anton Paar Poland sp. z o.o., pomimo niespełniania przez tę ofertę wymogów określonych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „swz”), w odniesieniu do parametrów takich jak: odtwarzalność, dokładność badawcza: nie gorsza niż 1%,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Anton Paar Poland sp. z o.o., pomimo niespełniania przez tę ofertę wymogów określonych w swz, w odniesieniu do parametrów takich jak: odtwarzalność, dokładność badawcza: nie gorsza niż 1%,
- 3) art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez - w konsekwencji naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych powyżej - prowadzenie postępowania niezgodnie z zasadami przejrzystości i równego traktowania wykonawców oraz wybranie oferty złożonej przez wykonawcę Anton Paar Poland sp. z o.o. naruszając w związku z tym zasadę, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„6. W opisie warunków techniczno-eksploatacyjnych urządzenia, zawartym w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, w pkt 3, odnośnie systemu sterowania oraz oprogramowania, zamawiane przez Zamawiającego urządzenie powinno spełniać następujący parametr:

„Odtwarzalność, powtarzalność, dokładność badawcza: nie gorsza niż 1%, ponadto zgodna z wymaganiami normy ISO 13320”. (...)

7. Wykonawca Anton Paar Poland Sp. z o. o. w odpowiedzi na ogłoszenie złożył ofertę, w której zaofertował dostawę urządzenia PSA 1090L. (...)

8. Wykonawca Anton Paar Poland Sp. z o. o., w swojej ofercie, na potwierdzenie spełnienia warunków zamówienia, złożył własne oświadczenie, o treści: „Potwierdzam spełnienie wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia” na dokumencie opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego. Przy czym, udostępniony Odwołującemu przez Zamawiającego, egzemplarz tego oświadczenia Wykonawcy Anton Paar Poland Sp. z o. o. nie zawiera kompletnego opisu przedmiotu zamówienia. Brak w nim drugiej strony opisu i zawartego tam spełnienia wymagań. Wynika z tego, że wykonawca Anton Paar Poland Sp. z o. o., w swoim oświadczeniu pominął całkowicie stronę drugą szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, na której w pkt 3, odnośnie systemu sterowania oraz oprogramowania, znajduje się wymóg, aby zamawiane przez Zamawiającego urządzenie spełniało następujący parametr: „Odtwarzalność, powtarzalność, dokładność badawcza: nie gorsza niż 1%, ponadto zgodna z wymaganiami normy ISO 13320”. (...)

9. Co więcej wykonawca Anton Paar Poland Sp. z o. o., w swojej ofercie zawarł dokument pn. „Karta katalogowa”, w którym wymienione są parametry spełniane przez oferowane urządzenie, ale nie zostały w niej wymienione wartości dwóch parametrów, które wymagane były w SWZ do spełnienia: parametru „Odtwarzalność” oraz parametru „Dokładność badawcza”. Wybrana oferta nie zawierała informacji na temat wartości „dokładności badawczej”, mimo że jest ona wyspecyfikowana zarówno na stronie producenta PSA 10901-, jak i broszurze informacyjnej tego urządzenia i wynosi 3%. (...)

10. Należy zauważyć, że poza przywołanym, niekompletnym oświadczeniem o rzekomym spełnieniu wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę Anton Paar Poland Sp. z o. o., w dokumentacji tego Wykonawcy nie występuje żadna informacja potwierdzająca spełnienie wymogów przez oferowane przez niego urządzenie w zakresie odtwarzalności (Reproducibility) oraz dokładności badawczej (Accuracy) mniejszej niż 1 %.

11. Odwołujący ustalił, na co również wskazał w swoim piśmie z 29 października 2021 roku (złożonym Zamawiającemu dnia 29 października 2021 roku, poprzez platformę Zamawiającego), że na podstawie danych dostępnych w broszurze analizatora PSA 1090L, oferowanego przez Wykonawcę Anton Paar Poland Sp. z o. o. w Postępowaniu oraz na stronie internetowej producenta tego urządzenia, można uzyskać informację, iż zaproponowany przez Wykonawcę model aparatu nie spełnia wyżej wymienionej cechy, to jest: odtwarzalność i dokładność badawcza: nie gorsza niż 1%. (...)

12. Według broszury informacyjnej oraz danych zamieszczonych na stronie <https://www.antonpaar.com/pl-pl/produkty/szczegoly/seria-psa/> (dostęp 17 listopada 2021 roku, o godzinie 9:36), dokładność badawcza zaproponowanego urządzenia jest mniejsza niż 3%, podczas gdy wg wymagań SWZ powinna być mniejsza niż 1%, co jest niezgodne z wymaganiem Zamawiającego, zamieszczonym w opisie przedmiotu zamówienia. (...)

14. Wykonawca Anton Paar Poland Sp. z o. o. nie wskazał, w żaden sposób aby trzykrotnie gorsza dokładność badań, oferowanego przez niego urządzenia, mimo wszystko była równoważna do wymogów opisu przedmiotu zamówienia.

15. Nie ulega żadnym wątpliwościom, że Anton Paar Poland Sp. z o. o. w ramach toczącego postępowania nie wykazał, że oferowany przez niego produkt spełnia warunki określone w SWZ, do czego zgodnie z SWZ był zobligowany.

16. Tym samym nie można uznać złożonej przez tego wykonawcę oferty za prawidłową i zgodną z SWZ. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Anton Paar Poland sp. z o.o.,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Anton Paar Poland sp. z o.o.,
- 4) wyboru oferty złożonej przez odwołującego.

Pismem z dnia 22.11.2021 r. wykonawca Anton Paar Poland sp. z o.o., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 26.11.2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowego, kompletnego, niewymagającego dodatkowych nakładów i inwestycji, gotowego do użytkowania laserowego miernika wielkości cząstek do określenia rozkładu uziarnienia – aparat dyfrakcji laserowej do analizy granulometrycznej gruntów - dla Wydziału Technologii i Jakości Budowy Dróg – Laboratorium Drogowego GDDKiA, Oddział w Rzeszowie.

W pkt 3 OPZ zamawiający wskazał wymogi dotyczące systemu sterowania oraz oprogramowania, w tym m.in.: Odtwarzalność, powtarzalność, dokładność badawcza: nie gorsza niż 1%, ponadto zgodna z wymaganiami normy ISO 13320.

W pkt 16.7. swz zamawiający wskazał, że nie żąda złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych.

Przystępujący złożył ofertę, do której dołączył opis przedmiotu zamówienia (zał. do swz) parafowany i podpisany z adnotacją: „Potwierdzam spełnienie wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia”, ale bez strony, na której zamawiający zawarł ww. wymóg dotyczący odtwarzalności, powtarzalności i dokładności badawczej. Dołączył także kartę katalogową analizatora wielkości cząstek (PSA 1090L), która nie zawiera informacji dotyczących ww. wymogu.

Pismem z dnia 12.11.2021 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

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

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 233 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odnosząc się do kwestii oceny zgodności oferty przystępującego z swz, Izba przede wszystkim ustaliła, że poza złożeniem w ofercie ogólnych i standardowych oświadczeń o zapoznaniu się z treścią swz, związaniu jej postanowieniami i oferowaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z swz, przystępujący złożył wraz z ofertą kartę katalogową dla urządzenia PSA 1090L, w której wskazany został jedynie parametr powtarzalności, natomiast nie wskazano danych dotyczących parametru dokładności i odtwarzalności. Nie jest to przy tym błąd po stronie przystępującego, gdyż zamawiający nie żądał złożenia żadnych przedmiotowych środków dowodowych, więc przystępujący nie był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą nawet ww. karty katalogowej. Należy się także zgodzić z zamawiającym, że treść kart katalogowych nie musi zawierać informacji ściśle odpowiadających wymogom swz, gdyż producenci nie sporządzają kart katalogowych pod kątem konkretnych wymagań konkretnych zamawiających.

Niemniej jednak nie sposób nie zauważyć w niniejszej sprawie dowodów złożonych przez odwołującego, których treść poddaje w wątpliwość zgodność oferty przystępującego z swz. Z dołączonej przez odwołującego do odwołania karty katalogowej wynika, że urządzenie PSA 1090 posiada dokładność <3%. Oznacza to, że tolerancja błędu jest większa (3%) niż dopuszczalna przez zamawiającego (1%). Przystępujący przedłożył oświadczenie producenta Anton Paar GmbH, z którego wynika, że specyfikacja i broszura dotycząca urządzenia są w trakcie rewizji, natomiast „ostatnio opublikowany raport aplikacyjny „Dokładność, powtarzalność i odtwarzalność urządzenia PSA” pokazuje, że instrument PSA posiada dokładność nie gorszą niż 1% i powtarzalność nie gorszą niż 1%”. Tenże raport został złożony przez odwołującego i zamawiającego na rozprawie i wynika z niego, że dokładność urządzenia PSA, zgodnie z pkt 4.3. i 4.4. raportu wynosi 0% (także w przypadku D90), natomiast odtwarzalność wynosi 1,5% (w przypadku D90). Przy czym raport odnosi się generalnie do urządzeń grupy PSA, nie zaś do konkretnego urządzenia PSA 1090L, co potwierdza zarówno przystępujący, jak i zamawiający.

Z treści wyżej wskazanych dowodów wynika zatem przede wszystkim, że urządzenia grupy PSA nie spełniają wymogu odtwarzalności nie gorszej niż 1%. W raporcie wskazano bowiem na odtwarzalność na poziomie 1,5%, co jest niezgodne z swz, natomiast producent Anton Paar GmbH w żaden sposób tej kwestii nie wyjaśnia, gdyż w ogóle nie odnosi się w swoim oświadczeniu do parametru odtwarzalności urządzenia.

Z kolei w zakresie parametru dokładności należy zauważyć, że wynik podany w oświadczeniu producenta mógłby być uznany za zgodny z swz, ale producent w tymże oświadczeniu odwołuje się w tym zakresie do treści raportu. Tymczasem, co należy podkreślić, raport nie dotyczy urządzenia zaoferowanego przez przystępującego, tj. PSA 1090L, ale wszystkich urządzeń grupy PSA. Oznacza to, że sam raport, jak i odwołujące się do niego oświadczenie producenta Anton Paar GmbH, nie może jednoznacznie przesądzać,

że oferowane urządzenie spełnia parametr dotyczący dokładności, skoro żadne z tych dokumentów nie dotyczy jednoznacznie urządzenia PSA 1090L.

Wprawdzie przystępujący twierdzi, że w raporcie zostały wskazane parametry najgorsze dla urządzeń z grupy PSA, co oznacza, że poszczególne modele mogą osiągać wyniki lepsze, ale jest to twierdzenie gołosłowne, niepoparte żadnymi dowodami. Ponadto nie wiadomo, czy urządzeniem osiągającym te lepsze wyniki byłoby konkretnie urządzenie PSA 1090L i jakie byłyby to wyniki.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że zgromadzone dowody poddają w wątpliwość spełnienie przez oferowane przez przystępującego urządzenie wymogów dotyczących dokładności i odtwarzalności. Szczególnie w przypadku parametru odtwarzalności raport wskazuje na jego niespełnienie, zaś karta katalogowa i oświadczenie producenta w ogóle się do niego nie odnoszą. Skoro jednak raport (do którego odwołuje się też oświadczenie producenta w zakresie dotyczącym parametru dokładności) dotyczy grupy urządzeń PSA, nie zaś konkretnie urządzenia PSA 1090L, to podane w nim wyniki - zarówno korzystne, jak i niekorzystne dla przystępującego - nie mogą przesądzać o zgodności lub niezgodności oferty przystępującego z swz.

W związku z tym na obecnym etapie postępowania zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, ale nie ma też podstaw do przyjęcia, że oferta ta jest zgodna z swz. Dlatego też Izba uwzględniając odwołanie, nakazała zamawiającemu m.in. wezwanie przystępującego, na podstawie art. 233 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w przedmiocie spełnienia przez oferowane przez niego urządzenie parametrów dokładności i odtwarzalności. Po dokonaniu oceny treści wyjaśnień złożonych przez przystępującego, zamawiający zobowiązany będzie powtórzyć czynność badania i oceny ofert.

Jedynie na marginesie należy stwierdzić, że brak żądania przez zamawiającego składania przedmiotowych środków dowodowych nie oznacza, że zamawiający może ignorować kierowane do niego sygnały i dowody świadczące o niezgodności danej oferty z swz. Obowiązkiem zamawiającego jest bowiem dokonanie czynności badania i oceny ofert m.in. pod kątem spełnienia wymagań swz, zachowanie zasad, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp i udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Brak żądania przedmiotowych środków dowodowych może zatem utrudnić zamawiającemu dokonanie ww. czynności, natomiast nie zwalnia go z ich dokonania.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych. Izba oparła się na dowodach złożonych przez: przystępującego (oświadczenie firmy Anton Paar GmbH), odwołującego (karta katalogowa urządzenia PSA 1090L i raport dotyczący urządzeń PSA wydrukowany ze strony internetowej www.anton-paar.com) oraz zamawiającego (fragment raportu dotyczącego urządzeń PSA wydrukowany ze strony internetowej przystępującego).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący