

Sygn. akt KIO 2210/13

WYROK
z dnia 1 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2013 r. przez „MLU” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Główny Inspektorat Ochrony Środowiska w Warszawie

przy udziale EAS Envimet Analytical Systems Ges.m.b.H. w Brunn am Gebirge (Austria) zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża „MLU” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez „MLU” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od „MLU” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach na rzecz Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Główny Inspektorat Ochrony Środowiska - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zakup analizatorów do pomiarów zanieczyszczeń gazowych i kalibratorów do wzorcowania analizatorów.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 8 maja 2013 r., pod numerem 151218-2013.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

6 września 2013 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez EAS Enviment Analytical Systems Ges.m.b.H .

Wykonawca MLU Sp. z o.o. w Katowicach wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 września 2013 r.. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

art. 87 Pzp przez nieprzeprowadzenie rzetelnego badania i oceny całości oferty, które doprowadziło do przyjęcia, że oferta EAS Enviment Analytical Systems Ges.m.b.H. spełnia wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako „siwz”;

art. 89 Pzp przez jego niezastosowanie, podczas gdy oferta EAS Enviment Analytical Systems Ges.m.b.H. jako nieodpowiadająca treści siwz powinna zostać odrzucona przez zamawiającego;

art. 91 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Spółki EAS Enviment Analytical Systems Ges.m.b.H, podczas gdy zgodnie z siwz wybrana winna zostać oferta odwołującego jako oferta najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty EAS Enviment Analytical Systems Ges.m.b.H., dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego i o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa adwokackiego.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zgodnie z siwz wymagane było przedstawienie raportu z badań, potwierdzających zgodność oferowanego urządzenia z wymaganiami normy EN 14662-3. Dla uznania zaś przyrządu za zgodny z tą normą wymagane było przeprowadzenie 11 testów laboratoryjnych, szczegółowo określonych w pkt 8.2 normy.

Wskazał, że z raportu złożonego przez EAS Environment Analytical Systems Ges.m.b.H wynika niezgodność z wymaganiami normy w zakresie dwóch testów (nr 5 oraz nr 8), gdyż nie został przedstawiony test na zależność od ciśnienia próbki gazowej (określony w pkt 8.5.6 normy) dla oferowanego analizatora GC 955 serii 601 oraz przeprowadzone dla urządzenia badanie chromatografów wykazało, że nie przeszły one pozytywnie testu interferencji (pkt 8.5.9 normy). Odwołujący podniósł, z powołaniem się na str. 38 i 39 raportu, że chromatograf jest niezgodny z normą EN 14662-3 w tym punkcie, gdyż testu wykazał wartości odchylenia kolejno 29,25% oraz 29,42 %, podczas gdy zgodnie z wymaganą normą wartość ta nie może być wyższa niż 5%.

Zwrócił uwagę, że przedłożony dla urządzenia test UMEG został przeprowadzony w roku 2003-2004 r., a więc sporządzony został w oparciu o wersję roboczą tworzonej wtedy normy prEN 14662-3, która nie wymagała wykonania testu na zależność od ciśnienia próbki gazowej, co jest wymagane w obowiązującej od 2005 r. normie EN 14662-3).

Odwołujący wskazał na istotne różnice występujące pomiędzy urządzeniem testowanym, a wersją obecnie produkowaną i oferowaną. Wyjaśnił, że Laboratorium UMEG, które wykonywało raport dla producenta Syntech Spectras B.V., testowało przyrządy pracujące z systemem operacyjnym Windows 98 oraz oprogramowaniem dedykowanym o numerze 4.0.5. i że test zgodności z normą jest ważny tylko dla tych podzespołów. Argumentował, że system operacyjny Windows 98, w który zaopatrzone było badane urządzenie nie jest już dostępny na rynku od kilkunastu lat, zatem oferent nie może dostarczyć urządzenia zgodnego z wykonanym raportem.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z punktem 8.4 normy, każde zmiany konstrukcji urządzenia, które nie zostały ujęte w teście, producent każdorazowo obowiązany jest zgłosić instytucji wykonującej testy (w tym przypadku UMEG) wskazując opis każdej zmiany konstrukcji urządzenia, przy czym obowiązek ten dotyczy również zmian w oprogramowaniu, gdyż tylko w ten sposób instytucja testująca jest w stanie stwierdzić czy i w jakim zakresie konieczne jest przeprowadzenie nowych badań urządzenia. Takich badań oferent zaś nie przedstawił.

Odwołujący wskazał, że siwz wymagała, aby oferowane urządzenie było fabrycznie nowe, przy czym nie mogło zostać ono wyprodukowane wcześniej niż w roku 2013 r. (tabela 2, poz. 1 siwz), zatem dostarczenie urządzenia wyposażonego w systemy, których produkcję zakończono ok 2000 roku., nie spełnia jej warunków w tej części.

Podniósł, że urządzenia testowane przez Laboratorium UMEG były wyposażone w wbudowany komputer sterujący o następujących parametrach: CPU M II/IBM300, Pamięć 64MB, Dysk twardy 20GB Fujitsu MHR 2020AT, natomiast żaden z analizatorów oferowanych w toku postępowania przez EAS Envimet Analytical Systems Ges.m.b.H., ze względu na zakończenie produkcji ww. części kilka lat temu, nie może posiadać wbudowanego dataloggera o takiej specyfikacji technicznej. Odwołujący nadmienił, że wbudowany komputer jest integralną częścią chromatografu BTX i zgodnie z normą EN 14662-3 pkt. 8.4 producent powinien był przedstawić laboratorium certyfikującemu opis wprowadzonych do przyrządu zmian, celem zdecydowania, czy nowe badania są potrzebne, a jeśli tak to w jakim zakresie należy je przeprowadzić. Oferent ten nie przedstawił w toku postępowania stanowiska LUBW (UMEG) dotyczącego zaistniałych zmian.

Odwołujący podniósł również, że urządzenia testowane przez Laboratorium UMEG wyposażone były w inne karty elektroniczne: tzn. kartę sterującą zasilaniem oraz kartę sterującą poborem próbki gazowej od aktualnie dostarczanych. Karty elektroniczne w analizatorach dostarczanych przez EAS Envimet Polska (firmę zależną od EAS Envimet Analytical Systems GES.M.B.H.), a produkowane przez Syntech Spectras B.V. zasadniczo różnią się od tych które były w testowanych przez UMEG chromatografach.

Odwołujący na potwierdzenie swego stanowiska złożył:

3. Raport zgodności z normą przedłożony przez Spółkę EAS Envimet Analytical System wraz z tłumaczeniem na język polski - str. 36 – 54;
4. Normę PN- EN 14662-3 - rozdział dotyczący Zatwierdzania typu (pkt 8);
5. Pismo instytutu LUBW z dnia 7 sierpnia 2013 r. dotyczące zgodności jedynie z systemem Windows 98 - wraz z tłumaczeniem;
6. zdjęcia karty sterującej poborem próby oraz karty sterującej zasilaniem celem wykazania różnic pomiędzy elementami zamontowanymi w testowanym urządzeniu oraz w urządzeniach dostarczanych w ostatnich 3 latach;
7. Wiadomość e-mail od Microsoft Customer Service;
8. Specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Ponadto wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego celem ustalenia zgodności oferowanego urządzenia z siwz oraz uzyskania żądanych parametrów przy zastosowanych przez oferenta elementach.

Wykonawca EAS Enviment Analytical Systems Ges.m.b.H. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o

zwrot odwołania z racji dokładnego braku wskazania miejsca opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Wnosił też o oddalenie odwołania, podnosząc m.in., że wskazane w odwołaniu podstawy prawne nie odnoszą się do merytorycznej treści zarzutów .

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp z powodu nie przekazania mu wraz z kopią odwołania załączonych do odwołania dokumentów wskazanych jako dowody w sprawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega zwrotowi.

§ 4 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) stanowi, że odwołanie zawiera numer ogłoszenia o zamówieniu – w przypadku zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo Dzienniku Unii Europejskiej, jednak brak wskazania tego numeru przez odwołującego nie jest przeszkodą do rozpoznania odwołania. Stosownie do art. 187 ust.3 zd 1 Pzp rygor zwrotu odwołania występuje wyłącznie wtedy, gdy odwołanie zawiera braki formalne uniemożliwiające nadanie mu prawidłowego biegu. Natomiast zgodnie z art. 187 ust. 3 zd 2 Pzp mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę.

Odwołujący wskazał w odwołaniu fakt opublikowania ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jednak nie wskazał numeru ogłoszenia, co stanowi oczywistą niedokładność, która nie ma znaczenia dla oceny przesłanek formalnych i merytorycznych dopuszczalności środka ochrony prawnej oraz rozpoznania zarzutów podniesionych w odwołaniu. Jedynie dydaktycznie trzeba zauważyć, że stosownie do art. 187 ust. 3, 5 i 6 Pzp konsekwencją stwierdzenia braków odwołania uniemożliwiających nadanie mu prawidłowego biegu jest wezwanie do uzupełnienia braków odwołania. Zwrot odwołania następuje wyłącznie w sytuacji, gdy odwołujący w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania nie uzupełni braków.

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Natomiast § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań

nakazuje wskazanie w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Skoro odwołujący wskazał w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne stanowiące osnovę podniesionych zarzutów oraz powołał dowody, to wymagania przywołanych przepisów zostały spełnione. Na marginesie można dodać, że większa część dokumentów powołanych jako dowody znajdowała się w posiadaniu zamawiającego w dniu wniesienia odwołania.

Odrzuceniu odwołania z powodu braku niedołączenia do niego dokumentów wskazanych jako dowody sprzeciwił się m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 11 kwietnia 2013 r. (sygn. akt. XIX Ga 179/13, opublikowanym na www.uzp.gov.pl).

Izba nie podzieliła stanowiska przystępującego, że sposób sformułowania zarzutów odwołanie nie pozwala na ich rozpoznanie. Przeciwnie, odwołujący wskazał kwestionowane czynności i zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, adekwatne do nich okoliczności faktyczne i prawne oraz powołał dowody na poparcie swoich twierdzeń. Spełnione zostały wymagania art. 180 ust. 3 Pzp. Niepełne lub niewłaściwe przywołanie przepisów ustawy nie stanowi przeszkody do rozpoznania zarzutu odwołania.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę z ceną drugą w kolejności po ofercie wybranej. Ma zatem interes w uzyskaniu danego zamówienia, a zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał w siwz, aby wraz z ofertą wykonawca złożył raport z badań potwierdzający zgodność oferowanego analizatora z normą EN 14662-3 analizator był wyprodukowany nie później niż w roku 2013.

Przystępujący zaoferował analizator GC 955, model 601 i złożył wraz z ofertą raport UMEG z badań uzupełniający zgodnie z EN 14662-3 do badania zatwierdzenia typu dwóch chromatografów gazowych – CG 955, seria 601.

Na kwestie ujęte w odwołaniu odwołujący zwrócił uwagę zamawiającemu po otwarciu ofert. Zamawiający wystąpił do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, a po ich otrzymaniu dokonał wyboru oferty przystępującego, jako najkorzystniejszej.

Nietrafnie wskazywał odwołujący, że złożony wraz z ofertą test UMEG został przeprowadzony w roku 2003-2004 r., na podstawie wersji roboczej tworzonej wtedy normy prEN 14662-3.

Ze złożonego przez przystępującego pisma LUBW (Landesanstalt für Umwelt, Messungen und Naturschutz Baden – Württemberg, dawniej UMEG) z 27 sierpnia 2013 r. wynika, że test zatwierdzający typ dla benzenu został przeprowadzony dla chromatografu GC 955, model 601 (wersja PID) między październikiem 2004 r. a lipcem 2005 r. Natomiast zgodnie z wprowadzeniem do raportu UMEG (str. 7 z 54) złożonym przez zamawiającego wynika, że badania laboratoryjne oraz następujące po nich badania polowe z uwzględnieniem DIN EN 14662-3 zostały przeprowadzone w sierpniu 2005 r. Nadto strona tytułowa raportu odnosi się do normy EN 14662-3 (w aktach sprawy w języku angielskim, tłumaczenie na język polski złożone przez zamawiającego).

Ocena dowodów zgromadzonych w sprawie doprowadziła Izbę do przekonania, że brak testu na zależność od ciśnienia próbki gazowej nie przesądza, że analizator GC 955 serii 601 oferowany przez przystępującego jest niezgodny z normą.

Z pisma TÜV Rheinland Energie und Umwelt GmbH w Kolonii z 19 września 2013 r. złożonego przez przystępującego wynika, że ten specyficzny test pomiarowy jest niezwykle trudny do przeprowadzenia, zatem w testach zatwierdzenia typu wykonywanych w poprzednich latach zdecydowano o pominięciu tego punktu testowego w całości bądź w kilku przypadkach dokonywano alternatywnego oszacowania (wpływu zmian ciśnienia powietrza atmosferycznego na punkt kalibracji w czasie testów polowych).

W omawianym piśmie akredytowany organ oceny zgodności potwierdził również, że alternatywne podejścia zostały zaprezentowane i przedyskutowane w odpowiednim Komitecie Certyfikacyjnym w Niemczech, a następnie w Wielkiej Brytanii i zostały zaakceptowane, w związku z czym raporty z zatwierdzenia typu i odpowiednia ich certyfikacja zostały przyznane wszystkim testowanym poprzednio systemom bez jakichkolwiek zastrzeżeń i wszystkie oficjalnie wystawione raporty z zatwierdzenia typu/certyfikaty są ważne.

W odniesieniu do testu interferencji strony wskazywały różne treści raportu wywodząc z nich różny skutek. Spór dotyczył interpretacji treści zawartych w raporcie w kontekście wymagań normy EN 14662-3.

Izba za wiarygodne uznała stanowisko zamawiającego, że odwołujący koncentruje się na czynnikach składowych całkowitej niepewności pomiarowej, a wartość ta – przedstawiona w

raporcie UMEG spełnia wymagania normy EN-14662-3. Nietrafnie przywołuje odwołujący str. 38 i 39 raportu i skoro z analizy str. 41 - 42 wynika, że prowadzone pierwotnie badania nie wykazały zgodności z normą, jednak nastąpiły z użyciem stężeń wyższych niż górny zakres zalecany przez normę wynoszący 10 mg/m³. Badania przeprowadzono dla stężeń 34,7 mg/dm³.

Zgodność analizatora GC 955, model 601 z wymaganiami normy oraz ważność raportu została potwierdzona przez wymienione instytucje w powołanych pismach.

Wobec powyższego Izba uznała, że raport złożony przez przystępującego wraz z ofertą potwierdza zgodnie z wymaganiami zamawiającego, że analizator GC 955, model 601 spełnia wymagania normy EN-14662-3.

Odwołujący zarzucał również, że raport złożony przez przystępującego został wykonany dla urządzenia nie objętego ofertą z powodu różnicy w wersji systemu operacyjnego, oprogramowania dedykowanego oraz wbudowanego komputera sterującego.

Na podstawie dokumentów złożonych przez strony Izba uznała, że bezsporne jest, że raport dotyczy wyłącznie analizatora z systemem operacyjnym lub oprogramowaniem w wersji, której dotyczy raport. Istota sporu sprowadza się zatem w zasadzie do ustalenia, jaki analizator zaoferował przystępujący oraz, czy świadczenie urządzenia, do którego odnosi się raport złożony wraz z ofertą jest możliwe. Izba uznała bowiem, że raport stanowi dokument przedmiotowy potwierdzający zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp zgodność oferowanej dostawy z wymaganiami zamawiającego oraz, że na etapie wykonania umowy niedopuszczalne jest przyjęcie przez zamawiającego analizatora nie posiadającego wymaganych raportów.

Ciężar dowodu niezgodności oferty przystępującego z siwz zgodnie z zasadą ogólną (art. 6 k.c. art. 190 ust. 1 Pzp) spoczywał na odwołującym, jako na twierdzącym. Wyniki postępowania dowodowego wskazują jednak, że odwołujący kierował się w tej mierze nie faktami, które mogą zostać stwierdzone obiektywnie, lecz wyłącznie przypuszczeniami.

Po pierwsze: przystępującego nie daje podstaw do uznania, że przystępujący zaoferował inny system operacyjny, oprogramowania, lub silnik, inny niż w zastosowane w analizatorze, którego dotyczy raport.

Po drugie: dostawa urządzenia, którego konfiguracja odpowiada urządzeniom testowanym została potwierdzona przez producenta w złożonym przez przystępującego piśmie z 28 sierpnia 2013 r..

Po trzecie: jak trafnie podniósł zamawiający, wymóg dostawy urządzenia fabrycznie nowego wyprodukowanego nie wcześniej, niż w roku 2013 dotyczy analizatora jako całości, nie zaś

wszystkich jego komponentów. Okoliczność, że Windows 98 nie są już produkowane, nie oznacza samo z siebie niedopuszczalności posługiwania się tym programem przez producenta analizatora, w szczególności, jeśli pozwalają na to posiadane przez nich autorskie prawa zależne. Analogiczne stanowisko Izba zajmuje wobec komponentów sprzętowych.

Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 Pzp, nie tylko dlatego, że skorzystanie z zawartego w nim trybu jest *verba legis* uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego.

Zamawiający wyjaśnił w toku badania i oceny ofert swoje wątpliwości, a pozytywna ocena wyjaśnień uzyskanych od przystępującego jest zgodna z wynikami postępowania dowodowego w sprawie.

Wobec powyższego Izba nie uwzględniła wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego celem ustalenia zgodności oferowanego urządzenia z siwz oraz uzyskania żądanych parametrów przy zastosowanych przez oferenta elementach. Fakty będące przedmiotem opinii – zgodność analizatora GC 955, model 601 z wymaganiami normy EN 14662-3 – zostały stwierdzone innymi dowodami, jak tego wymaga art. 190 ust. 6 Pzp.

Izba pominęła pismo LUBW z 13 września 2013 r. złożone przez odwołującego wyłącznie w języku angielskim. Zgodnie bowiem z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, którzy powołują się na dokumenty sporządzone w języku obcym, przedstawia ich tłumaczenie na język polski.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

