

Sygn. akt: KIO 1552/18

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Członkowie: Paweł Trojan
Renata Tubisz
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 sierpnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018 r. przez **wykonawcę MS Spektrum S. Sp. j. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Główny Urząd Miar z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy Pro-Environment Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę MS Spektrum S. Sp. j. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę MS Spektrum S. Sp. j. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Główny Urząd Miar z siedzibą w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *nabycie spektrofotometru UV-VIS-NIR do pomiarów widmowego współczynnika odbicia (numer postępowania BDG-WZP.261.62.2018)*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 5 lipca 2018 r. za numerem 584653-N-2018. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa, jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 z późn. zm. zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 6 sierpnia 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca MS Spektrum S. Sp. j. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec: czynności wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty tj. oferty Wykonawcy Pro-Environment Polska Sp. z o.o.; zaniechania wykluczenia wykonawcy Pro-Environment Polska Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu wobec podania nieprawdziwych, wprowadzających w błąd informacji zawartych w ofercie i oświadczeniu o spełnianiu przez oferowany spektrofotometr Lambda 950s wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia; zaniechania wykluczenia wykonawcy Pro-Environment Polska Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu wobec niespełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. niewykazania posiadania zdolności technicznej do wykonania zamówienia; ewentualnie zaniechania zwrócenia się do wykonawcy Pro-Environment Polska Sp. z o.o. oraz Saint-Gobain Innovative Materials Polska sp. z o.o. o wyjaśnienia i potwierdzenie należytego wykonania dostawy przez wykonawcę Pro- Environment Polska sp. z o.o.; zaniechania wezwania wykonawcy Pro-Environment Polska sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowania rażąco niskiej ceny w odniesieniu do przedmiotu zamówienia i treści złożonej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (ZNKU) w sytuacji, gdy wykonawca Pro-Environment w formularzu oferty na stronie 2 (Załącznik nr 5 do SIWZ) złożył oświadczenie o spełnianiu przez oferowany spektrofotometr wymogów SIWZ w zakresie wymogu wskazanego w Załączniku nr 1 do SIWZ: „Spektrofotometr musi posiadać następujące właściwości: wykonywać pomiary widmowego współczynnika odbicia w różnych

geometriach pomiarowych, m.in. w geometrii 8°:d przy zastosowaniu wzorca odniesienia oraz w dowolnych geometriach kątowych zwierciadlanych i niez zwierciadlanych metodą bezwzględną" i wprowadzenia w ten sposób Zamawiającego w błąd poprzez podanie informacji nieprawdziwych, mimo iż na stronie producenta PerkinElmer ani nigdzie indziej nie jest dostępna specyfikacja techniczna spektrofotometru Lambda 950s; która potwierdza spełnianie przez tenże spektrofotometr wyposażony w przystawkę TAMS wymogów SIWZ, brak jest jakichkolwiek dowodów, w tym publikacji naukowych i pomiarów wykonanych metodą bezwzględną (bez użycia wzorca odniesienia) na spektrofotometrze Lambda 950s wyposażonym w opcjonalną przystawkę TAMS potwierdzających spełnianie wymogów SIWZ i możliwość wykonywania pomiarów widmowego współczynnika odbicia w różnych geometriach pomiarowych, m.in. w geometrii 8°:d w dowolnych geometriach kątowych zwierciadlanych i niez zwierciadlanych metodą bezwzględną; w Załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający wskazał: „Spektrofotometr musi posiadać następujące właściwości; wykonywać pomiary widmowego współczynnika odbicia w różnych geometriach pomiarowych, m.in. w geometrii 8°:d przy zastosowaniu wzorca odniesienia oraz w dowolnych geometriach kątowych zwierciadlanych i niez zwierciadlanych metodą bezwzględną" podczas gdy oferowany przez Pro-Environment Polska sp. z o.o. spektrofotometr, a dokładniej akcesorium TAMS posiada kąt pomiarów geometrycznych 15-345 stopnia: co nie wypełnia definicji dowolnej geometrii kątowej;

2. art. 26 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazania zdolności technicznej lub zawodowej w celu potwierdzenia spełniania warunku, o którym mowa w SIWZ w Rozdziale VI.1.2.c) i w Rozdziale VIII.1, podczas gdy na podstawie treści przedłożonych dokumentów (wykazu zrealizowanych dostaw i protokołu zdawczo-odbiorczego) - podpisania tego drugiego dokumentu przez niewymienionego z imienia i nazwiska, nieczytelnym podpisem przedstawiciela Saint Gobain Innovative Materials Polska sp. z o.o. - Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do spełniania przez Wykonawcę warunku zdolności technicznej i zawodowej, oraz tego czy nie przekazał Zamawiającemu informacji nieprawdziwych w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, a tym samym czy nie podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu;

3. art. 25 ust. 1 ustawy pzp, art. 26 ust. 4 ustawy pzp w zw. z § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez niewystąpienie do Saint-Gobain Innovative Materials Polska sp. z o.o. w celu uzyskania informacji i potwierdzenia

spełniania warunku, o którym mowa w SIWZ w Rozdziale VI.1.2).c) i w Rozdziale VIII.1 - w sytuacji, gdy na podstawie treści przedłożonych dokumentów (wykazu zrealizowanych dostaw i protokołu zdawczo-odbiorczego) - podpisania tego drugiego dokumentu przez osobę niewymienioną z imienia i nazwiska, nieczytelnym podpisem - Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do mocy dowodowej tego dokumentu i powinien zwrócić się do Saint-Gobain Innovative Materials Polska sp. z o.o. o udzielenie informacji czy dokument podpisał jego uprawniony przedstawiciel, czy dostawa została wykonana należycie, bez uwag, oraz potwierdzenia wartości dostawy.

4. art. 90 ust. 1 ustawy pzp, poprzez niewezwanie wykonawcy Pro-Environment do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, mając na uwadze zaoferowaną przez niego cenę zawierającą usługę 60 miesięcznej gwarancji, podczas gdy standardowa gwarancja producenta wynosi 12 miesięcy, a oferta konkurencyjna oferująca 24 miesięczną gwarancję jest o 40 719,15 zł wyższa.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Pro-Environment Polska sp. z o.o. na skutek celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd i podania w złożonej ofercie informacji nieprawdziwych o zgodności oferowanego spektrofotometru z wymogami SIWZ, co miało istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego;
- 3) dokonania powtórnego badania i oceny ofert z udziałem pozostałych wykonawców; ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższych żądań:
- 4) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 5) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem wskazanych w treści odwołania zastrzeżeń Odwołującego co do rzetelności informacji odnoszących się do dokumentów potwierdzających spełnienie przez Pro-Environment Polska sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz zastrzeżeń dotyczących zaoferowania rażąco niskiej ceny, a w rezultacie wezwania wykonawcy Pro-Environment Polska sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, do stosownych wyjaśnień w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do zdolności technicznej i zawodowej;

6) nakazania wykonawcy Pro-Environment Polska sp. z o.o. w trybie § 2 pkt. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zwrócenia się do Saint-Gobain Innovative Materials Polska sp. z o.o. o potwierdzenie wykonania dostawy, wartości tej dostawy, oraz jej należytego wykonania;

7) wezwania wykonawcy Pro-Environment Polska sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu wskazującego, iż oferowana cena nie jest rażąco niska;

8) wykluczenia wykonawcy Pro-Environment Polska sp. z o.o. w razie niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;

9) odrzucenia oferty wykonawcy Pro-Environment Polska sp. z o.o. w razie niewykazania, iż oferowana cena nie jest rażąco niska.

- jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 2 ustawy pzp, wniósł o unieważnienie umowy i nałożenie kary finansowej.

Ponadto wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu uiszczanego za odwołanie, a także kosztów dojazdu na rozprawę i kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący wniósł również o dopuszczenie w sprawie następujących dowodów:

1) Specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami w wersji po zmianach (na dzień 29 czerwca 2018 r. i 9 lipca 2018) - na okoliczność warunków udziału w postępowaniu;

2) odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców z dnia 6 lipca 2018 r. na okoliczność zmiany specyfikacji i zmniejszenia wymogów co do wymiarów próbki do 200x180mm, co umożliwiło złożenie oferty przez Pro-Environment Polska sp. z o.o.;

3) oferty Pro-Environment Polska sp. z o.o. - na okoliczność jej treści;

4) wykazu dostaw i protokołu zdawczo-odbiorczego z dnia 29 czerwca 2018 r. przedłożonych przez Pro-Environment Polska sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 2 ustawy pzp - na okoliczność podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego w imieniu Saint Gobain Innovative Materials sp. z o.o. przez bliżej nieokreśloną osobę, co uniemożliwia weryfikację tegoż dokumentu;

5) protokołu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - w posiadaniu Zamawiającego, na okoliczność jego treści;

- 6) wydruku ze strony PerkinElmer Inc USA wskazującego na brak w ofercie modelu spektrofotometru Lambda 950s - na okoliczność nieoferowania takiego typu spektrofotometru; z tłumaczeniem na j. polski;
- 7) karty katalogowej produktu - przystawki TAMS - z tłumaczeniem na j. polski; na okoliczność parametrów kątowych pomiarów geometrycznych;
- 8) wydruku ze strony PerkinElmer wskazującego na okres standardowej gwarancji spektrofotometru Lambda 950 - na okoliczność długości standardowej gwarancji producenta na spektrofotometr; z tłumaczeniem na j. polski.

Odwołujący zaznaczył, że odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, gdyż zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej opublikowane zostało 30 lipca 2018 r.

Uzasadniając zarzut 1 odwołania Odwołujący podniósł, że Wykonawca Pro-Environment Polska sp. z o.o. w treści oferty s. 2 punkt 2 potwierdził spełnianie przez oferowany spektrofotometr Lambda 950s z 150 mm i akcesorium TAMS wymogu SIWZ wskazanego w treści załącznika nr 1 do SIWZ: „Spektrofotometr musi posiadać następujące właściwości: wykonywać pomiary widmowego współczynnika odbicia w różnych geometriach pomiarowych, m.in. w geometrii 8°:d przy zastosowaniu wzorca odniesienia oraz w dowolnych geometriach kątowych zwierciadlanych i niez zwierciadlanych metodą bezwzględną”. Odwołujący się wskazał, że Producent urządzenia PerkinElmer Inc USA nie udostępnia specyfikacji technicznej spektrofotometru Lambda 950s. Modelu takiego nie ma w publicznie dostępnej ofercie, nie można zatem zweryfikować parametrów tego urządzenia i spełniania przez nie wymogów SIWZ. Brak jest również jakichkolwiek materiałów, dokumentów, badań potwierdzających, iż spektrofotometr Lambda 950s wyposażony w akcesorium TAMS może dokonywać pomiarów metodą bezwzględną (bez użycia wzorca) w dowolnych geometriach kątowych zwierciadlanych i nie zwierciadlanych. Wykonawca nie mógł zatem złożyć oświadczenia o spełnianiu przez oferowane przez niego urządzenie wymogów SIWZ z tej przyczyny, iż na spektrofotometrze Lambda 950s (o nieznanym parametrach i specyfikacji) wyposażonego w akcesorium TAMS, takie pomiary wymagane przez Zamawiającego nie były nigdy wykonywane. To Zamawiający będzie pierwszym podmiotem, który takie pomiary na tym typie spektrofotometru będzie wykonywał i dopiero te pomiary zweryfikować mogą prawdziwość oświadczenia Wykonawcy. Tymczasem Wykonawca, składając ofertę i oświadczenie o spełnianiu przez oferowany spektrofotometr wymogów SIWZ musi mieć pewność, iż wymogi te są spełnione, co jest niemożliwe wobec niedysponowania przez Wykonawcę wynikami pomiarów w zakresie żądanym przez

Zamawiającego. Oferując zatem urządzenie, co do którego Zamawiający nie dysponuje dowodami potwierdzającymi spełnianie wymogów specyfikacji, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, naruszający interesy Zamawiającego (który otrzymuje urządzenie niesprawdzone) i interesy pozostałych wykonawców wobec naruszenia zasad dobrych obyczajów. Oferta i oświadczenie wykonawcy Pro-Environment Polska sp. z o.o. narusza zatem zasadę zachowania uczciwej konkurencji, gdyż zawiera oświadczenia i informacje nie mające potwierdzenia. Odwołujący powołał się na wyrok NSA z dnia 17 stycznia 2017 r., sygn. akt: II GSK 2472/15 oraz z 22 lutego 2017 r. sygn. akt: II GSK 1732/15. Ryzyko niespełnienia przez Lambda 950s z akcesorium TAMS wymogów SIWZ zostało zatem przeniesione na Zamawiającego, który będzie użytkownikiem spektrofotometru.

Odwołujący podkreślił, iż w przeciwieństwie do Pro-Environment Polska sp. z o.o. i spektrofotometru Lambda 950s, Zamawiający miał możliwość w przeszłości przetestować taki jak oferowany przez MS Spektrum spektrofotometr - Cary 5000 - i uzyskał jednoznaczne potwierdzenie spełniania wszystkich zakładanych parametrów i wyników pomiarów. W odniesieniu do spektrofotometru Lambda 950s z akcesorium TAMS Zamawiający nie widział urządzenia, nie żądał przeprowadzenia jego testów, bezkrytycznie przyjął do wiadomości oświadczenie wykonawcy Pro-Environment o spełnianiu wymogów SIWZ. Takie różnicowanie wymagań wobec wykonawców również narusza zasadę uczciwej konkurencji, faworyzując wykonawcę Pro-Environment. Zamawiający nie może bowiem w żaden sposób uprzywilejowywać czy okazywać niechęci jakiegokolwiek z wykonawców. Przestrzeganie omawianej zasady polega na stosowaniu takiej samej miary do wszystkich wykonawców i na jednakowym traktowaniu podmiotów znajdujących się w takiej samej lub zbliżonej sytuacji. Zasada ta (równego traktowania wykonawców - przyp. MS Spektrum) wymaga w szczególności, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich konkurentów podlegały tym samym warunkom (wyroki z dnia 25 kwietnia 1996 r. Komisja/Belgia C-87/94, EU:C:1996:161, pkt. 54; z dnia 12 grudnia 2002 r. Universale-Bau i in. C-470/99, EU:C:2002:746, pkt.93; z dnia 12 marca 2015 r. eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, pkt.33).

Odwołujący zaznaczył, że wobec niedysponowania przez Wykonawcę Pro-Environment sp. z o.o. dowodami wykazującymi na możliwość wykonywania pomiarów metodą bezwzględną pod dowolnymi kątami - Wykonawca ten wprowadził Zamawiającego celowo w błąd co do spełniania przez Lambda 950s wymogów SIWZ, co narusza również art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp, a ewentualnie również narusza art. 24 ust. 1 pkt. 16 ustawy pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Ponadto podkreślił, że Wykonawca wprowadził Zamawiającego celowo w błąd również w zakresie poświadczenia zgodności oferowanego spektrofotometru z SIWZ w zakresie zdolności urządzenia Lambda 950s z akcesorium TAMS do prowadzenia pomiarów w dowolnych geometriach kątowych zwierciadlanych i niez zwierciadlanych, podczas gdy z karty katalogowej produktu - przystawki TAMS - wynika, iż zdolność pomiarów w geometrii kątowej wynosi 15-345 stopni. Nie jest to zatem dowolna geometria kątowa, jakiej wymagał zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ. O takich a nie innych parametrach przystawki TAMS Wykonawca Pro-Environment Polska sp. z o.o. musiał wiedzieć, jako że informacje te są dostępne na stronie producenta PerkinElmer i jego innych dystrybutorów. Wykonawca Pro-Environment Polska sp. z o.o. wobec wprowadzenia Zamawiającego w błąd dwukrotnie, powinien w ocenie Odwołującego, podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy pzp, jako że podane nieprawdziwe informacje dotyczą przedmiotu zamówienia co ma istotny wpływ na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ. Rato legis tych uregulowań jest bowiem eliminacja z postępowań takich wykonawców, których działanie cechuje zamiar wprowadzenia w błąd zamawiającego, a także wykonawców, którzy wprowadzają zamawiającego w błąd na skutek swojego lekkomyślnego lub niedbałego zachowania.

Odnosząc się do zarzutu 2 odwołania Odwołujący wskazał, iż Wykonawca Pro-Environment Polska sp. z o.o. na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, przedłożył Zamawiającemu, w trybie art. 26 ust. 2 ustawy pzp, dokument zatytułowany „Protokół zdawczo-odbiorczy” z dnia 29 czerwca 2018 r. w celu wykazania, iż wykonał na rzecz Saint-Gobain Innovative Materials Polska sp. z o.o. dostawę spektrofotometru Lambda 950s base instrument 150 mm pbs o wartości 327 180 zł brutto. Dokument ten nie jest wystawiony przez Saint-Gobain Innovative Materials Polska sp. z o.o., a nadto został opatrzony nieczytelnym podpisem rzekomo w imieniu tej firmy przez osobę niewymienioną z imienia i nazwiska oraz stanowiska, co uniemożliwia ocenę wiarygodności tego dokumentu. Zamawiający jednakże bezpodstawnie zaniechał wezwania wykonawcy Pro-Environment do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 celem weryfikacji prawdziwości i rzetelności tego dokumentu. Powołał się na uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 listopada 2015 r., sygn. akt: KIO/KU 59/15. Mając na względzie, iż dokument protokołu zdawczo-odbiorczego dotyczy wykazania warunku udziału wykonawcy w postępowaniu, wskazanego w SIWZ w Rozdziale VI.1.2).c) i w Rozdziale VIII.1 brak wykazania tego warunku skutkowałby wykluczeniem wykonawcy Pro-Environment z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp.

Odnosnie 3 zarzutu odwołania Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający bezpodstawnie zaniechał - wobec braków treści dokumentu protokołu zdawczo- odbiorczego z dnia 29 czerwca 2018 r. - zwrócić się bezpośrednio do Saint-Gobain Innovative Materials Polska sp. z o.o. o potwierdzenie wykonania przez Pro-Environment Polska sp. z o.o. dostawy spektrometru, wyjaśnienie czy i kto podpisał nieczytelnie dokument protokołu zdawczo- odbiorczego, czy była to osoba uprawniona, oraz w celu potwierdzenia wartości dostawy i jej należytego wykonania. Brak wykazania warunku zdolności technicznej i zawodowej skutkowałby wykluczeniem wykonawcy Pro-Environment z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp. Zwrócić się w takich okolicznościach do podmiotu trzeciego (Saint- Gobain) o niezbędne wyjaśnienia i dokumenty było obowiązkiem Zamawiającego.

Przechodząc do zarzutu 4 odwołania zaznaczył, że Wykonawca Pro-Environment złożył ofertę o wartości 40 719,15 zł niższej od oferty Odwołującego się. W kontekście zaoferowanej przez tegoż Wykonawcę gwarancji 60 miesięcznej (w porównaniu do 24 miesięcznej gwarancji oferowanej przez Odwołującego się) - niższa o prawie 41 tysięcy zł cena ofertowa powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, czy Wykonawca będzie w stanie w zaoferowanej cenie wykonać należycie zamówienie i należycie świadczyć nieodpłatnie naprawy gwarancyjne w okresie 5 lat. Tak długi okres gwarancji nie jest standardowo oferowany przez producenta PerkinElmer, gdyż wynosi on zaledwie 12 miesięcy. Oznacza to, iż koszt wykonania świadczeń gwarancyjnych Pro-Environment powinien być uwzględniony na etapie przygotowania oferty. Zaoferowanie niższej o 40 tysięcy zł ceny i jednoczesne zaoferowanie gwarancji 60 miesięcznej, wskazuje na prawdopodobieństwo zaoferowania przez Wykonawcę rażąco niskiej ceny i poddaje w wątpliwość możliwość należytego wykonania umowy, w tym świadczeń gwarancyjnych w zaoferowanej cenie. Z reguły istnieje bowiem możliwość dokupienia u producenta dodatkowej gwarancji, jednakże jej koszt jest znaczny w stosunku do ceny samego urządzenia (spektrofotometru) i droższy w odniesieniu do każdego kolejnego roku użytkowania urządzenia. Poniesienie tego kosztu przez Wykonawcę powodowałoby w typowych rynkowych warunkach stratę finansową na realizacji zamówienia. Zamawiający powinien był zatem wezwać Pro-Environment do przedłożenia wyjaśnień i zaoferowania dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, która jest podana w ofercie ryczałtowo, obejmuje zarówno dostawę i instalację spektrofotometru, jaki i serwis gwarancyjny. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2347/17. Jeżeli zatem Pro-Environment zaoferował cenę ryczałtową za oferowane urządzenie i usługę gwarancji (usługę bardzo istotną) o okresie o 3 lata dłuższym niż oferta konkurencyjna, za

cenę niższą o 40 tysięcy złotych, to niezbędne jest ustalenie, czy cała oferta jest niedoszacowana, czy wykonawca prawidłowo obliczył wysokość oferty, czy też przedstawił cenę rażąco niską, by zyskać nieuczciwie przewagę konkurencyjną. Powodowałoby to ryzyko nienależytego wykonania umowy, w szczególności usługi gwarancyjnej. W takiej sytuacji Zamawiający miał obowiązek zastosować art. 90 ust. 1 i przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zażądać od Wykonawcy wyjaśnień i dowodów na prawidłowość i rzetelność sporządzonej kalkulacji ceny. Zaoferowanie rażąco niskiej ceny stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 ZNKU), a oferta taka podlega odrzuceniu (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp). Zaniechanie zatem Zamawiającego wezwania wykonawcy Pro-Environment do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, w sytuacji gdy Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny ofertowej, ma doniosłe znaczenie dla wyniku postępowania.

W dniu 13 sierpnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniośł o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Odnosząc się do zarzutu 1 odwołania Zamawiający wskazał, że niekorzystne dla Odwołującego miejsce w postępowaniu wynika z ilości punktów jaką otrzymał Odwołujący i jest pochodną ceny oraz okresu gwarancji, które Odwołujący zaoferował w formularzu ofertowym za całość zamówienia. Wbrew zarzutom, Odwołujący nie został potraktowany w sposób odmienny niż drugi wykonawca biorący udział w postępowaniu. Zamawiający zaznaczył, że obowiązujące przepisy nie przewidują konieczności wzywania wykonawców na etapie oceny ofert do przedstawienia wyników pomiarów na urządzeniach oferowanych w postępowaniu. Zdaniem Zamawiającego, takie wymagania w postępowaniu prowadziłyby do uprzywilejowania wykonawcy, który już dane urządzenie posiada w stosunku do wykonawcy, który dane urządzenie kupi lub wykona dopiero po podpisaniu umowy z Zamawiającym. Wszyscy wykonawcy uczestniczący w postępowaniu mieli równe szanse. Zarówno wykonawcy, którzy dysponują danym urządzeniem, jak i wykonawcy, którzy jeszcze takiego urządzenia nie mają w swoim posiadaniu, mogli złożyć oferty. Jeśli Odwołujący miał zastrzeżenie co do treści SIWZ i warunków udziału w postępowaniu mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej po publikacji SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, jednakże nie uczynił tego. SIWZ, opublikowany na stronie internetowej Zamawianego, w tym warunki udziału w postępowaniu, sposób i zasady realizacji zamówienia, były dostępne i takie same dla wszystkich wykonawców. Wykonawcy, składając oferty dobrowolnie, przystępują i wyrażają zgodę na warunki stawiane i opisane przez Zamawiającego. W ocenie Zamawiającego nie zostały naruszone zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

Wykonawców, co powoduje, że powyższe zarzuty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający podniósł, że zarzut Odwołującego jest oparty na domniemaniu oferowanych produktów na podstawie portfolio produktów udostępnionych przez producenta. Wspomniane portfolio nie musi zawierać wszystkich produktów faktycznie będących w ofercie Wykonawcy/Producenta. Ponadto może zaistnieć sytuacja wytworzenia urządzenia specjalnie pod przeprowadzane przez Zamawiającego postępowanie. Powoduje to, że wiedza Odwołującego na temat urządzenia oferowanego przez drugiego wykonawcę na tym etapie postępowania nie jest pełna, a przedstawiony przez niego zarzut nie stanowi wystarczającej podstawy do uznania Odwołania. Argumentacja Zamawiającego została podzielona przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 3 stycznia 2017 r. w sprawie KIO 2345/16 KIO 2353/16.

Odnosnie zarzutu nie dysponowania dowodami, w tym publikacjami naukowymi i pomiarami wykonanymi metodą bezwzględną (bez użycia wzorca odniesienia) na spektrofotometrze Lambda 950s wyposażonym w opcjonalną przystawkę TAMS, oraz geometrii kątowej opcjonalnej przystawki TAMS w ocenie Zamawiającego powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepisy prawne nie nakazują podawania do publicznej wiadomości publikacji wyników badań, czy publikowania prac naukowych, na temat urządzeń oferowanych przez producentów. Część informacji może stanowić „know-how” danego producenta. Ponadto Zamawiający przyjął, że skoro wykonawca, przystępując do postępowania jako podmiot profesjonalny w obrocie gospodarczym, oświadczył, że jego oferta spełnia wymagania opisane w SIWZ, to taki właśnie produkt oferuje Zamawiającemu, a więc produkt w pełni zaspokajający potrzeby Zamawiającego opisane w SIWZ. W celu zapewnienia uczciwej konkurencji Zamawiający nie żądał od wykonawców, starających się uzyskać zamówienie, udokumentowania rozwiązań technicznych urządzeń, a przez to wykazania w jaki sposób urządzenie będzie wykonywać oczekiwane pomiary. To przydatność urządzenia dla Zamawiającego jest ważna, nie zaś sposób jego budowy oraz dostępność w Internecie informacji na temat jego działania. Formułując rygorystyczne warunki dotyczące realizacji zamówienia i żądając w tym zakresie dokumentów, Zamawiający powinien wykazać obiektywną konieczność postawienia tych wymogów i żądania dokumentów w realiach konkretnego zamówienia (wyroki KIO z 29.5.2013 r., KIO 1129/13). Istotne jest, aby wymóg przedłożenia dokumentów nie ograniczał w sposób nieuzasadniony możliwości uczestniczenia w postępowaniu wykonawcom, którzy są w stanie zrealizować zamówienie w sposób oczekiwany przez zamawiającego lub w sposób sprzeczny z prawem nie preferował konkretnego wykonawcy (wyroki KIO z 23.3.2011 r., KIO

483/11, oraz z 23 sierpnia 2012 r., KIO 1677/12). Zamawiający w trakcie badania ofert powziął wiedzę na temat tego, jaki jest typ/model oraz producent oferowanego przez wykonawców urządzenia, a w ofertach wykonawcy potwierdzili, że urządzenie spełnia parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego, co rozwiąło wszelkie wątpliwości Zamawiającego. Na tym etapie postępowania Zamawiający nie musiał występować z prośbą o dodatkowe wyjaśnienia, gdyż zgodnie z treścią SIWZ oraz postanowieniami wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ, na etapie odbioru jakościowego urządzenia Zamawiający planuje jego szczegółową weryfikację. Takie rozwiązanie pozwala wykonawcom zaoferować i ewentualnie zaprojektować i zbudować na potrzeby Zamawiającego odpowiednie rozwiązanie, zaś zabezpieczeniem interesów Zamawiającego są postanowienia umowy dotyczące kar umownych.

W zakresie zarzutu 2 odwołania Zamawiający zaznaczył, że w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami i z należytą starannością dokonał badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym także oferty Odwołującego. Zamawiający nie dokonał opisu specjalnych warunków, w jakich będzie dokonywał na etapie badania ofert oceny, czy oferowane przez wykonawców urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że protokół zdawczo-odbiorczy przedstawiony przez wykonawcę Pro-Environment nie jest dowodem potwierdzającym spełnienie warunku doświadczenia stawianego przez Zamawiającego w SIWZ. W ocenie Zamawiającego, co znajduje potwierdzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 20 marca 2017 r. w sprawie KIO 384/17, „dokumenty: wykaz robót oraz poświadczenie w postaci wystawionej referencji to dokumenty, które należy czytać łącznie. Istotny jest fakt, iż oba dokumenty zawierają dane, które łatwo można zweryfikować i ustalić, iż informacje w nich zawarte powtarzają się”. Porównanie treści wykazu dostaw i poświadczenia (tj. protokołu zdawczo-odbiorczego), złożonych przez wykonawcę Pro-Environment, nie budziło żadnych wątpliwości Zamawiającego, który w oparciu o te dokumenty prawidłowo dokonał oceny złożonej oferty. Przygotowanie protokołu zdawczo - odbiorczego na papierze firmowym wykonawcę ProEnvironment nie świadczy o tym, że jest to dokument podrobiony, czy fałszywy. Także nieczytelny podpis na tym protokole nie przesądza, że dokument ten nie ma wartości dowodowej dla potwierdzenia należytego wykonania dostawy wskazanej w wykazie. Odwołujący błędnie uważa, że to z protokołu ma wynikać należyte wykonanie pracy, podczas, gdy cel ten wypełnia wykaz dostaw, a dokument potwierdzający należyte wykonanie dostawy wskazanej w wykazie jest jego uzupełnieniem.

Przechodząc do zarzutu 3 odwołania Zamawiający wskazał, że Odwołujący błędnie argumentuje, że jeżeli występuje jakakolwiek subiektywne podejrzenie co do prawdziwości

dokumentów złożonych przez konkurenta w postępowaniu, Zamawiający ma prawny obowiązek do podjęcia czynności zgodnie z powyższym przepisem. Zamawiający podkreślił, że po pierwsze nie ciąży na nim taki obowiązek, gdyż przepis mówi o uprawnieniu, a po drugie w przedmiotowej sytuacji załączony dokument nie budził wątpliwości Zamawiającego, gdyż łącznie z wykazem dostaw potwierdzał jednoznacznie, że wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę posiada wiedzę i doświadczenie umożliwiającą mu zrealizowanie zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu 4 odwołania Zamawiający zaznaczył, że w postępowaniu przewidział wynagrodzenie ryczałtowe. Wykonawca Pro Environment Polska Sp. z o.o. zaoferował dostawę spektrofotometru za cenę 659 280,00 zł, a Wykonawca MS Spektrum S. Spółka jawna zaoferował dostawę spektrofotometru za cenę 699 999,15 zł, wartość szacunkowa zamówienia wynosi 570 000,00 zł (700 000,00 zł brutto). W ocenie Zamawiającego, co znajduje potwierdzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 10 stycznia 2017 r. w sprawie KIO 2418/16 KIO 2425/16, „skoro oferty wykonawców (...) nie wykraczają poza ustaloną przez ustawodawcę granicę 30% w obu kryteriach, to zamawiający nie miał obowiązku wzywania tych wykonawcy do wyjaśnienia ceny oferty w zakresie czy jest ona rażąco niska. Ponadto Izba podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że dyspozycja przepisu art. 90 ust. 1 ustawy pzp skierowana jest do Zamawiającego i to Zamawiający jako gospodarz postępowania ma możliwość zastosowania procedury opisanej tym przepisem.”

W ocenie Zamawiającego nie nastąpiły okoliczności budzące wątpliwość w sposobie obliczenia ceny najkorzystniejszej oferty, czy w jej wysokości. Zamawiający nie miał obowiązku skorzystania z przepisu art. 90 ust. 1 ustawy pzp w przedmiotowej sytuacji. Nie ma też żadnego przepisu, który nakazuje mu skorzystanie z tego przepisu, jeśli cena najkorzystniejsza budzi subiektywne wątpliwości Odwołującego. Zarzut ten zdaniem Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Pro-Environment Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. W zgłoszeniu przystąpienia jak i na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska i wniósł o odrzucenie zarzutów, ewentualnie o ich oddalenie i przyznanie zwrotu uzasadnionych kosztów zgłoszenia. Przystępujący zwrócił uwagę na wadę formalną zarzutów, gdyż zgodnie z art. 180 ustawy pzp, o ile w niniejszej sprawie faktycznie mogą one dotyczyć wyboru najkorzystniejszej oferty, to jednak dokładnie w zakresie określenia, która oferta jest najkorzystniejsza. Odwołujący skarży tymczasem przebieg postępowania, treść

oferty i zakres złożonych załączników, co wykracza poza zakres dopuszczalnego zaskarżenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości nieprzekraczającej 144.000 Euro. W ocenie Przystępującego z tej przyczyny zarzuty należy odrzucić. Na wypadek nie odrzucenia zarzutów wskazał na ich niezasadność. Zaznaczył, że złożył oświadczenia polegające na prawdzie i zgodnie z wymogami ustawy pzp, w szczególności Odwołujący nie wykazał, aby którekolwiek z oświadczeń Wykonawcy było nieprawdziwe lub obarczone inną wadą. Okoliczność nieposiadania przez Odwołującego stosownej wiedzy w żaden sposób nie oznacza, że spektrofotometr Lambda 950S nie spełnia wymogów SIWZ. Podkreślił, że pozostałe zarzuty dotyczą sfer uznaniowości Zamawiającego, o czym świadczą zawarte w art 25 i 26 ustawy pzp sformułowania „zamawiający może żądać”, przy czym zgodnie z art. 26 wystarczające są oświadczenia Wykonawcy. Skoro Zamawiający nie miał wątpliwości co do rzetelności złożonych oświadczeń, nie musiał żądać innych dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art 25 ust. 1. Odwołujący się nie wykazał, aby oświadczenia te były nieprawdziwe. W szczególności protokół zdawczo - odbiorczy nie jest oświadczeniem woli potwierdzającym zaciągnięcie zobowiązania, a jedynie pisemnym potwierdzeniem czynności faktycznych, stąd identyfikacja parafy na tym protokole, wobec nie kwestionowania samego faktu przekazania pomiędzy podmiotami jest bez znaczenia prawnego. Podkreślić należy, że Przystępujący działał w dobrej wierze, a fakt i okoliczności przekazania, opisane w protokole zdawczo - odbiorczym nigdy nie były kwestionowane przez Saint Gobain Innovative Materials Polska sp. z o.o. Wskazał, że art. 90 ustawy pzp nie nakłada na Zamawiającego obowiązku żądania wyjaśnień od każdego zwycięzcy przetargu, a legitymuje go do takiego badania wtedy, gdy poweźmie w tym zakresie wątpliwości wobec kogokolwiek spośród oferentów. Zdaniem Przystępującego odwołanie stanowi bezpodstawną ingerencję w sferę objętą dozwoloną uznaniowością Zamawiającego i nie jest oparte o żadne dowody mogące potwierdzić wadliwość oferty Wykonawcy lub wadliwość procedowania przez Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. Odnosząc się do wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania wskazać należy, że zgodnie z bieżącym orzecnictwem sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty składane w postępowaniu poniżej progów unijnych może obejmować zakresem zaskarżenia nie tylko czynność oceny oferty pod kątem zgodności z

kryteriami, ale również inne czynności Zamawiającego podejmowane i zaniechanie w toku czynności badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp. Odwołujący jest podmiotem, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołującego może zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. Odwołujący może ponieść szkodę przejawiającą się ostatecznie w niezyskaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, że przystąpienie zgłoszone przez wykonawcę Pro-Environment Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie spełniało wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp, zaś Przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Izba postanowiła dopuścić do postępowania odwoławczego wykonawcę Pro-Environment Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w charakterze uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła dowody z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami, pytania i odpowiedzi do SIWZ oraz zmiany SIWZ, ofertę Odwołującego, ofertę Przystępującego, informację z otwarcia ofert, wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy pzp i odpowiedź Przystępującego wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30 lipca 2018 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

Izba dopuściła również dowody załączone do wniesionego odwołania, a także przedłożone na rozprawie przez Przystępującego.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzut 1 odwołania - naruszenie art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp w zw. z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (ZNKU).

Izba uznała, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ: *Spektrofotometr musi posiadać następujące właściwości: wykonywać pomiary widmowego współczynnika odbicia w różnych geometriach pomiarowych, m.in. w geometrii 8°:d przy zastosowaniu wzorca odniesienia oraz w dowolnych geometriach kątowych zwierciadlanych i niez zwierciadlanych metodą bezwzględną.*

Ustalono, że zmianą treści SIWZ z dnia 9 lipca 2018 r. Zamawiający dopuścił urządzenie mierzące próbki o rozmiarach do co najmniej 180 mm.

Zgodnie z pkt XV 3. SIWZ: *Każdy Wykonawca może złożyć ofertę wypełniając formularz stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ. Wszystkie strony wypełnionego formularza oferty oraz załączników do niej muszą być podpisane lub parafowane przez Wykonawcę lub osobę upoważnioną do występowania w imieniu Wykonawcy.*

Ustalono również, że Zamawiający nie żądał złożenia dodatkowych dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają jego wymagania, poza stosownym oświadczeniem zawartym w załączniku nr 5 do SIWZ.

Przystępujący zaoferował urządzenie Lambda 950s ze 150 mm sferą i akcesorium TAMS i oświadczył w załączniku nr 5 do SIWZ, że urządzenie to wykonuje pomiary widmowego współczynnika odbicia w różnych geometriach pomiarowych, m.in. w geometrii 8°:d przy zastosowaniu wzorca odniesienia oraz w dowolnych geometriach kątowych zwierciadlanych i niez zwierciadlanych metodą bezwzględną.

Artykuł 18 ust. 1 zdanie 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE stanowi, że: *Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty i proporcjonalny.*

Artykuł 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi: *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (ust. 1). Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję*

publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym (ust. 2).

W myśl art. 7 ustawy pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości (ust. 1); Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (ust. 3).

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16); wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17).

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że Odwołujący oparł zarzut na dwóch przesłankach wykluczenia obejmujących przedstawienie informacji wprowadzających w błąd. Odwołujący wskazał, że oświadczenie zawarte w załączniku nr 5 do SIWZ o spełnianiu przez oferowane przez Przystępującego urządzenie określonych parametrów jest nieprawdziwe, a tym samym wprowadziło Zamawiającego w błąd. Zaznaczenia wymaga, że tak sformułowany zarzut nie mieści się w katalogu informacji opisanych w przesłance wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp. Istotnym zatem było ustalenie, czy wykonawca Przystępujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje - oświadczenie wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp). W toku postępowania odwoławczego Przystępujący złożył szereg dowodów, które przeczą takiemu twierdzeniu. Mianowicie, oświadczenie producenta aparatu Lambda 950s PerkinElmer wraz z tłumaczeniem na język polski z dnia 10 sierpnia 2018 r. o spełnianiu wymogów SIWZ, w tym podważanych przez Odwołującego parametrów: *możliwość pomiarów widmowego współczynnika odbicia w różnych geometriach pomiarowych, m.in. w geometrii 8°:d w trybie względnym oraz w dowolnej geometrii: zwierciadlanej i rozproszonej metodą bezwzględną.* Przystępujący złożył również opis

przedmiotu zamówienia z własnymi komentarzami, gdzie wskazał źródła potwierdzające spełnianie poszczególnych parametrów przez spektrofotometr Lambda 950s.

Odwołujący powołując się na informacje zawarte w karcie katalogowej produktu z tłumaczeniem na język polski wskazał również, że akcesorium TAMS oferowane przez Przystępującego posiada kąty pomiarów geometrycznych 15 - 345 stopni, a zatem nie jest to dowolna geometria kątowna. Przystępujący zarówno w złożonych dowodach jak i na rozprawie wyjaśnił, że z zastosowaniem przesłony możliwe są zakresy 5 - 355 stopni, a więc identyczne jakie osiąga urządzenie Odwołującego. Jednocześnie zauważył, że to właśnie jest „dowolna geometria kątowna”, ponieważ *detektor nie może ustawić się w jednej linii ze źródłem, gdyż zasłoniłby próbkę*. Zjawisko to przyrównał do zaćmienia Księżyca i zaznaczył, że zjawisko to jest szeroko opisane w literaturze. Wskazał na badania własne Instytutu Fresnela potwierdzające działanie akcesorium TAMS i przedstawił że dla kąta 8,9,10 stopni uzyskuje się takie same wyniki. Co więcej, z diagramu dotyczącego urządzenia oferowanego przez Odwołującego opisanego przez Przystępującego na podstawie broszury producenta wynika, że od 5-10 stopni w dół i od 350 stopni wwyż zakresy nie łączą się. Odwołujący nie zaprzeczył takiemu rozumieniu „dowolnej geometrii kątownej” wskazując jedynie, że SIWZ stanowi o „dowolnej geometrii”, a karta katalogowa spektrofotometru Lambda 950 o zakresach 15 -345 stopni. Odwołujący nie ustosunkował się do twierdzeń Przystępującego odnośnie parametrów urządzenia Odwołującego. Wyjaśnieniu takiemu nie zaprzeczył również Zamawiający. W ocenie Izby argumentacja Przystępującego jest logiczna i poparta przedstawionymi na rozprawie dowodami, dlatego też Izba uznała ją za wiarygodną. Przystępujący wskazał także, że urządzenie było dostarczone do Instytutu Metalurgii i Inżynierii Materiałowej w Kozach, a więc Zamawiający nie będzie pierwszym podmiotem, który otrzyma przedmiotowy sprzęt, jest on produkowany seryjnie.

Podkreślić należy, że wbrew twierdzeniom Odwołującego zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2017 r., poz. 459) w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy pzp *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, które z faktu tego wywodzi skutki prawne*. Wobec powyższego to Odwołujący w toku postępowania odwoławczego powinien udowodnić, że oświadczenia Przystępującego nie znajdują odbicia w rzeczywistości. Odwołujący temu ciężarowi nie podołał. W ocenie Izby powoływanie się na brak wyczerpujących informacji powszechnie dostępnych na stronach internetowych, czy brak publikacji nie zwalnia Odwołującego z obowiązku udowodnienia swoich racji, w przeciwnym razie racje te pozostają w sferze przekonań własnych Odwołującego niczym nie popartych. Co więcej, Przystępujący wskazał że specyfikacja urządzenia Lambda 950 jest możliwa do odnalezienia na stronach internetowych, a spektrofotometr Lambda 950s oznacza wyłącznie,

że urządzenie zostało wyposażone w sferę, co zostało również potwierdzone w oświadczeniu producenta. Na rozprawie Przystępujący zaznaczył, że nie wszystkie informacje są podawane przez producenta do publicznej wiadomości ze względu na ochronę konkurencji, co również niejako potwierdził Odwołujący w odniesieniu do urządzenia przez niego oferowanego. Co istotne, Zamawiający nie żądał w postępowaniu złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania SIWZ, a Odwołujący nie złożył odwołania wobec tak ukształtowanych postanowień SIWZ, co powoduje, iż twierdzenia oparte na powyższych okolicznościach należy uznać za spóźnione.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że złożone przez Przystępującego oświadczenie nie stanowi informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego. Przystępujący oświadczył, że dostarczy urządzenie nowe, zgodne z SIWZ, co zostało udowodnione w toku postępowania odwoławczego, dlatego też nie potwierdził się również zarzut naruszenia uczciwej konkurencji.

Zarzut 2 odwołania - naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp.

Zarzut 3 odwołania - naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy pzp, art. 26 ust. 4 ustawy pzp w zw. z § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zarzuty nie potwierdziły się.

W odniesieniu do podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający określił w pkt VI 2. 2) lit.c) SIWZ następujący warunek zdolności technicznej i zawodowej: *Wykonawca jest zobowiązany wykazać, że w okresie ostatnich trzech (3) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną (1) dostawę, której zakres obejmował dostawę spektrofotometru, przy czym wartość tej dostawy wynosiła minimum 300 000 zł brutto. W przypadku dostaw, których wartość została wyrażona w umowie w innej walucie niż PLN, należy dokonać przeliczenia tej waluty na PLN przy zastosowaniu średniego kursu NBP na dzień zakończenia dostaw (w przypadku dostaw rozliczanych wyłącznie w walutach innych niż PLN).*

Na potwierdzenie powyższego warunku w myśl pkt VIII 1. SIWZ Zamawiający żądał: *wykazu dostaw wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich*

wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa są referencje lub inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy.

W trybie art. 26 ust. 2 ustawy pzp Przystępujący złożył Zamawiającemu dokument zatytułowany „Protokół zdawczo-odbiorczy” z dnia 29 czerwca 2018 r. w celu wykazania, iż wykonał na rzecz Saint-Gobain Innovative Materials Polska sp. z o.o. dostawę spektrofotometru Lambda 950s base instrument 150 mm pbs o wartości 327 180 zł brutto. Ze strony Przedstawiciela Zamawiającego protokół został podpisany wyłącznie parafą bez wskazania imienia, nazwiska i stanowiska osoby potwierdzającej należyłą realizację zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy pzp *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.*

W myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów przyznać należy rację Odwołującemu, że złożony przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego protokół zdawczo - odbiorczy mógł budzić wątpliwości w zakresie, w jakim niemożliwa była identyfikacja osoby potwierdzającej należyte wykonanie zamówienia. Niemniej jednak w toku postępowania Przystępujący złożył pismo - oświadczenie Saint Gobain Innovative Materials Polska sp. z o.o. z dnia 13 sierpnia 2018 r., że przedmiotowy protokół został podpisany przez osobę upoważnioną ze wskazaniem imienia i nazwiska tej osoby oraz stanowiska. W myśl art. 191 ust. 2 ustawy pzp *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.* W tym stanie rzeczy należało uznać, że Przystępujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a zatem postawione w tym zakresie zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Co do wskazywanej przez Odwołującego rozbieżności, że z dowodu złożonego przez Przystępującego - formularza zamówienia dla Saint Gobain Innovative Materials Polska sp. z o.o. wynika dostarczenie urządzenia Lambda 950, natomiast w protokole mowa o urządzeniu Lambda 950s Izba zaznacza, że okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla

kwestii spełniania warunku udziału w postępowaniu, jakim była dostawa spektrofotometru.

Oдноśnie zarzutu 4 odwołania - naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy pzp Izba ustaliła:

W postępowaniu złożono dwie oferty: oferta Wykonawcy Odwołującego na kwotę 699 999,15 zł brutto, gwarancja 24 mies. oraz oferta Przystępującego na kwotę 659 280,00 zł brutto, gwarancja 60 mies. Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 700 000,00 zł brutto.

Zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ Zamawiający określił minimalną gwarancję 24 mies.

Przystępujący zaoferował w załączniku nr 5 do SIWZ 60 mies. gwarancję na urządzenie.

Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu [...].

Odwołujący w odniesieniu do powyższego zarzutu wskazał na różnice pomiędzy ceną własnej oferty a ceną oferty Przystępującego, która w jego ocenie jest rażąco niska z uwagi na wyższy o 3 lata okres gwarancji, podczas gdy zgodnie z informacją ze strony internetowej podstawowa gwarancja dla urządzenia Lambda 950 wynosi 1 rok. Zaznaczenia wymaga, że ceną rażąco niską jest cena nierzeczywista i nierealna biorąc pod uwagę warunki rynkowe. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, iż po stronie Zamawiającego powinny powstać wątpliwości odnośnie zaoferowanej przez Przystępującego ceny. Po pierwsze, Odwołujący nie przedstawił na jakim poziomie kształtują się koszty gwarancji zaoferowanej przez Przystępującego poza własnym oświadczeniem, że jest to 10% ceny bazowej urządzenia za każdy rok ponad standardową 12 miesięczną gwarancję. Po drugie, Przystępujący wskazał, że koszty gwarancji w znacznej mierze zależą od właściwości danego urządzenia, jego awaryjności, rodzaju i wartości komponentów ewentualnie wymagających naprawy. Zazaczył przy tym, że producent PerkinElmer jako pewny niskiej awaryjności urządzenia przewiduje dużo niższe koszty dłuższej gwarancji niż na to wskazywał Odwołujący, szczególnie że Przystępujący jak oświadczył na rozprawie zaoferował nowe urządzenie. Koszty te zależą również od właściwości danego Wykonawcy, jego zdolności negocjacyjnych i możliwości uzyskania rabatów. Izba podziela argumentację przedstawioną przez Przystępującego. Co więcej, Odwołujący nie był w stanie określić wartości spektrofotometru oferowanego przez Przystępującego, jako że obaj Wykonawcy przyznali, że kwestie te pozostają tajemnicą przedsiębiorstwa danej firmy. Pomimo, iż urządzenia oferowane przez

obu Wykonawców są tego samego typu, to jednak mogą różnić się cenowo. W świetle powyższego w ocenie Izby nie zostało uprawdopodobnione aby cena zaoferowana przez Przystępującego nosiła znamiona rażąco niskiej.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....