

Sygn. akt: KIO 2350/11

WYROK

z dnia 14 listopada 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2011 r. przez wykonawcę **BRUKER DALTONIK GmbH z siedzibą w Bremie, Fahrenheitstrasse 4, 28359 Brema, Niemcy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komendant Główny Państwowej Straży Pożarnej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **ASTRA Concept Sp. z o. o. ul. Przy Agorze 28 lok. 10, 01 - 930 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2350/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **BRUKER DALTONIK GmbH z siedzibą w Bremie, Fahrenheitstrasse 4, 28359 Brema, Niemcy** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BRUKER DALTONIK GmbH z siedzibą w Bremie, Fahrenheitstrasse 4, 28359 Brema, Niemcy** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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, Komendant Główny Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup 8 szt. urządzeń do zdalnej detekcji skażeń - zdalnych spektrometrów w podczerwieni do wykrywania obłoków gazowych i par”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2011/S 84-137915 w dniu 30 kwietnia 2011 r.

Odwołujący wykonawca BRUKER DALTONIK GmbH z siedzibą w Bremie w dniu 18 października 2011 r. otrzymał od zamawiającego informację o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Astra Concept Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako najkorzystniejszej.

W dniu 28 października 2011 r. ww. wykonawca wniósł odwołanie wobec ww. czynności. Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej Pzp:

1. art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. art. 24 ust. 2 pkt 3, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
4. art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, co prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz wykluczenia ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp,
4. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Nadto, odwołujący wniósł o powołanie dowodu z opinii biegłego z zakresu chemii fizycznej, spektrometrii na okoliczność, iż zaoferowany przez wykonawcę Astra Concept Sp. z o.o. sprzęt nie spełnia wymagań określonych w siwz, ponieważ nie jest spektrometrem, lecz kamerą termowizyjną oraz na okoliczność braku możliwości jednoczesnego identyfikowania wszystkich substancji zawartych w bazie danych - minimum 50. Odwołujący wskazał, iż przedmiotem sporu jest rozstrzygnięcie kwestii o charakterze stricte merytorycznym ze specjalistycznej dziedziny spektrometrii, a jej rozstrzygnięcie ma

bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo powszechne (użycie sprzętu na imprezach masowych, w szczególności związanych z organizacją Euro 2012).

Odwołujący podał w uzasadnieniu odwołania, że w dniu 16 września 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok uwzględniający zarzut niezgodnego z ustawą Pzp badania oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 1901/11). W sentencji tego wyroku Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Astra Concept Sp. z o.o. oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Astra Concept Sp. z o.o. W uzasadnieniu wyroku KIO nie przesądziła o tym, czy oferta Astra Concept Sp. z o.o. spełnia wymagania siwz czy nie. KIO wskazała jedynie, że zamawiający dostatecznie nie uzasadnił, ani w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty ani na rozprawie, że urządzenia zaoferowane przez Astra Concept Sp. z o.o. nie posiadają możliwości wykrywania widma w podczerwieni. Tym samym, jeżeli zamawiający nie jest przekonany o zgodności oferowanych urządzeń z wymaganiami siwz winien, w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, tę wątpliwość wyjaśnić, gdyż dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji, że podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W sprawie KIO 1901/11 Izba orzekła jedynie w zakresie zarzutu, że przedmiot zamówienia nie posiada możliwości wykrywania widma w podczerwieni. Zgodnie z treścią ww. wyroku zamawiający był zobowiązany do dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że mimo wielu zastrzeżeń do ww. oferty wyartykułowanych w opinii starszego bryg. mgr inż. Dariusza M., stanowiącej załącznik do protokołu postępowania, które winny skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy, zgodnie ze stanowiskiem Izby, o dodatkowe wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający dokonał wyboru tej oferty w dniu 18 października 2011 r., jako najkorzystniejszej

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez nieodrzućenie oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią siwz, odwołujący wskazał, iż oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji, gdyż zaoferowany produkt:

- 1) nie jest spektrometrem, a jedynie urządzeniem optycznym (kamerą termowizyjną),
- 2) nie spełnia wymogu jednoczesnego wykrywania i identyfikacji wszystkich substancji zawartych w bazie danych - minimum 50.

Ad. 1) Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z nazwą postępowania przedmiotem zamówienia jest zakup zdalnych spektrometrów w podczerwieni do wykrywania obłoków gazowych i par. Spektrometr analizuje natężenie promieniowania elektromagnetycznego dla różnych

długości fali i różnych energii promieniowania. Metody optyczne (przyrząd oferowany przez firmę Astra Concept Sp. z o.o.) - nie badają widma ale rozproszenie, odbicie, załamanie promieniowania lub polaryzację światła (fali elektromagnetycznej).

Odwołujący wskazał, że urządzenie firmy BERTIN Technologies zaoferowane przez wykonawcę Astra Concept Sp. z o.o. zostało prawidłowo ocenione w przywołanej już powyżej opinii z dnia 4 lipca 2011 r., opracowanej przez starszego bryg. mgr inż. Dariusza M. i jasno z niego wynika, że zaoferowany przez tego wykonawcę sprzęt nie jest spektrometrem do analizy widma, ponieważ detektor (kamera termowizyjna) analizuje sumaryczny obraz poziomów energetycznych - temperatur barwowych dostarczanych w wyniku filtracji optycznej obserwowanego sygnału. Tym samym, urządzenie to z zasady działania, przy swojej obecnej konstrukcji, nie analizuje widma sygnału tylko optycznie transformowaną wyselekcjonowaną w zadanym paśmie temperaturę analizowanego obiektu. Nie jest to urządzenie kwalifikowane jako przyrząd spektralny w profesjonalnej literaturze naukowej - np. Andrzej Cygański „Metody spektroskopowe w chemii analitycznej Wydawnictwo Naukowo - Techniczne, Warszawa 2002, Wydanie III (opiniodawcy, prof. dr hab. Włodzimierz Jędrzejewski, prof. dr hab. Justyn Ochocki). Oferowany przyrząd Second Sight® MS, nie będąc spektrometrem, ma mniejszą rozdzielczość i czułość oraz poprzez konieczność mechanicznej wymiany filtrów – mniejszą szybkość pomiaru. Podważa to rzeczywistą realizację wymaganych przez zamawiającego parametrów technicznych w zakresie maksymalnej odległości wykrywanych obłoków versus ilość (minimum 50) związków chemicznych i ich jednoczesną detekcję i identyfikację, zawierających się w określeniu spektrometr.

Ad. 2) Według literatury polecanej przez producenta, ww. urządzenie standardowo posiada 6 filtrów jednocześnie (2 referencyjne i 4 dla wybranych rodzin gazów). Zarówno układ optyczny do detekcji w podczerwieni jak i budowa urządzenia wykluczają jego zastosowanie w czasie rzeczywistym do wykrywania 50 substancji chemicznych (wszystkich substancji zawartych w bazie danych, minimum 50). Zastosowana w przyrządzie optyka NFOV 12° x 9° konieczna dla zapewnienia zasięgu detekcji do 3 km ogranicza jakość detekcji, a w szczególności identyfikacji.

Charakterystycznym fizycznym efektem stosowania niechłodzonych kamer termowizyjnych jest „śnieżenie” obrazu wywołane rozplywem ładunków elektronów przy szybkim poruszaniu się kamery (rozmiar zastosowanych pikseli w detektorze Second Sight MS). Pogarsza to w znaczący sposób zdolność analizy, wykrywania, a w szczególności identyfikacji gazów.

Przyrząd Second Sight MS firmy BERTIN Technologies, ze względu na swoją konstrukcję (układ optyczny dostosowany do termowizyjnego detektora kamery mikrobolometrycznej) nie spełnia także warunku analizy obrazu dookoła przez

zastosowanie głowicy uchylno-obrotowej (czas analizy obrazu 2 s, czas identyfikacji i uruchamiania alarmu 5s). Spełnienie wymagań specyfikacji wymaga rekonfiguracji (mechanicznej zmiany konfiguracji) urządzenia, co wyklucza możliwość jednoczesnej detekcji i identyfikacji 50 substancji chemicznych (wszystkich substancji zawartych w bazie danych, minimum 50).

Ma to szczególne znaczenie w przypadku identyfikacji mieszanin par niebezpiecznych substancji chemicznych w czasie pożaru lub ataku terrorystycznego. W przypadkach tego typu istotnym jest wykrywanie i identyfikacja wielu związków jednocześnie. Dla potrzeb Straży Pożarnej, ze względu na dużą dynamikę zagrożeń i potrzeb skutecznego, prawidłowego działania, urządzenie firmy BERTIN Technologies typu Second Sight MS nie spełnia wymagań, postawionych w specyfikacji, w związku z czym oferta winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania odwołujący wskazał, iż wykonawca w ofercie niezgodnie z prawdą podał, że urządzenie przez niego oferowane jest spektrometrem, który spełnia wszelkie postawione przez zamawiającego wymagania, podczas gdy urządzenie to spektrometrem nie jest. Co więcej, wbrew oświadczeniu wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o., iż: „baza danych przyrządu zawiera 50 substancji chemicznych, a przyrząd może wykrywać w obłoku gazu jednocześnie wszystkie substancje zawarte w bazie” oferowany przyrząd nie pozwala na wykrywanie wszystkich 50 substancji chemicznych na raz. Powyższe dowodzi, że wykonawca Astra Concept Sp. z o.o. winien zostać wykluczony z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, które bezpośrednio wpłynęły na wynik postępowania, skutkując wyborem oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, a w konsekwencji art. 7 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, nie powinien budzić wątpliwości fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Odwołujący zwrócił także uwagę na fakt, iż kamera termowizyjna jest sprzętem zdecydowanie mniej kosztownym niż spektrometr, co znalazło odzwierciedlenie w zaoferowanej cenie.

W dniu 31 października 2011 r. wykonawca ASTRA Concept Sp. z o. o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, potwierdzając w treści pisma, iż złożona przez niego oferta spełnia wszystkie wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 7 listopada 2011 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że nie badał ponownie ww. oferty w zakresie, który był badany na rozprawie w sprawie o sygn. akt KIO 1901/11, uznając, iż Izba nakazując powtórny ocenę ofert orzekła, iż zarzut ten nie potwierdził się, a zatem w tym zakresie treść oferty jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności treści oferty firmy Astra Concept Sp. z o.o. określonego w pkt 1) i 2) zamawiający wskazał, że w wyniku wykonania wyroku KIO z dnia 16 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1901/11) przeprowadził procedurę wyjaśniającą treści ww. oferty w zakresie spełnienia wymogu jednoczesnego wykrywania i oznaczania 50 substancji przez oferowane urządzenie. Powołał także biegłego do zbadania treści złożonych ofert. Uzyskane w ten sposób informacje potwierdzają spełnienie ww. wymogu siwz. Zamawiający wskazał, że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zawarł wymogów odnośnie rozdzielczości, czułości, śnieżenia, zdolności analizy, wykrywania, identyfikacji gazów, nie wymagał także zastosowania w oferowanym urządzeniu głowicy uchylno-obrotowej.

Odnośnie zarzutu dotyczącego złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania zamawiający wskazał, że odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów w tym zakresie. Wszystkie dokumenty złożone w ofercie firmy Astra Concept Sp. z o.o., a także późniejsze wyjaśnienia i oświadczenia wykonawcy, zdaniem zamawiającego zawierają informacje niebudzące wątpliwości co do ich prawdziwości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, co stanowi o legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania. W przypadku potwierdzenia się zarzutów, że zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty podlegającej odrzuceniu, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą, a w związku z tym odwołujący uzyskałby zamówienie.

Izba stwierdziła, że wykonawca ASTRA Concept Sp. z o. o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, zgodnie z wymogami art. 185 ust. 2 Pzp. Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego treści oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, w wyniku ponownej oceny ofert w dniu 18 października 2011 r. zamawiający uznał, że oferta tego wykonawcy odpowiada wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokonał wyboru ww. oferty jako najkorzystniejszej.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 7 Pzp. Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty. Odwołujący nie poparł tego zarzutu na rozprawie, uznając, na podstawie wyjaśnień zamawiającego i dokumentacji postępowania (pisma z dnia 3 października 2011 r., 4 października 2011 r. i 7 października 2011 r. oraz 13 października 2011 r.), iż zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniającą, stosownie do art. 87 ust. 1 Pzp, w zakresie wątpliwości dotyczących treści oferty złożonej przez wykonawcę Astra Concept Sp. z o.o.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w wyniku zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba ustaliła i zważyła, jak niżej.

Izba uznała za niezasadne zarzuty, iż oferta wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zaoferowany przez wykonawcę produkt nie jest spektrometrem, a jedynie urządzeniem optycznym (kamerą termowizyjną), które nie spełnia wymogu jednoczesnego wykrywania i identyfikacji wszystkich substancji zawartych w bazie danych minimum 50.

Przedmiotem zamówienia jest zakup „8 szt. urządzeń do zdalnej detekcji skażeń - zdalnych spektrometrów w podczerwieni do wykrywania obłoków gazowych i par”. Szczegółowy opis ww. urządzeń został zawarty w załączniku nr 1 do siwz „Opis funkcjonalny i specyfikacja techniczna”. W pierwszym akapicie tego dokumentu zamawiane urządzenie zostało określone przez zamawiającego, jako „Przyrząd do wykrywania obłoków gazów i par niebezpiecznych substancji chemicznych oparty na pasywnej analizie widma w podczerwieni (IR). Urządzenie musi mieć również możliwość identyfikacji wykrytych w powietrzu substancji”.

W oparciu o powyższy opis przedmiotu zamówienia zawarty w siwz odwołujący twierdził, iż wymagane urządzenie powinno wykorzystywać odpowiednią technologię, która to technologia nie jest wykorzystywana przez urządzenie zaoferowane przez firmę Astra Concept Sp. z o.o. Odwołujący podnosił, że spektrometr zapewnia wykrycie i nazwanie gazu jednocześnie, natomiast urządzenie zaoferowane przez wykonawcę Astra Concept Sp. z o.o.

składające się de facto z głowicy kamery z optyką, co wynika z zestawienia zawartego na szóstej stronie oferty tego wykonawcy, wykrywa skażenie, ale go nie identyfikuje. Nie dokonuje analizy widma i nie jest w stanie widzieć jednocześnie 50 substancji. Urządzenie to wykorzystuje kilka filtrów, odbiera obrazy w tzw. cyklach pomiarowych przy użyciu filtrów. Oznacza to konieczność wymiany filtrów, a zatem brak jest możliwości jednoczesnego identyfikowania substancji. W przypadku tego urządzenia obraz jest statyczny, analizowany stopniowo.

Odnosząc się do powyższych zarzutów Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie o sygn. akt KIO 1901/11 był zarzut dotyczący braku możliwości wykrywania widma w podczerwieni przez urządzenie zaoferowane przez wykonawcę Astra Concept Sp. z o.o. Izba orzekła w tej sprawie w wyroku z dnia 16 września 2011 r. uwzględniając odwołanie. KIO stwierdziła w uzasadnieniu wyroku, że „Kluczowe dla rozstrzygnięcia, czy na gruncie rozpatrywanej sprawy zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego uznając, iż jej treść nie odpowiada treści siwz, jest (poza treścią oferty odwołującego) ustalenie wymagań zamawiającego wyartykułowanych w siwz w kwestionowanym zakresie. Innymi słowy niezbędnym jest przesądzenie, czy zamawiający w siwz wymagał, aby oferowany przedmiot zamówienia posiadał możliwość wykrywania widma w podczerwieni.”, a ponadto „Skoro w swojej ofercie odwołujący zaoferował urządzenie, którego działanie „oparte jest na pasywnej analizie widma w podczerwieni (IR) o długości fal od 8 do 14 μm ” (załącznik nr 1 do oferty – opis oferowanego przedmiotu zamówienia, k. 3 oferty) stwierdzić trzeba, iż zamawiający błędnie ustalił (pismo z dnia 24 sierpnia 2011 r.), że „oferowany przedmiot zamówienia nie posiada możliwości wykrywania widma w podczerwieni, a tym samym nie spełnia wymagań zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia”. Takie twierdzenie nie znajduje odzwierciedlenia w treści oferty odwołującego. Jeśli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości, co do zgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz w kwestionowanym zakresie zobowiązany był wystąpić o stosowne wyjaśnienia, czego nie uczynił.” Izba uznała zatem, że okoliczność braku możliwości wykrywania widma w podczerwieni, wskazana przez zamawiającego jako podstawa faktyczna odrzucenia oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. nie potwierdziła się. Zgodnie z treścią ww. wyroku, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty odwołującego, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Astra Concept Sp. z o.o. oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. (uprzednio odrzuconej).

Zgodzić się należy z twierdzeniem odwołującego, iż w wyroku z dnia 16 września 2011 r. Izba nie orzekła czy oferta wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. jest zgodna w pełni z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Należy zauważyć, że wyrok Izby obejmuje zakres wyznaczony przez granice zarzutów zawartych w odwołaniu. W takim

też kontekście (zawartym w uzasadnieniu wyroku) należy odczytywać sentencję wyroku. Z treści omawianego wyroku (wraz z uzasadnieniem) wynika jednoznacznie, że okoliczności dotyczące braku możliwości wykrywania widma w podczerwieni nie zostały udowodnione, a zatem nie mogły stanowić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz podstawy do odrzucenia oferty. Z tego względu Izba nakazała w sentencji wyroku m.in. unieważnienie czynności dokonanej w dniu 24 sierpnia 2011 r. - odrzucenia oferty wykonawcy Astra Concept Sp. o.o. i powtórzenie oceny ofert.

Odwołujący był uczestnikiem postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1901/11, a zatem stosownie do brzmienia art. 185 ust. 6 Pzp nie przysługują mu środki ochrony prawnej wobec czynności dokonanej zgodnie z wyrokiem Izby.

Biorąc pod uwagę powyższe, opierając się na wyroku KIO z dnia 16 września 2011 r. o sygn. akt KIO 1901/11 Izba uznała, że okoliczności dotyczące braku możliwości rozpoznawania widma w podczerwieni przez urządzenie zaoferowane przez wykonawcę Astra Concept Sp. z o.o., które zostały podniesione także w niniejszej sprawie, w ramach szerszego zarzutu, iż urządzenie zaoferowane przez wykonawcę Astra Concept Sp. z o.o. nie jest spektrometrem, nie podlegają ponownemu badaniu, gdyż zostały rozstrzygnięte w innym postępowaniu odwoławczym. W ramach niniejszego postępowania Izba badała zarzuty zawarte w odwołaniu, które nie były rozpoznawane w sprawie KIO 1901/11, tj. zarzut, iż urządzenie Second Sight MS firmy BERTIN Technologies wykorzystuje inną technologię niż była wymagana przez zamawiającego, ma niższą rozdzielczość, czułość i szybkość pomiaru, wykazuje efekt „śnieżenia” obrazu oraz nie dokonuje analizy obrazu dookólnie przez zastosowanie głowicy uchylno-obrotowej, a w szczególności, iż zaoferowany produkt (urządzenie Second Sight MS) nie spełnia wymogu jednoczesnego wykrywania i identyfikacji wszystkich substancji zawartych w bazie danych minimum 50.

Izba ustaliła, że urządzenie Second Sight MS wykorzystuje inną technologię niż urządzenie zaoferowane przez odwołującego. Powyższe zostało potwierdzone zarówno przez przystępującego na rozprawie jak i zamawiającego w treści odpowiedzi na odwołanie. Potwierdza to także treść dokumentu złożonego przez odwołującego pt. „Second Sight: Stand-off Equipment for Chemical Gas Detection”. Cytaty wybrane przez odwołującego z kontekstu ww. artykułu oznaczone jako a), b) i c) dotyczą grupy urządzeń Second Sight (nie odnoszą się stricte do zaoferowanego typu urządzenia z oznaczeniem MS) wskazują, że urządzenie „opiera się na zasadzie wykrywania poprzez zastosowanie pasywnego zobrazowania w podczerwieni, co jest alternatywnym rozwiązaniem w stosunku do innych technologii jak skanowanie FTIR, czy też aktywne technologie (LIDAR)”, „analiza widma/rozdzielenie widm wykorzystuje widmową naturę gazu, który jest wyizolowany poprzez kolejne wykorzystanie kilku filtrów.”

Izba uznała, że fakt, iż urządzenie Second Sight MS wykorzystuje inną technologię niż urządzenie zaoferowane przez odwołującego, nie dowodzi niezgodności treści oferty w zakresie przedmiotu zamówienia z treścią siwz w sytuacji gdy zamawiający nie określił w siwz wymagania odnośnie rodzaju technologii. Zamawiający określił bowiem w specyfikacji wymagane parametry techniczne i funkcjonalności, które mogą być spełnione przy użyciu urządzeń wykorzystujących różne technologie. Odwołujący nie przeciwstawił się twierdzeniu strony przeciwnej, iż nie ma legalnej definicji spektrometru.

Podkreślić należy, że ocena treści oferty pod względem zgodności z treścią siwz w procedurze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może być dokonywana wyłącznie w oparciu o jednoznaczne i konkretne wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak podania w siwz określonych wymagań oznacza, że zamawiający nie może, opierając się na wyłącznie subiektywnej ocenie, domniemywać niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji.

Wbrew zatem twierdzeniom odwołującego, Izba uznała, że brak wskazania w siwz wymaganego parametru rozdzielczości spektralnej lub czułości, a także wymaganej szybkości pomiaru skutkuje w ten sposób, że te parametry nie mogą być brane pod uwagę przy ocenie treści ofert. Nie mogą one zatem przesądzać, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań siwz. Jak wskazano wyżej, strony stwierdziły, że nie ma legalnej definicji „spektrometru”. Tak ustalono również w sprawie KIO 1901/11. Trudno zatem uznać, że z ogólnym pojęciem spektrometru związane są konkretne ww. parametry techniczne wskazywane przez odwołującego. Nie można przy tym pominąć istotnego faktu, że zamawiający w Załączniku nr 1 do siwz zawarł wiele wymaganych szczegółowych parametrów technicznych urządzenia, wśród których nie znalazły się jednak parametry kwestionowane przez odwołującego w odniesieniu do urządzenia zaoferowanego przez wykonawcę Astra Concept Sp. z o.o.

Podobnie, jeśli chodzi o zarzut dotyczący „śnieżenia” obrazu wywołanego rozptyłem ładunków elektronów przy szybkim poruszaniu się kamery (rozmiar zastosowanych pikseli w detektorze Second Sight MS), a także zarzut braku analizy obrazu dookólnie przez zastosowanie głowicy uchylno-obrotowej (czas analizy obrazu 2s, czas identyfikacji i uruchamiania alarmu 5s), Izba uznała, że nie znajdują one żadnego oparcia w treści specyfikacji co do wymaganych parametrów.

W zakresie zarzutu dotyczącego jednoczesności oznaczenia substancji min. 50, Izba stwierdziła, że zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego z dnia 25 maja 2011 r. zamawiający określił taki wymóg dla przedmiotu zamówienia.

Według opinii złożonej przez odwołującego, dr Anny Cegieł z Instytutu Polonistyki Stosowanej Uniwersytetu Warszawskiego z 4 listopada 2011 r., określenie „jednocześnie” oznacza: „w tej samej chwili”, „w tym samym czasie”. Z powyższego nie można w ocenie

Izby wywodzić, iż „jednocześnie”/”w tej samej chwili”/”w tym samym czasie” oznacza „w tej samej sekundzie” lub „w tym samym ułamku sekundy”. W ocenie Izby, taki wywód należy uznać za nieuprawniony. W odniesieniu do wymagań ściśle technicznych wymóg „jednoczesności” jest pojęciem nieostrym. Skoro, wskazując w siwz wymagania techniczne urządzenia, zamawiający nie oznaczył (w wyjaśnieniach treści siwz) żadnego przedziału czasowego w zakresie „jednoczesności” trzeba uznać, iż oznaczenie substancji np. w czasie 2 sekund spełnia wymóg jednoczesności. Wskazać także należy, że nie ma przy tym znaczenia fakt, iż określona analiza jest dokonywana w trakcie dwóch etapów, ponieważ z treści siwz nie wynika, aby zamawiający ograniczył dopuszczalną liczbę etapów pracy urządzenia. Nie ma żadnych podstaw, aby takie wymagania domniemać.

Ponadto trzeba podkreślić, iż jak wynika z dokumentacji postępowania, producent ww. urządzenia – firma BERTIN Technologies – potwierdziła na piśmie, iż „sumaryczna ilość substancji w bazie danych urządzenia Second Sight MS jest nie mniejsza niż 50 (pięćdziesiąt), a także, że urządzenie Second Sight MS może wykrywać jednocześnie w obłoku gazu 50 (pięćdziesiąt) substancji zawartych w bazie danych.” Powyższe oświadczenie zostało zostało załączone do wyjaśnień wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. z dnia 4 października 2011 r. Odwołujący nie przedstawił dowodu, iż jest to oświadczenie nieprawdziwe. Treść złożonego na rozprawie przez odwołującego wydruku korespondencji elektronicznej pomiędzy firmą handlową, a firmą BERTIN Technologies z 21 i 24 października 2011 r., potwierdza powyższe okoliczności. W treści korespondencji przedstawiciel firmy BERTIN Technologies wyjaśnił, iż: „system obejmuje: etap pozyskiwania danych: analiza krajobrazu w podczerwieni przeprowadzona za pomocą kamery termowizyjnej [...] wyposażonej w przełączalne widmowe filtry, przetwarzanie obrazu: wykrywanie i lokalizacji chmury gazu poprzez porównanie monitorowanych obrazów, przy użyciu różnych filtrów [...]”, a na pytanie „ile gazów może wykrywać jednocześnie Second Sight MS i jak to jest fizycznie robione, poprzez zmianę filtrów?” stwierdził, że „[...] baza danych nie ma ograniczeń i pytanie o ilość wykrywanych jednocześnie gazów jest zależne od wymagań i potrzeb klienta, ale może Pan powiedzieć, że 20 gazów jednocześnie można wykrywać jednocześnie tym samym systemem. Lista gazów musi być określona przez klienta na początku i będzie ona wstawiona do SdS. Tym systemem można wykrywać całą bazę danych jednocześnie bez konieczności zmiany filtrów” oraz dalej: „System, który jest całkowicie pasywny dokonuje analizy widmowej obrazu z odległości używając odpowiedniego zestawu filtrów. System uaktualnia pomiar w czasie krótszym niż 2 sekundy”. W świetle tych wyjaśnień należy uznać, iż zarówno parametr „jednoczesności” jak i parametr „min. 50 substancji” zostały potwierdzone dla urządzenia Second Sight MS.

W odniesieniu do wydruku ze strony internetowej złożonego przez odwołującego pt. „Improving Plant Safety through IR Gas Cloud Imaging” Izba uznała jego treść za nieistotną

dla rozstrzygnięcia sporu, gdyż jest to dokument dotyczący innego urządzenia (Second Sight TC) niż zaoferowane przez przystępującego w tym postępowaniu urządzenie - Second Sight MS.

Informacja przedstawiona przez odwołującego – wydruk ze strony internetowej producenta pt. „Second Sight: Stand-off Equipment for Chemical Gas Detection” - nie przeczy oświadczeniom złożonym przez wykonawcę Astra Concept Sp. z o.o. zawartym w ofercie oraz w późniejszych wyjaśnieniach złożonych na wezwanie zamawiającego. Nie jest ona też sprzeczna z oświadczeniem złożonym przez firmę BERTIN Technologies o spełnieniu omawianego wymagania przez oferowane urządzenie. Cytaty z artykułu oznaczone jako a), b) i c) dotyczą grupy urządzeń Second Sight, a tym samym są materiały poglądowe, które nie odnoszą się stricte do zaoferowanego typu urządzenia z oznaczeniem MS.

Opinia pana Dariusza M. z 4 lipca 2011 r. kwestionuje pewne parametry techniczne urządzenia zaoferowanego przez firmę Astra Concept sp. z o.o. jednak nie są one przedstawione w odniesieniu do postanowień specyfikacji, zgodnie z którymi można by było danych parametrów wymagać w ramach tego postępowania.

Odnosząc się do wniosku odwołującego o powołanie dowodu z opinii biegłego z zakresu chemii fizycznej, spektrometrii na okoliczność, iż zaoferowany przez wykonawcę Astra Concept Sp. z o.o. sprzęt nie spełnia wymagań określonych w siwz, ponieważ nie jest spektrometrem a kamerą termowizyjną oraz na okoliczność braku możliwości jednoczesnego identyfikowania wszystkich substancji zawartych w bazie danych minimum 50, Izba nie uwzględniła wniosku. Izba uznała, że w sprawie został zgromadzony materiał dowodowy pozwalający na ustalenie faktów wskazanych jako przedmiot opinii biegłego w sprawie. Powołanie biegłego w tych okolicznościach prowadziłoby jedynie do zbędnej przewlekłości postępowania.

Podsumowując należy stwierdzić, że jak wynika ze stanowiska odwołującego, wykonawca ten oparł zarzuty niezgodności treści oferty przystępującego z siwz raczej na stanowisku subiektywnym porównując urządzenie firmy BERTIN Technologies do urządzenia zaoferowanego przez siebie, które w ocenie odwołującego wypełnia potrzeby zamawiającego w najwyższym stopniu. Obiektywne podejście, zgodne z art. 7 ust. 1 Pzp wymaga jednak, aby weryfikacji treści ofert zamawiający dokonywał wyłącznie w odniesieniu do wymagań jasno i jednoznacznie wyartykułowanych w siwz.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o., który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania Izba stwierdziła, że odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających zasadność tego zarzutu.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp określa obowiązek wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Z literalnej interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika, że zamawiający jest zobowiązany do dokonania wykluczenia bez badania, czy złożenie informacji nieprawdziwych nosi znamiona winy wykonawcy. Art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy 2004/18/WE stanowi natomiast, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji. W świetle ugruntowanego orzecznictwa, wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie - także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania (patrz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. sygn. akt XII Ga 420/09).

W oparciu o zgromadzony w niniejszej sprawie materiał dowodowy należało uznać, że okoliczność, iż wykonawca Astra Concept Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje nie potwierdziła się, a zatem zamawiający nie naruszył przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. z postępowania. Zarzut ten został podniesiony wobec treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę o zaoferowaniu urządzenia spełniającego wymagania siwz, w szczególności w zakresie, iż urządzenie Second Sight MS jest spektrometrem oraz „baza danych przyrządu zawiera 50 substancji chemicznych, a przyrząd może wykrywać w obłoku gazu jednocześnie wszystkie substancje zawarte w bazie”, podczas gdy, jak wskazywał odwołujący, oferowany przyrząd nie pozwala na wykrywanie wszystkich 50 substancji chemicznych na raz. Powyższe zarzuty nie potwierdziły się, a odwołujący nie udowodnił, że oświadczenia złożone w ofercie przystępującego zawierają nieprawdziwe informacje. Podkreślić przy tym należy, że stosownie do art. 6 k.c. ciężar dowodu spoczywał po stronie odwołującego.

W związku ze stwierdzeniem przez Izbę że zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawcy Astra Concept Sp. z o.o. oraz bezprawnego zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako niezgodnej z treścią siwz, nie potwierdziły się, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności przez wybór oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawcę Astra Concept Sp. z o.o., a tym samym zaniechanie wyboru oferty odwołującego. Zamawiający nie naruszył także w tym kontekście przepisów art. 7 ust. 1 i ust. 3 Pzp.

W oparciu o powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: