

WYROK

z dnia 21 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 maja 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2012 r. przez **Odwołującego** – PerkinElmer Polska sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia sp. z o.o., ul. Mickiewicza 28/30, 86-300 Grudziądz, przy udziale **Wykonawcy** - PERLAN Technologies Polska sp. z o.o., ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – PerkinElmer Polska sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – PerkinElmer Polska sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa, 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 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 Toruniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia sp. z o.o. w Grudziądzu, ul. Mickiewicza 28/30, 86-300 Grudziądz wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy pn. „Dostawa sprzętu i wyposażenia laboratorium cz. I, Zadanie I — Spektrometr ICP-MS wraz z aparaturą laboratoryjną do wstępnego przygotowania próbek”.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 18 lutego 2012 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2012/S 34-054727.

W dniu 27 kwietnia 2012 r. Odwołujący: PerkinElmer Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Wołoskiej 9, 02-583 Warszawa dowiedział się o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: spółkę PERLAN Technologies Polska sp. z o.o.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego oraz z zaniechaniem odrzucenia oferty konkurencyjnego wykonawcy Odwołujący w dniu 7 maja 2012r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Na zasadzie art. 180 w zw. z art. 179, a także art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) , zwanej dalej ustawą Pzp wniósł odwołanie na:

1. nieodrzućenie oferty złożonej przez spółkę PERLAN Technologies Polska sp. z o.o. pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ; oraz
2. dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę PERLAN Technologies Polska sp. z o.o.

W oparciu o powyższe zarzuty wnosił o:

1. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego w postaci czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanego wyboru, jako wykonawcy spółki PERLAN Technologies Polska sp. z o.o.;
2. nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez spółkę PERLAN Technologies Polska sp. z o.o.;
3. nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;

4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Ponadto zgłosił wniosek o przeprowadzenie dowodu z dołączonych do niniejszego odwołania:

1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wraz z załącznikami (w szczególności załącznika nr 1 „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”) na okoliczność warunków, jakim powinien odpowiadać przedmiot zamówienia - Spektrometr ICP-MS wraz z aparaturą laboratoryjną do wstępnego przygotowania próbek;

2. pytań i wyjaśnień do treści SIWZ na okoliczność warunków, jakim powinien odpowiadać przedmiot zamówienia - Spektrometr ICP-MS wraz z aparaturą laboratoryjną do wstępnego przygotowania próbek;

3. oferty (specyfikacji) PERLAN Technologies Polska sp. z o.o. oraz formularza ofertowego PERLAN Technologies Polska sp. z o.o. na okoliczność faktu, że treść oferty PERLAN Technologies Polska sp. z o.o. nie odpowiada treści SIWZ;

4. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz wykonawcach wykluczonych z postępowania, na okoliczność nieodrżucenia oferty PERLAN Technologies Polska sp. z o.o. i wyboru oferty PERLAN Technologies Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W pierwszej kolejności zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 91 ust. 1 ustawy Pzp z powodu braku uznania niezgodności treści oferty PERLAN Technologies Polska sp. z o.o. z treścią SIWZ.

W związku z powyższym zarzutem wskazał, że w punkcie 7, część 1, załącznika nr 1 „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia” Zamawiający określił zakres mas „co najmniej 260 amu we wszystkich trybach” i prędkość skanowania „minimum 3000 amu/s (przy zbieraniu danych dla każdej z mas)”, co zostało potwierdzone również w odpowiedzi z dnia 21 marca 2012r. na pytanie 14.

W kontekście powyższych wymagań SIWZ zwrócił uwagę, że w ofercie spółki PERLAN Technologies Polska sp. z o.o. w tabeli w punkcie 6 załącznika nr 2.1. podano: „zakres mas 2-260”, „prędkość skanowania > 3000 amu/s, skanowanie od Li do U plus zbieranie danych dla każdej z 40 pośrednich mas” (masa atomowa Lit (Li) wynosi 6,941 amu, Uranu (U) 238,03 amu), co oznacza – zdaniem Odwołującego szybkość skanowania zaoferowanego przez spółkę PERLAN Technologies aparatu w węższym zakresie: od 7 (Li) do 238 amu (U), a nie w zakresie od 2 do 260 amu.

Dodatkowo zauważył, że podczas skanowania zbierane są dane tylko dla 40 wybranych mas z zakresu od Lit do Uranu, nie zaś każdej z 231 mas z tego zakresu.(por. w szczególności: str. 4 specyfikacji — akapit „Analizator mas”; str. 4 formularza ofertowego — wiersz „Kwadropolowy system rozdziału mas”).

W związku z powyższym Odwołujący ocenił ofertę wykonawcy PERLAN Technologies Polska sp. z o.o., jako nie spełniającą podstawowych wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazał również, że wybór oferty PERLAN Technologies Polska sp. z o.o., wobec faktu, iż oferta Odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, narusza także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest oferta spółki PerkinElmer Polska sp. z o.o.

Odnosnie zarzuconego naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zdaniem Odwołującego nieodrzuconie oferty złożonej przez spółkę PERLAN Technologies Polska sp. z o.o. i wybór oferty ww. spółki, jako najkorzystniejszej, mimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, stanowi jednocześnie naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Pismem z dnia 14.05.2012r.Zamawiający udzielił odpowiedzi na przedmiotowe odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Przystępującego, pytania nr 13 i 14 oraz wyjaśnień do tych pytań zawartych w piśmie Zamawiającego z dnia 21.03.2012r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 27.04.2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Jednym z istotnych zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Przystępujący złożył ofertę, której treść pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ. Zdaniem Izby treść złożonej przez Przystępującego oferty takiej sprzeczności nie zawierała.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że poza sporem pomiędzy stronami było oświadczenie Przystępującego dotyczące regulowanej rozdzielczości kwadрупolowego analizatora mas w zakresie minimum od 0,3 do 1 amu opisane w załączniku nr 2.1 kwadрупolowy system rozdziału mas na stronie 4 oferty.

W dalszej części Izba stwierdziła, że Odwołujący, w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, miał wątpliwości interpretacyjne dotyczące wszystkich postanowień odnoszących się do kwadрупolowego systemu rozdziału mas, co potwierdzają pytania nr 13 i 14 do SIWZ.

Treść wyjaśnień Zamawiającego do tych pytań, będąca powtórzeniem literalnego brzmienia postanowień SIWZ dotyczących kwadрупolowego systemu rozdziału mas, jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający żądał od wykonawców złożenia oświadczenia o podobnej treści jak postanowienia SIWZ.

Odwołujący mając wątpliwości w tym zakresie mógł na odpowiednim etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, skorzystać ze środka ochrony prawnej, jeżeli takie wyjaśnienia Zamawiającego nie stanowiły odpowiedzi na sformułowane pytanie. Na rozprawie Odwołujący przyznał, że odpowiedź ta nie była dla niego satysfakcjonująca.

Zarzuty rozpoznawanego odwołania wskazują również, że Odwołujący z powodu nie wyjaśnienia powyższych wątpliwości, własne rozważania odnoszące się do treści SIWZ, przeniósł na grunt oferty Przystępującego, po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba nie podziela sposobu zaproponowanej przez Odwołującego wykładni w zakresie oświadczenia woli Przystępującego, co do zakresu mas, co najmniej 260 amu we wszystkich trybach.

W zakresie mas Przystępujący wskazał w formularzu ofertowym na stronie 4 maksymalną wartość zakresu mas 260 amu we wszystkich trybach, co odpowiada – zdaniem Izby – wymogowi Zamawiającego podania zakresu mas, co najmniej 260 amu we wszystkich trybach. Zatem to oświadczenie woli Przystępującego nie może zostać uznane przez Izbę za pozostające w sprzeczności z powołanym wyżej wymaganiem SIWZ.

Nadto również podana w ofercie na stronie 4 prędkość skanowania większa niż 3000 amu/s jest – w ocenie Izby - zgodna z żądaną w SIWZ prędkością skanowania min. 3000 amu/s (przy zbieraniu danych dla każdej z mas), zważywszy, iż Zamawiający nie określił zakresu mas do skanowania.

Okoliczność braku podania zakresu mas do skanowania w SIWZ została przez Zamawiającego przyznana w odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 maja 2012r.

Z tego powodu argumentacja Odwołującego, że zbierane dane powinny dotyczyć każdej z 231 mas z zakresu od Li do U nie znalazła uznania Izby, bowiem taki wymóg nie został w SIWZ w ogóle opisany.

Zdaniem Izby zadeklarowane przez Przystępującego skanowanie od Li do U plus zbieranie danych dla każdej z 40 pośrednich mas stanowi jedynie dodatkową informację, która odnosi się do mas podstawowych użytecznych pierwiastków będących przedmiotem analiz i nie stanowi essentialia negotii oferty.

Wniosek ten Izba wyprowadziła między innymi z faktu, na który powołał się Zamawiający, że faktycznie pierwiastek oznaczony symbolem Li(Lit) posiada masę atomową około 7, a pierwiastek oznaczony symbolem U(Uran) masę atomową około 238 amu. Jednak gdyby policzyć ile „jednostek mas” znajduje się pomiędzy Li a U, w odstępach, co 1 amu wynik wynosi 231 jednostek masowych, jednakże przedmiotowy spektrometr ICP-MS służy do oznaczania stężenia konkretnych pierwiastków. Natomiast pomiędzy Li i U nie znajduje się 231 pierwiastków.

Jednocześnie Izba uznała, że Zamawiający nie sprecyzował, dla jakich mas należy prowadzić pomiary, czy dla każdej z mas z zakresu aparatu, czy dla każdej z mas wszystkich pierwiastków, czy dla każdej z mas, które występują naturalnie w środowisku, czy wreszcie dla każdej z mas analitycznie użytecznej.

Wszystkie te okoliczności powołane w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego nie były przez Odwołującego kwestionowane.

Izba reprezentuje zapatrywanie na tle rozpoznawanej sprawy, że same wątpliwości Odwołującego, co do zakresu złożonego przez Przystępującego oświadczenia woli, powstałe również w aspekcie niedostatecznego wyjaśnienia przez samego Odwołującego treści SIWZ, nie stanowią dostatecznej podstawy do uznania, iż treść tego oświadczenia pozostaje w sprzeczności z SIWZ, jeżeli oświadczenie to wskazuje, że minimalne wymagania Zamawiającego w spornym zakresie zostały spełnione. Zatem Odwołujący nie wykazał, iż zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp oraz, że działanie Zamawiającego narusza przepis art.7 ust. 1 i art.91 ust.1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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:

.....