

**WYROK**  
**z dnia 02 grudnia 2022 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 listopada 2022 r. przez Odwołującego **Pro-Environment Polska Sp. z o.o. (ul. Żwirki i Wigury 101, 02-089 Warszawa)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Instytut Gospodarki Surowcami Mineralnymi i Energią Polskiej Akademii Nauk (ul. Wybickiego 7A, 31-261 Kraków)**

przy udziale Wykonawcy **Spectro-Lab sp. z o.o. (ul. Warszawska 100/102, 05-092 Łomianki)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1) oddala odwołanie,
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Pro-Environment Polska Sp. z o.o. (ul. Żwirki i Wigury 101, 02-089 Warszawa)** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Pro-Environment Polska Sp. z o.o. (ul. Żwirki i Wigury 101, 02-089 Warszawa)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Wykonawcę **Spectro-Lab sp. z o.o. (ul. Warszawska 100/102, 05-092 Łomianki)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego **Pro-Environment Polska Sp. z o.o. (ul. Żwirki i Wigury 101, 02-089 Warszawa)** na rzecz Wykonawcy **Spectro-Lab sp. z o.o. (ul. Warszawska 100/102, 05-092 Łomianki)** kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Wykonawcę **Spectro-Lab sp. z o.o. (ul. Warszawska 100/102, 05-092 Łomianki)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**UZASADNIENIE**

Zamawiający Instytut Gospodarki Surowcami Mineralnymi i Energią Polskiej Akademii Nauk prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na 18 części pn.: „Dostawa urządzeń do Laboratorium Kompleksowych Badań Odpadów i Biomasy”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19 lipca 2022 r. pod numerem 2022/S 137-391258.

Odwołujący Pro-Environment Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie w zakresie części nr 1 postępowania dotyczącej Spektrometru ICP MS, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Spectro-Lab Sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca ten dla Części nr 1 Postępowania złożył ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, z uwagi na fakt, iż zaproponowane urządzenie nie posiada wszystkich parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia, w szczególności w Załączniku nr III do SWZ.

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Spectro-Lab sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z Części nr 1 postępowania z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd co do posiadania przez oferowane urządzenie wszystkich wymaganych warunków technicznych, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę Spectro-Lab Sp. z o.o., dokonania ponownego badania i oceny ofert i uznania, iż urządzenie zaoferowane przez Spectro-Lab nie posiada wszystkich parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego, przez co treść oferty złożonej przez wykonawcę Spectro-Lab sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia, a także uznanie, że wykonawca Spectro-Lab sp. z o.o. podał w postępowaniu informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, przez co zachodzi przesłanka do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, odrzucenie oferty Spectro-Lab sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, a wykonawca ten podał w powyższym zakresie informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na

decyzje podejmowane przez Zamawiającego, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, zgodnie z przepisami prawa, ewentualnie nakazanie dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa Odwołującego przez pełnomocnika.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia z dnia 22 września oraz z dnia 4 listopada 2022 r., a także oświadczenie firmy Thermo Fisher Scientific wissenschaftliche Geräte GmbH z dnia 3 listopada 2022 r., przedłożone przez Wykonawcę Spectro-Lab sp. z o.o. nie mogą stanowić podstawy uznania, że zaoferowany spektrometr spełnia wszystkie parametry techniczne wskazane w Załączniku nr 1.1 do SWZ. Przedmiotowe wyjaśnienia nie potwierdziły, że zaoferowany spektrometr posiada: „System optyczny usuwający cząstki neutralne i fotony - niewymagający rutynowych czynności konserwacyjnych oraz czyszczenia” - (A) oraz „Kwadrupolowy analizator mas - regulowana rozdzielczość w zakresie co najmniej od 0.3 do 1 amu” - (B).

A. Brak spełnienia warunku technicznego: „System optyczny usuwający cząstki neutralne i fotony - niewymagającego rutynowych czynności konserwacyjnych oraz czyszczenia.”

Zgodnie z wymogami punktu 7 tiret 2 Załącznika 1.1. do SWZ oraz wyjaśnień do SWZ z 11 sierpnia 2022 r. system optyczny usuwający cząstki neutralne i fotony nie może wymagać rutynowych czynności konserwacyjnych oraz czyszczenia. Odwołujący wskazał, że twierdzenie Wykonawcy Spectro-Lab sp. z o.o. zawarte w piśmie z 22 września 2022 r., że „soczewka ekstrakcyjna nie jest elementem systemu optyki jonowej” nie odzwierciedla faktycznych właściwości systemu optycznego. Jak wskazywał Odwołujący, „system optyczny” z definicji obejmuje wszystkie elementy aparatu, które pełnią rolę skupiania jonów ( $M^+$ ) oraz usuwania cząstek neutralnych i fotonów. Teoria i nazewnictwo w zakresie systemu optyki jonowej ICP-MS są w tym zakresie jasne, ustalone i niezmiennie od lat. Odwołujący jako przykład wskazał jedną z podręcznikowych publikacji dotyczących przedmiotowego zakresu - „A Beginner's Guide to ICP-MS” („Przewodnik po ICP-MS dla początkujących”), w części V omawiającą „The Ion Focusing System” („System skupiający jony”). Jak objaśnia przywołana publikacja, układ optyki jonowej w różny sposób realizowany jest w urządzeniach różnych producentów i może się składać z zestawu soczewek o różnych kształtach i ułożeniu.

Jak dalej wskazał Odwołujący, z ogólnodostępnych materiałów firmy Thermo Scientific, producenta zaoferowanego modelu iCAP RQ ICP-MS wynika, że system optyczny, w obszarze usuwającym cząstki neutralne i fotony, wyposażony jest, m.in. w soczewkę ekstrakcyjną (z ang. „extraction lens”). Jej zadaniem jest transmisja jonów i ich skupienie pod wpływem przyłożonego niskiego napięcia. Z powyższego wynika, że soczewka ekstrakcyjna, jest elementem układu optycznego aparatu iCAP RQ, a zatem układ optyczny składa się w efekcie z dwóch rodzajów soczewek: (i) soczewki ekstrakcyjnej oraz (ii) soczewki RAPID, co przeczy twierdzeniom Spectro-Lab z pisma z dnia 22 września 2022 r.

Soczewka ekstrakcyjna, zgodnie z zaleceniami producenta - Thermo Scientific, wymaga zaś wykonywania rutynowych czynności konserwacyjnych oraz czyszczenia.

Zdaniem Odwołującego, skoro przynajmniej jeden z elementów układu optycznego zaoferowanego aparatu wymaga wykonywania rutynowych czynności konserwacyjnych oraz czyszczenia, nie można twierdzić, że urządzenie to posiada układ optyczny niewymagający rutynowych czynności konserwacyjnych oraz czyszczenia. Takie twierdzenie jest wbrew informacjom zawartym w oficjalnych dokumentach producenta opisujących przedmiotowe urządzenie.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że zaoferowany przez Wykonawcę Spectro-Lab sp. z o.o. spektrometr iCAP RQ nie spełnia wymagań opisanych w pkt 7 tiret 2 Załączniku 1.1. do SWZ, tym samym treść złożonej przez tego wykonawcę oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

B. Brak spełnienia warunku technicznego: „Kwadrupolowy analizator mas - regulowana rozdzielczość w zakresie co najmniej od 0.3 do 1 amu”

Zamawiający w Załączniku 1.1. do SWZ oraz w wyjaśnieniach do SWZ z 11 sierpnia 2022 r. określił minimalne wymagania wobec możliwości regulowania rozdzielczości kwadrupolowego analizatora mas. Zgodnie z pkt 9 tiret 3 przedmiotowego Załącznika regulacja powinna być możliwa w przedziale co najmniej od 0.3 do 1 amu.

Jak wskazał Odwołujący, w ogólnodostępnych materiałach firmy Thermo Scientific, producenta zaoferowanego modelu iCAP RQ ICP- MS, nie są podane parametry jednoznacznie potwierdzające spełnienie wymogu stawianego przez Zamawiającego w tym zakresie. W „specyfikacji technicznej” na str. 5 wskazano, że rozdzielczość jest definiowana przez Użytkownika [cytat ze specyfikacji: „Quadrupole Mass Analyzer, Resolution - User Definable” (tłumaczenie: Kwadrupolowy analizator mas, Rozdzielczość - ustawiana przez Użytkownika)], natomiast w instrukcji obsługi oprogramowania sterującego Qtegra Thermo Scientific, na str. 477 wskazano, że rozdzielczość wybierana jest jedynie między wartością „Normal” lub „High” (tłumaczenie: „normalną” lub „wysoką”), bez podania wartości liczbowych obu ustawień - Załącznik 6 do Odwołania.

Wykonawca Spectro-Lab sp. z o.o., wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści oferty, jako załącznik do przedkładanych wyjaśnień z dnia 4 listopada 2022 r. przedstawił Oświadczenie firmy Thermo Fisher Scientific wissenschaftliche Geräte GmbH z dnia 3 listopada 2022 r., które miało potwierdzić spełnienie warunku regulacji rozdzielczości w zakresie od 0.3 do 1 amu. Z pisma tego wynika, że: „Nie ma ograniczeń konstrukcyjnych, które uniemożliwiałyby ustawienie parametrów analizatora masowego w iCAP-RQ na wartości pośrednie, ale uważamy, że nie byłoby to z korzyścią dla użytkowników z analitycznego punktu widzenia, powodując jedynie wątpliwości, co ustawić i dlatego w oprogramowaniu są po prostu 2 ustawienia do wyboru”.

Zdaniem Odwołującego z powyżej przytoczonego fragmentu Oświadczenia jednoznacznie wynika, że spektrometr iCAP RQ Thermo Scientific nie spełnia wymagania w zakresie możliwości regulacji rozdzielczości w zakresie co najmniej od 0.3 do 1 amu. Oświadczenie zawiera jedynie informację, że istnieje możliwość wyboru jednej z dwóch wartości rozdzielczości - wartości 0.3 amu lub 1 amu. Użytkownik może więc wybrać wyłącznie dwie skrajne wartości z wymaganego zakresu. Podobnej treści oświadczenie zostało złożone przez Spectro-Lab sp. z o.o. w wyjaśnieniach z dnia 22 września 2022 r. oraz w wyjaśnieniach z dnia 4 listopada 2022 r., w których wykonawca stwierdził, że „Zamawiający w swych wymaganiach nie podał/nie wymagał z jakim krokiem ma być regulowana rozdzielczość oraz nie podał ile ma być możliwości nastaw rozdzielczości. Warunek OPZ jest jednoznacznie spełniony, jeśli są możliwe dwie różne nastawy wynoszące zapewniające uzyskanie rozdzielczości odpowiednio 0,3 i 1 AMU.”

Zdaniem Odwołującego stwierdzenie zawarte w Oświadczeniu, że „nie ma ograniczeń konstrukcyjnych, które uniemożliwiałyby ustawienie parametrów analizatora masowego w iCAP-RQ na wartości pośrednie” jest przynajmniej zastanawiające.

W opinii Odwołującego spektrometr iCAP RQ nie spełnia wymagań, a treść złożonej przez tego wykonawcę oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

C. Brak spełnienia warunku technicznego: „System optyczny usuwający cząstki neutralne i fotony – automatycznie optymalizowany z poziomu oprogramowania w stosunku do analizowanych jonów, uginający wiązkę analizowanych jonów pod kątem 90°.”

Zamawiający w punkcie 7 tiret 1 Załącznika 1.1 do SWZ oraz w wyjaśnieniach do SWZ z 11 sierpnia 2022 r. określił minimalne wymagania wobec Systemu optycznego usuwającego cząstki neutralne i fotony jako „Automatycznie optymalizowany z poziomu oprogramowania w stosunku do analizowanych jonów, uginający wiązkę analizowanych jonów pod kątem 90°”.

Odwołujący podniósł, że specyfikacja techniczna spektrometru iCAP RQ wskazuje, że system optyczny uginający wiązkę analizowanych jonów (RAPID) w spektrometrze iCAP RQ nie ma takiej możliwości. W tabeli na str. 5 wskazano: optyka jonowa - RAPID Lens - soczewki jonowe pod kątem 90° pracujące przy jednej, stałej wartości napięcia. Oznacza to, że napięcie soczewki RAPID jest stałe i niezmiennie, niezależnie od rodzaju analizowanych izotopów i nie ma możliwości automatycznej optymalizacji z poziomu oprogramowania w stosunku do analizowanych jonów, co było wymogiem Zamawiającego. Odwołujący zauważył, że w złożonej ofercie wykonawca Spectro-Lab sp. z o.o. potwierdził spełnienie przez oferowane urządzenie warunków technicznych, w tym z punktu 7 tiret 1 Załącznika 1.1 do SWZ, co stoi w sprzeczności z informacjami wynikającymi z ogólnodostępnych materiałów producenta, tj. specyfikacji technicznej spektrometru iCAP RQ Thermo Scientific. Zdaniem Odwołującego należy uznać, że zaoferowany przez Wykonawcę Spectro-Lab sp. z o.o. spektrometr iCAP RQ nie spełnia wymagań opisanych w pkt 7 tiret 1 Załączniku 1.1. do SWZ, tym samym treść złożonej przez tego wykonawcę oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że brak czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Wykonawcy Spectro-Lab sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, prowadzi na naruszenia przez Zamawiającego przywołanego powyżej przepisu.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp Zamawiający może wykluczyć wykonawcę z postępowania, jeżeli wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego oświadczenie Wykonawcy Spectro-Lab sp. z o.o. złożone w wyjaśnieniach z 22 września 2022 r.: „Potwierdzamy, że oferowany spektrometr iCAP RQ posiada kwadrupolowy analizator mas z regulowaną rozdzielczością w zakresie od 0,3 do 1 AMU”, a także twierdzenie, że „soczewka ekstrakcyjna nie jest elementem systemu optyki jonowej” oraz, że „system optyczny usuwający cząstki neutralne i fotony w oferowanym spektrometrze CAP RQ jest niewymagający rutynowych czynności konserwacyjnych oraz czyszczenia” oraz oświadczenie złożone w wyjaśnieniach z 4 listopada 2022 r., że „oferta złożona w części nr 1 postępowania spełnia wymagania Zamawiającego” oraz wszelkie wyjaśnienia związane z tymi oświadczeniami są informacjami wprowadzającymi

Zamawiającego w błąd co do spełniania przez zaoferowany aparat warunków określonych w Załączniku 1.1. do SWZ.

Jak wskazał Odwołujący, na podstawie przekazanych przez wykonawcę Spectro-Lab sp. z o.o. Zamawiający dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w Części nr 1 postępowania, a zatem działania Spectro-Lab sp. z o.o. nie tylko mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, ale w przedmiotowej sprawie wpłynęły w sposób bezpośredni na decyzję podjętą przez Zamawiającego co do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Fakt ten przesądza, w ocenie Odwołującego, o konieczności odrzucenia oferty wykonawcy Spectro-Lab sp. z o.o. również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Brak powyższych działań prowadzi do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, w świetle, którego Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zdaniem Odwołującego powyżej wskazane naruszenia prowadzą w konsekwencji do naruszenia przez Zamawiającego zasad prowadzenia postępowania i udzielenie zamówienia. Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający zobligowany jest do przeprowadzenia postępowania w sposób przejrzysty i zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oznacza, że Zamawiający zobowiązany jest do stworzenia warunków do uczciwego konkurowania przez wykonawców o uzyskanie zamówienia, jak też do eliminowania zachowań sprzecznych z prawem lub etyką.

Jeśli zatem Zamawiający w Załączniku 1.1. do SWZ określił konkretne parametry techniczne, które muszą być bezwzględnie spełnione przez każde oferowane przez wykonawców urządzenie, to sprzeczne z przepisami ustawy Pzp będzie dopuszczenie urządzenia, które wskazywałych warunków technicznych nie spełnia. Naruszenia te prowadzą również do naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Przystępujący Spectro – Lab sp. z o.o. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości.



## **Izba ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z wymaganiami załącznika 1.1. do SWZ punkt 7 tiret 2 oraz wyjaśnieniami do SWZ z 11 sierpnia 2022 r., system optyczny usuwający cząstki neutralne i fotony nie może wymagać rutynowych czynności konserwacyjnych oraz czyszczenia.

Z załączonej instrukcji urządzenia zaoferowanego przez Przystępującego – Wykonawcę Spectro- Lab sp. z o.o. - iCAP RQ wynika, że Interfejs składa się ze stożka próbkującego, stożka skimmera i soczewki ekstrakcyjnej. Stożki i soczewka ekstrakcyjna są utrzymywane w bloku interfejsu, który jest zamontowany na drzwiczkach plazmy. Oznacza to, że w zaoferowanym spektrometrze iCAP RQ soczewka ekstrakcyjna jest elementem interfejsu, a nie systemem optycznym usuwającym cząstki neutralne i fotony.

Skoro soczewka ekstrakcyjna jest elementem interfejsu, co wynika z opisu instrukcji, to zastosowanie do niej mają wymagania opisu przedmiotu zamówienia w zakresie interfejsu. W ramach opisu interfejsu nie znalazło się wymaganie, iż „nie może wymagać rutynowych czynności konserwacyjnych oraz czyszczenia”.

Nie jest uzasadnione rozszerzanie wymagań Zamawiającego na inne elementy urządzenia, nie wchodzące w skład systemu optycznego usuwającego cząstki neutralne i fotony, tj. na soczewkę ekstrakcyjną, która nie jest elementem ww. systemu. W zaoferowanym urządzeniu soczewka ekstrakcyjna jest elementem interfejsu, a nie systemu optycznego usuwającego cząstki neutralne i fotony.

Być może rację ma Odwołujący, że intencją Zamawiającego było, aby soczewki nie wymagały dokonywania rutynowych czynności konserwacyjnych oraz czyszczenia. Jednakże takie postanowienie nie zostało zawarte w treści opisu przedmiotu zamówienia. W opisie tym Zamawiający w ogóle nie odnosił się do soczewek, nie opisywał w żaden sposób szczególnych wymagań co do tych części urządzenia. Intencja Zamawiającego nie znalazła zatem jednoznacznego odzwierciedlenia w postanowieniach opisu przedmiotu zamówienia. Nie można na obecnym etapie dokonywać rozszerzenia lub nadinterpretacji wymagania opisu przedmiotu zamówienia.

Jak wskazał Przystępujący, optyka jonowa (tj. system optyczny usuwający cząstki neutralne i fotony) w spektrometrze iCAP RQ obejmuje: soczewkę RAPID, QCell (komorę kolizyjno-reakcyjną) oraz zespół soczewek DA, co również wynika z instrukcji urządzenia. Zatem soczewka RAPID (a nie soczewka ekstrakcyjna) jest odpowiedzialna za przyspieszenie jonów, odchylenie ich o 90° oraz za usuwanie cząstek neutralnych. Soczewka ta nie wymaga konserwacji oraz czyszczenia.

Zamawiający w punkcie 7 Załącznik 1.1. do 5WZ oraz wyjaśnień do SWZ z 11 sierpnia 2022 r. określił, jakie ma być zadanie optyki jonowej - System optyczny usuwający cząstki neutralne i fotony.

Jak wyjaśnił Przystępujący, w zaoferowanym spektrometrze iCAP RQ taką rolę spełnia soczewka RAPID. Soczewka ekstrakcyjna znajduje się w interfejsie urządzenia i pełni zupełnie inną funkcję.

Powyższe oznacza, że spektrometr ICP-MS iCAP RQ posiada system optyczny usuwający cząstki neutralne i fotony - nie wymagający rutynowych czynności konserwacyjnych oraz czyszczenia. Oznacza to, że urządzenie zaoferowane przez Przystępującego jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący w odwołaniu powołał się na publikację „A Beginner's Guide to ICP-MS”. Jak wyjaśnił Przystępujący, publikacja ta pochodzi z 2001 roku, a ponadto wskazuje jedynie ogólny schemat budowy spektrometrów ICP-MS na podstawie dostępnej na te czasy wiedzy. Powyższe oznacza, że nie jest to dokument, na podstawie którego można wywodzić tak jednoznaczne wnioski co do budowy aparatu oferowanego przez Przystępującego, jak Odwołujący w treści odwołania. Jak zauważył Przystępujący, dwie dekady wpłynęły na znaczny postęp oraz wiele udoskonaleń w obecnie produkowanych spektrometrach ICP-MS.

Przystępujący dostarczył aktualny dokument w postaci instrukcji urządzenia, który w jednoznaczny sposób opisuje urządzenie. Aktualna instrukcja zawierająca szczegółowy opis urządzenia jest bardziej przekonującym dowodem do określenia rzeczywistych parametrów urządzenia i jego budowy niż ogólny opis, zawarty w publikacji pochodzącej sprzed dwóch dekad.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, Kwadrupolowy analizator mas miał posiadać regulowaną rozdzielczość w zakresie co najmniej od 0.3 do 1 AMU.

W trakcie procedury wyjaśnień na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący złożył oświadczenie producenta urządzenia z 3 listopada 2022 roku, w którym stwierdzono, że: „Ustawienia High (wysokie) i Normal (normalne) w oprogramowaniu Qtegra aparatów serii iCAP-RQ odpowiadają odpowiednio rozdzielczości om 0,3 i 1 amu (atomowych jednostek masy). Te ustawienia pozwalają na rozdzielenie mas różniących się odpowiednio o 0,3 i 1 amu i są analitycznie uzasadnione dla techniki ICP-MS. Nie ma ograniczeń konstrukcyjnych, które uniemożliwiłyby ustawienie parametrów analizatora masowego w iCAP-RQ na wartości pośrednie, ale uważamy, że nie byłoby to z korzyścią dla użytkowników z analitycznego punktu widzenia, powodując jedynie wątpliwości, co ustawić i dlatego w oprogramowaniu są po prostu 2 ustawienia do wyboru”.

Z powyższego wynika, że producent urządzenia nie wykluczył możliwości regulacji. Stwierdził, że nie ma ograniczeń w ustawieniu parametrów na wartości pośrednie.

Powyższe wykazał również Przystępujący składając w trakcie rozprawy z udziałem stron dowody w postaci 2 zrzutów ekranów z ustawionej rozdzielczości na wartość 0,5 AMU i 0,9 AMU dla izotopu indu. Wykresy uwidaczniały uzyskane (powyżej wskazane) wartości pośrednie rozdzielczości. Treść SWZ nie zawierała precyzyjnego wskazania, w jaki sposób miałyby następować regulacja rozdzielczości.

Powyższe potwierdza, że oferowane przez Przystępującego urządzenie posiada możliwość regulacji rozdzielczości w zakresie co najmniej od 0,3 do 1 AMU.

Nie jest zatem zasadny zarzut Odwołującego, że spektrometr oferowany przez Przystępującego nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Zamawiający postawił wymaganie: „System optyczny usuwający cząstki neutralne i fotony - Automatycznie optymalizowany z poziomu oprogramowania w stosunku do analizowanych jonów, uginający wiązkę analizowanych jonów pod kątem 90°.”

Odwołujący w treści odwołania powołał się na fragment jednego z dokumentów, w którym wskazano: „Optyka jonowa - soczewka RAPID - 90° soczewka jonowa pracuje przy jednym, stałym napięciu.”

Jak wyjaśnił Przystępujący: przytoczony fragment co prawda opisuje działanie soczewki RAPID, jako pracującej przy jednym stałym napięciu, ale to jedno, stałe napięcie odnosi się do wartości, która została automatycznie zoptymalizowana przez program sterujący dla analizowanego jonu. Przystępujący w ramach dowodu złożył procedurę optymalizacji napięcia soczewki RAPID, wskazując, że napięcie soczewki RAPID (Angular Deflection) może być regulowane i oprogramowanie automatycznie dobierze optymalne, stałe napięcie dla żądanych warunków i izotopów/jonów.

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że urządzenie jest optymalizowane tylko na jedną masę. Tymczasem z przedstawionych przez Przystępującego w trakcie rozprawy z udziałem stron dowodów (część nr 7), załączonych do pisma procesowego, wynika, że istnieje możliwość optymalizacji dla mas wybranych – załączony zrzut ekranu zawierający tabelę z układem okresowym pierwiastków wskazywał, że można optymalizować masy, które (przykładowo) zostały zaznaczone. Z kolei dowód nr 7 str. 4 wskazuje na parametry graniczne regulacji napięcia, co oznacza, że nie jest tak, jak wskazywał Odwołujący, że urządzenie ma możliwość pracy tylko na jednym napięciu. W złożonym przez Przystępującego dowodzie nr 7 str. 2 (załączonym do pisma procesowego) wskazano na możliwość auto tuningu, co oznacza automatyczną optymalizację – zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Należy zauważyć, że ciężar dowodu wykazania, że oferowany przez Przystępującego spektrometr nie spełnia wymagania dotyczącego automatycznej optymalizacji, spoczywał na Odwołującym. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił dowodów. Nie wykazał, aby oferowany przez Przystępującego spektrometr nie posiadał tej funkcjonalności.

Powyższe oznacza, że Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy Spectro-Lab sp. z o.o. z uwagi na brak spełnienia wymagań opisu przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wykazał, aby w zakresie części nr 1 postępowania Wykonawca Spectro-Lab sp. z o.o. złożył ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. W konsekwencji należało stwierdzić, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny.

Za bezzasadny należy również uznać zarzut: „naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Spectro-Lab sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten podlega wykluczeniu z Części nr 1 postępowania z uwagi na przedstawienie informacji wprowadzających w błąd co do posiadania przez oferowane urządzenie wszystkich wymaganych warunków technicznych, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego”.

Okoliczność, że zaoferowany przez Przystępującego spektrometr spełnia wymagania wskazuje na fakt, że Przystępujący nie wprowadził Zamawiającego w błąd w tym zakresie. Ponadto Zamawiający miał możliwość weryfikacji parametrów oferowanego urządzenia na podstawie składanych przez Przystępującego wyjaśnień. Informacje o urządzeniu znalazły się także w oświadczeniu producenta, które zostało przedstawione Zamawiającemu, jak również w instrukcji obsługi urządzenia.

Zgodnie z artykułem 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 5 pkt 2 b), § 8 ust. 2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Przystępującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....