Sygn. akt: KIO 1738/23

WYROK
z dnia 4 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2023 r. przez odwołującego Perlan Technologies Polska Sp. z o. o. w Warszawiew postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut Ogrodnictwa - Państwowy Instytut Badawczy w Skierniewicach przy udziale wykonawcy Spectro - Lab Sp. z o. o. w Łomiankach przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.częściowo uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1.unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,

1.2.powtórzenie badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie przystępującego Spectro - Lab Sp. z o. o. w Łomiankach do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p.,

2.w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3.kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciąża odwołującego Perlan Technologies Polska Sp. z o. o. w Warszawie oraz w części 1/2 obciąża przystępującego Spectro - Lab Sp. z o. o. w Łomiankach i:

3.1.zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego Perlan Technologies Polska Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

3.2.zasądza od przystępującego Spectro - Lab Sp. z o. o. w Łomiankach na rzecz odwołującego Perlan Technologies Polska Sp. z o. o. w Warszawie kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) tytułem zwrotu części kosztów postępowania odwoławczego,

3.3.znosi wzajemnie pozostałe koszty stron postępowania odwoławczego.

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 ze zm.) 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:

……

U z a s a d n i e n i e
wyroku z dnia 4 lipca 2023 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1738/23

Zamawiający Instytut Ogrodnictwa – Państwowy Instytut Badawczy ul. Konstytucji 3 Maja 1/3, 96-100 Skierniewice, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa aparatury i sprzętu laboratoryjnego do Centrum Innowacyjnych i Zrównoważonych Technologii Ogrodniczych (CIZTO) II", podzielone na części, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w dniu 24 maja 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 099-307919, zwane dalej „postępowaniem".

Postępowanie na dostawy, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych ((Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) dalej zwanej „p.z.p."), jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 19 czerwca 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w pakiecie 17 postępowania wniósł wykonawca Perlan Technologies Polska Sp. z o. o. ul. Puławska 303, 02-785 Warszawa (dalej zwany „odwołującym"). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Spectro-Lab, mimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim Wykonawca zaoferował spektrometr, który nie spełnia wymogu „palnika kwarcowego nierozbieralnego" - ustanowionego w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do Specyfikacji warunków zamówienia - w pakiecie nr 17 w katalogu wymogów dotyczących generatora RF;

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Spectro-Lab z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty, mimo iż przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzające w błąd wskazując, że oferowane przez niego rozwiązanie posiada „palnik kwarcowy nierozbieralny", podczas gdy przedmiot jego oferty wyposażony jest w rozbieralny palnik, a jego producent nie oferuje innego rozwiązania w tym zakresie;

3.art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Spectro-Lab, mimo że wykonawca w złożonych wyjaśnieniach dotyczących wysokości zaoferowanej ceny - nie wykazał, że nie jest ona rażąco niska;

4.art. 239 ust. 1 Pzp - poprzez wybór oferty wykonawcy Spectro-Lab, mimo że ta podlega odrzuceniu oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty wykonawcy Spectro - Lab Sp. z o. o. w Łomiankach (dalej także jako „Spectro-Lab"), przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty

odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto wniesiono o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Odwołanie dotyczy części nr 17 zamówienia - Spektrometr ICP-MS z detektorem masowym - 1 szt. Opis przedmiotu zamówienia został zawały w załączniku nr 1 do SWZ. Zamawiający ustanowił m.in. następujące wymaganie w zakresie generatora RF: „1. Opis - urządzenie do oznaczania dużej liczby próbek pierwiastków tym metali ciężkich w glebach, materiale roślinnym, owocach, nawozach: W zestawie: Generator RF • palnik kwarcowy nierozbieralny, automatyczna regulacja położenia palnika w płaszczyznach z poziomu oprogramowania sterującego, (…)". Zgodnie z rozdziałem V pkt 2 ppkt 3 SWZ wraz z ofertą wykonawcy zobowiązani byli złożyć: „przedmiotowe środki dowodowe, tj. składając ofertę wykonawca będzie zobowiązany, na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, złożyć wraz z ofertą specyfikacje, foldery techniczne, karty katalogowe, lub inne dokumenty, które umożliwią porównanie produktów oferowanych z wymaganymi określonymi przez Zamawiającego. Wskazane dokumenty muszą zawierać określenie producenta oraz numeru katalogowego oferowanego produktu". Zamawiający przewidział w SWZ możliwość wezwania wykonawcy do złożenia bądź uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Wykonawca Spectro-Lab zaoferował spektrometr Thermo Scientific, iCAP RQ, nr kat. BRE731420 i nie przedłożył do oferty przedmiotowych środków dowodowych, co zrobiono dopiero na wezwanie zamawiającego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, w postaci karty katalogowej dla zaoferowanego spektrometru. Karta ta została opracowana dla potrzeb przedmiotowego zamówienia, bowiem jej treść w większości jest dokładnym odzwierciedleniem treści opisu przedmiotu zamówienia ustanowionego przez zamawiającego. W innych postępowaniach o udzielenie zamówienia wykonawca Spectro-Lab oferując ten sam model spektrometru składał inne karty katalogowe - które nie były modyfikowane na wzór wymogów zawartych w OPZ tych postępowań. W niniejszej sprawie treść OPZ została przeniesiona w zakresie niektórych parametrów wprost do karty katalogowej złożonej przez wykonawcę Spectro-Lab.

Z ogólnodostępnych informacji producenta spektrometru oferowanego przez wykonawcę SpectroLab, jak również ze strony internetowej samego wykonawcy i zamieszczonych na niej kart katalogowych wynika, że oferowany ICP-MS iCAP RQ nie posiada wymaganego przez zamawiającego palnika nierozbieralnego, ale jest wyposażony w rozbieralny palnik. „Układ wprowadzania próbki: Układ wprowadzania próbki zawiera 4-kanałową pompę perystaltyczną o szybkości pompowania kontrolowanej z poziomu oprogramowania sterującego komputera, szklany rozpylacz koncentryczny, stabilizowaną temperaturowo kwarcową komorę mgielna chłodzoną termoelektrycznie układem Peltiera w zakresie od -10^0C do *20^0C oraz semi-rozbieralny palnik kwarcowy z centralną rurką wtryskiwacza o średnicy 2.5 mm, z możliwością stosowania rurek o różnych średnicach. Palnik mocowany na „wcisk", bez konieczność stosowania dodatkowych wężyków (automatyczna regulacja położenia palnika)".

Odwołujący dodał, ze również z dokumentów składanych przez wykonawcę Spectro-Lab w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (postępowanie nr WOFiTM/10/2022, prowadzone przez Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie), w którym zaoferował dokładnie ten sam spektrometr wynika, że ten konkretny model spektrometru wyposażony jest w palnik rozbieralny: palnik *wsuwany, rozbieralny składający się z rurki centralnej, palnika i uchwytu na palnik, *z możliwością 3-kierunkowej, automatycznej regulacji.

Zamawiający pismem z dnia 26.05.2023 r. zwrócił się do wykonawcy Spectro-Lab o złożenie wyjaśnień dotyczących kwestii rozbieralności palnika w zaoferowanym urządzeniu. Pismem z dnia 30.05.2023 stwierdził, że: „Urządzenie Thermo Scientific, iCAP RQ, nr kat. BRE731420, zgodnie z przedstawioną kartą katalogowej, będzie wyposażony w "Palnik kwarcowy - nierozbieralny, łatwy do zdejmowania, wymiany i czyszczenia, z możliwością 3-kierunkowej, automatycznej regulacji z poziomu oprogramowania (x, y, z)." Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień stwierdził również: „Wyjaśniamy, że słowo „semi-rozbieralny" odnośni się do elementów towarzyszących jak na przykład uchwyt palnika, ale sam palnik jest nierozbieralny." Ponadto wykonawca stwierdził, że nie ma żadnych powodów technicznych uniemożliwiających czy utrudniających zmodyfikowanie parametrów przedmiotowej aparatury w tym zakresie w stosunku do podawanych ogólnie informacyjnie na stronie internetowej wykonawcy i w związku z tym nie ma przeszkód do zaoferowania sprzętu o parametrach palnika zgodnych z kartą katalogową przedłożoną przez wykonawcę. Ponadto, gdyby użytkownik chciał, aby dodatkowe komponenty towarzyszące palnikowi były połączone na stałe bez możliwości oddzielenia, to także nie byłoby technicznych przeszkód by je trwale zmontować/mechanicznie zablokować. Według wykonawcy Spectro-Lab, powyższe informacje jednoznacznie wyjaśniają, że aparatura oznaczona w ofercie jako: iCAP RQ, nr kat. BRE731420 spełnia wymogi SWZ w zakresie palnika i potwierdza, że je spełniać będzie. W ocenie odwołującego powyższe wyjaśnienia opierają się wyłącznie na własnych zapewnieniach Spectro-Lab. Wykonawca nie jest producentem oferowanego spektrometru, tylko jego dostawcą, nie ingeruje samodzielnie w jego konstrukcję i nie jest uprawniony do wprowadzania zmian w urządzeniu, czy nowych, nieznanych producentowi rozwiązań.

Odwołujący dalej zaznaczył, że w toku postepowania o udzielenie zamówienia zamawiający zwrócił się do Spectro-Lab z wezwaniem do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w odpowiedzi na które złożono lakoniczne i ogólne wyjaśnienia, w których treści wykonawca nie odniósł się do wszystkich elementów wymaganych w wezwaniu. W dniu 07.06.2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w części nr 17 postępowania, wybrana została oferta wykonawcy Spectro-Lab.

W zakresie zarzutu nr 1 odwołujący zauważył, że definicja palnika ICP-MS dostępna jest w polskiej wersji normy: PN-EN ISO 17294-1:2007 - wersja polska „Jakość wody - Zastosowanie spektrometrii mas z plazmą wzbudzoną indukcyjnie (ICP-MS) Część 1: Wytyczne ogólne" i jest ona jednoznaczna. Zgodnie z nią występują dwa rodzaje palników - jednoczęściowy (tj. nierozbieralny) lub jako układ zbudowany z niezależnych części (tj. rozbieralny). „6.3. Palnik i plazma. Palnik składa się z trzech koncentrycznych rurek i może być zaprojektowany jako układ jednoczęściowy lub układ zbudowany z niezależnych części. Jako materiał stosuje się kwarc. (…)" - wyciąg z normy stanowi załącznik nr 1 do odwołania.

Zdaniem odwołującego, z technicznego punktu widzenia, palnik nierozbieralny jest jednym, stałym i nierozłączalnym przedmiotem (rzeczą). Palnik nierozbieralny nie jest możliwy do rozłożenia na poszczególne części składowe. W przypadku jego wymiany - wymieniany jest jako całość, właśnie ze względu na swój nierozbieralny charakter. Natomiast palniki rozbieralne to kilka niepołączonych ze sobą trwale elementów składowych, które łącznie tworzą palnik. Cechą palnika rozbieralnego jest możliwość jego rozebrania, czyli rozłożenia na poszczególne elementy - bez jego uszkodzenia. W przypadku jego wymiany - możliwa jest wymiana poszczególnych części składowych palnika, ze względu na możliwość ich łatwego rozdzielenia.

W spektrometrze zaoferowanym przez wykonawcę Spectro-Lab zastosowano palnik rozbieralny. Szczegółowy opis palinka zastosowanego w spektrometrze Thermo Scientific, iCAP RQ zawarto w instrukcji obsługi tego urządzenia.

Instrukcja obsługi została złożona przez wykonawcę Spectro-Lab w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia - prowadzonym przez Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie. Z instrukcji wynika, że palnik składa się z dwóch koncentrycznych rur kwarcowych [...] oraz rury wtryskiwacza. Elementy kwarcowe palnika to dwie rury i są one od siebie rozdzielone - nie są na trwałe ze sobą połączone - co przesądza o rozbieralności palnika.

Według odwołującego, mając na uwadze wskazany w odwołaniu schemat palnika zastosowanego w spektrometrze oferowanym przez Spectro-Lab, składa się on z trzech rozdzielonych od siebie elementów, które są w pełni rozłączne i dopiero po złączeniu tworzą palnik. Również dwa elementy kwarcowe - tj. rurka wtryskiwacza i rurki koncentryczne - są rozłączne i nie są ze sobą w żaden sposób trwale połączone. Zgodnie z definicją palnika plazmowego, na palnik kwarcowy składają się trzy koncentryczne rurki wykonane z kwarcu. Wyłącznie 3 rurki stanowią o funkcjonalności palnika kwarcowego, to znaczy, że nawet jeśli dwie zewnętrzne rurki palnika kwarcowego są ze sobą zespolone, to palnik kwarcowy nie może spełniać swojej funkcji bez rurki wewnętrznej (wtryskiwacza). Dostępne są na rynku palniki nierozbieralne, dla których wszystkie 3 rurki są ze sobą zespolone na stałe i palniki, dla których rurka wewnętrzna (wtryskiwacz) jest wyjmowana, co świadczy o rozbieralności. Nierozbieralność palnika kwarcowego jest niewątpliwą zaletą w spektrometrii ICP-MS, gdyż rozwiązanie to pozwala uniknąć popełnienia błędu wynikającego na przykład z nieprecyzyjnego umieszczenia/wkręcenia rurki centralnej (wtryskiwacza) oraz pozwala na konserwację/ mycie palnika kwarcowego w całości.

Zamawiający w postępowaniu, w pakiecie nr 16, kupuje również urządzenie z palnikiem rozbieralny, w którym wykonawca Spectro-Lab także złożył ofertę i którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Przedmiot zamówienia z zadania nr 16 to spektrometr ICP-OES, który podobnie do ICP-MS wykorzystuje palniki plazmowe Wykonawca Spectro-Lab zaoferował w części 16 spektrometr wyposażony w palnik o analogicznej konstrukcji i wskazywał (w tym samym postępowaniu), że palnik jest rozbieralny. Wymaganiem zamawiającego co do palnika było: „palnik plazmowy łatwo instalowalny bez użycia narzędzi i w sposób gwarantujący współosiowość z cewką indukcyjną. Możliwość wyjęcia rurki wtryskiwacza do rutynowych czynności konserwujących bez gaszenia plazmy lub rozwiązanie, w którym nie ma możliwości demontażu rurki wtryskiwacza przy zapalonej plazmie". W opinii odwołującego „możliwość wyjęcia rurki wtryskiwacza" jednoznacznie wskazuje na rozbieralność palnika w przypadku części nr 16 zamówienia. W OPZ zamawiający posłużył się sformułowaniem „rozbieralny":„Pakiet nr 16 - Spektrometr ICP-OES z detektorem optycznym- 1 szt. 1. Opis - urządzenie umożliwiające oznaczania makro i mikro pierwiastków chemicznych w roztworach: Wprowadzania próbek: • palnik rozbieralny, kwarcowy z wymienną rurką o geometrii pionowej". Wykonawca Spectro-Lab potwierdził rozbieralność palnika w załączonej karcie katalogowej („palnik rozbieralny, kwarcowy z wymienną rurką o geometrii pionowej"), co jest zbieżne z informacjami na stronie producenta: „The duo torch is optimized to reduce easily ionized element interferences. A ceramic, semidemountable torch is available for all instruments and is provided with the dedicated radial systems. Both torch types are designed for simplicity with a quick release, pre-aligned mounting błock and incorporate automatic gas connections." Tłumaczenie: Palnik Duo jest zoptymalizowany pod kątem redukcji interferencji dla pierwiastków, które łatwo fatwo jonizują. Ceramiczny, częściowo demontowalny palnik jest dostępny dla wszystkich instrumentów i jest dostarczana z dedykowanymi systemami o orientacji pionowej. Oba typy palników zaprojektowano z myślą o prostocie, dzięki szybkiemu zwalnianiu, wstępnie ustawionemu blokowi montażowemu i automatycznym przyłączom gazowym. Według odwołującego sformułowanie „demountable" oznacza nic innego jak rozbieralność palnika. Z kolei w swoich wyjaśnieniach Spectro-Lab próbuje uzasadniać, iż „demountable" oznacza możliwość wyjęcia palnika z urządzenia, co nie jest prawdą. Na stronie producenta również dostępny jest film, na którym pokazano rozbieralny palnik do ICP-OES. Świadczy to o tym, że wykonawca Spectro-Lab wiedział czym jest rozbieralność palnika zarówno w technice ICP-OES (dla zadania 16) jak i w technice ICP-MS (dla zadania 17).

W ocenie odwołującego oba palniki jednego producenta analogiczną budowę. Palnik o analogicznej budowie, oparty o te same założenia konstrukcyjne tj. wyjmowaną rurkę kwarcową wtryskiwacza, nie może być w zależności od "potrzeb" wykonawcy w jednym przypadku rozbieralny, a w innym nierozbieralny. W palnikach stosowanych w spektrometrach zaoferowanych przez dwóch pozostałych wykonawców - odwołującego oraz wykonawcę Pro-Environment Polska Sp. z o. o. - wszystkie rurki są ze sobą zespolone trwale, co oznacza, że palniki te są nierozbieralne: Dla oferowanego przez odwołującego modelu 7850 ICP-MS Agilent dostępne są palniki nierozbieralne. O nierozbieralności świadczy podanie w karcie katalogowej średnicy, która jest średnicą wtryskiwacza oraz opis producenta, wszystkie 3 rurki są zespolone (nr katalogowy G3280-80053) i opis ze strony producenta „palnik kwarcowy, jednoczęściowy (…)". Dla modelu Nexion 1000 oferowanego przez wykonawcę Pro-Enviromnent Polska Sp. z o.o., dostępne palniki nierozbieralne (ang. fixed), tłumaczenie „opis: jednoczęściowy palnik kwarcowy z wtryskiwaczem (…)".

Ponadto, według odwołującego producent oferowanego przez wykonawcę Spectro-Lab spektrometru iCAP RQ ICP-MS: Thermo Scientific, iCAP RQ, nr kat. BRE731420 nie posiada w ofercie palników kwarcowych nierozbieralnych Wyjaśnienia przedłożone przez Spectro-Lab nie mogą stanowić podstawy do uznania, że zaoferowany spektrometr spełnia wszystkie parametry techniczne wskazane w OPZ. Wyjaśnienia te stanowią jedynie próbę dopasowania istniejącego już rozwiązania - palnika rozbieralnego, do wymagań zawartych w OPZ, a deklarowane w wyjaśnieniach rozwiązanie nie jest dostarczane przez producenta urządzenia.

Odnosząc się szczegółowo do wyjaśnień, odwołujący podkreślił, że co do kwestii opisu rozwiązania na stronie internetowej Spectro-Lab jako „semi-rozbierlanego" - wykonawca w wyjaśnieniach wskazuje: „Wyjaśniamy, że słowo „semi-rozbieralny" odnośni się do elementów towarzyszących jak na przykład uchwyt palnika, ale sam palnik jest nierozbieralny". Wykonawca odnosi się do rozwiązania fabrycznego, które jak odwołujący wykazał powyżej, jest rozbieralne i to w zakresie elementów kwarcowych palnika, a nie tylko w zakresie elementów towarzyszących. Semi-rozbieralny oznacza rozbieralność elementów kwarcowych, a nie tylko elementów towarzyszących jak uchwyt palnika.

Natomiast co do kwestii dostosowania istniejącego rozwiązania do wymogu zawartego w OPZ - Spectro-Lab w wyjaśnieniach wskazuje: „gdyby użytkownik chciał, aby dodatkowe komponenty towarzyszące palnikowi były połączone na stałe bez możliwości oddzielenia to także nie byłoby technicznych przeszkód by je trwale zmontować/mechanicznie zablokować." Po pierwsze: wyjaśnienie to nie jest jednoznaczne z potwierdzeniem w jaki sposób wykonawca zamierza spełnić wymóg co do zapisu: „palnik kwarcowy nierozbieralny", a pisze jedynie o komponentach towarzyszących palnikowi. Tymczasem to elementy kwarcowe palnika są rozbieralne i one przesądzają o niezgodności rozwiązania z wymogiem zawartym w OPZ. Po drugie: przywołany fragment wyjaśnień jednoznacznie potwierdza, że oferowane rozwiązanie nie spełnia wymogu nierozbieralności. Wykonawca Spectro-Lab wskazuje, że do spełnienia wymogu konieczna jest ingerencja w zaoferowane rozwiązanie. Nie jest to rozwiązanie fabryczne, pochodzące z seryjnej produkcji. W wymogu „nierozbieralnego palnika kwarcowego", nie chodzi o to, aby taki palnik wykonawca zbudował lub dostosował jednorazowo pod potrzeby zamówienia publicznego, ale z uwagi na fakt, iż palnik jest elementem

zużywalnym i będzie wymieniany w trakcie eksploatacji urządzenia, powinien on być zgodnie z zapisem zamawiającego dostarczany w takiej postaci w normalnym trybie eksploatacji, a nie jednorazowo dostarczony pod realizację zamówienia publicznego, tylko i wyłącznie celem jednorazowego spełnienia wymagań technicznych. Chodzi o to, żeby zamawiający w trakcie eksploatacji urządzenia mógł zamówić samodzielnie palnik nierozbieralny do urządzenia, a w przypadku spektrometru oferowanego przez Spectro-Lab będzie to niemożliwe, gdyż producent nie oferuje do niego palnika nierozbieralnego.

W zakresie „demontowalności" (ang. demountable) - w instrukcjach dotyczących zaoferowanego przez Spectro-Lab spektrometru sformułowanie „demountable" w opisie zastosowanego palnika oznacza jego rozbieralność, a nie możliwość jego wyciągnięcia z urządzenia. Każdy palnik w spektrometrze jest możliwy do wyciągnięcia, bo jest to element zużywalny i dlatego sformułowanie „demountable" użyte w instrukcji nie oznacza możliwości jego wyciągnięcia, bo jest to cecha immanentna każdego palnika. Odwołujący wyjaśnia: zgodnie z definicją palnika plazmowego zawartą w publikacjach naukowych sformułowanie „demontowalny" (ang. demountable) zawsze oznacza rozbieralność palnika, a nie możliwość jego wyciągnięcia z urządzenia: „The plasma torch consists of three concentric tubes, which are usually made from quart. In Figure 4.2, these are shown as the outer tube, middle tube, and sample injector. The torch can either be one piece with all three tubes connected, or it can be a demountable design in which the tubes and the sample injector are separate." Tłumaczenie: Palnik plazmowy składa się z trzech koncenfrycznych rurek, które są zwykle wykonane z kwarcu. Na rysunku 4.2 są one pokazane jako rurka zewnętrzna, rurka środkowa i wtryskiwacz próbki. Palnik może być jednoczęściowy z połączonymi wszystkimi trzema rurkami lub może to być konstrukcja demontowalna, w której rurki i wtryskiwacz próbki są oddzielne. Demontowalny oznacza, że poszczególne elementy - rurki palnika - nie są ze sobą połączone, czyli palnik jest rozbieralny. Dokładnie w ten sam sposób definiowany jest palnik w przywołanej już wcześniej instrukcji obsługi użytkownika oferowanego przez wykonawcę Spectro-Lab spektrometru ICP-MS iCAP RQ (załącznik nı 3 do odwołania). Palnik składa się z dwóch koncentrycznych rur kwarcowych (…) 3 oraz rury wtryskiwacza (…). Sformułowanie „oraz" świadczy o tym, że palnik traktowany jest jako dwie rury koncentryczne wraz z wtryskiwaczem. Podobnie jak wcześniej przytoczone definicje. Producent również potwierdza to, nazywając element dwóch rur koncentrycznych jako „korpus palnika", a procedura demontażu nie polega, jak pisze w wyjaśnieniach wykonawca - na wyjmowaniu całego palnika z osprzętem, a składa się na nią rozebranie palnika, w tym elementów kwarcowych, które w tym przypadku są jednoznacznie rozbieralne - tak instrukcja obsługi Thermo Scientific, iCAP RQ złożona przez Spectro-Lab jako przedmiotowy środek dowodowy w postepowaniu prowadzonym przez WOFiTM w Celestynowie (załącznik nr 2 do odwołania).

Odwołujący podkreślił, że w OPZ zamawiający wskazał wymaganie: „palnik kwarcowy nierozbieralny" - co oznacza, że wszystkie trzy rury palnika mają być wykonane z kwarcu i mają być nierozbieralne. Zamawiający jest użytkownikiem spektrometru ICP-MS, w którym wykorzystuje się palnik kwarcowy nierozbieralny i gdyby wymagał inaczej, ten zapis mógłby brzmieć w sposób następujący: „palnik kwarcowy nierozbieralny lub rozbieralny z wymiennymi rurkami centralnymi (wtryskiwaczem)". Jak również, co do kwestii sformułowania „single piece", w ocenie odwołującego „single piece" użyte w instrukcji nie oznacza, że palnik jest nierozbieralny, a jedynie, że wszystkie jego elementy są składane i po złożeniu dosłownie „w jednym kawałku" są wkładane do urządzenia.

Dalej odwołujący wskazał, że - jak już zaznaczono w wymogu „nierozbieralnego palnika kwarcowego" - nie chodzi o jednorazowe skonstruowanie palnika na potrzeby spełnienia wymogu zawartego w OPZ, ale o to, żeby zamawiający w trakcie eksploatacji urządzenia mógł zamówić samodzielnie palnik nierozbieralny do urządzenia. Nie chodzi również o to, żeby zamawiający samodzielnie modyfikował w jakikolwiek sposób palnik.

W innym postepowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wykonawca Spectro-Lab oferował ten sam, identyczny spektrometr, potwierdzał, że jest on wyposażony w palnik rozbieralny (postępowanie nr WOFiTM/10/2022 prowadzone przez Wojskowy Ośrodek Farmacji i Techniki Medycznej w Celestynowie). Również w innych postępowaniach, inni wykonawcy, którzy oferowali ten sam model spektrometru co Spectro-Lab obecnie, powoływali się na rozbieralność palnika, np. postępowanie nr DA.22.28.2021.ZA prowadzone przez Instytut Biotechnologii Przemysłu Rolno-Spożywczego im. prof. Wacława Dąbrowskiego - Państwowy Instytut Badawczy. Poza instrukcją obsługi, której fragmenty przywołano powyżej, w której znajduje się informacja, że spektrometr wyposażony jest w palnik składający się z dwóch koncentrycznych rur kwarcowych (...) oraz rury wtryskiwacza, wykonawcy składali w innych postępowaniach przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające rozbieralność palnika - tak fragment karty katalogowej spektometru oferowanego przez Spectro-Lab złożona w postępowaniu WOFiTM w Celestynowie. Odwołujący załącza również wyciąg z oferty i przedmiotowych środków dowodowych wykonawcy Anchem dla tego samego modelu spektrometru w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Biotechnologii Przemysłu Rolno-Spożywczego im. prof. Wacława Dąbrowskiego - Państwowy Instytut Badawczy (załącznik nr 4 do odwołania).

W opinii odwołującego rozbieralność palnika w oferowanym przez wykonawcę Spectro-Lab urządzeniu potwierdzają dowody złożone przez tego wykonawcę do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W potwierdzeniach zamówień złożonych przez wykonawcę w oddzielnych pozycjach ujęte są kwarcowe rurki koncentryczne (tutaj nazwane „palnikiem"), a w oddzielnych kwarcowy wtryskiwacz (należy przypomnieć, że wg producenta te dwa elementy łącznie składają się na palnik, palnikiem nie są same rurki koncentryczne). Ponadto, rozbieralność palnika potwierdza film udostępniony przez jego producenta, w którym przedstawiono sposób wymiany palnika i rurki wtryskiwacza. Na filmie widać, że palnik jest rozbieralny na części - oddzielne i niepołączone są koncentryczne rury kwarcowe i rurka wtryskiwacza. W odwołaniu wskazano fragmenty filmu - stopklatki ukazujące sposób rozebrania palnika, w jaki wyposażany jest spektrometr oferowany przez wykonawcę Spectro-Lab.

Odwołujący podsumował, że zamawiający wymagał spektrometru wyposażonego w „palnik kwarcowy nierozbieralny". Przez wymóg „palnik kwarcowy" rozumie się elementy palnika wykonane ze szkła kwarcowego, a nie dodatkowy „osprzęt" np. uchwyty, osłony, itp. Przez wymóg „palnik kwarcowy nierozbieralny" rozumie się palnik, w którym wszystkie elementy ze szkła kwarcowego są nierozbieralne - trwale ze sobą połączone. Oferowany przez wykonawcę Spectro-Lab spektrometr ICP-MS Icap RQ posiada w ofercie wyłącznie palniki kwarcowe rozbieralne tj. z demontowalną rurką wtryskiwacza. Nie ma na rynku dostępnych zamienników palnika do zaoferowanego spektrometru ze zintegrowaną rurką wtryskiwacza. „Demountable" nie oznacza demontowalny (z urządzenia), gdyż każdy dostępny na rynku ICPMS musi mieć możliwość wymontowania palnika, bo jest to element zużywalny. Dodatkowo wykonawca Spectro-Lab, w innych postępowaniach powołuje się na rozbieralność oferowanego palnika do tego modelu spektrometru.

Mając na względzie powyższe okoliczności oferta wykonawcy Spectro-Lab jest niewątpliwie niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymogu „nierozbieralnego palnika kwarcowego". Z kolei wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w żaden sposób nie potwierdziły, że zaoferowany przez niego spektrometr spełnia ww. wymóg, co więcej

potwierdziły one, że oferowane rozwiązanie nie posiada cechy nierozbieralności. Gdyby nawet producent spektrometru przygotował wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania specjalną wersję palnika to znalazłoby to odzwierciedlenie choćby w oznaczeniu urządzenia, które jednak nie zostało w żaden sposób zmienione. W każdym razie rozwiązanie takie nie jest dostępne dla zaoferowane spektrometru. Oznacza to, że zamawiający w trakcie eksploatacji urządzenia nie będzie mógł zamówić samodzielnie palnika nierozbieralny do tego urządzenia, gdyż producent nie oferuje do niego palnika nierozbieralnego. Wyjaśnienia wykonawcy Spectro-Lab stanowią jedynie próbę dostosowania istniejącego już rozwiązania, które nie spełnia wymogu „nierozbieralności" do wymogów zawartych w OPZ.

W zakresie uzasadnienia zarzutu nr 2 odwołujący podniósł, że zamawiający w rozdziale IV pkt 1 SWZ wskazał, że w postępowaniu zastosowanie znajduje przesłanka wykluczenia z postepowania określona w art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p., zgodnie którym wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, 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. Wykonawca Spectro-Lab, działając co najmniej w warunkach lekkomyślności lub niedbalstwa, przestawił zamawiającemu informacje dotyczące spełnienia przez oferowany spektrometr wymogu „nierozbieralnego palnika kwarcowego", podczas gdy oferowane przez niego urządzenie posiada palnik rozbieralny. Wykonawca musiał mieć świadomość, że złożone przez niego informacje nie są zgodne z prawdą, skoro w tym samym postępowaniu, w innej części zamówienia zaoferował rozwiązanie z analogiczną konstrukcją palnika i jednocześnie wykazywał, że jest to palnik „rozbieralny". Świadomość wykonawcy co do rozbieralności palnika w oferowanym spektrometrze jest niewątpliwa również z tego powodu, że wykonawca oferował już ten sam spektrometr w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokładnie taki sam model spektrometru ICP-MS iCAP RQ zaoferował wykonawca Anchem w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Biotechnologii Przemysłu Rolno-Spożywczego. W obydwu postępowaniach wykonawcy wskazywali na rozbieralność palnika zastosowanego w spektrometrze.

Wykonawca Spectro-Lab jako profesjonalista w branży dostaw specjalistycznych urządzeń badawczych i pomiarowych ma świadomość, że na rynku funkcjonują dwa rodzaje spektrometrów - rozbieralne i nierozbieralne, a o rozbieralności palnika przesądza możliwość oddzielenie rurki wtryskiwacza od rurek koncentrycznych. Taka klasyfikacja palników wynika z przywołanej wcześniej w treści odwołania normy ISO. Zatem w ocenie odwołującego działanie wykonawcy Spectro-Lab miało charakter zamierzonego wprowadzenia zamawiającego w błąd, co do okoliczności związanych ze spełnieniem przez oferowane urządzenie wymogów zawartych w OPZ w sytuacji, gdy wykonawca był świadomy, że oferowane rozwiązanie nie posiada cech wymaganych w OPZ. Wykonawca działał w zamiarze lub co najmniej w warunkach rażącego niedbalstwa graniczącego z zamiarem. Jednocześnie działanie wykonawcy Spectro-Lab miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, bowiem umożliwiło ono wybór oferty tego wykonawcy. Gdyby wykonawca nie przedstawił nieprawdziwych informacji, jakoby oferowany przez niego spektrometr był wyposażony w nierozbieralny palnik, zamawiający odrzuciłby jego ofertę jako niezgodną z warunkami zamówienia, więc wykonawca Spectro-Lab podlega wkluczeniu z postępowania na mocy art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.

W przedmiocie zarzutu nr 3 argumentowano, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawcę Spectro-Lab należy oceniać przede wszystkim w kontekście treści wezwania do wyjaśnień wystosowanego przez zamawiającego, w których wskazano elementy, do których wykonawca zobowiązany był odnieść się w wyjaśnieniach i wskazać ich koszt, tj. w zakresie: 1) wartości dostarczanych produktów i ich opakowań, 2) kosztów transportu, 3) kosztów ubezpieczenia, 4) wszystkich podatków i opłat, 5) zysku wykonawcy, 6) warunków dostawy, 7) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r: o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie, 8) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W ocenie odwołującego wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Spectro-Lab nie zawierają odniesienia się i wskazania kosztów dla ww. elementów, których wymagał zamawiający, zatem nie odpowiadają wymogom wezwania i nie powinny zostać uznane za wystarczające dla potwierdzenia braku wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie. Wyjaśnienia są ogólnikowe, nie odnoszą się do elementów wymaganych przez zamawiającego albo zawierają jedynie zapewnienia wykonawcy. Wykonawca Spectro-Lab w żaden sposób w wyjaśnieniach nie odniósł się do: 1) kosztów transportu urządzenia, podczas gdy z dowodów złożonych do wyjaśnień wynika, że urządzenie kupowane jest od dostawcy z Wiednia, 2) kosztów podatków i opłat, 3) warunków dostawy. Ponadto odnośnie zysku wykonawca nie wskazał żadnej konkretnej wartości, zapewnił jedynie, że: „Pragniemy dodać, że marże handlowe dla tego rodzaju asortymentu kształtują się w naszej firmie w przedziale 10-30%, co zostało zastosowane również dla zaoferowanego aparatu." Na potwierdzenie powyższego twierdzenia nie przedstawiono żadnej kalkulacji ani konkretnej kwoty zysku. Podobnie w przypadku kosztów pracy - wykonawca zawarł w wyjaśnieniach jedynie zapewnienie, że wynagrodzenie osób stale u niego zatrudnionych, odpowiedzialnych za dostawy, nie jest niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę, w żaden sposób powyższego nie potwierdzając. Nie przedstawiono umów z pracownikami, ani stawek wynagrodzenia. Poza tym wyjaśnienia zawierają szereg ogólników dotyczących doświadczenia wykonawcy, jego profesjonalizmu itp., których nie można uznać za wystarczające do potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odwołujący dodał, że koszt zakupu spektrometru nie jest jedynym kosztem wykonania przedmiotowego zamówienia, na co wskazuje już treść wezwania do wyjaśnień. Do obowiązków wykonawcy należy również dostarczenie urządzenia do siedziby zamawiającego, jego zamontowanie, zaprogramowanie, udzielenie instruktażu pracownikom zamawiającego. Wszystkie te elementy składające się na przedmiot zamówienia generują po stronie wykonawcy dodatkowe koszty. Kosztem wykonawcy jest także ubezpieczenie sprzętu na czas dostawy, jego prawidłowe zabezpieczenie, pokrycie kosztów dojazdu osób zajmujących się montażem urządzenia do siedziby zamawiającego oraz pozostałe koszty organizacyjne i administracyjne wykonawcy. Zamawiający wymagał wyjaśnienia kosztu „produktów i ich opakowań". Na przedmiot zamówienia składa się wiele elementów: generator RF, detektor, zestaw komputerowy i oprogramowanie, podajnik automatyczny, obsługiwany przez oprogramowanie spektrometru, z osłoną probówek na min. 100 probówek, zestaw wzorców instalacyjnych oraz wężyki do pompy perystaltycznej, zestaw roztworów do kalibracji aparatu i roztworów płuczących na 24 miesiące pracy, stolik na kółkach z możliwością blokady ruchu o parametrach do wielkości spektrometru i wytrzymałości odpowiedniej do wagi spektrometru, zestaw do podłączenia co najmniej 4 butli argonu wyposażony w: zawory, manometry ciśnienia gazu na butli i gazu roboczego, regulator ciśnienia gazu roboczego, UPS do podtrzymania napięć przez 15-30 min. do bezpiecznego wyłączenia aparatuprzy zaniku napięcia zasilania. W szczególności koszt zakupu UPS jest znaczącym kosztem w cenie całkowitej - dla przykładu odwołujący wycenił koszt

zakupu UPS na ponad 66 000,00 zł. Informacje na temat wyceny tego elementu nie zostały zawarte w wyjaśnieniach, ani dowodach złożonych przez wykonawcę Spectro-Lab.

Przedmiotowe wyjaśnienia, opierające się na deklaracjach i ogólnych zapewnieniach wykonawcy, nie zawierające kalkulacji ceny, ani ukazania kosztów poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia są bezwartościowe. Jednocześnie należy podkreślić, że braki w wyjaśnieniach stanowią przeszkodę do ich ewentualnego uzupełnienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby uzupełnianie wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wyjątkiem od zasady i możliwe jest wyłącznie w sytuacji, gdy złożone wyjaśnienia zawierają wszystkie elementy konieczne do wykazania realnego charakteru ceny, ale do wyjaśnienia pozostają jeszcze wątpliwości powstałe na kanwie przedstawionych w wyjaśnieniach informacji. Tymczasem wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Spectro-Lab są ogólnikowe i nie przedstawiają wartości merytorycznej. Ponowne wezwanie do wyjaśnień wiązałoby się z koniecznością złożenia zupełnie nowych wyjaśnień, niepowiązanych z już złożonymi. Opisane braki w wyjaśnieniach powinny skutkować uznaniem, że wykonawca nie udźwignął ciężaru wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, co w konsekwencji powinno doprowadzić do odrzucenia tej oferty.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 odwołujący zaznaczył, że zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do wcześniejszych zarzutów. Gdyby zamawiający prawidłowo ocenił ofertę wykonawcy Spectro-Lab odrzuciłby ją z powodów wskazanych w odwołaniu. W takim przypadku zamówienie uzyskałby odwołujący, bowiem jego oferta nie podlega odrzuceniu i powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, jako że zaoferował on najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia, zatem zasadne jest sformułowanie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, że zamawiający uwzględnia odwołanie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Spectro - Lab Sp. z o. o. ul. Warszawska 100/102, 05-092 Łomianki (dalej zwanego „przystępującym"), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględniania odwołania i przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Postawione przez odwołującego zarzuty sprowadzały spór do weryfikacji:

- czy zamawiający w sposób prawidłowy ocenił, że oferta przystępującego jest zgodna z treścią dokumentacji postępowania w zakresie wymagania spektrometru posiadającego palnik kwarcowy nierozbieralny, w tym czy przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd wskazując, że jego rozwiązanie posiada wymagany w SWZ palnik,
- czy zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny oferty złożone przez przystępującego,
- w konsekwencji – czy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu został dokonany przez zamawiającego w sposób prawidłowy.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, więc rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu wadliwej oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny przystępującego (zarzut nr 3), co spowodowało także częściowe uwzględnienie zarzut dotyczącego dokonania nieprawidłowego rozstrzygnięcia postępowania (zarzut nr 4). Niemniej, skład orzekający nie uwzględnił wniosku odwołującego o odrzucenie oferty przystępującego, ponieważ na obecnym etapie takie żądanie jest przedwczesne. Oddalone zostały zaś zarzuty nr 1 – zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaoferowania spektrometru, który nie spełnia wymogu dokumentacji postępowania dotyczącego palinka kwarcowego nierozbieralnego i nr 2 – wprowadzenia zamawiającego w błąd w zakresie informacji, że zaoferowane przez przystępującego rozwiązanie posiada palnik kwarcowy nierozbieralny.

W zakresie zarzutu nr 1 – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ przystępujący zaoferował spektrometr, który nie spełnia wymogu „palnika kwarcowego nierozbieralnego" określonego w OPZ tj. załącznik nr 1 do SWZ dla pakietu nr 17 dotyczącego wymogów generatora RF – Izba wskazuje jak niżej.

Zgodnie z dokumentacją postępowania, pkt 1 załącznika nr 1 do SWZ - OPZ w zakresie pakietu nr 17, zamawiający wymagał dostawy aparatury z generatorem RF z palnikiem kwarcowym nierozbieralnym oraz automatyczną regulacją położenia palnika w płaszczyznach z poziomu oprogramowania sterującego. Zamawiający wymagał również przedstawienia przedmiotowych środków dowodowych, zaś w formularzu ofertowym wykonawcy zobowiązani byli podać nazwę producenta i numer katalogowy oferowanego sprzętu/aparatury. W zakresie pakietu nr 17 przystępujący w ofercie wskazał, że oferuje urządzenie Thermo Scientific, iCAP RQ, nr kat. BRE731420, co jest tożsame z informacjami zawartymi w przedłożonej przez niego w postępowaniu karcie katalogowej. W rzeczonej karcie wskazano także „Palnik kwarcowy - nierozbieralny, łatwy do zdejmowania, wymiany i czyszczenia, z możliwością 3 - kierunkowej, automatycznej regulacji z poziomu oprogramowania (x, y, z)." Ponadto, w dniu 26 maja 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 107 ust. 4 p.z.p., wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień treści przedmiotowych środków dowodowych dotyczących parametrów generatora RF, na co wykonawca odpowiedział składając wyjaśnienia z dnia 30 maja 2023 r.

Zamawiający nie uszczegółowił w SWZ co rozumie przez wymóg urządzenia z palnikiem nierozbieralnym. Odwołujący podnosił, że mając na uwadze normę PN-EN ISO 17294-1:2007 (w wyciągu załączonym do odwołania)

występują dwa rodzaje palników – jednoczęściowy (nierozbieralny) i jako układ zbudowany z niezależnych części (rozbieralny), tj. „(…) Palnik składa się z trzech koncentrycznych rurek i może być zaprojektowany jako układ jednoczęściowy lub układ zbudowany z niezależnych części. Jako materiał stosuje się kwarc. (…)". Czyli przez wymóg palnika kwarcowego nierozbieralnego należy rozumieć palnik, w którym wszystkie elementy ze szkła kwarcowego są nierozbieralne – trwale ze sobą połączone (str. 19 i rysunek ze str. 12 odwołania). Podobne stanowisko zajął przystępujący, który wskazywał, iż palnik nierozbieralny to taki, w którym wszystkie rurki stanowią integralną część palnika i nie może być on rozłożony na części (str. 2 i rysunek ze str. 3 pisemnego stanowiska procesowego przystępującego).

Różnice pomiędzy palnikiem rozbieralnym, a palnikiem nierozbieralnym pokazują także rysunki ze stanowiska procesowego przystępującego i palniki okazane na rozprawie. Przeprowadzony na rozprawie dowód z oględzin dwóch palników przystępującego pozwolił na stwierdzenie jak wyglądają palniki prezentowane przez stronę i jest spójny z rysunkami z pisemnego stanowiska procesowego przystępującego (rysunki ze str. 2 - 5) oraz ze złożonym materiałem zdjęciowym z prezentacji palnika rozbieralnego i palnika nierozbieralnego. Dowód ten był nieprzydatny dla stwierdzenia czy elementy urządzeń są ze sobą na stałe połączone, natomiast na jego podstawie można było zobaczyć wygląd/budowę obu palników.

Dalej skład orzekający stwierdził, że oferowanie przez przystępującego w innych przetargach (postępowanie prowadzone przez WOFiTM w Celestynowie,*vide* załącznik nr 2 do odwołania) czy przez innych wykonawców (Anchem Sp. z o.o. Sp. k. w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez IBPRS-PIB*vide* załącznik nr 3 do odwołania) urządzenia Thermo Scientific, iCAP RQ z palnikiem rozbieralnym, nie spowoduje, że nie można zaoferować takiego urządzenia z palnikiem nierozbieralnym. Producent oferuje urządzenia z palnikiem rozbieralnym (co nie było sporne) i z palnikiem nierozbieralnym – zgodnie z przedłożonym przez przystępującego oświadczeniem producenta z dnia 27 czerwca 2023 r. „(…) dla spektrometrów Thermo Scientific iCAP RQ i iCAP RQplus ICP-MS nierozbieralny palnik - n części BRE0033806 - jednoczęściowy palnik kwarcowy ze zintegrowanym indżektorem kwarcowym 2,0 mm jest dostępny jako produkt standardowy wymieniony w konfiguratorze/cenniku". Oznacza to, że nie tylko nie potwierdziło się stanowisko odwołującego, że producent oferowanego przez przystępującego spektrometru Thermo Scientific, iCAP RQ nie posiada w ofercie tego urządzenia z palnikiem kwarcowym nierozbieralnych, ale również oznacza, że urządzenie może zostać skonfigurowane w wybranej opcji, zgodnie z wyborem odpowiedniej pozycji z cennika producenta. Powyższe jest spójne z wyciągiem z cennika, gdzie pod pozycją BRE0033806 producent wskazał jednoczęściowy palnik kwarcowy ze zintegrowanym wtryskiwaczem (rurką środkową) kwarcowym 2,0 mm (tak wyciąg z cennika producenta i str. 6 pisemnego stanowiska procesowego przystępującego).

Odnosząc się zaś do przedstawionych przez odwołującego dokumentów w postaci specyfikacji technicznej i wyciągu z katalogu części zamiennych Izba stwierdziła, że przystępujący wykazał dokumentem pochodzącym od producenta, że urządzenie może zostać zaoferowane z palnikiem nierozbieralnym, tym samym wykazując rzeczywistą cechę spektrometru. Skład orzekający nie znalazł podstaw, aby nie dać wiary oświadczeniu producenta. W istocie informacja od producenta, złożona bezpośrednio kontrahentowi i mogąca stanowić ewentualną podstawę do przyszłych roszczeń, jest dowodem znacznie bardziej wiarygodnym niż informacje pochodzące z internetu. Nadto, jak trafnie podnosił przystępujący, dokumenty takie nie są dedykowane dla konkretnych wymagań zamawiającego w danym postępowaniu, w przeciwieństwie do przedmiotowych środków dowodowych i nie muszą być aktualne (katalog części zamiennych złożony przez odwołującego dotyczy urządzenia z oznaczeniem Q, kiedy aktualnym oznaczeniem jest RQ). Producent nie prowadzi także bezpośredniej sprzedaży internetowej urządzeń, co powoduje, że nie ma podstawy do zakładania, że spektrometr z każdym dostępnym w cenniku producenta elementem, będzie dostępny na stronach internetowych. Podobnie, co do dostępności w sieci każdej pozycji z cennika producenta.

Skład orzekający nie podzielił również argumentacji odwołującego dotyczącej wyjaśnień treści przedmiotowego środka dowodowego, które przystępujący złożył w postępowaniu na wezwanie zamawiającego. W rzeczonych wyjaśnieniach odpowiadano na konkretne pytania jednostki zamawiającej, co determinuje ich treść. Zamawiający nie żądał też przedstawiania jakichkolwiek dodatkowych dokumentów, pomijając już rozważania dotyczące ewentualnej podstawy do stawiania takich wymagań. Stanowisko odwołującego oparto na wadliwym założeniu, że producent fabrycznie nie oferuje urządzenia z palnikiem nierozbieralnym i stanowi ono raczej dowolną polemikę z treścią wyjaśnień niż faktycznie wykazanie, że zaoferowano rozwiązanie niezgodne z SWZ. W szczególności, że przystępujący nie kwestionował, że wyrażenie „demountable" tłumaczy się jako „rozbieralny", wyjaśniono, iż określenie „demontowalny" czyli „dający się zdemontować" oznacza element, który można wymontować. Palnik – rozumiany jako część urządzenia – jest zużywającym się elementem eksploatacyjnym i w tym ujęciu musi mieć możliwość demontażu w celu wymiany. Jeżeli taka cecha by nie istniała, to tak drogie urządzenie jakim jest spektrometr byłby „jednorazówką" skazaną na utylizację po tym jak palnik ulegnie uszkodzeniu lub zużyciu. Wymóg SWZ jest inny. Zamawiający wymagał, aby zaoferowano mu palnik kwarcowy nierozbieralny i takie urządzenie wskazano w ofercie, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Izba wskazuje także, że nie podziela stanowiska odwołującego, że przystępujący w pakiecie nr 16 postępowania zaoferował urządzenie z palnikiem rozbieralnym, o analogicznej konstrukcji, co miało świadczyć o zaoferowaniu palnika rozbieralnego także w pakiecie nr 17, ponieważ nie zostało ono wykazane. Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, aby było to te same urządzenie, o tym samym palniku. W ocenie Izby cechy aparatury z palnikiem rozbieralnym wykazuje niepodważona przez odwołującego karta katalogowa złożona dla pakietu nr 16 postępowania, zaś cechy urządzenia dla pakietu nr 17 zostały udowodnione kartą katalogową przystępującego dla tej części postępowania i poparte oświadczeniem producenta wraz z wyciągiem z cennika.

Ponadto warto zaznaczyć, że podnoszone na rozprawie przez odwołującego nowe okoliczności dotyczące niezgodności palnika ze względu na materiał (palnik teflonowo-kwarcowy) są poza zakresem rozpoznania, w odwołaniu brak jest okoliczności faktycznych w tym przedmiocie. Jak również producent w swoim oświadczeniu jednoznacznie potwierdził cechę oferowanych urządzeń, tj. że jest to jednoczęściowy palnik kwarcowy, tożsamo wskazuje złożony przez przystępującego cennik producenta.

Rekapitulując, postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Skutkiem skargowego charakteru postępowania jest obowiązek przedstawiania przez strony dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne (art. 534 ust. 1 p.z.p., por. także wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10.08.22 r. sygn. akt: XXIII Zs 86/22, gdzie wskazano, że „Otóż po pierwsze, co wyżej zasygnalizowano, ciężar dowodu w zakresie okoliczności będących podstawą odwołania spoczywa na odwołującym, a po drugie, gdyby okoliczności te nie znalazły potwierdzenia w przeprowadzonym przed Krajową Izbą Odwoławczą postępowaniu dowodowym, skutkować to powinno oddaleniem odwołania."). W ocenie składu orzekającego

brak udowodnienia przez odwołującego, iż przystępujący zaoferował rozwiązanie niezgodne z dokumentacją postępowania powoduje oddalenie niewykazanych zarzutów odwołania. Odwołujący nie sprostał nałożonym na niego przez ustawodawcę obowiązkom pozostawiając swoje twierdzenia jako niepotwierdzone. Odwołujący usiłował raczej wywodzić stawiane hipotezy z całokształtu własnych założeń, a nie ustalonej, konkretnej treści złożonych dowodów, budując narrację opartą na własnej, nieprawidłowej ocenie sytuacji. Natomiast przystępujący przedstawił materiał dowodowy, z którego wynika, że nie było podstaw do zastosowania przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. i wyeliminowania jego oferty z postępowania, zatem zarzut nr 1 został przez Izbę oddalony.

Skład orzekający wskazuje dalej, że skoro nie potwierdziło się, że oferowany przez przystępującego spektrometr posiada nieprawidłowy palnik (palnik kwarcowy rozbieralny przy wymaganym przez SWZ palniku kwarcowym nierozbieralnym), to nie doszło do przedstawiania nieprawidłowych informacji, zatem *a priori* nie mogło dojść do próby wprowadzenia zamawiającego w błąd. Uniwersalną obroną eliminującą możliwość kwalifikacji postępowania przystępującego jako spełniającego przesłanki art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 p.z.p. jest stwierdzenie, że podane przez wykonawcę informacje są prawdziwe, więc stan błędu po stronie zamawiającego nie powstał i nie mógł powstać. *Ergo*, zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił ofertę przystępującego, jako ofertę spełniającą wymagania dokumentacji postępowania w zakresie zaoferowania spektrometru z właściwym, nierozbieralnym palnikiem, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej, co spowodowało oddalenie zarzutu nr 2 – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 p.z.p.

W przedmiocie zarzut nr 3 dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. skład orzekający zaznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – jest zobowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny znaleźć zastosowanie w rozważanym przypadku (np. wyroki SN: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11, z 12.12.2008 r. sygn. akt: II CSK 367/08, z 29.10.2008 r. sygn. akt: IV CSK 260/08, z 27.03.2008 r. sygn. akt II: CSK 524/07, z 02.12.2005 r. sygn. akt: II CK 277/05, z 13.07.2005 r. sygn. akt: I CK 132/05).

Przenosząc powyższy pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą – w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius* – Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane w danej sprawie. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną wskazaną przez odwołującego. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (tak wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09).

Izba jest związana zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 555 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Ustawodawca wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania zamawiającego, które doprowadziły do naruszania ustawy, zwięzłego przedstawienia zarzutów, a także określenia żądania oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Natomiast art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i ustalone okoliczności faktyczne – które mogą być kwalifikowana według różnych norm prawnych, uzasadniają rozważenie ich przez Izbę, nawet jeżeli są to odmienne normy niż te, które zostały wskazane w odwołaniu. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdzając naruszenie prawa dokonuje kwalifikacji prawnej zarówno tego naruszenia, jak i skutków, jakie to stwierdzenie ze sobą niesie, co znajdzie odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu zawartym w sentencji orzeczenia.

Skład orzekający zweryfikował prawidłowość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę przystępującego w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu, mając na uwadze warunki realizacji przedmiotu zamówienia, w wyniku czego stwierdzono, że zamawiający w sposób niepełny przeprowadził postępowanie wyjaśniające sposób skalkulowania ceny oferty. W ustalonym stanie rzeczy znalazło potwierdzenie, że zamawiający naruszył art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. i przedwcześnie zakończył postępowanie weryfikujące cenę. Wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny należało kontynuować, celem jednoznacznego wykazania realności spornej kwoty albo stwierdzenia, że jest ona rażąco niska. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., nie potwierdziło się bowiem w materiale procesowym, aby na obecnym etapie istniały jednoznaczne podstawy do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jest konieczne do zastosowania sankcji odrzucenia oferty na kanwie tej normy. Nie potwierdziło się również, żeby złożone wyjaśnienia wraz z dowodami wypełniały hipotezę art. 224 ust. 6 p.z.p., co byłoby równoznaczne z potwierdzeniem, że oferta zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu. Zamawiający powinien dopytać przystępującego o okoliczności wskazane w dalszej części uzasadnienia i w sposób klarowny ustalić czy jego cena jest realna, czy powoduje konieczność odrzucenia oferty.

Krótko zaznaczyć należy, że ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p., wymaga ustalenia – w sposób niebudzący wątpliwości – że oferta zawiera cenę rażąco niską, ponieważ odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. Odrzuceniu podlega oferta, gdy można jednoznacznie ustalić, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie pozwala na należytą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, jest nierealna, nieekwiwalentna.

Mając zaś na uwadze brzmienie art. 224 ust. 6 p.z.p. ofertę odrzuca się także, gdy złożone wyjaśnienia sposobu kalkulacji nie uzasadniają podanej ceny – w sytuacji, w której udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia są niekompletne, ogólnikowe, lakoniczne, czy nie dołączono do nich adekwatnych dowodów. Innymi słowy, gdy złożono wyjaśnienia o charakterze nieprzydatnym dla określenia kosztów przyjętych w cenie oferty, bez poparcia ich wiarygodnym materiałem dowodowym. Ustawodawca zrównał taką sytuację z potwierdzeniem, że oferta zawiera cenę rażąco niską i podlega odrzuceniu. Wówczas zamawiający nie ma podstaw do powtórnego wzywania wykonawcy do doprecyzowania wyjaśnień i powinien wyeliminować taką ofertę.

Natomiast kiedy złożono wyjaśnienia, które odpowiadały wezwaniu zamawiającego, ale zrodziły dalsze wątpliwości wymagające dodatkowego wyjaśnienia, uszczegółowienia czy przedstawienia dodatkowych dowodów, takiego wykonawcę należy dopytać, wystosowując kolejne wezwanie – w zakresie okoliczności zawartych w pierwszych

wyjaśnieniach, które wymagają skonkretyzowania. Przepisy p.z.p. nie regulują, ile razy zamawiający może zwracać się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 p.z.p. Co do zasady brak jest wyraźnego zakazu kilkukrotnego wezwania, stąd też zamawiający powinien każdorazowo kwestię tę rozstrzygnąć w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego. Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności zamawiającego celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć we wzorzec konieczność ustalenia – czy w danym stanie rzeczy należycie działający zamawiający prawidłowo i wyczerpująco przeprowadził postępowanie weryfikujące cenę, i dopiero po ustaleniu, że postępowanie wyjaśniające było pełne, można oceniać czy analizowana cena jest rażąco niska.

Izba stwierdziła, że w ustalonym stanie faktycznym doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 224 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p., ponieważ wyjaśnienia przystępującego wraz z dowodami odpowiadają ogólnemu żądaniu zamawiającego z wezwania z dnia 28 marca 2023 r., jednakże jedynie zapoczątkowały proces mogący doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaoferowanej ceny i dokonania jej kwalifikacji jako ceny rażąco niskiej lub jako ceny realnej. Na chwilę wyrokowania nie ma podstaw do przyjęcia, że omawiane wyjaśnienia są na tyle lakoniczne i gołosłowne, aby przyjąć, że nie zostały złożone. Wyjaśnienia generalnie odpowiadają wezwaniu, wymieniono w nich także składniki cenotwórcze składające się na cenę oferty – wskazano na uwzględnienie w cenie kosztów zakupu, transportu, cła i marży handlowej (str. 1 wyjaśnień kalkulacji ceny z dnia 29.03.2023 r.) podkreślając, że zawarto w cenie wszystkie koszty, jakie składają się na zrealizowanie zamówienia, w tym koszty realizacji dostawy przez osoby na stałe zatrudnione przez wykonawcę, których wynagrodzenie jest niższe od minimalnego wynagrodzenia (str. 2 ww. wyjaśnień). Wskazano również, że na tym rynku dystrybutorzy posiadają korzystne warunki rabatowe, co udowodniono cenami dostępnymi dla przystępującego za wcześniejsze zamówienia dla urządzenia w podobnej konfiguracji (załączniki nr 1 i nr 2 do wyjaśnień). Podkreślano znaczne doświadczenie wykonawcy w realizacji zamówień porównywalnych z przedmiotem postępowania oraz odniesiono cenę do wartości zamówień w analogicznych postępowaniach (załączniki nr 3 - 6 do ww. wyjaśnień).

Co istotne, ocena danych wyjaśnień nie może następować w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, który tu obejmuje głównie dostawę urządzenia, co stanowi kluczowy koszt oferty. Pozostałe koszty stanowią koszty towarzyszące, znacząco mniejsze niż cena samego spektrometru. Mamy więc do czynienia z bardzo prostym przedmiotem zamówienia i ceną oferty składającą się z kilku elementów. Jednakże, nawet przy tak skonstruowanym przedmiocie zamówienia, po otrzymaniu przedmiotowych wyjaśnień, zamawiający powinien zażądać dalszego doprecyzowania przedstawionych przez przystępującego elementów kalkulacji ceny, aby jednoznacznie zweryfikować koszty. Na korzyść zamawiającego przemawiają dowody złożone wraz z wyjaśnieniami, dotyczące cen w podobnych postępowaniach, co jednak nie zwalnia jednostki zamawiającego z obowiązku skrupulatnego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę.

Izba uwzględniła także, iż odwołujący w żaden sposób nie podważył spornych wyjaśnień, nie zawarto w odwołaniu szczegółowych danych pozwalających na uznanie ceny przystępującego za cenę nierealną. Przy formułowaniu elementów, których w ocenie odwołującego przystępujący nie uwzględnił w cenie czy je zaniżył, odwołujący pozostawił je w sferze ogólnych rozważań, bez próby konkretyzacji możliwych kosztów czy wykazania, ile takie koszty mogłyby potencjalnie wynosić, chociażby w dalekim przybliżeniu. Pomimo, że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów. Odwołujący powinien chociaż ogólnie wskazać czy podsumować, ile wynoszą koszty realizacji zamówienia, inne niż koszty urządzenia, tj. koszty wskazane na str. 22 - 23 odwołania, tak aby skład orzekający mógł zweryfikować czy cena przystępującego została zaniżona i o jaką wartość. W odwołaniu mamy jedynie sprecyzowanie koszt zakupu UPS (66.000,00 zł), co mając na uwadze wskazany w załączniku nr 1 i nr 2 do wyjaśnień koszt zakupu urządzenia (84.000,00 – 86.000,00 euro), przy cenie oferty przystępującego (694.950,00 zł) nie może świadczyć o jej zaniżeniu. Nadal jest to, przyjmując niekorzystny kurs walutowy, około 450.000,00 zł za zakup urządzenia, co powoduje, że pozostaje około 240.000,00 zł na koszty towarzyszące dostawie i marżę.

Ponadto, skład orzekający zaliczył na poczet materiału dowodowego złożoną przez przystępującego tabelę z zestawieniem postępowań, gdzie oferowane były spektrometry o parametrach zbliżonych do spektrometrów będących przedmiotem zamówienia, która niewiele wnosi do sprawy i jest wtórna wobec dowodów złożonych wraz z wyjaśnieniami, z których wynika, że zaoferowana przez przystępującego cena jest ceną, która nie odbiega od cen oferowanych w innych postępowaniach.

Konkludując, zdaniem Izby zamawiający naruszył przepisy ustawy, bowiem jedynie zapoczątkował proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez przystępującego, jednakże z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał przedwczesnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień przystępującego powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości – nie zaś wybór oferty najkorzystniejszej. Kontynuacja postępowania wyjaśniającego uczyniłaby zadość celowi regulacji wynikającej z art. 224 p.z.p., sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego umożliwiłoby przystępującemu odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej, bądź rażąco niskiej, procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p., czego w postępowaniu zabrakło. Natomiast sankcja odrzucenia oferty przystępującego byłaby w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że na obecnym etapie stwierdzić można z przekonaniem, że zaoferowano cenę rażąco niską. Wyjaśnienia wymagają doprecyzowania, a odrzucenie oferty byłoby działaniem nieproporcjonalnym.

W zakresie zarzutu nr 4 Izba stwierdziła, że zarzut częściowo się potwierdził, ponieważ w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 p.z.p. Jak podnosił odwołujący jest to zarzut o charakterze wynikowym w stosunku do wcześniejszych zarzutów i o ile nie potwierdziło się, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona, to w postępowaniu doszło do wadliwego rozstrzygnięcia przetargu. Zamawiający przedwcześnie zakończył badanie i ocenę oferty przystępującego i w miejsce kontynuacji jej weryfikacji dokonał nieprawidłowego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iżw przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami

zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem brzmienia § 7 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba oddaliła zarzuty nr 1 - 2 i częściowo uwzględniła zarzuty nr 3 - 4, co spowodowało, że strony odpowiadają za koszty postępowania odwoławczego po połowie.

Na koszty postępowania złożył się uiszczony przez odwołującego wpis (15 000,00 zł), koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i koszty wynagrodzenia pełnomocnika przystępującego, ponieważ wykonawca wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, w kwocie po 3 600,00 zł – zgodnie z przedłożonymi fakturami VAT, w wysokości zmniejszonej do limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia. Wobec uwzględnienia odwołania w części przystępujący zobowiązany jest zwrócić odwołującemu połowę kosztów wpisu (7 500,00 zł) i połowę kosztów zastępstwa procesowego (1 800,00 zł), a wobec oddalenia odwołania w części odwołujący zobowiązany jest zwrócić przystępującemu połowę kosztów zastępstwa procesowego (1 800,00 zł). Natomiast tam, gdzie strony przegrały ponoszą koszty we własnym zakresie. Izba zasądziła zatem na rzecz odwołującego kwotę 7 500,00 zł stanowiącą należny zwrot części kosztów postępowania odwoławczego i zniosła koszty stron w postaci wynagrodzenia pełnomocników, ponieważ strony zwracałyby je sobie w tej samej kwocie, w sposób krzyżowy.

Przewodniczący:

……