Sygn. akt: KIO 2728/23

Sygn. akt: KIO 2729/23

WYROK
z dnia 2 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2023 r. przez:

A.wykonawcę **Bioanalytic Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** – sygn. akt: KIO 2728/23,
B.wykonawcę **Altium International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – sygn. akt: KIO 2729/23

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzką Stację Sanitarno- Epidemiologiczną w Łodzi**

przy udziale:

A.wykonawcy **„SHIM-POL A.M.Borzymowski" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka jawna z siedzibą w Izabelinie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2728/23 i KIO 2729/23;
B.wykonawcy **Altium International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2728/23;
C.wykonawcy **Bioanalytic Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2729/23

orzeka:

I.W sprawie o sygn. akt: KIO 2728/23:
1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawcę Bioanalytic Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

II.W sprawie o sygn. akt: KIO 2729/23:
1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawcę Altium International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 2023 r. poz. 1605, 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:……

Sygn. akt: KIO 2728/23

Sygn. akt: KIO 2729/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Wojewódzka Stacja Sanitarno-Epidemiologiczna w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", na realizację zadania pn.: *Dostawa dwóch chromatografów cieczowych sprzężonych z tandemową spektrometrią mas LC-MS/MS,* numer referencyjny: WSSE DEA OZPA 272.17.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Zamówień Publicznych w dniu 5 lipca 2023 roku, numer: 2023/S 127-403104. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych

na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 2728/23

W dniu 15 września 2023 roku wykonawca Bioanalytic Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, (zwany dalej: „odwołującym") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:
1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy "SHIM-POL" A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Resz Spółka Jawna,
2) odrzucenia oferty odwołującego Bioanalytic Sp. z o.o.,
3) zaniechaniu wezwania odwołującego Bioanalytic Sp. z o.o. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych,
4) zaniechaniu i pominięciu wyjaśnień odwołującego, co skutkowało odrzuceniem jego oferty, 5) zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
6) zaniechaniu odrzucenia oferty firmy "SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spół Jawna, gdyż zawiera rażąco niską cenę oraz jest niezgodna z warunkami zamówienia,
7) utajnieniu wyjaśnień firmy "SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna zakresie rażąco niskiej ceny pomimo braku przesłanek do zastosowania art. 18 Pzp,
8) zaniechaniu przekazania odwołującemu uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny firmy "SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna pomir posiadania takiego obowiązku przez zamawiającego,
9) prowadzeniu postępowania przez zamawiającego z rażącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie wadliwej czynności i przeświadczenia zamawiającego o niezgodności treści oferty odwołującego z warunkami zamówienia, która narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji, tj. stwierdzenia przez zamawiającego, że ofertowane przez odwołującego urządzenie nie spełnia parametru „stabilność mas<0,1 Da w ciągu 24 godzin" (załącznik 2 do SWZ), a złożone przez odwołującego wyjaśnienia i dokumenty stanowią w ocenie zamawiającego zmianę treści przedmiotowego środka dowodowego, podczas gdy z przedstawionych w wyjaśnieniach odwołującego dokumentów wynika, iż oferowane urządzenie spełnia powyższy parament, tj. „stabilność mas <0,1 Da w ciągu 24 godzin", a dodany w oświadczeniu od producent zapis *„Instrument QTRAP 4500 ma stabilność poniżej 0,1 amu (stabilność masy <0,1 Da) przy m/z 906,7 w normalnej temperaturze roboczej i po osiągnieciu próżni i równowagi elektroniki"* nie stanowi zmiany treści przedmiotowego środka dowodowego a jedynie precyzyjne wskazanie na normalne, standardowe warunki pracy spektrometrów, zatem w tym zakresie oferta odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia oraz spełnia powyższy parametr;
2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne dokonanie wyboru oferty "SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna, która to oferta r jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości;
3) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty "SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna pomimo wezwania na podstawie art. 10 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia przedmiotowych wniosków dowodowych, SHIM-POL przedłożyła dokumenty, które nie potwierdzają warunków opisanych w SWZ pkt 36 załącznika 2 w zakresie detektora mas z uwagi na brak zaworu wielodrożnego wbudowanego w spektrometr mas, gdyż zawór wielodrożny musi być wbudowany, a nie dodany, jak zaoferował zamawiającemu „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszk A.Reszka Spółka Jawna wobec powyższego oferta SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI E.Borzymowska-Reszl A.Reszka Spółka Jawna powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna w warunkami zamówienia SWZ pkt 36 załącznika 2;
4) art. 107 ust. 2 oraz 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych lub dalszych wyjaśnień odwołującego, jeżeli zamawiający miał dalsze wątpliwości w zakresie minimalnego parametru *„stabilność mas<0,1 Da w ciągu 24 godzin"* (załącznik

2 do SWZ), a w szczególności z uwagi na złożone technicznie urządzenie i szereg szczegółowych parametrów zawartych w SWZ;

5) art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 224 oraz 74 ust. 2 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z w zw. z art. 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „ZNKU") poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSK E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp (pisma zamawiającego z dnia 11.08.2023), pomimo, że zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego utajnienia;

6) art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 224 oraz 74 ust. 2 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z w zw. z art. 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „ZNKU") poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna w odpowiedzi na wezwanie w tryb art. 224 ust. 1 Pzp (pisma zamawiającego z dnia 11.08.2023), pomimo że nie jest dopuszczalny brak ujawnienia przez zamawiającego wykonawcom zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień wykonawcy w tym zakresie, a zastrzeżone przez „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszk Spółka Jawna informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego utajnienia;

7) art. 224 ust. 5-6 ustawy Pzp w zw. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna, mimo iż zawiera ona rażąc niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszk A.Reszka Spółka Jawna, mimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 ust. 1-3 Pzp.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
2) unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego;
3) odtajnienia wyjaśnień firmy „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jaw dotyczących rażąco niskiej ceny oraz uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wraz z załącznikami;
4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
5) odrzucenia oferty firmy „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna, gd zawiera rażąco niską cenę oraz jest niezgodna z warunkami zamówienia,
6) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wnosił o:

1) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty szczegółowo opisane w uzasadnieniu,
2) obciążenie zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 15.000 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej na podstawie wykazu i rachunków przedłożonych do akt sprawy na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

1) Uzasadnienie zarzutu 1) tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz zarzutu 2) tj. naruszenie art. 239 ust. 1 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący w zakresie ww. zarzutów zarzucał dokonanie czynności odrzucenia jego oferty na podstawie wadliwej czynności i przeświadczenia zamawiającego o niezgodności treści oferty odwołującego z warunkami zamówienia, która narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji, tj. stwierdzenia przez zamawiającego, że ofertowane przez odwołującego urządzenie nie spełnia parametru *„stabilność mas <0,1 Da w ciągu 24 godzin"* (załącznik 2 do SWZ) a złożone przez odwołującego wyjaśnienia i dokumenty stanowią w ocenie zamawiającego zmianę treści przedmiotowego środka dowodowego, podczas gdy z przedstawionych w wyjaśnieniach odwołującego dokumentów

wynika, iż oferowane urządzenie spełnia powyższy parament tj. „*stabilność mas <0,1 Da w ciągu 24 godzin”* a dodany w oświadczeniu od producenta zapis
„Instrument QTRAP 4500 ma stabilność poniżej 0,1 amu (stabilność masy <0,1 Da) przy m/z 906,7 w normalnej temperaturze roboczej i po osiągnieciu próżni i równowagi elektroniki” nie stanowi zmiany treści przedmiotowego środka dowodowego, a jedynie wskazanie z bardzo dużą precyzją na normalne, standardowe warunki pracy spektrometrów (konieczne także dla innych producentów w zakresie próżni, temperatury roboczej oraz równowagi elektroniki) oraz dokładny sposób kalibracji oferowanego urządzenia dla osiągniecia wymaganego przez zamawiającego w SWZ minimalnego parametru stabilności mas i w tym zakresie oferta odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia oraz spełnia powyższy parametr.

W konsekwencji, zamawiający bezpodstawne dokonał wyboru oferty "SHIM-POL A.M. BORZYMOWSK E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości przez zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że w złożonej w postępowaniu ofercie oświadczył, iż oferowane urządzenie spełnia parametr określony w pkt 24 załącznika 2 SWZ, tj. stabilność mas < 0,1 Da w ciągu 24 godz. Do oferty załączył specyfikację techniczną oferowanego spektrometru mas.

Wezwaniem do wyjaśnień treści oferty z dnia 01.08.2023 r. zamawiający wezwał go do wyjaśnienia „*sprzecznych zapisów, gdyż w jego ocenie, załączony dokument przedmiotowy nie potwierdza, że oferowane urządzenie osiąga wymagany parametr”.* W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący przesłał oświadczenie producenta wraz z jego tłumaczeniem, tj.: „*Re: Potwierdzenie Specyfikacji QTRAP 4500 SCIEX potwierdza specyfikację spektrometru mas QTRAP 4500 Instrument QTRAP 4500 ma stabilność masy poniżej 0,1 amu (stabilność masy <0,1 Da) przez 24 godziny przy m/z 906,7 w normalnej temperaturze roboczej i po osiągnięciu próżni i równowagi elektroniki.”.*

Zamawiający pomimo jednoznacznego ww. wyjaśnienia i przedłożenia oświadczenia producenta odrzucił ofertę odwołującego.

Odwołujący podnosił, że spektrometr mas każdego producenta wymaga osiągniecia próżni i stabilności układów elektronicznych w określonych warunkach otoczenia, podobnie jak inne urządzenia laboratoryjne. Czas, po którym spektrometr osiągnie stabilność masy będzie różny, np. w przypadku zbyt wysokiej temperatury w laboratorium. Podkreślił, że żaden spektrometr nie działa bez próżni (spektrometr zaoferowany przez SHIM-POL lub Altium International Sp. z o.o. także zawiera pompę, która generuje próżnię). Wszelkiego typu instrumenty LC-MS instaluje się w oparciu o „wymagania instalacyjne producenta” w zakresie np. wilgotności, temperatury roboczej, braku wibracji i kurzu, promieniowania magnetycznego itp. – bez spełnienia tych warunków system nie osiągnie stabilnej pracy. Zgodnie z instrukcją załączoną do oferty SHIM-POL lub Altium International Sp. z o.o. (dalej także zwaną: „Altium”) także wskazano warunki otoczenia jako jeden z warunków instalacyjnych (warunki pracy urządzenia). Odwołujący stwierdził, że gdyby stosować logikę zaproponowaną przez zamawiającego jako uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego należałoby przyjąć, że oferta SHIM-POL także powinna podlegać odrzuceniu np. z uwagi na zawarte w specyfikacji sformułowanie stabilność masy 0,05 u/24 h oraz szereg warunków instalacyjnych, podobnym do tych podanych przez odwołującego w oświadczeniu.

Odwołujący wyjaśnił także, iż informacja „*przy m/z 906,7*” oznacza jeden z jonów, który jest w zestawie kalibratorów do urządzenia dla wszystkich spektrometrów firmy SCIEX. Jest to jeden z wielu jonów stosowanych do kalibracji, aby ustawić urządzenia dla wymaganej dla użytkowania dokładności wyznaczenia masy. To nie jest jedyny związek chemiczny, ponieważ przy codziennej kalibracji jest dostępny cały zestaw związków w zakresie mas od 0 do 2000 Da. Podany w oświadczeniu producenta jon jest tylko jednym z jonów monitorowanych przy ustawieniu urządzenia (kalibracji). Podane w oświadczeniu dane dotyczą konkretnego jonu, aby była możliwość weryfikacji uzyskanej wartości. Zazwyczaj producenci wyznaczają tę wartość dla jonu będącego w pośrodku zakresu pomiarowego spektrometru. Podanie wartości <0.1 Da bez określenia wielkości jonu jest informacją o wątpliwej wartości i nie pozwalającą na weryfikację stanu faktycznego. Podanie wartości tego parametru – według odwołującego - wskazuje na wysoką rzetelność producenta. Odwołujący dodał też, że urządzenie dla innych wartości jonów zachowuje się identycznie, w przeciwnym razie spektrometr byłby bezużyteczny. Urządzenia te muszą zostać skalibrowane dla osiągniecia oczekiwanego parametru poprzez wskazanie jonu o konkretnym stosunku masy do ładunku. Kalibracja następuje w trakcie instalacji, okresowo jest weryfikowana poprzez serwis, a także wg zapotrzebowania użytkownika. Podsumowując, odwołujący stwierdził, że urządzenie zaoferowane przez niego spełnia ten parametr, a dodatkowo w oświadczeniu kwestionowanym przez zamawiającego, producent zacytował jon wymagany dla jego kalibracji, który jest zawarty w instrukcji. Stąd też wyjaśnienia w tym zakresie są bardzo precyzyjne. Odwołujący zwrócił również uwagę na

tożsamość wskaźnika amu z Da (1 Da = 1,000043 amu czyli 0.1 Da = 0,1000043). Odwołujący wskazał ponadto, że w przypadku rozpatrywanych spektrometrów mas typu potrójny kwadrupol wszystkich startujących w przetargu producentów ich rozdzielczość analityczna pozwala na wyznaczenie stosunku masy do ładunku [m/z] z dokładnością ±0.1 Da. Taka rozdzielczość wyklucza oznaczenia m/z z dokładnością do drugiego miejsca po przecinku lub więcej. Dokładność poniżej <0,1 Da jest tożsama dla całego zakresu mas.

Odwołujący podkreślił przy tym, że każdy producent zastrzega sobie prawo do zmian w specyfikacji produktu bez podania ich do wiadomości, a jako dowód załączył ostatnią dostępną specyfikację urządzenia. Stwierdził, że aktualnie faktyczna stabilność masy jest poniżej 0.1 Da (<0.1 Da), co zostało potwierdzone stosownym oświadczeniem producenta.

Z tych też przyczyn odwołujący uważa, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu jego oferty jest wadliwa i wymaga unieważnienia, gdyż jego oferta spełnia warunki zamówienia, co zostało udowodnione w ramach wyjaśnień oraz potwierdzone podpisanym dokumentem przez przedstawiciela producenta będącego renomowaną firmą międzynarodową SCIEX i liderem w zakresie produkcji spektrometrów mas.

W dalszej kolejności odwołujący wskazał, że z przepisu art. 16 ust. 1 Pzp wynika kilka zasad m.in.:
– równe traktowanie podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne (zasada równości); – przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (zasada uczciwej konkurencji).

W ocenie odwołującego, szczególnie druga zasada odnosi się do przygotowania i przeprowadzenia postępowania oraz wiąże się z obowiązkiem dokonania przez zamawiającego rzetelnej oceny ofert. Przy ocenie ofert zamawiający powinien zapewnić uczciwą konkurencję, m.in. poprzez sprawdzenie, czy składana oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo czy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu spoczywa na zamawiającym, a nie na wykonawcach. Odwołujący w tym zakresie powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 2734/14 oraz na Komentarz do ustawy wydawnictwa Urzędu Zamówień Publicznych.

2) Uzasadnienie zarzutu nr 3), tj. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił także, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty "SHIM-POL A.M. BORZYMOWSK E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna pomimo, że wezwana na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, SHIM-POL przedłożyła dokumenty, które nie potwierdzają warunków opisanych w SWZ pkt 36 załącznika 2 w zakresie detektora mas z uwagi na brak zaworu wielodrożnego wbudowanego w spektrometr mas, gdyż zawór wielodrożny musi być wbudowany, a nie dodany jak zaoferował zamawiającemu „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna. Zdanie odwołującego - wobec powyższego - oferta „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszk Spółka Jawna (dalej: „SHIM-POL") powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia SWZ pkt 36 załącznika 2, zgodnie z którym*: „zawór kierujący wyciek z LC do MS lub do ścieków, z możliwością programowania".* Odwołujący podkreślił, że przytoczony wymóg znajduje się w części SWZ opisującej spektrometr mas, co jednoznacznie wskazuje, że ten zawór musi być częścią spektrometru mas a nie zestawu HPLC. Odwołujący zauważył, iż zamawiający nie definiuje konieczności tego zaworu po stronie zestawu HPLC. Odwołujący wskazał, że zawór fizycznie nie jest zamontowany w spektrometrze oferowanym przez SHIM-POL, co wynika z broszury informacyjnej oferowanego spektrometru mas Shimadzu model 8045 oraz instrukcji obsługi. Odwołujący wyjaśnił także, że pismem z dnia 14.08.2023 r. poinformował zamawiającego o tej niezgodności z warunkami zamówienia, jednakże zamawiający wybrał ofertę firmy SHIM-POL, gdy tymczasem oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu.

3) Uzasadnienie zarzutu nr 4), tj. naruszenia art. 107 ust. 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych lub dalszych wyjaśnień odwołującego, jeżeli zamawiający miał dalsze wątpliwości w zakresie minimalnego parametru *„stabilność mas <0,1 Da w ciągu 24 godzin"* (załącznik 2 do SWZ), a w szczególności z uwagi na złożone technicznie urządzenie i szereg szczegółowych parametrów zawartych w SWZ.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem XV ust. 2 SWZ:*Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie go do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie za wyjątkiem dokumentów służących potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert.*

Odwołujący powołał się przy tym na oficjalny Komentarz Urzędu Zamówień Publicznych (wydanie II) do ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym: *„Zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp może jednak zamieścić w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia (np. w SWZ) informacje, że przedmiotowe środki dowodowe będą podlegały uzupełnieniu. W takim przypadku uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych będzie obligatoryjne dla zamawiającego.”.*

Odwołujący podkreślił, że wobec zamieszczenia w SWZ informacji o uzupełnieniu zamawiający miał obowiązek wezwania odwołującego do uzupełnienia przed odrzuceniem, czego nie uczynił.

Dalej, odwołujący powołał się na Komentarz M.J. (Legalis 2022) do art. 107 ustawy Pzp, iż:*„Tutaj można rozważać czy zasadnym byłoby, w niektórych bardzo specyficznych stanach faktycznych, skorzystanie z tego trybu do ostatecznego rozstrzygnięcia zgodności oferty z OPZ, jeżeli w treści dokumentu brak jest wymaganej informacji (np. złożono kartę katalogową ze standardowym urządzeniem, którego model spełnia wymagania SWZ, gdzie nie ma oznaczenia wymiaru danego elementu, ponieważ zamawiający żądał dodatkowych informacji, których nie ma w standardowej/uproszczonej karcie katalogowej)”.* I w tym też kontekście wskazał, że spektrometr mas jest jednym z bardziej skomplikowanych i zaawansowanych urządzeń, stąd zasadnym powinno być wezwanie do uzupełnienia specyfikacji technicznych o dane od producenta lub inne instrukcje użytkownika, gdyż możliwości i zakres pracy spektrometrów jest bardzo szeroki.

Zdaniem odwołującego, decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego była wadliwa, a co najmniej przedwczesna i powinna zostać uchylona.

4) Uzasadnienie zarzutu nr 5), tj. naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 224 oraz art. 74 ust. 2 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „ZNKU”) oraz uzasadnienie zarzutu nr 7), tj. naruszenia art. 224 ust. 5-6 w zw. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odwołujący, uzasadniając ww. zarzuty, powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2023 r. sygn. akt: KIO 623/23, w którym stwierdzono, iż: *„zasady jawności i przejrzystości postępowania, ale także zasada równego traktowania wykonawców, wymagają, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli pełny dostęp do dokumentów o jawnym charakterze i aby mogli skorzystać ze środków ochrony prawnej dysponując kompleksową wiedzą o tym, na podstawie jakich informacji zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. na podstawie jakich informacji dokonał oceny, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 lub 2 Prawa zamówień publicznych wykazują, iż cena oferty nie jest rażąco niska”.*

Odwołujący wskazał, że zamawiający w swoim piśmie stwierdził że cena wykonawcy „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI” E.Borzymowska-Reszka, A. Reszka Spółka Jawna jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego powiększonej o podatek i wezwał do wyjaśnień w trybie 224.

Stwierdził też, że nie znając wyjaśnień SHIM-POL wskazuje, iż zaoferowana cena jest rażąco niska wobec spełnienia przesłanek ustawowych art. 224 Pzp. Wyjaśnił, że czynniki cenotwórcze nie mogą powodować, że będzie taka rozbieżność pomiędzy szacunkową wartością zamówienia i budżetem zamawiającego. W ocenie odwołującego rażąco niska cena będzie miała przełożenie na jakość urządzenia SHIM-POL, o ile urządzenie w ogóle spełnia warunki SWZ. Odwołujący podkreślił, że odtajnienie wyjaśnień jest uzasadnione, a w innym przypadku, ich analiza przez Krajową Izbę Odwoławczą przez pryzmat podniesionego zarzutu oraz przesłanek ustawowych. Zdaniem odwołującego, oferta SHIM-POL powinna zostać odrzucona, gdyż zawiera rażąco niską cenę.

5) Uzasadnienie zarzutu nr 6), tj. naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 224 oraz 74 ust. 2 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z w zw. z art. 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „ZNKU”).

Odwołujący przywołał w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2022 r., sygn. akt: KIO 2194/22, w którym stwierdzono, iż: *„Tym samym brak ujawnienia przez zamawiającego uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest niedopuszczalny”.*

Odwołujący podkreślił, że utajnienie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa jest niedopuszczalnym działaniem zamawiającego, który wskazał, że całe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są utajnione, a odwołującemu jedynie przekazał pismo z dnia 11.08.2023 r., w którym zamawiający stwierdził, że cena wykonawcy „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSK E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego powiększonej o podatek i wezwał do wyjaśnień w trybie 224. Zamawiający w wiadomości na platformie zakupowej skierowanej do odwołującego dnia 06.09.2023 r. wskazał: *„wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”,* jednocześnie nie przekazał uzasadnienia tej tajemnicy.

W ocenie odwołującego, działanie zamawiającego było niedopuszczalne i wymaga unieważnienia a dokumenty odtajnienia.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił jak na wstępie.

Sygn. akt: KIO 2729/23

W dniu 15 września 2023 roku wykonawca Altium International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

I. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez stwierdzenie, że treść oferty złożonej przez odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim zaoferowana pompa gradientowa ma nie spełniać parametru „*Precyzja przepływu*" i w konsekwencji — odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż potwierdził on w formularzu ofertowym oraz w wyjaśnieniach treści oferty, że zaoferowane urządzenie spełnia parametr „*Precyzja przepływu*" oraz, mimo że urządzenie to jest w pełni zgodne z wymogami ustanowionymi przez zamawiającego;

II. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. art. 106 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie badania i oceny oferty odwołującego w zakresie jej zgodności z warunkami zamówienia w ramach parametru dotyczącego pompy gradientowej „*Precyzja przepływu <0,07%"* i w konsekwencji odrzucenie tej oferty — w oparciu o informacje z karty technicznej, podczas gdy do potwierdzenia rzeczonego parametru zamawiający nie wymagał przedmiotowego środka dowodowego, a jedynie oświadczenia własnego wykonawcy zawartego w „Formularzu przedmiotowym";

III. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 i art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez stwierdzenie, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia treści oferty nie potwierdziły, że oferowana pompa gradientowa spełnia parametr „*Precyzja przepływu"* — bez uzasadnienia przyczyn przyjęcia takiego stanowiska;

IV. art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszk A.Reszka Sp. j. oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 5.09.2023 r.;
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego;
3. wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto, odwołujący wnosił o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie (faktura).

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

Odwołujący w pierwszej kolejności wyjaśnił, że zamawiający ustanowił w SWZ dwa sposoby potwierdzenia spełnienia przez oferowane urządzenia wymaganych parametrów technicznych, tj.:

1) zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych - wyłącznie w zakresie wymagań technicznych, co do których zamawiający w załączniku nr 2 do SWZ wskazał konieczność potwierdzenia przedmiotowym środkiem dowodowym;
2) w przypadku pozostałych parametrów — zamawiający nie wymagał ich potwierdzenia przedmiotowym środkiem dowodowym, natomiast wykonawca składając Formularz przedmiotowy — samodzielnie potwierdzał, że oferowane przez niego urządzenia spełniają parametry wskazane w treści tego formularza.

Odwołujący wskazał, że w zakresie pompy gradientowej czteroskładnikowej z formatowaniem gradientu niskiego ciśnienia — zamawiający ustanowił następujący wymóg:
„11. Precyzja przepływu <0,07 %.".

Odwołujący podkreślił przy tym, że zamawiający nie wymagał złożenia przedmiotowego środka dowodowego w celu potwierdzenia ww. parametru technicznego pompy gradientowej.

Odwołujący wyjaśnił, że zadeklarował w swojej ofercie, że oferuje pompę gradientową czteroskładnikową z formatowaniem gradientu po stronie niskiego ciśnienia producenta Agilent Technologies o numerze katalogowym G7111B, spełniającą parametr *„Precyzja przepływu < 0,07%".* Ponadto, załączył do oferty kartę techniczną pompy, w której oznaczono parametr precyzji przepływu w następujący sposób:
„Precyzja przepływu: ≤ 0,07% RSD lub ≤ 0,02 min SD(w zależności od tego, która z wartości jest większa) w oparciu o czas retencji w stałej temperaturze pokojowej.".

Odwołujący podkreślił przy tym, że karta techniczna pompy nie była wymagana jako przedmiotowy środek dowodowy w niniejszym postępowaniu. Zamawiający nie wymagał również dodatkowego — poza oświadczeniem wykonawcy — potwierdzenia parametru *„Precyzja przepływu < 0,07%".*

Odwołujący wskazał, że wezwany do wyjaśnień treści oferty w tym zakresie, potwierdził, iż zaoferowana pompa gradientowa spełnia wymagania SWZ, a w tym parametr:*„Precyzja przepływu < 0,07 %".* Ponadto, załączył do wyjaśnień oświadczenie producenta Agilent Technologies, z którego wynika, że informację o wartości przepływu zawartej w karcie katalogowej można odczytać jako <0,07% RSD lub min SD, w zależności od tego, która wartość jest większa. Zdaniem odwołującego, powyższe w sposób dostateczny potwierdziło, że zaoferowane urządzenie jest zgodne z wymogiem ustanowionym w OPZ, a mimo to jego oferta została odrzucona. Według odwołującego, zamawiający, w ramach uzasadnienia faktycznego do odrzucenia jego oferty, nie uzasadnił dlaczego uznał, iż złożone wyjaśnienia treści oferty oraz załączone do nich oświadczenie producenta Agilent Technologies – nie potwierdziły, że zaoferowana pompa gradientowa spełnia parametr „Precyzja przepływu < 0,07%".

Odnosząc się szczegółowo do uzasadnienia poszczególnych zarzutów odwołujący wskazywał co następuje.

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności odwołujący odniósł się do tego co należy rozumieć pod pojęciem parametr „*Precyzja przepływu*" stwierdzając, że jest to zbieżność zachodząca pomiędzy wskazaniami lub wartościami wielkości zmierzonymi otrzymanymi przy powtarzaniu pomiarów na tym samym lub podobnych obiektach w określonych warunkach. I dodał, że o wysokiej precyzji jest mowa, gdy otrzymane wyniki są względem siebie blisko, a nie wtedy, gdy wyniki są zbliżone do jakieś z góry określonej wartości. Wyjaśnił też, że producenci pomp gradientowych podają wartość precyzji przepływu w postaci wskaźnika „RSD", tj. względnego odchylenia standardowego, który to wskaźnik mierzy precyzję średniej danych wyników. Odwołujący wskazał, że parametr „precyzja przepływu" należy rozumieć w ten sposób, że im mniejsze jest obliczone względne odchylenie standardowe (tj. im mniejszy jest wskaźnik RSD), tym dokładniejszy jest pomiar. Pożądana jest zatem jak najmniejsza wartość wskaźnika RSD.

Odnosząc się do przedmiotowego postępowania odwołujący zauważył, że zamawiający niezasadnie uznał, iż przedmiot oferty nie spełnia wymogu: *„Precyzja przepływu <0,07%".* Odwołujący wskazał, że zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu jego oferty wyłącznie w oparciu o informacje z niewymaganej do złożenia — karty katalogowej i dokumentu ze strony internetowej, który ma charakter roboczy i podlega zmianom, przy jednoczesnym pominięciu oświadczenia odwołującego zawartego w ofercie co do zgodności zaoferowanej pompy z warunkami zamówienia oraz oświadczenia producenta Agilent Technologies, złożonego razem z wyjaśnieniami treści oferty.

Odwołujący podniósł, że zamawiający nie uwzględnił charakterystyki dokumentu występującego w Internecie, a w szczególności ciągłego jego rozwijania, wprowadzania zmian oraz okoliczności, iż dotyczy on wielu wersji urządzeń oraz, że nie ma charakteru wiążącej deklaracji ofertowej, ale ma charakter roboczy i marketingowy. Zwrócił też uwagę, że sam parametr *„precyzja przepływu"* (ang. flow precision) w różnych wersjach karty katalogowej oznaczany jest różnie — niekiedy przy użyciu znaku „≤", innym razem ten sam parametr oznacza się jako „<". Odwołujący, na potwierdzenie powyższego, przedstawił zapisy kart katalogowych, odnoszące się do tego samego urządzenia (tj. pompy gradientowej G7110B), gdzie posłużono się zamienne symbolami „≤" oraz „<". I podkreślił, że symbole stosowane przez producenta w zakresie precyzji przepływu — tj. znaki „≤" oraz „<" - zmieniają się.

Jednocześnie odwołujący zapewnił, iż w przypadku pompy gradientowej zaoferowanej przez niego w tym postępowaniu - parametr „Precyzja przepływu" wynosi < 0,07%. Podkreślił też, że jest autoryzowanym przedstawicielem producenta Agilent Technologies i jednoznacznie potwierdził w ofercie (tj. w sposób wymagany w tym postępowaniu w odniesieniu do parametru dotyczącego precyzji przepływu) oraz w późniejszych wyjaśnieniach, że zaoferowana pompa gradientowa spełnia parametr *„Precyzja przepływu <0,07%".* Stwierdził, że jako autoryzowany przedstawiciel producenta Agilent Technologies zna realną specyfikację zaoferowanego urządzenia oraz to samo urządzenie - dostarczył w przeszłości na rzecz Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie ustanowiono identyczny wymóg *„precyzji przepływu <0,07%".* Odwołujący wskazał przy tym, że Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu wykonuje badania o podobnym charakterze jak zamawiający (na przykład analizy żywności czy analizy wody pitnej pod kątem zanieczyszczeń). Odwołujący zaoferował i dostarczył wówczas ten sam model urządzenia co w niniejszym postępowaniu. Odwołujący powołał się również na inne postępowanie prowadzone przez Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu, gdzie przy analogicznym wymogu Precyzji przepływu RSD — zaoferował urządzenie wyposażone w pompę Agilent 1260 Infinity II Quaternary Pump VL (G7111A) — dla której karta katalogowa również posługuje się oznaczeniem *„≤ 0,07% RSD".*

Odwołujący stwierdził, że przytoczone przez niego przykłady potwierdzają, że informacje zawarte w karcie katalogowej

nie przesądzają o realnych parametrach oferowanego urządzenia oraz, że zaoferowana pompa gradientowa G7111B w istocie spełnia parametr *„Precyzja przepływu < 0,07%”.*

Odwołujący dodał, że wyjaśnienia złożone przez niego potwierdziły, że producent urządzenia w przypadku parametru precyzji przepływu - traktuje oznaczenia „≤” oraz „<” jako tożsame. Podkreślił przy tym, że kary katalogowe wydawane dla urządzeń produkowanych przez Agilent Technologies mają pomocniczy charakter w zakresie potwierdzania parametrów urządzeń. Podstawowym celem tych dokumentów jest instrukcja użytkowania, natomiast wykaz parametrów ma charakter poboczny, dodatkowy. Odwołujący stwierdził, iż karty katalogowe podlegają wielokrotnym modyfikacjom i może zdarzyć się sytuacja w której niektóre z informacji w nich zawartych wymagają doprecyzowania, uszczegółowienia czy należytego zinterpretowania. Zauważył, że nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, że karty katalogowe mają charakter ogólny i nie są przygotowywane dla każdego egzemplarza urządzenia, producent posługuje się w ich treści określeniami i oznaczeniami, które nie muszą być interpretowane w taki sam sposób przez podmioty trzecie. Odwołujący wyjaśnił, że określenie w języku angielskim, którego użył producent Agilent Technologies w piśmie z dnia 9.08.2023 r. „This can also be read as <0.07 % RSD, or <0.02 min SD, whichever is greater” oznacza, że parametr zawarty w karcie katalogowej *„można również odczytywać jako...”* — co oznacza, że według producenta są to pojęcia tożsame.

Odwołujący podkreślił również, iż powyższe rozumienie parametru dotyczącego precyzji przepływu - potwierdza korespondencja odwołującego prowadzona z przedstawicielem producenta Agilent Technologies w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i po odrzuceniu jego oferty (odwołujący na potwierdzenie przywołał w odwołaniu kluczową korespondencję z przedstawicielem producenta Agilent Technologies wraz z tłumaczeniem na język polski). W szczególności, w jego opinii, korespondencja ta miała wskazywać, że już oświadczenie producenta złożone przez odwołującego wraz z wyjaśnieniami treści oferty potwierdzało, że w przypadku zaoferowanej pompy gradientowej G7111B parametr „precyzja przepływu” wynosi <0,07% RSD lub min SD, w zależności od tego, która wartość jest większa.

Odwołujący stwierdził, że problemem jest niewłaściwa interpretacja przez zamawiającego oświadczenia producenta Agilent Technologies, stojąca w sprzeczności z oświadczeniem odwołującego, który w ofercie zapewnił spełnienie kwestionowanego wymogu przez oferowane urządzenie. Odwołujący zauważył, że wyjaśnienia treści oferty usunęły niejasność związaną ze złożeniem fragmentu dokumentu ze strony internetowej wraz z ofertą. Wyjaśnienia te oraz oświadczenie producenta jednoznacznie potwierdziły, że producent urządzenia w przypadku parametru precyzji przepływu traktuje oznaczenia „≤” oraz „<” jako tożsame. Tym samym, w ocenie odwołującego, zamawiający niezasadnie odrzucił jego ofertę.

Odwołujący przywołał też orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z których wynika, że odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia może nastąpić tylko wtedy, gdy zamawiający ma pewność co do owej niezgodności (wyrok z dnia 7 lipca 2022 r., sygn. akt: KIO 1603/22, a także wyrok z dnia 13 stycznia 2023 r. sygn. akt: KIO 3466/22).

Reasumując, odwołujący stwierdził, iż w niniejszej sprawie nie można mówić o pewności zamawiającego co do niespełnienia wymogu precyzji przepływu, skoro otrzymał on od odwołującego potwierdzenie, że parametr ten został spełniony, a ponadto otrzymał stosowne potwierdzenie od producenta urządzenia Agilent Technologies, które wskazywało na nieścisłości karty katalogowej w tym zakresie oraz, że parametr ten można odczytać również jako „< 0,07%”.

II. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. art. 106 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu ww. zarzutu odwołujący wskazywał, że zamawiający dokonał badania i oceny oferty odwołującego — w oparciu o treść „dodatkowego”, niewymaganego w postępowaniu dokumentu, który został złożony przez odwołującego niejako nadmiarowo. Na jego podstawie — zamawiający niezasadnie uznał, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący stwierdził, że niezależnie od faktu, iż w wyjaśnieniach treści oferty potwierdził on spełnienie wymogu „precyzji przepływu <0,07%”, zamawiający nie powinien był badać zgodności treści oferty z warunkami zamówienia w oparciu o dokument (kartę katalogową), którego złożenia nie wymagał. Jego zdaniem, zamawiający nie był również uprawniony do interpretowania treści karty katalogowej w sprzeczności z oświadczeniem odwołującego wyrażonym w Formularzu oferty, który stanowił jedyny wymagany przez zamawiającego środek służący potwierdzeniu spełnienia parametru precyzji przepływu. Odwołujący podniósł również, że zamawiający dokonując badania i oceny jego oferty, pominął okoliczność, iż odwołujący jako autoryzowany przedstawiciel producenta jest podmiotem uprawnionym do samodzielnego potwierdzania parametrów urządzeń produkowanych przez Agilent Technologies, Inc. Odwołujący podkreślił, że potwierdził spełnienie parametru w sposób ustanowiony w SWZ, tj. poprzez złożenie oświadczenia w

ramach Formularza przedmiotowego. Następnie — dwukrotnie w pismach kierowanych do zamawiającego potwierdzał, że oferowane urządzenie spełnia parametr *„Precyzji przepływu <0,07%”* Tymczasem zamawiający pominął te okoliczności — niejako rezygnując z przyjętego w SWZ sposobu potwierdzenia spełnienia wymogu precyzji przepływu i swoją decyzję oparł wyłącznie na „wątpliwości” wywołanej przez nieprecyzyjne zapisy w karcie katalogowej.

W dalszej kolejności odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego miało wynikać, że zamawiający jest związany wymaganiami zawartymi w SWZ i nie powinien oceniać oferty na podstawie dokumentów nie wymaganych obligatoryjnie treścią SWZ (wyrok z dnia 22 października 2010 r., sygn. akt KIO 2196/10; wyrok z dnia 14 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 268/23, KIO 270/23; wyrok z dnia 6 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 788/22; wyrok z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt KIO 672/23).

Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu za niedopuszczalne należy uznać stwierdzenie niezgodności oferty odwołującego wyłącznie na podstawie dokumentu — karty katalogowej, która nie była wymagana w SWZ i została złożona przez wykonawcę dodatkowo. Podkreślił, że zapisy karty katalogowej odnoszące się do parametru precyzji przepływu zostały przez niego wyjaśnione, a ponadto odwołujący jako autoryzowany przedstawiciel producenta pompy — zagwarantował, że dostarczy urządzenie spełniające wymogi ustanowione w OPZ.

Reasumując stwierdził, że mając na względzie całokształt oświadczeń i dokumentów złożonych przez niego w przedmiotowym postępowaniu należało uznać, że potwierdził on spełnienie parametru precyzji przepływu w sposób przewidziany w SWZ, a ponadto, że wyjaśnił kwestię oznaczenia tego parametru w złożonej dodatkowo karcie katalogowej, czym jednoznacznie potwierdził spełnienie kwestionowanego wymogu.

III. Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 i art. 16 pkt 2 Pzp.

W uzasadnieniu ww. zarzutu odwołujący wskazywał, że stosownie do przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, odrzucając ofertę, zamawiający ma obowiązek podania uzasadnienia faktycznego i prawnego. Odwołujący podał, że odrzucenie jego oferty nastąpiło po złożeniu wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, jednak zamawiający uzasadniając czynność — nie odniósł się do treści tych wyjaśnień, w szczególności nie poinformował z jakich powodów uznał, że wyjaśnienia nie potwierdziły spełnienia parametru precyzji przepływu.

Odwołujący przytoczył uzasadnienie odrzucenia jego oferty, iż: *„Zamawiający mając na uwadze, iż jego obowiązkiem jest wybranie oferty zgodnej z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ wobec rozbieżności pomiędzy treścią oferty a kartami technicznymi oferowanej pompy podjął decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy”*i stwierdził, że sposób w jaki zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty potwierdza, że nie wziął on pod uwagę wyjaśnień i oświadczenia producenta — złożonych przez odwołującego. Zamawiający nie poinformował dlaczego uznał złożone wyjaśnienia za niewystarczające. Według odwołującego, w sytuacji, gdy odrzucenie oferty poprzedzone jest wyjaśnieniami treści oferty — zamawiający powinien uzasadnić przyczyny negatywnej oceny tych wyjaśnień.

Odwołujący wskazał przy tym, że w orzecznictwie KIO wyrażane jest jednolicie stanowisko, iż czynność odrzucenia oferty — z uwagi na swoją doniosłość i dolegliwość dla wykonawcy — powinna być uzasadniona w sposób wyczerpujący, a zamawiający ma obowiązek poinformować o wszystkich powodach stojących u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 593/23 oraz z dnia 27 marca 2023 r., sygn. akt: KIO 672/23).

Reasumując odwołujący stwierdził, że zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp należy uznać za zasadny, bowiem na zamawiającym spoczywał ciężar wskazania przyczyn, dla których uznał złożone przez odwołującego wyjaśnienia treści oferty za niedostateczne.

IV. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że powyższy zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do wcześniejszych zarzutów. Zdaniem odwołującego, gdyby zamawiający prawidłowo zbadał i ocenił jego ofertę, to stwierdziłby, że jest ona w pełni zgodna z warunkami zamówienia. W konsekwencji nie doszłoby do odrzucenia oferty odwołującego i 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. W związku z tym uzasadniony jest zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Sygn. akt: KIO 2728/23

Pismem z dnia 18 września 2023 r. wykonawca „SHIM-POL A.M.Borzymowski” E.Borzymowska-Reszka

A.Reszka Spółka jawna z siedzibą w Izabelinię zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2728/23.

Pismem z dnia 18 września 2023 roku wykonawca Altium International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2728/23.

Izba stwierdziła, że przystąpienia ww. wykonawców zostały dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym stali się oni uczestnikami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2728/23.

W dniu 27 września 2023 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania.

Także w dniu 27 września 2023 roku obaj przystępujący złożyli Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej stanowiska pisemne w sprawie.

Sygn. akt: KIO 2729/23

Pismem z dnia 18 września 2023 r. wykonawca „SHIM-POL A.M.Borzymowski" E.Borzymowska-Reszka A.Reszka Spółka jawna z siedzibą w Izabelinie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2729/23.

Pismem z dnia 18 września 2023 roku wykonawca Bioanalytic Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2729/23.

Izba stwierdziła, że przystąpienia ww. wykonawców zostały dokonane zgodnie z wymogami określonymi w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym stali się oni uczestnikami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2729/23.

W dniu 27 września 2023 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania.

Także w dniu 27 września 2023 roku obaj przystępujący złożyli Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej stanowiska pisemne w sprawie.

W toku posiedzenia i rozprawy w dniu 28 września 2023 roku strony i uczestnicy postępowania odwoławczego w sprawach połączonych KIO 2728/23 i KIO 2729/23 podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa dwóch chromatografów cieczowych sprzężonych z tandemową spektrometrią mas LC-MS/MS w ramach projektu pn.: „Wzmocnienie infrastruktury WSSE w Łodzi w celu zwiększenia efektywnośc działania" Nr POIS.11.03.00-00-0177/22. W ramach działania 11.3 Wspieranie naprawy i odporności systemu ochrony zdrowia Oś priorytetowa XI REACT-EU Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko na lata 2014-2020.

W załączniku nr 2 do SWZ Formularz Przedmiotowy zamawiający opisał wymagane parametry i wskazał, że: *„Parametry mają charakter obligatoryjny. Nie spełnienie chociażby jednego parametru będzie skutkować odrzuceniem oferty.".*

I tak w tabeli zawartej w załączniku nr 2 do SWZ zamawiający wskazał:

POMPA GRADIENTOWA CZTEROSKŁADNIKOWA Z FORMATOWANIEM GRADIENTU NISKIEGO CIŚNIENIA

Lp. 11. *Precyzja przepływu <0,07 %*

SPEKTROMETR MAS TYPU QQQ

Lp. 24 *Stabilność mas < 0,1 Da w ciągu 24 godz.*
Zamawiający wymaga potwierdzenia przedmiotowego parametru przedmiotowym środkiem dowodowym

Lp. 25 *Zakres mas nie mniej niż 5 – 2000 m/z*

Zamawiający wymaga potwierdzenia przedmiotowego parametru przedmiotowym środkiem dowodowym

Lp. 36 *Zawór kierujący wyciek z LC do MS lub do ścieków, z możliwością programowania.*

Pismem z dnia 1 sierpnia 2023 roku zamawiający wezwał wykonawcę Bioanalytic Sp. z o.o. – na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp - do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, wskazując, że:
„Zamawiający wymagał, aby oferowany sprzęt spełniał parametr „stabilność mas < 0,1 Da w ciągu 24 godzin". Na tę okoliczność Wykonawca powinien potwierdzić spełnienie ww. parametru dokumentem przedmiotowym. W Państwa ofercie, w Załączniku nr 1 „Oferta Wykonawcy" zaoferowali Państwo urządzenie QTRAP 4500, a w Załączniku nr 2 potwierdzają Państwo spełnienie parametru określonego w pkt 24 „stabilność mas < 0,1 Da w ciągu 24 godzin", natomiast w załączonym do oferty dokumencie przedmiotowym znajduje się informacja, że system QTRAP 4500 parametr określony w pkt 24 Formularza Przedmiotowego, osiąga na poziomie 0,1 Da w ciągu 24 godzin.
Wobec powyższego Zamawiający wzywa do wyjaśnienia sprzecznych zapisów, gdyż w jego ocenie, załączony dokument przedmiotowy nie potwierdza, że oferowane urządzenie osiąga wymagany parametr.".

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Bioanalytic Sp. z o.o. wskazał, że: *„W załączeniu przesyłamy oświadczenie producenta wraz z jego dosłownym tłumaczeniem będące odpowiedzią na wezwanie do złożenia wyjaśnień w kwestii potwierdzenia wymaganego parametru.".*

W załączonym do wyjaśnień oświadczeniu producenta SCIEX wskazano:
„Re: Potwierdzenie Specyfikacji QTRAP 4500
SCIEX potwierdza specyfikację spektrometru mas QTRAP 4500 Instrument QTRAP 4500 ma stabilność masy poniże 0,1 amu (stabilność masy <0,1 Da) przez 24 godziny przy m/z 906,7 w normalnej temperaturze roboczej i po osiągnięciu próżni i równowagi elektroniki.".

Ponadto, pismem z 8 sierpnia 2023 roku zamawiający wezwał wykonawcę Altium International Sp. z o.o. dowyjaśnień treści oferty – na podstawie art. 223 ustawy Pzp – wskazując, że: *„Zamawiający w 11 załącznika nr 2 do SWZ wymagał spełnienia następującego parametru: „Precyzja przepływu <0,07 %" Wykonawca zadeklarował jego spełnianie poprzez złożenie oferty oraz podpisanie załącznika nr 2 do SWZ.*
Natomiast w załączonych do oferty plikach pod nazwą „Karta katalogowa chromatograf cieczowy z tandemowa spektrometria mas LC-MSMS" oraz „Karta katalogowa pompa poczwórna G7111B" znajduje się zapis dotyczący precyzji przepływu o następującej treści: „Precyzja przepływu ≤ 0,07 % RSD". Powyższy zapis jest sprzeczny z minimalnymi wymaganiami Zamawiającego który wymagał, aby precyzja przepływu była mniejsza od 0,07% RSD.
Wobec powyższego Zamawiający wzywa do wyjaśnienia powodów sprzecznych zapisów w przedłożonej ofercie.".

W odpowiedzi wykonawca wskazał, że: „pragniemy potwierdzić, iż zaoferowany system spełnia wymagania SWZ w tym parametr: *„Precyzja przepływu <0,07 %" Jako dowód przesyłamy dokument, podpisany podpisem elektronicznym przez osobę reprezentującą producenta firmę Agilent Technologies: (…) potwierdzający, że wartość precyzji przepływu dla pomy o numerze katalogowym G7111B wynosi <0,07% RSD lub <0,02 min SD".*

W załączonym oświadczeniu producenta wskazano, że: *„Celem tego listu jest dostarczenie dodatkowych informacji dotyczących precyzji przepływu Agilent 1260 Infinity II Quaternary Pump (G7111) oprócz tego, co jest udokumentowane w instrukcji obsługi (SD-29000225 wersja F).*
Opublikowana specyfikacja dokładności przepływu wynosi ≤0,07% RSD lub <0,02 min SD, w zależności od tego, która wartość jest większa.
Można to również odczytać jako <0,07% RSD lub <0,02 min SD, w zależności od tego, która wartość jest większa.
W celu uzyskania dalszych informacji prosimy o kontakt z lokalnym przedstawicielem firmy Agilent".

Z kolei pismem z dnia 14 sierpnia 2023 roku zamawiający wezwał wykonawcę „SHIM-POL A.M.Borzymowski" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka jawna do wyjaśnień treści oferty – na podstawie art. 223 ustawy Pzp – wskazując, że: *„Zamawiający, wobec faktu, iż na stronach internetowych producenta pod podanym numerem katalogowym nie ma informacji o wyposażeniu spektrometru w zawór kierujący wyciek z LC do MS lub do ścieków wzywa do potwierdzenia wymaganego rozwiązania".*

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca oświadczył, że: *„w całości nasza oferta spełnia Państwa wymagania, na potwierdzenie czego przesyłamy oświadczenie producenta, że zawór Diverter valve jest standardowym elementem dowolnego z modeli LCMS producenta Shimadzu, w tym również LCMS-8045.".*

Ponadto, pismem z dnia 11 sierpnia 2023 roku zamawiający wezwał wykonawcę „SHIM-POL A.M.Borzymowski" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka jawnado złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenie ceny w złożonej ofercie wskazując, że: „*W złożonej ofercie Wykonawca podał cenę brutto 2.435 400,00 zł. Podana cena jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego powiększonej o należny podatek od towarów i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 224 Pzp wzywa Wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie, w szczególności w zakresie kosztów jakie Wykonawca będzie musiał ponieść by zrealizować zamówienie poprzez zakup wszystkich urządzeń wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, pokrycia kosztów szkoleń, instalacji oraz zapewnienia wymaganych przeglądów w okresie gwarancji".*

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca złożył stosowne wyjaśnienia, jednocześnie zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa składanych wyjaśnień.

Pismem z dnia 5 września 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę „SHIM-POL A.M. Borzymowski" E. Borzymowska-Reszka, A. Reszka Spółka jawna oraz o odrzuceniu ofert wykonawców:

1. Bioanalytic Sp. z o. o. wskazując, że:

„Uzasadnienie prawne:
Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust.1 pkt. 5 Pzp Treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia

Uzasadnienie faktyczne:
Zamawiający w załączniku nr 2 do SWZ opisał minimalne parametry techniczne jakie muszą spełniać oferowane aparaty zastrzegając że „Parametry mają charakter obligatoryjny. Nie spełnienie chociażby jednego parametru będzie skutkować odrzuceniem oferty" W punkcie 24 załącznika nr 2 do SWZ wymagał „stabilności mas <0,1 Da w ciągu 24 godzin", jednocześnie Zamawiający wymagał dokumentu przedmiotowego potwierdzającego spełnianie ww. parametru technicznego.
Wykonawca w swojej ofercie zadeklarował że oferowane urządzenie spełnia parametr „stabilności mas <0,1 Da w ciągu 24 godzin" i na potwierdzenie tego parametru załączył dokument przedmiotowy z którego wynika że system QTRAP 4500 parametr określony w punkcie 24 osiąga na poziomie „0,1 Da w ciągu 24 godzin"
Wobec powyższego Zamawiający wezwał do wyjaśnienia sprzecznych zapisów, gdyż w jego
ocenie, załączony dokument przedmiotowy nie potwierdzał, że oferowane urządzenie osiąga wymagany
parametr.
W odpowiedzi Wykonawca przesłał oświadczenie producenta zawierające informację: „Instrument QTRAP 4500 ma stabilność masy poniżej 0,1 amu (stabilność masy <0,1 Da) przez 24 godziny przy m/z 906,7 w normalnej temperaturze roboczej i po osiągnięciu próżni i równowagi elektroniki.", co w ocenie Zamawiającego stanowi zmianę treści przedmiotowego środka dowodowego.
Zgodnie z art. 107 Pzp dokumenty przedmiotowe mogą podlegać uzupełnieniu ale uzupełnianie dokumentów przedmiotowych nie może prowadzić do zmiany ich treści wobec czego Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy.".

2. Altium International Sp. z o. o. wskazując, że:

„Uzasadnienie prawne:
Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust.1 pkt. 5 Pzp Treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia

Uzasadnienie faktyczne:
Zamawiający w załączniku nr 2 do SWZ opisał minimalne parametry techniczne jakie muszą spełniać oferowane aparaty zastrzegając że „Parametry mają charakter obligatoryjny. Nie spełnienie chociażby jednego parametru będzie skutkować odrzuceniem oferty" W punkcie 11 załącznika nr 2 do SWZ wymagał „precyzja przepływu <0,07%", jednocześnie Zamawiający nie wymagał dokumentu przedmiotowego potwierdzającego spełnianie ww. parametru technicznego.
Wykonawca zadeklarował w swojej ofercie, że zaoferuje pompę gradientową czteroskładnikową z formatowaniem gradientu po stronie niskiego ciśnienia producenta Agilent Technologies o numerzekatalogowym G7111B spełniającą wymagania Zamawiającego w zakresie parametru technicznego „precyzja przepływu < 0,07%" a do swojej oferty załączył oprócz wymaganych dokumentów przedmiotowych także kartę techniczną pompy G7111B z której wynika, iż jej precyzja przepływu wynosi ≤ 0,07% RSD. Analogiczny zapis znajduje się na stronie internetowej producenta firmy Agilent

Technologies.
Wobec powyższego Zamawiający powziął wątpliwość czy zaoferowana pompa spełnia wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia i wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia przyczyny rozbieżności pomiędzy treścią oferty a treścią kart technicznych.
W Odpowiedzi Wykonawca oświadczył iż zaoferowany system spełnia wymagania SWZ w tym parametr: „Precyzja przepływu <0,07 %", natomiast nie wyjaśnił rozbieżności pomiędzy swoim oświadczeniem a kartą techniczną oferowanej pompy. Załączył natomiast pismo przedstawiciela producenta zawierające zapis: „Opublikowana specyfikacja dokładności przepływu wynosi ≤0,07% RSD lub <0,02 min SD, w zależności od tego, która wartość jest większa. Można to również odczytać jako <0,07% RSD lub <0,02 min SD, w zależności od tego, która wartość jest większa."
Wobec powyższego Zamawiający mając na uwadze, iż jego obowiązkiem jest wybranie oferty zgodnej z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ wobec rozbieżności pomiędzy treścią oferty a kartami technicznymi oferowanej pompy podjął decyzję o odrzuceniu oferty Wykonawcy.".

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołaniai uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także uwzględniając dowody oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie obu odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że oba odwołania należało oddalić z następujących względów.

Sygn. akt: KIO 2728/23

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie wadliwej czynności i przeświadczenia zamawiającego o niezgodności treści oferty odwołującego z warunkami zamówienia, która narusza zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty.

W załączniku nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwanej: „SWZ"), stanowiącym Formularz Przedmiotowy, zamawiający wskazał:
„Tabela 1. Parametry wymagane przez Zamawiającego (Parametry mają charakter obligatoryjny. Nie spełnienie chociażby jednego parametru będzie skutkować odrzuceniem oferty.).

W pozycji 24 tabeli, o której mowa powyżej, zamawiający opisał następujący wymóg: *„Stabilność mas < 0,1 Da w ciągu 24 godz.*

Zamawiający wymaga potwierdzenia przedmiotowego parametru przedmiotowym środkiem dowodowym.".

Odwołujący – wykonawca Bioanalytic Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku – w złożonej ofercie potwierdził, że oferowane urządzenie spełnia parametr *„stabilności mas < 0,1 Da w ciągu 24 godzin".* Ponadto, do oferty załączył wymagany przedmiotowy środek dowodowy, tj. kartę techniczną dotyczącą oferowanego sprzętu QTRAP 4500(producent SCIEX), z której to wynikało, że parametr stabilności mas to: *„0.1 Da over 24 hours".*

Zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnień treści oferty, tj. do wyjaśnienia sprzecznych zapisów, gdyż w jego ocenie, załączony dokument przedmiotowy nie potwierdza, że oferowane urządzenie osiąga wymagany parametr.

W odpowiedzi wykonawca przesłał oświadczenie producenta SCIEX, które w jego ocenie, stanowiło odpowiedź na ww. wezwanie w kwestii potwierdzenia wymaganego parametru. W oświadczeniu tym producent wskazał, że:
„Potwierdzenie Specyfikacji QTRAP 4500
SCIEX potwierdza specyfikację spektrometru mas QTRAP 4500
Instrument QTRAP 4500ma stabilność masy poniżej 0,1 amu (stabilność masy <0,1 Da) przez 24 godziny przy m/z 906,7 w normalnej temperaturze roboczej i po osiągnięciu próżni i równowagi elektroniki.".

Izba podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego, iż złożone oświadczenie producenta, stanowi w istocie zmianę treści przedmiotowego środka dowodowego, z którego bezpośrednio wynikało, że QTRAP 4500 osiąga parametr stabilności mas na poziomie:*„0.1 Da over 24 hours".* Natomiast z oświadczenia producenta wynika, że instrument QTRAP 4500osiąga stabilność masy poniżej 0,1 Da przez 24 godziny (tj. tak jak wymagał zamawiający), ale przy *„m/z 906,7 w normalnej temperaturze roboczej i po osiągnięciu próżni i równowagi elektroniki".*

Zatem, po pierwsze – już z samego dokumentu przedmiotowego, załączonego do oferty i wymaganego przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania opisanego parametru „stabilności mas" wynika, że parametr ten nie został spełniony. Zgodnie bowiem z załączoną do oferty kartą techniczną urządzenie QTRAP 4500 ma stabilność masy na poziomie 0.1 Da w ciągu 24 godzin, a nie poniżej (<) 0,1 Da.

Po drugie, w ramach wyjaśnień treści oferty odwołujący przedstawił oświadczenie producenta, z którego wynika, że instrument QTRAP 4500 ma stabilność masyponiżej 0,1 Da przez 24 godziny przy m/z 906,7 w normalnej temperaturze roboczej i po osiągnięciu próżni i równowagi elektroniki. Powyższe, jak słusznie zauważył zamawiający, stanowi zmianę środka dowodowego i jako takie jest niedopuszczalne na gruncie ustawy Pzp.

W dalszej kolejności należy wskazać, że w złożonym w ramach wyjaśnień treści oferty oświadczeniu, producent SCIEX potwierdził, że oferowany instrument QTRAP 4500 ma stabilność masy poniżej 0,1 Da przez 24 godziny przy m/z 906,7. Oznacza to, że wymagany parametr stabilności masy osiągany jest jedynie przy m/z 906,7, a nie w całym zakresie pracy detektora. Odwołujący wyjaśnił, że informacja *„przy m/z 906,7"* oznacza jeden z jonów, który jest w zestawie kalibratorów do urządzenia dla wszystkich spektrometrów firmy SCIEX, a także wskazał, że*„podane w oświadczeniu dane dotyczą konkretnego jonu aby była możliwość weryfikacji uzyskanej wartości. Zazwyczaj producenci wyznaczają tę wartość dla jonu będącego w pośrodku zakresu pomiarowego spektrometru".*

Z kolei w toku rozprawy odwołujący podnosił, że zamawiający nie wymagał, aby przedmiotowy parametr osiągał wartość poniżej 0,1 Da w całym zakresie. Nie można się z tym zgodzić. W kolejnej pozycji tabeli zawartej w załączniku nr 2 do SWZ (pozycja 25), zamawiający opisał wymóg: „zakres mas nie mniej niż 5 – 2000 m/z". Skoro, spektrometr mas typu QQQ winien posiadać zakres mas nie mniej niż 5 – 2000 m/z, to nie sposób uznać, że wymagany parametr stabilności mas (poniżej 0,1 da) nie powinien być osiągany dla całego zakresu. Jeśli wykonawca miał w tym zakresie jakiekolwiek wątpliwości, to powinien był zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ w tym zakresie.

Zamawiający wyjaśnił, że stabilność masy jest niezwykle ważna podczas rutynowych badań z dużą ilością próbek w jednej sekwencji analitycznej, gdyż wpływa na prawidłową interpretację oznaczanych i wykrytych pestycydów. Potwierdza to zasadność oczekiwania, aby wymagana wartość parametru stabilności mas była osiągana w całym zakresie pracy spektrometru.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

II. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na bezpodstawne dokonanie wyboru oferty "SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Powyższy zarzut, to zarzut wynikowy, podnoszony w konsekwencji zarzutu nr 1. Odwołujący stwierdził, że w konsekwencji (naruszenia przepisów opisanego w zarzucie nr 1) zamawiający bezpodstawne dokonał wyboru oferty

"SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna, która to oferta nie jest ofe najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości przez zamawiającego.

Skoro zarzut nr 1 został oddalony jako bezpodstawny, to w konsekwencji nie potwierdził się również zarzut bezpodstawnego dokonania wyboru oferty wykonawcy "SHIM-POL A.M.BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszk A.Reszka Spółka Jawna.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

III. Zarzut naruszenia art.226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty "SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna pomimo wezwania na podstaw art. 107 ust. 2 Pzp do uzupełnienia przedmiotowych wniosków dowodowych, SHIM-POL przedłożyła dokumenty, które nie potwierdzają warunków opisanych w SWZ pkt 36 załącznika 2 w zakresie detektora mas z uwagi na brak zaworu wielodrożnego wbudowanego w spektrometr mas.

Jak już powyżej wskazano, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W załączniku nr 2 do SWZ, stanowiącym Formularz Przedmiotowy, zamawiający w tabeli parametrów wymaganych w części dotyczącej spektrometru mas typu QQQ w pozycji 36 wskazał:*„Zawór kierujący wyciek z LC do MS lub do ścieków, z możliwością programowania".*

Odwołujący z powyższego zapisu wywodził, że zawór wielodrożny musi być wbudowany w spektrometr mas. Odwołujący swoje twierdzenia opierał na umiejscowieniu przedmiotowego wymagania, tj. w części dotyczącej spektrometru mas. W jego ocenie prowadzi to do jednoznacznego wniosku, że zawór ten musi być częścią spektrometru mas, a nie zestawu HPLC. Odwołujący zauważył, że zawór nie jest fizycznie zamontowany w spektrometrze oferowanym przez przystępującego SHIM-POL, opierając się przy tym na informacjach pochodzących z broszury informacyjnej oferowanego spektrometru i instrukcji obsługi.

W pierwszej kolejności należy podnieść, co słusznie zauważył zamawiający, że wbrew twierdzeniom odwołującego, przystępujący SHIM-POL nie był wzywany na podstawie art. 107 ust. 2 Pzp do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunków opisanych w SWZ pkt 36 Załącznika 2 w zakresie detektora mas. Zamawiający wzywał jedynie na podstawie art. 223 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty wskazując, że: *„wobec faktu, iż na stronach internetowych producenta pod podanym numerem katalogowym nie ma informacji o wyposażeniu spektrometru w zawór kierujący wyciek z LC do MS lub do ścieków wzywa do potwierdzenia wymaganego rozwiązania."* (wezwanie z dnia 14.08.2023 r.). Pismem z dnia 17.08.2023 r. przystępujący SHIM-POL oświadczył, że: *„w całości nasza oferta spełnia Państwa wymagania, na potwierdzenie czego przesyłamy oświadczenie producenta, że zawór Diverter valve jest standardowym elementem dowolnego z modeli LCMS producenta Shimadzu, w tym również LCMS-8045.".*

Odwołujący zresztą nie kwestionował, że zawór został zaoferowany, a jedynie podnosił, że zawór powinien być wbudowany w oferowany spektrometr mas.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko zamawiającego, iż z zapisów SWZ, nie wynika wymóg, iż zawór ma być wbudowany. Zamawiający podkreślił, że wymagał, aby ten zawór był i, aby można go było obsługiwać za pomocą oprogramowania sterującego spektrometrem. W ocenie Izby tak też należy rozumieć wymóg opisany w pozycji 36 tabeli w załączniku nr 2 do SWZ: *„zawór kierujący wyciek z LC do MS lub do ścieków, z możliwością programowania"*. Racjonalne wydaje się być uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie dlaczego umieścił ten wymóg w części dotyczącej właśnie spektrometru mas, a mianowicie wynika to z faktu, iż: *„Zamawiający zdaje sobie sprawę z wielości rozwiązań dostępnych na rynku. Jedni Wykonawcy oferują gotowe zestawy (w przedmiotowym postępowaniu firma SHIM -POL zaoferowała zestaw LCMS-8045 produkcji firmy Shimadzu) inni oferują urządzenia będące połączeniem chromatografu cieczowego i spektrometru, nierzadko różnych firm (Odwołujący oferował chromatograf firmy Shimadzu połączony ze spektrometrem firmy SCIEX). Intencją Zamawiającego jest, by bez względu na zaoferowane rozwiązanie, istniała możliwość programowania sterowania zaworem z poziomu oprogramowania.".*

Reasumując, Izba podziela stanowisko zamawiającego, że wymóg opisany w załączniku nr 2 do SWZ, dotyczący spektrometru mas i wyposażenia go w „zawór kierujący wyciek z LC do MS lub do ścieków, z możliwością programowania", nie oznacza, że zawór musi być wbudowany w spektrometr mas, a potwierdzenie przez producenta, że: *„zawór przełączający do potrójnego kwadrupola jest częścią systemu LCMS co oznacza, że jest wyposażaniem standardowym spektrometru mas i jest do niego podłączony i bezpośrednio sterowany przez oprogramowanie"*, oznacza,

że przedmiotowy parametr jest spełniony, a tym samym zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty przystępującego SHIM-POL w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

IV. Zarzut naruszenia art. 107 ust. 2 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych lub dalszych wyjaśnień odwołującego, jeżeli zamawiający miał dalsze wątpliwości w zakresie minimalnego parametru „*stabilność mas<0,1 Da w ciągu 24 godzin"* (załącznik 2 do SWZ).

Zgodnie z art. 107 ust. 2 i 4 ustawy Pzp:
2. Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.
4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Jak wynika z literalnego brzmienia przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający wzywa do złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie przedmiotowych środków dowodowych, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, tylko w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne.

Taka sytuacja nie występuje w omawianej sprawie, albowiem wykonawca – w tym przypadku odwołujący Bioanalytic - złożył przedmiotowy środek dowodowy, ten środek dowodowy był kompletny, tylko, że nie potwierdzał spełniania wymaganego parametru. Ze złożonego przedmiotowego środka dowodowego wynikało, że urządzenie oferowane przez odwołującego QTRAP 4500 ma stabilność masy na poziomie 0.1 Da w ciągu 24 godzin. Tymczasem wymóg był jednoznaczny – parametr: „Stabilność mas" poniżej (<) 0,1 Da. Tym samym – w ocenie Izby - brak jest podstaw do zastosowania przepisu art. 107 ust. 2 ustawy Pzp i wezwania do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego.

Nie było też konieczności do zastosowania przepisu art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych, skoro treść złożonego środka dowodowego była jasna.

Niemniej jednak, zamawiający zastosował przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i wezwał odwołującego do wyjaśnień treści oferty, aby wyjaśnić rozbieżności pomiędzy oświadczeniem złożonym w ofercie a treścią przedmiotowego środka dowodowego. W ocenie Izby rozbieżności te w żaden sposób nie zostały wyjaśnione. Przedstawione oświadczenie producenta, jak słusznie zauważył zamawiający, i co już powyżej zostało wskazane, stanowi zmianę przedmiotowego środka dowodowego, a nie jak twierdzi odwołujący, jego doprecyzowanie. Ponadto, wskazuje na osiągnięcie parametru stabilności mas poniżej 0,1 Da przy m/z 906,7, a nie przy całym zakresie pracy spektrometru.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

V. Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 224 oraz 74 ust. 2 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z w zw. z art. 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „ZNKU") poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSK E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 Pzp (pismo zamawiającego z dnia 11.08.2023), pomimo że zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego utajnienia.

Zgodnie z art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp:
1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Stosownie do art. 224 ust. 1 ustawy Pzp: jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych

przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przepis art. 74 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, iż: 2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:
1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,
2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków
- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Ponadto, zgodnie z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 poz. 1233, ze zm.): przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

Odwołujący uzasadniając podniesiony zarzut w zasadzie powołał się jedynie na wyrok Izby wydany w sprawie o sygn. akt KIO 623/23 Ponadto, wskazywał, że niewątpliwie wystąpiła cena rażąco niska w ofercie wykonawcy SHIM-POL, co będzie miało przełożenie na jakość oferowanego urządzenia. Jedynie w zdaniu końcowym odwołujący wskazywał, że: *„Niewątpliwie odtajnienie wyjaśnień jest uzasadnione a w innym przypadku ich analiza przez Krajową Izbę Odwoławczą przez pryzmat podniesionego zarzutu oraz przesłanek ustawowych. Oferta SHIM-POL powinna zostać odrzucona gdyż zawiera rażąco niską ceną".* Nie jest to wystarczające uzasadnienie zarzutu zaniechania odtajnienia i udostępnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Oczywistym jest, że odtajnienie treści wyjaśnień jest istotną okolicznością faktyczną w procesie oceny prawidłowości wyboru wykonawcy, która to teza została przywołana w powołanym przez odwołującego wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 623/23. Niemniej należy też zauważyć, że każda sprawa może mieć i zazwyczaj ma odmienny stan faktyczny. Zatem, uzasadnienie zarzutu nie może sprowadzać się wyłącznie do przytoczenia uzasadnienia wyroku wydanego w innej sprawie. Uzasadnienie to powinno wskazywać na okoliczności właściwe dla danej sprawy.

Mając jednak na względzie, że z zarzutu można wywieźć, iż odwołujący w sposób generalny kwestionuje zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty, złożonych przez wykonawcę SHIM-POL, podnieść należy, co następuje.

W ocenie Izby ww. zarzut nie potwierdził się.

Niewątpliwie ciężar wykazania, iż określone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, spoczywa na wykonawcy, jako na podmiocie, który z tej okoliczności wywodzi skutki prawne. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa określonych informacji przedstawianych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi wyjątek od obowiązującej na gruncie zamówień publicznych zasady jawności postępowania. Jest to jedna z naczelnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada ta jednak doznaje pewnego ograniczenia w przypadku, gdy mamy do czynienia z informacjami podlegającymi szczególnej ochronie prawnej, jak np. z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawodawca przewidział wyjątek od zasady jawności postępowania, właśnie przez uprawnienie wykonawcy do zastrzeżenia, że informacje stanowiące tajemnicę jego przedsiębiorstwa nie mogą być udostępniane. Z uprawnieniem tym skorelowany jest jednoczesny obowiązek po stronie wykonawcy – obowiązek wykazania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

Izba uznała, że wykonawca SHIM-POL wykazał przesłanki dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny oferty. Wykonawca ten wyjaśnił m.in., że zastrzegane informacje posiadają znaczną wartość gospodarczą, gdyż dotyczą szczegółów prowadzonej działalności, a przy tym stanowią o przewadze konkurencyjnej wykonawcy, w związku z czym mogą rzutować na warunki rynkowe, a także dotyczą organizacyjnych aspektów działania przedsiębiorstwa. Wykonawca wyjaśnił, że informacje te nie zostały podane do wiadomości publicznej, oferta jest znana jedynie ograniczonej liczbie osób, a z kolei w firmie jest wprowadzona polityka ochrony informacji. Wykonawca wskazywał przy tym na zobowiązanie osób do zachowania informacji w poufności.

Ponadto, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia ceny oferty zawierają dane i informacje, które spełniają przesłanki do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, o których mowa w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

VI. Zarzut naruszenia art. 18 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 224 oraz 74 ust. 2 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z w zw. z art. 11 ust 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (dalej: „ZNKU") poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. Pzp.

Przywołane przez odwołującego przepisy, których naruszenie zarzuca zamawiającemu, zostały przytoczone w ramach omówienia zarzutu nr 5 powyżej.

Odwołujący wskazywał, że utajnienie uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa jest niedopuszczalnym działaniem zamawiającego, który wskazał, że całe wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są utajnione, a odwołującemu przekazał jedynie pismo z dnia 11.08.2023 r., w którym zamawiający stwierdził, że cena wykonawcy „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSK E.Borzymowska-Reszka, A. Reszka Spółka Jawna jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego powiększonej o podatek i wezwał do wyjaśnień w trybie 224 Pzp. Zamawiający w wiadomości na platformie zakupowej skierowanej do odwołującego dnia 06.09.2023 r. wskazał: „wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa" i jednocześnie nie przekazał uzasadnienia tej tajemnicy.

Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający w toku rozprawy wyjaśnił, że samo uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa było jawne. Brak przekazania uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa odwołującemu zamawiający uzasadniał tym, że odwołujący nie wnosił o udostępnienie mu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Skoro, uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa było jawne, to znaczy, że zarzut jest bezprzedmiotowy. Odwołujący wskazywał, że zwracał się do zamawiającego o przekazanie całej korespondencji prowadzonej przez niego z wykonawcą SHIM-POL. Z samego już uzasadnienia zarzutów, przytoczonego powyżej, wynika, że zamawiający informował odwołującego o tym, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie wskazał, że uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa stanowi również tajemnicę. Zatem, odwołujący powinien wnioskować o udostępnienie mu także uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, jeśli chciał się z nim zapoznać.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

VII. Zarzut naruszenia art. 224 ust. 5-6 w zw. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Reszka Spółka Jawna, mimo iż zawiera ona rażą niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszka, A.Resz Spółka Jawna, mimo iż wykonawca ten nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 224 ust. 1-3 Pzp.

Zgodnie z art. 224 ust. 5-6 ustawy Pzp:
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, że ww. zarzut jest bezzasadny.

Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił ewentualnego naruszenia przywołanych przez siebie przepisów. Faktem jest, że całe wyjaśnienia ceny oferty zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Niemniej jednak, odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek twierdzeń czy dowodów, które uzasadniałyby podnoszony zarzut. Odwołujący swój zarzut opierał jedynie na okoliczności, że zamawiający, stwierdził, iż cena oferty wykonawcy SHIM-POL jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego i powiększonej o podatek i wezwał go do wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp. Odwołujący wywodził, iż zaoferowana cena jest rażąco niska z faktu spełnienia przesłanek ustawowych, wynikających z art. 224 ustawy Pzp i jednocześnie podkreślał fakt, że nie zna wyjaśnień wykonawcy SHIM-POL.

Trudno nie zgodzić się z przystępującym SHIM-POL, że podnoszony zarzut ma charakter niejako blankietowy. Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek uzasadnienia dla potwierdzenia podnoszonego przez siebie zarzutu, a próba przedstawienia dodatkowych okoliczności na rozprawie czy w przystąpieniu odwołującego w sprawie połączonej o sygn.

akt: KIO 2729/23 należy uznać za próbę niedopuszczanego rozszerzenia podstaw faktycznych zarzutu.

Z drugiej zaś strony wyjaśnienia ceny oferty, złożone przez wykonawcę SHIM-POL wskazują na okoliczności i elementy, które miały istotny wpływ na zaoferowaną cenę, wskazują na istotne czynniki kosztotwórcze i zawierają dowód dotyczący zasadniczego elementu cenotwórczego.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2728/23.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego Bioanalytic Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku tytułem wpisu od odwołania.

Sygn. akt: KIO 2729/23

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp poprzez stwierdzenie, że treść oferty złożonej przez odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim zaoferowana pompa gradientowa ma nie spełniać parametru „Precyzja przepływu" i w konsekwencji — odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż potwierdził on w formularzu ofertowym oraz w wyjaśnieniach treści oferty, że zaoferowane urządzenie spełnia parametr „Precyzja przepływu" oraz, mimo że urządzenie to jest w pełni zgodne z wymogami ustanowionymi przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

W ocenie Izby zarzut jest bezzasadny.

Izba uznała, że zamawiający prawidłowo ocenił, że treść oferty odwołującego Altium International Sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie oferowanej pompy gradientowej, która nie spełnia parametru „Precyzja przepływu < 0,07%", opisanego w pozycji 11 tabeli załącznika nr 2 do SWZ.

Niesporne było, co podnosił odwołujący, że zamawiający nie wymagał przedmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie ww. parametru. Sporna była natomiast ocena, co w sytuacji, gdy taki środek został złożony, lecz nie potwierdzał spełniania wymaganego parametru.

Odwołujący podnosił, że jest autoryzowanym przedstawicielem producenta Agilent Technologies i jednoznacznie potwierdził w ofercie (czyli w sposób wymagany przez zamawiającego) oraz w późniejszych wyjaśnieniach, że zaoferowana pompa gradientowa spełnia parametr *„Precyzja przepływu < 0,07%".* Podkreślał też, że zamawiający dokonał odrzucenia jego oferty w oparciu o dokument – kartę katalogową, niewymagany do złożenia i mający charakter roboczy, który podlega ciągłym zmianom, a nadto dotyczy wielu urządzeń, przy jednoczesnym pominięciu oświadczenia samego wykonawcy i oświadczenia producenta załączonego do wyjaśnień.

Po pierwsze, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że fakt, iż zamawiający nie wymagał w celu potwierdzenia spełniania ww. parametru złożenia przedmiotowego środka dowodowego, a wymagał jedynie oświadczenia wykonawcy w tym zakresie, nie oznacza, że mógł pozostać obojętny na informacje wynikające z załączonej do oferty karty technicznej w sytuacji, gdy treść tego dokumentu wskazywała na nie spełnianie wymaganego parametru. Ponadto, treść tego dokumentu pozostawała w sprzeczności z oświadczeniem wykonawcy zawartym w ofercie. Karta techniczna wskazywała bowiem, że precyzja przepływu oferowanej pompy gradientowej G7111B wynosi ≤ 0,07 % RSD. Zamawiający powołał się również na to, że analogiczny zapis znajduje się na stronie internetowej

producenta firmy Agilent Technologies. Słusznie zatem zamawiający powziął wątpliwości czy treść oferty wykonawcy Altium International spełnia wymóg opisany w SWZ. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca ponownie zapewnił, że zaoferowany system spełnia wymagania SWZ w tym parametr: *„Precyzja przepływu <0,07 %",* do wyjaśnień załączając pismo przedstawiciela producenta Agilent Technologies. Za zamawiającym należy wskazać, że wykonawca w tych wyjaśnieniach nie wyjaśnił skąd wzięły się rozbieżności pomiędzy oświadczeniem wykonawcy a kartą techniczną oferowanej pompy w zakresie wymaganego parametru. Również rozbieżności tych nie wyjaśnia załączone pismo przedstawiciela producenta, które wprost potwierdza, że precyzja przepływu wynosi *„ ≤0,07% RSD lub <0,02 min SD, w zależności od tego, która wartość jest większa",* co – według przedstawiciela producenta – można również odczytać jako *„<0,07% RSD lub <0,02 min SD, w zależności od tego, która wartość jest większa.".*

Również przywołana w odwołaniu korespondencja mailowa prowadzona z przedstawicielem producenta nie wyjaśnia w sposób ostateczny zaistniałych rozbieżności, co m.in. wynika z fragmentu tej korespondencji, w którym wskazano, że aby firma Agilent potwierdziła wnioski wynikające z tej korespondencji należy sporządzić stosowne pismo, które musi przejść „proces przeglądu i konsultacji prawnych". Nadmienić należy, że w prowadzonej korespondencji są odniesienia do specyfikacji technicznych innych pomp, gdzie precyzja przepływu została wskazana jako <0,07% RSD lub <0,02 min SD.

Należy podkreślić, że odwołujący wezwany do wyjaśnień nie przedstawił jednoznacznego oświadczenia producenta, które potwierdzałoby ten parametr. Wykonawca nie wyjaśnił też skąd w istocie wynika ta rozbieżność. Stosowanie wymiennie oznaczeń „<" i „≤" nie wyjaśnia tych rozbieżności i jak zauważył zamawiający nie dotyczy parametru RSD, do którego odnosi się wartość < 0,07% , lecz SD, będącym odchyleniem standardowym. Fakt akceptowania oferowanej pompy gradientowej przez innych zamawiających, w innych postępowaniach, lecz przy tożsamym wymogu precyzji przepływu, nie potwierdza, że w istocie ten parametr został spełniony i, że ocena oferty odwołującego dokonana w tamtych postępowaniach jest prawidłowa.

Wobec powyższego nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że w szczególności wyjaśnienia treści oferty usunęły niejasność związaną z treścią złożonego dokumentu i, że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia.

W oparciu o powyższe Izba oddaliła ww. zarzut.

II. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. art. 106 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie badania i oceny oferty odwołującego w zakresie jej zgodności z warunkami zamówienia w ramach parametru dotyczącego pompy gradientowej *„Precyzja przepływu <0,07%"* i w konsekwencji odrzucenie tej oferty — w oparciu o informacje z karty technicznej, podczas gdy do potwierdzenia rzeczonego parametru zamawiający nie wymagał przedmiotowego środka dowodowego, a jedynie oświadczenia własnego wykonawcy zawartego w „Formularzu przedmiotowym".

Także ww. zarzut w ocenie Izby nie potwierdził się. Jak już wcześniej wskazano (przy omawianiu zarzutu nr 1) – wbrew twierdzeniom odwołującego – zamawiający w swojej ocenie treści oferty odwołującego nie mógł pominąć treści dokumentu, który został załączony do tej oferty. Zatem, nieuprawnione jest stanowisko odwołującego, że zamawiający nie powinien był badać zgodności treści oferty z warunkami zamówienia w oparciu o dokument (kartę katalogową), którego złożenia nie wymagał. Jak również nie sposób się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, że zamawiający nie był uprawniony do interpretowania treści karty katalogowej w sprzeczności z oświadczeniem odwołującego wyrażonym w Formularzu przedmiotowym, który to Formularz na gruncie tego postępowania stanowił jedyny wymagany przez zamawiającego środek służący potwierdzeniu spełnienia parametru.

Skoro bowiem w złożonych dokumentach istnieją rozbieżności co do kwestii potwierdzenia obligatoryjnego parametru, to zamawiający jest zobowiązany do przeprowadzenia postepowania wyjaśniającego w tej kwestii, co zresztą uczynił. Z kolei wyjaśnienia wykonawcy, w tym załączone oświadczenie przedstawiciela producenta, w którym ogólnikowo jedynie stwierdzono, że zapis „można odczytać również jako" w żaden sposób nie wyjaśnia istniejących rozbieżności. Odwołujący podnosił, że jako autoryzowany przedstawiciel producenta jest podmiotem uprawnionym do samodzielnego potwierdzania parametrów urządzeń Agilent Technologies. Jednak nie sposób nie zauważyć, że odwołujący próbuje opierać się jedynie na oświadczeniach własnych, które pozostają w sprzeczności z kartami katalogowymi.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

III. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 pkt 2 i art. 16 pkt 2 ustawy Pzp poprzez stwierdzenie, że złożone przez odwołującego wyjaśnienia treści oferty nie potwierdziły, że oferowana pompa gradientowa spełnia parametr *„Precyzja przepływu"* — bez uzasadnienia przyczyn przyjęcia takiego stanowiska.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Stosownie do art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W ocenie Izby ww. zarzut nie potwierdził się. Zamawiający szczegółowo wskazał na uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty odwołującego. Przedstawił wszystkie okoliczności, w tym także wskazał dlaczego nie uznał wyjaśnień treści oferty, tj. „*W odpowiedzi Wykonawca oświadczył iż zaoferowany system spełnia wymagania SWZ w tym parametr: „Precyzja przepływu <0,07 %", natomiast nie wyjaśnił rozbieżności pomiędzy swoim oświadczeniem a kartą techniczną oferowanej pompy. (…).*

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

IV. art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy „SHIM-POL A.M. BORZYMOWSKI" E.Borzymowska-Reszk A.Reszka Sp. j. oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba oddaliła ww. zarzut, jako zarzut podnoszony w konsekwencji uprzednio podnoszonych zarzutów. Skoro wcześniejsze zarzuty nie potwierdziły się, to nie ma podstaw również do uwzględnienia ww. zarzutu.

Wobec powyższego Izba oddaliła odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2729/23.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1 powołanego powyżej rozporządzenia: w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego Altium International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……...