Sygn. akt: KIO 586/12

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bogdan Artymowicz

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2012 r. przez **Andrzeja Wiśniewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „COMEF" Aparatura Naukowo-Badawcza, 40-719 Katowice, ul. Gdańska 2,** w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Rozwoju Przemysłu S.A., 02-675 Warszawa, ul. Wołoska 7,**

przy udziale wykonawcy: **Renishaw Sp. z o. o., 02-285 Warszawa, ul. Szyszkowa 34,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Andrzeja Wiśniewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „COMEF" Aparatura Naukowo-Badawcza, 40-719 Katowice, ul. Gdańska 2,** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Andrzeja Wiśniewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „COMEF" Aparatura Naukowo-Badawcza, 40-719 Katowice, ul. Gdańska 2,** tytułem wpisu od odwołania,

---

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……...……

Sygn. akt: KIO 586/12

Uzasadnienie

Zamawiający – Agencja Rozwoju Przemysłu S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „dostawa i instalacja spektroskopu ramanowskiego UV-Visible-NIR".

Pismem z dnia 15 marca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Renishaw Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie. Tym samym pismem zamawiający poinformował iż na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także jako „Pzp"], wykluczył z postępowania wykonawcę Medson s.c. z siedzibą w Paczkowie.

Wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Renishaw Sp. z o. o., w dniu 26 marca 2012 r., odwołanie wniósł wykonawca Andrzej Wiśniewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „COMEF" Aparatura Naukowo-Badawcza z siedzibą w Katowicach zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 91 ust, 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp poprzez nieodrzucenie oferty RENISHAW jako niespełniającej wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. następujących wymagań Specyfikacji:

a) załącznik nr 1 do SIWZ -Opis przedmiotu zamówienia Dział B Obligatoryjne składniki spektroskopu i ich parametry, Punkt 6; achromatyczny monochromator płaskiego pola;
b) załącznik nr 1 do SIWZ -Opis przedmiotu zamówienia Dział B, Punkt 7;
c) załącznik nr 1 do SIWZ -Opis przedmiotu zamówienia, Dział A Możliwości Badawcze, Punkt 2, Opis przedmiotu zamówienia Dział B Obligatoryjne składniki spektroskopu i ich parametry, Punkt 6.1; 6.3;

2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 i 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; poprzez podanie nieprawdziwych parametrów oferowanego urządzenia w zakresie wymagania wskazanego w Załączniku nr 1 do SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia Dział B Punkt 7.2.

Odwołujący wnosił o:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny złożonych ofert, odrzucenia oferty Renishaw, oraz ponowienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż spektroskop ramanowski oferowany przez Renishaw Sp. z o. o. nie jest wyposażony w obowiązkowo wymagany przez zamawiającego

achromatyczny monochromator płaskiego pola. Odwołujący stwierdził, iż oferowany spektroskop nie spełnia tego wymogu, ponieważ budowa monochromatora oparta jest na soczewkach do czego przyznaje się producent w swojej nocie technicznej. Powyższe, w ocenie Odwołującego, przesądza o niezgodności oferowanego spektroskopu z wymogami zamawiającego gdyż tylko układy oparte na lustrach (zwierciadłach) nie wykazują aberacji chromatycznej. Potwierdza to również wyposażenie oferowanego spektroskopu w zestaw soczewek (osobne zestawy na zakres VIS, NIR) optymalizujące jego prace. Dodatkowo odwołujący wskazywał, iż zgodnie z wymaganiami zamawiającego zakres badawczy spektroskopu miał sięgać od. 250 do 1500 nm a wobec braku soczewek na zakresy UV nie jest możliwa praca oferowanego zestawu w zakresie wymaganym przez zamawiającego. W zakresie wymogu dostarczenia trzech siatek dyfrakcyjnych o 3600 rys/mm, 1800 rys/mm oraz 600 rys/mm odwołujący podnosi, iż wybrany wykonawca zaoferował siatki dyfrakcyjne: 3600 rys/mm, 1800 rys/mm i 800 rys/mm co tym samym stanowi o niezgodności z wymogami zamawiającego. W zakresie wymaganej rozdzielczości spektroskopu Odwołujący wskazywał, że z noty aplikacyjnej SPD120PN w której dla siatki 1200 rys/mm przy 1064 nm rozdzielczość wynosi 1,5 cm^{-1} , a tym samym dla tego samego wzbudzenia rozdzielczość dla siatki 600 rys/mm będzie wynosić 3,0 cm^{-1} , co stanowi o niezgodności treści wybranej oferty z treścią SIWZ. W zakresie wymogów co do parametrów kamery CCD na zakres od min. 200 do 1050 nm, gdzie zamawiający wymagał aby charakteryzowała się ona prądem ciemnym mniejszym niż 1e/pixel/h odwołujący wskazywał, że według jego najlepszej wiedzy kamery CCD na zakres (200-1100nm) chłodzone termoelektrycznie mają parametry gorsze niż kamery chłodzone ciekłym azotem. Tym samym odwołujący kwestionował podany w ofercie wybranego wykonawcy parametr prąd ciemny wynoszący 0.0002 e/pixel/s = 0,72 e/pixel/h. Wskazywał iż zgodnie z notą aplikacyjną wykonawcy Renishaw SPD/PN/080 dla tej samej temperatury pracy kamery RenCAM wartość prądu ciemnego wynosi 0.005/pixel/s = 18 e/pixel/h. Odwołujący podnosił, że wymagania postawione przez zamawiającego może spełnić tylko kamera chłodzona ciekłym azotem ponieważ najniższe osiągane wartości prądu ciemnego w kamerach CCD na zakres 200-1100 nm chłodzonych termoelektrycznie osiągają obecnie poziom 0.001 e/pixel/s co wynosi 3,6 e/pixel/h. W ocenie odwołującego wykonawca Renishaw Sp. z o. o. wiedząc, iż oferowany przez niego spektroskop (kamera CCD) nie spełnia wymogów SIWZ podał w ofercie nieprawdziwe dane dotyczące wartości prądu ciemnego co miało na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego i uzyskanie w sposób nieuczciwy zamówienia publicznego. Odwołujący stwierdził, iż złożenie oferty z nieprawdziwymi parametrami technicznymi oferowanego urządzenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 i art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający – Agencja Rozwoju Przemysłu S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „dostawa i instalacja spektroskopu ramanowskiego UV-Visible-NIR".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 stycznia 2012 r., pod numerem 2012/S 16-025405.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ, Opis przedmiotu zamówienia, zamawiający wymagał aby oferowany spektroskop spełniał m.in. następujące wymagania:

A. Możliwości badawcze

1) Zakres spektralny: 250 nm – 1500 nm

2) Zdolność rozdzielcza: maksimum 0,35 cm^{-1} /pixel przy 532 nm z siatką 1800 gr/mm, 1 cm^{-1} /pixel przy 1064 nm z siatką 600 gr/mm i z siatką 3600 gr/mm.

B. Obligatoryjne składniki spektroskopu i ich parametry:

1) Achromatyczny monochromator płaskiego pola wyposażony w :

a) Trzy siatki dyfrakcyjne: 3600 gr/mm (o maksymalnej wydajności dla 325nm) 1800 gr/mm (o maksymalnej wydajności dla 532nm) i 600 gr/mm (o maksymalnej wydajności dla 1064nm) zamontowane na ruchchomej wieżyczce sterowanej przez oprogramowanie do zmiany zarówno zdolności rozdzielczej i spektralnego zasięgu w jednym ujęciu.

b) Możliwość automatycznego zszywania widma w kolejnych przedziałach spektralnych, jeśli system nie pracuje w zakresie od 50 do 4000 cm^{-1}

c) Możliwość rejestracji widma w zakresie 1000 do 3000 cm^{-1} z rozdzielczością pektralną maksimum 1,5 cm^{-1} , która zapewni ciągłość i jakość widma nie gorszą niż jak w przypadku ciągłego pomiaru.

2) Dwa detektory, które musza zapewnić pokrycie całego wymaganego zakresu spektralnego ti. 250 nm -1500 nm, a w szczególności:

2.1) Wielokanałowy detektor CCD, chłodzony ogniwem peltiera lub ciekłym azotem, o parametrach:

a) Liczba aktywnych pikseli: minimum 1024x256,

b) Zakres pomiarowy: co najmniej 200nm- 1050 nm,

c) Wydajność kwantowa: minimum 30%,

d) Szum odczytu przy 20 kHz: < 5e - rms,

e) Prąd ciemny < 1e-/piel/godzina

---

f) Nieliniowość <0,4% @ 20kHz częstotliwości skanowania

Detektor linijkowy InGaAs, chłodzony ogniwem peltiera lub ciekłym 2.2) azotem, o parametrach:

a) Liczba aktywnych pikseli: minimum 512,

b) Zakres pomiarowy: co najmniej 800nm- 1500nm,

c) Wydajność kwantowa (w zakresie 1000nm-1500nm): minimum 80% ,

d) Szum odczytu (w zakresie 1000nm-1500nm) maksimum: 1000 e - rms dla modu HIS(High Sensitiye Mode) oraz maksimum 10000 e - rms dla modu HiD (High Dynamie Range Mode).

Ponadto, Izba ustaliła, iż zgodnie z pkt 8.1.10 SIWZ wykonawcy zobowiązani zostali do załączenia wraz z ofertą opisu w formie tabelarycznej zgodnie z załącznikiem Nr 7 do SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenie odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Ponadto zgodnie z treścią załącznika nr 7 – Opis oferowanego spektroskopu wykonawcy zobowiązani byli jedynie do potwierdzenia bądź nie, posiadania przez oferowane urządzenie parametrów wskazanych przez Zamawiającego.

Izba ustaliła również, iż do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

1) Renishaw Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.368.867,00 zł;

2) Andrzej Wiśniewski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „COMEF" Aparatura Naukowo-Badawcza z siedzibą w Katowicach na kwotę 1.476.000,00 zł;

3) MEDSON s.c. z siedzibą w Paczkowie na kwotę 1.696.170,00 zł.

Pismem z dnia 7 marca 2012 r., zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę Renishaw Sp. z o. o. m.in. do złożenia wyjaśnień czy oferowane urządzenie posiada wymienne siatki dyfrakcyjne 3600 gr/mm, 1800 gr/mm oraz 600 gr/mm. W odpowiedzi, pismem z dnia 9 marca 2012 r., wykonawca Renishaw Sp. z o.o. oświadczył, iż zgodnie z treścią SIWZ oferowane przez niego urządzenie posiada wymienne siatki dyfrakcyjne: 3600gr/mm (o maksymalnej wydajności dla 325nn), 1800gr/mm (o maksymalnej wydajności dla 532nm) i 600 gr/mm (o maksymalnej wydajności dla 1064nm) zamontowane na ruchomej wieżyczce sterowanej przez oprogramowanie do zmiany zarówno zdolności rozdzielczej i spektralnego zasięgu w jednym ujęciu.

Pismem z dnia 15 marca 2012 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Renishaw Sp. z o. o.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto, Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 23 marca 2012 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Renishaw Sp. z o. o.

z siedzibą w Warszawie stając się uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty wybranego wykonawcy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron oraz uczestnika złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, jego oferta mogłaby by być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do przedstawionych zarzutów Izba stwierdziła, że dokonane przez zamawiającego badanie i ocena ofert a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Renishaw Sp. z o. o. zostały dokonane prawidłowo.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należy wskazać, iż to na odwołującym spoczywa ciężar dowodu co do wykazania niezgodności treści oferty wybranego wykonawcy z treścią SIWZ. W ocenie Izby zarzutu tego nie potwierdza ani treść oferty wykonawcy Renishaw Sp. z o. o. ani treść dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie. W szczególności za potwierdzające zasadność zarzutu nie mogą być uznane przedłożone przez Odwołującego noty aplikacyjne gdyż nie odnoszą się one do konkretnego urządzenia, nie wynika z nich iż dotyczą rozwiązań zaproponowanych przez wybranego wykonawcę. Należy również wskazać iż przedłożone na rozprawie przez Odwołującego noty aplikacyjne, jak wskazywał również przystępujący nie są notami aplikacyjnymi aktualnymi gdyż datowane są najwcześniej na rok 2008 a także na rok 2005 i 2003. Co istotne, twierdzenia odwołującego oparte zostały jedynie na jego przypuszczeniach i domysłach. Należy mieć na uwadze, iż de facto Odwołującemu nie są znane wszystkie szczegółowe rozwiązania jakie w oferowanym przez siebie urządzeniu wybrany wykonawca zastosował. Na rozprawie Odwołujący przyznał, iż wobec objęcia przez wykonawcę Renishaw Sp. z o. o. tajemnicą przedsiębiorstwa części oferty nie wie jaki np. detektor został zastosowany w oferowanym urządzeni a swoje twierdzenia opiera na „jak najlepszej wiedzy”.

Odnosząc się do konkretnych twierdzeń odwołującego należy wskazać, iż przy tak specjalistycznym urządzeniu zamawiający ocenę zgodności oferowanego spektroskopu z postawionymi przez siebie wymogami oparł jedynie na oświadczeniu wykonawcy który miał

potwierdzić bądź zaprzeczyć spełnianiu przez oferowane urządzenie wymogów określonych w załączniku nr 1 do SIWZ (zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ – Opis oferowanego spektroskopu). Zamawiający nie żądał przedłożenia dodatkowych opisów, kart katalogowych, technicznych z których wynikałoby spełnianie przez oferowany wyrób wymogów SIWZ. Nie ulega wątpliwości, iż wybrany wykonawca złożył Opis oferowanego spektroskopu zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ w którym potwierdził parametry wymagane przez zamawiającego. W zakresie achromatyczności oferowanego spektroskopu należy wskazać, iż zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia nie wskazywał iż spektroskop ma być wyposażony w układ optyczny oparty wyłącznie na lustrach. Wskazywał jedynie na pewną cechę, którą oferowane urządzenie musi posiadać. Jak sam przyznał Odwołujący osiągnięcie achromatyczności za pomocą układu soczewek jest możliwe przy uwzględnieniu kompletu dodatkowych soczewek, które faktycznie wybrany wykonawca zaoferował. Ponadto jak wykazał w trakcie rozprawy Przystępujący wbrew twierdzeniom Odwołującego oferowany spektroskop działa w zakresie od 250 do 1500nm i nie jest wymagany dodatkowy komplet soczewek na zakresy UV gdyż Przystępujący w swoim urządzeniu stosuje rozwiązanie zmotoryzowanego układu soczewek, który poprzez zmianę ogniskowych pozwala objąć cały wymagany zakres badawczy. W zakresie nie zaoferowania siatki dyfrakcyjnej 600 rys/mm nie sposób pominąć złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień, z których jednoznacznie wynika, iż oferuje on również siatkę dyfrakcyjną 600 rys/mm. Odnośnie rozdzielczości oferowanego spektroskopu nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż niezgodność treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ potwierdzać będzie nota aplikacyjna SPD120PN gdyż nie odnosi się ona stricte do oferowanego produktu a stanowi jedynie opis rozwiązań stosowanych u producenta.
W ocenie Izby niezgodności z treścią SIWZ konkretnego oferowanego urządzenia nie mogą potwierdzać informacje handlowe zawarte na stronie producenta gdyż nie uwzględniają one możliwości wyspecyfikowania oferowanego urządzenia pod konkretne potrzeby zamawiającego. W zakresie niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ co do parametrów detektora CCD Izba również nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Jak przyznał sam Odwołujący, wobec objęcia części oferty Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa, nie wie on jak detektor CCD zastosował Przystępujący. Nie sposób uznać, że stanowisko Odwołującego w tym zakresie potwierdzać będą składane noty aplikacyjne odnoszące się do detektorów różnych producentów a nie do konkretnego detektora zaoferowanego przez Przystępującego. W ocenie Izby z treści oferty zastrzeżonej jako

tajemnica przedsiębiorstwa wynika, iż oferowany detektor CCD spełnia postawiony przez zamawiającego parametr prądu ciemnego.
Na marginesie Izba wskazuje, iż nie sposób podzielić poglądu wyrażanego przez Przystępującego, że przy ocenie oferty należało pominąć jego oświadczenie co do parametrów oferowanego urządzenia zawarte na stronach od 43 do 49 skoro zamawiający wymagał jedynie złożenia oświadczenia na załączniku nr 7 do SIWZ. Nie ulega wątpliwości, iż jest to cześć oferty Przystępującego i jako taka winna być brana pod uwagę przy ocenie. Jednakże, w ocenie Izby, pełna analiza treści oferty (zarówno oświadczenia zawartego na załączniku nr 7 do SIWZ, jak i treść zawarta na stronach 43-49 oferty ale też treść zastrzeżona przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa) nie może prowadzić do uznania, że oferta wybranego wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu. W szczególności należało wziąć pod uwagę treść złożonego przez Przystępującego oświadczenia producenta oferowanego urządzenia z którego wynika spełnianie parametrów określonych przez Zamawiającego. Ponadto Izba wskazuje, iż zgodnie z § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r., w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Biorąc pod uwagę w/w regulację przy ocenie Izba pominęła dokumenty złożone przez Odwołującego w języku angielskim a nie zawierające tłumaczenia.
Rozważania w zakresie zarzutu niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią SIWZ, w ocenie Izby przesądzają również o braku zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 i art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wobec braku potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp co w ocenie

Odwołującego prowadziłoby do uznania, że oferta przystępującego zawiera oświadczenia wprowadzające w błąd nie sposób uznać, że Przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu w/w ustawy. Na marginesie należy wskazać, iż stanowisko Odwołującego wskazujące na złożenie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji mogłoby by być ewentualnie podstawą zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp a takiego zarzutu Odwołujący nie składał.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……..……