

Sygn. akt: KIO 538/13

WYROK

z dnia 20 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **8 marca 2013 r.** przez wykonawcę: **Eurotek International Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Al. Lotników 32/46, 02-668 Warszawa**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Wrocławskie Centrum Badań EIT + Sp. z o.o., ul. Stabłowicka 147, 54-066 Wrocław**, przy udziale wykonawcy:

Spectro-Lab Sp. z o.o. ul. Warszawska 100/102, 05-092 Łomianki, zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Eurotek International Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Al. Lotników 32/46, 02-668 Warszawa**,
- 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **Eurotek International Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością Al. Lotników 32/46, 02-668 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego „Na dostawę wraz z montażem i uruchomieniem i instruktażem personelu aparatury naukowo badawczej, fabrycznie nowej i kompletnej dla potrzeb Laboratorium Spektroskopii Optycznej, z podziałem na 2 części zamówienia” (Dz. Urz. UE z dnia 29 września 2012 r., 2012/S 188 – 309243), w dniu 8 marca 2013 r. zostało złożone w formie pisemnej odwołanie w zakresie części I-jej zamówienia przez wykonawcę Eurotek International Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 28 lutego 2013 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty w ww. postępowaniu, a także o odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na rzekomy - w ocenie odwołującego fakt - nie odpowiadania jej treści warunkom postawionym w SIWZ.

dowód: pismo zamawiającego z dnia 25 lutego 2013 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Wrocławskiemu Centrum Badań EIT + Sp. z o.o. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), (dalej ustawa Pzp), które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj.: naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w tym znaczeniu, że zamawiający wadliwie przyjął, iż treść złożonej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. dokonania ponownego badania i oceny ofert, w konsekwencji, którego żądał wyboru firmy Eurotek International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do realizacji objętego odwołaniem zamówienia,
2. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego,
3. przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w niniejszym odwołaniu na okoliczności wskazane w jego treści.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący ponosił, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający wskazał, że odrzucenie oferty Eurotek International Sp. z o.o. jest spowodowane m.in. brakiem odniesienia się przez odwołującego do pytania w jaki sposób będzie możliwe wykonanie pomiaru próbki o czasie zaniku nie dłuższym niż 40 ps. przy użyciu zaproponowanego w ofercie detektora Hamamatsu R928 o czasie odpowiedzi 1.2 ns. Ponadto, zamawiający podniósł, że zademonstrowany przez odwołującego w odpowiedzi na pytania przykład pomiarowy (czas zaniku - 49.9 ps) nie spełnia nadal wymogów zamawiającego określonych w SIWZ.

Co do wymogu powtarzalności nastawy „Reproducibility” 0,1 nm zamawiający wskazał, że uzyskanie pięciu powtarzalnych zapisów pojedynczego pomiaru nie jest dowodem, że specyfikacja urządzenia zapewnia w sposób trwały spełnienie warunku zapisanego w SIWZ.

Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty podniósł ponadto, że odwołujący nie dołączył do odpowiedzi na pytania zamawiającego karty katalogowej produktu, potwierdzającej wymaganą w SIWZ rozdzielczość 0,1 nm spektralnej rozdzielności danych.

dowód: pismo zamawiającego z dnia 25 lutego 2013 r. oraz z dnia 23 stycznia 2013 r. wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów.

Odnosząc się do ww. zarzutów przedstawionych jako uzasadnienie odrzucenia złożonej oferty, odwołujący stwierdził, że ich treść jest niezgodna z merytoryczną treścią materiałów dołączonych przez Eurotek International Sp. z o.o. na wezwanie zamawiającego z dnia 23 stycznia 2013 r., a ponadto stanowi o nielogicznym przeprowadzeniu analizy oferty przez zamawiającego i udzielonych na jego wezwanie odpowiedzi. Prawidłowa analiza dokumentacji załączonej przez odwołującego, w jego przekonaniu - nie doprowadziłaby do wniosku - konieczności odrzucenia przedstawionej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 - przy powołaniu się na rzekomą niezgodność oferty z treścią SIWZ – co odwołujący uzasadniał jak niżej:

Po pierwsze podnosił, że zamawiający w pkt 1 wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wskazał, że odpowiedź czasowa fotopowielacza Hamamatsu R928 wynosi 1.2 ns. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia danych konfiguracji urządzeń zaoferowanych w postępowaniu wskazał, że nie jest to zgodne z rzeczywistością, załączając wyniki pomiarów na przyrządzie PTI z użyciem fotopowielacza R928, gdzie uzyskana IRF jest znacznie krótsza niż postulowana przez zamawiającego i wynosi 580 ps. Odwołujący wyjaśniał, że odpowiedź czasowa fotopowielacza zależy od różnych czynników, między innymi od rozkładu napięcia podawanego na dynody. Jako

przykład wskazał publikację Ware'a et al., w której zademonstrowane zostało $IRF = 300$ ps dla fotopowielacza R928 (W.R. Ware, M. Pratinidhi, R.K. Bauer, Rev. Sci. Instr., 54, 1983, 1148-1156). Odwołujący nadmienił, że powyższy fakt jest znany i dostępny od 30 lat.

Odwołujący stwierdził, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 25 stycznia 2013 r. przedstawił dowody, iż postulowany przez zamawiającego $IRF = 1.2$ ns nie ma uzasadnienia. W związku z powyższym, za niezrozumiałe poczytał fakt ponownego powołania się przez zamawiającego na ww. wartość IRF przy uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego. dowód: pismo jakie odwołujący skierował dnia 25 stycznia 2013 r. do zamawiającego

Odwołujący powoływał się na okoliczność, że wykazał również, iż tzw. „teoria” 10% szerokości czasowej IRF jako wartości granicznej mierzalnego czasu życia jest nieprawdziwa. Odwołujący dokonał pomiaru czasu zaniku krótko żyjącej kurkuminy przy użyciu fotopowielacza R928 (49.8 ps), który jest krótszy niż 10% użytego IRF i uzyskał dobrą zgodność z opublikowanym czasem życia (52 ps).

Odwołujący podnosił, że nie ma wielu próbek z udokumentowanym tak krótkim czasem zaniku fluorescencji (czyli standardów). Układ mierzący <50 ps z bardzo (dobrym współczynnikiem χ^2) dobrą zgodnością z literaturą zmierzy także zaniki <40 ps. Powyższa okoliczność wynika z wykresu zaniku kurkuminy i IRF (zanik o czasie 2 razy krótszym będzie jeszcze odróżnialny od IRF , czyli czas życia da się wyznaczyć).

Odwołujący poddawał w wątpliwość - z jakich powodów zamawiający ostatecznie stwierdził „że czas zaniku 49.8 ps nadal nie spełnia wymogów zamawiającego zapisanych w SIWZ”.

Także za niezrozumiałe poczytał nie uznanie przez zamawiającego podanego przez odwołującego zapisu powtarzalności lepszej niż 0.1 nm, podczas gdy takie uznanie znajduje się w zapisie w broszurze produktu. Podkreślał, że po pierwsze ten parametr został zagwarantowany oficjalnym dokumentem producenta, po drugie zapis ten został dodany przez odwołującego aby zilustrować to potwierdzenie. Dalej za niezrozumiałe uznał również - dlaczego zamawiający przypuszcza, że inny zapis zawarty w broszurze jest lepszym dowodem na „trwałe” spełnienie wymagań, niż „eksperymentalnie udokumentowana” przez odwołującego specyfikacja.

Odnosząc się do trzeciego argumentu wskazanego w treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołujący wskazał, że specyfikacja rozdzielczości dla oferowanego sprzętu wynosi 0.06 nm. Za prawdziwością ww. okoliczności przemawia informacja zawarta na stronie www.pti-nj.com. Dana ta znajduje się także w załączniku do oferty przetargowej na str. 24 i 26.

Z powyżej wskazanych względów, odwołujący uznał działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu złożonej oferty za nieprawidłowe, a podstawą przedmiotowej decyzji - nie może być dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 11 marca 2013 r. pismem z dnia 13 marca 2013r., w kopii przesłanym stronom, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca wybrany: Spectro-Lab Sp. z o.o. z siedzibą w Łomiankach, który powoływał się na interes w utrzymaniu w mocy wyboru jego oferty do realizacji zamówienia. Jednocześnie wnosił o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego. W piśmie z dnia 18 marca 2013 r., złożonym na rozprawie przystępujący uzasadnił swoje stanowisko.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę: Spectro-Lab Sp. z o.o. do udziału w sprawie, uznając, że jego interes w popieraniu stanowiska zamawiającego utrzymania czynności wyboru złożonej oferty jako najkorzystniejszej jest niewątpliwy.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania podtrzymał stanowisko wyrażone w powiadomieniu o wynikach przetargu. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 14 marca 2013r. zamawiający podał:

„Pkt 1. Zamawiający w pkt 7 tabeli na stronie 12 specyfikacji określił wymóg zapisując go w poniższym brzmieniu: „najkrótszy mierzalny czas zaniku: nie dłuższy niż 40 ps.”

Odwołujący się zademonstrował na konkretnym, pojedynczym przykładzie, że przy - użyciu proponowanego zestawu pomiarowego jest w stanie uzyskać czas zaniku 49.9 ps, który jest zbliżony z wartością literaturową. Jest to jednak czas zaniku dłuższy niż Zamawiający określił w specyfikacji i jest jedynie czasem zbliżonym nie tożsamym z czasem określonym warunkowo przez zamawiającego.

Ponadto zamawiający pragnie nadmienić, że stwierdzenie odwołującego, strona 5 Faxu podnosi, że z udokumentowanym, tak krótkim czasem życia fluorescencji (czyli standardów). Układ mierzący <50 ps z bardzo dobrym współczynnikiem χ^2), dobrą zgodnością z literaturą, zmierzy także zanik <40ps. Powyższa okoliczność wynika z wykresu zaniku karkuminy i IRF (zanik w czasie 2 razy krótszym będzie jeszcze odróżnialny od IRF, czyli czas życia da się wyznaczyć) jest bezpodstawne, gdyż dokonanie pomiaru zaniku z dokładnością 49,9 ps nie gwarantuje zamawiającemu, że z wykorzystaniem oferowanego urządzenia możliwy jest pomiar zaniku <40ps.

Zamawiającego pragnie zwrócić uwagę, że sam Odwołujący nadmienił, że istnieją próbki (standardy) oferujące czas zaniku <40ps, jednakże Odwołujący takich danych nie przedstawił, tym samym nie udowodnił tego faktu.

Tak więc Zamawiający ani w ofercie, ani w odpowiedzi na zapytanie nie otrzymał od Oferenta jednoznacznych informacji technicznych producenta urządzenia, potwierdzających, że jest możliwy pomiar czasów życia nie dłuższych niż 40 ps., mimo iż: Zamawiający o takie między innymi informacje zwrócił się do Oferenta po otwarciu ofert, ale ich w odpowiedzi nie otrzymał.

W tej sytuacji Zamawiający nie mógł stwierdzić, że oferta spełnia warunki- techniczne określone w SIWZ, gdyż byłoby to niezgodne z podstawowym: zasadami ustawy Pzp. Obowiązkiem zamawiającego było odrzucenia oferty niezgodnej z SIWZ.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamawiający w zapytaniu po otwarciu ofert zwrócił uwagę Oferentowi, że dostępne na stronie internetowej producenta informacje nie potwierdzają deklaracji możliwości pomiarów czasów życia nie dłuższych niż 40 ps.

Informacje zawarte w odpowiedzi Oferenta nie pozwoliły Zamawiającemu usunąć tych wątpliwości.

W związku z powyższym zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko co do niedopełnienia przez Odwołującego wymagań zawartych w SIWZ.

Zamawiający pragnie nadmienić, że uprawioną intencją Zamawiającego jest stworzenie w miarę możliwości uniwersalnej pracowni Spektroskopii Optycznej, która będzie umożliwiała jej użytkownikom wykonywanie szybkich i prostych pomiarów. Będąc częścią infrastruktury naukowo-badawczej Wrocławskiego Centrum Badań EIT + pracownia ta będzie w przyszłości użyczana grupom badawczym o różnym przygotowaniu i doświadczeniu, dlatego też istotne jest to aby wykonywanie pomiarów nie nastroczało trudności poprzez dobieranie wyrafinowanych parametrów pomiarowych, lub wielu skomplikowanych operacji obliczeniowych. Zamawiający nie planuje utworzenia eksperymentalnego stanowiska pomiarowego laboratorium pomiarowego, którego zadaniem byłoby doskonalenie technik pomiarowych lecz nowoczesną placówkę oferującą na wysokim poziomie pomiary, które można uznać za standardowe, do czego Zamawiający ma nie tylko prawo ale i jest zobowiązany z tytułu projektu rządowego finansowanego ze środków UE.

Należy wskazać, że na stronach internetowych firmy Hamamatsu dostępna jest karta produktu „photomultiplier tubes R 928 i dane te utwierdziły Zamawiającego w powziętych wątpliwościach co do możliwości spełnienia warunku pomiarów czasów życia nie dłuższych niż 40 ps. Z danych tych, (poniżej zrzut ekranowy) wynika, że firma Hamamatsu gwarantuje czas odpowiedzi detektora na poziomie 1,2 ns.”

Zamawiający zamieścił tabelę „charakterystyka parametrów [urządzenia].

„Odwołujący powołuje się o na pojedyncze przykłady, w tym także literaturowe, które mówią o możliwości pomiarów czasów zaniku poniżej 10 % odpowiedzi aparatu, dla pewnych konkretnych, specyficznych ustawień parametrów pomiarowych. Zamawiający w specyfikacji określił, że takie pomiary winny być możliwe do wykonania w każdym możliwym przypadku dla całego zakresu spektralnego. Dlatego pojedyncze przykłady potwierdzające jedynie taką możliwość nie są żadną gwarancją, że tak będzie dla innych przypadków, na przykład dla emisji w innych zakresach spektralnych.

Dlatego specyfikacja urządzenia wystawiona przez producenta winna jednoznacznie potwierdzić spełnienie warunków zapisanych w SIWZ w każdych okolicznościach pomiarowych. Zamawiający oczekuje i jest zobowiązany z tytułu projektu rządowego do tego, że aparatura zapewni standardowo możliwość pomiarów o jakość opisanej w SIWZ.

Odwołujący neguje także stosowaną, powszechnie regułę, która mówi, że stosując: dekonwolucję sygnału nie jest możliwa analiza zaników krótszych niż 10% czasu odpowiedzi detektora, Reguła ta opisywana jest wzorem matematycznym: Zamawiający przedstawił przywołany wyżej wzór (...). Jest przywoływana przez innych dostawców sprzętu pomiarowego jak na przykład Horiba PicoQuant czy Boston Electronics Corporation.

Zamawiający nie rozumie i podważa to, dlaczego miałby stosować inne kryteria merytoryczne niż powszechnie przyjęte i aprobowane dla analizy tego typu procesów. Zamawiający uważa, że nieuwzględnianie tej zasady byłoby merytoryczną wadą prowadzonej analizy.

W załączeniu broszury firmy Horiba, PicoQuant, Boston Electronics i Edynburg Instruments, potwierdzające powszechną aprobatę przywołanej zależności do analizy problemu.

Wobec powyższego Zamawiający nie mógł podjąć decyzji innej niż odrzucenie oferty, gdyż żadna z informacji dostarczonych przez Oferenta nie pozwala na potwierdzenie możliwości pomiarów czasów życia nie dłuższych niż 40 ps.

Pkt. 2. Jednym z parametrów zapisanych w SIWZ była powtarzalność nastawy - powtarzalność nastawy winna być nie gorsza niż 0.1nm. W dokumentach dostarczonych przez Odwołującego się (karty techniczne) Zamawiający nie znalazł informacji dotyczących parametru. Przeglądając parametry zaoferowanego sprzętu na stronie internetowej.” Na wskazanej stronie internetowej (...) „znajdowała się informacja, iż powtarzalność nastawy („Reproducibility”) wynosi 0.25 nm. /poniżej: fragment zrzutu ekranowego internetowej strony z dnia 08.01.2013, oraz jako załącznik kopia pdf strony internetowej). Zamawiający nie mógł

jednoznacznie ocenić, czy zaproponowana konfiguracja spełniała wymogi SIWZ i poprosił o przedstawienie adekwatnych wyjaśnień.

<i>stray light</i>	<i>10</i>
<i>Accuracy</i>	<i>+/- 0.5 nm</i>
<i>Reproducibility</i>	<i>0.25 nm</i>
<i>Optical path height</i>	<i>76 mm</i>

W odpowiedzi Odwołujący się przystał wyniki pięciu pomiarów wykonanych dla kryształów YAGDy wykonane w zakresie spektralnym 454.5 – 625 nm, wykazując dla tych pięciu pomiarów bardzo dobrą powtarzalność wyników. Jednakże wynik pięciu wykonanych w stosunkowo wąskim zakresie spektralnym dla bardzo dobrze emitującego kryształu, Zamawiający uznał za niewystarczający dowód trwałej powtarzalności pomiarów. Ponadto do uzupełnień Odwołujący dołączył oświadczenie przygotowane przez Photon Technology International, dokumentujące fakt przeprowadzenia pomiarów w laboratorium firmy PTI.

Zamawiający chce także zwrócić uwagę, że do oferty Odwołującego już wcześniej dołączone były dwa oświadczenia firmy PTI - potwierdzające wymagany w SIWZ stosunek sygnału do szumu oraz prędkość skanowania w czasie spektralnej akwizycji danych.

Wobec jednoznaczności dwóch wymienionych oświadczeń, Zamawiający w dobrej wierze zaakceptował oba. Jednakże w przypadku powtarzalności nastawy oświadczenie PTI poświadczало jedynie wykonanie pomiarów w laboratorium PTI z użyciem fotopowielacza Hamamatsu R928 oraz przyrządu Quanta Master 40 wyposażonym w dwa monochromatory. PTI nie stwierdził więc w swoim oświadczeniu, że gwarantuje spełnienie powtarzalności nastawy z dokładnością 0.1 nm, a jedynie, że w pięciu konkretnych pomiarach taka powtarzalność została osiągnięta. Innymi słowy oświadczenie PTI w tym przypadku nawet nie próbuje stwierdzać, że taka dokładność jest w oferowanym urządzeniu gwarantowana.

W świetle powyższych, okoliczności; Zamawiający nadal uznaje wyniki pięciu pomiarów za niewystarczające by przyjąć, że spełniony jest zapis SIWZ odnośnie tego parametru.

Ponadto zwrócić należy uwagę, że w swojej odpowiedzi wezwany do uzupełnień Odwołujący nie zaprzeczył, że informacja o powtarzalności nastawy 0.25 nm znajduje się na stronie internetowej, nie stwierdził też, że jest to informacja np. przestarzała, czy z jakichkolwiek innych powodów nieprecyzyjna.

Chcemy zaznaczyć, iż w ostatnich dniach informacja ta na stronie internetowej została zmieniona na 0.1 nm, ale na etapie analizy ofert i podejmowania decyzji Zamawiający dysponował jedynie informacjami powyżej przywołanymi, i żadna z nich nie

pozwalala stwierdzić, że parametr powtarzalności nastawy określony w SIWZ na 0.1 nm jest przez oferowane urządzenie w całym zakresie jego pracy spełniony.

Zamawiający w żadnym wypadku nie traktuje zapisów w broszurze produktu jako lepszych, ani gorszych, odnosi się jedynie do potwierdzonych, jednoznacznie określonych parametrów, gdyż tylko tak postąpić może, a jednocześnie musi patrzeć na procedury ustawy Pzp.

Pkt 3. W tabeli na stronie opisu technicznego (strona 15 oferty) Odwołujący wpisał numer katalogowy urządzenia Q73-B, do którego karta katalogowa znajduje się na stronie 22 - Qante Master 40 Steady State Spectrofluorometer with Q-73B NIR Upgrade – i wskazuje rozdzielczość 0.25 nm (zamiast wymaganych w SIWZ 0.1 nm - strona 12 wiersz 9 Spektralna rozdzielczość danych nie mniej niż 0.1 nm). W związku z tym Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia uzupełnień i wyjaśnienia jaka jest w rzeczywistości rozdzielczość proponowanego sprzętu.

Po wezwaniu do wyjaśnień Odwołujący przyznał, że omyłkowo załączył starą kartę katalogową, ale nie dostarczył nowej, stwierdził jedynie, że specyfikowany parametr wynosi 0.06 nm.

W swoim Odwołaniu, Odwołujący powołuje się na dane zawarte na stronach 24 i 26 oferty, jednakże należy zauważyć, że dane w ofercie stronach 24 i 26 dotyczą opcji QuantaMaster 40 i Ouanta Master 30, a nie Quanta Master 40 Steady State Spectrofluorometer with Q-73B NIR Upgrade wymienionego w tabeli 1. Zamawiający stwierdził więc, zgodnie z rzeczywistością, że nie otrzymał dokumentacji potwierdzającej spełnienie parametru rozdzielczości na poziomie 0.1 nm.*

W tych okolicznościach Zamawiający musiał stwierdzić, że przedmiotowa oferta nie spełnia wszystkich parametrów zapisanych w SIWZ, a więc i konsekwentnie ofertę odrzucić na podstawie przepisów ustawy Pzp.”

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty odwołującego, korespondencji stron. Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy. Zamawiający na rozprawie nie podtrzymał zgłoszonego ewentualnie dowodu z opinii biegłego ustanowionego w sprawie – zatem Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła takiego dowodu.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia stanowi: „dostawę wraz z montażem i uruchomieniem i instruktażem personelu aparatury naukowo badawczej, fabrycznie nowej i kompletnej dla potrzeb Laboratorium Spektroskopii Optycznej, z podziałem na 2 części zamówienia”. Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwotę wskazaną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) postanawia:

Dział III.

4. Wykonawca musi zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ, przy czym zobowiązany jest dołączyć do oferty jego szczegółowe opisy techniczne i/lub funkcjonalne w tym katalogi, opisy techniczne producenta, pozwalające na ocenę spełnienia przez oferowane urządzenia i sprzęt co najmniej parametrów minimalnych.
5. W przypadku złożenia oferty, w której zostanie zaoferowany przedmiot zamówienia o parametrach równoważnych – wykonawca zobowiązany jest złożyć oświadczenie, że oferta jest równoważna z opisem przedmiotu zamówienia w załączniku nr 1 formularzu oferty oraz powinien udokumentować równoważność rozwiązań. Zamawiający korzystając ewentualnie z opinii rzeczoznawców dokona oceny zaproponowanych rozwiązań pod kątem ich równoważności. W przypadku wątpliwości obowiązek udowodnienia równoważności złożonej oferty spoczywa na wykonawcy.
6. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia i inne wymagania zamawiającego zawierają dokumenty wymienione w tabeli 1.

- opis przedmiotu zamówienia pkt 7,

- opis przedmiotu zamówienia w załączniku nr 6 do SIWZ.

Urządzenia składające się na część I oferty, w tym:

- Specyfikacja Wymagań Użytkownika - spektrofлуорыметр,

- Specyfikacja Wymagań Użytkownika - laser UV-VIS-IR.

W Dziale VI pkt. 11.1 SIWZ Zamawiający wymagał w celu potwierdzenia, że oferowana dostawa odpowiada jego wymaganiom, aby do oferty załączone zostały: „prospekty i/lub foldery ofertowo-reklamowe sprzętu i/lub dokumentacja producenta; wskazane jest, aby parametry techniczne prezentowane w załączonych prospektach odpowiadały parametrom technicznym opisanym w załączniku nr 6 do SIWZ. Jeżeli w prospekcie technicznym brak opisu danej funkcji aparatu lub wartości parametru, dopuszcza się załączenie do oferty innych dokumentów producenta (np. części instrukcji obsługi), na podstawie których Zamawiający będzie w stanie zweryfikować zgodność opisu funkcji lub wartości danego parametru z treścią załącznika nr 6 do SIWZ.

Załącznik nr 6 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia opracowany przez firmę M+W według spisu z tabeli nr 1 w dziale III SIWZ, dostosowany przez zamawiającego do potrzeb przedmiotowego zamówienia.

Załącznik nr 1 wzór formularza oferty.

Część A wspólna dla wszystkich części zamówienia (2).

Część B osobno dla każdej części I-II.

SIWZ zawiera uwagę: Powyższy opis stanowi obligatoryjnie wymagane parametry lub funkcje. W przypadku parametrów lub funkcji lepszych niż minimalne należy je podać opisać – nie spełnienie chociażby jednego z parametrów lub funkcji obligatoryjnych spowoduje odrzucenie oferty.

Dział XI termin składania ofert został wyznaczony do 29 listopada 2012 r.

Dział XIII kryterium wyboru oferty została ustanowiona najniższa cena.

W formularzu oferty pkt 11) odwołujący podał, że opis równoważności go nie dotyczy.

Odwołujący zaoferował spektrofлуориметр typ Quanta Master QM -40 High Sensitivity z wybranymi opcjami. Producent Photon Technology International; Nr katalogowy: QM-40;Q-4G; S-73;S-171; S73B;K-158 rok produkcji 2012/2013.

Wykonawca złożył oświadczenie, że oferowana aparatura urządzenie jest kompletna fabrycznie nowa i posiada niżej wymienione wyposażenie oraz cechy techniczno jakościowe (parametry, funkcje), w tym:

Pkt 7. Powtarzalność nastawy winna być nie gorsza niż 0.1. Oświadczenie wykonawcy TAK:
0,1 nm

Odwołujący zaoferował jako laser UV-VIS-IR – spektrofluorymetr kinetyczny Typ Pico Master; Producent Photo Technology International; model PicoMaster Fianium; ogólnie wskazał numery katalogowe, w tym Q-73B.

Pkt 7. Najkrótszy mierzalny czas zaniku: nie dłuższy niż 40 ps. Oświadczenie wykonawcy:
TAK: <40ps TCSPC.

Pkt 9. Spektralna rozdzielczość danych: nie mniej niż 0.1 nm. Oświadczenie wykonawcy:
TAK: 0.06 nm.

Odwołujący przedstawił opisy oferowanego urządzenia lasera na stronach 15-16 oferty oraz na stronach 19-21 – dla spektrofluorymetru, w którym wskazał odniesienie do poszczególnych wymagań minimalnych, z przytoczeniem odnośnego numeru katalogowego.

Odwołujący zamieścił w dokumentach oferty zbiór kart katalogowych producenta urządzenia (modułów).

Zamawiający w trakcie badania ofert ujawnił braki i nieścisłości w ofercie odwołującego w związku z czym pismem z dnia 23 stycznia 2013 r. – wezwał wykonawcę do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, j.n.:

„Działając na podstawie art. 87 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) Zamawiający wzywa do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

W związku z niemożliwością jednoznacznej oceny parametrów urządzeń zaoferowanych przez Państwa firmę w przetargu nr ZP/(M/D/PN/2012 uzupełnionych danych konfiguracji urządzeń zaoferowanych (Załącznik nr 1 do SIWZ - Wzór Formularza Oferty - Część B), Dostarczone opisy i parametry oraz dane techniczne powinny w jednoznaczny sposób stwierdzać implementację nw. punktów:

Część I – dot. Laser UV-VIS-IR:

1. W Formularzu Oferty Część B Główne funkcje urządzenia w punkcie 4; Specyfikacja wymaga, aby zaproponowane rozwiązanie umożliwiło pomiar czasów zaniku nie dłuższych niż 40 ps. Po uwzględnieniu pytań zadanych w trakcie procedury przetargowej Zamawiający zgodził się na dopuszczenie piko sekundowego źródła wzbudzenia 390-2000 nm. Państwa oferta zakłada pomiar czasów życia przez dekonwolucję. Po zapoznaniu się na stronach firmy Hamamatsu (...) z parametrami technicznymi zaproponowanego fotopowielacza Zamawiający nie rozumie, w jaki sposób możliwe będzie wykonanie pomiarów dla czasów zaniku nie dłuższych niż 40 ps? W ocenie Zamawiającego powyżej 900 nm, gdzie zaproponowanym detektorem jest detektor inGaAs nie jest w ogóle możliwy pomiar

pikosekundowych czasów zaniku, a w zakresie do 900 nm, detektorem jest fotopowielacz Hamamatsu R928 z czasem odpowiedzi 1,2 ns możliwe są pomiary jedynie czasów zaniku nie krótszych niż 120 ps, (Zgodnie z teorią, stosując dekonwolucję: nie jest możliwa analiza zaników krótszych niż 10% czasu odpowiedzi detektora). W związku z tym Zamawiający nie może jednoznacznie ocenić, czy zaproponowana konfiguracja spełnia SIWZ i prosi o przedstawienie adekwatnych wyjaśnień.

Część I – dot. Laser UV-VIS-IR:

2. W Formularzu Oferty Część B Główne funkcje urządzenia w punkcie 9;

Specyfikacja wymaga, aby „spektralna rozdzielczość danych: nie mniej niż 0,1 nm” tymczasem w załączonej Ofercie na stronie 22 dotyczącej QuantaMaster 40 znajduje się informacja „Resolution 0,25” nm. Zamawiający stwierdza, iż w tej sytuacji nie może jednoznacznie ocenić czy Państwa oferta jest zgodna z SIWZ i prosi o złożenie wyjaśnienia w tej sprawie.

Część I - dot. Spektrofluorymetr:

3. W Formularzu Oferty Część B Główne funkcje urządzenia w punkcie 7:

Specyfikacja wymaga, aby „Powtarzalność nastawy powinna być nie gorsza niż 0.1 nm” Na stronie internetowej (...) Znajduje się informacja, iż powtarzalność nastawy („Reproducibility”) wynosi 0.25 nm. Zamawiający nie może jednoznacznie ocenić, czy zaproponowana konfiguracja spełnia wymogi SIWZ i prosi o przedstawienie adekwatnych wyjaśnień.

Prosimy zatem o przesłanie wyjaśnień przez które rozumiemy zarówno Państwa wyjaśnienia w formie osobistego oświadczenia wiedzy jak i złożenie stosownych/odpowiednich prospektów i/lub folderów ofertowo-reklamowych sprzętu i/lub dokumentacji producenta, z których jasno wynika, iż parametry techniczne prezentowane w ww. dokumentach odpowiadają parametrom technicznym opisanym w Załącznikach Nr 1 i 6 do SIWZ. Jeżeli w prospekcie technicznym brak opisu danej funkcji aparatu lub wartości parametru, dopuszcza się załączenie do oferty innych dokumentów producenta (np. część instrukcji obsługi), wg których Zamawiający będzie w stanie zweryfikować zgodność opisu funkcji lub wartości danego parametru.”

Zamawiający wyznaczył termin na udzielenie wyjaśnień do dnia 31 stycznia 2013 r.

Pismo odwołującego z dnia 25 stycznia 2013 r. - odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów.

„W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia danych konfiguracji urządzeń zaoferowanych w niniejszym postępowaniu, poniżej wyjaśniamy podniesione w wezwaniu kwestie. Poniższe

wyjaśnienie jest zilustrowane przykładami pomiarowymi w załączonym dokumencie „Dane testowe”

I. Część I - dot. Laser UV-VIS-IR.

Główne funkcje urządzenia w punkcie 4. Na pytania w punkcie I. odpowiadamy, co następuje.

1. W opisie technicznym oferty podaliśmy parametry pomiaru zaników emisji w poszczególnych zakresach: (i) 185-900 nm CW, mikro, mili i pikosekundowe, (ii) 900-2200 nm - mikro, mili sek i CW. SIWZ wskazuje jedynie zakresy wzbudzenia dla pomiarów pikosekundowych (pkt. 4.), a nie precyzuje tego w odniesieniu do detekcji. Ponieważ w całym wymaganym zakresie emisji nie jest praktycznie możliwy pomiar emisyjny z wymaganą dokładnością (w zakresie 1700-2200 nm), założyliśmy, że Zamawiający pozostawia tę sprawę do uznania oferenta. Nasza oferta wskazuje, w którym zakresie można mierzyć pikosekundowe czasy zaniku w zaoferowanej konfiguracji.

2. Dolna granica mierzalności zaniku fluorescencji z użyciem proponowanego fotopowielacza. PTI selekcjonuje detektory pod względem dokładności pomiaru. Wybiera się je m. in. pod kątem rozrzutu czasu przelotu i fluktuacji czasów narastania. Ponadto PTI używa indywidualnie dostosowanej elektroniki pomiarowej (gniazdo PMT, przedwzmacniacze itd.). Nasza oferta jest oparta o udokumentowane pomiary testowe. Zaznaczamy, że przytoczona w piśmie reguła „10% czasu odpowiedzi” jest przybliżona. Granica pomiaru z użyciem procedur dekonwolucji zależy w decydującej mierze od jakości statystycznej pomiaru. W tym także precyzji i staranności w pomiarze czasowej „funkcji odpowiedzi aparatury” (IRF) i mierzonego zaniku. Szczególnie ważne jest to przy pomiarze próbek stałych ze względu na poziom światła rozproszonego w sygnale emisji.

Na dowód powyższego przytaczamy pomiar szybkiej kinetyki znanego wzorca -kurkuminy - w roztworze w cykloheksanie. Dane testowe, rys. 1. Szerokość połówkowa IRF wynosi 0.58 ns, zaś czas zaniku fluorescencji wyliczony z dekonwolucji - 49.8 (+/-2.2) ps.

Referencyjny czas zaniku tej substancji (S. M. Khopde, K. L. Priyadarsini, D.K. Palit and T. Mukherji, Effect of Solvent on the Excited-State Photophysical Properties of Curcumin, Photochem. Photobiol, 2000, 72(5), 625-631) wynosi 52 ps.

2. Część I -dot. Laser UV-VIS-IR.

Główne funkcje urządzenia w punkcie 9. Na pytania w punkcie 2. odpowiadamy co następuje.

Oferowany spektrofluorymetr z rodziny QuantaMaster ma podwójne monochromatory zarówno w torze wzbudzenia, jak i emisji. Potwierdzamy specyfikowany w ofercie parametr

rozdzielczości spektralnej monochromatora na 0.06 nm. Do oferty załączyliśmy omyłkowo starszą wersję karty katalogowej. Bieżące dane wskazują rozdzielczość 0.06 nm.

3. Część I - dot. Spektrofluorymetr.

Główne funkcje urządzenia (...).

Na pytania w punkcie 3 odpowiadamy co następuje.

Potwierdzamy specyfikowany w ofercie parametr powtarzalności nastawy na 0,1 nm. Ilustrujemy dokładność przyrządu powtórzonymi przebiegami pomiaru widma linii ok 496.4 nm kryształu DYAG (Dane testowe, rys. 3.). 5 kolejnych zapisów ma błąd powtarzalności poniżej 0.1 nm.

W odniesieniu do pytań dla części I informujemy, że spektrofluorymetr QM-40 ma charakter modułowy. W zależności od wymagań, stosowane są pojedyncze lub podwójne monochromatory 200 mm (M102 lub 2xM102) oraz monochromatory 300 mm. Podobnie napędy i sterowniki monochromatorów są dopasowywane do wymaganych parametrów „dokładności” spektralnej. Widoczne na stronie producenta są konfiguracje standardowe. Nasza oferta wskazywała na użycie monochromatorów podwójnych.

Załącznikiem do tego wyjaśnienia jest dokument „Pomiary testowe wykonane spektrofluorymetrem QM-40 z fotopowielaczem R 928.” Konfiguracja z monochromatorem podwójnym (2 str.) oraz list z Photon Technology International Inc. z dnia 28 stycznia 2013 r. poświadczający wykonane pomiary testowe” „Niniejszym potwierdzam, że wyniki załączone w dokumencie „Dane testowe” zostały wykonane w laboratorium PTI z użyciem standartowej aparatury. Pomiar zaniku kurkuminy został wykonany przy wzbudzeniu dioda laserowa 375 nm i z użyciem fotopowielacza R928 Hamamatsu pracującym w trybie zliczania pojedynczych fotonów. Powtarzalność zapisu widma emisji z użyciem kryształu DYAG została zmierzona na przyrządzie QuantaMaster-40 wyposażonym w podwójne monochromatory.”

Na część I zamówienia zastały złożone 2 oferty odwołującego oraz przystępującego.

Pismem z dnia 25 lutego 2013 r. - zawiadomieniem o wyborze oferty dla części I, zamawiający uznał ofertę przystępującego Spectro-Lab Sp. z o.o. z ceną brutto 2 398 500,00 zł za najkorzystniejszą. Jednocześnie zamawiający odrzucił ofertę odwołującego (z ceną 1 195 708,95 zł brutto) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadającej treścią SIWZ, z następującym uzasadnieniem: „Zamawiający specyfikując aparaturę naukowo-badawczą na potrzeby Laboratorium Spektroskopii Optycznej miał na celu zakup urządzenia umożliwiającego prowadzenie badań i uzyskiwanie rezultatów o odpowiedniej jakości oraz specyficznych parametrach, dlatego też:

- w przypadku pomiaru czasów zaniku nie dłuższych niż 40ps Firma Eurotek zaznacza, że reguła 10% czasu odpowiedzi detektora jest regułą przybliżoną przytaczając dane literaturowe oraz wyniki własnych pomiarów, w których wykazuje, że dla IRF 0.58 ns (580 ps) możliwy jest pomiar czasu zaniku (policzonego przez dekonwolucję) 49.8(+/- 2.2) ps (referencyjny czas zaniku substancji z danych literaturowych - 52 ps). Ponadto Firma Eurotek w udzielonych odpowiedziach, nie odnosi się do pytania jak używając detektora Hamamatsu R928 - zaproponowanego w ofercie, o czasie odpowiedzi 1.2 ns możliwe będzie wykonanie pomiaru próbki o czasie zaniku nie dłuższym niż 40 ps. Firma Eurotek twierdzi, że reguła 10 % mimo, iż przybliżona pozostaje w mocy, i mimo zakładania staranności w doborze gniazd pomiarowych krytycznym parametrem pozostaje czas odpowiedzi fotopowielacza, czyli tym samym detektor ten nie jest odpowiedni dla tak krótkich czasów zaniku (poniżej 40ps, ponieważ 10% 1.2 ns, wynosi 120 ps). Ponadto zademonstrowany przykład pomiarowy - czas zaniku 49.8 ps, nadal nie spełnia wymogów Zamawiającego zapisanych w SIWZ,

- w przypadku wymogu powtarzalności nastawy „Reproducibility” 0.1 nm dołączona specyfikacja przetargowa, jak i informacje znalezione na stronie internetowej producenta podają wartość 0.25nm. Zdaniem Zamawiającego uzyskanie pięciu powtarzalnych zapisów pojedynczego pomiaru nie jest dowodem, że specyfikacja urządzenia zapewnia w sposób trwały spełnienie wymaganego warunku zapisanego w SIWZ.

- w przypadku wymogu spektralnej rozdzielczości danych, nie mniej niż 0,1 nm specyfikacja techniczna Firmy Eurotek zawiera wartość 0,25nm. Firma Eurotek w odpowiedzi na pytania stwierdza, że wartość ta została umieszczona omyłkowo, jednakże do odpowiedzi nie została dostarczona karta katalogowa produktu potwierdzająca wymagana w SIWZ rozdzielczość 0,1 nm, a w opinii Zamawiającego Oświadczenie Oferenta nie jest wystarczającym potwierdzeniem spełnienia parametru.

Zamawiający na podstawie udzielonych wyjaśnień Firmy Eurotek stwierdza, że oferta jest niezgodna z wymaganiami w SIWZ, oferta nie spełnia wymagań SIWZ, wobec czego Zamawiający zobowiązany jest odrzucić przedmiotową ofertę.”

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - skoro jego oferta, jako zawierająca korzystniejszą cenę niż wybranego wykonawcy - została odrzucona. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził - niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny złożonej

oferty, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

Przytaczane powyżej postanowienia SIWZ w odniesieniu do wykazania spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego pozostają w zgodności z regulacją art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Przepis ten upoważnia zamawiającego do żądania oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych w SIWZ. Zakres dokumentów, które mogą być wymagane określa § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226 poz. 1817), które obejmują między innymi: opisy urządzeń technicznych, instrukcje obsługi.

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazuje natomiast, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, właściwości, warunków realizacji i innych elementów, którym zamawiający nadał rangę istotnych - dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego spełnienia zamawiający oczekuje - zgodnie z postanowieniami SIWZ. Postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane, a na etapie oceny ofert brak było podstaw do rewidowania ich treści, zatem wszyscy uczestnicy

przetargu, jak i sam zamawiający - byli związani opisem przedmiotu zamówienia i sposobu spełnienia wymagań, zamieszczonym w SIWZ.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania, Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że treść oferty w przedmiotowym postępowaniu wyznacza Załącznik nr 1 wypełniony formularz oferty, część A wspólna dla wszystkich części zamówienia oraz część B osobno dla każdej z części zamówienia, podający zaoferowane przez wykonawcę w kolumnie 3 faktycznie posiadane parametry oferowanego urządzenia. Ponadto, za treść oferty odwołującego wykonawcy należało przyjąć w odniesieniu do urządzenia spektrofotometrycznego – opis własny zawarty na stronie 19-21 dokumentów oferty, oraz opis własny lasera UV-VIS-NIR zawarty odpowiednio na stronie 15-16, w odniesieniu do wyspecyfikowanych w punktach wymagań zamawiającego podanych w tabelach w Formularzu Oferty Część B – Główne funkcje urządzenia. W dokumentach tych odwołujący podał odniesienie zamieszczonego opisu do wskazanych punktów wymagań oraz numer katalogowy karty (specyfikacji) producenta, dla których w oparciu o zawarte tam dane, zamawiający mógłby zweryfikować deklarowane przez odwołującego właściwości i parametry oferowanych urządzeń.

Opisane: - *„prospekty i/lub foldery ofertowo reklamowe sprzętu i/lub dokumentacja producenta; wskazane jest, aby parametry techniczne prezentowane w załączonych prospektach odpowiadały parametrom technicznym opisanym w załączniku nr 6 do SIWZ. Jeżeli w prospekcie technicznym brak opisu danej funkcji aparatu lub wartości parametru, dopuszcza się załączenie do oferty innych dokumentów producenta (np. części instrukcji obsługi), na podstawie których Zamawiający będzie w stanie zweryfikować zgodność opisu funkcji lub wartości danego parametru z treścią załącznika nr 6 do SIWZ”* – stanowiły zaś dokumenty na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego – w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Dokumenty przedmiotowe na potwierdzenie, że oferowany wyrób spełnia wymagania zamawiającego, w przeciwieństwie do dokumentów kreujących treść oferty, podlegają uzupełnieniu na wezwanie zamawiającego w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z wyłączeniem przypadku opisanego w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przepis art. 87 ust. 1 tej ustawy zabrania zarówno prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz (...) dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści.

Izba natomiast weryfikuje czynności zamawiającego w oparciu o warunki ustalone w przetargu i specyfikację udostępnioną wykonawcom, której postanowienia są wiążące.

Pomimo zadeklarowania przez odwołującego spełnienia wszystkich wymaganych parametrów, zamawiający biorąc pod uwagę zestawienie treści oferty (deklarowanego zobowiązania wykonawcy) - z przedłożonymi na potwierdzenie specyfikacjami producenta (kartami katalogowymi) a także przy braku ich wskazania - powziął wątpliwości co do spełnienia przez oferowane przez odwołującego urządzenia wymagań SIWZ w odniesieniu do:

- pkt 4,7 i 9 części I – dot. lasera UV-VIS-IR,
- oraz pkt 7 dotyczącej spektrofluorymetru.

Zamawiający uznał złożone w wyniku wezwania wyjaśnienia oraz przedłożone dodatkowo dokumenty za nie potwierdzające spełnienia postawionych wymagań, w odniesieniu do:

- pkt 7 i 9 części I – dot. lasera UV-VIS-IR,
- oraz pkt 7 - dotyczącej spektrofluorymetru.

Z tych też względów oferta odwołującego została odrzucona.

W oparciu o przeprowadzone postępowanie dowodowe w sprawie, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego oraz przystępującego, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do wymaganego parametru 7 – główne funkcje urządzenia lasera UV-VIS-IR Pico Master Fianium – najkrótszy mierzalny czas zaniku nie dłuższy niż 40 ps, odwołujący w formularzu oferty zaoferował ten parametr na wymaganym poziomie – mniejszym niż 40 ps. Pominął jednak dokonanie opisu technicznego tegoż parametru na stronach 15 i 16 swojej oferty, przez co treść oferty w tym zakresie nie pozostawała spójna i kompletna. Nie wskazał też oznaczonego numeru karty katalogowej producenta, która jednoznacznie potwierdzałaby, iż oferowane urządzenie w rzeczywistości taką cechą się charakteryzuje. Dopiero na wezwanie zamawiającego, odwołujący przedstawił dokument nie dopuszczany przez zamawiającego, t.j. - wyniki pomiarów testowych zaniku kurkuminy, wykonane spektrofluorymetrem QM-40 z fotopowielaczem Hamamatsu R 928, konfiguracja z monochromatorem podwójnym, a o dopuszczeniu wyników badań i ich przedstawieniu w ofercie zamawiający nie mówił ani w SIWZ ani w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Jednakże nawet przedstawione wyniki nie wykazywały spełnienia wymagania najkrótszego mierzalnego czasu zaniku, nie dłuższego niż 40 ps, gdyż w tych wynikach mówi się o 49.8 ps. Izba przychyliła się do argumentacji zamawiającego, że skoro jest ustalony powszechnie stosowany wzór dla wyliczenia najkrótszego mierzalnego czasu zaniku i zamawiający oczekiwał wyliczenia wartości omawianego parametru przy zastosowaniu tego wzoru, to powinna być dobrana taka konfiguracja, która by wprost potwierdzała wymagany wynik

pomiaru nie dłuższy niż 40 ps. Odwołujący powoływał się na dokumenty, z których wynika, iż mierzalny czas zaniku wynosi 49.8 ps, zatem można było uznać ten zarzut za przyznany przez samego odwołującego. W informacji zawartej na str. 29 oferty - najkrótszy mierzalny czas zaniku – wskazany został nawet na poziomie 20 ps, ale należy go rozpatrywać łącznie z innymi wskazanymi tu parametrami tj. dla detektora zaoferowanego - 580 ps. Detektor 180 ps jest natomiast 3 razy szybszy od zaoferowanego 580 ps i dla takiego detektora byłoby możliwe osiągnięcie 20 ps mierzalnego czasu zaniku. Przykład zaniku kurkuminy, 49.8 nie gwarantuje, iż przy użyciu oferowanego urządzenia możliwy jest pomiar najkrótszego mierzalnego czasu zaniku na poziomie nie dłuższym niż 40 ps.

W odniesieniu do wymaganego parametru 9 – główne funkcje oferowanego urządzenia lasera UV-VIS-IR – spektralna rozdzielczość danych: nie mniej niż 0.1 nm, odwołujący w formularzu oferty zaoferował ten parametr na wymaganym poziomie – 0.06 nm, tj. jest lepszym – od wyznaczonego minimalnego.

Z opisu przedstawionego na str. 15 i 16 oferty odwołującego wynika, że do punktu 9 powinny mieć zastosowanie karty katalogowe na str. 22 (Q73B, S-72B) oferty, które stwierdzają w odniesieniu do QuantaMaster 40 „Resolution 0.25 nm”, podczas gdy w opisie zaznaczono, że do numeru katalogowego Q73B odnosi się parametr pierwszy, natomiast w odniesieniu do parametru 9 odnoszą się karty katalogowe S73B i S 72B (str. 16 opisu). Odwołujący przyznał w złożonych wyjaśnieniach, że do oferty załączył starszą wersję karty katalogowej, a bieżące dane wskazują na rozdzielczość 0.06 nm, ale tej nowej karty nie załączył. Zamawiający wymagał jednoznacznego stwierdzenia zarówno w opisie wykonawcy, jak i w karcie katalogowej czy innych dokumentach producenta, które by takie wymaganie według tabeli minimalnych parametrów - jednoznacznie potwierdzały. W odniesieniu do parametru 9 na str. 11 oferty został przywołany numer katalogowy Q73B i pod to jest karta katalogowa na str. 22. Z karty tej wynika, iż rozdzielczość spektralna „Resolution” jest wskazana w wielkości 0.25 nm, zatem poświadcza to niezgodność z wymaganiem, bo powinno być nie mniej niż 0.1 nm. Odwołujący oznaczył lepszy parametr 0.06 nm w ofercie, a w katalogu parametr ten jest podany na poziomie gorszym tzn. 0.25 nm. Oferowane urządzenie stanowi pewien system składający się z modułów. Jednakże jeżeli jakiś moduł zostanie dodany to wpływa to na parametry całego systemu. W dokładnym opisie urządzenia lasera wskazano Pico Master PreAmp z rozszerzeniami modułowymi Q73B i Q73D, odnosi się do rozszerzenia oferowanego Q73B, do którego nawiązuje karta katalogowa zamieszczona na str. 22, gdzie spektralna rozdzielczość (resolution) została wskazana w wielkości gorszej niż wymagana i zadeklarowana (tj. 0.25 nm), a karty katalogowe przedstawione na str. 24 i 26 dotyczą urządzenia Quanta Master TM40, które nie zawierają oferowanego rozszerzenia Q73B, zatem nie mogą być odnoszone do potwierdzenia

wymagania z pkt 9 dla lasera. Specyfikacja producenta wskazuje rozdzielczość 0.25 nm zamiast wymaganej 0.1 nm. Zamawiający nie otrzymał dokumentu potwierdzającego rozdzielczość na poziomie 0.1 nm.

W odniesieniu do wymaganego parametru 7 – główne funkcje urządzenia spektrofotometrycznego – powtarzalność nastawy powinna być nie gorsza niż 0.1nm, zadeklarowano poziom spełnienia „TAK; 0.1 nm.” Odwołujący w opisie własnym sposobu spełnienia wymagań nie odniósł się do oznaczonych wprost oferowanych parametrów dla pkt 7, przywołał pkt 10 i określone w nim karty katalogowe S-73 oraz S-73B. Zamawiający nie potwierdził, że opis pkt 7 i zawarte tam wymaganie jest tożsamy z opisem pkt 10 tabeli wskazywanym przez odwołującego. Pkt 10 mówi o spektralnej rozdzielczości czyli jakości wyniku badania, natomiast pkt 7 mówi o powtarzalności tzn. o tym żeby w tych samych warunkach wyniki się nie różniły. Chodzi o to, żeby oferowana aparatura gwarantowała stabilność wyników. Ani w opisie dla spektrofotometrycznego nie ma odniesienia do pkt 7 powtarzalności nastawy, a w związku z tym nie wskazano również aby zaoferowaną wartość parametru potwierdzały karty katalogowe producenta, gdyż podane specyfikacje producenta odnoszą się do pkt 10 - czyli spektralnej rozdzielczości danych. Należało uwzględnić, że zamawiający będzie badał różne próbki pod kątem zastosowań użytkowych, a kryształ DYAG, w odniesieniu do którego odwołujący załączył do złożonych wyjaśnień – wyniki 5 powtórzonych kolejnych przebiegów badań dokonanych przez producenta – stanowi substancję łatwą do mierzalności - według doświadczeń praktycznych zamawiającego. Zamawiający chciałby mieć pewność powtarzalności wyników za każdym razem, o ile będzie badany ten sam materiał, a nie tylko w przypadku 5 powtórzonych kolejnych przebiegów (na łatwym materiale). Zamawiający przedłożył jako dowód w sprawie wydruk ze strony internetowej producenta urządzenia - z informacją, iż powtarzalność nastawy wynosi 0.25 nm i z tych względów właśnie zwrócił się o wyjaśnienia. Dotyczyło to urządzenia Quanta Master TM40 oferowanego przez odwołującego. Zamawiający miał zatem podstawy do uznania, że wyjaśnienia nie potwierdziły deklarowanego parametru na poziomie 0.1 nm – stanowiąc jeden z powodów odrzucenia oferty odwołującego. Mimo zadeklarowania parametru w wielkości 0.06 nm specyfikacja producenta – na jego potwierdzenie, nie została dołączona.

Według wskazań specyfikacji istotnych warunków zamówienia, obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę było potwierdzenie w tabeli wymagań - wymaganego parametru i dokonanie jego opisu i dołączenie kart katalogowych - opisu producenta, które by te parametry jednoznacznie potwierdzały, czyli wyniki pomiarów eksperymentalnych, czy wycinkowych - nie były w ogólności dopuszczone na potwierdzenie parametrów.

Zamawiający nie miał obowiązku analizować przedstawionych wyników pomiarów, z punktu widzenia chociażby ich kompatybilności z wszelkimi innymi stawianymi uwarunkowaniami.

Powodem odrzucenia oferty odwołującego była niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w związku z czym odwołujący musiałby wykazać, iż w jego ofercie znajdują się potwierdzone wszystkie wymagania graniczne, w tym kwestionowane, a w ocenie Izby – odwołujący nie zdołał takich dowodów przeprowadzić.

Nie można było pominąć, iż zamawiający nie poprzestał na samych oświadczeniach wykonawcy w formularzu oferty jako niewątpliwej treści oferty. Wymagał też opisów w pełni zgodnych z deklaracjami spełnienia minimalnych parametrów gwarantowanych. Nadto, potwierdzonych w materiałach producenta: kartach katalogowych, specyfikacjach wyrobu, ofertach handlowych, prospektach, czy nawet w instrukcjach obsługi. Zamawiający zobligowany był zatem weryfikować oferty w sposób jaki podał w specyfikacji, zarówno z uwagi na treść oświadczeń jak i innych wymaganych dokumentów.

W związku z powyższym, zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, gdyż z punktu widzenia postawionych wymagań, sposobu zaoferowania tych wymagań i sposobu potwierdzenia spełnienia zaoferowanych wymagań określonego w specyfikacji, oferta odwołującego nie odpowiadała treści SIWZ.

Brak potwierdzenia obligatoryjnie wymaganymi dokumentami (opisy producenta) deklarowanych w ofercie właściwości przedmiotu zamówienia, kwalifikowany jest w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Dowody przeprowadzone w niniejszej sprawie nie wykazały zasadności czynionych zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało istotny wpływ na wynik postępowania, tj: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego - za treść nieodpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - odrzucenie złożonej oferty, w ocenie Izby znajdowało normatywne wsparcie.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....