

Wysłane kurierem

Katowice, 11 lutego 2014 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Urząd Zamówień Publicznych**
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Składający Odwołanie:
SPEKOM

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Sowińskiego 33, 40-272 Katowice,
numer faksu 32-2561037

adres poczty elektronicznej spekom@spekom.pl

reprezentowana przez

Radcę prawnego Krzysztofa Posilę

adres dla doręczeń:

WIŚNIEWSKI, SZYMURA, KAMYK

Spółka partnerska radców prawnych
ul. Porcelanowa 19, 40-246 Katowice

Zamawiający:

Instytut Badań i Rozwoju Motoryzacji BOSMAL
Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

ul. Sami Stok 93, 43-300 Bielsko-Biała

numer faksu 48 33 82 28 846

adres poczty elektronicznej zakupy@bosmal.com.pl

Przedmiot zamówienia:	dostawa	fluorescencyjnego	spektrometru
	rentgenowskiego z dyspersją długości fali (WDXRF)		
	BOS/78/FZ/13, kod CPV 38433000		

Numer ogłoszenia: 373786-2013, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
S215 z dnia 6 listopada 2013 roku

ODWOŁANIE

**od wyboru oferty złożonej przez
TESTCHEM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pszowie**

W imieniu SPEKOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach („**Składający Odwołanie**”), w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. numer 907 z 2013 roku z późniejszymi zmianami, dalej „**Prawo zamówień publicznych**”), składam **odwołanie** od decyzji Zamawiającego przekazanej Składającemu Odwołanie w dniu 3 lutego 2014 roku o wyborze w przetargu nieograniczonym na dostawę fluorescencyjnego spektrometru rentgenowskiego z dyspersją długości fali (WDXRF) BOS/78/FZ/13 oferty

złożonej przez Testchem Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Pszowie („**Testchem**”).

Zaskarżonej czynności **zarzucam** naruszenie art. 89 ust. 1 punkt 2) Prawa zamówień publicznych, polegające na braku jego zastosowania. Wybrana oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 2) Prawa zamówień publicznych, jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia („**Specyfikacja**”) z następujących powodów:

- 1) niezgodność oferty Testchem ze Specyfikacją, polegająca na braku możliwości dokonywania pomiaru próbek o nietypowych kształtach przy użyciu urządzenia oferowanego przez Testchem, podczas gdy w wyjaśnieniach do treści Specyfikacji Zamawiający oświadczył, że wymaga, aby urządzenie umożliwiała taki pomiar;
- 2) niezgodność oferty Testchem z § 1 punkt 37) Oprogramowanie sterujące i analityczne Specyfikacji, zgodnie z którym Zamawiający wymaga dostarczenia bazy danych umożliwiającej dokonywanie identyfikacji materiału, podczas gdy program analityczny oferowany przez Testchem nie zawiera takiej bazy danych pozwalającej na dokonywanie identyfikacji materiału (doboru gatunku);
- 3) braku złożenia przez Testchem wymaganego przez Zamawiającego potwierdzenia należytego wykonania co najmniej trzech dostaw o analogicznym charakterze;
- 4) niezgodność oferty Testchem polegająca na braku możliwości stosowania programu bezwzorcowego do pomiaru punktowego, podczas gdy w wyjaśnieniach do treści Specyfikacji Zamawiający oświadczył, że wymaga, aby urządzenie umożliwiała taki pomiar.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, w imieniu Składającego Odwołanie **żądam**:

- 1) uwzględnienia w całości niniejszego odwołania oraz unieważnienia czynności wyboru przez Zamawiającego oferty Testchem oraz odrzucenia oferty Testchem, zgodnie z art. 89 ust. 1 punkt 2), jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) nakazania Zamawiającemu ponownej oceny ofert.

Jednocześnie wnoszę o zasądzenie kosztów od Zamawiającego na rzecz Składającego Odwołanie, w tym kosztów wpisu oraz pozostałych uzasadnionych kosztów.

UZASADNIENIE

1. WYKAZANIE INTERESU W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA

Interes prawny Składającego Odwołanie wynika z faktu, że gdyby oferta Testchem została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 2) Prawa zamówień publicznych, jako nieodpowiadająca treści Specyfikacji, wówczas oferta Składającego odwołanie, która nie podlega odrzuceniu, byłaby ofertą najkorzystniejszą.

2. POMIAR PRÓBEK O NIETYPOWYCH Kształtach

W § 1 Opis przedmiotu zamówienia w Specyfikacji, Zamawiający wskazał, że „*Spektrometr musi umożliwiać analizę próbek o niewielkich rozmiarach, nietypowych kształtach i składach chemicznych.*” Dla ustalenia przyjętego przez Zamawiającego rozumienia „nietypowych kształtów”, Składający Odwołanie zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem „Czy

Zamawiający wymaga aby spektrometr umożliwił pomiar ilościowy próbek o nietypowych kształtach i niewielkich rozmiarach (np. wióry, pyły), które wypełniają częściowo kasety przy zastosowaniu opcji helowej i programu bezzorcowego.”. W odpowiedzi na zadane pytanie, Zamawiający oświadczył, że „wymaga aby oferowana spektrometr umożliwił pomiar ilościowy próbek o nietypowych kształtach i niewielkich rozmiarach (np. wióry, pyły), które wypełniają częściowo kasety przy zastosowaniu opcji helowej i programu bezzorcowego.”. Powyższe wyjaśnienie do treści Specyfikacji zostało ogłoszone na stronie internetowej Zamawiającego.

Dowód: wyjaśnienia Zamawiającego do treści Specyfikacji – Załącznik numer 4

Zamawiający zwrócił się do Testchem o udzielenie wyjaśnienia czy oferowane przez Testchem urządzenie pozwala na pomiar próbek o nietypowych kształtach. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, Testchem udzielił odpowiedzi, zgodnie z którą „*Sygnał promieniowania rentgenowskiego odpowiada grubości do 30 µm analizowanego materiału. Jeżeli próbka jest rozdrobiona do tego poziomu lub jej fragment jest płaski to analiza jest możliwa w przypadku niecałkowitego wypełnienia kasety np. oferowane 4 sztuki Masek 5mm (typu Y) pozwalają na pomiar próbek o średnicy 5mm.”.*

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 21 stycznia 2014 roku

- Załącznik numer 5

pismo Testchem z dnia 22 stycznia 2014 roku

- Załącznik numer 6

Treść odpowiedzi Testchem oznacza więc, że próbka może być badana jeśli odpowiada grubości materiału do 30 µm lub jeśli jej fragment jest płaski, a więc jeśli jest to typowa próbka materiału. Jeśli więc próbka ma inne rozmiary, a więc nie jest typowa, pomiar nie jest możliwy.

Dla dokonania pomiaru przy użyciu urządzenia oferowanego przez Testchem niezbędne jest wcześniejsze fizyczne przetworzenie takiej próbki przez dokonującego analizy, tak aby była płaska lub rozdrobiona do wskazanej grubości. Pomiar materiału w postaci wiórów i pyłów przy użyciu urządzenia oferowanego przez Testchem nie jest więc możliwy, a zgodnie z treścią Specyfikacji, jest wymagany przez Zamawiającego.

Składający Odwołanie wskazuje, że wymagana przez Testchem postać próbki prowadzi do ograniczenia jej postaci wyłącznie do próbki typowej. Próbką typową badaną przez spektrometr, jest bowiem próbka płaska i cienka. Próbką nietypową natomiast jest próbka o innym kształcie, jak na przykład wskazane przez Zamawiającego wióry czy pyły znajdujące się w kasecie.

Dodatkowo Składający Odwołanie wyjaśnia, że możliwość badania próbki nietypowej pozwala na przeprowadzenie analizy bez konieczności wcześniejszego przetwarzania badanego materiału do postaci próbki typowej (płaskiej), a więc nie wymaga przetwarzania próbki, które może w istocie stanowić jego nieodwracalną zmianę i zniszczenie. Pomiar wiórów i pyłów, ewentualnie ścinaków materiału, pozwala więc w prostszy sposób uzyskać oczekiwaną przez wykonującego badanie informację o analizowanym materiale.

Brak możliwości badania przez urządzenie oferowane przez Testchem próbek nietypowych oznacza sprzeczności oferty Testchem ze Specyfikacją.

3. BRAK BAZY DANYCH

Zgodnie z treścią § 1 punktu 37 Specyfikacji, Zamawiający wymaga identyfikacji materiału próbki w oparciu o dostarczoną bazę danych. W trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pismem z dnia 17 stycznia 2014 roku, Zamawiający zwrócił się do Testchem o wyjaśnienie czy Testchem oferuje wymaganą przez Zamawiającego bazę danych, służącą do identyfikacji materiału próbki. Testchem w pierwszej udzielonej odpowiedzi wskazał, że takiej bazy danych nie oferuje, a po kolejnym pytaniu o bazę danych złożonym przez Zamawiającego pismem z dnia 27 stycznia 2014, Testchem wskazał, że oferuje program komputerowy „Matching libraries”, służący do ilościowej i półilościowej analizy składu chemicznego materiału. Program ten jednak nie obejmuje wymaganej przez Zamawiającego bazy danych służących do identyfikacji próbki, a wykonywaną analizę przeprowadza bez użycia bazy danych.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2014 roku

– Załącznik numer 7

pismo Testchem z dnia 28 stycznia 2014 roku

– Załącznik numer 8

opis programu komputerowego „Matching library” w folderze producenta

– Załącznik numer 9

Skladający Odwołanie wyjaśnia, że dokonywanie analizy w oparciu o bazę danych polega na przeprowadzaniu badania składu chemicznego materiału, a następnie, na podstawie otrzymanych wyników, przyporządkowanie tego składu materiału do stosowanej nazwy takiego materiału, w oparciu o bazę danych materiałów i ich składów chemicznych. Dla opisu materiału nie jest bowiem używany jego skład chemiczny, ale przyjęła jego nazwa. Na przykład materiał, którego skład chemiczny to C=0,20; Mn=1,40; Si=0,30; P=0,015; S=0,015; Al=0,03; Cu=0,05; Fe=reszta, zostanie przy pomocy bazy danych przyporządkowany do nazwy „stal 18G2A”.

Oferowany przez Testchem program komputerowy „Matching Library” nie posiada bazy danych pozwalającej na przyporządkowanie materiału o ustalonym składzie chemicznym do określonego gatunku. Program ten służy do wspomagania analiz bezwzorcowych w celu uzyskania dokładniejszej analizy składu chemicznego. Określenie gatunku (identyfikacji) analizowanego materiału nie jest więc funkcją tego programu.

Dla dokonania oczekiwanej przez Zamawiającego identyfikacji materiału próbki w oparciu o bazę danych przy użyciu programu oferowanego przez Testchem, użytkownik musi wcześniej stworzyć taką bazę danych. Bez stworzenia takiej bazy danych otrzyma jedynie informację o składzie materiału, nie przeprowadzi jednak identyfikacji materiału. Baza danych nie jest natomiast oferowana przez Testchem, co pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, iż oferta Testchem jest sprzeczna ze Specyfikacją.

4. REFERENCJE

W zawartych w § 2 litera c) Specyfikacji warunkach uczestnictwa w postępowaniu, Zamawiający wskazał wykonanie w ostatnich trzech latach (przed upływem terminu składania ofert) co najmniej trzech dostaw o analogicznym charakterze i wielkości. Następnie w § 3 punkt 3.1 g), Zamawiający zaznaczył, że wymaga dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, złożenia dowodów należytego wykonania tych umów.

Złożone przez Testchem dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania trzech umów o analogicznym charakterze. Testchem złożył trzy protokoły potwierdzające dostawę, z których jeden, z dnia 27 lutego 2012 roku potwierdza dostawę i instalację spektrometru, kolejny z dnia 30 maja 2012 roku zawiera jedynie informację, że urządzenie zostało dostarczone i że wykonano test poprawności działania urządzenia, a trzeci protokół, z dnia 19 grudnia 2012 roku, obejmuje tylko informację o tym co było przedmiotem dostawy, bez potwierdzenia, że urządzenie to zostało uruchomione i działało.

Dowód: protokoły dostawy z dnia 27 lutego 2012 roku, 30 maja 2012 roku oraz 19 grudnia 2012 roku
– Załącznik numer 10

Jedynie więc protokół z dnia 27 lutego 2012 roku potwierdza wykonanie dostawy o analogicznym charakterze i wielkości, to jest obejmującej w szczególności dostawę i instalację urządzenia. Protokół z dnia 30 maja 2012 roku wskazuje natomiast, że wykonano test poprawności działania urządzenia, bez wskazania jego wyniku. Nie potwierdza więc on, że należyście wykonano instalację. Również protokół z dnia 19 grudnia 2012 roku nie potwierdza, że została dokonana instalacja, a jedynie zawiera informację o dokonaniu dostawy. Tymczasem dostawa będąca przedmiotem zamówienia publicznego obejmuje również instalację urządzenia. Należytyr wykonaniem umowy o analogicznym charakterze jest więc wykonanie umowy obejmującej również instalację urządzenia. Z trzech złożonych przez Testchem protokołów, potwierdza to wyłącznie jeden z nich, sporządzony 27 lutego 2012 roku. Brakuje natomiast pozostałych dwóch potwierdzeń należytego wykonania analogicznych umów.

Składający Odwołanie dodatkowo wskazuje, że w przypadku dostawy urządzenia będącego przedmiotem zamówienia, istotną część wykonania umowy stanowi jego instalacja. Złożoność urządzenia powoduje, że bez dokonania instalacji przez dostawcę, urządzenie będzie bezużyteczne dla Zamawiającego.

5. POMIAR PUNKTOWY

W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający doprecyzował opis przedmiotu zamówienia i wskazał, że „*bezwzorcową analizą ilościową jest wymagana dla wszystkich przywoławanych w SIWZ rodzajów kaset i pomiaru punktowego*”. Następnie, pismem z dnia 21 stycznia 2014 roku Zamawiający wezwał Testchem do jednoznaczного wskazania czy oferowane urządzenie pozwala na stosowanie go do pomiaru punktowego oraz dla próbek w kasce o otworze < 10 mm. W odpowiedzi, pismem z dnia 22 stycznia 2014 roku, Testchem wskazał jedynie, że możliwa jest analiza próbek w kasetach < 10 mm. Wbrew wezwaniu Zamawiającego nie potwierdził jednak jednoznacznie, że możliwy jest również pomiar punktowy.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 21 stycznia 2014 roku

– Załącznik numer 5

pismo Testchem z dnia 22 stycznia 2014 roku

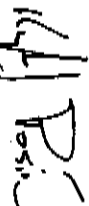
– Załącznik numer 6

Wobec treści otrzymanej odpowiedzi na skierowane wezwanie, należy uznać, że urządzenie oferowane przez Testchem nie pozwala na dokonywanie pomiaru punktowego. Oferta Testchem także w tym zakresie jest zatem sprzeczna ze Specyfikacją.

W tym stanie rzeczy, w imieniu Składającego Odwołanie wnoszę jak na wstępie.

Lista załączników:

- 1) Załącznik numer 1 – dowód uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 15.000 złotych;
- 2) Załącznik numer 2 – dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;
- 3) Załącznik numer 3 – pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej oraz informacją odpowiadającą podpisowi aktualnemu z Krajowego Rejestru Sądowego;
- 4) Załącznik numer 4 – wyjaśnienia Zamawiającego do treści Specyfikacji;
- 5) Załącznik numer 5 – pismo Zamawiającego z dnia 21 stycznia 2014 roku;
- 6) Załącznik numer 6 – pismo Testchem z dnia 22 stycznia 2014 roku;
- 7) Załącznik numer 7 – pismo Zamawiającego z dnia 27 stycznia 2014 roku;
- 8) Załącznik numer 8 – pismo Testchem z dnia 28 stycznia 2014 roku;
- 9) Załącznik numer 9 – opis programu komputerowego „Matching libraries” w folderze producenta;
- 10) Załącznik numer 10 – protokoły dostawy z dnia 27 lutego 2012 roku, 30 maja 2012 roku oraz 19 grudnia 2012 roku.


Krzysztof Posiła
Radca prawny