

WYROK

z dnia 17 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie **13 grudnia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **4 grudnia 2019 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Pro-Environment Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa optycznego spektrometru emisyjnego z plazmą indukcyjnie sprężoną ICP-OES wraz z instalacją, uruchomieniem, sprawdzeniem i przeszkoleniem pracowników dla Oczyszczalni Ścieków „WARTA” S.A. w Częstochowie* (nr postępowania 23/ŚL/2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Oczyszczalnia Ścieków „WARTA” S.A. z siedzibą w Częstochowie**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenie oceny ofert według kryteriów oceny ofert opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z uwzględnieniem uprzedniej możliwości zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie wątpliwości Zamawiającego co do spełniania przez spektrometr AVIO 200 producenta PerkinElmer Inc. punktowanego parametru, aby usuwanie stożka zimnej plazmy mogło odbywać się za pomocą argonu w sposób, który dodatkowo chroni optykę w trybie aksjalnym.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **11100 zł 00 gr**

(słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Częstochowie**.

Uzasadnienie

Zamawiający Oczyszczalnia Ścieków „WARTA” S.A. z siedzibą w Częstochowie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. *Dostawa optycznego spektrometru emisyjnego z plazmą indukcyjnie sprzężoną ICP-OES wraz z instalacją, uruchomieniem, sprawdzeniem i przeszkoleniem pracowników dla Oczyszczalni Ścieków „WARTA” S.A. w Częstochowie* (nr postępowania 23/ŚL/2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 14 listopada 2019 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 622707-N-2019.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

29 listopada 2019 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o rozstrzygnięciu tego postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MERAZET S.A. {dalej również w skrócie: „Merazet”}, a także o sklasyfikowaniu oferty złożonej przez Pro-Environment Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również w skrócie: „Pro-Environment”} na drugim miejscu.

4 grudnia 2019 r. Odwołujący Pro-Environment wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów pzp:

1. Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust 1 – przez błędne nieprzyznanie Odwołującemu, niezgodnie z pozacenowym kryterium oceny ofert określonym w sekcji XV pkt 1 ppkt 2 lit. e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”} „usuwanie stożka tzw. zimnej plazmy” o wadze 10 %, punktów za „usuwanie stożka tzw. zimnej plazmy argonem, który dodatkowo chroni optykę w trybie aksjalnym”, podczas gdy Pro-Environment wykazał w dokumentach złożonych wraz z ofertą, że kryterium to spełnia, co w konsekwencji spowodowało bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego wyboru oferty Pro-Environment jako oferty najkorzystniejszej.
2. Art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez nieprzekazanie Odwołującemu informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy Zamawiający zobligowany jest do powiadomienia o tym fakcie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w

postępowaniu.

3. Art. 92 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez niewskazanie w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i przyznanej punktacji za poszczególne kryteria oceny ofert uzasadnienia nieprzyznania ofercie Pro-Environment punktów za kryterium wskazane w sekcji XV pkt 1 ppkt 2 lit. e SIWZ „usuwanie stożka tzw. zimnej plazmy” o wadzie 10%, podczas gdy taki obowiązek Zamawiającego wynika z przedmiotowego przepisu.
4. {względnie, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu z pkt 2} Art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty, tj. „usuwania stożka tzw. zimnej plazmy argonem, który dodatkowo chroni optykę w trybie aksjalnym”, w przypadku, gdy Zamawiający nie miał pewności czy Pro-Environment kryterium to spełnił w sposób umożliwiający przyznanie mu punktów.
5. Art. 7 ust. 1 i 3 – przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający obowiązek zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, w szczególności poprzez błędne i niezgodne z przepisami ustawy pzp oraz treścią SIWZ badanie i ocenę złożonych ofert oraz wadliwy wybór oferty Merazetu. jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji zaniechanie wyboru jako takiej oferty złożonej przez Pro-Environment.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Ponownego dokonania badania i oceny złożonych ofert i przyznania Pro-Environment 10 pkt za kryterium oceny ofert z sekcji XV pkt 1 ppkt 2 lit. e) SIWZ, tj. „usuwanie stożka tzw. zimnej plazmy argonem, który dodatkowo chroni optykę w trybie aksjalnym”.
3. {w sytuacji nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu nr 2 powyżej i wniosku z pkt 4 poprzedniego} Wezwania Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień, czy „usuwanie stożka tzw. zimnej plazmy następuję przy użyciu argonu, który dodatkowo chroni optykę w trybie aksjalnym”.
4. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej wg kryteriów oceny ofert.

Odwołujący w szczególności następująco sprecyzował okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

Odnosnie treści specyfikacji i treści oferty:

- Zamawiający w sekcji IV „Opis przedmiotu zamówienia”, w pkt 2 SIWZ „Parametry spektrometru” wskazał jako jeden z parametrów koniecznych, którym ma się

charakteryzować zaproponowane urządzenie „usuwanie stożka tzw. zimnej plazmy” (pkt 11 tabeli);

- Odwołujący potwierdził spełnianie tego parametru wpisując w formularzu oferty przy tym parametrze słowo „TAK”;
- w sekcji XV „Kryteria wyboru ofert” pkt 2 ppkt 5 SIWZ rozwiązanie, w którym „usuwanie stożka tzw. zimnej plazmy” będzie następowało „argonem, który dodatkowo chroni optykę w trybie aksjalnym”, Zamawiający premiuje 10 pkt wartości technicznej,
- Zamawiający nie udostępnił wersji edytowalnej formularza oferty ani też nie wymagał od wykonawców oddzielnej tabeli z opisem rozwiązań dla kryteriów punktowanych.
- dla potwierdzenia parametrów oferowanego urządzenia Odwołujący przedstawił jako integralny element oferty kartę katalogową, w której wskazał, że ogon plazmy odcinany jest tzw. nożem gazowym, który może być zasilany argonem, azotem lub powietrzem (str. 32 oferty Odwołującego).

Odwołujący podniósł, że tym samym oświadczył i zagwarantował spełnienie punktowanego kryterium. Zimny stożek plazmy odcinany jest tzw. nożem gazowym, który może być zasilany argonem, azotem lub powietrzem (wybór gazu zależy od użytkownika), i który oprócz odcięcia stożka plazmy chroni układ optyczny.

Odwołujący wyjaśnił, że „stożek plazmy” lub „ogon plazmy” to określenia w terminologii związanej z techniką ICP-OES stosowane zamiennie (drugie jest dosłownym tłumaczeniem terminologii angielskiej „cool tail”). Plazma tworzona w spektrometrze ma kształt przypominający płomień świecy, którego czubek (zwany właśnie od swego kształtu stożkiem, ogonem, niekiedy „pióropuszem”) ma temperaturę niższą niż pozostała objętość plazmy.

{ad pkt 2. i 3. listy zarzutów}

Odwołujący zrelacjonował, że:

- informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została zamieszczona na stronie internetowej 29 listopada 2019 r., natomiast do dnia składania niniejszego odwołania nie trafiła do Odwołującego;
- Zamawiający ograniczył się w ramach powyższej informacji do podania wyłącznie samej liczby punktów przyznanych w poszczególnych kryteriach oceny ofert.

Odwołujący zarzucił, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem oraz doktryną, wskazanie uzasadnienie faktycznego podejmowanych przez zamawiającego decyzji jest jego ustawowym obowiązkiem.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Odwołujący podał, choć że prawo do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień

dotyczących treści złożonych ofert Zamawiający przewidział w sekcji XVI „Badanie i ocena ofert” pkt 2 SIWZ, z uprawnienia tego nie skorzystał.

Według Odwołującego jeżeli Zamawiający nie miał całkowitej pewności co do tego, czy Odwołujący zaproponował użycie argonu do usuwania stożka tzw. zimnej plazmy, zobowiązany był wezwać go do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Obowiązkiem Zamawiającego w takich sytuacjach jest uzyskanie wszelkich niezbędnych do podjęcia właściwej, zgodnej ze stanem prawnym i faktycznym, decyzji.

Dodatkowo zdaniem Odwołującego takie wezwanie dowiodłoby przestrzegania przez Zamawiającego jednej z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, tj. zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 12 grudnia 2019 r. wniósł o jego oddalenie, w szczególności w następujący sposób ustosunkowując się do zarzutów odwołania.

{ad pkt 1.listy zarzutów}

Zamawiający stwierdził, że karta katalogowa dołączona przez Odwołującego do jego oferty nie jest powszechnie dostępna, nie wiadomo przez kogo została stworzona i stoi w sprzeczności z oficjalnymi i powszechnie dostępnymi broszurami oraz instrukcją obsługi stworzoną przez producenta firmę Perkin Elmer Inc. Wynika z nich bowiem, że stosowany w AVIO 200 system „Plasma Shear” usuwa interferencje bez stosowania argonu:

1. Broszura informacyjna dotycząca przygotowania laboratorium do instalacji spektrometru AVIO 200, gdzie na str. 4 w pkt o podtytule „Plasma Shear” zamieszczono informację, że jako gaz odcinający stosuje się w tym spektrometrze sprężone powietrze; na str. 5 tej samej broszury w tabeli 2 kolejny raz wyspecyfikowano, że jako gaz odcinający stosuje się powietrze lub azot.
2. Broszura informacyjna dotycząca AVIO 200, gdzie na str. 4 opisywany jest stosowany w tym urządzeniu system „Plasma Shear” usuwający interferencje bez stosowania argonu, a wykorzystujący do tego celu powietrze.
3. Instrukcja obsługi spektrometru AVIO 200, w której w wielu miejscach (str. 67, 92, 101, 102, 166) producent informuje o stosowaniu powietrza lub azotu jako gazu odcinającego stożek zimnej plazmy.

Zamawiający oświadczył, że zapoznał wnikliwie z powyższymi materiałami przed dokonaniem oceny oferty i nie znalazł w nich informacji o stosowaniu argonu jako gazu odcinającego.

Zamawiający wskazał ponadto, że hipotetyczne wykorzystanie argonu jako gazu odcinającego naraziłoby go na znaczne koszty eksploatacyjne spektrometru, spowodowane bardzo dużym zużyciem argonu analitycznego o dużej czystości (szacowane użycie gazu odcinającego przez firmę Perkin Elmer Inc to 25 l/min – str 67 instrukcji obsługi). Z drugiej strony zastosowanie sprężonego powietrza skutkowałoby koniecznością doposażenia spektrometru w kompresor, który wg informacji firmy Perkin Elmer Inc (str. 7 broszury z pkt 1. powyżej) wytwarza hałas na poziomie 75 dB, co przy małej kubaturze pomieszczenia przeznaczonego na instalację spektrometru naraziłoby pracowników obsługujących przyrząd na nadmierną ekspozycję na hałas na stanowisku pracy. Z kolei zastosowanie azotu jako gazu odcinającego naraziłoby Zamawiającego na dodatkowe koszty związane z zakupem i montażem instalacji doprowadzającej azot do spektrometru, składającej się ze stacji rozprężania azotu z butli gazowej, rurociągu oraz ściennego punktu poboru azotu do aparatu.

{ad pkt 2. i 3. listy zarzutów}

Według Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 1 pzp nie wskazuje sposobu informowania wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, a jednym z nich jest umieszczenie wyników postępowania przetargowego na stronie internetowej zamawiającego.

Zamawiający powołał się na to, że w sekcji XVII pkt 2 specyfikacji określił, że udostępni informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania na wskazanej tam stronie internetowej, a Odwołujący składając ofertę zapoznał się z przedmiotową specyfikacją i w pełni ją zaakceptował.

Niezależnie od powyższego Zamawiający stwierdził, że nie miało to żadnego wpływu na ostateczny wynik postępowania, jak również nie wpłynęło na utrudnienie Odwołującemu skorzystania ze środka ochrony prawnej.

Zdaniem Zamawiającego niewskazanie szczegółowego opisu wszystkich okoliczności związanych z uzyskaniem określonej liczby punktów w danym kryterium także pozostaje bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania, gdyż ostatecznie Odwołujący posiadał informacje wystarczające do tego, aby sformułować w sposób właściwy i szczegółowy zarzuty odwołania.

{ad pkt 4. listy zarzutów}

Zamawiający podniósł, że art. 87 ust. 1 pzp daje możliwość zwrócenia się o wyjaśnienie treści oferty w sytuacji, gdy budzi ona wątpliwości, jest niejasna, czy nieprecyzyjna, a w żadnym razie nie nakłada na zamawiającego obowiązku każdorazowego występowania do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty.

Zamawiający oświadczył, że nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty, tj. złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu usuwania stożka tzw. zimnej plazmy, ponieważ we wszystkich materiałach informacyjnych, broszurach oraz w instrukcji obsługi dotyczących oferowanego przez Odwołującego spektrometru AVIO 200 firmy Perkin Elmer Inc. opisywany jest sposób wykorzystujący sprężone powietrze lub azot jako gaz odcinający.

Do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp.

Izba uznała również za bezzasadny wniosek Zamawiającego zawarty w odpowiedzi na odwołanie, aby zarzuty dotyczące naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 pzp uznać za podlegające odrzuceniu jako niemieszczące się w katalogu czynności podlegających zaskarżeniu w postępowaniach o wartości zamówienia poniżej tzw. progów unijnych z art. 180 ust. 2 pkt 1-6 pzp. Zdaniem Izby w ramach wymienionej w pkt 6 czynności wyboru najkorzystniejszej oferty mieści się również podanie uzasadnienia prawnego i faktycznego dla dokonanej oceny ofert. W przeciwnym razie możliwość odwołania się od tej czynności byłaby fikcją.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego

zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniżenie oceny punktowej jego oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co w przeciwnym razie mógłby liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozstrzygnięcia odwołania:

W odwołaniu adekwatnie przedstawiono postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treści oferty złożonej przez Pro-Environment oraz sposobu i treści zawiadomienia o wynikach postępowania i przyznanej punktacji, stąd nie ma potrzeby ponownego powtarzania wszystkich okoliczności, które zostały już powyżej zrelacjonowane przy prezentacji treści odwołania.

O ile w sekcji XV s.i.w.z. Zamawiający sprecyzował obok ceny (o wadze 50%) 6 kryteriów jakości technicznej (o łącznej wadze 50%), a wśród nich kryterium sposobu usuwania stożka zimnej plazmy (o wadze 10%) – w którym można było uzyskać 10 pkt za zastosowanie w tym celu argonu, który dodatkowo chroni optykę w trybie aksjalnym albo 0 pkt za inny niż ten sposób – o tyle Zamawiający, tyle nie skonkretyzował żadnych szczególnych wymagań co do sposobu potwierdzenia punktowanych parametrów.

W szczególności Zamawiający nie przewidział jako podstawy do ustalenia oceny punktowej w ramach kryteriów jakości technicznej prezentacji egzemplarzy oferowanych urządzeń przez wykonawców.

Zamawiający nie uznał również za celowe skorzystanie z uprawnienia do zażądania na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy określonych przez niego wymagań, których spełnianie deklaruje wykonawca. Wydane na podstawie art. 25 ust. 2 pzp rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U poz.1126 ze zm.) określa w § 13 ust. 1 pkt 1, że w szczególności mogą to być próbki, opisy, fotografie, plany, projekty, rysunki, modele, wzory, programy komputerowe oraz inne podobne materiały, których autentyczność musi zostać poświadczona przez wykonawcę na żądanie zamawiającego.

W konsekwencji należy uznać, że według s.i.w.z. wyłączną podstawą dla ustalenia przez Zamawiającego spełniania przez oferowane urządzenia parametrów – zarówno obligatoryjnie wymaganych, jak i dodatkowo punktowanych w ramach kryteriów oceny ofert – jest treść oferty wykonawcy.

Skoro zaś wzór formularza oferty załączonego do s.i.w.z. przewidywał jedynie miejsce

na potwierdzenie parametrów wymaganych, za treść oświadczenia woli należy również uznać zadeklarowanie spełniania parametrów punktowanych w innym miejscu (dokumencie) złożonej oferty, np. w ramach karty katalogowej dotyczącej oferowanego urządzenia, jak uczynił to Pro-Environment.

Z treści oferty Pro-Environment wynika jednoznacznie, że oferowany spektrometr AVIO 200 producenta PerkinElmer Inc. spełnia kryterium usuwania stożka zimnej plazmy za pomocą argonu, który dodatkowo chroni optykę w trybie aksjalnym, skoro w tym zakresie złożone zostało oświadczenie woli, że ogon plazmy odcinany jest tzw. nożem gazowym, który może być zasilany argonem, azotem lub powietrzem (str. 32 oferty).

Za bez znaczenia należy uznać obiekcje Zamawiającego co do pochodzenia wspomnianej karty katalogowej, gdyż stanowi ona element treści oferty, a Zamawiający, jak to już powyżej wskazano, nie zażądał w s.i.w.z. złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania wymaganych lub pożądaných parametrów np. w postaci dokumentacji technicznej, instrukcji obsługi itp. pochodzącej od producenta oferowanego urządzenia.

Co do dokumentacji, na którą powołano się w odpowiedzi na odwołanie, w pierwszej kolejności zauważyć należy, że nie wiadomo, skąd została ona pozyskana, gdyż Zamawiający ograniczył się do zadeklarowania, że jest powszechnie dostępna, co nic nie wnosi dowodowo do sprawy. Również lektura wydruków broszur i instrukcji obsługi załączonych do odpowiedzi na odwołanie nie pozwala na ustalenie źródła ich pochodzenia.

Przede wszystkim, nawet jeżeli założyć, że są to autentyczne materiały informacyjne pobrane ze strony internetowej producenta (lub jego autoryzowanego przedstawiciela), nie sposób stwierdzić, czy są aktualne, wyczerpujące i wiążące w odniesieniu do kwestii możliwości użycia argonu do usuwania stożka zimnej plazmy. Stąd brak w tych materiałach informacji o stosowaniu argonu jako gazu odcinającego nie może być automatycznie poczytywany za potwierdzenie, że nie może on zostać użyty, jak zadeklarował w ofercie Pro-Environment. Zwłaszcza w sytuacji, gdy w przeciwieństwie do Zamawiającego, Odwołujący przedstawił na rozprawie potwierdzenie zadeklarowanego w ofercie parametru ze strony producenta PerkinElmer. Ściśle rzecz biorąc zostało potwierdzone, że spektrometr AVIO 200 w konfiguracji seryjnie produkowanej spełnia wymaganie zarówno jeśli chodzi o możliwość stosowania argonu, jak i ochrony tymże gazem optyki w trybie aksjalnym, przy czym można stosować w tym celu również inne gazy, w tym sprężone powietrze.

Reasumując, przewidziany w s.i.w.z. sposób oceny ofert nie pozwala na przejście do porządku dziennego nad treścią oświadczenia woli wykonawcy co do spełniania punktowanego parametru przez oferowane urządzenia, z powołaniem się na zdobyte we własnym zakresie przez Zamawiającego, niewiadomego pochodzenia materiały informacyjne pobrane z Internetu, które mogą być nieaktualne lub nie zawierać istotnych

z punktu widzenia tego postępowania informacji.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne, gdyż Zamawiający naruszył poniżej przywołane przepisy.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym według art. 91 ust. 1 pkt 1 pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne.

Według art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Z art. 92 ust. 1 pkt 1 pzp wynika, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, podając podstawowe dane identyfikujące wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Dodatkowo art. 92 ust. 2 pzp nakazuje zamawiającemu udostępnić powyższe informacje na stronie internetowej.

Potwierdził się zarzut, że Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z określonymi w s.i.w.z. kryteriami oceny ofert, gdyż arbitralnie nie przyznał ofercie Pro-Environment 10 pkt w ramach kryterium, którego spełnienie w tej ofercie zostało wprost i jednoznacznie potwierdzone.

Jeżeli Zamawiający na podstawie uzyskanych we własnym zakresie materiałów informacyjnych uznał w tym zakresie oświadczenie woli Wykonawcy za niewiarygodne, przed podjęciem decyzji o nieprzyznaniu punktacji miał obowiązek umożliwić wykonawcy ustosunkowanie się do tych zarzutów w trybie art. 87 ust. 1 pzp, który służy wyjaśnianiu treści oferty. W okolicznościach tej sprawy Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek zażądać od Pro-Environment wyjaśnień oferty, zanim ocenił ją wbrew jej treści.

Należy zauważyć, że konsekwencją stwierdzenia nieprawdziwości informacji zawartych w treści oferty odnośnie spełniania punktowanego kryterium, powinno być wykluczenie wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 pzp, a nie nieprzyznanie punktacji w tym kryterium.

Za potwierdzony zatem należy również uznać zarzut naruszenia art. 87 ust.1 pzp

Ponadto Zamawiający naruszył także art. 92 ust. 1 pkt 1 pzp, gdyż nie poinformował indywidulanie Pro-Environment o wynikach postępowania, a poprzestał na dodatkowej w świetle przywołanych powyżej przepisów informacji na stronie internetowej. O ile można zgodzić się, że nie miało to wpływu na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, skoro Odwołujący wniósł odwołanie, o tyle nie można tego samego powiedzieć o niepodaniu uzasadnienia prawnego i faktycznego dla nieprzyznania punktacji w kryterium oceny ofert, którego spełnianie zostało zadeklarowane w treści oferty. Takie postępowanie w oczywisty sposób utrudniło Wykonawcy odwołanie się od decyzji Zamawiającego, gdyż nie miał żadnej wiedzy, na jakiej podstawie została ona podjęta.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych miało istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego wpis oraz potwierdzone złożonym rachunkiem koszty wynagrodzenia pełnomocnika – zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Ponadto kosztami postępowania odwoławczego obciążono Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.