

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2025 r. przez wykonawcę: **"SHIMPOL A.M. Borzymowski" E. Borzymowska-Reszka, A. Reszka Sp. j., ul. Lubomirskiego 5 05-080 Izabelin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Instytut Katalizy i Fizykochemii Powierzchni im. J.H. Polskiej Akademii Nauk, ul. Niezapominajek 8, 30-239**

Kraków,

przy udziale uczestnika- wykonawcy: **Altium International Sp. z o.o, Puławska 303, 02-785 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **"SHIMPOL A.M. Borzymowski" E. Borzymowska-Reszka, A. Reszka Sp. j., ul. Lubomirskiego 5, 05-080 Izabelin**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **"SHIMPOL A.M. Borzymowski" E. Borzymowska-Reszka, A. Reszka Sp. j., ul. Lubomirskiego 5, 05-080 Izabelin** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **"SHIMPOL A.M. Borzymowski" E. Borzymowska-Reszka, A. Reszka Sp. j., ul. Lubomirskiego 5, 05-080 Izabelin** rzecz zamawiającego: **Instytut Katalizy i Fizykochemii Powierzchni im. J.H. Polskiej Akademii Nauk, ul. Niezapominajek 8, 30-239 Kraków** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 202/25

Uzasadnienie

Zamawiający, Instytut Katalizy i Fizykochemii Powierzchni im. J.H. Polskiej Akademii Nauk w Krakowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej „Pzp” w przedmiocie: „dostawa chromatografu cieczowego UHPLC wraz z detektorem MS dla IKiFP PAN”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00591052/01 w dniu 13 listopada 2024 r.

W dniu 13 stycznia 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Altium International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, jako oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie Zamawiający poinformował o przyznanej wykonawcom punktacji.

Wykonawca „SHIM-POL A.M. Borzymowski” E. Borzymowska-Reszka, A. Reszka Sp. j. z siedzibą w Izabelinie na podstawie art. 505 ust. 1, art. 508 ust. 1, art. 513 Pzp wniósł odwołanie wobec zaniechania przyznania Odwołującemu 4 pkt za parametr techniczny „Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)”, ewentualnie zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie ww. parametru oraz wobec wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez nieprzyznanie Odwołującemu 4 pkt za parametr techniczny „Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)”, a w konsekwencji poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Altium International sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w sytuacji, gdy to oferta Odwołującego powinna uzyskać najwyższą liczbę punktów.
- art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób sprzeczny z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

- art. 17 ust. 2 Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,
- art. 107 ust. 4 lub art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie parametru technicznego „Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2.ponownej oceny oferty Odwołującego i przyznania w ramach tej oceny 4 pkt za parametr techniczny „Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)”, ewentualnie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie parametru technicznego „Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)”.
- 3.obciążanie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę, której treść jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Gdyby Zamawiający nie dopuścił się ww. naruszeń ustawy Pzp, oferta Odwołującego uzyskalaby najwyższą ilość punktów i zostałaby wybrana, jako najkorzystniejsza. W konsekwencji, w wyniku naruszeń, jakich dopuścił się Zamawiający interes Odwołującego doznał uszczerbku. Odwołujący może ponieść szkodę m.in. w postaci utraty korzyści i zysków wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

W dniu 13.01.2025 r. Zamawiający udostępnił informację o wyniku postępowania, wskazując na wybór oferty Altium International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie uwagi na przyznanie temu wykonawcy 90,44 pkt. Zamawiający Odwołującemu przyznał 88,00 pkt, w tym tylko 4 pkt w kryterium „Parametry techniczne”.

Odwołujący podniósł, że powyższa czynność Zamawiającego jest błędna, bowiem Odwołujący winien otrzymać 8 pkt w kryterium „Parametry techniczne”, a w konsekwencji oferta Odwołującego winna łącznie otrzymać 92 pkt, i jako najkorzystniejsza, zostać wybrana przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w pkt 4.1. SWZ Zamawiający przewidział obowiązek złożenia przedmiotowych środków dowodowych dla potwierdzenia, że ofertowany dostawy: „spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria”. Zatem przedmiotowe środki dowodowe służyły w tym postępowaniu nie tylko jako dokumenty na potwierdzenie spełnienia wymagań, ale także służyły punktacji ofert w kryteriach oceny ofert.

Fakt, iż przedmiotowe środki dowodowe stanowiły treść oferty wynikał także z pkt 12.17 SWZ.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie postawił szczegółowych wymagań, co do formy lub treści przedmiotowych środków dowodowych. W pkt 4.2. SWZ, Zamawiający wymagał jedynie „jednoznacznego określenia zaoferowanych produktów, charakteryzując je poprzez wskazanie na konkretny wyrób (producent, typ, model)”.

W pkt 14.1. SWZ, Zamawiający określił m.in. na kryterium oceny ofert: *Parametry techniczne z wagą 16%*. W pkt 14.2. SWZ, Zamawiający wskazał cztery punktowane parametry. Parametry techniczne – maks. 16 pkt.
Dwie niezależne strefy grzejne umożliwiające podgrzewanie fazy ruchomej przed kolumną i chłodzenie jej za kolumną – 4 pkt.

Zakres spektralny DAD co najmniej 190-950 nm – 4 pkt.

Szybki czas zmiany polaryzacji MS (mniejszy niż 40 ms) – 4 pkt.

Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC) – 4 pkt.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie narzucił wykonawcom sposobu wyrażenia oświadczenia woli dotyczącego oferowania parametrów punktowanych. Co istotne, Zamawiający w przygotowanym Załączniku nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia):

- przewidział wers dotyczący parametru punktowanego „Szybki czas zmiany polaryzacji MS (mniejszy niż 40 ms) – 4 pkt.
- w tym zakresie wykonawcy mogli chociażby wskazać oferowany parametr w wersji: „Czas zmiany polaryzacji nie większy niż”
- nie przewidywał wersu na podanie informacji dotyczących parametru: Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40 °C) – 4 pkt.

W złożonej ofercie Odwołujący jednoznacznie wskazał, że oferuje: Chromatograf UHPLC Nexera-i LC-2040C 3C PLUS z detektorem DAD i spektrometrem mas LCMS-2020, SHIMADZU. Odwołujący złożył ofertę zgodnie z Rozdziałem 12 SWZ, załączając dokumenty wymagane w pkt 12.17. W ramach wymaganych dokumentów wykonawca przedłożył m.in. przedmiotowe środki dowodowe, zgodnie z wymaganiami zawartymi w Rozdziale 4 pkt 4.2. SWZ, tj. złożone przedmiotowe środki dowodowe jednoznacznie określają zaoferowane produkty i zostało to scharakteryzowane w sposób podany w ww. pkt 4.2. SWZ, tj. poprzez wskazanie na konkretny wyrób (producent, typ, model). Jednocześnie, w formularzu oferty, odnośnie kryterium Parametry techniczne, wykonawca wskazał „zgodnie z przedmiotowymi środkami dowodowymi”. W złożonym przedmiotowym środku dowodowym wskazano, zgodnie z wymaganiem pkt 4.2. SWZ, na producenta, typ i model.

Odwołujący złożył zatem ofertę zgodnie z ww. wymaganiami SWZ, w tym przedłożył przedmiotowe środki dowodowe w sposób wymagany przez Zamawiającego, wypełniając przewidziany przez Zamawiającego obowiązek:

- jednoznacznego określenia zaoferowanego produktu,
- scharakteryzowania zaoferowanego produktu poprzez wskazanie producenta, typu i modelu.

Zaoferowane urządzenie „Chromatograf UHPLC Nexera-i LC-2040C 3D PLUS z detektorem DAD” jest modelem o budowie zamkniętej, kompaktowej, bez możliwości modyfikacji lub ingerencji w konfigurację i jest dostępny wyłącznie w wersji z autosamplerm z termostatowaniem w zakresie temperatur 4 – 45°C.

Nie ulega wątpliwości, że scharakteryzowanie przedmiotu świadczenia poprzez wskazanie, iż przedmiotem tym jest „Chromatograf UHPLC Nexera-i LC-2040C 3D PLUS z detektorem DAD i spektrometrem mas LCMS-202 SHIMADZU” oznacza, że Odwołujący obejmując swoim oświadczeniem woli zaoferowanie urządzenia, które jest dostępne wyłącznie z autosamplerm z termostatowaniem w zakresie temperatur 4 – 45°C, objął tym oświadczeniem woli także oferowanie punktowanego parametru, tj. Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC). Odwołujący powinien więc w tym parametrze otrzymać punkty.

Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów za parametr „Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)”, czym naruszył powołane przepisy.

W ramach naruszenia ww. przepisów Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 65 KC. Agodnie z pkt 2.2. SWZ, Zamawiający badając oświadczenia woli zawarte w ofercie zobowiązany był do stosowania art. 65 KC.

Istotne elementy oświadczenia woli Odwołującego, tj. skonkretyzowanie w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiotu oferowanego świadczenia, znalazły się w treści oferty i Zamawiający winien oceniać treść oferty Odwołującego z uwzględnieniem dyrektyw wykładni z art. 65 KC. Zastosowanie dyrektyw wykładni z art. 65 KC nie pozostawia wątpliwości, iż skoro wykonawca oferuje przedmiot świadczenia posiadający parametr punktowany to obejmuje swoim oświadczeniem woli ten parametr i winien otrzymać za to stosowne punkty.

Odwołujący wskazał, że jego oferta jest w tym zakresie jasna, a jedynie z ostrożności podniósł, że jeżeli kwestia ta mogła wzbudzić jakiegokolwiek wątpliwości, to Zamawiający powinien wystąpić do wykonawcy o wyjaśnienia.

Za koniecznością postawienia zarzutów dotyczących błędnej oceny oferty Odwołującego, poprzez zaniechanie przyznania 4 pkt za parametr „Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)”, ewentualnie poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień, przemawia także stanowisko przedstawione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 17 stycznia 2025 r. skierowanym do Odwołującego. Zamawiający w odpowiedzi na pismo Odwołującego z dnia 15 stycznia 2025 r. w dniu 17 stycznia 2025 r. wskazał, że:

-obniżenie ceny urządzenia w stosunku do poprzedniego unieważnionego przetargu,

-powiązane z brakiem dopisania pkt 6,

ma świadczyć o niezaoferowaniu parametru: „Termostatowanie autosamplera w zakresie 4 – 40oC”.

Zdaniem Odwołującego, jest to ocena całkowicie dowolna i nielogiczna. Zamawiający porównywał oferty Odwołującego (z poprzedniego postępowania unieważnionego oraz z obecnego postępowania). Skoro w obu postępowaniach przedmiot oferty były taki sam, a Zamawiający przy pierwszym przetargu nie miał wątpliwości, że zaoferowany model urządzenia ma ten parametr, to tym bardziej, biorąc także pod uwagę dyrektywy wykładni z art. 65 KC, miał podstawy do uznania, że w tym postępowaniu oferowane jest to samo urządzenie posiadające „Termostatowanie autosamplera minimalne zakres 4 – 40oC”. Podstawą przeciwnej oceny nie może być to, że w poprzednim przetargu Odwołujący inaczej odzwierciedlił swoje oświadczenie woli (tj. że wyodrębnił wówczas pkt 6), tym bardziej, że Zamawiający nawet nie wymagał, jako elementu oferty, zmodyfikowanego Załącznika nr 1 do SWZ, a wskazał jedynie, że wymaga przedmiotowych środków dowodowych, dla których minimalne wymagania określił, jako „jednoznaczne określenie zaoferowanych produktów, charakteryzując je poprzez wskazanie na konkretny wyrób (producent, typ, model)”, co przecież Odwołujący uczynił. Całkowicie niezrozumiałe i bezpodstawne jest też wyciąganie wniosku o niezaoferowaniu ww. parametru z faktu obniżenia ceny oferty. Poprzednie postępowanie zostało unieważnione z uwagi na przekroczenie budżetu Zamawiającego. Poza tym, poziom ówczesnych cen stał się znany dla wszystkich. Oczywistym jest więc, że chcąc konkurować w aktualnym postępowaniu, Odwołujący musiał obniżyć cenę. Nie nastąpiło to jednak w żadnym przypadku z powodu ww. parametru i nawet nie mogło nastąpić, skoro zaoferowane urządzenie zawsze ma termostatowanie na poziomie uprawniającym do otrzymania punktów.

W tych okolicznościach, Zamawiający powinien był umożliwić Odwołującemu złożenie wyjaśnień, a nie w sposób całkowicie dowolny przyjmować, że za rzekomym brakiem zaoferowania ww. parametru ma stać to, że zaoferowano niższą cenę.

Zamawiający winien umożliwić Odwołującemu złożenie wyjaśnień także z tego względu, że porównywał ofertę Odwołującego z ofertą złożoną w poprzednim postępowaniu, gdzie przedmiot oferty był ten sam, a dodatkowo także z powodu, że Zamawiający w treści SWZ nie wymagał względem przedmiotowych środków dowodowych niczego ponad to, by dokumenty te charakteryzowały przedmiot świadczenia poprzez wskazanie na konkretny wyrób (producent, typ, model)”, co przecież Odwołujący uczynił.

Zamawiający swoimi działaniami i zaniechaniami dopuścił się też naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 17 ust.

2 Pzp.

Za sprzeczne z tymi zasadami jest dokonywanie oceny oferty Odwołującego w sposób odmienny niż przewidziano w SWZ, wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego, pomimo, że wykonawca spełnił wymagania przewidziane przez Zamawiającego dla przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający, formułując ww. wymagania, dał jednoznaczny wyraz temu, że uzyskanie informacji konkretyzujących wyrób poprzez wskazanie producenta, typu i modelu, będzie wystarczające do oceny oferty w kryteriach oceny ofert, a dodatkowo sprzeczne z ww. zasadami jest uniemożliwienie Odwołującemu złożenia wyjaśnień.

Pismem z dnia 23 stycznia 2025 r. wykonawca Altium International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc, że zarzuty odwołania są całkowicie bezzasadne. Szczegółowe uzasadnienie swojego stanowiska Przystępujący przedstawił w piśmie z dnia 7 lutego 2025 r.

W ocenie Przystępującego, Zamawiający zasadnie nie przyznał ofercie Odwołującego 4 punktów w kryterium oceny ofert dotyczącym parametru pn. „Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)”. W ramach swojej argumentacji Odwołujący skupia się na postanowieniu pkt 4.2 SWZ oraz usiłuje ograniczyć rolę przedmiotowych środków dowodowych wyłącznie do identyfikacji zaoferowanego rozwiązania (producent, typ oraz model). Przy czym pomija, że zgodnie z pkt 4.1 SWZ rolą przedmiotowych środków dowodowych było również potwierdzenie spełnienia przez oferowane rozwiązanie parametrów określonych w kryteriach oceny ofert. Z przedłożonych przez Odwołującego w terminie składania ofert przedmiotowych środków dowodowych – nie wynika potwierdzenie, że to co zaoferował legitymuje się punktowym parametrem pn. „Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)”. Z kolei argumentacja Odwołującego – sprowadzająca się do wykazania, iż zaoferowane przez niego rozwiązanie ma spełniać ww. parametr w oparciu o treść specyfikacji technicznej złożonej już po terminie składania ofert – stanowi de facto próbę obejścia sformułowanego w art. 107 ust. 3 Pzp zakazu uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, jeżeli służy on potwierdzeniu zgodności z kryteriami oceny ofert.

W przypadku rozwiązania zaoferowanego przez Odwołującego – parametr pn. „Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)” nie został potwierdzony w przedmiotowych środkach dowodowych złożonych z ofertą (ani też nie został potwierdzony w żadnym innym dokumencie ofertowym). Brak więc było możliwości przyznania ofercie Odwołującego punktów za ten parametr. Odwołujący mógł dostosować OPZ albo potwierdzić parametr w innym dokumencie. Jak wynika z ustanowionych w SWZ wymagań, Zamawiający w tym zakresie nie narzucał konkretnego dokumentu, natomiast warunkiem przyznania punktów było potwierdzenie parametru w dokumencie złożonym z ofertą.

Wymaganie pkt 4.2 SWZ dotyczy identyfikacji oferowanego rozwiązania poprzez podanie producenta, typu i modelu. Spełnienie wymogu pkt 4.2 SWZ nie jest równoznaczne ze spełnieniem wymagania pkt 4.1 SWZ, które to wymaganie dotyczyło potwierdzenia parametrów w kryteriach oceny ofert. Podanie typu, modelu, producenta urządzenia nie konsumuje w niniejszym przypadku wymogu z pkt 4.1 SWZ, bowiem dane urządzenie może występować w różnych konfiguracjach, o których wiedzy nie posiada Zamawiający. Możliwe jest, że w rzeczywistości urządzenie to występuje i jest oferowane w różnych konfiguracjach, w tym w wersji bez autosamplera z takim zakresem termostatowania.

Nie zachodziły również przesłanki zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie zarówno w trybie art. 107 ust. 4 Pzp, jak i w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

W przypadku wskazanych przepisów stwarzają one możliwość zamawiającemu wezwania wykonawców do wyjaśnienia konkretnych oświadczeń lub dokumentów, natomiast jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, skierowane do wykonawcy wezwanie nie może służyć ich uzupełnieniu oraz zmianie tych oświadczeń i dokumentów. Tymczasem z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia w okolicznościach niniejszej sprawy. Należy uwzględnić, że w zakresie wskazanego parametru – nie został złożony żaden przedmiotowy środek dowodowy potwierdzający iż zaoferowane urządzenie posiada ten właśnie parametr. Złożenie wyjaśnień prowadziłoby do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających zaoferowanie urządzenia z tym parametrem, co jest niedopuszczalne. Zwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienia prowadziłoby do obejścia ww. zakazu - wyjaśnienia prowadziłoby w istocie do uzupełnienia wymaganego przedmiotowego środka dowodowego służącego ocenie w kryteriach oceny ofert oraz uzupełnienia oświadczenia woli o zaoferowaniu przedmiotu oferty posiadającego ww. parametr.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie zastosował się do wymagania pkt 4.1 SWZ i nie potwierdził w złożonych z ofertą przedmiotowych środkach dowodowych iż zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie: „Chromatograf UHPLC Nexera-i LC 2040-C 3D PLUS z Detektorem DAD i spektrometrem mas LC-MS 2020 SHIMADZU” zostało zaoferowane w konfiguracji z chromatografem posiadającym funkcjonalność „Testowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)”

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp w zakresie odnoszącym się do wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty Przystępującego ma charakter wynikowy i stanowi konsekwencję zarzutu głównego – dotyczącego rzekomego

naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przyznania ofercie Odwołującego 4 pkt za parametr pn. „Testowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)”.

W konsekwencji braku zasadności zarzutu głównego - nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut bezpodstawnego wyboru oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Altium International Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpił do postępowania odwoławczego stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp stając się uczestnikiem tego postępowania po stronie Zamawiającego.

Niezasadny jest zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp poprzez nieprzyznanie Odwołującemu 4 pkt za parametr techniczny „Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)”, a także zarzut naruszenia art. 107 ust. 4 lub art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie parametru technicznego „Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)” oraz w konsekwencji poprzez wybór oferty Altium International Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W pkt 14.1. SWZ, Zamawiający określił kryterium oceny ofert: *Parametry techniczne z wagą 16%*. W pkt 14.2. SWZ, Zamawiający określił w ramach tego kryterium cztery punktowane parametry - Parametry techniczne – o wadze maks. 16 pkt, tj.:

-Dwie niezależne strefy grzejne umożliwiające podgrzewanie fazy ruchomej przed kolumną i chłodzenie jej za kolumną – 4 pkt.

-Zakres spektralny DAD co najmniej 190-950 nm – 4 pkt.

-Szybki czas zmiany polaryzacji MS (mniejszy niż 40 ms) – 4 pkt.

-Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC) – 4 pkt.

Bezsporne jest w niniejszej sprawie, że w pkt 4.1. SWZ Zamawiający przewidział obowiązek złożenia przedmiotowych środków dowodowych dla potwierdzenia, że ofertowany dostawy: „spełniają określone przez Zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria”. Przedmiotowe środki dowodowe służyły zatem w prowadzonym postępowaniu nie tylko w celu potwierdzenia spełnienia wymagań OPZ, ale także ich treść miała potwierdzać spełnienie parametrów punktowanych w ramach kryteriów technicznych oceny ofert. Przedmiotowe środki dowodowe stanowiły treść oferty, co wynika także z pkt 12.17 SWZ.

Jednocześnie niesporny w tej sprawie jest fakt, że Zamawiający nie postawił szczegółowych wymagań, co do formy przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie narzucił wykonawcom w SWZ sposobu wyrażenia oświadczenia woli dotyczącego oferowania parametrów punktowanych, w tym parametru: *Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)* – 4 pkt. Nie oznacza to jednak, że brak literalnego potwierdzenia spełnienia danego punktowanego parametru można poczytywać jako sposób wyrażenia oświadczenia woli zaoferowania danego parametru. W ocenie Izby, brak oświadczenia potwierdzającego dany parametr w treści oferty nie może być poczytywany jako złożenie jakiegokolwiek oświadczenia. Dlatego też brak złożenia oświadczenia w badanym zakresie w ofercie Odwołującego nie może podlegać wykładni w oparciu o art. 65 KC.

W danych okolicznościach sprawy Izba nie stwierdziła podstaw do uznania, że dokonana przez Zamawiającego czynność oceny oferty Odwołującego w ramach kryterium „*Parametry techniczne*” - *Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40oC)*, jest błędna, a tym samym, że Odwołujący winien otrzymać dodatkowo 4 pkt w ww. kryterium, a w konsekwencji, że oferta Odwołującego winna otrzymać 92 pkt łącznie i zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W złożonej ofercie Odwołujący wskazał, że oferuje Chromatograf UHPLC Nexera-i LC-2040C 3D PLUS detektorem DAD i spektrometrem mas LCMS-2020, SHIMADZU. Do oferty załączony został przedmiotowy środek dowodowy zawierający tabelę z nazwą, producentem, modelem wraz parametrami technicznymi oferowanego urządzenia oraz broszurę producenta.

W opisie Automatycznego podajnika próbek, znajduje się opis posiadanych przez ten element parametrów technicznych:

kres ciśnienia pracy 660 bar

jemność autosamplera 216 fiolek 2 ml

kres nastrzyku 0.1 do 100 µL

ecyzja nastrzyku 0.25% RSD

ąd przenoszenia 0.0025%

W żadnym z ww. dokumentów dołączonych do oferty Odwołującego nie ma informacji o możliwości termostatowania automatycznego podajnika próbek w wymaganym przez Zamawiającego przedziale temperatury. Żaden złożony w ofercie dokument w jakikolwiek sposób nawet nie odnosi się do ww. punktowanego parametru, podczas gdy, zgodnie z SWZ, wykonawcy mieli obowiązek potwierdzić spełnienie powyższego parametru, aby uzyskać dodatkowe punkty.

Odwołujący złożył zatem ofertę, w tym przedłożył przedmiotowe środki dowodowe, w treści których brak jest potwierdzenia spełnienia parametru *Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40°C)*. W świetle wymagań SWZ, samo określenie przez Odwołującego oferowanego produktu, przez wskazanie producenta, typu i modelu, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest wystarczające do potwierdzenia spełnienia ww. punktowanego parametru. Nie mają też znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy przedłożone do akt sprawy oświadczenia producenta zaoferowanego przez Odwołującego urządzenia, ponieważ kluczowe znaczenie ma tu konkretna treść oferty i przedmiotowych środków dowodowych złożonych przez Odwołującego.

Zamawiający nie może dokonywać oceny parametrów zaoferowanego przez wykonawcę produktu w oparciu o samodzielne ustalenia, w tym w oparciu o informacje ogólnie dostępne lub oferty złożone przez tego wykonawcę w poprzednich postępowaniach. Oferta jest oceniana w danym postępowaniu, stosownie do jej treści oraz na podstawie złożonych przez wykonawcę dokumentów. W przedmiotowym postępowaniu w SWZ Zamawiający wymagał wprost, aby potwierdzenie parametrów, w tym na potrzeby kryteriów oceny ofert, wynikało z treści przedmiotowych środków dowodowych. Podstawą do dokonania przez Zamawiającego oceny oferty może być wyłącznie treść oferty złożonej przez wykonawcę i załączonych dokumentów wymaganych w danym konkretnym postępowaniu. Zamawiający nie może samodzielnie uzupełnić treści oferty o informacje, które nie wynikają jednoznacznie z treści złożonej w danym postępowaniu oferty ani nie może wezwać wykonawcy do uzupełnienia takich informacji - w przypadku gdy stanowią one podstawę do oceny w ramach kryterium oceny ofert (art. 107 ust. 3 Pzp). Takie działanie Zamawiającego powodowałoby niewątpliwie naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Niezasadny jest także zarzut podniesiony przez Odwołującego z ostrożności, że jeżeli kwestia potwierdzenia omawianego parametru mogła wzbudzić jakiegokolwiek wątpliwości, to Zamawiający powinien wystąpić do Odwołującego o wyjaśnienia. Izba wskazuje, że wobec braku w ofercie Odwołującego informacji dotyczącej parametru termostatowania automatycznego podajnika próbek, dla uzyskania punktacji w kryterium *Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40°C)* treść oferty Odwołującego wymagałaby niewątpliwie uzupełnienia o oświadczenie/informację potwierdzającą spełnienie ww. parametru, a tym samym Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania procedury wyjaśnień w trybie art. 107 ust. 4 Pzp, gdyż stanowiłoby to obejście przepisów ustawy Pzp. Uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych jest natomiast niedopuszczalne w przypadku, gdy są one wymagane na potwierdzenie parametrów stanowiących kryteria oceny ofert, co jednoznacznie wynika z art. 107 ust. 3 Pzp. Całkowity brak wymaganej informacji technicznej należy traktować jako złożenie niekompletnych przedmiotowych środków dowodowych, których uzupełnienie, co do zasady, jest możliwe w drodze procedury określonej w art. 107 ust. 2 Pzp, jednak z wyjątkiem przypadku gdy przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert. W takim przypadku ustawa Pzp zakazuje uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył także przepisów art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp, poprzez dokonanie oceny oferty Odwołującego i uniemożliwienie Odwołującemu złożenia wyjaśnień. Z uwagi na treść wymagania określonego w pkt 4.1 SWZ przedmiotowe środki dowodowe służyły w niniejszym postępowaniu m.in. na potrzeby oceny zaoferowanych rozwiązań w pozacenowym kryterium oceny ofert wymienionym w pkt 14.1 ppkt 2 tiret 4 SWZ pn. „*Termostatowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40°C)*”. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie zastosował się do wymagania pkt 4.1 SWZ i nie potwierdził w złożonych z ofertą przedmiotowych środkach dowodowych iż zaoferowane przez Odwołującego rozwiązanie: „Chromatograf UHPLC Nexera-i LC 2040-C 3D PLUS z Detektorem DAD i spektrometrem mas LC-MS 2020 SHIMADZU” zostało zaoferowane w konfiguracji z chromatografem posiadającym funkcjonalność „Testowanie autosamplera (minimalnie zakres 4-40°C)”

W konsekwencji niepotwierdzenia się zasadności powyższych zarzutów, nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut bezpodstawnego wyboru oferty Altium International Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu. Oferta wykonawcy Altium International Sp. z o.o. w ramach oceny ofert uzyskała wyższą punktację (90,44 pkt) niż oferta Odwołującego (88,00 pkt), co w pełni uzasadnia decyzję Zamawiającego.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła,
jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: