

WYROK
z dnia 16 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2011 r. przez **Astra Concept sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Skarb Państwa – Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie**

przy udziale uczestnika postępowania **Bruker Daltonik GmbH w Bremie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez **Astra Concept sp. z o.o. w Warszawie** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa – Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie** i:

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Astra Concept sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Komendanta Głównego Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie** na rzecz **Astra Concept sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Komendant Główny Państwowej Straży Pożarnej w Warszawie zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na zakup 8 sztuk urządzeń do zdalnej detekcji skażeń - zdalnych spektrometrów w podczerwieniu do wykrywania obłoków gazowych i par.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej
z dnia 30 kwietnia 2011 r. pod numerem 2011/S 84 – 137915.

W dniu 24 sierpnia 2011 r. pismem z tego samego dnia zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu m.in. Astra Concept sp. z o.o. w Warszawie (dalej „odwołujący”) o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Bruker Daltonik GmbH w Bremie.

Dnia 2 września 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie, kopię odwołania przekazując za pośrednictwem faksu tego samego dnia zamawiającemu.

Odwołujący zakwestionował wybór oferty najkorzystniejszej dokonany przez zamawiającego oraz odrzucenie jego oferty zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i tym samym rażące naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 2 Pzp.

Uwzględniając powyższe odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienia decyzji zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem żądań odwołującego zawartych w niniejszym odwołaniu,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów zostało wskazane, iż w info rmacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bowiem „oferowany przedmiot zamówienia nie posiada możliwości wykrywania widma w podczerwieni a tym samym nie spełnia wymagań Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia”. Dalej zostało wskazane, iż zamawiający w załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) jednoznacznie określił, że przedmiotem zamówienia jest „Przyrząd do wykrywania obłoków i par niebezpiecznych substancji chemicznych oparty na pasywnej analizie widma w podczerwieni (IR)”.

Odwołujący podniósł, iż przedmiotem zamówienia, zgodnie z siwz, jest zakup „8 szt. urządzeń do zdalnej detekcji skażeń - zdalnych spektrometrów w podczerwieni do wykrywania obłoków gazowych i par”. Zgodnie z opisem funkcjonalnym i specyfikacją techniczną (załącznik nr 1 do siwz): „Przyrząd do wykrywania obłoków i par niebezpiecznych substancji chemicznych oparty na pasywnej analizie widma w podczerwieni (IR). Urządzenie musi mieć również możliwość identyfikacji wykrytych w powietrzu substancji”.

W ofercie odwołujący przedstawił m.in. następującą propozycję:

- a. „Urządzeniem do zdalnej detekcji skażeń - zdalnym spektrometrem w podczerwieni do wykrywania obłoków gazowych i par” stanowiącym przedmiot niniejszej oferty jest urządzenie „Second Sight MS” produkcji firmy Bertin Technologies (Francja).
- b. Działanie urządzenia oparte jest na pasywnej analizie widma w podczerwieni (IR) o długości fal od 8 - do 14 μm .
- c. Urządzenie przeznaczone jest do wykrywania obłoków gazów i par niebezpiecznych substancji chemicznych.
- d. Urządzenie ma możliwość identyfikacji wykrytych w powietrzu substancji.
- e. Zawartość bazy danych: 50 substancji chemicznych, w tym substancje wymagane przez zamawiającego jako minimum.

f. Baza danych przyrządu zawiera 50 substancji chemicznych, a przyrząd może wykrywać w obłoku gazu jednocześnie wszystkie substancje zawarte w tej bazie.

Odwołujący wyjaśnił, iż uzyskał wgląd do dokumentacji postępowania dzięki czemu stwierdził (Notatka służbowa z 6 lipca 2011 r.), że zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie opinii wystawionej przez Dyrektora Krajowego Centrum Koordynacji Ratownictwa i Ochrony Ludności, p. Dariusza M., zgodnie z prezentatą pod wydaną opinią tytułującą się: „st. bryg. mgr inż.”. Przywołana notatka stwierdza, że komisja zapoznała się z treścią pisma Krajowego Centrum Koordynacji Ratownictwa (opinią)

w dniu 7 lipca 2011 r., i że na podstawie pisma Krajowego Centrum Koordynacji Ratownictwa znak CKR-I-0823/1-60/11 z dnia 4 lipca 2011 r. Komisja uznała, że „wezwanie Wykonawcy ASTRA Concept Sp. z o.o. do składania wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy nie znajduje uzasadnienia”.

W przedmiotowej opinii p. M. stwierdził, że zaoferowane przez odwołującego urządzenie - „nie jest spektrometrem w podczerwieni, natomiast jest połączeniem kamery termicznej z bardzo prostym, wstępnym detektorem skażeń”, przeznaczeniem której jest wizualizacja różnicy temperatury otoczenia;

- nie posiada możliwości wykrywania widm w podczerwieni - posiada możliwość tylko wstępnej detekcji wybranych substancji chemicznych. Taka zasada działania uniemożliwia operatorowi dokonanie samodzielnej oceny uzyskanych wyników -w przypadku gdy wykrytej substancji nie będzie w bibliotece urządzenia;

Na podstawie powyższych tez p. M. wysnuł wniosek, że:

- wykrywanie obłoków gazów i par przy pomocy kamery termowizyjnej i analizowanie na podstawie obrazu termowizyjnego (nie widma) w podczerwieni nie jest metodą spektrometrii w podczerwieni.

Ponadto p. M. stwierdził, że:

- spektrometr w podczerwieni jest urządzeniem wyposażonym m.in. w interferometr oraz dzielnik wiązki. Urządzenia te są niezbędne do uzyskania widma w podczerwieni, które może być porównywane lub identyfikowane.

Zdaniem odwołującego p. M. w swojej opinii nie zawarł żadnych argumentów na poparcie przedstawionych przez siebie tez.

Bazując na przedmiotowej opinii zamawiający uznał, że z racji tego, iż została udzielona (wystawiona) „na podstawie materiałów dostarczonych przez Wykonawcę Astra Concept sp. z o. o., który potwierdza że cyt. urządzenie nie posiada możliwości wykrywania widm w

podczerwieni - posiada możliwość tylko wstępnej detekcji wybranych substancji chemicznych (...)”, należy odrzucić ofertę odwołującego bez uprzedniego korzystania z możliwości wyjaśnienia wątpliwości w drodze wezwania do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Z powołanym stanowiskiem nie zgodził się odwołujący stwierdzając, iż jego oferta spełnia wszystkie wymagania zawarte w siwz, i jako taka nie powinna podlegać odrzuceniu.

Dalej odwołujący szczegółowo ustosunkował się do opinii p. M. kolejno kwestionując sformułowane w niej twierdzenia oraz przedstawił definicje przyrządu spektralnego („Nowa encyklopedia powszechna” - Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1996 r.) oraz spektrometrii (Encyklopedia Powszechna PWN. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1976 r., Nowa Encyklopedia Powszechna. Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1996 r.).

Odwołujący potwierdził także informacje i stwierdzenia zawarte w złożonej w postępowaniu ofercie, tj. że zaoferowane urządzenie jest urządzeniem do zdalnej detekcji skażeń - zdalnym spektrometrem w podczerwieni do wykrywania obłoków gazowych i par, którego działanie oparte jest na pasywnej analizie widma w podczerwieni (IR) o długości fal od 8 - do 14 μm . Podkreślił, iż w sytuacji kiedy zamawiający nie zawarł w siwz wymagania, aby spektrometr był wyposażony w interferometr oraz dzielnik wiązki, okoliczność ta nie może stanowić podstawy stwierdzenia, że przedstawione przez odwołującego urządzenie nie jest spektrometrem w podczerwieni. Ponadto nie jest prawdą, że te elementy są niezbędnymi elementami spektrometru (wg definicji spektrometru). W piśmie Dyrektora Krajowego Centrum Koordynacji Ratownictwa znak CKR-I-0823/1 - 60/11 z dnia 4 lipca 2011 r. omawiane są zagadnienia, które wykraczają poza siwz. Odwołujący oświadczył, iż niektóre z tych wymagań są spełnione przez oferowane przez odwołującego urządzenie, a inne mogłyby być spełnione, gdyby w siwz były takie wymagania wyartykułowane.

W podsumowaniu odwołujący wskazał, iż wnioski zawarte w opinii p. M. są całkowicie bezpodstawne, gdyż:

- zdają się być oparte na wymaganiach, które nie zostały zawarte w wymaganiach określonych przez zamawiającego w siwz; tymczasem to siwz zawiera wyłączne kryteria

oceny czy oferta spełnia wymagania zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne czy też nie;

- są merytorycznie błędne (nieprawdziwe) wskutek, jak domniemywa odwołujący, braku dołożenia przez autora opinii należytej tj. profesjonalnej staranności celem rzetelnego jej sporządzenia.

Powołane okoliczności w ocenie odwołującego powodują, że zamawiający bazując na wnioskach zawartych w przedmiotowej opinii - i poprzestając na nich, bez upewnienia się co do ich prawdziwości w trybie art. 87 ust. 1 Pzp poprzez wezwanie odwołującego do wyjaśnienia treści oferty - podjął błędną decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, która spełnia wymagania zawarte w siwz i tym samym nie może zostać legalnie odrzucona bez rażącego naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Dodatkowo oferta odwołującego jest o ok. 25 % korzystniejszą od oferty wybranej.

Zamawiający dnia 5 września 2011 r. zawiadomił Bruker Daltonik GmbH w o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania.

Pismem z dnia 7 września 2011 r. do Prezesa Izby (wpływ bezpośredni w dniu 8 września 2011 r. potwierdzony prezentatą) zostało zgłoszone przez Bruker Daltonik GmbH w Bremie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 13 września 2011 r. odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Na rozprawie w dniu 16 września 2011 r. strony oraz przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważył co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Przymiot uczestnika postępowania uzyskał Bruker Daltonik GmbH w Bremie (dalej „przystępujący”) zgłaszając skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron oraz przystępującego, Izba uwzględniła odwołanie.

Istotą sporu pomiędzy zamawiającym a odwołującym jest prawidłowość dokonanej

przez zamawiającego oceny oferty odwołującego, w konsekwencji której została ona odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – zamawiający uznał, iż treść oferty nie odpowiada treści siwz.

Jako uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty podano w piśmie z dnia 24 sierpnia 2011 r., że „oferowany przedmiot zamówienia nie posiada możliwości wykrywania widma w podczerwieni, a tym samym nie spełnia wymagań zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia”. Zamawiający dalej wskazał, iż w załączniku nr 1 do siwz jednoznacznie określił, że przedmiotem zamówienia jest „przyrząd do wykrywania obłoków gazów i par niebezpiecznych substancji chemicznych oparty na pasywnej analizie widma w podczerwieni (IR)”.

Ustosunkowując się do tak zakreślonych ram sporu w pierwszej kolejności należy wskazać, iż zarzuty odwołania podlegają rozpoznaniu w zakresie, w którym odnoszą się do przyczyny odrzucenia oferty odwołującego wyartykułowanej w informacji o odrzuceniu oferty sporządzonej na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp. Powołany przepis wymaga od zamawiającego podania zarówno uzasadnienia prawnego, jak i faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty.

W odwołaniu został powołany szereg argumentów stanowiących polemikę odwołującego z opinią p. M. z dnia 4 lipca 2011 r. (znak pisma: CKR – I – 0823/1 -60/11), w której autor opinii na wniosek Komisji przetargowej (pismo z dnia 21 czerwca 2011 r., znak pisma: BF – IV - 2370/30-42/11) wyjaśnił, czy wykrywanie obłoków gazów i par przy pomocy kamery termowizyjnej i analizowanie na podstawie obrazu termowizyjnego widma w podczerwieni jest metodą spektrometrii w podczerwieni. Opiniujący stwierdził m.in., iż oferowane urządzenie nie stanowi spektrometru, a wykrywanie obłoków gazów i par przy pomocy kamery termowizyjnej i analizowanie na podstawie obrazu termowizyjnego widma w podczerwieni nie stanowi metody spektrometrii w podczerwieni. Jednak dla oceny zasadności odrzucenia oferty odwołującego kluczowe znaczenie przyznać należy nie treści powoływanej opinii, lecz przywołanej wyżej informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 24 sierpnia 2011 r.

Zamawiający informując o odrzuceniu oferty odwołującego w piśmie z dnia 24 sierpnia 2011 r. nie podnosił, iż oferowane urządzenie nie stanowi spektrometru, nie odnosił się także do podanej w ofercie odwołującego długości fal (od 8 do 14 μm), czy do kwestii możliwości identyfikacji wszystkich występujących w strudze powietrza substancji oraz funkcjonalności pozwalającej na jednoczesną analizę co najmniej 50 substancji chemicznych. Argumenty te zostały powołane dopiero na rozprawie oraz w odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 września

2011 r., zatem jako że nie zostały podane jako podstawa odrzucenia oferty odwołującego w zawiadomieniu z dnia 24 sierpnia 2011 r., nie podlegały rozpoznaniu.

Zasadnym jest podkreślenie, iż uzasadnienie faktyczne podane w informacji o odrzuceniu oferty warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej, ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też wyroki KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10, z dnia 29 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1761/11). Dodać trzeba, iż to na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę o przyczynach odrzucenia oferty (tak też w wyroku KIO z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10). Wykonawca nie powinien domniemywać przyczyn, które legły u podstaw podejmowanych wobec niego czynności. Zatem nie mogą być wzięte pod uwagę przez Izbę okoliczności faktyczne uzasadniające odrzucenie oferty odwołującego powoływane przez zamawiającego dopiero na rozprawie czy w odpowiedzi na odwołanie (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz KIO 1625/11). Zgodnie z dyspozycją normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp uzasadnienie faktyczne podjętych wobec odwołującego decyzji zamawiający zobligowany jest sprecyzować w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty. Bieg terminu na wniesieni odwołania zaczyna biec dopiero od chwili przesłania informacji o podjętej czynności (art. 182 ust. 1 Pzp).

Kluczowe dla rozstrzygnięcia, czy na gruncie rozpatrywanej sprawy zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego uznając, iż jej treść nie odpowiada treści siwz, jest (poza treścią oferty odwołującego) ustalenie wymagań zamawiającego wyartykułowanych w siwz w kwestionowanym zakresie. Innymi słowy niezbędnym jest przesądzenie, czy zamawiający w siwz wymagał, aby oferowany przedmiot zamówienia posiadał możliwość wykrywania widma w podczerwieni.

Dla oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów istotne jest podkreślenie, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w siwz, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w siwz. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w siwz

oczekiwania. Izba podziela w tej kwestii stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku (sygn. akt X Ga 23/07), iż „formalizm

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)."

Zważywszy powyższe stwierdzić także należy, że siwz jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Trzeba podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując oceny ofert. Przede wszystkim nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w siwz wymagań zamawiającego, na podstawie kryteriów oceny ofert w siwz zawartych (tak też przykładowo w wyroku KIO z dnia 16 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2623/10 oraz w wyroku z dnia 29 lipca 2011, sygn. akt KIO 1514/11).

Przyjmując za podstawę dalszych rozważań podkreślone przez Izbę znaczenie siwz dla należytego zbadania i oceny przez zamawiającego złożonych ofert trzeba odnieść się do treści tego dokumentu sporządzonego przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu w zakresie adekwatnym do podniesionych w odwołaniu zarzutów.

Nie jest sporne, że przedmiotem zamówienia jest dostawa 8 sztuk urządzeń do zdalnej detekcji skażeń – zdalnych spektrometrów w podczerwieni do wykrywania obłoków gazowych i par (rozdział I, pkt 1.1.1. siwz, k. 4). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1 do siwz – „opis funkcjonalny i specyfikacja techniczna” (rozdział I, pkt 1.1.3. siwz, k. 4). W powołanym załączniku zamawiający sformułował wymaganie, aby przyrząd do wykrywania obłoków i par niebezpiecznych substancji chemicznych oparty był na pasywnej analizie widma w podczerwieni (IR) (załącznik nr 1 do siwz - opis funkcjonalny i specyfikacja techniczna, k. 1).

Z powołanego postanowienia siwz wnosić należy, iż zamawiający wymagał, aby oferowane urządzenie posiadało możliwość wykrywania widma w podczerwieni.

Skoro w swojej ofercie odwołujący zaoferował urządzenie, którego działanie „oparte jest na pasywnej analizie widma w podczerwieni (IR) o długości fal od 8 do 14 μm ” (załącznik nr 1 do oferty – opis oferowanego przedmiotu zamówienia, k. 3 oferty) stwierdzić trzeba, iż zamawiający błędnie ustalił (pismo z dnia 24 sierpnia 2011 r.), że „oferowany przedmiot zamówienia nie posiada możliwości wykrywania widma w podczerwieni, a tym samym nie spełnia wymagań zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia”. Takie twierdzenie nie znajduje odzwierciedlenia w treści oferty odwołującego. Jeśli zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości, co do zgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz w kwestionowanym zakresie zobowiązany był wystąpić o stosowne wyjaśnienia, czego nie uczynił.

Izba wyraża pogląd, iż to zamawiający zobowiązany jest, odrzucając ofertę, wyczerpująco uzasadnić w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty (art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp), iż rzeczywiście w okolicznościach sprawy zaktualizowała się podana jako uzasadnienie prawne przesłanka odrzucenia oferty wykonawcy. Ciężar udowodnienia tej okoliczności spoczywa na zamawiającym (art. 14 Pzp w zw. z art. 6 kc). Zamawiający zobligowany jest prowadzić postępowanie z należytą starannością, zachowując zasady wyrażone m.in. w art. 7 ust. 1 Pzp, co oznacza, iż w realiach konkretnej sprawy zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią siwz, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać bacząc, by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 Pzp wszystkie stwierdzone nieścisłości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 Pzp. W przypadku wątpliwości, co do zgodności treści oferty z treścią siwz, dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści siwz, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wbrew literalnemu brzmieniu art. 87 ust. 1 Pzp, z którego można by wywodzić, iż wyjaśnienie treści oferty

stanowi wyłącznie uprawnienie zamawiającego („w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących złożonych ofert”) trzeba podkreślić, iż skorzystanie z procedury opisanej powołanym przepisem stanowi obowiązek

oferty zamawiającego, jeśli

stwierdzone niejasności mają skutkować odrzuceniem wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Inne rozumienie komentowanego przepisu stałoby w sprzeczności z zasadą wskazaną w art. 7 ust. 1 Pzp i prowadzić by mogło do udzielenia zamówienia wykonawcy, którego oferta nie jest najkorzystniejsza.

Zważywszy powyższe potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....