

Sygn. akt: KIO 921/10

WYROK
z dnia 2 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 17 maja 2010 r. wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comesa Polska Sp. z o. o., Beckman Coulter Polska Sp. z o. o., 03 – 699 Warszawa, ul. Wolińska 4**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Zespolony, 62 – 504 Konin, ul. Szpitalna 45**

przy udziale **Roche Diagnostic Polska Sp. z o. o., 01 – 531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comesa Polska Sp. z o. o., Beckman Coulter Polska Sp. z o. o., 03 – 699 Warszawa, ul. Wolińska 4

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comesa Polska Sp. z o. o., Beckman Coulter Polska Sp. z o. o., 03 – 699 Warszawa, ul. Wolińska 4** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty 89 zł 00 gr (słownie: osiemdziesiąt dziewięć złotych zero gr.) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comesa Polska Sp. z o. o., Beckman Coulter Polska Sp. z o. o., 03 – 699 Warszawa, ul. Wolińska 4** na rzecz **Wojewódzki Szpital Zespolony, 62 – 504 Konin, ul. Szpitalna 45** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu opłaty za pełnomocnictwo oraz koszty związane z dojazdem na posiedzenie KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Koninie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

(KIO 921/10)

Zamawiający, Wojewódzki Szpital Zespolony w Koninie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę odczynników, materiałów odniesienia i materiałów eksploatacyjnych do badań laboratoryjnych wraz z wyposażeniem aparaturowym i wdrożeniem laboratoryjnego systemu informatycznego (LIS) dla potrzeb Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Koninie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 09.04.2010 r.

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

W dniu 07.05.2010 r. zamawiający w odpowiedzi na liczne zapytania wykonawców dotyczące specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) udzielił szeregu wyjaśnień dotyczących jej treści.

W dniu 17.05.2010 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Comesa Polska Sp. z o. o., Beckman Coulter Polska Sp. z o. o., (zwani dalej „Konsorcjum”) wnieśli odwołanie od ww. czynności (w zakresie pakietu nr 2), podnosząc, iż zamawiający czynnością tą w rzeczywistości w sposób istotny zmienił treść siwz w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz opisu kryteriów i sposobu oceny ofert, które przez to stały się niejednoznaczne, niejasne i niedokładne.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 38 ust. 1, art. 29, art. 7, art. 36 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy oraz wniósł o nakazanie zamawiającemu sporządzenia zmiany opisu przedmiotu zamówienia oraz sposobu oceny ofert tak, aby były zgodne z przepisami ustawy. Względnie, w przypadku uznania braku możliwości dostosowania treści SIWZ do przepisów ustawy, wniósł o nakazanie zamawiającemu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy unieważnienia przedmiotowego postępowania.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono m.in.:

„[...]”

I.

Załącznik 2 a - Zestawienie parametrów techniczno-eksploatacyjnych wymaganych dla analizatorów immunochemicznych - 2 aparaty

Zestawienie parametrów granicznych Punkt 5 - Wszystkie odczynniki wraz z kalibratorami gotowe do użycia, bez konieczności rekonstrukcji

W zakresie tego parametru Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

- Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie jednego odczynnika w formie liofilizatu pod warunkiem jego trwałości po rekonstytucji dostosowanej do średnich dziennych ilości oznaczeń odczynnikowego parametru u Zamawiającego.
- Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie pojedynczych odczynników wymagających rekonstrukcji.
- Zamawiający dopuści do udziału w postępowaniu Wykonawcę oferującego analizator immunochemiczny z odczynnikami gotowymi do użycia z częścią oferowanych kalibra torów wymagających rekonstytucji.
- Zamawiający wyraża zgodę na kalibrator do oznaczania PTH w formie liofilizatu.

Odwołujący nie wie, czy można zaoferować tylko jeden odczynnik w formie liofilizatu, czy też pojedyncze odczynniki (a więc więcej niż jeden). Podobnie, czy tylko kalibrator do PTH może być liofilizowany, czy też część kalibratorów. Nie wiadomo, co Zamawiający rozumie przez określenie "pojedyncze", "część".

II.

Załącznik 2 a - Zestawienie parametrów techniczno-eksploatacyjnych wymaganych dla analizatorów immunochemicznych - 2 aparaty

Parametry opcjonalne podlegające ocenie Punkt 1 - Opakowania odczynników nie większe niż 100 oznaczeń

Na pytania Wykonawców w zakresie tego parametru Zamawiający udzielił odpowiedzi:

- Zamawiający oceni równorzędnie opakowania odczynników po 100 i 200 testów.
- Zamawiający równoważnie oceni zaoferowanie odczynników w opakowaniach po 100 oznaczeń, a dla badań wirusologicznych w opakowaniach po 200 oznaczeń.

Jak wynika z powyższego, w zakresie parametru ocennego (kryterium jakość; za TAK 4 pkt) Zamawiający w miejsce maksymalnie punktowanego opakowania odczynników nie większego niż 100 oznaczeń, wprowadził równorzędną ocenę dla opakowań po 200 oznaczeń. Jednakże, nie jest to jednoznaczne, bo jak wynika z kolejnych wyjaśnień ma to dotyczyć tylko badań wirusologicznych.

III.

Załącznik 2 b - Zestawienie parametrów techniczno-eksploatacyjnych dla analizatorów biochemicznych - 2 aparaty

Zestawienie parametrów granicznych Punkt 14 - Zużycie wody przez analizator nie większe niż 20 litrów /godz.

Na pytania Wykonawców w zakresie tego parametru Zamawiający udzielił odpowiedzi:

- Zamawiający zgodzi się na zaoferowanie do analizatora biochemicznego stacji uzdatniania wody zużywającej maksymalnie 40 litrów wody, nie mniej koszty wszystkich części zużywalnych i serwis stacji uzdatniania wody po stronie Wykonawcy.
- Zamawiający dopuści do udziału w postępowaniu Wykonawcę oferującego analizator zużywający przy maksymalnym obciążeniu 30 litrów wody na 1 godzinę.

Koszty utrzymania stacji uzdatniania wody i serwis są wysokie i wpływają na wartość oferty. Czy tylko w przypadku maksymalnego zużycia 40l/h wykonawca ma obowiązek ponieść koszty' wszystkich części zużywalnych i serwisu stacji uzdatniania wody. Zamawiający nie wprowadził tego wymogu w przypadku analizatora zużywającego 30 l/h. Jak ma postąpić wykonawca, jeżeli chce zaoferować analizator zużywający 35 l/h wody?

IV.

Załącznik 2 b - Zestawienie parametrów techniczno-eksploatacyjnych dla analizatorów biochemicznych - 2 aparaty

Zestawienie parametrów granicznych Punkt 18 - Małe opakowania oferowanych odczynników, nie przekraczające 300 oznaczeń

Zamawiający w swoich wyjaśnieniach modyfikuje ten punkt na cztery alternatywne sposoby:

- a) Zamawiający dopuści opakowania odczynników większe niż 300 oznaczeń dla odczynników ISE; b) Zamawiający dopuści większe opakowania (max_600_ozn.) dla innych odczynników podzielne na niezależne części nie większe niż 300 oznaczeń.
- Zamawiający zgodzi się na zaoferowanie testów do analizatora biochemicznego większej niż 300 w opakowaniu, pod warunkiem, że dotyczyć będzie to testów wykonywanych w dużej ilości, patrz załącznik Biochemia.
- Zamawiający dopuści do udziału w postępowaniu Wykonawcę oferującego odczynniki do analizatora biochemicznego w opakowaniach mniejszych niż 300 oznaczeń, lub dla niektórych w większej ilości wykonywanych badań parametrów opakowania większe niż 300 oznaczeń.
- Zamawiający dopuści ofertę analizatora biochemicznego posiadającego opakowania konfekcjonowane po więcej niż 300 testów, jednak z długim okresem ważności na pokładzie analizatora.

Zamawiający w jednym miejscu uzależnia możliwość zaproponowania większych ilości odczynników Zamawiający od rodzaju odczynnika (ISli), w drugim od ilości oznaczeń (nie

precyzując, przy tym co dokładnie uznaje za 'dużą' ilość, czy 'niektóre badania wykonywane w większej ilości'), w trzecim zaś zastrzega "długi okres ważności na pokładzie analizatora" niezależnie od ilości wykonywanych badań.

Nie jest jednoznacznie teraz określone, w jakich przypadkach tego parametru granicznego można zaproponować opakowania większe niż pierwotnie wymagane przez Zamawiającego.

V.

Załącznik 2 b - Zestawienie parametrów techniczno-eksploatacyjnych dla analizatorów biochemicznych - 2 aparaty

Parametry opcjonalne podlegające ocenie Punkt 7 - Oferowane odczynniki, kalibratory i kontrole w postaci ciekłej, nie wymagające rekonstrukcji wodą przed włożeniem na pokład

W odpowiedzi na zapytania Wykonawców, Zamawiający wyjaśnił:

- Zamawiający przyzna punkty w parametrach opcjonalnych za 1 odczynnik liofilizowany wraz z kalibratorami i kontrolami liofilizowanymi dla jednego parametru.
- Zamawiający oceni w identyczny sposób zaoferowanie większości odczynników i kontroli gotowych do użytku, kilku kalibratorów oraz dwóch odczynników do wcześniejszego przygotowania.

W tym parametrze ocennym można uzyskać za odpowiedź TAK 2 punkty. Z treści tego parametru wynika, że chodzi o więcej niż jeden odczynnik, kalibrator i kontrole (odczynniki, kalibratory i kontrole). Zamawiający postanowił jednak potraktować równorzędnie zaoferowanie odczynnika dla jednego parametru i większości odczynników i kontroli gotowych do użytku. Co jednak oznacza termin "większość odczynników", czy są to wszystkie odczynniki, poza dopuszczonymi dwoma do wcześniejszego przygotowania? Ile kalibratorów to "kilka", by uzyskać punkty za ten parametr?

VI.

Załącznik 2 d - Zestawienie parametrów dla analizatorów koagulologicznych - 2 aparaty
Zestawienie parametrów granicznych Punkt 3 - Wydajność aparatu co najmniej 80 do 120 ozn./ h (dla PT)

W odpowiedzi na zapytania Wykonawców, Zamawiający wyjaśnił:

- Zamawiający określił wydajność aparatu w Załączniku 2d punkt 3, nie mniej dla Zamawiającego, który wykonuje dużą ilość badań koagulologicznych 120 oznaczeń /godz. będzie najlepszym rozwiązaniem.
- Zamawiający wyrazi zgodę na wydajność 140 oznaczeń PT na godzinę analizatora koagulologicznego.
- Zamawiający rozumie przez podane wartości dolna granice wydajności.

Nie jest jednoznaczne, czy jest wymagane najlepsze rozwiązanie (co najmniej 120 ozn/h), czy też jest wystarczające 80 ozn/h.

VII.

Załącznik 2 d - Zestawienie parametrów dla analizatorów koagulologicznych - 2 aparaty
Parametry opcjonalne podlegające ocenie Punkt 1 - Odczyt optyczny dla metod krzepnięciowych oparty na zasadzie nefelometrii

W odpowiedzi na pytanie: Czy Zamawiający oceni w identyczny sposób zaoferowanie analizatora z odczytem optycznym opartym o użycie lampy ksenonowej? Proponowane rozwiązanie jest nowoczesne i równorzędne do metody ocenianej. Zamawiający udzielił odpowiedzi: Zamawiający oceni w identyczny sposób zaoferowanie analizatora z odczytem optycznym przy użyciu lampy ksenonowej.

Metoda nefelometryczna została zrównana ze źródłem światła używanym w tej metodzie. Tymczasem samo źródło światła nie charakteryzuje przecież metody. Jest rzeczą oczywistą, że nefelometria wymaga źródła światła (zwykle jest to lampa ksenonowa).

VIII.

Wyjaśnienia dotyczące wszystkich analizatorów.

Na pytanie: Czy Zamawiający określi podział badań wykonywanych na analizatorach immunochemicznym, biochemicznym, koagulologicznym, gazometrycznym podstawowym oraz pomocniczym? Prosimy o informację, które testy i w jakich ilościach Zamawiający przewidział do wykonania na analizatorach podstawowych oraz pomocniczych?

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: Zamawiający nie określi takiego podziału, ponieważ analizator pomocniczy w bardzo dużym Szpitalu ma między innymi pełnić rolę nie pozwalającą na przerwanie dostarczenia badań zleconym pacjentom w przypadku awarii analizatora podstawowego.

Taka odpowiedź uniemożliwia prawidłową kalkulację oferty. Każdy typ analizatora ma zazwyczaj trochę inne materiały zużywalne, pomocnicze, w nieco odmiennym stopniu zużywa odczynniki. Zamawiający określił, że zarówno analizator podstawowy, jak i pomocniczy muszą spełniać warunki graniczne, nie nakazał jednak by były one jednakowe. Czy metody oznaczeń parametrów planowanych do wykonania przez Zamawiającego mają być utrzymywane na obu analizatorach? (Koszty utrzymania metody, jej kalibracji, kontroli są bardzo istotnym czynnikiem kosztotwórczym). Nie jest jednoznaczne, czy Zamawiający będzie wykonywał całość badań na analizatorze podstawowym, a pomocniczego używał jedynie w razie awarii.

Ponadto Zamawiający udzielił następującego wyjaśnienia na temat wyliczenia ilości materiałów kontrolnych: Zamawiający celem poprawnego wyliczenia ilości proponowanych materiałów kontrolnych wymaga:

- dla badań wykonywanych codziennie kontrola 1 x na dobę na min. 2 poziomach
- dla badań wykonywanych w mniejszej ilości kontrola przynajmniej 2 x w tygodniu na min. 2 poziomach,
- dla badań gazometrycznych, w 2 miejscach działania Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej oddalonych od siebie 7 km, kontrola codzienna na 3 poziomach.

Zamawiający (z wyjątkiem badań gazometrycznych) odwołał się tutaj do częstotliwości wykonywanych badań, natomiast takiej częstotliwości nie określił wcale w SIWZ. Częstotliwość nie musi wynikać z prostego podziału matematycznego przez ilość dni umowy. Częstą praktyką laboratoryjną jest bowiem zbieranie badań w większe partie i wykonywanie ich wg określonego w danym laboratorium harmonogramu. Niestety harmonogram taki nie został przez zamawiającego podany.

W innych wyjaśnieniach z tego samego dnia znajdujemy także odmienną interpretację Zamawiającego na ten sam temat badań kontrolnych:

Oferent zobowiązany jest do zaoferowania materiałów kontrolnych do badań biochemicznych i immunochemicznych na trzech poziomach przynajmniej raz na dobę. Jak łatwo zauważyć to wyjaśnienie stwarza wymóg dla kontroli badań biochemicznych i immunochemicznych na 3 poziomach (w przeciwieństwie do wymaganej w poprzednim kontroli na 2 poziomach) i to codziennej, niezależnie już od częstotliwości ich wykonywania.

Brak tym samym w SIWZ jednoznacznego opisu, jak prawidłowo skalkulować materiały kontrolne. Sam Zamawiający w swoich wyjaśnieniach zawiera 2 odrębne interpretacje w tym zakresie.

IX.

Na pytanie: Czy w związku z tym, iż Zamawiający wymaga zaoferowania odczynników do oznaczania prokalcytoniny, HBe i anty HBe Zamawiający dopuści rozwiązanie, w którym w/w badania będą oznaczane na innym dodatkowym analizatorze immunochemicznym, Zamawiający odpowiedział: Zamawiający wyraża zgodę na zaoferowanie innego analizatora do oznaczania Hbe, anty HBe i prokalcytoniny pod warunkiem spełnienia przez analizator warunków granicznych wymaganych wobec oferowanych analizatorów oraz konserwacji i serwisowania wszelkich napraw kosztem Wykonawcy.

Z SIWZ nie wynika teraz jednoznacznie, jakie warunki graniczne muszą być spełnione dla analizatora do prokalcytoniny, HBe i anty HBe, czy te dotyczące analizatora podstawowego, czy też pomocniczego. Po wyjaśnieniach z dnia 7.05.2010 są one różne pod względem wydajności, jak i ilości odczynników na pokładzie. Dla analizatora podstawowego wymagane

jest 100 ozn/h i co najmniej 20 odczynników na pokładzie, a dla pomocniczego wymagane jest 85 ozn/h i co najmniej 18 odczynników lub 15 (w przypadku gdy analizator podstawowy ma 30 pozycji odczynnikowych).

Odrębną sprawą jest, że Zamawiający stwarzając wymóg dostarczenia analizatora do prokalcytoniny, spełniającego parametry graniczne, niesłychanie zastrzył konkurencyjność całego przetargu, w czym można doszukiwać się znamion naruszenia art. 29 pkt 2 ustawy. Do wykonywania 4 tys badań/ 3 lata, dotyczących 3 parametrów, ma mu być potrzebny analizator o wydajności 85 lub 100 i aż o 20 lub 18 lub 15 miejscach odczynnikowych na pokładzie (w zależności od interpretacji omówionych wyżej wyjaśnień zamawiającego). W związku z tym, nie dopuścił przez to popularnego na rynku, bardzo dobrej jakości mniejszego analizatora opartego na innej metodzie niż wymagana chemiluminescencja. Jeśli badanie prokalcytoniny jest tak niezbędne dla Zamawiającego, mógł to badanie wyodrębnić jako osobny pakiet. Tak zrobił w tym samym przetargu w przypadku analizatorów hematologicznych (opisanych zresztą z wyraźnym w skazaniu na analizator Sysmex XS10()) i oraz Sysmex K4500 lub analizatora badań pilnych (opisanego z wyraźnym wskazaniem na analizator Vitros 250 firmy Johnson&Johnson).

Na podstawie SIWZ wykonawca przygotowuje swoją ofertę i w związku z tym, jej postanowienia muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny.

W przedmiotowym postępowaniu, obecna zmiana/ interpretacja zapisów SIWZ dokonana w wyniku wyjaśnień Zamawiającego, uniemożliwiają Odwołującemu sporządzenie precyzyjnej i prawidłowej, nie podlegającej odrzuceniu oferty.

W wyniku wskazanych naruszeń przez Zamawiającego przepisów ustawy, Odwołujący może ponieść szkodę. Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Gdyby Zamawiający nie naruszył swymi czynnościami sprecyzowanych w odwołaniu przepisów ustawy, Odwołujący mógłby sformułować i złożyć ofertę nie narażając się na jej odrzucenie z powodu niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

[...]"

PRZYSTĄPIENIE

W dniu 21.05.2010 r. Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o odrzucenie odwołania lub jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu przystąpienia podniesiono m.in.:

„[...]”

W pierwszej kolejności zaznaczyć trzeba, że Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu (termin składania ofert upłynął w dniu 18 maja 2010 r.). W takich okolicznościach żądanie nakazania Zamawiającemu zmiany treści SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert należy traktować wyłącznie jako zabezpieczenie na wypadek gdyby jego oferta nie była najkorzystniejszą (co najprawdopodobniej będzie miało miejsce). Niemniej fakt złożenia oferty przez Odwołującego niebicie dowodzi, że opis przedmiotu zamówienia był na tyle jednoznaczny i wyczerpujący, że Odwołujący nie miał problemu z przygotowaniem swojej oferty pomimo rzekomych uchybień w dokumentacji postępowania. Należy więc uznać, że nie ma legitymacji czynnej do korzystania ze środków ochrony prawnej. Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy warunkiem wniesienia odwołania jest posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Ten interes w niniejszej sprawie, mając na uwadze etap postępowania (po upływie terminu składania ofert) przejawia się wyłącznie w możliwości zawarcia umowy w wyniku przyjęcia złożonej przez Odwołującego oferty. Nie można poczytywać jako interesu w uzyskaniu danego, czyli przedmiotowego zamówienia, możliwości ponownego złożenia oferty, w sytuacji gdy obecna nie gwarantuje wyboru.

Ponadto Odwołujący nie może domagać się modyfikacji treści SIWZ, którą sam zaakceptował. W punkcie 4 formularza oferty Odwołujący złożył bowiem następujące oświadczenie: „4. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej żadnych zastrzeżeń oraz uzyskaliśmy wszelkie niezbędne informacje i wyjaśnienia niezbędne do przygotowania oferty i właściwego wykonania zamówienia.” Na tle ww. deklaracji złożonej w dniu 18 maja 2010 r., zupełnie tracą wiarygodność twierdzenia zawarte w odwołaniu z dnia 17.05.2010 r. Treści wynikające z tych dwóch dokumentów są wzajemnie sprzeczne. Stosując zasadę następstwa czasowego przyjęć należy, że Odwołujący składając ofertę wycofał się z zarzutów w stosunku do postanowień SIWZ. Odwołujący nie może mieć interesu w podważaniu postanowień specyfikacji, którą w całości zaakceptował. Nie sposób także przyjąć, że wystąpi po jego stronie szkoda wywołana zapisami, na które bezwarunkowo przystał. Zaś stwierdzenie braku legitymacji czynnej musi prowadzić do oddalenia odwołania.

Odnosząc się do podstaw faktycznych zważyć należy co następuje.

Postępowanie zostało ogłoszone w DUUE w dniu 9 kwietnia 2010 r. Od tego dnia postanowienia SIWZ mogły być przedmiotem kontroli wykonawców. W ustawowym terminie nie wniesiono odwołania. Niemniej wątpliwości, czy też oczekiwania uczestników w stosunku do treści SIWZ znalazły odbicie w licznych pytaniach zgłaszanych w trybie art. 38 ust. 1 ustawy. Zamawiający udzielając na nie odpowiedzi wyraził zgodę na propozycje złagodzenia niektórych postanowień specyfikacji. Nie nastąpiło jednak obostrzenie pierwotnych zapisów

związanych z opisem przedmiotu zamówienia. Nie jest więc prawdą podstawowe założenie odwołania, iż w wyniku udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień opis ten stał się niejednoznaczny i niewyczerpujący, pozbawiony dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń. Jeśli Odwołującemu „nie przeszkadzał” opis wynikający z SIWZ, to nie mogły również wpłynąć na możliwość złożenia przez niego oferty udzielone odpowiedzi. Niestety Odwołujący kwestionuje wyjaśnienia nie dlatego, że uczyniły opis nieczytelnym, lecz dlatego, że pozwoliły ubiegać się o zamówienie szerszej grupie wykonawców. Warto bowiem podkreślić, że w postępowaniu, oprócz Odwołującego wzięło udział wiele firm, które nie miały problemu ze zrozumieniem SIWZ.

Omawiając poszczególne postanowienia, które kwestionuje Odwołujący nie można nie dostrzec, że popełnia on za każdym razem błąd logiczny polegający na tym, że oczekuje w przypadku każdego pytania zadanego przez różnych oferentów tej samej odpowiedzi. Zamawiający jednak słusznie i naturalnie odpowiada na każde pytanie dokładnie w zakresie i meritum którego dotyczyło. Dlatego też każda odpowiedź dla każdego składającego zapytanie oferenta jest jasna, czytelna i jednoznaczna. W każdym przypadku odpowiedź należy ściśle wiązać z treścią pytania. Odwołujący natomiast świadomie pomija treść zapytań wprowadzając zamęt i usiłując wywołać wrażenie chaosu w SIWZ. Tymczasem wszyscy wykonawcy poza nim nie mieli kłopotu ze zrozumieniem wymagań postawionych w SIWZ. Tym bardziej, że zdecydowana większość wyjaśnień co najwyżej rozluźniała wymagania umożliwiając przystąpienie do postępowania większej liczbie oferentów, pozostawiając jednakże możliwość złożenia oferty na pierwotnych warunkach. Komentując poszczególne ustalenia Odwołującego podnosimy:

Ad. I:

Kolejne odpowiedzi Zamawiającego dopuściły oferentów którzy nie posiadają wszystkich odczynników i kalibratorów w formie płynnej. Odpowiadając każdorazowo pozytywnie na zadane pytania, Zamawiający otworzył więc warunki specyfikacji dla każdego z pytających oferentów i zwiększył konkurencyjność postępowania. Dlatego też odpowiedzi nie pozostają w sprzeczności pomiędzy sobą.

Ad. II:

Zarzut dotyczy warunku ocenianego, którego niespełnienie nie uniemożliwia żadnemu z Oferentów złożenia ważnej oferty. Odwołanie jest przedwcześnie, gdyż Zamawiający nie dokonał jeszcze oceny jakościowej ofert. Nie ma też sprzeczności pomiędzy odpowiedziami, gdyż należy przyjąć, że Zamawiający do oceny będzie brał pod uwagę najszerszą dopuszczoną interpretację, czyli opakowania po 100 i po 200 ozn.

Ad. III:

Odwołujący nie zapoznał się wnikliwie z wymogami ogólnymi SIWZ, gdzie w §3 Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wyraźnie określił, że dla oferowanego sprzętu konieczne jest zapewnienie bezpłatnego serwisu gwarancyjnego przez okres trwania umowy. Oczywiście jest że dotyczy to całości sprzętu, a więc także oferowanych UPS-ów, stacji wody, komputerów itd.

Ad. IV:

Duży margines swobody pozostawiony wykonawcom jeśli chodzi o pojemność opakowań oferowanych odczynników stanowi ułatwienie dla firm. Operowanie ogólnymi pojęciami, pozostawiającymi jakiś margines interpretacyjny, nie jest zabronione, tym bardziej że zamówienie jest adresowane do profesjonalistów. Jednocześnie, zgodnie z obowiązującym orzecznictwem, ewentualne niedomówienia specyfikacji nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy. Fakt, że Zamawiający raz wypowiedział się na temat odczynników ISE, a w innym przypadku odnosi się ogólnie do oznaczeń wynika z treści pytania, na które pada konkretna odpowiedź. Dlatego wyjaśnienia dotyczące punktu 18 parametrów granicznych nie stanowiły żadnego zagrożenia, ani też nie były niejednoznaczne. W razie zaś wątpliwości zawsze można było zaoferować opakowania nie przekraczające 300 oznaczeń.

Ad.V:

Zarzut dotyczy warunku ocenianego, którego niespełnienie nie uniemożliwia żadnemu z Oferentów złożenia ważnej oferty. Odwołanie jest przedwczesne, gdyż Zamawiający nie dokonał jeszcze oceny jakościowej ofert.

Ad. VI:

Zamawiający miał jak najbardziej prawo dopuścić analizator o wydajności 140 oznaczeń dla PT na godzinę, dzięki temu wyjaśnieniu poszerzył zakres wyboru najkorzystniejszej oferty w tym pakiecie. Ponadto Odwołujący wspomina o tym by wymagania były zrozumiałe dla wszystkich oferentów, dzięki wyjaśnieniu Zamawiającego jasne stało się, że została określona dolna granica wydajności aparatu. Zapewne wszyscy uczestnicy postępowania dobrze zrozumieli zarówno wymagania wstępne jak i wyjaśnienia skoro nie przeszkodziło to w złożeniu oferty kilku wykonawcom.

Ad. VII:

Zarzut dotyczy warunku ocenianego, którego niespełnienie nie uniemożliwia żadnemu z Oferentów złożenia ważnej oferty. Odwołanie jest przedwczesne, gdyż Zamawiający nie dokonał jeszcze oceny jakościowej ofert.

Ad. VIII:

Zarzut bezpodstawny. Oczywiście jest że Zamawiający nie może przewidzieć jak często oferowany analizator podstawowy będzie ulegać awariom w okresie trwania umowy. Dlatego też każdy z oferentów, znając dokładnie swój system i jakość analizatorów, powinien tak

sporządzić ofertę, aby Zamawiający w każdej chwili miał możliwość wykonania badań i ciągłości pracy.

Ad. IX:

Kolejny brak logiki w argumentacji Odwołującego. Skoro Zamawiający nie wskazał analizatora i szczegółowych warunków, zaznaczył jedynie że ma spełnić warunki graniczne, to oczywiste jest że zaakceptuje zarówno warunki opisane dla analizatora podstawowego jak i pomocniczego. Nie można się więc zgodzić z kolejnym zarzutem jakoby Zamawiający zaostriżył konkurencyjność postępowania. Warunki dla dodatkowego analizatora są dokładnie takie jakie Zamawiający określił w Załączniku 2a, a parametry prokalcytonina, HbeAg i anty-Hbe od początku były wpisane do parametrów wymaganych do oznaczania na oferowanych analizatorach. Dziwne jest też domaganie się przez Odwołującego wydzielenia części testów do osobnego pakietu tylko dlatego, że firma nie posiada tych testów w ofercie lub że na rynku jest jakiś mniejszy analizator immunochemiczny który może wykonać te oznaczenia. Taki sposób myślenia i argumentacji sprowadza rzecz do absurdu, gdyż można sobie wyobrazić analogiczne wnioski kilkunastu innych firm, z których każda żądałaby wydzielenia z postępowania takich testów jakie są jej wygodne, co w efekcie zaowocowałoby kilkunastoma aparatami do realizacji przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego.

Podsumowując stwierdzić należy, że żaden z przepisów powołanych w odwołaniu nie został naruszony przez Zamawiającego. Opis przedmiotu zamówienia był na tyle jednoznaczny i zrozumiały, że zostały złożone liczne oferty przetargowe, w tym przez samego Odwołującego. Świadczy to, że wszelkie dane mające wpływ na sporządzenie oferty zostały zawarte w specyfikacji. Jej podważanie na obecnym etapie sprawy świadczy wyłącznie o chęci unieważnienia postępowania przez Odwołującego, którego oferta najprawdopodobniej nie zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Mając na uwadze powyższe odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

[...]"

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska i oświadczenia stron i przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołującemu nie przysługuje uprawnienie do popierania środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp w zakresie zarzutów dotyczących nieprawidłowego, tj. niekompletnego i niejasnego opisu przedmiotu zamówienia.

W dniu 18.05.2010 r. Konsorcjum złożyło ofertę w ramach pakietu II zamówienia w pkt 4 formularza ofertowego oświadczając, że zapoznało się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosi do niej żadnych zastrzeżeń oraz uzyskało wszelkie informacje i wyjaśnienia niezbędne do przygotowania oferty i właściwego wykonania zamówienia.

Tymczasem w ramach swojego odwołania Konsorcjum przede wszystkim kwestionuje treść wyjaśnień zamawiającego dotyczących specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako prowadzących do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia nie został sporządzony w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 ustawy), tj. w sposób uniemożliwiający złożenie prawidłowej, zgodnej z wymaganiami zamawiającego oferty, która nie będzie narażona na odrzucenie z powodu niezgodności z treścią siwz, jak też w sposób uniemożliwiający wykonawcy określenie i skalkulowanie rzeczywistych kosztów i nakładów do jakich poniesienia będzie zobowiązany w trakcie realizacji zamówienia.

Zgodnie z powołanym art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Aktualne, obowiązujące od dnia 29.01.2010 r. brzmienie ww. przepisu, w przeciwieństwie do jego poprzednich redakcji, wyraźnie referuje do pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia, a nie pojęcia interesu prawnego oraz wprowadza dodatkową, obligatoryjną przesłankę korzystania ze środków ochrony prawnej, która winna wystąpić łącznie z powołanym interesem – zaistniałą lub możliwą szkodę po stronie wykonawcy związaną z naruszeniem przepisów ustawy przez zamawiającego.

W żadnym razie taka redakcja przepisu nie uprawnia do twierdzenia o dopuszczalności jakiegokolwiek „szerokiego” rozumienia pojęcia interesu, abstrahującego od zabezpieczenia możliwości uzyskania danego zamówienia przez wykonawcę oraz zapobieżenia powstaniu

szkody, a polegającego na ogólnym interesie w zapewnieniu zgodnego z prawem przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Ponadto tego typu „szerokie” rozumienie uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej również na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów nie było wcale stanowiskiem dominującym zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie.

Z uwagi na krótki okres obowiązywania przepisu art. 179 ust. 1 Pzp brak jeszcze adekwatnego orzecznictwa w tym zakresie (w tym zwłaszcza orzecznictwa sądów okręgowych). Jednakże w związku z powołanymi przesłankami, uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w Dziale VI ustawy, nie można utożsamić ani sprowadzić do ogólnej kontroli prawidłowości/zgodności z prawem prowadzonego postępowania, jaką dokonują np. uprawnione organy państwa (np. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, Najwyższa Izba Kontroli, regionalne izby obrachunkowe... etc...). Przeciwnie, środki ochrony prawnej stanowią jedynie zabezpieczenie przed naruszeniami prawa, które stają/stawały na przeszkodzie w uzyskaniu danego zamówienia przez danego wykonawcę i co ponadto winno skutkować dla niego szkodą (w jakiegokolwiek postaci opisanej i rozpoznawanej na gruncie polskiego systemu prawa cywilnego).

W ocenie sytuacji faktycznej i prawnej danego wykonawcy w odniesieniu do możliwości podnoszenia konkretnych zarzutów odwołania w świetle opisanego wyżej generalnego uprawnienia do korzystania ze środków ochrony prawnej, należy wziąć pod uwagę całokształt okoliczności danego postępowania, w tym poszczególne działania i zaniechania samego wykonawcy. W szczególności powyższe jest istotne dla oceny możliwości wystąpienia szkody po stronie wykonawcy w wyniku utrzymania niezgodnych z prawem czynności zamawiającego.

Jakkolwiek wbrew twierdzeniom zamawiającego złożenie oferty w postępowaniu nie odwołało wniesionego środka ochrony prawnej – pomijając zagadnienie rodzaju i znacznie oświadczenia woli jakim jest odwołanie, wskazać należy, iż jego anulowanie może odbyć się jedynie poprzez jego cofnięcie opisane w art. 187 ust. 8 Pzp – to jednak wpłynęło na ocenę możliwości korzystania z drogi odwoławczej. Izba jeszcze raz podkreśla, iż powyższa ocena nie ogranicza się jedynie do zagadnienia posiadania aktualnego lub przeszłego interesu w uzyskaniu zamówienia ale zaistniałej lub potencjalnej szkody po stronie wykonawcy. Natomiast wzmiankowaną możliwość wystąpienia szkody związanej z podnoszonym naruszeniem przepisów należy badać i oceniać w trakcie całego postępowania odwoławczego, tj. do chwili zamknięcia rozprawy, jako uzależnioną od różnych okoliczności warunkujących jej wystąpienie, w szczególności okoliczności zależnych od odwołującego.

W zaistniałej sytuacji, wobec złożenia oferty, w której wykonawca zobowiązuje się do wykonania, tak a nie inaczej opisanego przedmiotu zamówienia, wyraźnie deklaruje, iż wszystkie informacje potrzebne do jej sporządzenia oraz realizacji zamówienia uzyskał oraz

przede wszystkim jest swoją ofertą w rozumieniu art. 85 ust. 1 Pzp związany, stwierdzić należy, że wyłączone jest poniesienie przez niego szkody w związku z niejasnością i niekompletnością opisu przedmiotu zamówienia, którą w odwołaniu podnosi.

Opisaną sytuację można porównać do przyczynienia się wierzyciela do powstania szkody czy nawet zgody wierzyciela na jej powstanie, które wyłącza możliwość dochodzenia odszkodowania. Odwołujący składając ofertę na wykonanie zamówienia, którego warunki i opis ukształtował zamawiający zgodził się na powyższe oraz uznał, że warunki te umożliwiają mu sporządzenie ważnej oferty, zawarcie umowy w sprawie zamówienia, jak i jego realizację (*volenti non fit iniuria*). Niejako zgodził się procedować według warunków zamówienia, które zaakceptował i przyjął wynikające z nich zobowiązania, które sam fakt złożenia oferty na niego nakłada. Złożenie oferty jest równoważne z wyrażeniem woli i chęci uzyskania danego zamówienia.

Tym samym przyjąć należy, iż w takim wypadku, możliwość wystąpienia szkody po stronie odwołującego powstałej w wyniku naruszenia przepisów przez zamawiającego, przenoszona jest na naruszenie przepisów powstałe przy interpretowaniu i stosowaniu zastanych i zaakceptowanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konsorcjum, w świetle przepisów art. 179 ust. 1 ustawy, będzie jak najbardziej uprawnione do kwestionowania na drodze środków odwoławczych bezprawnego odrzucenia swojej oferty z powodu niezgodności z treścią siwz, w przypadku gdy zamawiający z niejednoznacznych wymogów będzie wyciągał wnioski nieuprawnione czy postanowienia niejasne będzie interpretował na niekorzyść wykonawcy. Ponadto wykonawca będzie mógł również dochodzić przed sądami powszechnymi wszelkich sporów wynikłych na tym tle w trakcie realizacji zamówienia oraz domagać się ustalenia zakresu swojego zobowiązania. Na marginesie można wskazać, iż nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia stanowi nie tylko ryzyko wykonawcy, ale również i ryzyko zamawiającego, który naraża się na możliwość otrzymania świadczenia, które nie będzie odpowiadało jego potrzebom.

Jakkolwiek należy zgodzić się z twierdzeniem odwołującego zgłoszonym na rozprawie, że ofertę można złożyć zawsze, to należy zaznaczyć, iż w związku z powołaną wyżej instytucją związania ofertą, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofert nie powinno składać się pochopnie, bez świadomości wszelkich konsekwencji faktycznych i prawnych z tym związanych.

W związku z powyższym, tj. brakiem materialnoprawnych przesłanek do korzystania, a więc i podtrzymywania, środków ochrony prawnej wskazanych w art. 179 ust. 1 Pzp, zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp pozostawiono bez rozpoznania.

W odwołaniu (pkt IX) sformułowano również zarzut dotyczący naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy, tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Odnosnie powyższego zarzutu Izba stwierdza, iż sam fakt, iż zaoferowanie aparatów o określonych funkcjach i parametrach jest dla niektórych wykonawców obecnych na rynku utrudnione czy z różnych względów nawet niemożliwe, nie przesądza o naruszeniu konkurencji czy możliwości jej naruszenia. Dla udowodnienia powyższego należałoby przedstawić konkretną analizę rynku i porównanie obecnych na nim rozwiązań oraz wykazać, iż nieuzasadnione potrzebami zamawiającego parametry i dotyczące ich rozwiązania (możliwe do osiągnięcia w odmienny od wymaganego sposób) rzeczywiście preferują określone podmioty obecne na rynku. Tymczasem żadnych dowodów w tym zakresie odwołujący nie przedstawił.

W związku z powyższym, uwzględniając zasadę rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 Kodeksu cywilnego oraz art. 190 ust. 1 Pzp, zarzut uznano za niepotwierdzony.

Zarzuty odwołania dotyczące kryteriów oceny ofert (pkt II, V i VII odwołania), w świetle ocenianego materiału dowodowego (dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia), Izba uznała za niezasadne. Mianowicie w przedmiocie tych zarzutów ustalono i stwierdzono:

Ad I.

W załączniku 2a do siwz „Zestawienie parametrów techniczno-eksploatacyjnych dla analizatorów immunochemicznych”, w tabeli „Parametry opcjonalne podlegające ocenie”, w pkt. 1 zamawiający zaznaczył, iż w przypadku gdy analizator posiadał będzie „Opakowania odczynników nie większe niż 100 oznaczeń” przyzna ofercie 4 pkt.

W piśmie nr WSZ-FZ-22/333/2010 na pytanie nr 6 dotyczące ww. postanowienia siwz: „Czy Zamawiający oceni równocześnie z opakowaniami odczynników po 100 ozn., opakowania odczynników konfekcjonowane po 200 oznaczeń, gdzie producent gwarantuje trwałość po otwarciu 12 tygodni? Z praktycznego punktu widzenia dla Zamawiającego istotna jest trwałość odczynników po otwarciu i brak start odczynnikowych, a nie ilość oznaczeń z opakowania”, udzielono odpowiedzi: „Zamawiający oceni równorzędnie opakowania odczynników po 100 i 200 testów”.

W piśmie nr WSZ-FZ-22/332/2010 na pytanie nr 11: „Czy Zamawiający równoważnie oceni zaoferowanie wszystkich wymaganych odczynników w opakowaniach po 100 badań, a odczynników do części badań wirusologicznych (m. in. HbsAg, a-Hbs, HCV) w opakowaniach po 200 oznaczeń?”, padła odpowiedź: „Zamawiający równoważnie oceni

zaoferowanie odczynników w opakowaniach po 100 oznaczeń, a dla badań wirusologicznych w opakowaniach po 200 oznaczeń.”

W ocenie Izby brak jest sprzeczności pomiędzy przytoczonymi wyżej odpowiedziami zamawiającego i tym samym nie powstają wątpliwości co do sposobu punktowania opisanych w nich i oferowanych rozwiązań.

W świetle obu przytoczonych wyżej odpowiedzi, równoważna (w tych przypadkach maksymalna punktacja przewidziana w siwz dla opakowań 100-oznaczeniowych) zostanie przyznana zarówno dla opakowania odczynników konfekcjonowanego po 200 oznaczeń o gwarantowanej trwałości po otwarciu - 12 tygodni (pyt. 6) oraz dla opakowań odczynników po 200 oznaczeń służących do badań wirusologicznych (niezależnie od ich trwałości).

Znaczenie udzielonych odpowiedzi należy ustalać ściśle w powiązaniu z zakresem i znaczeniem pytania, którego dotyczy.

Ad V.

W załączniku 2b do siwz „Zestawienie parametrów techniczno-eksploatacyjnych dla analizatorów biochemicznych”, w tabeli „Parametry opcjonalne podlegające ocenie”, w pkt. 7, zamawiający zaznaczył, iż w przypadku posiadania czy też spełniania przez analizator wymogu „Oferowane odczynniki, kalibratory i kontrole w postaci ciekłej, nie wymagające rekonstrukcji wodą przed włożeniem na pokład” w trakcie oceny ofert przyznane zostaną 2 punkty.

W piśmie nr WSZ-FZ-22/330/2010 dot. Załącznik nr 2b - Zestawienie parametrów techniczno – eksploatacyjnych dla analizatorów biochemicznych - 4) Tabela parametrów opcjonalnych podlegające ocenie pkt 7, na pytanie: „Czy Zamawiający przyzna punkty za ten parametr ofercie z 1 odczynnikiem liofilizowanym oraz liofilizowanymi kalibratorami i kontrolami do jednego parametru?”, padła odpowiedź: „Zamawiający przyzna punkty w parametrach opcjonalnych za 1 odczynnik liofilizowany wraz z kalibratorami i kontrolami liofilizowanymi dla jednego parametru.”

W piśmie nr WSZ-FZ-22/332/2010 na pyt. 15 dot. również tej samej części siwz: „Czy Zamawiający oceni w identyczny sposób zaoferowanie większości odczynników i kontroli gotowych do użytku, ale kalibratorów oraz 2 odczynników do wcześniejszego przygotowania?”, padła odpowiedź: „Zamawiający oceni w identyczny sposób zaoferowanie większości odczynników i kontroli gotowych do użytku, kilku kalibratorów oraz dwóch odczynników do wcześniejszego przygotowania”.

W ocenie Izby odpowiedź na pierwsze z przytoczonych pytań jest precyzyjna – określa sytuację/zaoferowane rozwiązanie, za które również zostaną przyznane punkty w ramach tego kryterium.

W następnej odpowiedzi zamawiający rzeczywiście posłużył się wyrażeniami niejednoznacznymi, odnoszącymi się do większej ilości desygnatów, co jednak same w sobie jest dopuszczalne, pod warunkiem, iż możliwe jest wyznaczenie granicy zbioru desygnatów danego pojęcia.

W szczególności powyższe nie przesądza, iż w ten sposób opisane kryteria oceny ofert pozostają nieprecyzyjne, nieobiektywne i nie mieszczą się w ramach dyspozycji art. 36 ust. 1 pkt 15, tj. opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert. Liczba punktów przyznawanych za dane rozwiązanie pozostaje ściśle określona, ponadto w każdym przypadku można określić ilościowe parametry graniczne oferowanych rozwiązań, które kwalifikowały się będą do przyznania punktów przez zamawiającego. Odrębnym, i nieistotnym dla sprawy, zagadnieniem pozostaje natomiast ocena racjonalności wyrażonych w ten sposób postanowień siwz oraz w stopień oddawania przez nie intencji ich autora.

Jak wynika z ww. odpowiedzi zamawiającego dla uzyskania punktacji przewidzianej w pkt 7 ww. tabeli, wystarczające jest aby liczba zaoferowanych odczynników i kontroli gotowych do użytku była przeważająca, czyli była ich „większość” (a więc ponad połowa ogólnej liczby), jednocześnie wymagających wcześniejszego przygotowania kalibratorów ma być „kilka” (a więc zgodnie z przyjętym, językowym znaczeniem terminu: od 3 do 9), a niegotowych odczynników - dwa.

Każde z rozwiązań mieszczących się w tak zakreślonych ramach wynikających z ww. odpowiedzi zamawiającego kwalifikuje się do uzyskania punktów na równi z zaoferowaniem wszystkich odczynników, kalibratorów i kontroli niewymagających wcześniejszego przygotowania.

Ad VII.

W załączniku 2d do siwz „Zestawienie parametrów dla analizatorów koagulologicznych”, w tabeli „Parametry opcjonalne podlegające ocenie”, w pkt. 1 zamawiający postanowił o przyznaniu 3 pkt rozwiązaniu „Odczyt optyczny dla metod krzepnięciowych oparty na zasadzie nefelometrii”

W piśmie nr WSZ-FZ-22/332/2010, pyt. 21 dotyczącym powyższego: „Czy Zamawiający oceni w identyczny sposób zaoferowanie analizatora z odczytem optycznym opartym o użycie lampy ksenonowej? Proponowane rozwiązanie jest nowoczesne i równorzędne do metody ocenianej” udzielono odpowiedzi: „Zamawiający oceni w identyczny sposób zaoferowanie analizatora z odczytem optycznym przy użyciu lampy ksenonowej”.

Wyżej przyznana równoważność oceny w odniesieniu do wskazanego rozwiązania jest precyzyjna oraz jasna, a tym samym nie można zarzucać tak skonstruowanemu sposobowi oceny oferty – nieobiektywności i uznaniowości. Natomiast racjonalność tego typu punktowania rozwiązań związanych z właściwościami samego odczytu optycznego pozostaje poza oceną Izby.

Na marginesie Izba wskazuje, iż zamawiający winien poświęcać więcej uwagi semantyce i logice udzielanych wyjaśnień dotyczących treści siwz, a nie poprzestawać na słuszności własnych intencji i zamiarów, którą kierował się przy udzielaniu odpowiedzi na pytania wykonawców i którą na rozprawie eksponował.

W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) i 2) i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Nie przyznano kosztów wynagrodzenia pełnomocnika wnioskowanych przez zamawiającego w związku z brakiem przedłożenia stosownego rachunku w tym zakresie (§ 3 pkt 2 ww. rozporządzenia)

Przewodniczący:

.....