

**Sygn. akt: KIO 86/16**

**WYROK**  
**z dnia 3 lutego 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 stycznia 2016 r. przez Odwołującego: Konmex Sp. z o.o., Pruszków 05-804, ul. Dobra 8 l. 3 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie, Warszawa 02-034, ul. Wawelska 15b

przy udziale wykonawcy Coviden Polska sp. z o.o. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 86/16 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Konmex Sp. z o.o., Pruszków 05-804, ul. Dobra 8 l. 3 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: Konmex Sp. z o.o., Pruszków 05-804, ul. Dobra 8 l. 3 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) 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:.....**

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający: Centrum Onkologii - Instytut im. Marii Skłodowskiej – Curie, Warszawa 02-034, ul. Wawelska 15b wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa staplerów oraz magazynków”, znak PN - 189/15/IM.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 11 stycznia 2016r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2015/S 240-435186.

Ogłoszenie o zmianie powyższego ogłoszenia o zamówieniu opublikowane zostało dniu 14 stycznia 2016r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod nr: 2016/S 009-01113.

Nie zgadzając się z niektórymi powyższymi zmianami ogłoszenia i treścią wyjaśnień w tej części Odwołujący: Konmex Sp. z o.o., Pruszków 05-804, ul. Dobra 8 l. 3 w dniu 22 stycznia 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp czynności Zamawiającego polegających na zmianie, na skutek udzielonych wyjaśnień, treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż dokonując zmian SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu naruszył zasady przygotowywania i przeprowadzania postępowania przetargowego oraz obrazę następujących przepisów prawa:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5, 6, 13 ustawy Pzp, art. 91 ustawy Pzp i w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Pzp i §1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 19.02.2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r., poz. 231), zwanego dalej: „Rozporządzenie w sprawie dokumentów” poprzez: przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w zakresie wykazu oświadczeń lub dokumentów żądanych przez Zamawiającego od Wykonawcy celem potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań stawianych przez Zamawiającego w SIWZ (publikacje określone w zmodyfikowanym Załączniku nr 5 i 10 do SIWZ), oraz nieprecyzyjny, niejednoznaczny, niekompletny i nieweryfikowalny opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu ich oceny, którymi będzie się kierował Zamawiający przy analizie,

badaniu, ocenie oraz wyborze ofert, oraz opisanie kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości Wykonawcy, a ściślej jego wiarygodności technicznej, w sposób nie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, niejednoznaczny, wątpliwy oraz nieostry, za pomocą parametrów wskazujących konkretnego producenta lub konkretny produkt, a nie uzasadnionych potrzebami Zamawiającego, skutkującym nieuzasadnionym ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, stanowiącym tym samym naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji;

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Pzp i §1 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez: nieuprawnione oraz nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego żądanie przezeń złożenia przez Wykonawcę opublikowanych dokumentów, szczegółowo określonych w Załączniku nr 5 do SIWZ, celem potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań stawianych przez Zamawiającego w SIWZ, w tym mających stanowić podstawę do oceny próbek (wzorów), a nie zawierających się w katalogu dokumentów jakich na te okoliczności Zamawiający może żądać, określonym w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów, skutkującym nieuzasadnionym ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, stanowiącym tym samym naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności poprzez nienależyte wykonanie prawomocnego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.12.2015r. (sygn. KIO 2772/15) wydanego w Postępowaniu na skutek odwołania wniesionego przez Odwołującego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, precyzyjnie nakazujących Zamawiającemu podjęcie ściśle określonej zmiany treści SIWZ, celem zapewnienia jej zgodności z przepisami Pzp;

3. art. 91 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez:

a) nieuprawnione przyjęcie, jako kryterium oceny ofert (jakość) wymogu przedłożenia publikacji określonych w zmodyfikowanym Załączniku nr 5 i 10 do SIWZ, dotyczących właściwości wykonawcy, a ściślej jego wiarygodności technicznej, którymi będzie się kierował Zamawiający przy analizie, badaniu, ocenie oraz wyborze ofert;

b) nieprecyzyjny, niejednoznaczny, wątpliwy, nieostry, niekompletny i nieweryfikowalny na podstawie dokumentów składanych w ofercie określonych w zmodyfikowanym Załączniku nr 5 i 10 do SIWZ opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu ich oceny, nie uzasadnionych potrzebami Zamawiającego, którymi będzie się kierował Zamawiający, obiektywnie uniemożliwiając Zamawiającemu dokonanie rzetelnej, mierzalnej oraz weryfikowalnej analizy, badania i oceny ofert w zgodzie z przepisami Pzp, naruszając zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

c) określenie kryterium oceny ofert (jakość) za pomocą m.in. publikacji (zmodyfikowany Załącznik nr 5 i 10 do SIWZ) wskazujących konkretnego producenta lub konkretny produkt, a nie uzasadnionych potrzebami Zamawiającego, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu ich oceny, którymi będzie się kierował Zamawiający przy analizie, badaniu, ocenie oraz wyborze ofert, obiektywnie uniemożliwiając Zamawiającemu dokonanie rzetelnej, mierzalnej oraz weryfikowalnej analizy, badania i oceny ofert w zgodzie z przepisami Pzp, naruszając zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

d) określenie w kryterium oceny ofert - jakość - dodatkowego, bezprzedmiotowego „parametru” / „wymogu”, polegającego na obowiązku przedłożenia publikacji (zmodyfikowany Załącznik nr 5 i 10 do SIWZ), nie zawierającego się w desygnacie znaczeniowym pojęcia „kryterium jakość”, a stanowiącym w swej istocie samoistne poza cenowe kryterium oceny ofert), którego nieprecyzyjny, niejednoznaczny, wątpliwy, nieostry, niekompletny i nieweryfikowalny opis obiektywnie uniemożliwia Zamawiającemu dokonania rzetelnej, mierzalnej oraz weryfikowalnej analizy, badania i oceny ofert w zgodzie z przepisami Pzp, naruszając zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

4. art. 25 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5, 6 ustawy Pzp oraz w zw. z § 1 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez: bezprawne oraz nieuprawnione żądanie od Wykonawcy złożenia wraz z ofertą Załącznika nr 10 stanowiącego wykaz publikacji o których mowa w zmodyfikowanym Załączniku nr 5 do SIWZ określającego dodatkowe kryterium oceny próbek celem potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, wskazujących konkretnego producenta lub konkretny produkt, a nie uzasadnionych potrzebami Zamawiającego, skutkującym nieuzasadnionym ograniczeniem kręgu potencjalnych wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia, stanowiącym tym samym naruszenie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji;

5. art. 91 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp i w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez: nieuprawnione oraz nieuzasadnione potrzebami Zamawiającego podniesienie wagi kryterium jakości w stosunku do ceny do 60% (vide: Rozdział XV pkt 2 SIWZ), wskutek wprowadzenia - jako kryterium oceny ofert w zakresie jakości - wymogu przedłożenia opublikowanych dokumentów (vide: Załącznik nr 5 do SIWZ), pomimo, iż wyżej powołany „parametr” czy „wymóg” nie stanowi „kryterium jakości” sensu stricto, co obiektywnie uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie analizy, badania i oceny ofert w zgodzie z przepisami Pzp, oraz narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzucając powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości,

względnie w części zasługującej na uwzględnienie, oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu i treści zmienionej SIWZ wraz z Załącznikami, w szczególności nr 5 i 10, w sposób zapewniający zgodność kryteriów oceny ofert wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu ich oceny oraz katalogu dokumentów jakich może Zamawiający żądać od Wykonawcy, z przepisami Pzp, w zakresie uwzględnionego odwołania oraz przedłużenia terminu składania ofert, w sposób wskazany w treści uzasadnienia niniejszego Odwołania, a w szczególności poprzez:

a) wykreślenie z treści zmodyfikowanego Załącznika nr 5 do SIWZ zapisu / „wymogu” / „parametru”: „min 5 publikacji (daty publikacji 2000-2014 rok ) w czasopiśmie o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Jmal citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich, bez rozróżnienia na rozmiar oferowanego staplera, czy też wysokość zszywki w jego ładunku - nie 0 pkt - tak 10 pkt Należy wypełnić załącznik nr 10 dla każdego pakietu osobno”,

b) modyfikacji postanowień zmienionej SIWZ w zakresie dokumentów jakich może Zamawiający wymagać od Wykonawcy, w sposób zapewniający zgodność katalogu dokumentów lub oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań stawianych przez Zamawiającego z przepisami Pzp, w szczególności z Rozporządzeniem w sprawie dokumentów, poprzez usunięcie wykazu stanowiącego Załącznik nr 10 do SIWZ: „Wykaz min 5 publikacji (daty publikacji 2000-20Mrok) w czasopiśmie o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Jmal citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich”, względnie, o jego usunięcie i wprowadzenie wymogu przedłożenia „zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że wykonawca spełnia określone wymogi jakościowe w zakresie dostaw będących przedmiotem zamówienia lub równoważnych dokumentów potwierdzających jakość dostaw, w przypadku w którym wykonawca nie może uzyskać wymaganego zaświadczenia w terminie”;

c) zmiany postanowień pkt XV 2 zmienionej SIWZ, poprzez zmniejszenie znaczenia procentowego udziału kryterium jakości z 60% do 50%, przy jednoczesnym zwiększeniu do 50% znaczenie kryterium ceny, tj. przywrócenia stanu sprzed modyfikacji treści SIWZ;

2. zamieszczenie w siedzibie oraz na stronie internetowej Zamawiającego informacji o zmianach dokonanych w treści ogłoszenia niezwłocznie po przekazaniu zmiany o treści ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;

3. niezwłoczne przekazanie dokonanej zmiany SIWZ wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ, jak również niezwłocznego zamieszczenia zmiany SIWZ na stronie internetowej oraz w siedzibie Zamawiającego;

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1) dokumentów znajdujących się w aktach sprawy postępowania odwoławczego toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt KIO 2772/15) to jest:

a) odwołania z dnia 21.12.2015 r. wraz z załącznikami na okoliczności: -  
podniesionych zarzutów odwoławczych wobec postanowień SIWZ;

- żądań podniesionych przez Odwołującego co do treści orzeczenia;
- stanu faktycznego i prawnego postępowania odwoławczego;
- stanowiska, argumentacji oraz twierdzeń podnoszonych przez Odwołującego;

b) odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego z dnia 30.12.2015 r. na okoliczności:

- uwzględnienia w całości zarzutów, argumentacji, stanowiska oraz żądań podniesionych w odwołaniu; - nieuprawnionego na gruncie Pzp w tym Rozporządzenia w sprawie dokumentów żądania przez Zamawiającego od Wykonawców złożenia wraz z ofertą opublikowanych dokumentów, w postaci: „min 5 publikacji (daty publikacji 2000-2014rok) w czasopiśmie o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Juma! citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich, bez rozróżnienia na rozmiar oferowanego staplera, czy też wysokość zszywki w jego ładunku;”

- zobowiązania się przez Zamawiającego do modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ zgodnie z żądaniami podniesionymi w odwołaniu;

c) prawomocnego postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30.12.2015 r. na okoliczności:

- ustalenia stanu faktycznego oraz prawnego sprawy oraz przyjęcia ich przez Krajową Izbę Odwoławczą w postępowaniu odwoławczym wszczętym na skutek wniesienia niniejszego odwołania za swoje własne;

- nieuprawnionego na gruncie Pzp w tym Rozporządzenia w sprawie dokumentów żądania przez Zamawiającego od Wykonawców złożenia wraz z ofertą opublikowanych dokumentów, w postaci: „min 5 publikacji (daty publikacji 2000-20 Mrok) w czasopiśmie o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Juma! citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich, bez rozróżnienia na rozmiar oferowanego staplera, czy też wysokość zszywki w jego ładunku;”

- umorzenia postępowania odwoławczego na skutek uwzględnienia w całości przez Zamawiającego zarzutów oraz żądań odwołania;

2) dokumentów stanowiących dokumentację postępowania przetargowego znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego, o zobowiązanie Zamawiającego w poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii niniejszym wnoszę, to jest w szczególności:

a) Protokołu Postępowania na okoliczności:

- potwierdzenia bądź wykluczenia zastosowania w Postępowaniu dialogu technicznego; - udziału osób trzecich w opracowywaniu lub modyfikacji postanowień SIWZ wraz z załącznikami;

- ustalenia potrzeb Zamawiającego oraz potwierdzenia braku zmiany w tym zakresie

w okresie od daty opublikowania pierwotnej treści SIWZ do dnia 12 stycznia 2016r.;

b) Wyjaśnień SIWZ Zamawiającego oraz modyfikacji SIWZ wraz z Załącznikami z dnia 12.01.2016r. na okoliczności:

- nieuprawnionego na gruncie ustawy Pzp, w tym Rozporządzenia w sprawie dokumentów żądania przez Zamawiającego od Wykonawców złożenia wraz z ofertą opublikowanych dokumentów, w postaci: „min 5 publikacji (daty publikacji 2000-2014rok ) w czasopismach o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Juma! citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerow i ładunków (magazyneków) do nich, bez rozróżnienia na rozmiar oferowanego staplera, czy też wysokość zszywki w jego ładunku;”

- zmiany postanowień SIWZ przez Zamawiającego w sposób sprzeczny z przepisami Pzp, zarzutami oraz żądaniem odwołującego zawartymi w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dn. 30.12.2015r. oraz postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 30.12.2015r. (sygn. akt (sygn. KIO 2772/15), nie usunięcia z treści SIWZ wykazu publikacji stanowiącego Załącznik nr 10, próby obejścia przepisów Pzp oraz pozornego i nienależytego wykonania prawomocnego postanowienia wydanego w sprawie przez Krajową Izbę Odwoławczą;

- niezgodnej z przepisami Pzp modyfikacji treści SIWZ oraz Załącznika nr 5 w zakresie kryteriów oceny ofert wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu ich oceny, wprowadzenia (dodatkowego kryterium oceny próbek, w zakresie wykazu oświadczeń lub dokumentów żądanych przez Zamawiającego od Wykonawcy celem potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań stawianych przez Zamawiającego w SIWZ (publikacje określone w zmodyfikowanym Załączniku nr 5 i 10 do SIWZ), opisanu kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości Wykonawcy, a ściślej jego wiarygodności technicznej;

- ogłoszenia o zmianie ogłoszenia o zamówieniu z dn. 11.01.2016r. (2015/s 240-435186) opublikowanego dn. 14.01.2016r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (2016/S 009-011139) na okoliczność dokonanej zmiany treści ogłoszenia i publikacji ogłoszenia w sposób sprzeczny z przepisami Pzp, zarzutami oraz żądaniem odwołującego zawartymi w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dn. 30.12.2015r. oraz postanowieniu Krajowej Izby Odwoławczej z dn. 30.12.2015r. (sygn. akt: KIO 2772/15), nie usunięcia przez Zamawiającego wykazu publikacji stanowiącego Załącznik nr 10, próby obejścia przepisów Pzp oraz pozornego i nienależytego wykonania prawomocnego postanowienia wydanego w sprawie przez Krajową Izbę Odwoławczą, niezgodnej z przepisami Pzp modyfikacji treści SIWZ oraz Załącznika nr 5 w zakresie kryteriów oceny ofert wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu ich oceny, wprowadzenia dodatkowego kryterium oceny próbek, w zakresie wykazu oświadczeń lub dokumentów żądanych przez Zamawiającego od Wykonawcy celem potwierdzenia

spełnienia przez oferowane dostawy wymagań stawianych przez Zamawiającego w SIWZ (publikacje określone w zmodyfikowanym Załączniku nr 5 i 10 do SIWZ), opisanu kryteriów oceny ofert dotyczących właściwości Wykonawcy, a ściślej jego wiarygodności technicznej;

3) pisma Prezesa Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych z dnia 05.01.2016 r. nr UR.DIM.IMZ.461.001.2016. PM1.1 w odpowiedzi na wniosek Odwołującego o zajęcie stanowiska w sprawie z dn. 30.12.2015r. na okoliczności:

- trafności argumentacji oraz wniosków Odwołującego przytoczonych w odwołaniu (sygn. akt: KIO 2772/15) jak i w niniejszym postępowaniu odwoławczym, nieuprawnionego żądania przez Zamawiającego od Wykonawcy publikacji w czasopiśmie naukowym (...) na potwierdzenie bezpieczeństwa używania wyrobów medycznych (staple i ładunki) stanowiących przedmiot Postępowania;

- określenia na gruncie ustawy z dn. 20.05.2010r. o wyrobach medycznych (Dz. U. z 2010r., Nr 107, poz. 679; dalej: „u.w.m.”) katalogu dokumentów potwierdzających bezpieczeństwo używania wyrobów medycznych (staple i ładunki) stanowiących przedmiot Postępowania oraz dopuszczenie do obrotu lub używania na terytorium RP, jakich może żądać Zamawiający tj.; deklaracji zgodności oraz w przypadku wyrobów dla których jest wymagane przeprowadzenie procedury oceny zgodności z udziałem jednostki notyfikowanej - certyfikatu zgodności (świadczenie CE);

4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zgodnie z wnioskami dowodowymi zawartymi w uzasadnieniu niniejszego odwołania, na okoliczności tamże podniesione;

5) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów zgodnie z wnioskami dowodowymi, które złożone zostaną na posiedzeniu, na okoliczności tamże podniesione oraz na okoliczności podniesione w uzasadnieniu niniejszego odwołania;

6) zobowiązanie Zamawiającego do zmiany treści ogłoszenia w zakresie uwzględnionego odwołania oraz przedłużenia terminu składania ofert;

7) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, według norm przepisanych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w dniu 21.12.2015 r. złożył on odwołanie wobec treści SIWZ zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 25 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5,6 ustawy Pzp oraz w zw. z §1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, wnosząc o modyfikację postanowień SIWZ w sposób zapewniający zgodność warunków udziału w postępowaniu oraz katalogu dokumentów lub oświadczeń składanych na potwierdzenie spełnienia przez oferowane dostawy wymagań stawianych przez Zamawiającego z przepisami ustawy, w szczególności poprzez usunięcie zapisu umieszczonego w SIWZ w pkt IX ppkt 2.4 lit. c), tj. wymogu złożenia „dla każdego z pakietów (oprócz pakietu nr 5) wykazu



min 5 publikacji (daty publikacji 2002-2014rok) w czasopiśmie o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Journal citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich, bez rozróżnienia na rozmiar oferowanego staplera, czy też wysokość zszywki w jego ładunku”, usunięcie wykazu stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ, względnie o jego usunięcie i wprowadzenie wymogu przedłożenia „zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że wykonawca spełnia określone wymagania jakościowe w zakresie dostaw będących przedmiotem zamówienia lub równoważnych dokumentów potwierdzających jakość dostaw, w przypadku w którym wykonawca nie może uzyskać wymaganego zaświadczenia w terminie”.

Wskazał również, że pismem z dnia 30.12.2015 r. Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty oraz żądania zawarte w treści odwołania jednocześnie zobowiązując się do modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez usunięcie z warunków udziału w postępowaniu wymogu przedłożenia wraz ofertą „wykazu min 5 publikacji (daty publikacji 2002-2014rok) w czasopiśmie o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Journal citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich, bez rozróżnienia na rozmiar oferowanego staplera, czy też wysokość zszywki w jego ładunku”.

Zauważył, że wobec powyższego postanowieniem z dnia 30.12.2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt: KIO 2772/15) umorzyła postępowanie odwoławcze, a w dniu 12.01.2016 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej wyjaśnienie SIWZ. W punkcie I Zamawiający usunął w SIWZ ppkt 9 4c, w punkcie II dokonał modyfikacji kryterium oceny ofert w pkt XV.2 SIWZ zmniejszając kryterium ceny do 40% i zwiększając kryterium jakości do 60%.

Zaznaczył również, że w punkcie III zmienił załącznik nr 5 do SIWZ dodając w pakietach 1-4 i 6-12 dodatkowe kryterium oceny próbek tj. „min 5 publikacji (daty publikacji 2000-2014rok) w czasopiśmie o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Journal citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich, bez rozróżnienia na rozmiar oferowanego staplera, czy też wysokość zszywki w jego ładunku.” Przedłożenie wykazu publikacji powinno zostać złożone w załączniku nr 10 do SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że zapoznał się ze zmianami dokonanymi w SIWZ w następstwie wniesionego uprzednio odwołania i analiza dokonanych zmian wskazuje, że pomimo uwzględnienia zarzutów i żądań zawartych w treści odwołania Zamawiający nie

wykonał w sposób prawidłowy czynności do której się zobowiązał.

Według Odwołującego zmieniony SIWZ pozostaje wadliwy i niezgodny z przepisami Pzp oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów naruszając przy tym zasadę równego traktowania i zachowania uczciwej konkurencji.

Wskazał, że w zaistniałej sytuacji na pierwszy plan wysuwa się, iż Zamawiający zrezygnował z zapisu dotyczącego złożenia wykazu publikacji zawartego wcześniej w ppkt 9 4c SIWZ w wykazie dokumentów wymaganych do potwierdzenia że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego tj. wymogu złożenia dla każdego z pakietów (oprócz pakietu nr 5) wykazu min 5 publikacji (daty publikacji 2002-20 Mrok) w czasopiśmie o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Journal citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich, bez rozróżnienia na rozmiar oferowanego staplera, czy też wysokość zszywki w jego ładunku.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający zmieniając powyższe, analogiczny zapis wprowadził do Załącznika nr 5 do SIWZ, wskazując go jako dodatkowe kryterium oceny próbek oraz oczekując przedłożenia w załączniku nr 10 do SIWZ wykazu publikacji naukowych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w uprzednio złożonym odwołaniu domagał się uwzględnienia odwołania w całości, a Zamawiający uznał w całości zarzuty i żądania wskazane w odwołaniu, co powinno skutkować uczynieniem zadość wszystkim żądaniom Odwołującego.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie potwierdził słuszność podniesionych zarzutów, a zatem niezrozumiałym jest sposób modyfikacji SIWZ, dokonanej przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego sposób modyfikacji nie jest tożsamy z zaproponowaną w odwołaniu z 21.12.2015 r. zmianą, na którą Zamawiający się zgodził.

Powołał się na art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w świetle, którego uwzględnienie zarzutu w całości przez Zamawiającego musi prowadzić do wykonania czynności, której domaga się odwołujący.

Według Odwołującego, jeżeli Zamawiający stwierdza, że okoliczności sprawy opisane

w zarzutach są jedynie w pewnym zakresie słuszne, lecz nie uzasadniają wykonania żądań zawartych w odwołaniu, to nie może uwzględnić zarzutów odwołania w całości, gdyż nie jest w stanie spełnić żądań wynikających z odwołania.

Pomimo tego że Zamawiający złożył oświadczenie o uwzględnieniu odwołania, nie wykonał jednak czynności zgodnie z wnioskami zawartymi w odwołaniu.

Stwierdził, że Konmex uprzednio wnosił o zobowiązanie Zamawiającego do dokonania modyfikacji SIWZ w sposób zapewniający zgodność warunków udziału w postępowaniu oraz katalogu dokumentów lub oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań stawianych przez Zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, a Zamawiający wykonując niewłaściwie czynność do której się zobowiązał wynikającą z postanowienia KIO i modyfikując SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert, potwierdza jedynie działanie w złej wierze, podejmowanie pozornych czynności celem obejścia przepisów ustawy.

Zachowanie takie - w ocenie Odwołującego - należy oceniać jako rażące naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Widoczne jest, że Zamawiający uporczywie stara się pozostawić zapis, który może mieć wpływ na przyszły wynik postępowania.

W odwołaniu złożonym w dniu 21.12.2015 r. wypowiedział się co do zarzutu naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego w świetle przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zakazane jest formułowanie warunków postępowania uniemożliwiających swobodny dostęp do udziału w postępowaniu w celu złożenia oferty.

Zarzucił, że Zamawiający nie podał w SIWZ żadnego uzasadnienia w stawianiu takiego wymogu.

Przypomniał również, że wnosząc poprzednie odwołanie domagał się między innymi usunięcia zapisu dotyczącego wymogu złożenia publikacji naukowych w czasopismach określonej kategorii w określonej ich ilości w sposób zapewniający zgodność warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do znaczenia terminu „warunki udziału w postępowaniu” Odwołujący powołał się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych zatytułowaną „Warunki udziału w

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczenia żądane na ich potwierdzenie” z 07.12.2011 r. zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu, zgodnie z którą opinią warunki udziału w postępowaniu to „warunki pozytywne” rozumiane jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy w zakresie określonych uprawnień, potencjału, sytuacji itp. dających gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego, a także brak „warunków negatywnych”, tj. brak okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia wykonawcy z art. 24 ustawy Pzp, dotyczących m.in. nierzetelności, upadłości, zaległości publicznoprawnych albo karalności za określone przestępstwa itp. Przepisy Pzp nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”.

W następstwie zastosowania wykładni językowej stwierdził, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Według Odwołującego pojęcie to obejmuje również opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

W ocenie Odwołującego stawianie takiej tezy należy uznać za właściwe, ponieważ, opis kryteriów oceny oferty zasadniczo warunkuje udział w postępowaniu, a celem stawiania warunków udziału w postępowaniu jest zbadanie potencjału wykonawcy pod kątem udźwignięcia obowiązku realizacji przedmiotu zamówienia i to w sposób należyty.

Reasumując powyższe, uznał, że wymóg złożenia wykazu publikacji naukowych, pomimo że zawarty w części SIWZ dotyczącej kryteriów oceny ofert, jest również jednym z warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Przyznał, że wskutek zmiany SIWZ dokonanej przez Zamawiającego odpadł rygor wykluczenia wykonawcy z postępowania, jednak w sytuacji istnienia wadliwego elementu w postaci wykazu publikacji naukowych do kryteriów oceny oraz równoczesnego zwiększenia kryterium jakości do 60 %, zapis może mieć istotne znaczenie, warunkujące możliwość uzyskania przez wykonawcę zamówienia publicznego.

Oświadczył, że domagając się od Zamawiającego - dokonania modyfikacji postanowień SIWZ w sposób zapewniający zgodność warunków udziału w postępowaniu oraz katalogu dokumentów lub oświadczeń składanych na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań stawianych przez Zamawiającego z przepisami ustawy, w

szczegółności poprzez usunięcie zapisu umieszczonego w SIWZ w pkt IX ppkt 2.4 lit. c - dążył również do takiej zmiany, która wykluczałaby wprowadzenie tożsamego zapisu w inne miejsce SIWZ, w konsekwencji dającego możliwość oceny oferty przez pryzmat nieadekwatnego parametru.

W ocenie Odwołującego złożenie wykazu publikacji naukowych bynajmniej nie służy badaniu jakości staplerów i ładunków do nich.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający jest zdolny do weryfikacji bezpiecznego używania oferowanych staplerów i ładunków do nich, w szczególności przez przedłożenie zaświadczenia podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, potwierdzającego, że wykonawca spełnia określone wymogi jakościowe w zakresie dostaw będących przedmiotem zamówienia lub równoważnych dokumentów potwierdzających jakość dostaw.

Według Odwołującego złożenie wykazu minimum 5 publikacji naukowych nieprzypadkowo zostało wprowadzone do treści SIWZ.

Odwołujący uznał, że publikacjami w prasie naukowej, o tak wysokim współczynniku IF (min. 5) może się wykazać jeden z największych dystrybutorów wyrobów medycznych w kraju, który zapewne będzie przystępował do przedmiotowego postępowania.

Odwołujący uważał, że starania Zamawiającego do pozostawienia powołanego zapisu w treści SIWZ jednoznacznie świadczą o tym, że zapis ma istotny wpływ na wynik postępowania i zapewne go przesądzi.

Zauważył, że w pierwotnym brzmieniu SIWZ zapis ten warunkował złożenie ważnej oferty, podmiotom zdolnym do jego wykonania takim jak Odwołujący, a w konsekwencji zmiany SIWZ, zapis ten ma wpływ na ocenę ofert i w istocie z dużą dozą prawdopodobieństwa będzie skutecznie blokował dostęp do zamówienia.

Odnosnie naruszenia art. 25 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5, 6 ustawy Pzp oraz w zw. z §1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, Odwołujący odnotował, że Zamawiający nie dokonał właściwych zmian w SIWZ przez co aktualnie też narusza powyższe przepisy.

W przekonaniu Odwołującego pozostawienie zapisu dotyczącego złożenia wykazu publikacji naukowych w dużej mierze utrzymuje stan istniejący w poprzednim brzmieniu SIWZ.

Zamawiający nie miał prawa żądać od wykonawcy dokumentu wymienionego obecnie w Załączniku nr 5 do SIWZ tj. wykazu publikacji naukowych.

Odwołujący podtrzymał i odwołał się do argumentacji zawartej w treści odwołania z dnia 21.12.2015 r. w zakresie zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Wskazał, iż katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest zamknięty, tj. nie można w celu weryfikacji zdolności podmiotowej i przedmiotowej żądać dokumentów innych niż wskazane rozporządzeniem.

Przyznał, że katalog tych dokumentów jest zamknięty poza wyjątkami, które jednakże nie występują w przedmiotowym postępowaniu.

W opinii Odwołującego z tych też względów zawarcie w SIWZ w Załączniku nr 5 zapisu dotyczącego jak to ujął Zamawiający „dodatkowego kryterium oceny próbek” w formie minimum 5 publikacji naukowych stanowi oczywistą próbę obejścia przepisów ustawy Pzp.

Ponadto zwrócił uwagę, że na skutek zmiany SIWZ, niezłożenie wykazu publikacji nie powoduje rygoru w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Argumentował, że niezłożenie wykazu publikacji umożliwia Zamawiającemu negatywną ocenę złożonej oferty, tym samym otwierając drogę do oceny przedmiotu zamówienia w sposób dowolny i naruszający zasady uczciwej konkurencji, co widoczne jest szczególnie w zastosowanie punktacji przewidzianej dla oceny próbek.

Wskazał przy tym, że spełnienie kryterium posiadania wykazu wszystkich publikacji decyduje o przyznaniu 10 punktów, z kolei brak publikacji powoduje nieprzyznanie żadnych punktów.

W konsekwencji powyższa relacja pomiędzy tym zapisem, a przewidzianą punktacją, zdaniem Odwołującego, może zadecydować o pożądanym przez Zamawiającego wyniku postępowania.

W ocenie Odwołującego zapis dotyczący publikacji stanowi pozorny parametr, wprowadzony w zakresie opisu kryterium oceny jakości oferty na potrzeby niniejszego postępowania.

Odnosząc się do trzeciego z podniesionych zarzutów, wskazał, że na pierwszy plan

wysuwa się konstrukcja i sformułowanie zapisu zawarte w załączniku nr 5, to jest dodatkowego parametru na podstawie którego ma być przeprowadzona ocena jakości załączonych do oferty próbek staplerów i ładunków do nich.

Cytując treść wyjaśnień nr 1 SIWZ z 12.01.2016 r. w punkcie III - „Modyfikuje załącznik nr 5 do SIWZ dodając w pakietach 1-4 i 6-12 dodatkowe kryterium oceny próbek: min 5 publikacji (daty publikacji 2000-2014rok) w czasopiśmie o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Jumał citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich, bez rozróżnienia na rozmiar oferowanego staplera, czy też wysokość zszywki w jego ładunku.” podniósł, że Zamawiający w zapisie zmienił jedynie daty publikacji dając możliwość złożenia również publikacji z lat 2000 -2001.

Zauważył, że stosownie do punktu III ppkt 2. SIWZ - Oferowane produkty będą oceniane w oparciu o testowanie nieodpłatnie dostarczonych przez wykonawcę próbek.

Argumentował, że z treści przepisu art. 91 ustawy Pzp wynika, iż kryteria oceny ofert mogą dotyczyć wyłącznie przedmiotu zamówienia, nie może być dowolne i uznaniowe.

Podkreślił należy, że kryterium jakościowe odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia powinno być stosowane wyłącznie do dostaw, gdzie można w sposób mierzalny porównać parametry oferowanych dostaw.

Wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości podmiotowych wykonawcy - do których niewątpliwie należy m.in. wiedza, umiejętności zawodowe czy doświadczenie.

Analizując zapis SIWZ w świetle ww. przepisu, zdaniem Odwołującego - w sposób bezpośredni pozostaje on w związku z właściwościami potencjalnego wykonawcy.

Przede wszystkim dotyczy jego wiedzy na temat publikacji naukowych dotyczących wyrobów medycznych oferowanych przez wykonawców.

Zaznaczył, że aby spełnić dodatkowy parametr Odwołujący musiałby śledzić wydawane na przestrzeni lat 2000 - 2014 periodyki naukowe o określonej przez Zamawiającego kategorii tj. „impact factor (IF) minimum 2 (wg Jumał citation Reports)” w celu uzyskania konkretnych informacji na temat bezpieczeństwa staplerów.

W ocenie Odwołującego oczywiste jest, że nie ma obowiązku dysponowania wiedzą na temat czasopism tej kategorii, ani tym bardziej śledzić ich treści.

Według Odwołującego wykonawca wcale nie musi posiadać informacji o publikacjach zamieszczanych tego rodzaju czasopismach, a złożenie wykazu publikacji stanowi bardzo daleko idące oczekiwanie, niczym nie uzasadnione.

Odwołujący zwrócił uwagę, że publikacje, na temat wyrobów medycznych, stanowią jedynie pisemne wypowiedzi konkretnych autorów, które nie mogą potwierdzać ich jakości, przez co posłużenie się publikacjami naukowymi może prowadzić z pewnością do zaburzenia obiektywnej oceny jakości, do której zobowiązany jest Zamawiający, a co więcej w danym przypadku na podstawie próbek wyrobów medycznych.

Podkreślił przy tym, że autorami publikacji, jak to często w praktyce ma miejsce, są osoby w różnym stopniu powiązane z wykonawcami i od nich zależne, w skutek czego opinia wyrażona w artykule na temat bezpiecznego używania produktu, może nie mieć żadnej wartości i praktycznego przełożenia na rzeczywisty poziom bezpieczeństwa.

Wskazał, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, tak aby wykonawca miał jasność co do tego, jaki produkt jest wymagany przez Zamawiającego i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniana jego oferta, a brak precyzji przy formułowaniu treści SIWZ nie może być usprawiedliwiony możliwością wyjaśnienia treści złożonych ofert na etapie ich analizy i oceny.

To na etapie konstruowania treści SIWZ zamawiający winien dołożyć należytej staranności i wyeliminować w stopniu możliwie najwyższym wszelkie niejasności i nieprecyzyjne zapisy, tak aby podczas badania i oceny ofert wyeliminować element subiektywnej oceny.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z zapisem w pkt XV. 2 SIWZ - przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający ma się kierować dwoma kryteriami tj. ceną i jakością.

Jak wynika z wyjaśnień z 12.01.2016r. Zamawiający w załączniku nr 5 umieścił dodatkowe kryterium oceny próbek tj. sporny zapis dotyczący wykazu publikacji naukowych.

Zdaniem Odwołującego zakreślony w SIWZ wykaz publikacji nie stanowi kryterium oceny ofert, ponieważ z załącznika nr 5 wynika, że pełni on funkcję parametru przynależnego do kryterium jakości.



Według Odwołującego zasadnym jest oczekiwanie od Zamawiającego, że jeżeli takie szczególne znaczenie zostało przyznane pojęciu „kryterium” przez ustawodawcę, Zamawiający powinien się nim konsekwentnie posługiwać w SIWZ.

Kolejną niekonsekwencję Zamawiającego – w przekonaniu Odwołującego - jest skonstruowanie kryterium jakości według wymienionych w załączniku nr 5 parametrów technicznych dotyczących staplerów i ładunków, podczas gdy w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp parametry techniczne są wymienione jako odrębne kryterium oceny równoważne dla kryterium jakości czy ceny.

Zdaniem Odwołującego nie można pozytywnie oceniać takiego działania Zamawiającego, które świadczy o braku zachowania należytej staranności i precyzji w zakresie formułowania kryteriów oceny ofert.

Odnosząc się również do definicji językowej zawartej w słowniku języka polskiego, przez pojęcie „parametr” należy rozumieć - wielkość charakterystyczną dla danego materiału, procesu lub urządzenia.

Zaznaczył, że wśród synonimów pojęcia można wskazać słowa jak: atrybut, cecha, identyfikator, walor, właściwość, wyróżnik, znamię.

Wskazał, że dla porównania wśród parametrów oceny jakości wymienionych w załączniku nr 5 Zamawiający wskazał: czytelne oznakowanie opakowania, mechanizm zapewniający równomierny docisk na całej długości szczęk, zabezpieczenie przed ponownym użyciem wykorzystanego ładunku, możliwość aplikacji jednoręcznej, równoległy docisk szczęk staplera na całej długości, formowanie zszywek w poprawny kształt, możliwość automatycznego lub manualnego zapięcia iglicy, ergonomia użycia itd.

Przyznał, że wskazane wyżej parametry należy uznać za spójne ze sobą właściwości (cechy), pod których kątem można dokonać oceny jakości próbek.

Wątpliwości Odwołującego budziła sama językowa konstrukcja parametru.

W ocenie Odwołującego parametr w postaci wykazania się określoną ilością publikacji, w określonej kategorii czasopism, o określonej przy tym treści, nie stanowi właściwości, cechy czy znamienia produktów, jakimi w tym przypadku będą próbki wyrobów medycznych.

Zaznaczył przy tym, że jakość ma być oceniana na podstawie złożonych próbek staplerów i magazynków do nich, zgodnie z parametrami określonymi w załączniku nr 5.

Wyjaśnił, że Zamawiający planuje dokonać fizycznych oględzin staplerów i ich testowania pod kątem występowania pożądaných parametrów.

W takim stanie rzeczy, stwierdził, że ocena staplerów zgodnie z parametrami wymienionymi w załączniku nr 5 nie budzi wątpliwości, lecz trudno się zgodzić na możliwość oceny jakości próbek według wykazu publikacji naukowych.

W kategorii zastrzeżenia, wskazał, iż parametr ten jako jedyny z wymienionych w załączniku nr 5 wymaga wypełnienia załącznika nr 10 dla każdego z pakietów osobno, co dodatkowo podważa prawidłowość parametru.

W opinii Odwołującego wykaz publikacji naukowych, z uwagi na to, że nie może stanowić parametru wyrobów medycznych, nie pozwala na przeprowadzenie oceny jakości próbek wyrobów medycznych.

Zwiększenie znaczenia kryterium oceny jakości do 60%, było - zdaniem Odwołującego - logicznym następstwem wprowadzenia zapisu dotyczącego przedłożenia publikacji naukowych.

Według Odwołującego zwiększenie znaczenia kryterium jakości świadczy o tym, jak istotne znaczenie ma dodatkowy parametr oceny jakości.

Zarzucił, że przed zmianą SIWZ przypisane do kryterium jakości parametry łącznie dawały znaczenie dla kryterium w wysokości 50%, natomiast dodanie kwestionowanego kryterium spowodowało nieuzasadnione zwiększenie kryterium o 10%.

Mając to na uwadze, wskazał, że uzasadniony jest wniosek o zmniejszenie tego kryterium do początkowej wysokości 50%.

Na końcu stwierdził, że naruszenie wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji może wyrażać się nie tylko w dyskryminującym opisie przedmiotu zamówienia, postawieniu niewłaściwych warunków udziału w postępowaniu, ale także w ustaleniu kryteriów oceny ofert, które - w części wskazującej na priorytety zamawiającego wyrażone w kryterium jakościowym - będą, bez uzasadnienia preferowały pewne rozwiązanie, które będzie rzutowało następnie na taką lub inną ocenę złożonych ofert.

Pismem z dnia 28 stycznia 2016r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Coviden Polska sp. z o.o.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 27 stycznia 2016r., odpowiedzi Odwołującego na powyższe przystąpienie z dnia 2 lutego 2016r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez strony i uczestnika pism oraz wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Pzp, art. 36 ust. 1 pkt 3, 5, 6, 13 ustawy Pzp, art. 91 ust.1 – 3 ustawy Pzp i §1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 19.02.2013r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013r., poz. 231).

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do sformułowania zmiany ogłoszenia i modyfikacji SIWZ w spornym zakresie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w sekcji III.2.3) pkt. 1.3. lit. c ogłoszenia dotyczącego kwalifikacji technicznych określił następujący wymóg: w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający wymaga dla każdego z pakietów (oprócz pakietu nr 5) wykazu min 5 publikacji (daty publikacji 2002–2014) w czasopiśmie o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Journal citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich, bez rozróżnienia na rozmiar oferowanego staplera, czy też wysokość zszywki w jego ładunku. Należy wypełnić załącznik nr 10 dla każdego pakietu osobno.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w SIWZ w rozdziale IX w pkt. 4. lit.c Zamawiający zażądał od wykonawców wykazu oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia oraz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego: W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający wymagał dla każdego z pakietów (oprócz pakietu nr 5) wykazu min 5 publikacji (daty publikacji 2002-2014rok ) w czasopiśmie o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Journal citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich, bez rozróżnienia na rozmiar oferowanego staplera, czy też wysokość zszywki w jego ładunku. Należy wypełnić załącznik nr 10 dla każdego pakietu osobno.

Należało również wskazać, że w załączniku nr 5 do SIWZ Zamawiający określił postanowienia odnoszące się do oceny jakości wyrobu w ten sposób:

I. Pakiety nr 1 – 4:

1. Czytelne oznakowanie opakowania Tak – 10 pkt., Nie – 0 pkt.,
2. Mechanizm zapewniający równomierny docisk na całej długości szczęk TAK 20 pkt., NIE 0 pkt.,
3. Zabezpieczenie przed ponownym użyciem wykorzystanego ładunku TAK 20 pkt., NIE 0 pkt.,
4. Poprawne zespolenie Tak – 10 pkt., Nie – 0 pkt.

II. Pakiety nr 6-12:

1. możliwość aplikacji jednoręcznej tak – 10 pkt., nie – 0 pkt.,
2. równoległy docisk szczęk staplera na całej długości tak – 10 pkt., nie – 0 pkt.,
3. formowanie zszywek w poprawny kształt tak – 10 pkt., nie – 0 pkt.,
4. możliwość automatycznego lub manualnego zapięcia iglicy ograniczającej z rękojeści tak – 10 pkt., nie – 0 pkt.,
5. ergonomia użycia bardzo dobra – 20 pkt., średnia – 10 pkt., mierna – 0 pkt.,
6. rozwiązanie uniemożliwiające ponowne użycie z wystrzelonym ładunkiem tak – 10 pkt., nie – 0 pkt.,
7. prowadnik do cięcia tkanek po wyzwoleniu ładunku tak – 10 pkt., nie – 0 pkt.,
8. zszywki spłaszczone na całej długości tak – 10 pkt., nie – 0 pkt.

Izba również ustaliła, że w zakresie ogłoszenia Zamawiający usunął w wyniku jego zmiany w sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt. 1.3 treść litery c w związku z uwzględnieniem odwołania w całości w pierwszym postępowaniu odwoławczym i wydanego

w jego następstwie postanowienia z dnia 30.12.2015 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 2772/15).

Dalej Izba stwierdziła, że Zamawiający zmienił w sekcji IV.2.1) ogłoszenia odnoszącym się Kryteriów udzielenia zamówienia, że najkorzystniejsza ekonomicznie oferta będzie z uwzględnieniem kryteriów: 1. Cena. Waga 40, 2. Jakość. Waga 60.

W piśmie z dnia 12 stycznia 2016r. Zamawiający wyjaśnił treść SIWZ poprzez usunięcie z rozdziału IX pkt. 4 postanowienia lit.c, a także zmodyfikował załącznik nr 5 dodając w pakietach 1-4 i 6-12 dodatkowe kryterium oceny próbek: min 5 publikacji (daty publikacji 2002-2014rok ) w czasopismach o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Jurnal citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich, bez rozróżnienia na rozmiar oferowanego staplera, czy też wysokość zszywki w jego ładunku

- nie – 0 pkt.,

- tak – 10 pkt.

Należy wypełnić załącznik nr 10 dla każdego pakietu osobno.

Poza tym Izba ustaliła, że w załączniku nr 10 do SIWZ po jego zmianie Zamawiający zażądał załączenia do oferty wykazu minimum 5 publikacji (daty publikacji 2000-2014rok ) w czasopismach o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Jurnal citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich z podaniem czasopisma, rocznika, nr czasopisma, strony w czasopiśmie, tytułu artykułu, autorów.

Rozpatrując przedmiotową sprawę i dokonując porównania zakresu zaskarżenia zarzutami w poprzednim odwołaniu z tymi obecnie zgłoszonymi Izba doszła do przekonania, że Odwołujący w tamtym postępowaniu odwoławczym wniósł odwołanie na warunki udziału w postępowaniu, a nie na postanowienia dotyczące kryterium oceny ofert.

W chwili obecnej po powyższej zmianie ogłoszenia i treści SIWZ Izba uznała, że powyższy warunek udziału w postępowaniu nie istnieje, a przedmiotem sporu jest jedynie kryterium oceny ofert odnoszące się do jakości wyrobu medycznego.

W ocenie Izby produkt w postaci staplera wraz z ładunkiem objęte przedmiotem zamówienia stanowią wyrób medyczny szczególnego znaczenia z uwagi na jego zastosowanie w procedurach chirurgicznych, wymagający najwyższych cech jakościowych.

Według uznania Izby znaczenie jakości wyrobu medycznego należy rozpatrywać zarówno w aspekcie jego bezpieczeństwa, jak i skuteczności działania tego wyrobu.

Zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 10 marca 2011 r. w sprawie szczegółowych warunków, jakim powinna odpowiadać ocena kliniczna wyrobów medycznych lub aktywnych wyrobów medycznych do implantacji dane kliniczne przeznaczone do wykorzystania w ocenie klinicznej, pochodzące z badań klinicznych, piśmiennictwa naukowego lub doświadczeń z używania ocenianego wyrobu, po wprowadzeniu tego wyrobu do obrotu, ocenia się pod względem ich jakości, znaczenia, wartości oraz przydatności do wykazania bezpieczeństwa i skuteczności działania ocenianego wyrobu.

Z powyższego przepisu wynika jednoznacznie, że piśmiennictwo naukowe służy do weryfikacji danych klinicznych w zakresie oceny wyrobu medycznego.

Z tego należy wnioskować, że Zamawiający słusznie oczekując na taki, jak wyżej wskazano produkt, ustanowił dodatkowe podkryterium jakościowe opierające się stanowiskach i ocenach najwyższych autorytetów naukowych w dziedzinie medycyny wyrażonych w minimum 5 publikacjach (daty publikacji 2000–2014) w czasopiśmie o wskaźnikach impact factor (IF) minimum 2 (wg Journal citation Reports), dotyczących i potwierdzających bezpieczne używanie oferowanych staplerów i ładunków (magazyneków) do nich, bez rozróżnienia na rozmiar oferowanego staplera, czy też wysokość zszywki w jego ładunku.

Innymi słowy Izba potraktowała to podkryterium, jako odnoszące się do przedmiotu zamówienia, gdzie oceniana była przez specjalistów w dziedzinie medycyny jakość produktu, a z kolei w oparciu o te informacje dotyczące tej jakości Zamawiający mógł dokonać oceny wyrobu.

Izba nie dopatrzyła się przy tym takiego sformułowania kryterium oceny ofert, które odnosiłoby się do właściwości wykonawcy czy jego wiarygodności finansowej.

Izba stanęła na stanowisku, że Odwołujący nadal może konkurować z innymi wykonawcami na płaszczyźnie innych elementów związanych z jakością wyrobu medycznego.

Wykazywane przez Odwołującego wyliczenia różnic cenowych w warunkach utrzymania zaskarżonego podkryterium oceny ofert nie znajdują żadnego potwierdzenia w

dowodach niniejszej sprawy.

Jednocześnie Izba przyjęła zapatrywanie, że wykaz, o którym mowa w załączniku nr 10 do SIWZ nie stanowi dokumentu w rozumieniu art.25 ust.1 ustawy Pzp, zarówno na potwierdzenie warunku podmiotowego, jak i przedmiotowego, co oznacza, że jego nie złożenie nie ogranicza udziału wykonawców w przedmiotowym przetargu.

Powyższy dokument ma znaczenie jedynie pomocnicze służące Zamawiającemu do dokonania oceny w kryterium, co do którego poprawności Izba nie ma wątpliwości.

Okoliczność ta została przyznana przez Zamawiającego, który na rozprawie oświadczył, że w przypadku niezłożenia wykazu stanowiącego załącznik nr 10 nie przewiduje on sankcji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, lecz jedynie ma to wpływ na ocenę w zakresie kryterium jakości – jeżeli wykonawca nie dostarczy wykazu to otrzyma 0 pkt.

Izba nie dopuściła dowodów zgłoszonych przez Odwołującego w pkt. 4 lit. a – e oraz lit.h odpowiedzi na przystąpienie z dnia 2 lutego 2016r. z powodu ich przedłożenia w języku angielskim.

Stosownie do przepisu § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego.

Izba nie przyjęła również dowodów z innych przetargów, jako niezwiązanych z rozpoznawaną sprawą i wykazujących, co najwyżej, że inni Zamawiający dokonywali podobnych ocen w zakresie kryterium jakościowym, w oparciu o oceny naukowe, jak w przedmiotowym przetargu.

Powyższej oceny Izby odnoszącej się do rozpoznawanej sprawy nie zmieniły również informacje dotyczące bezpieczeństwa z dnia 11 grudnia 2015r. mające charakter incydentalny i nie związane z rozstrzyganymi zarzutami.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

**Przewodniczący:.....**