

Sygn. akt: KIO 159/17

WYROK
z dnia 8 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia br. przez wykonawcę A.L.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Miejską Przychodnię Specjalistyczną w Toruniu

przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy R.D.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

orzeka:

1. Oddala odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 192 ust.2 Prawa zamówień publicznych stosowanym a contrario.
2. Bez rozpoznania pozostawia zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy R.D.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na podstawie art. 189 ust 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych stosowanym odpowiednio.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę A.L.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę A.L.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od wykonawcy A.L.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz zamawiającego - Miejskiej Przychodni Specjalistycznej w Toruniu kwotę 3 584zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy), poniesionych z tytułu kosztów reprezentacji przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Toruniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Miejska Przychodnia Specjalistyczna w Toruniu (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawy odczynników i materiałów eksploatacyjnych do oznaczeń biochemicznych i immunochemicznych wraz z dzierżawą analizatorów i laboratoryjnego systemu informatycznego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2 stycznia 2017 r., nr 605. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo ustawa).

W dniu 24 stycznia 2017 r. wykonawca A.L.P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
2. naruszenie art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy tj. dokonanie wyboru oferty firmy R.D. Polska Sp. z o.o. z siedzibą w W., „która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej”;
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia (nieodrzućenia) oferty wykonawcy opisanego w pkt 2, albowiem treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy opisanego w pkt 2, albowiem w oparciu o dodatkowe argumenty, które rozszerzają obligatoryjną podstawę dokonania tej czynności, kumulatywnie wyczerpana została jeszcze przesłanka z pkt 6 niniejszego artykułu ustawy, albowiem niniejsza oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny - bowiem jest niedoszacowana;

5. naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy poprzez dokonanie wadliwej oceny ofert (tj. nieprawidłowy rozdział punktów w sposób opisany poniżej, poprzez zawyżenie ilości punktów dla wykonawcy R. i zniżenia ilości punktów dla Odwołującego, co stanowi samodzielny zarzut odwołania niezależnie od żądania odrzucenia oferty R.);

6. naruszenie art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście;

7. powyżej opisane działania Zamawiającego stanowią jednocześnie zdaniem Odwołującego złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319), która stanowi, że ograniczenia wolności działalności gospodarczej są dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względów na ważny interes publiczny.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

1) W odniesieniu do oceny punktowej, Odwołujący podnosił, że zgodnie z załącznikiem nr 3.4 część B do SIWZ Zamawiający oceniał:

a) Pkt. 2: „Szybkość otrzymania pierwszego wyniku, poniżej czasów określonych w punkcie 18 zał. 3.2 (60 minut/45 minut)”.

Zamawiający określił punktację w zakresie 0-2 punkty i minimum na poziomie 60 minut/45 minut dla poszczególnych oznaczeń. Obie oferty spełniły minimum jednocześnie je przekraczając. Firma R. otrzymała 2 pkt. za najlepszy wynik, ale oferta Odwołującego powinna dostać co najmniej 1,5 pkt., gdyż oferowana wartość tego parametru jest wyższa niż wymagana.

b) Pkt. 3: „Ilość miejsc na próbki badane (min 60)”.

Zamawiający określił punktację w zakresie 0-2 punkty i minimum na poziomie 60. Obie oferty spełniły minimum jednocześnie je przekraczając. Firma R. otrzymała 2 pkt. za najlepszy wynik, ale oferta Odwołującego powinna dostać co najmniej 1 pkt., gdyż oferowana wartość tego parametru jest wyższa niż wymagana.

Ponadto Odwołujący zwracał uwagę, że rotor nie jest miejscem na wstawianie próbek, więc nie powinien być w tym miejscu wymieniony. Rotor jest elementem analizatora transportującym statywy z próbkami z podajnika do części procesowej analizatora.

c) Pkt. 6: „Wielkość opakowań (konfekcjonowanie odczynników odpowiednie do ilości badań)”.

Zamawiający określił punktację w zakresie 0-2 punkty, jednak nie sprecyzował jaka wielkość opakowania odczynnika jest dla Zamawiającego lepsza, co mógłby ocenić większą ilością punktów. W związku z tym obie firmy powinny być oceniono jednakowo.

d) Pkt. 9: „Stabilność kalibracji nie mniejsza niż 30 dni dla wszystkich oznaczeń (zgodnie z zaleceniami producenta testów w instrukcjach odczynnikowych)”.

Zamawiający określił punktację w zakresie 0-2 punkty. Jednocześnie Zamawiający określił minimalną wartość do spełnienia na poziomie 30 dni. Zaoferowana przez firmę R.D. wartość to 28 dni oraz dla anti-TPO — każde opakowanie. Tak więc minimalny wymóg Zamawiającego na poziomie 30 dni dla każdego oznaczenia nie został spełniony przez R.D., tak więc oferta ta, jako niezgodna z wymogami SIWZ, powinna zostać odrzucona.

e) Pkt. 12: „Możliwość dostawiania próbek i wymiany odczynników w trakcie pracy analizatora bez konieczności zatrzymywania czy pauzowania aparatu - czas przejścia analizatora z trybu pauzy w stan pracy”.

Zamawiający określił punktację 2 pkt. dla spełniającego parametr oraz w zakresie 0-1 dla czasu przejścia analizatora z trybu pauzy w stan pracy. Firma R. nie spełnia warunku możliwości dostawiania próbek i wymiany odczynników w trakcie pracy analizatora bez konieczności zatrzymywania czy pauzowania aparatu - powinna więc dostać 0 pkt. Nie można punktować 1 pkt za częściowe spełnienie warunku, gdyż Zamawiający nie dał takiej możliwości. W odpowiedzi na pytanie nr 6 z dn. 10.01.2017r. Zamawiający wyraźnie określił punktację na poziomie 2 pkt za ciągłą pracę analizatora. Zamawiający powinien również przyznać punkty za czas przejścia analizatora z trybu pauzy stan pracy, co zostało wyraźnie opisane w kolumnie „Parametr analizatora”.

W związku z udzielonymi odpowiedziami Zamawiający powinien przyznać w tym parametrze 0 pkt. firmie R. (w opisie 15 min.) i 1 pkt. Odwołującemu (w opisie 2 min.) — zgodnie z zaproponowaną w tym parametrze punktacją dla oceny tego czasu w zakresie 0-1 pkt.

f) W Załączniku nr 3.4 część C do SIWZ Zamawiający oceniał:

Pkt. 3: „Dostępność serwisu w ciągu doby minimum 8 godzin w dni robocze parametr pożądaný (najwyżej oceniany - 4 pkt) pon-piątek 7.00-19.00 soboty 7.00-15.00”. Zamawiający określił punktację w zakresie 0-4 punkty i przyznał 4 pkt. Odwołującemu za spełnienie parametru pożądanego. Niesłusznie jednak przyznano 3,5 pkt. firmie R., gdyż zaoferowana dostępność serwisu w soboty jest znacznie krótsza niż dostępność serwisu Odwołującego (4 godziny vs. 8 godzin). Tak więc oferta firmy R. powinna otrzymać co najwyżej 1 pkt. W ocenie opisanego parametru.”

2. Ponadto Odwołujący uzasadniał zarzuty mające prowadzić do odrzucenia oferty konkurencyjnej: Zamawiający wymagał wyszczególnienia zaoferowanego sprzętu komputerowego, czego firma R. nie zrobiła. Brak wyspecyfikowania w ofercie sprzętu komputerowego oznacza w ocenie Odwołującego, że oferta ta nie spełnia wymogów SIWZ.

Odwołujący również podnosił, że oferta firmy R.D. jest niedoszacowana w zakresie ilości opakowań odczynnika C.I.E.c. e100/04784618190. Firma R. zaoferowała 8 opakowań. Zamawiający na pytanie nr 1 z dnia 10.01.2017r., które brzmiało „Czy Zamawiający wyrazi zgodę by podając liczbę opakowań uwzględnić terminy ważności oferowanych odczynników przechowywanych zamiennie na pokładzie analizatora i w lodówce (takie postępowanie jest zgodne z powszechną praktyką laboratoryjną oraz rekomendacjami producenta i pozwala na ekonomiczne wykorzystanie odczynników po otwarciu), a dla testów wykonywanych w mniejszych ilościach (400 i mniej oznaczeń rocznie) uwzględnić okres ważności odczynnika podany przez producenta na opakowaniu?”, odpowiedział: „Podobnie jak w zał. 2.1 do SIWZ pkt. 2: Przy zleceniu badań rzadziej wykonywanych odczynniki nie muszą być trzymane ciągle na pokładzie analizatora, będą wstawiane w chwili zlecenia danego badania.” Tak więc zgodnie z instrukcją odczynnikową odczynnika firmy R. do oznaczania C.I. stabilność odczynnika po otwarciu, kiedy jest on przechowywany na przemian w analizatorze lub lodówce, wynosi 6 tygodni (strona 2-ga instrukcji odczynnikowej, sekcja „Postępowanie z odczynnikami”). 6 tygodni x 8 opakowań = 48 tygodni. Termin wykonania zamówienia zgodnie z zapisem pkt. IV. 1 SIWZ to 1 rok. Tak więc zgodnie z zapisami w instrukcji odczynnikowej oraz odpowiedzią na pytanie nr 1 firma R. powinna zaoferować 9 opakowań odczynnika (9 op. x 6 tyg, trwałości po otwarciu — 54 tyg.). Oferta firmy R. jest zatem niezgodna z zapisami SIWZ i powinna być odrzucona.

4. Odwołujący zwracał uwagę na odpowiedź na pytanie nr 30 z dnia 10.01.2017r., które brzmiało „Czy Zamawiający wymaga, aby zaoferowane ilości opakowań odczynników były wyliczone na podstawie terminu trwałości odczynnika po jego otwarciu? Opisany w pkt. 3 uwag termin ważności zamkniętego odczynnika jest czymś innym niż trwałość danego odczynnika już po jego otwarciu. Im dłuższa będzie trwałość odczynnika po jego otwarciu, będzie wpływało to

pozytywnie na możliwość ewentualnego przeterminowania się danego odczynnika.” Zamawiający odpowiedział: „TAK. Taki sposób wyliczenia jest prawidłowy”.

Firma R. zaoferowała 2 opakowania AFP pisząc jednocześnie z prawej strony formularza cenowego, że stabilność tego odczynnika po otwarciu wynosi 12 tygodni. Na 52,14 tygodnia w roku powinno być 5 opakowań.

Podobnie dla Anty-CCP — zaoferowano 4 opakowania, stabilność po otwarciu 4 tygodnie, powinno być 14 opakowań.

Insulina — zaoferowano 1 opakowanie, stabilność po otwarciu 12 tygodni, powinno być 5 opakowań.

IgE i Cortisol - zaoferowano po 3 opakowania, stabilność po otwarciu 12 tygodni, powinno być po 5 opakowań.

Rubella IgM - zaoferowano 2 opakowania, trwałość po otwarciu 12 tygodni, powinno być 5 opakowań.

Odwołujący zauważał, że co prawda, w odpowiedzi na pytanie nr 1 Zamawiający wyraził zgodę, żeby przy podawaniu ilości opakowań dla testów wykonywanych w ilościach 400 i mniej uwzględnić okres ważności odczynnika podany przez producenta na opakowaniu, jednak termin ten ma zastosowanie jedynie wtedy, kiedy odczynnik po dostarczeniu nie został otwarty i jest przechowywany w lodówce w temperaturze 2-8°C (co firma R. dokładnie opisuje w swoich instrukcjach odczynnikowych).

Odwołujący zadawał pytanie, czy Zamawiający kupuje odczynniki po to, żeby stały one oryginalnie zamknięte w lodówce w temperaturze 2-8°C? I odpowiadał, że nie, Zamawiający kupuje je po to, żeby je otworzyć i używać, a więc obowiązują Zamawiającego, jak i Wykonawcę, terminy trwałości po otwarciu, bowiem w tym czasie podanym przez producenta testu daje on gwarancję poprawności wydawanych wyników. Żaden lekarz, żadna pielęgniarka nie podaje pacjentowi leków, które mają przekroczone terminy trwałości po otwarciu. Dlaczego Zamawiający zamierza wykonywać oznaczenia parametrów wyspecyfikowanych w Załączniku nr 2.2 z odczynników po przekroczeniu ich terminów trwałości po otwarciu? Zarówno wspomniane leki jak i odczynniki są wyrobami medycznymi i ich stosowanie powinno się odbywać zgodnie z instrukcjami zawartymi w opakowaniu każdego leku, jak i zgodnie z instrukcją każdego odczynnika podawaną przez jego producenta.

Powyższe niedoszacowania powodują, że oferta firmy R.D. powinna zostać odrzucona, jako nie niezgodna z SIWZ i obarczona błędem w obliczeniu ceny.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Odwołujący wskazywał, że w żądaniu tym mieści żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji wyboru oferty Odwołującego oraz udzielenia mu zamówienia publicznego. Nadto w wyniku ponownej oceny ofert, oferta wykonawcy R.D. P. Sp. z o.o. winna zostać zdaniem Odwołującego odrzucona, albowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jak również z uwagi na fakt, że jest niedoszacowana (oznacza to w ocenie Odwołującego), że jest obarczona błędem w obliczeniu ceny.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie. W odpowiedzi na odwołanie podnosił, w odniesieniu do zarzutów opisanych szczegółowo w uzasadnieniu odwołania w punkcie 1 a)-f), co następuje:

Ad. a/ W punkcie 2: „Szybkość otrzymania pierwszego wyniku poniżej czasów określonych w punkcie 18 zał. 3.2 (60 minut/45 minut)” określono punktację w zakresie od 0 do 2 punktów. Oferta nr 1, firmy R. jako najlepsza oferująca czasy od 18 do 27 minut otrzymała 2 punkty. Oferta nr 2 firmy A. podała czasy od 18 do 43 minut dla oznaczeń wykonywanych na oferowanym analizatorze. Ponieważ oferta nr 2, firmy A. nie jest pełna, dwa badania poz. 19 IgE całk. oraz poz. 24 Prolaktyna (z możliwością różnicowania makroprolaktyny) za zgodą Zamawiającego (wyjaśnienia z dnia 10.01.2017r, punkt 27 i 29) mogą być wysyłane do zewnętrznego laboratorium na terenie Torunia, czasy otrzymania wyników tych badań należy mierzyć nie w minutach, a nawet nie w godzinach, są one zdecydowanie poniżej 60 minut. Zamawiający w celu zwiększenia konkurencyjności dopuścił takie rozwiązanie i nie odrzucił oferty nr 2 firmy A., jako nie spełniającej wymagań, a jedynie przyznał 0 punktów za ten parametr.

Ad. b/ W punkcie 3 „Ilość miejsc na próbki badane (min. 60)” określono punktację w zakresie od 0 do 2 punktów. Oferta nr 1, firmy R. jako najlepsza, oferująca 150 miejsc w podajniku otrzymała 2 punkty. Oferta nr 2 firmy A. podała 65 miejsc. Przyjmując 0 punktów dla parametru minimalnego tj. 60 miejsc i 2 punkty dla najlepszego 150 miejsc, z zasady proporcjonalności wynika, że aby otrzymać 1 punkt, o który wnioskuje Odwołujący należałoby zaoferować 105 miejsc w podajniku. Przy oferowanym parametrze 65 należałoby przyjąć 0,11 punktu (5 miejsc x 2 pkt/90 miejsc). Zamawiający zaokrąglił ten wynik do 0,5 pkt na korzyść oferty firmy A..

Ad. c/ W punkcie 6 „Wielkość opakowań (konfekcjonowanie odczynników odpowiednie do ilości badań)” określono punktację w zakresie od 0 do 2 punktów. Oferta

nr 1, firmy R. zaoferowała dla badań wykonywanych w największych ilościach: poz. 14 FT3 - 4 400 badań, poz. 15 FT4 - 9 000 badań, poz. 31 TSH - 37 000 badań, konfekcjonowanie po 200 testów, dla pozostałych 100 testów i jako najlepsza uzyskała 2 punkty. Firma A. zaoferowała konfekcjonowanie wszystkich odczynników, bez względu na liczbę badań, po 100 testów i uzyskała 1,5 punktu. Przyznana punktacja, zróżnicowana o 0,5 punktu, zdaniem Zamawiającego odzwierciedla różnicę w oferowanych parametrach i jest zgodna z opisem oceny tego parametru, w którym zaznaczono, że konfekcjonowanie odczynników ma być odpowiednie do ilości badań. Takie zróżnicowanie w ofercie nr 2, firmy A. nie zostało zaoferowane.

Ad. d/ W punkcie 9 „Stabilność kalibracji nie mniejsza niż 30 dni dla wszystkich oznaczeń” określono punktację w zakresie od 0 do 2 punktów. Oferta nr 1, firma R. zaoferowała parametr 28 dni i jako najgorsza oferta uzyskała 0 punktów za ten parametr. Oferta nr 2, firmy A. z czasem 30 dni dla Vit D i 5 m-cy dla pozostałych oznaczeń, jako najlepsza, uzyskała maksymalną liczbę 2 punktów. Odwołujący podnosił, że oferta nr 1 powinna być odrzucona, ponieważ zaoferowana stabilność kalibracji jest mniejsza niż 30 dni. Jednak parametr ten „Stabilność kalibracji nie mniejsza niż 30 dni dla wszystkich oznaczeń” jest parametrem ocenianym, a nie wymaganym. Parametry wymagane, których niespełnienie skutkowałooby odrzuceniem oferty jako niespełniającej wymagań SIWZ, zostały określone w załączniku nr 3.2 do SIWZ. Nie ma więc podstaw do odrzucenie oferty nr 1 z powodu podanego przez Odwołującego.

Ad. e/ W punkcie 12 „Możliwość dostawiania próbek i wymiany odczynników w trakcie pracy analizatora bez konieczności zatrzymywania czy pauzowania aparatu” określono punktację w zakresie od 0 do 2 punktów, przy czym zaznaczono, że w przypadku konieczności zatrzymania aparatu, w zależności od czasu przejścia analizatora z trybu paazy w stan pracy oferta może uzyskać od 0 do 1 punktu. Oferta nr 1, firma R. zaoferowała możliwość dostawiania próbek w trakcie pracy analizatora bez konieczności zatrzymywania, natomiast możliwość wymiany odczynników w trybie stand- by, za co uzyskała połowę z możliwych punktów to jest 1 punkt. Oferta nr 2, firmy A. jako najlepsza, oferująca wymianę tak odczynników jak i próbek w trakcie pracy analizatora bez konieczności zatrzymywania aparatu, za ten parametr otrzymała maksymalną liczbę 2 punktów.

Ad. f/ W punkcie 3 część C załącznika 3.4 „Dostępność serwisu w ciągu doby” określono punktację w zakresie od 0 do 4 punktów, przy czym zaznaczono, że minimum oferowane to jest 8 godzin dostępności serwisu w dni robocze (5dni x 8 godzin = 40 godzin/ tygodniowo), natomiast parametr najwyżej oceniany (związany z zapewnieniem dostępności serwisu w pełnych godzinach pracy laboratorium zamawiającego) to 12 godzin w dni robocze (od poniedziałku do piątku od 7.00 do 19.00) oraz 8 godzin w soboty (od 7.00 do 15.00), co daje 68 godzin/ tygodniowo (5 dni x 12 godz. + 1x8 godz. = 68 godz.). Oferta

nr 1, firmy R. zaoferowała dostępność serwisu w pełnym wymiarze czasu w dni robocze i w ograniczonym czasie od 9.00 do 13.00 w soboty (5 dni x 12 godz. + 1x4 godz. ~ 64 godzin/tygodniowo). Przyjmując 0 punktów za 40 godzin i 4 punkty za 68 godzin, oferta nr 1 oferując dostępność serwisu przez 64 godziny, zgodnie z zasadą proporcjonalności (4 punkty za dodatkowe 28 godz. = 1 punkt za każde 7 godzin) powinna uzyskać 3,43 punktów (24 godz. x 1 pkt/7 godz. - 3,43). Zamawiający zaokrąglił ten wynik do 3,5 pkt. Oferta nr 2, firmy A., jako najlepsza zaoferowała serwis w wymaganym czasie (68 godzin tygodniowo) i uzyskała maksymalną liczbę 4 punktów.

W żadnym wypadku nie można zgodzić się zdaniem Zamawiającego z opinią Odwołującego, że oferta nr 1, firmy R. powinna otrzymać co najwyżej 1 punkt za ten parametr. Żadne wyliczenia nie są w stanie uzasadnić takiej punktacji.

W uzasadnieniu odwołania pkt 2 Odwołujący domaga się odrzucenia oferty firmy R., ponieważ firma ta nie wyszczególniła oferowanego sprzętu komputerowego. Jednocześnie Odwołujący w swojej ofercie podał niewłaściwą liczbę sprzętu komputerowego: 3 szt. w miejsce wymaganych 7szt tłumacząc, że jest to oczywista omyłka, ponieważ podpisując się pod załącznikiem nr 3.3 potwierdził jednoznacznie, że oferowany system komputerowy spełnia wszystkie wymagane warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ. Identyczne oświadczenie złożyła również firma R. na załączniku 3.3 potwierdzając tym samym, że oferowany przez nią system komputerowy C.I. spełnia wszystkie wymagane warunki określone przez Zamawiającego w SIWZ. Dodatkowo Zamawiający może to potwierdzić, ponieważ system C.I. jest aktualnie użytkowany przez zamawiającego. Gdyby jednak Zamawiający z powodu podnoszonego przez Odwołującego, zdecydował o odrzuceniu oferty nr 1 firmy R. z powodu braku wymienionego sprzętu komputerowego, musiałby z tego samego powodu, to jest poprzez podanie liczby sprzętu komputerowego niezgodnej z wymaganiami, odrzucić ofertę nr 2 firmy A.. Nie zachodzi tu bowiem przypadek, na który powołał się Odwołujący, że podanie 3 szt. komputerów zamiast wymaganych 7 szt. jest oczywistą omyłką pisarską. Gdyby takową było Zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 punkt 1 poprawiłby taką omyłkę, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę - firmę A., co jednak nie miało miejsca. Zdaniem Zamawiającego zdecydowanie trafniejszym argumentem jest w tym przypadku jednoznaczne potwierdzenie, że wykonawca „oferuje Laboratoryjny System Informatyczny spełniający wyżej określone warunki” i na tej podstawie, gdyby doszło do wybrania jako najkorzystniejszej oferty firmy A., Zamawiający domagałby się spełnienia od przyszłego wykonawcy wszystkich wymaganych warunków i funkcjonalności instalowanego systemu, co do których na etapie oceny, nieznanego sobie systemu informatycznego mógłby mieć wątpliwości.

W uzasadnieniu odwołania pkt 3 i 4 Odwołujący domaga się odrzucenia oferty firmy R., ponieważ jest niedoszacowana w zakresie ilości opakowań. W tym miejscu należy

zaznaczyć, że obie oferty nr 1 i nr 2 zaoferowały dokładnie takie same liczby testów dla wszystkich oznaczeń.

Co do terminów ważności oferowanych odczynników, dotyczących otwartych lub zamkniętych opakowań i zależności tych terminów od sposobu przechowywania odczynników w lodówce lub na pokładzie analizatora, z danych zamieszczonych w ofertach i instrukcjach odczynnikowych firmy R. i A. wynika, że terminy ważności odczynników po otwarciu wynoszą odpowiednio:

- od 4 do 12 tygodni dla odczynników oferowanych przez firmę R., oraz
- 30 dni dla odczynników oferowanych przez firmę A.. Dla przykładu:

Odwołujący w punkcie 4 uzasadnienia na niedoszacowanie oferty firmy R. napisał: „Rubella IgM- zaoferowano 2 opakowania, trwałość po otwarciu 12 tygodni, powinno być 5 opakowań ”.

W przypadku firmy A. należałoby w ocenie Zamawiającego zaznaczyć: „Rubella IgM - zaoferowano 2 opakowania, trwałość po otwarciu 30 dni, powinno być 12 opakowań ”

Gdyby Zamawiający z powodu podnoszonego przez Odwołującego, zdecydował o odrzuceniu oferty nr 1 firmy R. jako niedoszacowanej, musiałby z tego samego powodu odrzucić ofertę nr 2 firmy A..

Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 10.01.2017r. w punkcie 32 zastrzegł jednak, że „Jeżeli wykonawca zaniży ilości odczynników, kalibratorów i kontroli w stosunku do liczby badań, brakujące ilości odczynników, kalibratorów i kontroli niezbędne do wykonania założonej liczby badań będzie musiał dostarczyć zamawiającemu nieodpłatnie”. To wyjaśnienie, zdaniem Zamawiającego, zabezpiecza interes Zamawiającego chroniąc go przed niedoszacowaniem oferty przez nieuczciwych wykonawców.

Zamawiający stwierdzał, że przy ocenie ofert kierował się kryteriami oceny opisanymi w SIWZ i dołożył w tym zakresie wszelkiej staranności, aby oferty zostały właściwie ocenione. Zarzut Odwołującego o wadliwej ocenie ofert, nieprawidłowym rozdziale punktów, zawyżeniu ilości punktów dla wykonawcy R. i zaniżeniu ilości punktów dla Odwołującego nie znajduje uzasadnienia. Gdyby jednak Zamawiający przyznał Odwołującemu punktację zgodnie z jego żądaniem, oferta nr 2 firmy A. uzyskałaby w kryterium „jakość, funkcjonalność, parametry techniczne” 18,5 pkt, co dałoby ostateczny wynik dla tej oferty w wysokości 88,5 pkt - nadal nie byłaby to oferta najkorzystniejsza. Wybrana oferta jako najkorzystniejsza otrzymała łącznie 92,23 pkt.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca R.D. Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. W pierwszej kolejności Izba z urzędu bada, czy nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Nie było sporne, że wartość postępowania oszacowano poniżej wartości, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, tj. poniżej tzw. progów unijnych.

Analizując zarzuty odwołania, skład orzekający stwierdził, że gdyby niektóre z zarzutów odwołania, tj. zarzuty odnoszące się do odrzucenia oferty Przystępującego, stanowiły samodzielną podstawę odwołania (odwołanie nie obejmowałoby innych zarzutów), to odwołanie w postępowaniu, w którym wartość przedmiotu zamówienia oszacowano poniżej progów unijnych, podlegałoby odrzuceniu na podstawie art. 189 ust 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, ponieważ zarzuty te nie mieszczą się w katalogu czynności enumeratywnie wskazanych w art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Z treści przepisu art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych w ocenie składu orzekającego jednoznacznie wynika, iż w postępowaniu o wartości poniżej progów unijnych, odwołanie przysługuje tylko i wyłącznie wobec wymienionych w tymże przepisie czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Izby zarzut odwołania, kwestionujący „zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego” niewątpliwie nie obejmuje żadnej z czynności, wymienionych w art. 180 ust. 2 pkt 1-5 Prawa zamówień publicznych. Analizy wymaga, czy „zaniechanie odrzucenia” można przypisać do czynności, o której mowa w pkt 6, tj. czy pojęcie „zaniechania odrzucenia” mieści się w pojęciu czynności „wyboru oferty najkorzystniejszej” w znaczeniu użytym w art. 180 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. Kluczowe zatem dla rozstrzygnięcia, czy zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego podlega rozpoznaniu na rozprawie, było ustalenie znaczenia treści pkt 6, dodanego nowelizacją Prawa zamówień publicznych, która weszła w życie 28 lipca 2016 r.

Po pierwsze, należy zauważyć, że w przepisach dotyczących odwołań ustawodawca wyraźnie rozróżnia kategorię „czynności” od kategorii „zaniechań czynności”: zgodnie z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności lub zaniechania czynności. Z kolei art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, statuujący wyjątek od ogólnej reguły (zasadą jest, że odwołanie

w pełnym zakresie przysługuje wykonawcom w postępowaniach powyżej tzw. progów unijnych), wyraźnie zezwala na wniesienie odwołania w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych wyłącznie od wymienionych w nim „czynności”. Skoro z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wynika, że „zaniechania” nie mieszczą się w „czynnościach”, ale stanowią osobną kategorię podstaw faktycznych do wniesienia odwołania, to z zestawienia art. 180 ust. 1 i 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych można wysnuć wniosek, że odwołanie poniżej progów unijnych nie przysługuje wobec zaniechań Zamawiającego, a jedynie wobec czynności, enumeratywnie wymienionych w art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Po drugie, można również dostrzec, że ustawodawca zakres znaczenia pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” w pkt 6 art. 180 ust. 2 zastosował w innym, węższym znaczeniu, niż potocznie rozumiany – w pojęciu tym nie mieści się podjęcie decyzji o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty wykonawcy, ponieważ w osobnych punktach przywoływanego przepisu wymieniono przesłankę odwoławczą „wykluczenia odwołującego z postępowania” i „odrzucenia oferty odwołującego” (art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych).

W konsekwencji, poszukiwanie znaczenia pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej”, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że pojęcie to należy rozumieć wąsko. Nie można bowiem, zakładając racjonalność i konsekwencję ustawodawcy, twierdzić, że „wybór najkorzystniejszej oferty” obejmuje „zaniechanie czynności odrzucenia oferty”. Wąskie rozumienie pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” należy, zdaniem składu orzekającego, utożsamiać z dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Taki zakres pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” jest określony w art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Przepis ten w ocenie Izby wskazany jako podstawa prawna odwołania wniesionego w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych jest skorelowany z przesłanką wskazaną w art. 180 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych. Oznacza to, że Odwołujący w odwołaniu może wnosić o przyznanie Przystępującemu mniejszej ilości punktów w kwestionowanym kryterium, ale nie może (poniżej tzw. progów unijnych) kwestionować zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, a zarzuty w tym zakresie podlegają rozpoznaniu merytorycznemu na rozprawie.

Na wąskie rozumienie pojęcia „wybór oferty najkorzystniejszej” wskazuje również analiza art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych wynikał obowiązek jednoczesnego informowania o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali

wykluczeni z postępowania: „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;
- 4) terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.”

Zgodnie z obowiązującym brzmieniem art. 92 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert łączną punktację,
- 2) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,
- 3) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,
- 4) wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,
- 5) dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,
- 6) nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,
- 7) unieważnieniu postępowania
– podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Z treści przytoczonego przepisu wynika, że ustawodawca wyraźnie rozróżnia wybór oferty najkorzystniejszej i wykluczenie wykonawcy/odrzucenie oferty: odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3). Nie można nie zauważyć, że po wejściu w życie nowelizacji Prawa zamówień publicznych w dniu 28 lipca 2016 r., zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania

o tych czynnościach. Można więc zakładać, że czynności podejmowane w postępowaniu będą rozłożone w czasie w stopniu znacznie większym, niż dotychczas, co doprowadzi do tego, że deprecjonowana kolejnymi nowelizacjami Prawa zamówień publicznych zasada koncentracji środków ochrony prawnej zostanie zupełnie wyrugowana z polskiego systemu odwoławczego. Nowelizacja, która weszła w życie 28 lipca 2016 r., sankcjonuje bowiem sekwencyjne, rozłożone w czasie, dokonywanie kolejnych czynności w postępowaniu przez zamawiającego, który będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców z postępowania, a następnie dokonywał wyboru oferty najkorzystniejszej. W takim kontekście nie można przyjmować, że w pojęciu „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się pojęcie „zaniechanie czynności odrzucenia oferty”, ponieważ do odrzucenia oferty będzie dochodziło przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie można również zaakceptować poglądu, że skoro ustawodawca daje wykonawcy możliwość kwestionowania wyboru oferty najkorzystniejszej w pkt 6 art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, to pozwala tym samym na kwestionowanie wszystkich wcześniejszych działań, które prowadzą do wyboru oferty - ponieważ konsekwencją byłoby umożliwienie wzruszania wszelkich wcześniejszych czynności i zaniechań zamawiającego, zapadłych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym przykładowo – nieprawidłowych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza jednolicie wyraża w orzecznictwie pogląd o wąskim rozumieniu pojęcia „wyboru oferty najkorzystniejszej”, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych: „przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” należy rozumieć szeroko – jako zwięźczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie daje się obronić w świetle testu racjonalnego ustawodawcy. Przy przyjęciu takiej wykładni poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby de facto unieważnienie postępowania. Zauważyć jednak należy, że w wyniku nowelizacji o wiele większe znaczenia nabiorą pozacenowe kryteria oceny ofert (np. kwalifikacje i doświadczenie osób, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, aspekty społeczne, jakościowe, innowacyjne), których stosowanie będzie w znacznej większości przypadków obowiązkowe. Znacznie większego znaczenia nabierze zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ. Można zatem twierdzić, że właśnie dlatego w art. 180 ust. 2 Pzp dodano możliwość zaskarżenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, której znaczenie wzrosło.” (postanowienie z 5 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1599/16; analogiczny pogląd został wyrażony również w orzeczeniach: w postanowieniu z 15 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1674/16, w postanowieniu z 21 września 2016 r.

w sprawie o sygn. akt KIO 1696/16, w postanowieniu z 29 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1750/16, postanowieniu z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1810/16, postanowieniu z 4 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1816/16, postanowieniu z 13 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1862/16, postanowieniu z 18 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1910/16, postanowieniu z 25 października 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1930/16, postanowieniu z 2 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2015/16, postanowieniu z 8 listopada 2016 r. sygn. akt KIO 2026/16, postanowieniu z 7 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2059/16, postanowieniu z 16 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2084/16, postanowieniu z 17 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2128/16, postanowieniu z 29 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2162/16, postanowieniu z 7 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2203/16, postanowieniu z 1 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2211/16, postanowieniu z 30 listopada 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2232/16, postanowieniu z 14 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2283/16, postanowieniu z 13 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2292/16, postanowieniu z 15 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2298/16, postanowieniu z 22 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2355/16, postanowieniu z 30 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2397/16, postanowieniu z 2 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2405/16, postanowieniu z 5 stycznia 2017 r. w sprawie 2462/16, postanowieniu z dnia 26 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 122/17). Izba również zauważała, że „w toku uzgodnień międzyresortowych pracy nad nowelizacją, Ministerstwo Środowiska zgłosiło uwagę, że rozszerzenie katalogu okoliczności, wobec których można zastosować środki ochrony prawnej w postępowaniach podprogowych, ograniczy efektywność postępowań. Wskazywano, że jeżeli zaproponowana zmiana jest konieczna, przy tak rozszerzonym katalogu okoliczności umożliwiających skorzystanie ze środków ochrony prawnej, niecelowe jest w ogóle utrzymanie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Autor nowelizacji (Ministerstwo Rozwoju) zaznaczyło w toku prac legislacyjnych, że zmiana jest korzystna dla wykonawców, a enumeratywne wyliczenie nie otwiera zakresu środków ochrony prawnej tak szeroko, jak jego brak. **„Przed wszystkim, poza tym zakresem będą „zaniechania” zamawiającego, a to znaczna różnica”**. Poza tym uznano, że do rozważenia jest rezygnacja z pkt 7 - unieważnienia postępowania, w tym przypadku bowiem nikt nie uzyskuje zamówienia. Ostatecznie, zgodnie z takimi założeniami właśnie ukształtowała się treść art. 180 ustawy Pzp.” (sygn. akt KIO 1599/16).

Jednolicie wyrażany pogląd Krajowej Izby Odwoławczej został potwierdzony przez orzecznictwo sądowe - wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 20 grudnia 2016 r. XII Ga 837/16 (niepublikowany).

Reasumując, zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego podniesiony w rozpatrywanym odwołaniu nie mieści się w zamkniętym katalogu podstaw odwoławczych, wymienionych w art. 180 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, czego konsekwencją jest brak możliwości rozpoznania tak opisanego zarzutu – jak wskazano na wstępie części II uzasadnienia, gdyby zarzut ten stanowił samodzielną podstawę odwołania, podlegałoby ono odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych, ponieważ zostało wniesione w postępowaniu poniżej tzw. progów unijnych. Pogląd ten w Izbie reprezentowany jest jednolicie, jednak nie wypracowano modelowego rozwiązania wyrażania w orzeczeniu decyzji o nierozpoznaniu (czy odrzuceniu) niektórych zarzutów. Respektując poglądy prezentowane w dyskusji o możliwości częściowego odrzucenia odwołania, niezależnie od jej wyniku, konkluzja co do braku możliwości rozpoznania niektórych zarzutów odwołania, w ocenie składu orzekającego, powinna znaleźć odzwierciedlenie w sentencji, by umożliwić Odwołującemu ewentualną skargę w tym zakresie. W konsekwencji w sentencji orzeczono, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego nie podlegał rozpoznaniu na podstawie art. 189 ust 2 pkt 6 Prawa zamówień publicznych stosowanym odpowiednio (do poszczególnych zarzutów odwołania, a nie do odwołania w całości).

W zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu, Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: choć niektóre zarzuty odnośnie wadliwego przyznania punktów w kryterium pozacenowym potwierdziły się, to odwołanie należy oddalić, bowiem nie ma wpływu na wynik postępowania – przeliczenie punktów nie pociąga za sobą zmiany w rankingu złożonych ofert (oferta Przystępującego pozostaje na pierwszym miejscu).

Izba ustaliła, co następuje:

W SIWZ (kopia SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach postępowania) Zamawiający zapowiedział, że będzie oceniał oferty zgodnie z następującymi kryteriami oceny ofert: cena z wagą 60%, jakość, funkcjonalność, parametry techniczne

z wagą 30% (dalej: kryterium jakość), warunki serwisu z wagą 10%. Zamawiający wyjaśnił, że w kryterium jakość każda oferta otrzyma punkty w skali od 0 do 30 zgodnie z zasadami określonymi w załączniku 3.4 część C, z kolei za warunki serwisu – w skali od 0 do 10 zgodnie z zasadami określonymi w załączniku 3.4 część C do SIWZ (strona 7 SIWZ, Rozdział XIII, opis kryteriów oceny ofert). W załączniku 3.4 zatytułowanym „Parametry mające wpływ na ocenę w kryterium”, Zamawiający w tabeli wymienił parametry oceniane, a wykonawcy mieli oświadczyć, czy parametr ten posiadają (wskazać tak/nie), bądź podać „oferowane parametry”. Zamawiający każdemu z ocenianych parametrów przypisał wartość punktową, wskazując przedział od 0 do kilku punktów. W ocenie Odwołującego przyznano mu za mało punktów (w kryterium jakość – 16 pkt, w kryterium warunki serwisu – 10 pkt), a Przystępującemu – za dużo (w kryterium jakość – 23 pkt, w kryterium warunki serwisu – 9,5 pkt).

Punktacja w kryterium cena nie była kwestionowana – Odwołującemu przyznano 60 pkt, Przystępującemu – 59,73 pkt. Łącznie za wszystkie kryteria Zamawiający przyznał Odwołującemu 86 pkt, Przystępującemu – 92,23 pkt.

Analizując ilość punktów przyznaną za poszczególne, kwestionowane odwołaniem parametry, Izba stwierdziła, co następuje:

1. W poz. 2 załącznika 3.4 do SIWZ: „Szybkość otrzymania pierwszego wyniku, poniżej czasów określonych w punkcie 18 zał. 3.2 (60 minut/45 minut)”, Zamawiający określił punktację w przedziale 0-2 punkty i minimum na poziomie 60 minut/45 minut dla poszczególnych oznaczeń. Nie podano, w jaki sposób punkty będą przyznawane w ramach przedziału od 0 do 2 pkt. Przystępujący otrzymał 2 pkt. za najlepszy – w ocenie Zamawiającego – wynik. Odwołującemu przyznano 0 punktów, ponieważ część badań zleca na zewnątrz (co było dopuszczalne w SIWZ). Zdaniem Odwołującego, obie oferty spełniły minimum, „jednocześnie je przekraczając”, i oferta Odwołującego powinna dostać co najmniej 1,5 pkt.

Nie było sporne, że parametry obu urządzeń spełniały wymagania Zamawiającego. Brak w SIWZ opisu, jak będzie punktowane zlecenie badań na zewnątrz – z pewnością nie wynika to z opisu punkowanego parametru. Nie ulega wątpliwości, że punktacja musi mieć oparcie w SIWZ i dosłownie z niej wynikać, a wszelkie wątpliwości należy interpretować na korzyść wykonawcy składającego ofertę. Zamawiający nie opisał w SIWZ, w jaki sposób będzie przyznawał punkty w ramach opisanych przez siebie przedziałów punktowych. Nie podano, że punktacja będzie przyznawana proporcjonalnie. Wobec braku takich podstaw w SIWZ (poza jednym wyjątkiem, o którym mowa dalej w uzasadnieniu), brak było więc podstaw do proporcjonalnego obliczania punktów w ramach podanego przedziału. Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podawał, że parametry z przedmiotowego załącznika nie są

parametrami granicznymi, a zatem niespełnienie ich może skutkować przyznaniem jedynie 0 punktów, a nie odrzuceniem oferty. Oznacza to, że zaoferowanie urządzenia, posiadającego parametr poniżej oczekiwanego minimum w omawianej pozycji powoduje przyznanie 0 pkt, a przekroczenie oczekiwanego minimum – 2 pkt. Konkludując, Odwołującemu powinny zostać przyznane w ocenie Izby dwa punkty za parametr z poz. 2 (o 2 punkty więcej, niż przyznał Zamawiający w ramach oceny ofert). Nie ma znaczenia, że Odwołujący wnioskował o przyznanie 1,5 pkt – Izba jest związana zarzutami odwołania, a nie jego żądaniami.

2. W poz. 3: „Ilość miejsc na próbki badane (min 60)”, Zamawiający określił punktację w zakresie 0-2 punkty i minimum na poziomie 60. Obie oferty spełniły minimum jednocześnie je przekraczając. Odwołujący podnosił, że Przystępujący otrzymał 2 pkt. za najlepszy wynik, ale oferta Odwołującego powinna dostać co najmniej 1 pkt. (Zamawiający przyznał mu 0,5 pkt), gdyż oferowana wartość tego parametru jest wyższa niż wymagana.

Konsekwentnie, jak dla poz. 2, z analogiczną argumentacją, jak powyżej, w ocenie Izby za parametr z pozycji 3 Odwołującemu powinny być przyznane 2 pkt (o 1,5 pkt więcej, niż przyznał Zamawiający w ramach oceny ofert).

3. W poz. 6: „Wielkość opakowań (konfekcjonowanie odczynników odpowiednie do ilości badań)”, Zamawiający określił punktację w zakresie 0-2 punkty, jednak nie sprecyzował, jaka wielkość opakowania odczynnika jest dla Zamawiającego bardziej odpowiednia do ilości badań.

Wobec braku jakichkolwiek podstaw do oceny w tym kryterium, jak trafnie zauważał Odwołujący, obaj wykonawcy powinni być ocenieni jednakowo. Zamawiający za ten parametr przyznał Odwołującemu 1,5 punktów, a powinien przyznać 2 pkt (o 0,5 pkt więcej, niż przyznał Zamawiający w ramach oceny ofert).

4. W poz. 9: „Stabilność kalibracji nie mniejsza niż 30 dni dla wszystkich oznaczeń (zgodnie z zaleceniami producenta testów w instrukcjach odczynnikowych)”, Zamawiający określił punktację w zakresie 0-2 punkty. Jednocześnie Zamawiający określił minimalną wartość do spełnienia na poziomie 30 dni. Zaoferowana przez Przystępującego wartość to 28 dni oraz dla anti-TPO — każde opakowanie. Zdaniem Odwołującego, minimalny wymóg Zamawiającego na poziomie 30 dni dla każdego oznaczenia nie został spełniony, tak więc oferta Przystępującego, jako niezgodna z wymogami SIWZ, powinna zostać odrzucona.

Jak wynika z analizy przedstawionej dla poz. 2, niespełnienie parametru granicznego nie powodowało zgodnie z SIWZ odrzucenia oferty, ale przyznanie jej 0 pkt. W konsekwencji w ocenie Izby Zamawiający prawidłowo przyznał punkty dla tej pozycji – Przystępującemu 0 pkt, a Odwołującemu – 2 pkt.

5. W poz. 12: „Możliwość dostawiania próbek i wymiany odczynników w trakcie pracy analizatora be2 konieczności zatrzymywania czy pauzowania aparatu - czas przejścia analizatora z trybu pauzy w stan pracy”, Zamawiający określił punktację następująco: 2 pkt. dla spełniającego parametr oraz w zakresie 0-1 dla czasu przejścia analizatora z trybu pauzy w stan pracy. Zdaniem Odwołującego powinien on otrzymać za ten parametr łącznie 3 punkty, a Przystępujący – 0 pkt.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo przyznał punkty w tym kryterium. Brak podstaw do przyznania łącznie 3 punktów Odwołującemu – suma punktów za najlepsze możliwe parametry w kryterium jakość nie może przekraczać 30 punktów, co wynika jasno z treści SIWZ. Zatem Odwołującemu prawidłowo przyznano maksymalną ilość punktów za ten parametr – 2 punkty. Również Przystępującemu przyznano prawidłową ilość punktów – 1 pkt za „czas przejścia analizatora z trybu pauzy stan pracy” – skoro w tym zakresie brak dookreślenia jakiegokolwiek wymogu.

6. W Załączniku nr 3.4 część C do SIWZ Zamawiający oceniał w poz. 3: „Dostępność serwisu w ciągu doby minimum 8 godzin w dni robocze parametr pożądaný (najwyżej oceniany - 4 pkt) pon-piątek 7.00-19.00 soboty 7.00-15.00”. Zamawiający określił punktację w zakresie 0-4 punkty i przyznał 4 pkt. Odwołującemu za spełnienie parametru pożądanego. W ocenie Odwołującego, jednak niesłusznie przyznano 3,5 pkt. Przystępującemu, gdyż zaoferowana dostępność serwisu w soboty jest znacznie krótsza niż dostępność serwisu Odwołującego (4 godziny - 8 godzin). Zdaniem Odwołującego, oferta Przystępującego powinna otrzymać co najwyżej 1 pkt. w ocenie opisanego parametru.

W ocenie składu orzekającego, jedynie w tym przypadku (w odniesieniu do parametrów opisywanych w odwołaniu, innych Izba nie analizowała) zaistniała podstawa do proporcjonalnej oceny ilości godzin pracy deklarowanej w ofertach, ponieważ Zamawiający dookreślił wyraźnie zakres pomiędzy parametrem minimalnym, a pożądanym, i jednoznacznie wskazał, parametr „minimalny” i „najwyżej oceniany”. W konsekwencji w tym przypadku zachodziła podstawa do przyznania proporcjonalnego punktów za oferowaną liczbę godzin. Odwołujący nie podał ani w odwołaniu, ani na rozprawie sposobu obliczenia, który prowadziłby do przyznania 1 pkt Przystępującemu. Nie zakwestionował obliczeń przedstawionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie – które doprowadziły do ustalenia, że za oferowaną ilość godzin Przystępującemu przyznano 3,43 pkt, które następnie Zamawiający zaokrąglił do 3,5 pkt. Wobec braku kwestionowania sposobu obliczenia przez Zamawiającego ilości punktów dla tego parametru, przy podstawie do obliczenia proporcjonalnego, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił swoich racji. Izba jedynie zauważa, że Zamawiający zasadniczo przy przyznawaniu

kryteriów powinien, jeżeli stosuje zaokrąglanie, to dokonać tego zgodnie z matematycznymi zasadami zaokrąglania.

Reasumując, przy ewentualnym ponownym przeliczeniu punktacji, Odwołujący powinien otrzymać o 4 punkty więcej w kryterium jakość (otrzymał 16 pkt, a powinien otrzymać 20, czyli łącznie 90 pkt). Dlatego, gdyby nawet odjąć Przystępującemu 0,7 pkt w kryterium warunki serwisu (Zamawiający przyznał 9,5 pkt zamiast 8,8 pkt, czyli łącznie 91,53 pkt), oferta Przystępującego pozostaje ofertą na pierwszym miejscu w rankingu ofert. W konsekwencji potwierdzenie się niektórych zarzutów odwołania nie ma wpływu na wynik postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji, oddalając odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 192 ust.2 Prawa zamówień publicznych stosowanym a contrario.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

Przewodniczący:

.....