

**WYROK**  
z dnia 26 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 listopada 2018 r. przez Odwołującego: ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Łodzi, przy udziale wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez jego zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo, że postępowanie jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego 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 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji z siedzibą w Łodzi (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa odczynników do badań immunochemicznych wraz z dzierżawą automatycznego analizatora” (numer postępowania 34/D/18), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 sierpnia 2018 roku pod nr 2018/S 165-376465.

W dniu 9 listopada 2018 r. wykonawca ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego i zarzucił mu naruszenie:

1. art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo, że postępowanie to obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;  
ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w punkcie 1:
  2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo, że treść tej oferty nie odpowiadała treści SIWZ;
  3. art. 91 ust. 1 Pzp przez jego błędne zastosowanie i wybranie oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu;  
ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w punkcie 1 oraz w punktach 2 i 3:
  4. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez jego niezastosowanie i niepoprawienie w ofercie Przystępującego omyłek, które podlegają obowiązkowej poprawie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
  5. art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie błędnej oceny złożonych w toku postępowania ofert i przyznanie ofercie Przystępującego 100,00 pkt, podczas gdy oferta ta powinna zostać oceniona na 86,50 pkt, a ofercie Odwołującego 87,06 pkt, podczas gdy oferta ta powinna zostać oceniona na 93,14 pkt;
  6. art. 91 ust. 1 Pzp przez jego błędne zastosowanie i wybranie oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo, że po dokonaniu poprawy omyłek w ofercie Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i przy prawidłowo przeprowadzonej czynności badania i oceny ofert, ofertą najkorzystniejszą była oferta Odwołującego.
- Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w punkcie 1:

- 2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej;
- 3.nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego;
- 4.nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego;

ewentualnie, w razie nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w punkcie 1 oraz w punktach 2 i 3:

- 5.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej;
- 6.nakazanie Zamawiającemu poprawienia omyłek w ofercie Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp;
- 7.nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym przyznanie w toku tej czynności ofercie Przystępującego 86,50 punktu, a ofercie Odwołującego 93,14 punktu;
- 8.nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie było obciążone niemożliwą do usunięcia wadą, która uniemożliwiła zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i w związku z tym podlegało unieważnieniu. W punkcie

16 na stronie 15 SIWZ Zamawiający wskazał, że jednym z kryteriów oceny ofert - o wadze 40% - będą „walory użytkowe” oferowanych zestawów odczynnikowych i analizatora.

W ramach kryterium „walorów użytkowych” Zamawiający przewidział następującą punktację w poszczególnych kategoriach:

- 1.za „stabilność odczynników na pokładzie analizatora” do 20 punktów,
- 2.za „częstotliwość kalibracji i ilość punktów kalibracyjnych (punktacja wyższa, im mniejsza ilość potrzebnych odczynników)” do 20 punktów,
- 3.za „kontrolę i kalibratory gotowe do użycia” do 20 punktów,
- 4.za „czas analizy (preferowany czas poniżej 15 minut dla CKMB masa, troponiny i PTH)” do 30 punktów,
- 5.za „liniowość dla P-HCG, PRG i PRL” do 10 punktów,
- 6.za „detektor pęcherzyków powietrza dla odczynników” do 40 punktów,
- 7.za „czynności konserwacyjne (ilość, częstość oraz udział operatora - punktacja wyższa, im mniejsza ilość i wyższa automatyzacja procesu)” do 60 punktów.

Dla większości tych parametrów nie wiadomo jednak było, w jaki sposób będą przyznawane punkty. Przykładowo, w treści SIWZ nie ma żadnej informacji o tym, jaką liniowością powinny charakteryzować się odczynniki do P-HCG, PRG i PRL, żeby wykonawca otrzymał

10 punktów. Nie wiadomo także było w jaki sposób miałyby być przyznawane punkty

w przypadku parametru „częstotliwość kalibracji i ilość punktów kalibracyjnych”. Ogólne wskazanie, że punktacja będzie tym wyższa, im mniejsza ilość potrzebnych odczynników, pozwalało jedynie na ustalenie, że 20 punktów otrzyma oferta tego wykonawcy, dla którego liczba testów koniecznych do wykonania w ramach kalibracji jest najmniejsza. Brak jednak jakichkolwiek wskazań co do tego, jaka punktacja powinna zostać przyznana ofertom pozostałych wykonawców. Problemy z ustaleniem sposobu przyznawania punktów występowały także w przypadku pozostałych parametrów ocenianych w ramach kryterium „walorów użytkowych”.

Na tym etapie postępowania nie ma już możliwości zmiany lub doprecyzowania treści SIWZ. Jednocześnie, brak wskazania w SIWZ sposobu przyznawania punktacji za poszczególne parametry spowodował, że niemożliwe było dokonanie oceny złożonych ofert i wybór oferty najkorzystniejszej. Postępowanie było więc obciążone nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i tym samym podlegało unieważnieniu zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Oferta Przystępującego nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie wymagania, aby oferowany analizator posiadał detektor pęcherzyków powietrza, w związku z czym podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W punkcie 3 na stronie 3 SIWZ Zamawiający zawarł wymóg, by oferowany analizator posiadał czujniki poziomu płynów oraz detektor skrzepów

i pęcherzyków powietrza. Zaoferowany przez Przystępującego analizator Cobas e601

nie posiadał detektora skrzepów i pęcherzyków powietrza.

Oferta Przystępującego nie odpowiadała treści SIWZ także w zakresie ilości zaoferowanych opakowań odczynników immunochemicznych. Wobec powyższego, nawet gdyby oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu, Odwołujący z ostrożności wskazał,

że i tak podlegałaby obowiązkowej poprawie przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ze względu na jej niedoszacowanie. Przedmiotem zamówienia były m.in. odczynniki do badań immunochemicznych. Zamawiający wymagał, by oferty obejmowały wszystkie odczynniki, które są potrzebne do wykonania oznaczeń w ilości wskazanej w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. Wykonawcy powinni zatem zaoferować taką ilość odczynników, jaka była niezbędna nie tylko do wykonania samych oznaczeń w ilości wskazanej w Formularzu, ale także do wykonania:

- 1.kontroli odczynnika zgodnie z harmonogramem przedstawionym na stronie 5 SIWZ
- 2.kalibracji odczynnika zgodnie z wymaganiami producenta.

Zaoferowana przez Przystępującego ilość opakowań poszczególnych odczynników

nie uwzględniała ilości odczynników potrzebnych na wykonanie kontroli i kalibracji odczynników do badań parametrów wskazanych w pozycjach 1, 3, 4, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 26, 27, 28, 29 i 31 Formularza.

W sumie w ofercie Przystępującego brakowało 180 opakowań odczynników do oznaczania 21 różnych parametrów. Wartość brakujących opakowań to 131 922 zł brutto. W zakresie opisanego niedoszacowania Zamawiający powinien był poprawić ofertę Przystępującego

w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez doliczenie brakujących 180 opakowań odczynników

i zmianę ceny ofertowej ze 1 290 318,88 zł brutto na 1 422 240,88 zł brutto. W konsekwencji tej poprawy zmienił

powinna się także punktacja przyznana poszczególnym ofertom w ramach kryterium ceny. Po dokonaniu przez Zamawiającego poprawy oferty Przystępującego, oferta Odwołującego, jako oferta z najniższą ceną, powinna zostać oceniona w ramach kryterium ceny na 60 punktów, a oferta Przystępującego na 58,76 punktu.

Zamawiający źle zastosował wzór na liczbę punktów za „walory użytkowe”. W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał, że oferta Przystępującego za „walory użytkowe” otrzymała 40,00 punktów. Taka punktacja była błędna. W punkcie 16 na stronie 15 SIWZ zawarta została informacja, że liczba punktów przyznana danej ofercie w ramach kryterium „walorów użytkowych” zostanie uwzględniona w ogólnej liczbie punktów przyznanych tej ofercie po przeliczeniu według wzoru:

$Pd = \text{Suma punktów ofercie przyznanej} / \text{maksymalna liczba punktów} \times 40$  (pisownia oryginalna, zgodna z treścią SIWZ – przyp. KIO)

Maksymalna możliwa do uzyskania liczba punktów za „walory użytkowe” to 200 punktów. Zamawiający w ramach kryterium przyznał ofercie Przystępującego 185,6 punktów. Poprawny wynik przeliczenia liczby punktów uzyskanych przez ofertę Przystępującego

za „walory użytkowe” według wskazanego wyżej wzoru, to 37,12 pkt i taką liczbę punktów Zamawiający powinien był przyznać. Z kolei ofercie Odwołującemu przyznana została

zbyt mała liczba punktów w pozycji „Stabilność odczynników na pokładzie analizatora”

Zgodnie z punktem 16 (str. 15 SIWZ) dla pozycji „stabilność odczynników na pokładzie analizatora” możliwe było uzyskanie maks. 20 punktów. W toku postępowania Zamawiającemu zostało zadane pytanie następującej treści: „Prosimy o uściślenie oceny kryterium w p. 16 SIWZ „walory użytkowe” dla p. 1 odczynniki: czy „stabilność odczynników na pokładzie analizatora” będzie oceniana wg. zasady: punktacja wyższa im odczynnik ma dłuższy termin stabilności na pokładzie analizatora?”. Zamawiający odpowiedział na to pytanie twierdząco.

Ogólne wskazanie, że punktacja będzie tym wyższa, im odczynnik ma dłuższy termin stabilności, nie pozwalało ustalić, w jaki sposób stabilność poszczególnych 30 wymaganych przez Zamawiającego odczynników będzie przekładać się na przyznaną punktację. Reguła ta mogła być bowiem interpretowana na wiele sposobów. Gdyby jednak przyjąć najbardziej racjonalną interpretację tej reguły, należałoby przyjąć, że w pozycji „stabilność odczynników na pokładzie analizatora” punktacja powinna zostać przyznana w taki sposób, że oferta

z najdłuższym terminem stabilności odczynnika, obliczonym jako średnia ważona stabilności poszczególnych odczynników, powinna otrzymać maksymalną ilość punktów, a oferty pozostałe powinny otrzymać liczbę punktów obliczoną według wzoru:

$\text{liczba punktów} = \text{średni termin stabilności dla oferty ocenianej} / \text{najdłuższy oferowany termin stabilności} \times 20$

Przy zastosowaniu powyższego wzoru średnia ważona terminów stabilności odczynników zaoferowanych przez Przystępującego wynosiła 37,95 dnia, a odczynników zaoferowanych przez Odwołującego - 29,70 dnia. Oferta Przystępującego powinna więc w pozycji „stabilność odczynników na pokładzie analizatora” otrzymać 20 punktów, a oferta Odwołującego 15,7 punktu.

Zamawiający przyznał ofercie Abbott zbyt małą, a ofercie Roche zbyt dużą liczbę punktów

w pozycji „Częstotliwość kalibracji i ilość punktów kalibracyjnych”. W ramach kryterium „walorów użytkowych” za „częstotliwość kalibracji i ilość punktów kalibracyjnych” możliwe

do uzyskania było maksymalnie 20 punktów. Punktacja przyznana w tej pozycji miała

być tym wyższa, im mniejsza jest ilość odczynników potrzebnych do wykonania kalibracji. Ogólne wskazanie, że punktacja będzie tym wyższa, im mniejsza jest ilość odczynników potrzebnych do wykonania kalibracji, nie pozwalało ustalić, w jaki sposób ilość odczynników potrzebnych na kalibrację będzie przekładać się na przyznaną punktację. Również ta reguła mogła być interpretowana na wiele sposobów. Gdyby jednak przyjąć najbardziej racjonalną interpretację tej reguły, należałoby przyjąć, że w pozycji „częstotliwość kalibracji i ilość punktów kalibracyjnych” punktacja powinna zostać przyznana w taki sposób, że oferta,

dla której wymagana na kalibrację ilość odczynników (liczba testów) jest najmniejsza, powinna otrzymać maksymalną liczbę punktów, a oferty pozostałe powinny otrzymać liczbę punktów obliczoną według wzoru:

$\text{liczba punktów} = \text{liczba testów na kalibrację dla oferty ocenianej} / \text{najmniejsza oferowana liczba testów na kalibrację} \times 20$

W przypadku oferty Odwołującego w ramach kalibracji konieczne będzie wykonanie 3 208 testów, a w przypadku oferty Przystępującego 4 880 testów. Oferta Odwołującego powinna więc w pozycji „częstotliwość kalibracji i ilość punktów kalibracyjnych” otrzymać 20 punktów, a oferta Przystępującego 13,1 punktu.

Zamawiający nie powinien był ponadto przyznać ofercie Przystępującego punktów w pozycji „Detektor pęcherzy powietrza dla odczynników”.

Zgodnie z punktem 16 oferta otrzyma 40 punktów, jeśli oferowany analizator będzie posiadał „detektor pęcherzyków powietrza dla odczynników”. Tymczasem oferowany przez Przystępującego analizator Cobas e601 nie posiadał detektora pęcherzyków powietrza

dla odczynników. Zamawiający niesłusznie przyznał więc ofercie Przystępującego

40 punktów we wskazanej pozycji.

W toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, 21 listopada 2018 r., Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzut nr 1 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez jego niezastosowanie i nieunieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo, że postępowanie to obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron**

**i Przystępujących złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego,

że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia

przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Postępowanie odwoławcze, w części obejmującej zarzut nr 1 odwołania - tj. zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez jego niezastosowanie i nieunieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo, że postępowanie to obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podlegało umorzeniu. Odwołujący wycofał bowiem powyższy zarzut. Z uzasadnienia uchwały SN z 17 lutego 2016 r., sygn. akt III CZP 111/15 wynika, że rozstrzygnięcie o zarzutach odwołania winno znaleźć

się w sentencji wyroku, nie zaś w jego uzasadnieniu, wobec czego Izba orzekła jak sentencji.

Mając na uwadze powyższe, w pozostałym zakresie Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

**Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo, że treść tej oferty nie odpowiadała treści SIWZ oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez jego błędne zastosowanie i wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo, że podlegała ona odrzuceniu, nie potwierdził się.**

Zgodnie z rozdziałem 3 SIWZ, pkt 3.1 „ Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników do badań immunochemicznych wraz z dzierżawą automatycznego analizatora. Warunki konieczne dla analizatora immunochemicznego: (...)

- Czujniki poziomu płynów, detektor skrzepów i pęcherzyków powietrza (...).

Wykonawca jest zobowiązany: (...)

- zapewnić w czasie trwania umowy dostawę materiału kontrolnego

do międzynarodowej kontroli porównawczej dla wszystkich oznaczanych parametrów: RIQAS - oznaczenia immunologiczne, 55 parametrów, oznaczenia kardiologiczne, oznaczenia serologiczne (wirus HIV i zapalenia wątroby), Labquality - specjalistyczne oznaczenia immunologiczne. Szczegóły dotyczące rodzaju i częstotliwości wykonywania kontroli Zamawiający przekaże Wykonawcy

- zabezpieczyć długie serie dla materiału kontrolnego, termin ważności kontroli i kalibratorów min. 6 miesięcy od dnia dostawy. (...)

Oferta powinna zawierać wszystkie odczynniki, materiały kontrolne, kalibratory, kuwety, bufory, rozcieńczalniki, płyny płuczające itp. oraz inne materiały i części zużywalne potrzebne do wykonania badań będących przedmiotem postępowania. Oferent winien zaokrąglić ilość oferowanych opakowań w ciągu 4 lat do pełnego opakowania w górę. Kalkulując liczbę opakowań należy wziąć pod uwagę trwałość oferowanych odczynników, stabilność na pokładzie, w odniesieniu do ilości badań deklarowanych przez Zamawiającego oraz trwałość kalibratorów, materiału kontrolnego itp. Odczynniki i materiały nieujęte w ofercie lub niedoszacowane będą dostarczane na koszt Oferenta.

Kontrole wykonywane są:

- 1.Codziennie: troponina, CKMBmasa, HBsAg
- 2.Dni robocze: aHCV, fT3, fT4, TSH, kortyzol, HIV
- 3.2x/tydzień: BNP/NT-proBNP, CEA, CA19-9, Toxo IgG i IgM
- 4.3x/tydzień: PSA, hormony kobiece, a-TPO, a-TG, 25(OH)D3, CA125
- 5.1x w tygodniu: aHBs
- 6.Codziennie (jeśli zlecono badanie): digoksyna, prokalcytonina, PTH

Oferent zobowiązany jest wraz z analizatorami dostarczyć zestaw startowy, zawierający odczynniki, materiały kontrolne, kalibracyjne, eksploatacyjne itp. niezbędne dla uruchomienia aparatu i przeprowadzenia szkolenia personelu w zależności od potrzeb. (...)

3.5. Podane ilości są szacunkowym zapotrzebowaniem. Zamawiający zastrzega sobie prawo rezygnacji z zakupu części towaru wynikającym z braku zapotrzebowania lub zmniejszenia zapotrzebowania.”

Wzór umowy, w § 1 stanowi ponadto:

„Przedmiot umowy:

- 1.Przedmiotem zamówienia są dostawy odczynników do badań immunochemicznych wraz z dzierżawą automatycznego analizatora. Ilości odczynników niedoszacowanych będą dostarczane na koszt Wykonawcy nieodpłatnie.”

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania oraz w toku rozprawy dowodził, że oferta Przystępującego jest niezgodna z SIWZ ze względu na:

- 1.Brak wymaganego czujnika pęcherzyków powietrza i skrzepów w oferowanym analizatorze.
- 2.Niedoszacowanie oferty wskutek nieujęcia w formularzu ofertowym odpowiedniej ilości opakowań odczynników do realizacji całego przedmiotu zamówienia.

Na potrzeby wykazania zarzutu wskazanego w punkcie 1 Odwołujący złożył szereg dowodów – m. in. wyciąg z instrukcji urządzenia Cobas 6000, schematyczny rysunek obrazujący sposób działania systemu detekcji pęcherzyków powietrza w urządzeniu oferowanym przez Przystępującego, sporządzony w języku angielskim dokument dotyczący urządzenia Cobas 8000. W ocenie Izby żaden ze złożonych na powyższą okoliczność dowodów nie potwierdzał zarzutu odwołania. Izba wzięła pod uwagę dowód złożony przez Przystępującego na potwierdzenie faktu, że oferowany analizator odpowiada wymogom SIWZ – aktualną instrukcję urządzenia Cobas 6000 z modulem e601.

Zaoferowany przez Przystępującego analizator Cobas 6000 według dokumentów załączonych do oferty oraz dowodów złożonych w toku rozprawy odpowiadał oczekiwaniom Zamawiającego.

Niedoszacowanie, które Odwołujący zarzucił ofercie Przystępującego polegać miało

na nieujęciu w ofercie odczynników przeznaczonych do celów kontroli i kalibracji. Po analizie dokumentacji postępowania, w tym wymogów SIWZ, w szczególności załącznika nr 2

do SIWZ określającego ilości odczynników mających być przedmiotem dostawy oraz dowody złożone przez Odwołującego i Przystępującego w toku rozprawy Izba uznała, że oferta Przystępującego została skonstruowana w sposób prawidłowy. Ilość odczynników opisana

w punktach od 1 do 31 załącznika nr 2 do SIWZ dotyczyła tylko odczynników

z przeznaczeniem do prowadzenia badań. Punkt 32 załącznika „Kontrole, kalibratory, kuwety, odczynniki dod. oraz materiały i części zużywalne potrzebne do wykonania

ww. ilości oznaczeń” nie wskazywał jakiej ilości odczynników dla tej kategorii wymaga Zamawiający. Określenie tej ilości było obowiązkiem wykonawców, szczególnie,

że w znacznej mierze uzależnione było od typu i modelu oferowanego analizatora. W ocenie Izby Przystępujący w prawidłowy sposób wykazał, że uwzględnił odpowiednią do realizacji przedmiotu zamówienia ilość odczynników, a Odwołujący nie udowodnił zarzutów odwołania.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Art. 89 ust. 1 ust. 2 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Art. 91 ust. 1 Pzp - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec nieudowodnienia przez Odwołującego zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp Izba uznała, że zarzuty te podlegają oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe oddaleniu podlegał również zarzut naruszenia art. 87 ust. 2

pkt 3 Pzp przez jego niezastosowanie i niepoprawienie omyłek w ofercie Przystępującego. Zarzut ten Odwołujący oparł o założenie, że w przypadku, gdyby niedoszacowanie oferty Przystępującego w sposób opisany wyżej nie zostało uznane przez Izbę za podstawę

do odrzucenia oferty Przystępującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ to oferta

ta powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające

na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Wobec faktu, że oferta Przystępującego jest zgodna z wymogami SIWZ zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp został uznany za niezasadny.

**Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp przez dokonanie błędnej oceny złożonych w toku postępowania ofert i przyznanie ofercie Przystępującego 100,00 pkt, podczas gdy oferta ta powinna zostać oceniona na 86,50 pkt, a ofercie Odwołującego 87,06 pkt, podczas gdy oferta ta powinna zostać oceniona na 93,14 pkt nie zasługuje na uwzględnienie.**

Rozdział 16 SIWZ - Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert określał następujące zasady punktacji ofert złożonych w postępowaniu:

- Cena - 60%
- Walory użytkowe - 40%

„Najkorzystniejszą ofertą będzie ta, która zdobędzie największą liczbę punktów obliczonych wg wzoru:

$$P = (P_c \times 60) + (P_d \times 40)$$

gdzie:

najniższa oferowana cena

$$P_c = \text{-----} \times 60$$

cena porównywanej oferty

Ocena kryterium „walory użytkowe”:

1. odczynniki

- stabilność odczynników na pokładzie analizatora – 20
- częstotliwość kalibracji i ilość punktów kalibracyjnych (punktacja wyższa, im mniejsza ilość potrzebnych odczynników) – 20
- kontrola i kalibratory gotowe do użycia – 20
- czas analizy (preferowany czas poniżej 15 minut dla CKMB masa, troponiny i PTH) – 30
- liniowość dla  $\beta$ -HCG, PRG i PRL - 10

2. analizator

- detektor pęcherzyków powietrza dla odczynników – 40
- czynności konserwacyjne (ilość, częstość oraz udział operatora - punktacja wyższa, im mniejsza ilość i wyższa automatyzacja procesu) – 60

Oferta powinna zawierać wszystkie dane umożliwiające ocenę

Suma punktów ofercie przyznanej

$$P_d = \text{-----} \times 40$$

Maksymalna liczba punktów

1. Najkorzystniejsza oferta może zdobyć max. 100 pkt.

2. Uzyskane oceny zostaną zaokrąglone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.”

Powyższe zasady przyznawania ofertom punktów w kryterium „walorów użytkowych” uzupełnione zostały przez odpowiedzi jakich Zamawiający udzielił 19 września 2018 r.

na pytania do treści SIWZ zadawane przez wykonawców na etapie przed upływem terminu składania ofert:

1. Pytanie: „Prosimy o uściślenie oceny kryterium w p.16 SIWZ "walory użytkowe"

dla p.1 odczynniki: czy "stabilność odczynników na pokładzie analizatora" będzie oceniana wg. zasady: punktacja wyższa im odczynnik ma dłuższy termin stabilności na pokładzie analizatora?"

Odpowiedź Zamawiającego: „Tak”,

2. Pytanie: „Prosimy o uściślenie oceny kryterium w p.16 SIWZ "walory użytkowe"

dla p.1 odczynniki: czy "kontrola i kalibratory gotowe do użycia" będą oceniana wg. zasady: punktacja wyższa im większy % kalibratorów i kontroli jest gotowy do użycia?"

Odpowiedź Zamawiającego: „Tak”.

Przytoczona wyżej treść Rozdziału 16 SIWZ, oraz dwa pytania dotyczące zasad przyznawania punktacji w kryterium „walory użytkowe” to jedyne informacje jakie Zamawiający opublikował w dokumentacji postępowania opisujące sposób obliczania punktacji w przedmiotowym kryterium. Zamawiający nie określił żadnych zasad stopniowania punktacji w części dotyczącej odczynników. W toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że punkty przyznawał zgodnie z tzw. „regułą trzech”. Na dowód Zamawiający złożył szczegółową kalkulację obrazującą sposób obliczenia punktów dla ofert Odwołującego

i Przystępującego. W zakresie dotyczącym punktacji w kategorii „odczynniki” ze złożonego dowodu wynikał m. in. następujący sposób oceny ofert (dla parametru stabilność odczynników na pokładzie analizatora):

„Stabilność odczynników na pokładzie analizatora – max 20 pkt.

Roche - zadeklarowano 14-56 dni:

oferta bardziej korzystna dla 63% parametrów:

13 parametrów - 8 tygodni

6 parametrów - 6 tygodni

razem 19 parametrów z 30 - 63%

1 parametr – 31 dni

7 parametrów - 4 tygodnie

3 parametry - 2 tygodnie

razem 11 parametrów z 30 - 37%

Abbott — zadeklarowano 30 dni dla wszystkich parametrów, jednak wg oferty:

1 parametr (fT3) - 28 dni

1 parametr (PCT) - 25 dni

1 parametr (D3) - 21 dni

Roche: 3 parametry - 2 tygodnie

Abbott: 1 parametr - 3 tygodnie,

Brak możliwości zastosowania wzoru matematycznego, dlatego ocena szacunkowa na korzyść firmy Abbott — 10 pkt., tj. 50% (nie 37%)."

W ocenie Izby złożony przez Zamawiającego dowód, o ile nie objaśnia przyjętej metody punktacji ofert, to wskazuje, że punkty dla parametru „stabilność odczynników na pokładzie analizatora” zostały przyznane w sposób uznaniowy, na korzyść Odwołującego. Przy ocenie parametru „częstotliwość kalibracji i ilość punktów kalibracyjnych” Zamawiający na korzyść Odwołującego zaokrąglił w górę przyznane punkty z 5,33 na 6.

Zamawiający w części kryterium „walory użytkowe” dotyczącej odczynników przyznał ofercie Przystępującego 85,6 pkt, ofercie Odwołującego 46 pkt.

Odwołujący na potwierdzenie słuszności żądań odwołania złożył dowód – symulację punktacji, jaka w jego ocenie powinna zostać przyznana obu ofertom złożonym w postępowaniu. Odwołujący w części kryterium „walory użytkowe” dotyczącej odczynników wskazał, że w jego ocenie, ofercie Przystępującego powinno zostać przyznane 78,7 pkt, ofercie Odwołującego 65,7 pkt.

Przystępujący, w złożonej na dowód własnej symulacji kalkulacji punktacji ofert, w części dotyczącej odczynników, nie polemizował z kalkulacją punktów złożoną przez Odwołującego. Przystępujący złożył własną kalkulację, by wykazać, że jego oferta jest korzystniejsza

od oferty Odwołującego. Przystępujący przyjął założenie, że jego ofercie powinny zostać przyznane punkty za obecność funkcji detekcji pęcherzyków w oferowanym analizatorze oraz, że cena oferty Przystępującego została wyliczona w sposób prawidłowy – w takiej sytuacji, nawet gdyby punktacja za odczynniki złożona przez Odwołującego była prawidłowa, to oferta Przystępującego i tak powinna otrzymać wyższą punktację niż Odwołującego.

Punktacja ofert Odwołującego i Przystępującego w kryterium „walory użytkowe” – analizator oraz w kryterium ceny wyliczona przez Zamawiającego była w ocenie Izby prawidłowa (obie oferty otrzymały po 100 punktów za analizator, kryterium ceny – oferta Przystępującego –

60 punktów, Odwołującego – 55,59 punktu). Wobec powyższego Izba uznała, że oferta Przystępującego w części kryterium „walory użytkowe” dotyczącej odczynników jest ofertą korzystniejszą i niezależnie od sposobu wyliczenia punktów powinna dostać ich więcej

niż oferta Odwołującego. O ile nie da się w obiektywny sposób wyliczyć punktacji

za odczynniki ze względu na brak zawarcia w SIWZ informacji o sposobie obliczania punktów to Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący nie kwestionowali, że ofertą korzystniejszą w tej części kryterium „walorów użytkowych” jest oferta Przystępującego.

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Art. 7 ust. 1 Pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.”

Biorąc pod uwagę opisany wyżej stan faktyczny i sposób postępowania Zamawiającego

w toku oceny ofert według kryterium „walorów użytkowych” Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający obliczył punktację ofert

w przedmiotowym kryterium w sposób, który nie został opisany w SIWZ, ponadto

dla parametrów: stabilność odczynników na pokładzie analizatora oraz częstotliwość kalibracji i ilość punktów kalibracyjnych Zamawiający w sposób arbitralny zwiększył ilość punktów przysługujących ofercie Odwołującego.

Art. 192 ust. 2 Pzp stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę, że mimo potwierdzenia

się zarzutu odwołania w zakresie wskazanych przez Odwołującego przepisów, które naruszył Zamawiający i tak ofertą

najkorzystniejszą w postępowaniu jest oferta Przystępującego. Izba uznała zatem, że zarzut podlega oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp przez jego błędne zastosowanie i wybranie oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo, że po dokonaniu poprawy omyłek w ofercie Przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i przy prawidłowo przeprowadzonej czynności badania i oceny ofert, ofertą najkorzystniejszą była oferta Odwołującego.

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 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:.....**