

Sygn. akt: KIO 2575/20

WYROK
z dnia 4 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2020 r. przez wykonawcę **Animalab Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Biologii Doświadczalnej im. Marcelego Nenckiego Polskiej Akademii Nauk z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Anima Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze dotyczące zarzutów zawartych w: pkt 2

lit. a) tiret i. w zakresie pkt 2 i 3 oraz w pkt 2 lit. b) odwołania.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Animalab Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu i:**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Animalab Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, tytułem wpisu od odwołania,**

3.2. zasądza od wykonawcy **Animalab Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu na rzecz zamawiającego **Instytutu Biologii Doświadczalnej im. Marcelego Nenckiego Polskiej Akademii Nauk z siedzibą w Warszawie** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2575/20

Uzasadnienie

Instytut Biologii Doświadczalnej im. Marcelego Nenckiego Polskiej Akademii Nauk z siedzibą w Warszawie dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa istniejącego systemu klatek do hodowli laboratoryjnych z dopuszczeniem składania ofert częściowych*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

W dniu 8 października 2020 r. wykonawca **Animalab Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu**, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp poprzez sformułowanie kryteriów oceny ofert innych niż cena w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i nie preferuje elementów istotnych dla zamawiającego, lecz preferuje rozwiązania jednego producenta, a także poprzez opisanie kryterium w sposób, który uniemożliwia dokonanie prawidłowej oceny i weryfikację spełnienia kryterium na etapie oceny ofert przez Zamawiającego;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 3) art. 7 ust. 1 w zw. art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmian w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu i OPZ w sposób niezgodny z żądaniami zgłoszonymi przez Odwołującego w odwołaniu, które Zamawiający uwzględnił w całości i przeniesieniu zaskarżonych postanowień z zakresu wymaganych rozwiązań do rozwiązań stanowiących dodatkowe kryteria oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób określony w odwołaniu, tj. poprzez:

a) usunięcie następujących kryteriów oceny ofert:

a. Rozdział XVI ust. 3 część nr 1 - regały IVC i klatki IVC (str. 4 Zmiany i modyfikacji treści SIWZ z dnia 29.09.2020 r.):

i. rodzaj filtra w pokrywie klatki - 20 pkt

ii. system zamknięcia klatki - 10 pkt

b. Rozdział XVI ust. 3 część nr 2 - klatki konwencjonalne, butelki i kapsle (str. 5 Zmiany i modyfikacji treści SIWZ z dnia 29.09.2020 r.):

i. kształt butelek - 25 pkt

ii.jakość stali kapsli -15 pkt

b)ewentualnie w przypadku nieuwzględniania wniosku wskazanego w lit. a w zakresie kryterium rodzaj filtra w pokrywie klatki precyzyjne wskazanie sposobu weryfikacji tego kryterium poprzez wskazanie, że weryfikacja spełnienia tego kryterium odbywać się będzie poprzez wygenerowanie cząstek o określonej wielkości, a następnie zmierzenie analizatorem cząsteczek, ile jest ich za i przed filtrami w określonej wielkości

c)w zakresie Załącznika nr 2.1. stanowiącego Formularz Parametry Część nr 1) - regały IVC i klatki IVC

i. Regał na indywidualnie wentylowane klatki (IVC) do hodowli myszy laboratoryjnych w warunkach SPF/SOPF - 3 szt. Usunięcie w pkt 2 wymogu odnośnie ułożenia klatek na regałach, tj. w 10 rzędach na 2 stronnej mobilnej ramie. W pkt 3 wskazanie wymiarów zewnętrznych z tolerancją do 15 %. W pkt 11 dopuszczenie rozwiązań równoważnych w postaci dostawy regałów z poziomymi kolektory wentylacyjnymi, które spełniają to samo zadanie.

ii. Klatka indywidualnie wentylowana (IVC) do hodowli myszy laboratoryjnych w warunkach SPF/SOPF - 110 szt.: W pkt 6 dopuszczenie rozwiązań równoważnych w postaci dostawy urządzeń posiadających uszczelkę zamontowaną w pokrywie klatki. Usunięcie w pkt 17 wymogu dotyczącego preferowanego filtra lub precyzyjne określenie przez Zamawiającego wymogów dotyczących certyfikatu ze wskazaniem podstaw faktycznych i prawnych jego żądania oraz podmiotów uprawnionych do jego wystawienia.

d)Załącznika nr 2.2. stanowiącego Formularz Parametry Część nr 2) - elementy systemu do hodowli zwierząt laboratoryjnych

i. Podstawa klatki konwencjonalnej dla gryzoni laboratoryjnych - 250 szt.: W pkt 7 usunięcie wymogów dotyczących preferowanego rozwiązania lub szczegółowe określenie skutków braku zaoferowania takiego rozwiązania.

ii. Podstawa klatki konwencjonalnej dla gryzoni laboratoryjnych- 400 szt.: W pkt 8 usunięcie wymogów dotyczących preferowanego rozwiązania lub szczegółowe określenie skutków braku zaoferowania takiego rozwiązania.

iii.Butelka dla gryzoni laboratoryjnych 250-300 (typ 1) - 1800 szt.: W pkt 7 usunięcie wymogów dotyczących preferowanego rozwiązania.

iv.Butelka dla gryzoni laboratoryjnych 300-350 (typ 2) - 700 szt.: W pkt 7 usunięcie wymogów dotyczących preferowanego rozwiązania.

v.Butelka dla gryzoni laboratoryjnych 400-500 (typ 3) - 700 szt.: W pkt 7 usunięcie wymogów dotyczących preferowanego rozwiązania.

vi.Butelka dla gryzoni laboratoryjnych 700-800 (typ 4) - 1700 szt.: W pkt 7 usunięcie wymogów dotyczących preferowanego rozwiązania.

vii.Butelka dla gryzoni laboratoryjnych 900-1000 (typ 5) - 300 szt.: W pkt 7 usunięcie wymogów dotyczących preferowanego rozwiązania.

viii.Kapsel do butelki dla gryzoni laboratoryjnych - 600 szt.: W pkt 7 usunięcie wymogów dotyczących preferowanego rozwiązania.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiający wprowadził niezgodne z ustawą Pzp zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz Opisu Przedmiotu Zamówienia. Wyjaśnił, że już raz wniósł odwołanie w związku z niewłaściwym sformulowaniem SIWZ i OPZ przez Zamawiającego. W wyniku złożonego odwołania Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty Odwołującego. Jednakże mimo ciężącego na nim obowiązku wykonania czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego, Zamawiający w zasadzie utrzymał postanowienia utrudniające uczciwą konkurencję i preferujące rozwiązania jednego producenta tj. Tecniplast S.p.A. con sede in Buguggiate (Varese - Italia) i przeniósł je do kryteriów oceny ofert, co jednak nie jest uzasadnione ani potrzebami Zamawiającego, ani funkcjonalnościami oferowanych produktów. Dobór kryteriów oceny ofert należy do zamawiającego i bezsporne jest, że ustawa przyznaje mu w tym zakresie swobodę, która jednak doznaje ograniczenia przede wszystkim ze względu na treść art. 7 ust. 1 oraz treść art. 91 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wskazywanie w opisie przedmiotu zamówienia oraz kryteriach oceny ofert parametrów technicznych, specyficznej technologii, wymiarów lub właściwości użytkowych charakterystycznych dla określonego produktu albo przez wskazywanie wprost nazwy własnej konkretnego produktu określonego producenta. Sposób określenia przez Zamawiającego zaskarżanych parametrów narusza zasady uczciwej konkurencji oraz nie wynika z uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający w celu zawężenia kręgu wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę w postępowaniu wprowadził do postępowania nowe kryteria oceny ofert (które nie istniały w pierwotnej SIWZ), które wprost preferują rozwiązania oferowane przez Tecniplast.

Zamawiający nie może wymagać od wykonawców takich właściwości przedmiotu zamówienia, które nie mają znaczenia dla spełnienia celu, któremu ma służyć przedmiot zamówienia, a które powodują lub wręcz eliminują konkurencję na rynku. Istotą jest wykazanie w sposób wiarygodny, logiczny i spójny, co było podstawą takich nie innych wymagań określonych przez Zamawiającego. Odwołujący podnosił także, że brak podania minimalnych wymagań w zakresie równoważności produktów, przy jednoczesnym wskazaniu konkretnego produktu, stanowi naruszenie dyspozycji art. 29 ust. 3 PZP i równego dostępu do zamówienia publicznego i może zniechęcać do udziału w postępowaniu podmioty zamierzające zaoferować produkty inne, niż wskazane jako referencyjne w SIWZ.

Odwołujący stwierdzał, że zawarte ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ i OPZ postanowienia, w tym kryteria oceny ofert, naruszają zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także w nieuprawniony sposób zawężają krąg potencjalnych wykonawców, albowiem wprost wskazują na rozwiązania oferowane wyłącznie przez jednego producenta tj. Tecniplast, podczas gdy na rynku dostępne są inne rozwiązania, które zapewniają ten sam efekt i funkcjonalność.

Do postępowania odwoławczego w dniu 13 października 2020 r. przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Anima Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Warszawie dalej również „Przystępujący” oraz złożył na posiedzeniu pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający pismem z dnia 29 października 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 października 2020 r. wraz z dowodami przedłożonymi na rozprawie.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W pierwszej kolejności Izba umorzyła postępowanie odwoławcze co do zarzutów zawartych w: pkt 2 lit. a) tiret i. w zakresie pkt 2 i 3 oraz w pkt 2 lit. b) odwołania wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanych zarzutów.

Następnie, Izba uznała, że w pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

Przedmiotem zamówienia jest rozbudowa istniejącego systemu klatek do hodowli laboratoryjnych z dopuszczeniem składania ofert częściowych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 sierpnia 2020 r. pod numerem 20120/S 149-364856. W dniu 14 sierpnia 2020 r. Odwołujący złożył odwołanie na postanowienia ogłoszenia o zamówienia i SIWZ. Pismem z dnia 28 sierpnia 2020 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. W związku z powyższym, postanowieniem z dnia 31 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1947/20, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze. Następnie w dniu 29 września 2020 r. Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, Izba wskazuje że zgodnie z art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Powyższy przepis ma charakter procesowy, tj. odnosi się do postępowania związanego z wnoszeniem i rozpoznawaniem środków ochrony prawnej przewidzianych w przepisach ustawy Pzp (vide: wyrok Izby z dnia 10 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1122/15).

Sytuacja, w której zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem uwzględnionego przez siebie odwołania wiąże się dla zamawiającego z negatywnym skutkiem w postaci przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ czynności zamawiającego podjęte wbrew zobowiązaniu wynikającemu z uwzględnienia w całości zarzutów odwołania podlegają merytorycznej weryfikacji w trybie odwoławczym. Izba w przypadku uwzględniania w całości zarzutów odwołania umarza postępowanie odwoławcze, nie oceniając ani zasadności podniesionych w odwołaniu zarzutów, ani zasadności ich uwzględnienia przez zamawiającego. Jeśli zaś czynności zamawiającego są sprzeczne z żądaniem zawartym w uwzględnionym przez niego odwołaniu, wykonawca pierwotnie składający odwołanie posiada uprawnienie do zaskarżenia tych czynności i ich weryfikacji przez Izbę w ramach postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym, skład orzekający stwierdził, że Zamawiający, uwzględniając odwołanie z 14 sierpnia 2020 r. nie miał materialnoprawnego obowiązku dokonania czynności modyfikacji SIWZ wedle treści żądań zawartych w tym odwołaniu. Jednocześnie powyższe skutkuje koniecznością oceny prawidłowości dokonania nowej czynności w postępowaniu (zmiany treści SIWZ w dniu 29 września 2020 r.) przez Izbę w trybie wniesionego aktualnie przez Odwołującego odwołania, tj. odwołania z 9 października 2020 r. Izba stanęła na stanowisku, że samo formalne potwierdzenie, że Zamawiający nie wykonał czynności w postępowaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z 14 sierpnia 2020 r. nie może skutkować uwzględnieniem odwołania, a jedynie wywołuje skutek formalnoprawny w postaci możliwości merytorycznego rozpoznania przez Izbę zarzutów nowego odwołania, dotyczącego czynności wykonanych przez Zamawiającego po uwzględnieniu pierwotnego odwołania.

Następnie, Izba uznała, że nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem XVI ust. 3 część 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, jednym z kryteriów pozacenowych jest kryterium *Rodzaj filtra w pokrywie klatki — w zakresie tego kryterium oceniane będzie zaoferowanie korzystniejszych parametrów niż wymagane. Punktacja nastąpi w zakresie poniżej wskazanych parametrów według następujących zasad: zaoferowanie filtra wymiennalnego i autoklawowalnego, mikrobiologicznego o średnicy otworów do max. 0,2 mikrona, z efektywnością filtracji wirusów i bakterii 99,999 % — oferta otrzymuje 20 pkt, lub zaoferowanie filtra wymiennalnego i autoklawowalnego (wymagany) o parametrach innych niż wymienione powyżej — oferta otrzymuje 0 pkt. W przypadku niewskazania oferowanego rodzaju filtra w pokrywie klatki (niewypełnienia w Formularzu Szablon oferty - dla część nr 1) punktu 2 - Zamawiający przyjmie, że zaoferowano*

(wymagany). W tym kryterium oferta może uzyskać maksymalnie 20 pkt.

Odwołujący twierdził, że kryterium to w obecnej formie jest nieweryfikowalne, albowiem nie istnieją przepisy, na podstawie których ten parametr mógłby być wymagany. Nie istnieją również żadne regulacje prawne w zakresie wydawania certyfikatów potwierdzających spełnienie tego warunku, a Zamawiający nie określił sposobu w jaki spełnienie tego kryterium będzie weryfikował. Ewentualna weryfikacja spełnienia tego kryterium mogłaby się odbywać poprzez wygenerowanie cząstek o określonej wielkości, a następnie zmierzenie analizatorem cząsteczek, ile jest ich za i przed filtrami w określonej wielkości, czego jednak Zamawiający nie przewidział.

Izba podzieliła argumentację Zamawiającego, że po pierwsze określono wymagania, których spełnienie będzie się wiązało z przyznaniem punktacji w tym kryterium. Ponadto, zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, potwierdzili, że istnieją normy, w oparciu o które przeprowadza się badania efektywności filtracji wirusów i bakterii, tj. ASTM F2101-01 dla badania efektywności filtracji bakterii, MIL-M-36954C lub ASTM F2101 dla badania efektywności filtracji wirusów.

Zamawiający podał również następujące normy mające zastosowanie do filtrów powietrza: PN-EN 1822-1:2009 Wysokoskuteczne filtry powietrza (EPA, HEPA, ULPA). Część 1: Klasyfikacja, badanie parametrów, znakowanie. Norma PN-EN 1822-1:2009 Wysokoskuteczne filtry powietrza (EPA, HEPA, ULPA). Część 1: Klasyfikacja, badanie parametrów, znakowanie, wprowadzona w maju 2010 roku, zastąpiła normę PN-EN 1822-1:2001. PN-EN 1822-1:2009 dotyczy metod badania parametrów, testowania i klasyfikacji filtrów EPA, HEPA i ULPA u producentów tych filtrów. W normie PN-EN 1822-1:2009: (-) podano wymagania dotyczące filtrów powietrza wysokiej efektywności używanych w wentylacji i klimatyzacji oraz w procesach technicznych, szczególnie w technice czystych pomieszczeń, oznaczonych skrótami: EPA - Efficient Particulate Air filter, HEPA - High Efficient Particulate Air filter, ULPA - Ultra Low Penetration Air filter; (-) ustalono sposób określenia skuteczności metodą zliczania cząstek z użyciem ciekłego aerozolu testowego, umożliwiając ujednolicenie klasyfikacji filtrów na podstawie ich skuteczności; (-) podano definicje 24 terminów. Zamawiający przedstawił również certyfikaty dotyczące filtrów powietrza, takie jak: certyfikat na filtry absolutne; certyfikat dot. produkcji, badania i instalacji filtrów powietrza dla urządzeń wentylacyjno-klimatyzacyjnych, walidacja instalacji z filtrami HEPA.

Równocześnie Zamawiający wyjaśnił, że konieczne jest utrzymanie w hodowli zamawiającego statusu SPF lub SOPF, przez co należy rozumieć brak obecności różnych patogenów (m.in. wirusów, bakterii, pasożytów). Aby taki status zachować, należy zapewnić szczelność systemu do hodowli. W przypadku filtra jest to miejsce, gdzie mogłyby przedostać się drobnoustroje, zatem koniecznym jest, aby filtr miał odpowiednie parametry, czego potrzebuje Zamawiający oraz punktuje w ramach kryteriów filtry w pokrywie klatek, które charakteryzują się największą efektywnością filtracji bakterii i wirusów.

Zatem, żądanie Odwołującego dotyczące weryfikacji spełnienia kryterium przepuszczalności filtra polegające na wygenerowaniu cząstek o określonej wielkości i zmierzenie ich analizatorem, jest bezzasadne. Izba dała wiarę stwierdzeniu Zamawiającego, że dostarczenie próbek oraz przeprowadzenie stosownych badań znacząco zwiększyłoby koszt przygotowania oferty oraz koszty postępowania. Dlatego przedstawienie certyfikatu, dopiero na etapie przed podpisaniem umowy, z którego wynikałoby udokumentowanie oferowanych parametrów jest wystarczające. Zresztą jak podnosił Przystępujący, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, w innym postępowaniu Odwołujący potwierdził spełnienie analogicznego kryterium dotyczącego efektywności filtracji.

Następnie Odwołujący zakwestionował kryterium dotyczące systemu zamknięcia klatek. Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem XVI ust. 3 część 1 SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert jest kryterium system zamknięcia klatki, a w zakresie tego kryterium oceniane będzie *zaoferowanie korzystniejszych parametrów niż wymagane. Punktacja nastąpi w zakresie poniżej wskazanych parametrów według następujących zasad: zaoferowanie zamknięcia w postaci otworów i zacisków, z możliwością otwarcia klatki jedną ręką — oferta otrzymuje 10 pkt, lub zaoferowanie zamknięcia w postaci klamer i/lub zatrzasków (wymagany) — oferta otrzymuje 0 pkt. W przypadku niewskazania oferowanego systemu zamknięcia klatki (niewypełnienia w Formularzu Szablonu oferty - dla części nr 1) punktu 3 - Zamawiający przyjmie, że zaoferowano (wymagany). W tym kryterium oferta może uzyskać maksymalnie 10 pkt.*

Odwołujący podnosił, że kryterium to jest sformułowane wadliwie, albowiem preferuje możliwość otwarcia klatki jedną ręką, co jest możliwe zarówno w przypadku zamknięcia punktowanego za 10 pkt, tj. zamknięcia w postaci otworów i zacisków, jak i zamknięcia punktowanego za 0 pkt, tj. zamknięcia w postaci klamer i/lub zatrzasków. Tym samym Zamawiający przyznawać chce dodatkowe punkty za rozwiązania oferowane przez jednego wykonawcę, w sytuacji gdy funkcjonalność jaką chce uzyskać zapewniają również inni.

Zamawiający wyjaśnił, iż z doświadczeń jego pracowników wynika, że proces otwierania i zamykania jest o wiele szybszy w przypadku docięnięcia (gdy są otwory i zaciski oraz guma) niż w przypadku zamykania na klamry i zatrzaski. Podnosił też, że rozwiązanie w postaci systemu klamer nie może być przeprowadzone 1 ręką, gdyż najpierw ręka ta może otworzyć klamrę nr 1, a po chwili dopiero klamrę nr 2. W tym procesie klamra nr 1 może mniej lub bardziej ponownie się domknąć, gdy próbujemy otworzyć klamrę nr 2.

Zdaniem Izby Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania i znając specyfikę zamówienia jest uprawniony do wskazania rozwiązania, które umożliwia szybsze i wygodniejsze według niego otwieranie klatek.

W odniesieniu do zarzutu związanego z kryterium kształtu butelek, Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem XVI ust. 3 część 2 SIWZ w zakresie tego kryterium oceniane będzie zaoferowanie preferowanych parametrów. *Punktacja nastąpi w zakresie poniżej wskazanych parametrów według następujących zasad: zaoferowanie butelek kwadratowych dla każdego z 5 typów butelek wskazanych w Formularzu Parametry — oferta otrzymuje 25 pkt, lub zaoferowanie butelek kwadratowych dla 4 z 5 typów butelek wskazanych w Formularzu Parametry, a dla 1 typu butelki okrągłe — oferta otrzymuje 20 pkt, lub zaoferowanie butelek kwadratowych dla 3 z 5 typów butelek wskazanych w Formularzu Parametry, a dla 2 typów butelki okrągłe — oferta otrzymuje 15 pkt, lub zaoferowanie butelek kwadratowych dla 2 z 5 typów butelek wskazanych w Formularzu Parametry, a dla 3 typów butelki okrągłe — oferta otrzymuje 10 pkt, lub zaoferowanie butelek kwadratowych dla 1 z 5 typów butelek wskazanych w Formularzu Parametry, a dla 4 typów butelki okrągłe — oferta otrzymuje 5 pkt, lub zaoferowanie butelek okrągłych dla każdego z 5 typów butelek wskazanych w Formularzu Parametry — oferta otrzymuje 0 pkt. W tym kryterium oferta może uzyskać maksymalnie 25 pkt.*

Odwołujący podnosił, że nie istnieją żadne normy określające kształt butelek dla gryzoni. Zarówno okrągłe jak i kwadratowe zapewniają te same funkcjonalności. Tym samym Zamawiający przyznawać chce dodatkowe punkty za

rozwiązania oferowane przez jednego wykonawcę w sytuacji, gdy funkcjonalność jaką chce uzyskać zapewniają również inni.

Niemniej Zamawiający wykazał, że zachodzi obiektywna odmienność w zakresie funkcjonalności butelek, jak i wykazał, czemu Odwołujący nie oponował, że funkcjonalność w zakresie kwadratowych butelek jest oferowana przez kilku (co najmniej trzech wykonawców). Co ciekawe, również Odwołujący oferuje butelki kwadratowe, co potwierdza zestawienie sporządzone przez Przystępującego. W związku z powyższym nie sposób twierdzić, że preferowany przez Zamawiającego kształt butelek oferowany jest przez jednego wykonawcę.

Izba ustaliła, że zgodnie z Załącznikiem nr 2.2. do SIWZ Zamawiający wskazał, że *preferowana butelka kwadratowa w celu zapewnienia większej stabilności i zapobieżeniu przemieszczenia się w zagłębieniu klatki na butelkę oraz w celu uzyskania większej pojemności przy identycznej wysokości*. Równocześnie Zamawiający wyjaśnił, że preferowane w kryterium oceny ofert butelki kwadratowe są bardziej stabilne w zagłębieniu na butelkę i w mniejszym stopniu przemieszczają się. Niektóre z klatek posiadanych przez Zamawiającego nie są wyposażone w dzielniki, stąd butelka tym bardziej może się przemieścić. Ponadto, we wszystkich klatkach zagłębienia na butelkę są o przekroju kwadratowym, a nie okrągłym, co świadczy o tym, że dedykowanymi dla tego rozwiązania są zdecydowanie butelki kwadratowe, bowiem butelki okrągłe umieszczane są w innych rozwiązaniach. Dalej, wyjaśnił, że butelki autoklawuje się razem, układając je w koszach pod względem kształtu i wielkości. W przypadku butelek kwadratowych, w 1 cyklu autoklawowania przejdzie więcej wody niż w przypadku butelek okrągłych. Zatem, w ocenie Izby, Zamawiający wykazał swoje uzasadnione potrzeby.

Odnosząc się do zarzutu związanego z kryterium jakości stali kapsli Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem XVI ust. 3 część 2 SIWZ w zakresie tego kryterium oceniane będzie zaoferowanie korzystniejszych parametrów niż wymagane. *Punktacja nastąpi w zakresie poniżej wskazanych parametrów według następujących zasad: zaoferowanie AISI 316 — oferta otrzymuje 15 pkt, lub zaoferowanie AISI 304 (wymagany) — oferta otrzymuje 0 pkt. W przypadku niewskazania oferowanej jakości stali kapsli (niewypełnienia w Formularzu Szablon oferty - dla części nr 2) punkt 3 - Zamawiający przyjmuje, że zaoferowano (wymagany). W tym kryterium oferta może uzyskać maksymalnie 15 pkt.*

Odwołujący wskazywał, że kryterium to jest wadliwe, albowiem zarówno zaoferowanie stali AISI 316 jak i stali AISI 304 zapewnia te same funkcjonalności i sposób użytkowania. Jedyna różnica jest w wykonawcach, którzy oferują kapsle, gdyż kapsle ze stali AISI 316 oferuje tylko jeden wykonawca. Tym samym Zamawiający przyznawać chce dodatkowe punkty za rozwiązania oferowane przez jednego wykonawcę w sytuacji, gdy funkcjonalność jaką chce uzyskać zapewniają również inni.

Niemniej, zgodnie z dowodem przedłożonym przez Przystępującego, Odwołujący posiadał również kapsle ze stali nierdzewnej AISI 316 w swojej ofercie, gdzie producentem jest UNO BV (a nie Tecniplast). Natomiast twierdzenia na rozprawie Odwołującego, iż obecnie podmiot ten nie produkuje powyższego asortymentu pozostają gołosłowne, bowiem nie poparte żadnymi dowodami.

Zamawiający wyjaśnił dodatkowo, że powyższe stale różnią się funkcjonalnie, bowiem AISI 304 – to najpopularniejszy materiał nierdzewny (tzw. nierdzewka), o dobrej odporności na korozję w różnych mediach, dobrze spawalny. Stosowane w urządzeniach przemysłu spożywczego i chemicznego oraz na części wymagające głębokiego tłoczenia, odporne na korozję w środowisku atmosferycznym, wody naturalnej, roztworów alkalicznych, niektórych kwasów organicznych i nieorganicznych. Stosowany, gdy nie ma dużego zagrożenia ze strony działania kwasów. AISI 316 to najpopularniejszy materiał kwasoodporny (tzw. kwasówka). Materiał o podwyższonej odporności na korozję w środowiskach agresywnych. Możliwość pracy w temperaturze 300/400 oc. Zastosowanie: przemysł chemiczny, farmaceutyczny, tekstylny, spożywczy, do wyrobu celulozy, farb. Stal z dodatkiem molibdenu, przez to bardziej odporna na korozję wżerową w środowisku z jonami chlorkowymi.

Zamawiający wyjaśniał dalej, że do zmywania używany jest m.in. kwas, który może po dłuższym czasie uszkadzać stal AISI 304. Ponadto, opozom do picia serwuje się wodę z domieszką kwasu, a ponadto eksperymenci czasami testują różne leki i substancje (czasem na bazie chloru lub kwasów), co również nie jest obojętne w stosunku do stali kapsli. W związku z powyższym Izba uznała, że również w tym zakresie twierdzenia Odwołującego okazały się bezzasadne, a samo wyodrębnienie dwóch gatunków stali wskazuje, że mają różne cechy i właściwości.

Odnosząc się do zarzutu związanego z regałami na indywidualnie wentylowane klatki (IVC) do hodowli myszy laboratoryjnych w warunkach SPF/SOPF - 3 szt., gdzie Odwołujący zarzucał, że Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób bardzo precyzyjny, nie dopuszczając żadnych rozwiązań równoważnych, co wprost wskazuje, że jedynym wykonawcą mogącym zrealizować zamówienie w poniżej wskazanym zakresie będzie Tecniplast, a nie jest to działanie uzasadnione potrzebami Zamawiającego, Izba ustaliła, co następuje. Zgodnie z pkt 11 załącznika nr 2.1 stanowiącego formularz parametry część 1 *regał musi posiadać pionowe kolektory wentylacyjne, odbierające powietrze z klatek w celu swobodnego grawitacyjnego opadania cząstek ściółki do głównego zbiorczego przewodu i zapobieżeniu jej gromadzenia się i zatykaniu przewodów*.

Odwołujący podnosił, że takie postanowienia nie zawiera rozwiązań równoważnych. Tymczasem inni producenci oferują regały z poziomymi kolektorami wentylacyjnymi, które spełniają to samo zadanie. Dostarczają powietrze do klatek tak samo jak pionowe. Wprost wskazuje to na dopuszczenie rozwiązania oferowanego wyłącznie przez Tecniplast.

Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku kolektorów odbierających istotne jest, aby były ustawione pionowo, gdyż w powietrzu odbieranym są resztki ściółki i ew. innych zanieczyszczeń, które mają opadać na dół, do kolektora zbiorczego, który jest łatwo zdejmowalny i łatwy do czyszczenia. W przypadku kolektorów poziomych, zanieczyszczenia gromadzą się w nich, doprowadzając po pewnym czasie do zatoru, gorszego odbioru powietrza i zdecydowanego pogorszenia funkcjonalności sprzętu, aż do całkowitego zatrzymania. Ponadto, jak słusznie zauważył Zamawiający, w opisie przedmiotu zamówienia nie posługuje się znakami towarowymi, patentami lub innymi oznaczeniami indywidualizującymi, tylko dopuszcza rodzajowo określone rozwiązanie: „kolektory pionowe”. Zamawiający wykazał, że mogą one zostać zaoferowane przez kilka podmiotów. Na potwierdzenie powyższego przedłożył zestawienie, z którego wynika, że co najmniej 4 wykonawców posiada asortyment wymagany przez Zamawiającego, tj. AnimaLab / Allentown, Alternative Design, Merazet / ZoonLab i Anima. Dodatkowo Przystępujący wskazał jeszcze na producenta Arrowmicht.

Odnosząc się do zarzutu wyposażenia w uszczelkę silikonową bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 6 załącznik nr 2.1 stanowiącego formularz parametry część 1, klatka indywidualnie

wentylowana (IVC) ma być wyposażona w uszczelkę silikonową wokół brzegów podstawy ze strony zewnętrznej lub wokół brzegów pokrywy od strony wewnętrznej, stanowiącą barierę dla zanieczyszczeń biologicznych podczas pracy w nad- i podciśnieniu

Odwołujący podnosił, że powyższy wymóg wskazuje na dopuszczenie rozwiązania oferowanego wyłącznie przez Tecniplast, bez dopuszczenia rozwiązań równoważnych.

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią pkt 6 Zamawiający dopuszcza dwa rozwiązania: uszczelkę silikonową wokół brzegów podstawy ze strony zewnętrznej lub wokół brzegów pokrywy od strony wewnętrznej, zatem żądanie Odwołującego, aby dopuścić rozwiązanie w postaci dostawy urządzeń posiadających uszczelkę zamontowaną w pokrywie klatki jest bezprzedmiotowe. Zresztą podczas rozprawy Zamawiający oświadczył, iż zarówno rozwiązania oferowane przez Odwołującego, jak i przez Przystępującego, spełniają jego wymagania. Dodatkowo, zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący wykazali, że uszczelki silikonowe są powszechnie stosowane w kłatkach IVC, minimum przez kilku producentów, co przeczy twierdzeniom Odwołującego o preferowaniu wyłącznie Tecniplast.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wymogu dołączenia certyfikatu na etapie realizacji zamówienia Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 17 załącznik nr 2.1 stanowiącego formularz parametry część 1, klatka indywidualnie wentylowana (IVC), Zamawiający żądał załączenia certyfikatu potwierdzającego efektywność filtracji przed podpisaniem umowy.

Odwołujący podnosił, że nie wiadomo przez kogo i na jakich zasadach certyfikat taki miałby być wystawiony. Nie istnieją żadne przepisy regulujące wystawianie takich certyfikatów, a Zamawiający nie określił żadnych dodatkowych i konkretnych wymogów w tym zakresie, co na etapie realizacji zamówienia może być przyczyną do konfliktów i nadużyć ze strony Zamawiającego.

Wpierw należy wskazać, że Zamawiający wymaga dostarczenia certyfikatu przed podpisaniem umowy, a nie na etapie realizacji zamówienia. Dalej, Zamawiający żąda przedstawienia certyfikatu, z którego wynikałoby udokumentowanie oferowanych parametrów. Brak wymogów dotyczących wystawcy czy treści certyfikatów oznacza więc, iż Zamawiający zaakceptuje każdy certyfikat wystawiony zgodnie z obowiązującym prawem, zatem nie sposób uznać, iż taki wymóg w jakikolwiek sposób ogranicza konkurencję w postępowaniu.

Reasumując, Izba w pełni podziela zaprezentowane przez Zamawiającego stanowisko i uznaje je za prawidłowe. Zamawiający w ramach kryteriów oceny ofert, nieskutkujących odrzuceniem oferty, określił rozwiązania funkcjonalne oraz przedstawił przekonujące uzasadnienie, w którym wykazał znaczenie przyjętego kryterium dla jakości przedmiotu zamówienia i potrzeb zamawiającego, podnosząc że taki opis zapewni mu najlepszy z oferowanych asortymentów w odniesieniu do jego obiektywnych potrzeb. Wskazane preferencje stanowią element funkcjonalnego opisu potrzeb Zamawiającego, w szczególności do parametrów i elementów, które nie posiadają jednolitych mierzalnych opisów. Natomiast Odwołujący nie wykazał, że tylko asortyment jednego producenta będzie dodatkowo punktowany w kryteriach pozacenowych.

Art. 91 ust. 2 ustawy Pzp zawiera otwarty katalog możliwych do zastosowania jakościowych kryteriów oceny ofert, podając jedynie przykłady, z zastrzeżeniem, że muszą się one odnosić do przedmiotu zamówienia. Niemniej ww. regulacja nie może być interpretowana w oderwaniu od podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Swoboda Zamawiającego w ustalaniu takich kryteriów nie jest więc nieograniczona, ale musi zapewnić przeprowadzenie postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności. Ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury - poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności - prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych obiektywnych potrzeb zamawiającego, postrzeganych przez zasadę proporcjonalności, rozumianą jako stosowanie wymagań adekwatnych do potrzeb i zakładanych celów postępowania, bez żadnych wymiernych korzyści w postaci uzyskania produktów lepszych jakościowo.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy w pierwszej kolejności należy stwierdzić, że kwestionowane przez Odwołującego kryteria nie są niezgodne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i służą uzyskaniu zamówienia lepszego jakościowo. Izba uznała, że Zamawiający przedstawił przekonujące uzasadnienia ich zastosowania, a także wykazał, że nie preferuje rozwiązania jednego producenta. Zamawiający nie ograniczył się do lakonicznych i głoślowych twierdzeń, lecz szczegółowo wyjaśnił czym się kierował przy doborze określonych kryteriów pozacenowych. Dodatkowo przygotował zestawienia podmiotów mogących zaproponować rozwiązania opisane w SIWZ, potwierdzające, że co najmniej trzech potencjalnych wykonawców oferuje rozwiązania, które są wymagane przez Zamawiającego.

Odnosząc się zaś do zarzutu opisanego przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, Izba wskazuje, że warunki określone w opisie przedmiotu zamówienia dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców, zatem wszystkim podmiotom działającym na rynku postawiono takie same warunki początkowe. Ponadto, Izba podziela stanowisko, że art. 29 ustawy Pzp nie powinien być podstawą do sytuacji jednego wykonawcy i trudności, jakie mogą u tego wykonawcy wystąpić z uwagi na takie, a nie inne wymagania zamawiającego. Przepis ten nie powinien być również odczytywany w ten sposób, że nakłada na zamawiającego obowiązek uwzględnienia i wyeliminowania z opisu przedmiotu zamówienia uzasadnionych wymagań, które dla wykonawcy mogą stanowić źródło ewentualnych niedogodności czy potrzeby reorganizacji swojej pracy bądź stworzenia nowych rozwiązań dostosowanych do realizacji konkretnego zamówienia.

W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje, bowiem zgodnie z art. 190 ustawy Pzp to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 r., sygn. akt X Ga 32/09).

Odwołujący nie wykazał, że opis przedmiotu zamówienia utrudnia uczciwą konkurencję oraz że sformułowanie kryteriów oceny ofert innych niż cena preferuje rozwiązanie jednego producenta, a także że uniemożliwia dokonanie prawidłowej oceny i weryfikacji na etapie badania ofert. Twierdzenia Odwołującego pozostają głoślowe, natomiast Zamawiający wykazał, że w zakresie oferowanych urządzeń, co najmniej kilka podmiotów spełnia wymogi określone w

SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: