Sygn. akt: KIO 1512/20

POSTANOWIENIE
z dnia 20 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 20 lipca 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020r. przez wykonawcę Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Osmańska 14 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu pi. Hirszfelda 12

przy udziale wykonawcy SARSTEDT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Blizne Łaszczyńskiego, ul. Warszawska 25 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1063/20 po stronie zamawiającego

postanawia :

1. Odrzucić odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Osmańska 14 i

3. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Becton Dickinson Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Osmańska 14 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 2019 r., poz.1843) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 1512/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na sukcesywną dostawę systemu zamkniętego do pobierania krwi żylnej i tętniczej zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 555186-N-2020 z dnia 2020-06-29.

W dniu 6 lipca 2020r. Becton Dickinson Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Osmańska 14 wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, którego przedmiotem jest sukcesywna dostawa systemu zamkniętego do pobierania

krwi żylnej i tętniczej w zakresie Pakietu nr 2. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 czerwca 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 6 lipca 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez określenie dyskryminacyjnych kryteriów oceny ofert;

2. art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, polegające na naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców poprzez ukształtowanie kryteriów oceny ofert dla Pakietu nr 2, które w sposób nieuzasadniony promuje wykonawcę oferującego system aspiracyjno - próżniowy oraz probówkę z jonami magnezu, czym utrudnia uzyskanie zamówienia publicznego innym wykonawcom oferującym rozwiązanie równoważne;

3. naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 3 ustawy przez wadliwe sporządzenie specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia;

4. art. 2 ust. 5 ustawy przez ustalenie kryteriów oceny ofert w Pakiecie nr 2 w kontekście przyznawanej ilości punktów za parametr oceniany oceny jakościowo-użytkowej, które nie gwarantuje zamawiającemu wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego;

5. art. 29 ust. 1, 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, przez opisanie przedmiotu zamówienia poprzez wskazanie, w sposób pośredni, źródła pochodzenia produktów, co prowadzi do uprzywilejowania niektórych wykonawców i do wyeliminowania innych wykonawców i oferowanych przez nich produktów, w tym produktów oferowanych przez odwołującego, co nie jest uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia.

6. art. 3 ust 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję a jednocześnie „sam w sobie" stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy;

7. art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy przez zaniechanie unieważnienia postępowania albowiem do czasu obowiązywania kwestionowanych zapisów jest ono obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego;

8. art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście
Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2} nakazanie zamawiającemu dokonania, w w/w postępowaniu o zamówienie publiczne, modyfikacji kryteriów oceny ofert poprzez ustalenie równej punktacji dla systemu próżniowego i aspiracyjno- próżniowego oraz ustalenie równej punktacji dla probówki do hematologii z cytrynianem sodu, CTAD, siarczanem magnezu, heparyną sodową, fluorkiem sodu lub szczawianem amonu, bez jednoznacznego wskazania na probówkę z jonami magnezu czyli określenie kryteriów na zasadach rzeczywistej i efektywnej konkurencji tj. w zakresie umożliwienia ubiegania się o udzielenie zamówienia w zakresie pakietu nr 2 oraz usunięcia z treści opisu przedmiotu zamówienia tych elementów które nie są w zobiektywizowany sposób niezbędne zamawiającemu zastępując je obiektywnie niezbędnymi dla zamawiającego parametrami w jak najszerszych zakresach, które nie będą odpowiadały z góry określonemu wyrobowi określonego producenta, w szczególności poprzez eliminację wskazanych w treści odwołania dyskryminacyjnych zapisów SIWZ,

3) nakazanie zamawiającemu przyznania równej punktacji dla systemu próżniowego (37 pkt.) i dla probówki do hematologii z cytrynianem sodu, CTAD, siarczanem magnezu, heparyną sodową, fluorkiem sodu lub szczawianem amonu (3 pkt.).

Odwołujący wniósł zatem o uwzględnienie odwołania w całości i modyfikację punktacji dot. Pakietu nr 2 za ocenę techniczną poprzez zmianę brzmienia zapisów Załącznika nr 3 - Parametry techniczne oceniane.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że dokonał opisu/zmiany opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, poprzez dobór parametrów i preferencje określonych rozwiązań technicznych, czym preferuje wyłącznie jedna firmę, co nie jest usprawiedliwione uzasadnionymi potrzebami zamawiającego, czym de facto uniemożliwił odwołującemu złożenie oferty, w wyniku czego w postępowaniu zostały naruszone przepisy

art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust 1 i 2 w ustawy.

Wskutek naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia konkurencyjnej oferty), a tym samym odwołujący został narażony na szkodę. Interes odwołującego wyraża się również w tym, aby

postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa, a zawarta umowa nie była dotknięta sankcją nieważności z powodu wady postępowania. Nadmienił, że nie ma żadnej ważnej przyczyny dlaczego odwołujący nie może złożyć konkurencyjnej oferty w tym „publicznym" przetargu, który do momentu zmiany zapisów jest w sposób rażący sprzeczny z prawem i to nie tylko z przepisami ustawy, ale przy obecnych zapisach nawet przepisami prawa o charakterze penalnym.

Odwołujący podniósł, że zamawiający dopuścił w postępowaniu możliwość złożenia ofert na systemy zamknięte do pobierania krwi - zarówno próżniowy, jak i aspiracyjno próżniowy - jednocześnie przyznając 37 punktów z 40 możliwych do uzyskania ofercie z systemem aspiracyjno próżniowym, oferowanym na rynku wyłącznie przez firmę Sarstedt. Pozostałe 3 punkty zamawiający przyzna za zaoferowanie probówki do hematologii z jonami magnezu, również oferowanej na rynku tylko przez firmę Sarstedt. Odwołujący podkreślił, iż firma Sarstedt jako jedyna dystrybuuje system w Polsce i nie korzysta w tym zakresie z innych podmiotów (z wyłączeniem subdystrybutora firmy Prolab, z którym nie konkuruje) w związku z tym realnie, w praktyce jest tylko jeden podmiot mogący złożyć ofertę na produkty wyprodukowane i dystrybuowane przez Sarstedt.

Co powoduje, że umożliwienie złożenia oferty przez więcej niż jeden podmiot jest zdaniem odwołującego pozorne.

Tak ukształtowane parametry oceny jakościowo-użytkowej są w ocenie odwołującego;

A. nieuzasadnione;

B. prowadzą do wyboru oferty z góry wybranego wykonawcy;

C. nie gwarantują zamawiającemu wyboru oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego określonego w Pakiecie 2

Faworyzowanie systemu aspiracyjno-próżniowego, w szczególności w tak drastyczny sposób jak uczynił to zamawiający, nie ma uzasadnienia merytorycznego.

W systemie aspiracyjno-próżniowym, tak wysoko punktowanym przez zamawiającego konieczne jest wykonanie dodatkowych czynności: pociągnięcie i wyłamanie tłoka w celu wytworzenia próżni lub manualna aspiracja krwi do probówki (tzn. Użytkownik ciągnie tłok, jak w strzykawce, podczas gdy probówka Becton Dickinson napełnia się sama).

Aspiracja - jako czynność manualna - jest zależna od użytkownika, toteż każde pobranie krwi, do każdej jednej probówki, odbywa się z inną siłą, to oznacza brak standaryzacji pobrania. Ponadto siła „ciągu" zmienia się nawet w trakcie napełniania 1 probówki, co łatwo sobie uzmysłowić na przykładzie właśnie tłoka strzykawki. Dodatkowo system aspiracyjny zwiększa ryzyko powstania błędów przedanalitycznych, a w szczególności:

a) Ryzyko niedopełnienia probówki w wypadku, gdy tłok nie zostanie odpowiednio zablokowany (po wyciągnięciu tłoka do samego końca następuje kliknięcie i zablokowanie

tłoka we właściwej pozycji, jeśli użytkownik aspirując i skupiając się na napływie krwi do probówki nie dociągnie tłoka do końca, to mamy prawie pewną niewłaściwą objętość pobrania i zaburzenie proporcji krwi do odczynnika).

b) Zbyt silne pociągnięcie tłoka zwiększa ryzyko hemolizy.

c) I zdaniem odwołującego najważniejsze: w przypadku trudności z napływem krwi tłok może się w trakcie pobrania minimalnie cofać (następuje pewnego rodzaju „pompowanie") co grozi wstrzyknięciem do naczynia krwi wymieszanej z odczynnikiem z probówki (tzw. Przepływ wsteczny).

• Załącznik nr 5: Prezentacja - tłok w probówce Sarstedt odłamany, niezablokowany.

System próżniowy, wynaleziony przez firmę Becton Dickinson, a oferowany na rynku przez kilka różnych podmiotów, posiada niepodważalne zalety dla użytkownika i pacjenta:

1) Wykalibrowaną fabrycznie próżnię w probówce, co eliminuje ryzyko niedopełnienia lub przepełnienia probówki, a tym samym ryzyko zaburzenia proporcji krwi do odczynnika, co

prowadzi do występowania błędów przedanalitycznych mających negatywny wpływ na wynik badania laboratoryjnego

2} Probówka napełnia się krwią automatycznie, bez konieczności dodatkowych czynności i manipulacji.

3) Napływ krwi jest wystandaryzowany i delikatny, tak aby minimalizować ryzyko hemolizy i innych błędów przedanalitycznych.

4) Przepływ krwi jest niezależny od użytkownika, co minimalizuje ryzyko błędów ludzkich i zmienność procesu pobrania.

5) Nie ma możliwości przepływu wstecznego krwi wymieszanej z odczynnikiem z probówki do żyły pacjenta, co niestety zdarza się w przypadku techniki aspiracji i cofnięcia tłoka. Tym samym wyeliminowane jest również ryzyko wystąpienia błędu przedanalitycznego wynikającego z niezachowania właściwej proporcji między pobraną krwią a odczynnikiem.

System próżniowy BD Vacutainer® jest najczęściej stosowanym zamkniętym systemem pobierania krwi na świecie, wybieranym z powodu swoich cech użytkowych oraz jakości. System posiada rozwiązania umożliwiające prawidłowe wykonanie tzw „trudnych pobrań" krwi, w szczególności w przypadku pacjentów onkologicznych i z powodzeniem stosowany jest od wielu lat także przez renomowane placówki onkologiczne takie jak: ZCO w Szczecinie, SCO w Kielcach, CO w Bydgoszczy, CO w Krakowie, NIO w Gliwicach, KCO w Katowicach.

Odwołujący wskazał, że zamawiający przyzna 3 punkty za zaoferowanie probówki do hematologii z jonami magnezu. Zwrócił uwagę, że brak jest walidacji takiej probówki do oznaczania pełnej morfologii na analizatorach hematologicznych Sysmex, Abbott, ABX. Brak jest rekomendacji oraz publikacji dotyczących używania takiej probówki jako probówki referencyjnej do identyfikacji pseudotrombocytopenii- metodą referencyjną w zliczaniu płytek, zatwierdzoną przez ICSH (International Council for Standardization in Haematology) i ISLH (International Society for Laboratory Hematology) są metody immunologiczne, w których płytki krwi są znakowane przeciwciałami monoklonalnymi i analizowane za pomocą cytometru przepływowego.

Z kolei wśród rekomendowanych probówek do identyfikacji pseudotrombocytopenii wyróżnia się szereg probówek, np: z: cytrynianem sodu, CTAD, siarczanem magnezu, heparyną sodową, fluorkiem sodu lub szczawianem amonu, bez jednoznacznego wskazania na probówkę z jonami magnezu. Najczęściej stosowanym alternatywnym antykoagulantem w przypadku małopłytkowości indukowanej EDTA jest cytrynian sodu. Probówka z cytrynianem sodu jest probówką ogólnodostępną i uniwersalną, gdyż rutynowo oznaczane są w niej parametry krzepnięcia i jest ona również wyspecyfikowana w arkuszu asortymentowo-cenowym tego postępowania.

Bezzasadna i nieekonomiczna jest zatem potrzeba zakupu dodatkowej probówki; dodatkowo pamiętać należy, że w przypadku konieczności identyfikacji pseudtrombocytopenii należy do niej ponownie pobrać krew od pacjenta- nie jest to bowiem probówka stosowana rutynowo, w przeciwieństwie do probówki z cytrynianem sodu.

Nie ulega zatem wątpliwości zdaniem odwołującego, że parametry punktowane zostały ukształtowane wyłącznie w celu preferowania konkretnego wykonawcy, nie zaś w celu otwarcia postępowania na oferty konkurencyjne i wybór oferty, która zapewni zamawiającemu usprawnienia procesów klinicznych i diagnostycznych, poprawy efektów leczenia i komfortu pracy oraz optymalizacji kosztów.

Takie określenie kryteriów według odwołującego narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem tylko jeden - z góry znany - wykonawca, spośród wielu oferujących systemy pobierania krwi na rynku, uzyska 40 pkt. (z 40 możliwych), ponieważ tylko jeden wykonawca oferuje system aspiracyjno- próżniowy oraz probówkę do hematologii z jonami magnezu. Pozostali wykonawcy nie uzyskają żadnych punktów. Tym samym zamawiający tylko pozornie dopuszcza możliwość wyboru oferty innej niż oferta firmy Sarstedt i tylko pozornie poszerza krąg potencjalnych wykonawców.

Zamawiający poprzez ustanowione kryteria jakościowe w ocenie odwołującego w sposób wyraźny faworyzuje konkretnego wykonawcę, firmę Sarstedt, czym narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Pozwala to również temu wykonawcy na złożenie oferty cenowej o kilkaset tysięcy złotych wyższej niż wartość oferty jakiegokolwiek innego wykonawcy. Przyjmując, że wartość postępowania będzie szacunkowo wynosiła około 300 000 zł, wskazany z góry wykonawca, przez narzucone kryterium, mając wynikające z ustalonego kryterium 40 pkt przewagi nad innymi wykonawcami, może takie postępowanie wygrać z ofertą o wartości nawet 900 000 zł, a więc o 600 000 zł wyższą od oferty z najniższą ceną. Tak dużej straty punktowej żaden inny wykonawca nie zniweluje kryterium cenowym.

Zatem w kontekście przyznawanej ilości punktów za parametry oceniane oceny jakościowo-użytkowej jakim są „System aspiracyjno- próżniowy", oraz „Probówka do hematologii w przypadku agregacji płytek krwi z jonami magnezu zamawiający dokona wyboru oferty, która nie będzie przedstawiała najkorzystniejszego bilansu ceny (cena ta będzie zawyżona) i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

Obowiązek zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania z należytą starannością oznacza m.in. takie kształtowanie procesu szeroko pojętego udzielania zamówienia publicznego, aby było ono konkurencyjne w możliwie największym stopniu. Odwołujący podkreślił, że ma to istotne skutki dla racjonalności wydatkowania środków publicznych oraz postępu technicznego i organizacyjnego wykonawców przez wymuszanie takiego postępu konkurencją rynkową.

Zamawiający jest gospodarzem postępowania, jednakże z faktu tego nie można wywodzić, iż uprawnia to zamawiającego do preferowania określonych wykonawców na szkodę innych wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający obowiązany jest ukształtować treść SIWZ w taki sposób, aby otworzyć postępowanie na konkurencję i umożliwić składanie ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych dostępnych na rynku.

Celem postępowania jest wszakże zaspokojenie konkretnych potrzeb zamawiającego, w warunkach poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców. Opisując kryteria oceny ofert, zamawiający winien uwzględnić wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie ofert przez wykonawców, w związku z czym na zamawiającym spoczywa obowiązek unikania zapisów utrudniających zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Utrudniając możliwość złożenia ofert konkurencyjnych poprzez manipulację parametrami, w tym nieuzasadnioną merytorycznie punktację, zamawiający naraża na szkodę potencjalnych wykonawców, a także naraża się na zarzut naruszenia dyscypliny finansów publicznych, gdyż powyższe może prowadzić do wyboru oferty z wysoką ceną, na jaką może pozwolić sobie wykonawca, którego rozwiązanie jest preferowane w ocenie jakości i za które otrzyma wysoką i nieuzasadnioną punktację,

Wniósł o dokonanie stosownej modyfikacji SIWZ w zakresie w/w pozycji, polegającej na odstąpieniu od punktowania parametru „Probówka do hematologii w przypadku agregacji płytek krwi z jonami magnezu" oraz potraktowanie systemu próżniowego jako równoważnego i przyznanie 40 punktów za zaoferowanie takiego systemu, względnie dobór innych parametrów jakościowych, które będą odzwierciedlać uzasadnione potrzeby zamawiającego w zgodzie w wymogami PZP.

Wniosek powyższy wypełnia wymogi ustawy, która zobowiązuje zamawiającego do takiego ukształtowania parametrów ocenianych, które pozwoli mu na uzyskanie oferty, która (art. 2 pkt 5) przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, a nie tylko ceny. Intencją ustawodawcy było zagwarantowanie przez zamawiającego określonej jakości przedmiotu zamówienia poprzez jego opis i uwzględnienie w nim jakości dzięki opisaniu wszystkich istotnych parametrów/standardów przedmiotu świadczenia, ewentualnie określenie wymagań jakościowych w opisie przedmiotu zamówienia na akceptowalnym minimalnym poziomie i uwzględnienie w kryteriach oceny ofert wyższych parametrów, które są użyteczne dla zamawiającego.

W myśl art. 29 ust. 1 ustawy, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na możliwość sporządzenia oferty. Wskazana norma prawna wymaga więc dokonania odpowiednio precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast art. 29 ust. 2 ustawy zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku.

Z powyższych rozważań wynika, iż wystarczającym dla stwierdzenia naruszenia zasady wyrażonej w art. 29 ust 2 PZP jest takie zestawienie przez zamawiającego charakterystycznych parametrów nabywanych produktów, że wskazuje ono na konkretny produkt, eliminując lub ograniczając jednocześnie możliwość zaoferowania produktów innych producentów - co niewątpliwie ma miejsce w niniejszym postępowaniu. W związku z powyższym, przyjmuje się, że do stwierdzenia faktu nieprawidłowości w opisie przedmiotu zamówienia wystarczy jedynie zaistnienie możliwości utrudniania uczciwej konkurencji poprzez zastosowanie określonych zapisów w specyfikacji, niekoniecznie zaś realnego uniemożliwienia takiej konkurencji. Dlatego też przy opisie przedmiotu zamówienia,

zamawiający powinien unikać wszelkich sformułowań lub parametrów, które by wskazywały na konkretny wyrób albo na konkretnego wykonawcę. Nie można bowiem mówić o zachowaniu zasady uczciwej konkurencji w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia określony jest w sposób wskazujący na konkretny produkt przy czym produkt ten nie musi być nazwany przez zamawiającego, wystarczy, że wymogi i parametry dla przedmiotu zamówienia określone są tak, że aby je spełnić wykonawca musi dostarczyć jeden konkretny produkt.

Odwołujący zdaje sobie sprawę, że zamawiający jest gospodarzem postępowania, jednakże z faktu tego nie można wywodzić, iż uprawnia to zamawiającego do preferowania określonych wykonawców na szkodę innych wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu. Zatem art. 29 ust. 2 ustawy PZP zawiera wyraźny zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Zakazane jest więc dokonywanie opisu przedmiotu zamówienia nie tylko takiego, który utrudnia uczciwą konkurencję, wskazując na konkretny produkt, ale i takiego, który potencjalnie mógłby wpłynąć na konkurencję na rynku. Zakaz ten nie oznacza konieczności nabycia przez zamawiającego dostaw nieodpowiadających jego potrzebom, zarówno co do jakości, funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych, a jedynie nakazuje dopuścić konkurencję między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do niego. Jednocześnie jednak zamawiający swobodę precyzowania swoich wymagać ma ograniczoną, w tym sensie, że jego wymagania muszą mieć uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji.

W celu poparcia swojej argumentacji odwołujący wskazał na następujące orzecznictwo:

Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 11 sierpnia 2006 r., sygn. akt IX Ga 137/06, Urząd Zamówień Publicznych w jednej z opinii prawnych, wyrok S0 w Bydgoszczy z dnia 25 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 693/5)", wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 stycznia 2012 r., sygn. akt VI ACa 965/11, LEX nr 1315895, wyrok Sąd Okręgowy w Lublinie z dnia 9 listopada 2005 r., sygn. akt II Ca 587/05, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 kwietnia 2009 r„ sygn. akt II Ca 137/09, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 17 grudnia 2009 r,, sygn. akt II Ca 992/09 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 2 kwietnia 2009 r., sygn. akt IX Ga 49/09, wyrok z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. akt; KIO/UZP/1502/08, wyrok z dnia 20 stycznia 2009 r, sygn. akt: KIO/UZP/02/09, wyrok o sygn. akt KIO/UZP 361/10, wyrok KIO z dnia 22 stycznia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 30/09, uchwała KIO o sygn. akt KIO/KD 2/09. Odnosząc się do uzasadnienia zarzutów niniejszego odwołania odwołujący zwrócił uwagę na ewentualne konsekwencje przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przy dotychczasowym wadliwym opisie przedmiotu zamówienia.

Otóż w świetle dotychczasowych rozważań postępowanie podlegałoby unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy jako obarczone niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Natomiast w przypadku zawarcia umowy podlegałaby ona unieważnieniu na podstawie art. 168 pkt. 3 ustawy, zgodnie z którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zdecydowanie należy stwierdzić, że opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem przepisu art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 11 2 ustawy stanowi czynność zamawiającego mającą zasadniczy wpływ na wynik postępowania.

Powyższe nie budzi wątpliwości w orzecznictwie sądów powszechnych w sprawach wszczętych na skutek powództw Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wytaczanych na

podstawie art. 146 ust 6 ustawy. Przykładowo, Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie wyroku z dnia 21 kwietnia 2011 r., sygn. akt III C 1161/09. w literaturze komentarzowej por.: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata komentarz

LEX 2017; Komentarz do art.29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.07.223,1655), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, wyrok KIO KIO/UZP 984/08, wyrok KIO KIO/UZP 700/08, wyrok KIO KIO/UZP 682/08, wyrok KIO KIO/UZP 442/08

Brak modyfikacji SiWZ pociąga za sobą skutek w postaci obowiązku unieważnienia postępowania albowiem niemożliwe jest zachowanie zasady równości i uczciwej konkurencji w niniejszym postępowaniu i złożenie porównywalnych ofert.

W tym stanie rzeczy z powołaniem na stanowisko doktryny (literaturą komentarzową, orzecznictwo sądów powszechnych i orzecznictwo KIO odwołujący stwierdził, że w niniejszym postępowaniu dochodzi do ewidentnego naruszenia zasad poszanowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W obowiązujących zasadach przetargowych

podnosi się, że nie można opisywać przedmiotu zamówienia tak by utrudnić uczciwą konkurencję, a w konsekwencji opisywać przedmiot zamówienia, w sposób, który nie wynika z usprawiedliwionych potrzeb zamawiającego . Zakazane jest formułowanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, eliminować któregokolwiek z potencjalnych oferentów.

W związku z powyższym, kierując się chęcią zapewnienia poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w niniejszym postępowaniu odwołujący wniósł o modyfikację opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który umożliwi złożenie konkurencyjnych ofert przez pozostałych wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Otwarcie postępowania na konkurencję z całą pewnością będzie korzystne dla zamawiającego zarówno ze względów finansowych, jak również ze względu na jakość produktów oferowanych przez poszczególnych dostawców. W konsekwencji pozwoli to zamawiającemu na wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, albowiem do momentu dokonania zmiany SIWZ jest to de facto niemożliwe, gdyż obecny opis przedmiotu zamówienia w najwyższy sposób utrudnia czyni "bezprzedmiotowym" złożenie oferty przez wykonawców, którzy są zdolni do wykonania zamówienia i zaspokojenia rzeczywistych (realnych) potrzeb zamawiającego, a obecna „wersja opisu przedmiotu zamówienia" nie jest uwarunkowana usprawiedliwionymi potrzebami zamawiającego.

Odwołujący wniósł także o obciążenie zamawiającego wszystkimi kosztami postępowania odwoławczego i kosztami zastępstwa procesowego wg faktury przedłożonej na rozprawie. Podkreślił, że działania zamawiającego polegające na sporządzeniu dokumentacji przetargowej w sposób rażąco sprzeczny z prawem ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej

konkurencji. Modyfikacja w sposób opisany powyżej pozwoli doprowadzić do stworzenia stanu zgodnego z prawem i umożliwi protestującemu ubieganie się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

W dniu 7 lipca 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 10 lipca 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia zarzuty odwołania w całości i oświadczył,, że dopuści możliwość pobierania krwi

w systemie aspiracyjno-próżniowym jak i w systemie próżniowym - załącznik nr 2 do siwz i rezygnuje równocześnie z kryteriów ocenianych w postaci parametrów technicznych (ocenianych) tj. systemu próżniowo-aspiracyjnego oraz probówki do hematologii i usuwa tym samym załącznik nr 3 do siwz. Odpowiedź na odwołanie została wniesiona przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 lipca 2020r. udzielonego przez dyrektora jednostki ujawnionego w odpisie z KRS.

W dniu 10 lipca 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca SARSTEDT Sp. z o.o. z siedzibą w Blizne Łaszczyńskiego, ul. Warszawska 25 wnosząc o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy z uwagi na to, że odwołanie dotyczy kryteriów oceny ofert, a nie jest to czynności podlegająca zaskarżeniu w postępowaniach poniżej progów unijnych, a na wypadek nie uwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania, wniósł o jego oddalenie w całości. Przystępujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż zamierza złożyć ofertę, a uwzględnienie odwołania zmniejsza jego szanse na uzyskanie zamówienia. Przystępujący może ponieść szkodę w związku z nieuzyskaniem zamówienia. Przystępujący podniósł, że nie jest prawdą, że jedynie przystępujący oferuje system próżniowo=aspiracyjny, również firma Kabe taki system oferuje. Opis przedmiotu zamówienia nie wyklucza udziału odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Stosowanie określonego systemu wynika zawsze z potrzeb zamawiającego tak w zakresie bezpieczeństwa jak i jakości. Odwołujący wskazuje na rzekome niebezpieczeństwa związane ze stosowaniem kwestionowanego systemu, ale są to oświadczenia gołosłowne nie poparte dowodami. Zamawiający ma prawo kształtować przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi potrzebami i zawężenie udziału w takim postępowaniu nie jest niedopuszczalne. Zgłoszenie zostało wniesione przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 10 lipca 2020r.

W dniu 13 lipca 2020r. Izba wezwała przystępującego do zgłoszenia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania w całości w terminie 3 dni pod rygorem umorzenia

postępowania.

W terminie zakreślonym przystępujący nie zgłosił sprzeciwu.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj., ogłoszenia o zamówienia, siwz wraz z załącznikami, zmiany ogłoszenia oraz siwz wraz z załącznikami z dnia 9 lipca 2020r.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Z siwz wynika, że:

3.1. Przedmiotem zamówienia jest:

Sukcesywna dostawa systemu zamkniętego do pobierania krwi żylnej i tętniczej

3.2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierają: Arkusz asortymentowo-cenowy -

Załącznik nr 1 do SIWZ, Parametry wymagane - Załącznik nr 2 do SIWZ oraz Parametry oceniane - Załącznik nr 3 do SIWZ.

3.3. Szczegółowe warunki i zasady realizacji przedmiotu zamówienia określa dodatkowo projekt umowy będący Załącznikiem nr 6.

11.9. Złożona oferta ma składać się z:

1. wypełnionego i podpisanego Arkusza asortymentowo-cenowego - załącznik Nr 1 do SIWZ,
2. wypełnionego i podpisanego załącznika Nr 2 do SIWZ - Parametry wymagane,
3. wypełnionego i podpisanego załącznika Nr 3 do SIWZ - Parametry oceniane,
4. wypełnionego i podpisanego Druku oferty - załącznik Nr 4 do SIWZ,
5. wypełnionego i podpisanego Oświadczenia - załącznik Nr 5 do SIWZ,
6. pełnomocnictwo- jeżeli niezbędne- vide pkt. 11.3-11.4

14.1. Ocena ofert nieodrzuconych, złożonych przez Wykonawców niewykluczonych z postępowania zostanie dokonana wg niżej opisanych zasad.

14.2. Przy wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

Oferowana cena brutto - 60 %

Parametry techniczne - 40 %

Ocena ofert w zakresie przedstawionych wyżej kryteriów zostanie dokonana według następujących zasad:

Oferta może uzyskać max. 100 pkt

W - oznacza sumaryczną ilość punktów do dwóch miejsc po przecinku

Pt - liczba punktów za kryterium parametry techniczne

WCmin - najniższa cena ogółem brutto spośród prawidłowo złożonych i ważnych ofert
WCb - cena ogółem brutto ocenianej oferty.

Ocena ofert w zakresie przedstawionych wyżej kryteriów zostanie dokonana wg następujących

zasad:

W = 60*(WCmin/ WCb) + Pt

UWAGA:

Brak potwierdzenia parametrów ocenianych w dołączonych do oferty katalogach/ prospektach/ folderach/ materiałach firmowych producenta lub innych dokumentach będzie skutkować przyznaniem 0 punktów.

14.3. W przypadku, kiedy ilość uzyskanych punktów przez dwie lub więcej ofert będzie taka sama, Zamawiający dokona wyboru oferty i uzna za najkorzystniejszą - ofertę z najniższą ceną; jeżeli zostały złożone oferty o takiej samej cenie, Zamawiający wezwie wykonawców, którzy złożyli te oferty, do złożenia w terminie określonym terminie przez Zamawiającego ofert dodatkowych - zgodnie z art. 91 ust. 4 ustawy.

14.4. W toku oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawcy pisemnych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

14.5. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów.

14.6. O wyniku postępowania (wyborze oferty), Zamawiający powiadomi niezwłocznie na piśmie wszystkich wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia.

14.7. Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta:

- odpowiada zasadom określonym w ustawie
- odpowiada zasadom określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia
- uzyska najwyższą wartość oceny punktowej „W" zgodnie z punktem 14.3

Załącznik nr 2 do siwz - Parametry wymagane (graniczne) zamkniętego systemu do pobierania krwi żylnej i tętniczej

Uwaga:

1. Dla umożliwienia Zamawiającemu weryfikacji udzielonych odpowiedzi należy załączyć katalogi, foldery lub materiały źródłowe oferowanego sprzętu (w języku polskim lub angielskim (wraz z tłumaczeniem na język polski)), w oryginale lub kserokopie poświadczone za zgodność z oryginałem).

2. Do oferty należy dołączyć po 3 szt. próbek asortymentu (poz. 1 - 15 załącznika Nr 1).
Uwaga: Każdą próbę asortymentu należy opisać nr pozycji załącznika Nr 1

3. Wykonawca obowiązany jest wypełnić wszystkie niezaciemnione pola w kolumnie 3 „Odpowiedzi - TAK/NIE/NIE DOTYCZY" oraz w kolumnie 4 „Wartości parametrów (lub nazwy/opisy)"

Niewypełnione pole w tej kolumnie spowoduje odrzucenie oferty.

4. Cechy i parametry podane w poniższej tabeli w kolumnie „Opis Parametru/Cechy" z wymaganą odpowiedzią „TAK"/ NIE DOTYCZY w kolumnie „Wartości parametrów" stanowią warunek, którego niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty.

1 Możliwość pobierania krwi w systemie aspiracyjno - próżniowym lub próżniowym,

2 Wszystkie elementy systemu są kompatybilne - pochodzące od jednego producenta,

3 Igła systemu próżniowego z okienkiem wizualizacyjnym o długość co najmniej 0,7cm dla potwierdzenia skutecznego nakłucia naczynia żylnego,

4 Możliwość wykonywania dodatkowych zabiegów przy łóżku chorego - pobranie krwi igłą typu „Luer", podanie leku po pobraniu krwi z tego samego wkłucia lub pobranie krwi z wenflonu

5 Każdy rodzaj probówek musi być oznakowany innym kolorem oraz zaopatrzony w przyklejoną etykietę z możliwością opisu próbki,

6 Możliwość wykonywanie badań w probówkach systemu w analizatorach: Cobas 6000, ACL

TOP, Sysmex,

7 Probówki systemu zakręcane różnymi kolorami nakrętek , lub wciskanym korkiem zapobiegającym efektowi aerosolowemu,

8 Wszystkie elementy systemu za wyjątkiem statywu do odczytu OB. są jednorazowego użytku,

9 Termin ważności probówek systemu minimum 6 miesięcy od daty dostawy.

Otwarcie opakowania zbiorczego minimalnego nie powoduje skrócenia terminu ważności.

10 Statyw do odczytu OB. odpowiedni do oferowanych probówek,

11 Wymagane przeszkolenie personelu według bieżących potrzeb Zamawiającego,

Załącznik nr 3 do siwz

1 System aspiracyjno- próżniowy Tak - 37 pkt./Nie - 0 pkt.

3 Probówka do hematologii w przypadku agregacji płytek krwi z jonami magnezu Tak - 3 pkt./Nie - 0 pkt.

Maksymalnie 40 pkt. Łącznie

Z prezentacji graficznej załączonej do odwołania widać 3 zdjęcia z probówkami i wokół fotografii znajdują się napisy: „tłok odłamany we właściwej pozycji, ale niezablokowany”, „ryzyko: probówka z cytrynianem wygląda na prawidłowo wypełnioną względem znacznika wypełnienia, ale w rzeczywistości nie jest”, „ryzyko: aparaty ze stałą pozycją próbki mogą powodować uszkodzenia i przestoje”, „wirowanie może przesunąć dno do właściwej pozycji”, „tłok odłamany w niewłaściwej pozycji: dodatkowe ryzyko niewłaściwej RCF oraz brak możliwości poprawienia położenia dna podczas wirowania”, „przestój aparatu”, „nieprawidłowe wyniki laboratoryjne”, „potrzeba szkolenia”.

Izba ustaliła ponadto, że w załączniku nr 2 dopuszczono system aspiracyjno-próżniowy i system próżniowy, zaś elementem opisu przedmiotu zamówienia w wymaganiach minimalnych nie jest probówka do hematologii w przypadku agregacji płytek krwi z jonami magnezu. Z tego ustalenie Izba wywiodła, że w opisie przedmiotu zamówienia zamawiający nie wymagał bezwzględnie systemu aspiracyjno-próżniowego, ani probówki do hematologii w przypadku agregacji płytek krwi z jonami magnezu.

Zamawiający wyraźnie rozdzielił opis przedmiotu zamówienia - załącznik nr 2 od kryteriów oceny ofert - załącznik nr 3. Przepis art. 180 ust. 2 stanowi, że w postępowaniach poniżej progów unijnych odwołanie przed upływem terminu składania ofert przysługuje wyłącznie od wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; określenia warunków udziału w postępowaniu; opisu przedmiotu zamówienia.

Art. 22 [Udział w postępowaniu]

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

1) nie podlegają wykluczeniu;

2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

1b. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;

3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Art. 29 [Opis przedmiotu zamówienia]

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny".

Art. 30 [Opis przedmiotu zamówienia]

1. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w jeden z następujących sposobów, z uwzględnieniem odrębnych przepisów technicznych:

1) przez określenie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowiskowych, pod warunkiem że podane parametry są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia, a zamawiającemu udzielenie zamówienia;

2) przez odniesienie się w kolejności preferencji do:

a) Polskich Norm przenoszących normy europejskie,

b) norm innych państw członkowskich Europejskiego Obszaru Gospodarczego przenoszących normy europejskie,

c) europejskich ocen technicznych, rozumianych jako udokumentowane oceny działania wyrobu budowlanego względem jego podstawowych cech, zgodnie z odpowiednim europejskim dokumentem oceny, w rozumieniu art. 2 pkt 12 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG (Dz.Urz. UE L 88 z 04.04.2011, str. 5, z późn. zm.),

d) wspólnych specyfikacji technicznych, rozumianych jako specyfikacje techniczne w dziedzinie produktów teleinformatycznych określone zgodnie z art. 13 i art. 14 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1025/2012 z dnia 25 października 2012 r. w sprawie normalizacji europejskiej, zmieniającego dyrektywy Rady 89/686/EWG i 93/15/EWG oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 94/9/WE, 94/25/WE, 95/16/WE, 97/23/WE, 98/34/WE, 2004/22/WE, 2007/23/WE, 2009/23/WE i 2009/105/WE oraz uchylającego decyzję Rady 87/95/EWG i decyzję Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1673/2006/WE (Dz.Urz. UE L 316 z 14.11.2012, str. 12),

e) norm międzynarodowych,

f) specyfikacji technicznych, których przestrzeganie nie jest obowiązkowe, przyjętych przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,

g) innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organizacje

normalizacyjne;

3) przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i

systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, oraz przez odniesienie do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, w zakresie

wybranych cech;

4) przez odniesienie do kategorii wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, o których mowa w pkt 1, i przez odniesienie do norm, europejskich ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w pkt 2, stanowiących środek domniemania zgodności z tego rodzaju wymaganiami dotyczącymi wydajności lub funkcjonalności.

Art. 36 ust. 1 1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej:

3) opis przedmiotu zamówienia;

5) warunki udziału w postępowaniu;

13) opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego;

Art. 91 [Kryteria oceny ofert]

2. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;

2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;

3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;

4) aspekty innowacyjne;

5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;

6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

3. Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Z ustaleń stanu prawnego i przytoczonych powyżej przepisów prawa wynika w ocenie Izby jednoznacznie, że ustawodawca określając czynności, od których w postępowaniach poniżej progów unijnych przysługuje odwołanie wyraźnie odwołał się do pojęć mających swoje desygnaty w ustawie. Pojęcia te nie mogą być wykładane łącznie, ani rozszerzająco. Tym samym pojęciem opisu przedmiotu zamówienia nie można obejmować kryteriów oceny ofert, czy też podciągać kryteriów oceny ofert pod warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący kwestionuje w rzeczywistości wyłącznie załącznik nr 3 do siwz oraz pkt. 14 siwz stanowiący o kryteriach oceny ofert i w tych postanowieniach specyfikacji upatruje się dyskryminacji, również jego żądanie dotyczy wyłącznie zmiany załącznika nr 3 do siwz. Tym samym należało dać wiarę twierdzeniom przystępującego, że odwołanie skierowane jest wobec kryteriów oceny ofert, a przywołanie naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 ustawy ma na celu jedynie nadanie pozoru czynności mieszczącej się w brzmieniu art. 180 ust. 2 ustawy. Przy czym również w uzasadnieniu zarzutu z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy odwołujący wskazuje na naruszenie zakazu dyskryminacji pośredniej, a więc nie tkwiącej bezpośrednio w opisie przedmiotu zamówienia, jako preferującego określone rozwiązanie techniczne, producenta, czy dostawcę. Przeciwnie sam odwołujący w odwołaniu przyznał, że zamawiający dopuścił w parametrach granicznych w załączniku nr 2 tak system aspiracyjno-próżniowy jak i system próżniowy, a Izba ustaliła, że parametrach granicznych załącznika nr 2 nie wskazana została kwestionowana przez odwołującego probówka. Odwołujący zatem dyskryminacji dopatruje się w doborze kryteriów oceny ofert, nie zaś w opisie przedmiotu zamówienia sensu stricte.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła zaistnienia przesłanek odrzucenie odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust.

2. Według ustaleń Izby odwołujący wniósł odwołanie wobec treści załącznika nr 3 do siwz i ustalonych kryteriów oceny ofert, jak również domagał się wyłącznie modyfikacji treści załącznika nr 3 do siwz. Tym samym w ocenie Izby czynnością zaskarżoną przez

odwołującego była czynność ustalenia przez zamawiającego kryteriów oceny ofert i ich opis. Ta czynność nie mieści się w katalogu czynności opisanych w art. 180 ust. 2 ustawy. Ustawodawca przez użycie słowa „wyłącznie" w art. 180 ust. 2 ustawy określił zamknięty katalog przesłanek dopuszczalności odwołania poniżej progów unijnych, tym samym treść tych przesłanek powinna być wykładana ściśle bez zastosowania wykładni rozszerzającej. W konsekwencji należało uznać, że odwołujący wniósł odwołanie na czynność, na którą odwołanie mu nie przysługiwało, zatem podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

Izba zobowiązana jest do badania przesłanek odrzucenia z urzędu. Jest to ocena poprawności odwołania pod względem formalnym, czyli czy odwołanie pochodzi od uprawnionego podmiotu, czy zostało wniesione w terminie, czy mieści się w granicach zaskarżenia dopuszczonych przez prawo, czy uiszczono wpis itp. Dopiero przejście przez odwołanie tej weryfikacji z wynikiem pozytywnym otwiera drogę do merytorycznego rozpoznania odwołania. Natomiast uwzględnienie przez zamawiającego zarzutów odwołania odnosi się do sfery merytorycznej rozpoznania odwołania, gdyż wyraża stanowisko zamawiającego w toczącym się sporze. Tym samym w przypadku ziszczenia się negatywnej przesłanki dopuszczalności odwołania z art. 189 ust. 2 ustawy i jednoczesnego uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, Izba ma obowiązek odrzucić odwołanie i nie może umorzyć postępowania na skutek uwzględnienia zarzutów. Odwołanie odrzucone bowiem nie wywiera żadnego skutku dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tak jakby nie zostało wniesione. Natomiast umorzenie postępowania na skutek uwzględnienia odwołania nakłada na zamawiającego obowiązek wykonania żądań odwołania. Oczywiście zamawiający może swoją deklarację zmiany siwz wykonać niezależnie od odrzucenia odwołania, ale będzie to jego prawo, a nie obowiązek nałożony przepisami art. 186 ust. 3 ustawy.

Mając na względzie powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zd. 2, art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia o kosztach. W myśl powołanych przepisów, a także zgodnie z poglądem jednolicie prezentowanym w orzecznictwie, tak Izby jak i Sądów Okręgowych, w przypadku odrzucenia odwołania odwołującego obciąża się całością wniesionego wpisu, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy.

Postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym na podstawie art. 189 ust. 3 zd. pierwsze ustawy.

Przewodniczący: .....