

Warszawa, 14 czerwca 2024 r.

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie **11 czerwca 2024 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **24 maja 2024 r.**

przez wykonawcę: „**GESPAR**” – **G. Pyjor, M. Sutkowski sp.j. z siedzibą w Warszawie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa materiałów opatrunkowych na 2024 rok* (ZOZ.DZP.271.14.TP.2024) – pakiet nr 6

prowadzonym przez zamawiającego: **Zespół Opieki Zdrowotnej w Oświęcimiu** [„Zamawiający”]

przy udziale jako uczestników po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Citonet-Kraków sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. z siedzibą w Toruniu** [„Przystępujący”]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) **uiszczonego przez niego wpisu od odwołania.**

Na niniejsze orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.**

Uzasadnienie

Zespół Opieki Zdrowotnej w Oświęcimiu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Dostawa materiałów opatrunkowych na 2024 rok* (ZOZ.DZP.271.14.TP.2024).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 6 marca 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00233947.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

21 maja 2024 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze w pakiecie nr 6 jako najkorzystniejszej oferty złożonej wspólnie przez Citonet-Kraków sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A. z siedzibą w Toruniu {dalej: „Konsorcjum” lub „Przystępujący”}.

24 maja 2024 r. „GESPAR” – G. Pyjor, M. Sutkowski sp.j. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Gespar” lub „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności.

1.Art. 16 pkt 2 – przez nieprzejrzystą i zaniżoną ocenę oferty Gespara w podkryterium jakości dotyczącym zabezpieczenia przed wyciekaniem falbankami bocznymi.

2.Art. 239 ust. 2 – przez wybór oferty Konsorcjum, która nie jest najkorzystniejsza według kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2.Powtórzenia oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z uzasadnienia odwołania wynika następujące sprecyzowanie samoistnego zarzutu z pkt 1. Powyżej.

W rozdziale XVIII SWZ dotyczącym kryteriów oceny ofert obok ceny określono kryterium jakości o wadze 40%, składające się z trzech podkryteriów, spośród których pierwsze zostało następująco sformułowane [cytat za Załącznikiem nr 2 do SWZ – Formularzem cenowym, gdzie została powtórzona ta regulacja]:*Zabezpieczenie przed wyciekaniem falbankami bocznymi *skierowanymi na zewnątrz – 10 pkt,* skierowanymi do wewnątrz – 0 pkt. Poz. 1-6.* Ocenie miały zostać poddane pieluchomajtki z poz. 1.-6. Formularza cenowego na podstawie próbek dołączonych do oferty.

Zamawiający następująco uzasadnił ocenę oferty Gespara według powyżej przywołanego kryterium: (...) *Sposób oceny próbek: Przeprowadzono w wizualną ocenę – po rozłożeniu i rozciągnięciu pieluchy palcami obu rąk (aby osiągnąć podobny efekt jak przy założeniu na pacjenta) – oferta GESPAR pozycje 1-5-falbanki zewnętrzne kierują się na zewnątrz*

ale wewnętrzne do wewnątrz, pozycja-6 – zarówno falbanki wewnętrzne jak i zewnętrzne kierują się na zewnątrz. Oferta GESPAR niespełnia wymagań we wszystkich pozycjach i otrzymuje 0 punktów.

Według Odwołującego Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji zamówienia nie określił punktu odniesienia, względem którego będzie oceniane skierowanie falbanek. Przede wszystkim Zamawiający nie sprecyzował, które elementy pieluchomajtek uważa za falbanki boczne: falbanki w formie ściągaczy pachwinowych umiejscowione na bokach, czy też falbanki umiejscowione nieco bliżej osi podłużnej. Jedne i drugie służą bowiem zabezpieczeniu przed wyciekami: pierwsze zapewniają przyleganie brzegów pieluchy do pachwin i w ten sposób uszczelniają pieluchę, a drugie otaczają genitalia, stanowiąc barierę dla moczu dzięki hydrofobowym właściwościom włókniny, z której są wykonane.

Zgodnie ze słownikowym rozumieniem „boczny” oznacza: *znajdujący się na boku w stosunku do czegoś, kierujący się, skierowany w bok* [<https://sip.pwn.pl/szukai/boczny>], *znajdujący się po prawej lub lewej stronie* [<https://wsip.pl/haslo/podglad/36235/boczny>].

Będące przedmiotem oferty Gespara pieluchomajtki, zarówno w poz. 1.-5. marki Pharma Sensitive producenta Sicell S.p.A., jak i w poz. 6. marki Super Seni Plus XXL producenta TZMO S.A., wyposażone są w dwie pary symetrycznych, elastycznych i rozciągliwych falbanek (marszczonych pasów materiału), służących dopasowaniu do ciała i zabezpieczeniu przed wyciekami płynu, tj.:

1. Falbanki wewnętrzne – zabezpieczające przed wyciekami bocznymi, umiejscowione wzdłuż wkładu chłonnego.

Pierwotnie, w wyniku złożenia i sprasowania przez automat pakujący, przylegają do powierzchni pieluchy. Po wyjęciu pieluchy z opakowania, rozłożeniu i nadaniu jej odpowiedniego, anatomicznego kształtu w celu założenia choremu, ustawiają się, dzięki zastosowaniu rozciągliwych nici i elastycznej włókniny do góry, czyli na zewnątrz od wkładu chłonnego (powierzchni chłonnej). Dzięki temu opasują genitalia użytkownika oraz dodatkowo, dzięki hydrofobowym właściwościom włókniny, z której są wykonane, zabezpieczają przed wypływem moczu na zewnątrz, spełniając wymaganą w opisie przedmiotu tego zamówienia funkcję.

2. Falbanki boczne – dopasowująco-zabezpieczające w pachwinach, powstałe przez zamocowanie w powłoce pieluchy rozciągliwych nici wzdłuż jej boków, nazywane również ściągaczami pachwinowymi, stanowią rozciągliwy fragment powłoki produktu, umiejscowiony w sposób odpowiadający wyprofilowaniu wkładu chłonnego, są również w widoczny i wyraźny sposób skierowane na zewnątrz od powierzchni pieluchy.

Przy czym falbanki leżące bliżej podłużnych brzegów pieluchomajtek są skierowane na zewnątrz w płaszczyźnie równoległej do powierzchni pieluch, natomiast falbanki umieszczone bardziej wewnętrznie, są skierowane na zewnątrz w płaszczyźnie prostopadłej do powierzchni pieluch, czyli pionowo do góry od wkładu chłonnego.

Zdaniem Odwołującego z opisu sposobu oceny wynika, że Zamawiający w trakcie badania próbek zrobił istotny, podstawowy błąd, gdyż nie zakłada się pacjentom pieluchomajtek rozciągniętych, ale po wyjęciu z opakowania należy je rozłożyć i nadać im anatomiczny, łódkowaty kształt, który pieluchomajtki w dużej mierze osiągają samoistnie, dzięki posiadaniu elastycznych elementów konstrukcyjnych. Pieluchomajtki rozciągnięte na płaszczyźnie mają nienaturalny i nieanatomiczny kształt przestrzenny, a niektóre ich elementy konstrukcyjne, w tym zwłaszcza falbanki zabezpieczające, są ułożone inaczej niż wtedy, gdy produkt ma kształt taki, jak na ciele pacjenta.

Odwołujący zwrócił uwagę na zmianę przez Zamawiającego nomenklatury w uzasadnieniu faktycznym oceny oferty, gdyż w miejsce falbanek bocznych, o których mowa w opisie kryterium, wyróżnił falbanki zewnętrzne i wewnętrzne, nie precyzując, które uważa za boczne, czyli podlegające ocenie.

Zdaniem Odwołującego jego oferta powinna w podkryterium zabezpieczenia przed wyciekami falbankami bocznymi uzyskać maksymalną liczbę dziesięciu punktów, gdyż wszystkie zaoferowane w poz. 1.-6. pieluchomajtki posiadają zabezpieczenia przed wyciekaniem falbankami bocznymi skierowanymi na zewnątrz, niezależnie od tego, które spośród nich by poczytać za boczne.

Alternatywnie Odwołujący wywiódł, że według opisu tego kryterium dla uzyskania tej maksymalnej liczby punktów wystarczające jest, aby pieluchomajtki wyposażone były w co najmniej dwie falbanki boczne (jedną parę) skierowane na zewnątrz.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 10 czerwca 2024 r. wniósł o jego oddalenie, co następująco uzasadnił.

W ocenie Zamawiającego kwestionowane obecnie przez Odwołującego zapisy SWZ nie budzą wątpliwości, a zasady oceny ofert zostały przedstawione w sposób jasny i precyzyjny, co potwierdza również fakt braku w tym zakresie pytań ze strony wykonawców przed upływem terminu składania ofert.

Zdaniem Zamawiającego oceny poszczególnych ofert dokonał w sposób obiektywny, szczegółowo opisał, w jaki sposób przeprowadzona została weryfikacja poszczególnych próbek i w oparciu o jakie kryteria przyznał punktację będącą podstawą wyboru najkorzystniejszej oferty.

W szczególności oględziny przedłożonych przez Odwołującego próbek pieluchomajtek wykazały, że próbki dla

poz. 1.-5. posiadają falbanki skierowane do wewnątrz, a więc w sposób niepozwalający na przyznanie punktacji. Jedynie pieluchomajtki dla poz. 6. odpowiadały punktowanemu parametrowi, który jednak musiał być spełniony dla poz. 1.-6., aby otrzymać dodatkowe punkty.

Zamawiający zauważył, że przekonanie Odwołującego co do cech oferowanych przez niego produktów nie może stanowić podstawy do uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że nie doszło do naruszenia przepisów ustawy pzp. Tym bardziej, że w odwołaniu nie wskazano konkretnych przepisów, które miały zostać naruszone, odwołując się jedynie do przeprowadzonych w toku badania ofert czynności faktycznych.

Przystępujący w piśmie z 10 czerwca 2024 r. również wniósł o oddalenie odwołania, argumentując w sposób zbieżny z treścią odpowiedzi na odwołanie, a jednocześnie szczegółowo odnosząc się do poszczególnych twierdzeń i okoliczności faktycznych podniesionych w odwołaniu.

Przystępujący nie zgodził się z prezentowaną w odwołaniu interpretacją treści SWZ, zgodnie z którą za podlegające ocenie w podkryterium zabezpieczenia przed wyciekaniem falbankami bocznymi mogą być uznane falbanki zewnętrzne, z pominięciem falbanek wewnętrznych. We wszystkich oferowanych pieluchomajtkach falbanki wewnętrzne umiejscowione są po bokach (w stosunku do osi produktu) i służą zabezpieczeniu przed wyciekaniem. Według opisu kryterium można uzyskać 0 albo 10 pkt, nie przewidziano możliwości przyznania proporcjonalnie mniejszej liczby punktów np. w sytuacji, gdy falbanki zewnętrzne będą skierowane na zewnątrz, a falbanki wewnętrzne do wewnątrz. Dlatego właśnie ukierunkowanie wszystkich tych falbanek (na zewnątrz czy do wewnątrz) powinno być przedmiotem oceny w tym podkryterium i nie wystarczy, aby na zewnątrz skierowane były falbanki zewnętrzne, niezależnie od ukierunkowania falbanek wewnętrznych.

Przystępujący zakwestionował stwierdzenie Odwołującego, że falbanki wewnętrzne w zaoferowanych przez niego pieluchomajtkach Pharma Sensitive (producenta Sicell S.p.A.) są skierowane na zewnątrz, gdyż po ich wyjęciu z opakowania i nadaniu im anatomicznego, łódkowatego kształtu falbanki te – jak to ujęto w odwołaniu – *są skierowane na zewnątrz w płaszczyźnie prostopadłej do powierzchni pieluch, czyli pionowo do góry od wkładu chłonnego*.

Po pierwsze, gdy te pieluchomajtki ułożą się w proponowany przez Odwołującego sposób, czyli przednia i tylna część pieluchomajtki będzie podniesiona do góry, a środkowa część pieluchomajtki pozostanie u dołu, aby falbanki wewnętrzne ustawiły się pionowo do góry, okazuje się, że takie pionowe ustawienie falbanek następuje wyłącznie w środkowej części pieluchomajtki u dołu, natomiast zarówno w przedniej, jak i w tylnej części pieluchomajtki falbanki nie ustawiają się do góry, ale nadal składają się do wewnątrz (w stosunku do podłużnej osi produktu). Innymi słowy ani w przedniej, ani w środkowej, ani w tylnej części pieluchomajtek falbanki boczne nie układają się na zewnątrz w stosunku do podłużnej osi produktu.

Po drugie, opisany przez Odwołującego efekt ustawienia falbanek wewnętrznych *na zewnątrz w płaszczyźnie prostopadłej do powierzchni pieluch, czyli pionowo do góry od wkładu chłonnego*, można uzyskać wyłącznie bez założenia pieluchy na ciało użytkownika. Po takim założeniu pieluchomajtki przylegają bowiem do ciała, zatem falbanka wewnętrzna, jako element miękki i elastyczny, nie pozostaje ustawiona do góry, ale wskutek przyciśnięcia do ciała odchyła się na zewnątrz albo do wewnątrz (w stosunku do podłużnej osi produktu) – również w swej środkowej (dolnej) części. Ponieważ w przedniej i tylnej części pieluchomajtek Pharma Sensitive falbanki układają się do wewnątrz (w stosunku do podłużnej osi produktu), również w swej środkowej (dolnej) części falbanka nie odchyli się na zewnątrz (w stosunku do podłużnej osi produktu), lecz samoczynnie złoży się do wewnątrz.

Dlatego Zamawiający słusznie uznał, że skoro próbki pieluchomajtek Pharma Sensitive zaoferowanych przez Odwołującego w poz. 1.-5. mają falbanki boczne, które (po rozłożeniu i rozciągnięciu pieluchomajtki palcami obu rąk; a zatem także po założeniu na ciało pacjenta) układają się do wewnątrz w stosunku do podłużnej osi produktu, są one skierowane do wewnątrz w rozumieniu opisu kryterium, co skutkuje nieprzyznaniem dodatkowych punktów.

Przystępujący nadmienił, że próbki pieluchomajtek Seni (produkcji Toruńskich Zakładów Materiałów Opatrunkowych S.A.), o ile również posiadają falbanki boczne zewnętrzne i wewnętrzne zabezpieczające przed wyciekaniem moczu, o tyle – dzięki zastosowaniu innego sposobu łączenia falbanek wewnętrznych z wkładem chłonnym – nie tylko falbanki zewnętrzne, lecz również falbanki wewnętrzne są skierowane na zewnątrz, tzn. po rozciągnięciu pieluchomajtek Seni palcami obu rąk, a zatem także po założeniu na ciało użytkownika, układają się one na zewnątrz (w stosunku do podłużnej osi produktu).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutem odwołania odrzuceniem jego oferty może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie tego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Opis pierwszego aspektu kryterium jakościowego, dotyczącego zabezpieczenia przed wyciekaniem falbankami bocznymi, został ujęty w SWZ [w rozdziale XVIII SWZ, w części dotyczącej pakietu nr 6, co powtórzono na końcu wzoru formularza cenowego z załącznika nr 2] lapidarnie, gdyż przyznanie 10 pkt zostało uwarunkowane skierowaniem tych falbanek na zewnątrz dla wszystkich oferowanych rozmiarów pieluchomajtek, natomiast w przypadku skierowania falbanek do wewnątrz, choćby w przypadku jednego spośród sześciu oferowanych rozmiarów pieluchomajtek, żadne dodatkowe punkty nie przysługiwały – przy czym ocenie podlegały próbki, *de facto* egzemplarze oferowanych pieluchomajtek, złożone wraz z ofertą.

Wypada również odnotować, że próbka, o której mowa w SWZ, stanowi przedmiotowy środek dowodowy służący potwierdzeniu zgodności z wymaganiami Zamawiającego, który nie podlega uzupełnieniu w przypadku jego niezłożenia lub złożenia w sposób wadliwy. Zamawiający zobowiązał się ocenić dołączone próbki tylko w aspektach, w których będzie to możliwe [patrz ppkt 3.-4. pkt 2. rozdziału VI SWZ].

Dodać należy, że przedmiotem zamówienia w poz. 1.-6. pakietu nr 6 został opisany następująco (pomijając wielkości parametrów charakterystycznych dla poszczególnych rozmiarów): *Pieluchomajtki dla osób z problemami nietrzymania moczu i kału w stopniu średnim i ciężkim, posiadające falbanki zapobiegające wyciekom w obszarze pachwinowym, elastyczne ściągacze taliowe oraz podwójne przylepcorzepy, niezawierające lateksu, posiadające indykator wilgotności, oddychające na całej powierzchni, posiadające system ograniczający nieprzyjemny zapach, min. Chłonność (...) g, Obwód w pasie (...) cm, rozmiar (...) x 30 szt.*

Zestawiając powyższe z opisem kryterium oceny dotyczącym jakości owego zabezpieczenia przed wyciekaniem falbankami bocznymi, nasuwa się oczywisty wniosek, że dodatkowe punkty miały być przyznane za taki sposób ułożenia tych falbanek, który najwyraźniej został uznany przez Zamawiającego za najlepszy, czyli na zewnątrz.

Z kolei próbki miały być przedmiotem badania zarówno co do zgodności z powyżej opisanymi parametrami, jak i parametrami dodatkowo punktowanymi w ramach kryterium jakościowego.

Należy podkreślić, że żaden wykonawca nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń ani nawet pytań co do tak skonstruowanych reguł, zarówno badania zgodności parametrów oferowanych pieluchomajtek z obligatoryjnymi parametrami określonymi w ramach opisu przedmiotu zamówienia, jak i oceny występowania we wszystkich oferowanych asortymentach pieluchomajtek pożądanej cechy, która miała być punktowana w ramach pierwszego aspektu kryterium jakościowego.

Dopiero na etapie odwołania od rozstrzygnięcia postępowania Gespar zaczął podważać jednoznaczność opisu sposobu oceny w kryterium dotyczącym zabezpieczenia przed wyciekaniem falbankami bocznymi, co należało poczytać za oczywiście spóźnione kwestionowanie treści SWZ, podyktowane li tylko interesem w podważeniu rozstrzygnięcia postępowania przeprowadzonego według tych postanowień, które okazało się być dla Odwołującego niekorzystne.

Niezależnie od powyższego z uzasadnienia odwołania wynika, że Odwołujący doskonale zdaje sobie sprawę z tego, jakie rozwiązanie jest premiowane w ramach wspomnianego kryterium, a także z tego, że oferowane przez niego w poz. 1.-5. pieluchomajtki, co prawda posiadają wymagane falbanki zapobiegające wyciekom w obszarze pachwinowym, ale takie, które ustawiają się do góry w stosunku do wkładu chłonnego (powierzchni chłonnej), ale nie w kierunku zewnętrznym w stosunku do tego wkładu, co było warunkiem uzyskania dodatkowej punktacji.

Taki sposób układania się falbanek pieluchomajtek marki Pharma Sensitive producenta Sicell S.p.A. potwierdziła również przeprowadzona w toku rozprawy na wniosek Odwołującego prezentacja egzemplarzy złożonych przez niego wraz z ofertą jako próbki, w przeciwieństwie do pieluchomajtek marki Super Seni Plus XXL producenta TZMO S.A., gdzie owe falbanki układały się w sposób pożądany i premiowany w ramach kryterium jakościowego.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

Kwalifikacja prawna zarzutu w odwołaniu ogranicza się do wskazania na naruszenie art. 16 pkt 2 ustawy pzp, z którego wynika, że zamawiający ma przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty. Odwołanie nie zawiera żadnych rozważań co do interpretacji tej normy prawnej, więc warto przypomnieć, że według słownikowego rozumienia słowo „przejrzysty” w niedosłownym znaczeniu oznacza *łatwy do odgadnięcia, zrozumienia* [<https://sjp.pwn.pl/szukaj/przejrzysty.html>]. Zatem przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego w sposób przejrzysty oznacza obowiązek ustalania jasnych i zrozumiałych reguł w każdym jego aspekcie, w tym począwszy od opisu przedmiotu zamówienia i warunków umowy, przez warunki udziału czy kryteria selekcji, aż po kryteria oceny ofert. Z kolei na etapie badania i oceny ofert dochowanie zasady przejrzystości przejawia się w szczególności w stosowaniu tych uprzednio ustalonych reguł i komunikowaniu tego wykonawcom w ramach uzasadnień czynności podejmowanych na każdym etapie postępowania, tj. zarówno w ramach wezwań do wyjaśnień czy uzupełnień, jak i w zawiadomieniach kończących dany etap lub całe postępowanie.

W ustalonych powyżej okolicznościach zarzut sprecyzowany w odwołaniu okazał się być bezzasadny, gdyż Zamawiający ocenił ofertę Odwołującego w sposób zgodny z opisem kryterium zawartym w SWZ.

W konsekwencji Zamawiający nie naruszył art. 239 ust. 2 ustawy pzp, gdyż wybrał ofertę Przystępującego, która była najkorzystniejszej według kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Niezależnie od powyższego wypada przypomnieć, że niezadawanie pytań odnośnie treści dokumentacji postępowania, którą Odwołujący obecnie prezentował jako niejasną, należy poczytać za niedochowanie przez niego należytej staranności. Wykonawca, który twierdzi, że treść dokumentacji budzi jego wątpliwości – uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp) przy zachowaniu absolutnego minimum staranności wymaganej w takim przypadku od przedsiębiorcy – powinien co najmniej, przy wykorzystaniu możliwości wynikającej z art. 135 ust. 1 ww. ustawy, zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania brzmienia wymogów, jakie ma spełnić. Brak zadania pytań w razie niejasności treści dokumentacji postępowania może świadczyć o niedochowaniu należytej staranności przez wykonawcę (patrz uzasadnienie wyroku Izby z 29 kwietnia 2022 r. sygn. akt KIO 1001/22).

Co więcej: Wykonawca, który nie próbował rozwiązać swoich wątpliwości nie może być preferowany kosztem innych wykonawców, którzy ich nie mieli lub zadali sobie trud, aby prawidłowo odczytać intencje zamawiającego. Wykonawca, który po stwierdzeniu, że jakieś postanowienie może być różnie interpretowane – co nigdy nie jest pożądane, ani dla warunków udziału w postępowaniu, ani dla opisu przedmiotu zamówienia, ani dla warunków umowy – i nie korzysta z możliwości usunięcia takiej niejednoznaczności, nie może być uznany za działającego w dobrej wierze, a jego interes w uzyskaniu zamówienia kosztem innych wykonawców nie zasługuje na ochronę (patrz uzasadnienie wyroku Izby z 21 maja 2021 r. sygn. akt KIO 999/21). Co oczywiście jest tak samo adekwatne w przypadku postanowień regulujących sposób oceny w kryterium oceny ofert.

Wreszcie, jak to trafnie ujął Sąd Okręgowy w Warszawie odniesieniu do ubiegania się o wyjaśnienia postanowień specyfikacji dotyczących sposobu oceny w punktowanym kryterium: *Etap oceny ofert czy też wyboru oferty nie jest etapem, na którym podlegają kształtowaniu postanowienia SIWZ, szczególnie tak istotne jak przedmiotowe, odnoszące się do oceny ofert. Skoro wykonawca nie jest świadomy sposobu/metody liczenia punktów, to tym bardziej uzasadnione jest zwrócenie się ze stosownymi pytaniami na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Instytucja wyjaśnień postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia pozwala wykonawcom na uzyskanie od zamawiającego wytłumaczenia określonych, niejasnych treści specyfikacji. Wskazany instrument ma zatem służyć przede wszystkim wykonawcom. Poza wszystkim stwierdzić należy, iż nie można skutecznie postawić zarzutu naruszenia prawa w sytuacji, gdy w oparciu o SIWZ zastosowana przez zamawiającego metoda obliczenia punktów (tzw. metoda proporcji klasycznej) nie jest błędna, a skarżący wywodzi w zasadzie tyle, że tę zaproponowaną przez niego – także da się wywieść w wyniku interpretacji zapisów SIWZ i jest ona właściwsza* (patrz uzasadnienie wyroku z 24 lutego 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 143/21).

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Kosztami postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania, stosownie do jej wyniku obciążono nimi Odwołującego na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437).