Sygn. akt KIO 712/15

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195 B, 02-222 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7** Śląskiego **Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice**

przy udziale wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: *„Dostawa tomografu komputerowego wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej i prac adaptacyjnych”,* na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195 B, 02-222 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

---

2.2. zasądza od zamawiającego Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca, ul. Ziołowa 45/47, 40-635 Katowice na rzecz wykonawcy Philips Polska Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 195 B, 02-222 Warszawa kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 712/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 7 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Medyczne im. prof. Leszka Gieca z siedzibą w Katowicach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”, „ustawą” lub „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę

przedmiotu zamówienia o nazwie: *„Dostawa tomografu komputerowego wraz z wykonaniem dokumentacji projektowej i prac adaptacyjnych”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.12.2014 r., pod numerem 2014/S 241-423578.

Zamawiający zawiadomił wykonawców w dniu 31 marca 2015 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i o punktacji przyznanej obu ofertom, przy zastosowaniu kryteriów oceny ofert - cena i jakość.

Wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany w skrócie „Philips” lub „odwołujący”, wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy odwołanie wobec następujących czynności zamawiającego:
1) oceny ofert dokonanej z naruszeniem zasad oceny określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”); a w rezultacie
2) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanej niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, polegające na przyznaniu punktów za parametry techniczne (załącznik nr 6 „Zestawienie parametrów technicznych”) urządzeń zaoferowanych przez wykonawców w sposób arbitralny, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, prowadzący w rezultacie do wyboru oferty, która nie posiada waloru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości przez nakazanie zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp:
1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3) dokonania wyboru oferty Philips jako najkorzystniejszej, po przeprowadzeniu oceny w ramach kryterium „jakość” zgodnej z wymogami SIWZ oraz przepisami Pzp.

Ponadto, wniósł o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że naruszenie przez zamawiającego przywołanych przepisów Pzp niewątpliwie ma istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż skutkowało wyborem oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą. W konsekwencji odwołanie zasługuje na uwzględnienie w świetle art. 192 ust. 2 Pzp.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, gdyż oferta złożona przez odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, gdyby zaś zamawiający nie naruszył przepisów Pzp i prawidłowo ocenił oferty w kryterium „jakość” na podstawie informacji podanych w ofertach w ramach załącznika nr 6 „Zestawienie parametrów technicznych”, oferta odwołującego musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Uzasadnienie odwołania.

1. Stan faktyczny oraz uwagi wstępne. Uzasadniając wybór oferty GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. („GE”) jako najkorzystniejszej, zamawiający wskazał, że wykonawca spełnił wymagania SIWZ oraz uzyskał „najkorzystniejszy bilans punktów, przyznanych za kryteria (Cena - 70%, Jakość - 30%), obliczone zgodnie ze sposobem określonym w SIWZ.” W zawiadomieniu o wyborze oferty, zamawiający przedstawił również tabelę ze streszczeniem przeprowadzonej oceny i porównaniem złożonych ofert - punktacja odpowiednio: cena, jakość, ogółem:
1. GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. - 70,00; 30,00; 100,00;
2. Philips Polska Sp. z o.o. - 69,72; 30,00; 99,72.

Wybór oferty GE nastąpił w wyniku błędnego sposobu oceny oferty GE w ramach kryterium „jakość” wynikającego z nieprawidłowego obliczenia łącznej sumy punktów. Zamiast łącznie przyznanych 100 punktów oferta firmy GE powinna otrzymać 98,64 punkty.

Analiza sposobu, w jaki zamawiający przyznawał punkty za poszczególne parametry w ramach oceny ofert prowadzi do wniosku, że wybór oferty GE jako najkorzystniejszej

rażąco narusza przepisy Pzp i pozostaje w sprzeczności ze sposobem obliczania punktów zawartym w SIWZ. Dlatego wybór oferty GE nie może pozostać jako właściwy.

2. Ocena ofert naruszająca przepisy Pzp. Błędne przyznanie „małych punktów" - „Zestawienie parametrów technicznych" - załącznik nr 6.

Zamawiający, w sposób sprzeczny ze sposobem oceny parametrów technicznych, określonym w załączniku nr 6 do SIWZ „Zestawienie parametrowych technicznych" dokonał

obliczenia łącznej wartości punktów przyznanych ofercie GE. Błędna ocena doprowadziła do wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejszą według kryteriów przyjętych w SIWZ. Czynność wyboru oferty narusza art. 91 ust. 1 Pzp. Gdyby zamawiający ocenił oferty według reguł przyjętych w SIWZ i zgodnie z przepisami Pzp, wówczas ofertą najkorzystniejszą byłaby oferta odwołującego. Zamawiający nie dołączył do protokołu i nie udostępnił dokumentacji stanowiącej źródło danych o „małych punktach" przyznanych za każdy oceniany parametr, zgodnie z załącznikiem nr 6 w ofercie odwołującego i GE. Niemniej w rezultacie dokonania błędnych obliczeń przyznał ofercie GE 88 „małych punktów" za parametry techniczne. Tyle samo, co ofercie odwołującego. Gdyby zamawiający dokonał prawidłowych obliczeń oferta GE otrzymałaby 84 „małych punktów".

Dowód nr 1: *notatka z informacją o łącznej liczbie punktów przyznanych firmie GE i Philips z dnia 26 marca 2015 r. udostępniona przez zamawiającego w ramach wglądu do dokumentacji.*

Mając na uwadze powyższe, odwołujący stwierdził: gdyby zamawiający zastosował do obliczenia w ramach kryterium „jakość" sumę punktów za oceniane parametry techniczne, zgodnie ze sposobem oceny określonym w SIWZ, wówczas odwołujący za kryterium „jakość" uzyskałby 30 punktów, podczas gdy GE jedynie 28,64 punkty. Powyższe potwierdza zestawienie przygotowanej przez odwołującego tabeli ilustrującej prawidłową punktację, zgodnie z opisem wynikającym z SIWZ.

Dowód nr 2. *Tabela ilustrująca parametry oceniane, liczbę punktów przyznanych za każdy parametr oraz łączną ocenę dla kryterium cena i jakość.*

W załączniku do odwołania oznaczonym jako dowód nr 2, odwołujący przedstawił przyznawanie punków za sporny parametr, z zastosowaniem opisu zamieszczonego w załączniku nr 6 w pozycji III.5, według koncepcji odwołującego, następująco: za parametr 6.3 w ofercie wybranej - 1 punkt, za parametr 8 w ofercie odwołującego - 10 punktów, co stanowi łączną punktację w parametrach technicznych - „małe punkty": oferta odwołującego 88 punktów, oferta wybrana 84 punkty. W kryterium „jakość" oferta odwołującego uzyskuje 30 punktów, oferta wybrana 28,64 punkty; łączna punktacja z zastosowaniem kryterium ceny wynosi - oferta odwołującego 99,72 punkty, oferta wybrana 98,64 punkty.

Dalej odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych" zamawiający wybrał do oceny 14 parametrów, definiując czytelne i jasne zasady przyznawania punktów w zależności od wartości parametru, jakie zaoferowali wykonawcy składający oferty. Tym samym zamawiający nie ustalił jakichkolwiek innych wymogów w zakresie oceny poza opisanymi w treści załącznika nr 6. W konsekwencji, za zaoferowaną wartość, zamawiający powinien był przyznać, w zależności od parametru uprzednio zdefiniowane punkty. Zamawiający nieprawidłowo ustalił ostateczną punktację za

parametry w ramach kryterium „jakość", co w konsekwencji doprowadziło do obliczenia nieprawidłowej łączonej ilości punktów przyznanych ofercie GE.

Prawidłowa łączna punktacja powinna przedstawiać się następująco - odpowiednio: cena, jakość, ogółem:

1. GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. - 70,00; 28,64; 98,64;
2. Philips Polska Sp. z o.o. - 69,72; 30,00; 99,72.

3. Konkluzja. W ramach oceny ofert, zamawiający przyznał punkty za „jakość", a następnie sprzecznie postanowieniami SIWZ dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, która w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert takiego waloru nie posiada.

Odwołujący uznał, że ochrona jego uzasadnionych interesów wymagała wniesienia odwołania, które wobec rażącej sprzeczności czynności zamawiającego z prawem, zasługuje na uwzględnienie. Wniósł jak w *petitum* odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, jako bezzasadnego.

Uzasadnienie. Nie zgadzając się z zarzutami naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp polegającego na przyznaniu punków za parametry techniczne urządzeń zaoferowanych przez wykonawców na podstawie załącznika nr 6 do SIWZ, w sposób arbitralny, naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji i prowadzący w rezultacie do wyboru oferty, która nie posiadała waloru oferty najkorzystniejszej, zamawiający podniósł, co następuje.

W pkt 13.1 SIWZ zamawiający określił, że ocenianym ofertom będą przyznawane punkty w ramach kryteriów oceny ofert: cena (waga 70%) i jakość (waga 30%), obliczone zgodnie ze sposobem określonym w SIWZ.

W zakresie kryterium oceny ofert - jakość, zamawiający dokonywał oceny na podstawie punktów przyznawanych za parametry oferowanego wyrobu medycznego ustalanych na podstawie opisów wyrobu medycznego dołączonych do ofert. Wymagania zamawiającego w zakresie parametrów technicznych wyrobu medycznego oraz zasady przyznawania punktacji za poszczególne parametry zostały opisane w załączniku nr 6 do SIWZ - „Zestawienie parametrów technicznych".

Oferta odwołującego została oceniona w następujący sposób:
- parametry techniczne („małe punkty") - 88 pkt
- jakość - 30 pkt
- cena - 69,72 pkt
łącznie - 99,72 pkt.

Oferta wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza została oceniona w następujący sposób:

- parametry techniczne („małe punkty") - 88 pkt
- jakość - 30 pkt
- cena - 70 pkt
łącznie - 100 pkt.

W związku z odwołaniem, zamawiający przedstawił sposób przyznania punktacji ofertom za spełnienie wymaganych parametrów technicznych w załączniku nr 1 do odpowiedzi na odwołanie.

Zasady przyznawania punktów ofertom za spełnienie wymaganych parametrów technicznych określone w załączniku nr 6 do SIWZ zostały określone w sposób na tyle precyzyjny, że nie pozostawiają żadnych wątpliwości, czy zamawiający przyznał punkty w poszczególnych pozycjach parametrów w sposób prawidłowy, czy też nie.

Sposób przyznania punktów przedstawiony w załączniku nr 1 do odpowiedzi na odwołanie pokrywa się z zestawieniem w formie Tabeli załączonym przez odwołującego się do odwołania jako dowód nr 2, za wyjątkiem jednej pozycji.

Zamawiający przyznał, że punktacja w zakresie parametru technicznego oznaczonego „lp. III. 5" w załączniku nr 1 do odpowiedzi na odwołanie i w Tabeli sporządzonej przez odwołującego, wymaga szczegółowego uzasadnienia.

W załączniku nr 6 do SIWZ, zamawiający określił w pkt III GENERATOR I LAMPA RTG w ppkt 5 wymagany parametr techniczny - pojemność cieplna anody (MHU), określając, że wymaga aby ten parametr był równy lub większy niż 7 (≥7), a także określił, że warunek ten nie będzie objęty punktacją w zakresie kryterium oceny ofert - jakość, przyznawanej za parametry oferowanego wyrobu medycznego ustalone na podstawie opisów wyrobu medycznego dołączonych do ofert.

Zamawiający, przez zamieszczenie na swojej stronie internetowej w dniu 10.02.2015 r., zmienił treść SIWZ m.in. w zakresie pkt III GENERATOR I LAMPA RTG ppkt 5 załącznika nr 6 dotyczącego parametru pojemność cieplna anody (MHU) i określił, że wymaga aby ten parametr był równy lub większy niż 6 (≥6), a także określił, iż warunek ten będzie objęty punktacją w zakresie kryterium oceny ofert - kryterium jakość.

Zamawiający określił, że zasady przyznawania punktacji w zakresie tego parametru są następujące:
=6 - 1 pkt
>7 do 8 - 5 pkt
≥8 - 10 pkt.

Z oferty odwołującego wynika, że w zakresie parametru określonego w pkt III ppkt 5 załącznika nr 6 do SIWZ, oferowane przez niego urządzenie posiada ten parametr na poziomie „8”, zamawiający przyznał ofercie odwołującego w zakresie tego parametru - 10 pkt.

Zamawiający wyjaśnił, że parametr na poziomie „8”, zgodnie z zasadami punktacji określonymi w SIWZ, mieścił się w przedziale: „>7 do 8 - 5 pkt” oraz mieścił się w przedziale „≥8 - 10 pkt”. W związku z tą nieścisłością SIWZ w określeniu zasady przyznawania punktacji w pozycji III.5 załącznika nr 6 do SIWZ, zamawiający przyznał ofercie odwołującego, która mieściła się w dwóch przedziałach przyznawania punktów - wyższą liczbę punktów, zgodnie z zasadą interpretacji nieprecyzyjnych opisów SIWZ na korzyść wykonawcy.

Z oferty wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza wynika, że w zakresie parametru określonego w pkt III ppkt 5 załącznika nr 6 do SIWZ, oferowane przez niego urządzenie posiada ten parametr na poziomie „6,3”. Zamawiający przyznał ofercie, uznanej za najkorzystniej w zakresie tego parametru - 5 pkt.

Zamawiający wyjaśnił, że parametr na poziomie „6,3” pomimo, iż spełniał wymóg techniczny stawiany przez zamawiającego (≥6), ponieważ był wyższy niż 6, to zgodnie z zasadami punktacji określonymi w SIWZ nie mieścił się ani w przedziale: „=6 - 1 pkt”, ani w przedziale „ >7 do 8 - 5 pkt”.

W związku z tą nieścisłością SIWZ w określeniu zasady przyznawania punktów w pozycji III.5 załącznika nr 6 do SIWZ, z którą parametr wyższy niż 6 i równy 7 w ogóle nie podlegał punktacji, mimo że spełniał wymóg techniczny postawiony przez zamawiającego, zamawiający przyznał ofercie uznanej za najkorzystniejszą, wyższą liczbę punktów, zgodnie z zasadą interpretacji nieprecyzyjnych opisów SIWZ na korzyść wykonawcy.

Zamawiający wyjaśnił, że obiektywnie prawidłowe zasady punktacji w zakresie parametru określonego w pkt III.5 załącznika nr 6 do SIWZ powinny być określone w następujący sposób:
= 6 do 7 - 1 pkt
>7 do 8 - 5 pkt
>8 - 10 pkt.

Zamawiający dokonał symulacji przy założonej powyżej prawidłowej punktacji, w wyniku której zastosowania oferta odwołującego uzyskałaby 5 punktów a oferta uznana za najkorzystniejszą uzyskałaby 1 punkt, co pozostałoby bez wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty, ponieważ w wyniku symulowanej oceny ofert, oferty uzyskałyby teoretycznie następującą ilość punktów:
1) oferta odwołującego:
- parametry techniczne („małe punkty”) - 83 pkt
- jakość - 29,64 pkt
- cena - 69,72 pkt
łącznie - 99,36 pkt.
2) oferta wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza:

- parametry techniczne („małe punkty”) - 84 pkt;
- jakość - 30 pkt
- cena - 70 pkt
łącznie - 100 pkt.

W związku z powyższym, pomimo nieprecyzyjnej zasady przyznawania punktów w zakresie spełniania wymogu technicznego opisanego w pkt III ppkt 5 załącznika nr 6 do SIWZ, zamawiający postąpił zgodnie z zasadą interpretacji nieprecyzyjnych opisów SIWZ na korzyść obu wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, a tym samym nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Załączniki do odpowiedzi na odwołanie:

nr 1 - punktacja ofert złożonych w postępowaniu za spełnienie wymaganych parametrów technicznych, w której przyznano ofercie wybranej 5 punktów, ofercie odwołującego 10 punktów; łączna punktacja w parametrach technicznych wynosi - obie oferty po 88 punktów; łączna punktacja w kryterium jakość wynosi po 30 punktów;

z zastosowaniem kryterium „cena” oferta odwołującego uzyskała 99,72 punkty, oferta wybrana 100 punktów;

nr 2 - symulacja: za parametr 6.3 w ofercie wybranej - 1 punkt, za parametr 8 w ofercie odwołującego - 5 punktów, co stanowi łączną punktację w parametrach technicznych „małe punkty”: oferta odwołującego 83 punkty, oferta wybrana 84 punkty. W kryterium „jakość” oferta odwołującego uzyskuje 29,64 punkty, oferta wybrana 30 punktów; łączna punktacja z zastosowaniem kryterium ceny wynosi - oferta odwołującego 99,36 punktów, oferta wybrana 100 punktów.

Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem odwołującego i wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Izba uznała, że wykonawca ten wobec skutecznego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stał się uczestnikiem postępowania.
Zamawiający nie uczestniczył w posiedzeniu i rozprawie w Izbie.
Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Odwołujący spełnia przesłanki legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Jest jednym z dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Różnica w ilości przyznanych punktów w toku badania i oceny ofert jest niewielka (0,28 punktów), zatem wykazanie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy skutkuje możliwością poniesienia przez odwołującego szkody z powodu nieuzyskania zamówienia.

Po rozpoznaniu odwołania w granicach przedstawionych w nim zarzutów (przepis art. 192 ust. 7 Pzp), z uwzględnieniem przeprowadzonego postępowania dowodowego, w tym pisemnych stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz przedstawionych na rozprawie do protokołu przez odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego

- Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu wobec wykazania niezgodnej z ustawą Pzp oceny ofert przy zastosowaniu kryteriów oceny opisanych w SIWZ. Odwołujący, przy przyznaniu faktów przez zamawiającego, wykazał naruszenie przepisów art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, przez przyznanie punktów w kryterium „jakość” (tzw. „małe punkty”) za parametr „Pojemność cieplna anody (MHU)” - pozycja III.5 załącznika nr 6 do SIWZ „Zestawienie parametrów technicznych”, niezgodnie ze sposobem oceny przedstawionym w SIWZ po jej zmianach w dniu 10 lutego 2015 r.

Zamawiający opisał w pozycji III.5 załącznika nr 6, że wymaga by generator i lampa RTG charakteryzowały się parametrem technicznym i funkcjonalnym: pojemność cieplna anody (MHU) - parametr równy lub większy niż 6 MHU (≥6). Sposób oceny parametru zamawiający przedstawił następująco: =6 - 1 punkt; >7 do 8 - 5 punktów; ≥8 - 10 punktów.

Uczestnik postępowania odwoławczego przedstawił w ofercie (wybranej jako najkorzystniejsza) pojemność cieplną anody 6.3 MHU. Parametr był wyższy niż wymagany, jednak nie spełniał kryteriów dla przyznania punków, gdyż był wyższy niż =6 (dla uzyskania 1 punktu) i niższy niż >7 (dla uzyskania 5 punktów). Przyznanie przez zamawiającego w toku oceny 5 punków nie znajduje uzasadnienia w opisie sposobu oceny ofert.

Zamawiający oceniając parametr oferowany przez odwołującego - 8 MHU, zobowiązany był przyznać zarówno 5 punktów, jak też 10 punktów. W konsekwencji przyznał 10 punktów.

W obu przypadkach ocena parametrów była niezgodna z wariantami przyznawania punktów wynikającymi z opisu zamieszczonego w kolumnie 4 załącznika nr 6 do SIWZ - parametry oceniane. Opis ten został skonstruowany w błędny sposób, niepozwalający na jednoznaczną, obiektywną i przejrzystą ocenę parametru.

Błąd ten stanowił podstawę konstrukcji zarzutu odwołania, wskazanego w szczególności w załączniku nr 2 do odwołania oraz został przyznany przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający przyznał, w rozumieniu art. 190 ust. 5 zdanie drugie Pzp, powyższy fakt (mimo przeciwnego stanowiska uczestnika postępowania odwoławczego przedstawionego na rozprawie), wskazując w odpowiedzi na odwołanie, że oferowany w wybranej ofercie parametr na poziomie 6.3 MHU, pomimo iż spełniał wymóg techniczny stawiany przez zamawiającego (≥6) ponieważ był wyższy niż 6, to zgodnie z zasadami punktacji określonymi w SIWZ nie mieścił się ani w przedziale: „=6 - 1 pkt", ani w przedziale „>7 do 8 - 5 pkt". Przyznał też, że oferowany przez odwołującego parametr na poziomie 8 MHU mieścił się w zarówno przedziale: „>7 do 8 - 5 pkt", jak też w przedziale „≥8 - 10 pkt".
Przyznał również wadliwość opisu zamieszczonego w SIWZ określając ją *„nieścisłością SIWZ w określeniu zasady przyznawania punktacji w pozycji III.5 załącznika nr 6 do SIWZ"* i uznając, że można ją poprawić w toku oceny ofert przez przyznanie punktów odmiennie niż wynika to z opisu - *„zgodnie z zasadą interpretacji nieprecyzyjnych opisów SIWZ na korzyść wykonawcy".*

Przedstawione przez zamawiającego na zasadzie symulacji jako właściwe w sprawie *„obiektywnie prawidłowe zasady punktacji w zakresie parametru określonego w pkt III.5 załącznika nr 6 do SIWZ: =6 do 7 - 1 pkt; >7 do 8 - 5 pkt; >8 - 10 pkt",* które należałoby przyjąć w opisie zamieszczonym w pozycji III.5 załącznika nr 6 do SIWZ, jednoznacznie potwierdzają błędny opis sposobu oceny ofert w zakresie parametru pojemność cieplna anody (MHU), przyjęty w SIWZ po jej zmianach w dniu 10 lutego 2015 r., przy czym błąd ten nie podlega poprawieniu przez zastosowanie *„zasady interpretacji nieprecyzyjnych opisów SIWZ na korzyść obu wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu".*

Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej - opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Tylko w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie (art. 38 ust. 4 Pzp).

Wybór oferty najkorzystniejszej następuje na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 91 ust. 1 Pzp).

W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że *„(…) kryteria oceny ofert muszą być stosowane zgodnie z wymogami procedury udzielania zamówienia określonej w dyrektywie. Znaczy to w szczególności,* że *powinny być podane zawczasu do wiadomości potencjalnym oferentom - w ogłoszeniu i w dokumentach przetargowych, tak* żeby *wszyscy oferenci byli ich* świadomi *podczas przygotowywania swoich ofert"* - wyrok ETS z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00. Ponadto, w wyroku tym wskazano, że przyjmowane kryteria wyboru nie mogą zamawiającym pozostawiać nieograniczonej swobody w ocenie ofert.

W wyroku z dnia 18 marca 2004 r., sygn. akt V Ca 264/04, Sąd Okręgowy w Warszawie orzekł, że kryteria oceny ofert powinny być wyraźnie określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób umożliwiający późniejszą weryfikację prawidłowości oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie dyrektyw: 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych - *artykuł 55 Kryteria udzielania zamówień* oraz 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi - *artykuł 53 Kryteria udzielenia zamówienia,* także wydanego orzecznictwa ustalono, że pozacenowe kryteria oceny ofert muszą być: 1) ściśle powiązane z przedmiotem zamówienia - z potrzebami zamawiającego opisanymi w SIWZ; 2) mierzalne i nie pozostawiać swobody interpretacyjnej, nie mogą powodować uznaniowości

oceny; 3) ogłoszone odpowiednio wcześniej - w ogłoszeniu o zamówieniu, w SIWZ - by wykonawca na tej podstawie mógł skalkulować swoją ofertę; 4) zgodne z prawem wspólnotowym.

W preambule do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE, wskazano również: *„(69) Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. (…) (70) Aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, należy wprowadzić ustanowiony w orzecznictwie obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości, umożliwiający uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i rozwiązań, które będą stosowane w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. (…)”.*

Reasumując powyższe uznano, że kryteria oceny ofert powinna cechować: zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji.

Orzekając w wyroku, Izba uznała za zasadne żądnie odwołującego uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednak wobec błędnego opisu sposobu oceny ofert z zastosowaniem kryterium „jakość” i niemożności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, Izba nakazała wykonanie czynności dalszej w skutkach. Brak było bowiem podstaw do nakazania zamawiającemu zastosowania punktacji według koncepcji wskazanej w załączniku do odwołania (dowód nr 2) przez przyznanie za parametr 6.3 w ofercie wybranej - 1 punktu, za parametr 8 w ofercie odwołującego - 10 punktów; czego skutkiem byłoby ustalenie łącznej punktacji w parametrach technicznych „małe punkty” w ofercie odwołującego 88 punktów, w ofercie wybranej 84 punkty. W kryterium „jakość” oferta odwołującego uzyskałaby 30 punktów, oferta wybrana 28,64 punkty. Łączna punktacja z zastosowaniem kryterium ceny wyniosłaby: oferta odwołującego 99,72 punkty, oferta wybrana 98,64 punkty.

Z tego samego powodu brak było podstaw do nakazania zastosowania sposobu punktacji według koncepcji zamawiającego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie, załącznik nr 2 - symulacja - przez przyznanie za parametr 6.3 w ofercie wybranej - 1 punktu, za parametr 8 w ofercie odwołującego - 5 punktów, co stanowiłoby łączną punktację w parametrach technicznych „małe punkty”: oferta odwołującego uzyskałaby 83 punkty, oferta wybrana 84 punkty. W kryterium „jakość” - oferta odwołującego uzyskałaby 29,64 punkty, oferta wybrana 30 punktów, a łączna punktacja z zastosowaniem kryterium ceny wyniosłaby - oferta odwołującego 99,36 punktów, oferta wybrana 100 punktów.

Ocena parametru według którejkolwiek koncepcji odmiennej od opisu zamieszczonego w SIWZ, stanowi ocenę naruszającą przepis art. 91 ust. 1 Pzp.

Błędny opis sposobu oceny ofert na podstawie kryteriów wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie podlega wykładni lub interpretacji, których celem byłoby poprawienie błędu.

Zatem, czynność zamawiającego polegająca na ocenie ofert na podstawie błędnego opisu zamieszczonego w pozycji III.5 załącznika nr 6 do SIWZ została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co uzasadnia uznanie, że wobec niemożności wyboru najkorzystniejszej oferty postępowanie obarczone jest wadą zobowiązującą zamawiającego do unieważnia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146

ust. 6 ustawy Pzp (wada postępowania niemożliwa do usunięcia, uniemożliwiająca zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego).

Sąd Okręgowy w Poznaniu w postanowieniu z dnia 4 listopada 2005 r., sygn. akt II

Ca 941/05 uznał, że „wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.”

Skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 Pzp, jest naruszenie art. 7 ust. 1 tej ustawy.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i ocenę, Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zasądzając na rzecz odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, z ograniczeniem kwoty wynagrodzenia do 3 600 zł zgodnie z rozporządzeniem.

Przewodniczący: ……