

WYROK
z dnia 12 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Anna Packo
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Donau Lab Sp. z o.o., 05-816 Reguły, ul. Stanisława Bodycha 73** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, 00-922 Warszawa, ul. Wawelska 52/54** protestu z dnia 11 grudnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Agnieszka Bielińska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą A.G.A. Analytical - Agnieszka Bielińska, 02-797 Warszawa, ul. Nowoursynowska 121 d** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Donau Lab Sp. z o.o., 05-816 Reguły, ul. Stanisława Bodycha 73 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawcę **Donau Lab Sp. z o.o., 05-816 Reguły, ul. Stanisława Bodycha 73,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawcę **Donau Lab Sp. z o.o., 05-816 Reguły, ul. Stanisława Bodycha 73** na rzecz zamawiającego **Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, 00-922 Warszawa, ul. Wawelska 52/54,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Donau Lab Sp. z o.o., 05-816 Reguły, ul. Stanisława Bodycha 73.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Główny Inspektorat Ochrony Środowiska prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup 42 sztuk chromatografu jonowego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 grudnia 2009 r. pod pozycją 2009/S 232-332372.

Protest wobec treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wniósł wykonawca Donau Lab Sp. z o.o. Wykonawca ten zarzucił Zamawiającemu, że przez określenie kryteriów oceny ofert Zamawiający naruszył:

- art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp przez przygotowanie dokumentacji przetargowej w taki sposób, który faworyzuje jednego producenta (dysyributora),
- art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przez wykluczenie konkurencji,
- art. 91 ust. 2 ustawy Pzp przez takie określenie kryteriów oceny ofert odnoszących się do przedmiotu zamówienia, które uniemożliwia równe traktowanie wykonawców, uczciwą konkurencję oraz bezstronność i obiektywizm Zamawiającego,

- art. 2 w zw. z art. 23 ust. 2 Dyrektywy 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 przez takie określenie kryteriów oceny ofert w części odnoszącej się do przedmiotu zamówienia, które powoduje nieuzasadnione specyfiką zamówienia wyeliminowanie produktów innych producentów oraz tym samym stanowi naruszenie zasady niedyskryminacji wykonawców i równego ich traktowania.

Kryteria, na które wskazał wykonawca Donau Lab Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym to:

1. kryterium oceny na podstawie regulacji temperatury,
2. kryterium oceny na podstawie ciśnienia roboczego celi,
3. kryterium oceny na podstawie rodzaju filtru/membrany do filtrowania,
4. kryterium oceny na podstawie parametrów pracy kolumny,
5. kryterium oceny na podstawie pracy supresora,
6. kryterium oceny ofert w oparciu o oprogramowanie.

Odwołujący podniósł, że kryterium oceny ofert na podstawie regulacji temperatury w żaden sposób nie wpływa na wykonanie przedmiotu umowy. Wyjaśnił, że zmiany temperatury celi pomiarowej mają wpływ na wielkość sygnału pomiarowego i natężenie szumów, stąd istotne jest utrzymywanie celi pomiarowej w stałej temperaturze tj. termostataowanie celi pomiarowej, przy czym najczęściej ustawiana temperatura wynosi 40 lub 45°. Bez znaczenia pozostaje jednak, w opinii Odwołującego, czy temperatura celi C. pomiarowej ustawiana jest co 1° czy co 5°. Istotne jest to, jak stabilnie utrzymywana jest C.C. dana temperatura. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, parametrem, który ma rzeczywiste znaczenie dla pracy chromatografów, a tym samym dla wyników prowadzonych analiz, jest dokładność stabilizacji temperatury.

Bez znaczenia pozostaje, zdaniem Odwołującego, również kryterium oceny ofert na podstawie ciśnienia roboczego celi. Odwołujący wskazał, że w przypadku chromatografów do oznaczania anionów, zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, najbardziej istotnym elementem - w kontekście właściwego ciśnienia - jest supresor (układ supresorów). Ciśnienie powyżej 1 MPa powoduje jego nieodwracalne uszkodzenia, ale ciśnienie robocze w celi pomiarowej, w ocenie Odwołującego, nie ma żadnego znaczenia. Odwołujący wyjaśnił, że typowy system chromatograficzny do oznaczania anionów składa się ze źródła eluentu, wysokosprawnej pompy, zaworu nastrzykowego, kolumny, supresora (lub układu supresorów), detektora z celą pomiarową oraz kontenera na ścieki. Elementem systemu, który determinuje wielkość ciśnienia jest kolumna chromatograficzna, w której wytwarzane jest ciśnienie w granicach od 7 do 15 MPa (w zależności od rodzaju i długości kolumny). Jak stwierdził Odwołujący, za kolumną ciśnienie znacznie spada (do poziomu 0,5 - 1,5 MPa). W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, ciśnienie robocze celi powyżej 6 MPa nie powinno mieć żadnego znaczenia dla wyboru dostawcy, ponieważ nie może zostać osiągnięte bez uszkodzenia supresora. Dla pomiaru oraz dla wyników prowadzonych analiz nie ma żadnego znaczenia to, że ciśnienie robocze celi wynosi powyżej 6 MPa.

Odnosząc się do kryterium oceny ofert na podstawie rodzaju filtru/membrany Odwołujący stwierdził, że rozwiązanie, któremu Zamawiający planuje przyznać 5 punktów tj. automatyczne filtrowanie każdej próbki przez indywidualny filtr/membranę jest dużo droższym rozwiązaniem, aniżeli stosowanie filtracji z zastosowaniem filtrów/membran wielokrotnego użytku. Podkreślił, że w branży znany jest fakt, że zastosowanie filtrów/membran wielokrotnego użytku pozostaje bez wpływu na uzyskiwane wyniki analiz w zakresie limitów detekcji określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Korzystanie z takiego rozwiązania jest powszechne w wielu podmiotach, w których wykorzystuje się chromatografy jonowe dla celów badań związanych z ochroną środowiska,

a także oznaczaniem anionów w wodach. Nie jest zatem uzasadnione, w opinii Odwołującego, preferowanie droższego rozwiązania. Odwołujący stwierdził również, że możliwość koncentracji próbki przez podawanie próbki na kolumny koncentracyjne jest parametrem bez znaczenia - typowe kolumny zatężające (kolumny koncentracyjne) są odporne na ciśnienie do 9 MPa.

W zakresie kryterium oceny ofert na podstawie parametrów pracy kolumny Odwołujący zwrócił uwagę, że zastosowanie eluentu wodorotlenowego jest nieuzasadnione. Wskazał

też, że jest on uznawany za eluent słabszy aniżeli eluenty oparte na węglanach. Norma ISO 10304-1:2007 (E), opisująca oznaczanie anionów w wodach i ściekach, wskazuje na dowolność stosowanych eluentów w zależności od używanych kolumn (pkt 5.10.1). Pkt 5.10.2 podaje jako przykład eluentu węglan/wodorowęglan. Dla tego eluentu, jak zauważył Odwołujący, wystarczające jest użycie kolumn pracujących w zakresie pH do 12. W przywołanej normie, jako przykład wskazany jest chromatogram z wynikami oznaczania anionów, uzyskany dla eluentu węglan/wodorowęglan.

Zdaniem Odwołującego, kryterium obrazującym w najwyższym stopniu naruszenie zasad zamówień publicznych jest kryterium dotyczące parametru tłumika anionowego (supresora). Parametr ten, w opinii Odwołującego, faworyzuje opatentowane przez jednego producenta rozwiązanie technologiczne, które nie jest rozwiązaniem najkorzystniejszym dla Zamawiającego, choćby z uwagi na krótki termin gwarancji udzielanej przez producenta. Odwołujący podniósł, że stosowanie typu supresorów, które Zamawiający ocenia na 5 punktów, ma wpływ na wzrost szumów w układzie pomiarowym, co wiąże się z gorszymi limitami detekcji przy tej samej wielkości próbki poddanej analizie.

Ponadto Odwołujący wywiódł, że także kryterium oceny ofert odnoszące się do oprogramowania pozostaje bez znaczenia dla przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego, z uwagi na określone w Specyfikacji warunki i czas szkolenia wstępnego i szkolenia aplikacyjnego, podczas których nastąpić ma zapoznanie użytkowników z pracą chromatografu, jego elementów, a także jego sterowania przez komputer z odpowiednim oprogramowaniem, nie powinno mieć znaczenia czy oprogramowanie zawiera już wbudowane programy sterujące wraz z metodami, ponieważ i tak są one indywidualnie dostosowywane do potrzeb aplikacyjnych użytkowników chromatografów. Odwołujący zauważył też, że w opisie komputera (strona 6 pkt VIII pkt 1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) Zamawiający wskazał, że oprogramowanie powinno być w języku polskim, ale dla chromatografu czyni w tym zakresie wyjątek (strona 6 pkt VII pkt 1 Specyfikacji). Wskazane jest, zdaniem Odwołującego, aby oprogramowanie chromatografów zostało zaoferowane również w języku polskim, bowiem to w Polsce będą one użytkowane.

Podsumowując powyższe, Odwołujący stwierdził, że przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wyraził pogląd, że Zamawiający z pewnością jest w stanie uzasadnić określenie wybranych parametrów urządzenia swoimi potrzebami, jednak, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie jest w stanie uzasadnić wyboru parametrów najlepszym spełnieniem zadania chromatografu jonowego. W opinii Odwołującego, parametry, których dotyczą zarzuty wskazują na to, że opisując kryteria oceny ofert Zamawiający wskazał na jedną firmę tj. Dione - jedyne go producenta, a także na jedyne go w Polsce dystrybutora produktów tej firmy - Aga-Analytica. Zdaniem wykonawcy, w sytuacji, gdy Zamawiający nie może dokonać zakupu sprzętu innego niż określony w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie powinien być stosować trybu konkurencyjnego.

Odwołujący wniósł o:

1. ustanowienie niedyskryminujących kryteriów wyboru dostawcy sprzętu, opartych na obiektywnych parametrach, których spełnienie pozwoli Zamawiającemu uzyskać pożądaný efekt, a więc umieszczenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zamiast kwestionowanych parametrów, przykładowo następujących kryteriów:
 - a) szumy pracującego systemu chromatograficznego z zamontowaną kolumną, przy przepływie eluentu i działającymi supresorami (szum systemu chromatograficznego, nie zaś szum elektroniczny),
 - b) stabilność temperatury celi konduktometrycznej detektora, co ma rzeczywisty wpływ na rejestrowany sygnał pomiarowy,
 - c) stabilność temostatowania kolumn, co ma wpływ na rozdzielanie pików chromatograficznych,
 - d) gwarancja deklarowana i potwierdzona przez producenta. Gwarancja powinna dotyczyć całego systemu chromatograficznego w tym, pompy, degazera eluentu, supresorów, detektora.
 - e) gwarancja udzielana na supresor (im dłuższa, tym lepsze, bardziej efektywne rozwiązanie technologiczne),
 - f) koszty eksploatacji chromatografu w tym:
 - koszty zużycia eluentu i roztworów w przypadku oznaczania wymienionych w specyfikacji anionów,

- koszty związane z filtracją próbek.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosił wykonawca Agnieszka Bielińska prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą A.G.A. Analytical - Agnieszka Bielińska.

Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości.

Odnosząc się do kryterium oceny ofert na podstawie regulacji temperatury Zamawiający wyjaśnił, że możliwość regulacji temperatury celi ma istotne znaczenie w sytuacji, gdy występuje niewłaściwa elektroniczna kompensacja wpływu temperatury na przewodnictwo. Korekta nastawienia temperatury celi pomiarowej umożliwia dostrojenie odpowiedzi detektora. Im regulacja temperatury będzie bardziej precyzyjna, tym dostrojenie będzie dokładniejsze. Zamawiający podkreślił, że kryterium to ma istotne znaczenie dla jakości wykonywanych badań.

Zamawiający stwierdził, że kryterium oceny ciśnienia roboczego celi związane jest z zapewnieniem trwałości istotnym, stosunkowo drogim elementom składowym chromatografu w rodzaju supresora czy celi pomiarowej w przypadku wystąpienia niespodziewanych wzrostów ciśnienia w układzie. Zamawiający wskazał, że przy chwilowym wzroście ciśnienia w celi na skutek niedroźnego przewodu, zanim nastąpi rozszczelnienie supresora, zniszczeniu może ulec cela pomiarowa, która jest ważnym i bardzo kosztownym elementem układu pomiarowego. Bardziej korzystnym jest, zdaniem Zamawiającego rozwiązanie, w którym zastosowane zabezpieczenie trwałości układu chromatografu spełnia wyższe wymagania techniczne pracy. Stwierdził, że istotna jest dla niego trwałość eksploatowanych chromatografów.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zastosowanie filtracji przez indywidualny filtr/membranę w znacznym stopniu lub wręcz eliminuje możliwość ograniczenia zanieczyszczenia wzajemnego próbek, czego nie da się uniknąć przy zastosowaniu filtrów/membran wielokrotnego użytku. Wskazał, że powyższe ma szczególne znaczenie dla jakości uzyskiwanych wyników badań, przy oznaczaniu niskich stężeń anionów. Ponadto, jak zauważył Zamawiający, zastosowanie jednorazowych filtrów/membran pozwala ograniczyć czas wykonywania samych analiz (pomija się operację płukania filtra/membrany przed analizą kolejnej próbki). Kryterium to jest, według Zamawiającego, istotne dla jakości i efektywności wykonywanych badań.

Zamawiający zauważył, że kryterium oceny w oparciu o możliwość koncentracji próbki przez podawanie próbki na kolumny koncentracyjne o ciśnieniu zwrotnym wynoszącym powyżej 0,6 MPa, dotyczy możliwości wykorzystywania różnego typu kolumn koncentracyjnych, w tym także tych wytwarzających większe ciśnienie zwrotne. Ciśnienie zwrotne wytwarzane przez kolumny koncentracyjne jest zależne m.in. od szybkości

przepływu próbki przez kolumnę. Zamawiający podkreślił, że zwiększony dopuszczalny przepływ próbki przez kolumnę (przy wyższym ciśnieniu zwrotnym) pozwala na skrócenie czasu napełniania kolumny koncentracyjnej, a tym samym na skrócenie czasu realizowanej analizy, co stanowi istotny element przydatności metody badawczej do stosowania w praktyce.

Zdaniem Zamawiającego, kryterium oceny ofert na podstawie parametrów pracy kolumn ma istotne znaczenie tak dla jakości badań jak i z ekonomicznego punktu widzenia, bowiem umożliwia zastosowanie przez użytkownika różnego rodzaju eluentów, nie tylko węglanowego, co zwiększa możliwość użytkownika tworzenia własnych procedur badawczych w zależności od potrzeb analitycznych. Wyjaśnił, że kompatybilność z rozpuszczalnikami stosowanymi w HPLC pozwala na przedłużenie eksploatacji kolumn z uwagi na możliwość oczyszczenia złoża w kolumnie z zanieczyszczeń obecnych w badanych próbkach, co z kolei pozwoli na ograniczenie częstotliwości wymiany kolumn na nowe, a tym samym zmniejszenie kosztów eksploatacji.

Za bezzasadny uznał Zamawiający zarzut dotyczący kryterium oceny ofert na podstawie pracy supresora. Zamawiający zwrócił uwagę, że praca supresora typu membranowego pracującego bez wykorzystania zewnętrznego regeneranta (w trybie autoregeneracji), jest to zaawansowane rozwiązanie techniczne, eliminujące stosowanie zewnętrznych chemicznych środków regenerujących. W jego ocenie, szумы generowane przez supresory membranowe w czasie pracy nie mają wpływu na osiąganie wymaganych przez warunki podane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia poziomów detekcji.

Przedmiotowe kryterium, jak zauważył Zamawiający, ma istotne znaczenie dla wykorzystania chromatografu w badaniach prowadzonych w sposób ciągły, a także dla bezpieczeństwa operatora.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kryterium oceny ofert na podstawie oprogramowania Zamawiający wyraził pogląd, że oprogramowanie z wbudowanymi gotowymi procedurami badawczymi czy aplikacjami badawczymi ma istotne znaczenie dla użytkownika. Pozwala ono, jak stwierdził Zamawiający, na znacznie szybsze opanowanie technik badawczych (korzysta z gotowych procedur - po ich opanowaniu może tworzyć własne, w miarę potrzeb). Tym samym, skrócony zostaje czas niezbędny do pełnego wdrożenia chromatografu, a co za tym idzie, efektywnego podjęcia badań i uzyskania zadawalającej jakości. Określenie w Specyfikacji języka oprogramowania jako język angielski wynika, jak wyjaśnił Zamawiający, ze świadomości, że oprogramowanie spełniające wszelkie wymagania w zakresie badań (w tym procedury walidacyjne metod itp.) dedykowane do konkretnej aparatury występują tylko w języku producenta tejże aparatury. Tłumaczenie

na język polski nie zawsze pozwala na zachowanie zgodności z oryginałem i może być źródłem potencjalnych błędów.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący wnosząc odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 2, art. 91 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 2 w zw. z art. 23 ust. 8 Dyrektywy 2004/18/WE.

Odwołujący wniósł o ustanowienie niedyskryminujących kryteriów wyboru dostawcy sprzętu, opartych na obiektywnych parametrach, których spełnienie pozwoli uzyskać Zamawiającemu pożądaný efekt, przez umieszczenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zamiast kwestionowanych parametrów, przykładowo następujących kryteriów:

- a) szumy pracującego systemu chromatograficznego z zamontowaną kolumną przy przepływie elementu i działającymi supresorami (szum systemu chromatograficznego nie zaś szum elektroniczny),
- b) stabilność temperatury celi konduktometrycznej detektora, co ma rzeczywisty wpływ na rejestrowany sygnał pomiarowy,
- c) stabilność termostatowania kolumn, co ma wpływ na rozdzielanie pików chromatograficznych,
- d) gwarancja deklarowana i potwierdzona przez producenta. Gwarancja powinna dotyczyć całego systemu chromatograficznego w tym, pompy, degazera eluentu, supresorów, detektora.
- e) gwarancja udzielana na supresor (im dłuższa, tym lepsze, bardziej efektywne rozwiązanie technologiczne),
- f) koszty eksploatacji chromatografu w tym:
 - koszty zużycia eluentu i roztworów w przypadku oznaczania wymienionych w specyfikacji anionów,
 - koszty związane z filtracją próbek.

Odwołujący wniósł też o nakazanie Zamawiającemu:

- ponownego ogłoszenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia z uwzględnieniem zaproponowanych przez Odwołującego zmian, ewentualnie z uwzględnieniem zmian wypracowanych przez strony postępowania odwoławczego w jego toku,
- unieważnienia czynności zamawiającego, jeśli postępowanie przetargowe będzie już na etapie, na którym takie orzeczenie stanie się konieczne.

Na rozprawie Strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009

r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Przedmiotem rozstrzygnięcia Izby jest zgodność z ustawą ustanowionych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kryteriów oceny ofert. Izba ustaliła, że w pkt 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert: cena (50%) i inne kryteria (50%), do których należą kryteria oceny dotyczące parametrów chromatografu jonowego odnoszące się do cyfrowego detektora konduktometrycznego, automatycznego podajnika próbek, zestawu kolumn do analizy, tłumika anionowego, możliwości rozbudowy chromatografu oraz oprogramowania.

Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego zarówno w proteście, jak i w odwołaniu dotyczą następujących kryteriów oceny ofert: kryterium oceny na podstawie regulacji temperatury, kryterium oceny na podstawie ciśnienia roboczego celi, kryterium oceny na podstawie rodzaju filtra/membrany do filtrowania, kryterium oceny na podstawie parametrów pracy kolumn, kryterium oceny na podstawie pracy supresora, kryterium oceny ofert w oparciu o oprogramowanie. Zarzuty podniesione przez Odwołującego nie odnoszą się do przedmiotu zamówienia. W tym miejscu należy wskazać na istotną różnicę pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia, co do którego musi być pełna

zgodność pomiędzy treścią oferty a treścią Specyfikacji, a kryteriami oceny ofert, przy ustalaniu których zamawiający kieruje się własnymi potrzebami gratyfikując te elementy, które w jego ocenie, w najpełniejszym stopniu zaspokajają jego potrzeby. Odwołujący zdaje się nie dostrzegać tej różnicy. Na fakt, że spór dotyczy wyłącznie części postawionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert wskazuje treść zarzutów, argumentacja przedstawiona na ich poparcie oraz treść żądań. Zarzutu co do treści opisu przedmiotu zamówienia nie może stanowić przywołanie art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem samo w sobie nie tworzy ono zarzutu – zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Takich czynności czy zaniechań, jak również okoliczności faktycznych co do przedmiotu zamówienia Odwołujący nie wskazał. Co więcej, sam Odwołujący już w treści protestu, którego zarzutami Izba jest związana zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Odwołujący stwierdził, że „nie w samym opisie przedmiotu zamówienia, jednakże w opisie kryteriów oceny, Zamawiający wykluczył *a priori* wszystkich – poza jednym – oferentów.”

Izba zważyła, że zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Pzp kryteria oceny ofert inne niż cena dla swej zgodności z ustawą Pzp powinny odnosić się do przedmiotu zamówienia. Izba stwierdziła, że określone przez Zamawiającego kryteria pozostają w ścisłym związku z opisem przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego w pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zostały ustalone na etapie tworzenia Specyfikacji oraz są jednakowe dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Podnosząc zarzuty w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący dąży do wykazania, że kwestionowane kryteria nie mają znaczenia dla realizacji zamówienia oraz preferują jednego wykonawcę, przy czym argumentacja przywoływana na ich poparcie sprowadza się do wykazania braku istotności kryteriów określonych przez Zamawiającego oraz przewagi proponowanych przez Odwołującego kryteriów nad kryteriami ustalonymi przez Zamawiającego. Zamawiający z kolei uzasadnia postawienie spornych kryteriów istotnością pożądaných parametrów chromatografu, jakością i efektywnością wykonywanych badań, a także ekonomią pożądanego rozwiązania. Działanie Zamawiającego Izba uznała za uprawnione. Zauważyć należy, że podejmując decyzję o kryteriach oceny ofert zamawiający powinien mieć na względzie okoliczność, że w ich wyniku zostanie dokonany wybór oferty najkorzystniejszej dla zamawiającego, takiej, która w najwyższym stopniu zaspokoi jego potrzeby (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 czerwca 2003 r., sygn. akt V Ca 1213/02). Wobec powyższego, ustalając kryteria Zamawiający powinien kierować się przede wszystkim własnymi potrzebami, mając jednocześnie na względzie, aby każdy wykonawca zdolny zaoferować przedmiot zamówienia zaspakajający te potrzeby, był równo traktowany. W ocenie Izby, Zamawiający ma prawo oczekiwać dostawy urządzeń

o najbardziej przez niego pożądanym parametrach, nowoczesnych, najbardziej funkcjonalnych, nawet jeśli te najbardziej pożądane może spełnić sprzęt jednego producenta.

Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że ustanowienie kryteriów oceny ofert w sposób dokonany w Specyfikacji nie wyklucza możliwości Odwołującego złożenia oferty. Ewentualnie, w sytuacji, gdy urządzenie oferowane przez Odwołującego nie posiada funkcjonalności preferowanych przez Zamawiającego, Odwołujący może konkurować w drugim kryterium, któremu Zamawiający przyznał wagę 50%. Tymczasem Odwołujący w swych żądaniach dąży wyłącznie do dostosowania kryteriów oceny ofert do możliwości oferowanego przez siebie sprzętu. Izba zauważa, że twierdzenia Odwołującego o wykluczeniu przez Zamawiającego z góry wykonawców innych niż producent Dione i dystrybutor jego sprzętu nie potwierdza fakt, iż Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto, mimo braku kwestionowania opisu przedmiotu zamówienia należy zwrócić uwagę, że w wyniku oceny ofert Odwołujący został wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za niezgodną z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, ale na podstawie parametru nie kwestionowanego przez Odwołującego. Ww. decyzji Odwołujący nie oprotestował.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że kryteria oceny ofert ustanowione przez Zamawiającego są adekwatne do niekwestionowanego przedmiotu zamówienia, precyzyjne, mierzalne, umożliwiają prostą weryfikację prawidłowości oceny ofert, a Zamawiający formułując sporne kryteria nie naruszył przepisów ustawy Pzp. Izba odmówiła mocy dowodowej przedstawionym przez Odwołującego i Przystępującego opiniom specjalistów, jako dokumentom prywatnym, wydanym na zlecenie strony i uczestnika postępowania.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami postępowania odwoławczego Izba obciążyła Odwołującego, uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....