Sygn. akt: KIO 653/11

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28.03.2011 r. przez wykonawcę **PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1b, 01-520 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Wojewódzki Szpital Zespolony w Skierniewicach, ul. Rybickiego 1, 96-100 Skierniewice** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa tomografu komputerowego szesnastowarstwowego wraz z montażem" (znak WSZ.XIII.2511/280/2010)

przy udziale wykonawcy **Synektik S.A., ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz ponowne dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. kosztami postępowania w wysokości 18 600,00 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Synektik S.A., ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000** zł **00** gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1b, 01-520 Warszawa,
2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) przez Synektik S.A., ul. Rakowiecka 36, 02-532 Warszawa na rzecz PROMED S.A., ul. Krajewskiego 1b, 01-520 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi.**

Przewodniczący:
……

Uzasadnienie
do wyroku z dnia 8 kwietnia 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 653/11

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Zespolony w Skierniewicach, ul. Rybickiego 1, 96-100 Skierniewice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa tomografu komputerowego szesnastowarstwowego wraz z montażem" (znak WSZ.XIII.2511/280/2010).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu **06.12.2010 r.** ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE Nr ogłoszenia 2010/S 240-366782.

Zamawiający pismem z dnia **18.03.2011 r.** poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Synektik S.A. uzyskując łącznie w ramach kryteriów oceny ofert 92,7037 punktów. Oferta złożona przez Odwołującego się wykonawcę PROMED S.A. została sklasyfikowana na drugim miejscu uzyskując łącznie 89,9248 punktów.

Na powyższą czynność wykonawca PROMED S.A. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **28.03.2011 r.** odwołanie zarzucając Zamawiającemu niezgodność z ustawą Pzp czynności (względnie zaniechań) Zamawiającego polegających na:
- niewykonaniu nakazu Krajowej Izby Odwoławczej zawartego w wyroku z 25 lutego 2011 r. (sygn. KIO/354/11) poprzez zaniechanie dokonania czynności oceny ofert w sposób zgodny z postanowieniami załącznika nr 3 do SIWZ oraz załącznika nr 4 do odwołania PROMED S.A. z dnia 21.02.2011 r., wskutek czego doszło do naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp (stosowanym przez analogię);
- bezprawnym dokonaniu wyboru oferty Synektik S.A. poprzez dokonanie błędnej oceny ofert z punktu widzenia kryteriów przyjętych w SIWZ i bezpodstawne przyjęcie, że najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów przedstawia oferta Synektik, wskutek czego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 2 pkt. 5) ustawy Pzp;
- zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej wskutek czego naruszono art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (utracił on możliwość uznania złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej), a tym samym Odwołujący został narażony na znaczną szkodę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:
1. Unieważnienia czynności wyboru oferty Synektik S.A.;

---

2. Powtórzenia czynności oceny ofert przy założeniu, że w poz. I.24 załącznika nr 3 do SIWZ oferta Synektik S.A. otrzymuje 0 pkt., a w poz. E.1 tego załącznika oferta PROMED S.A. - 11,56 pkt., a tym samym, że łącznie w kryterium „Parametry techniczne" oferta PROMED S.A. powinna uzyskać 256,14 pkt., a oferta Synektik 240,72 pkt, co daje po uwzględnieniu wagi tego kryterium odpowiednio 33,59 pkt dla PROMED S.A. i 31,57 pkt dla Synektik S.A.;
3. Dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Alternatywnie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względu na niemożliwość pierwotną świadczenia, a w przypadku gdyby wcześniej doszło do zawarcia umowy - jej unieważnienie na zasadzie art. 192 ust. 3 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp.

W uzasadnieniu zostało wskazane, iż w zakresie podniesionego zaniechania w postaci niewykonania nakazu Krajowej Izby Odwoławczej zawartego w wyroku z 25 lutego 2011 r. (sygn. KIO/354/11) poprzez zaniechanie dokonania czynności oceny ofert w sposób zgodny z postanowieniami załącznika nr 3 do SIWZ oraz załącznika nr 4 do odwołania PROMED S.A. z dnia 21.02.2011 r., doszło w rezultacie do błędnej oceny ofert z punktu widzenia kryteriów przyjętych w SIWZ Odwołujący.

Odwołujący wskazał, iż w dniu 11 lutego 2011 r. Zamawiający po raz pierwszy dokonał wyboru oferty Synektik S.A., przyznając jej łącznie 85,2394 punktów, z czego 32,5357 pkt. w kryterium „Parametry techniczne". Wówczas oferta PROMED S.A. otrzymała odpowiednio 84,6808 i 33,8275 pkt. Podkreślić trzeba, że już podczas pierwotnej oceny w kryterium „Parametry techniczne" to oferta Odwołującego uzyskała najwyższa liczbę punktów spośród wszystkich złożonych w postępowaniu. Było to jednak i tak mniej, niż powinna otrzymać ta oferta w świetle założeń SIWZ.

W dalszej części Odwołujący podniósł, iż w związku z tym na powyższą czynność zostało wniesione odwołanie z dnia 21 lutego 2011 r. w którym PROMED S.A. zarzuciła Zamawiającemu m.in. to, że dokonał błędnej oceny ofert w kryterium „Parametry techniczne" poprzez przyjęcie li tylko niewłaściwego wzoru do obliczeń liczby punktów w każdym parametrze ocenianym metoda proporcjonalności w stosunku do wartości najwyższej i wartości granicznej. Istotnym jest, że Odwołujący, opierając się na wartościach poszczególnych

parametrów przyjętych do porównania przez Zamawiającego, przedstawił prawidłowy (zgodny z SIWZ) sposób oceny, uzyskując wynik, który świadczył, że to oferta Odwołującego powinna być uznana za najkorzystniejszą. Dokładną punktację w każdym parametrze obrazował załącznik nr 4 do wspomnianego odwołania.

Jako dowód wskazał odwołanie Promed S.A. z 21.02.2011 r. (w aktach sprawy KIO/354/11), w tym załącznik nr 4 dołączony ponownie, jako załącznik nr 1 do niniejszego odwołania.

4

W dalszej części podniósł, iż podczas rozprawy przed KIO, w części poświęconej zarzutom związanym z błędną oceną ofert, nikt z jej uczestników nie kwestionował wartości parametrów podanych przez wykonawców i przyjętych na potrzeby symulacji oceny. Osią sporu pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym (a także wtórującym mu Synektik), było wyłącznie to, jaki wzór należy stosować na potrzeby obliczenia tzw. „małych punktów", czyli punktów możliwych do uzyskania w każdym parametrze ocenianym metoda proporcjonalności. Niesporne było jakie należy przyjąć wartości z ofert poszczególnych wykonawców na potrzeby prowadzonych obliczeń.

W poczet materiału dowodowego każda ze stron złożyła po jednym dokumencie prywatnym. Mianowicie Zamawiający doręczył odpowiedź na pozew, w której podtrzymał swój sposób oceny ofert, zarówno jeśli chodzi o wartości przyjęte do wyliczenia liczby punktów w każdym parametrze, jak i metodę wyliczenia tych punktów (wzór matematyczny). Przystępujący złożył tabelę (pt. „Punktacja w przetargu") obrazującą liczbę punktów, którą jego zdaniem należy przyznać oferentom w poszczególnych kryteriach. Natomiast Odwołujący, oprócz załącznika do odwołania zawierającego prawidłowy sposób oceny, złożył do akt sprawy wykres obrazujący prawidłowy matematycznie wzór wyliczenia punktacji wynikający z SIWZ, posługując się przykładem parametru z punktu nr E.l załącznika nr 3 do SIWZ. tj. „Rozdzielczość wysokokontrastowa (przestrzenna) mierzona w polu akwizycyjnym FOV=50 cm w punkcie 2% krzywej MTF". Na tle tego parametru dokładnie zobrazowano na czym polega wada metody przyjętej przez Zamawiającego. Zarazem obliczono, że w parametrze E.l. oferta Synektik powinna otrzymać 4,375 pkt, a nie 15,327 pkt. wskazując w tym celu zarówno na poprawny wzór, jak i na wartości, które należy do niego podstawić. W omawianym parametrze było to 16,4 pl/cm dla Synektik, 21,4 pl/cm dla TMS Sp. z o.o. i 18,7 dla Promed S.A.

W ocenie Odwołującego kluczowym w sprawie był fakt, że nikt z jej uczestników nie podważył ww. danych, ani żadnych innych, które Odwołujący przyjął na potrzeby porównania ofert i wyliczenia wartości punktowej na bazie wzoru i wykresu przedstawionego na ww. dokumencie. Jedyną okolicznością sporną był sam wzór.

Na powyższą okoliczność Odwołujący jako dowód wskazał odpowiedź na odwołanie, „Punktacja w przetargu"- dokument firmy Synektik, wykres Odwołującego (wszystkie dokumenty w aktach sprawy o sygn. KIO/354/11, przy czym wspomniany wykres jest dodatkowo załącznikiem nr 2 do niniejszego odwołania). Odwołujący wniósł o ich dopuszczenie w poczet materiału dowodowego niniejszej sprawy na okoliczność, że wartości parametrów które należy przyjąć do porównania ofert w pozycji E.1 załącznika nr 3 do SIWZ wynoszą 16,4 pl/cm dla Synektik, 21,4 pl/cm dla TMS Sp. z o.o. i 18,7 pl/cm dla PROMED S.A. oraz że nie było to sporne między stronami, a także na okoliczność wykładni postanowień punktu E.1 załącznika nr 3 do SIWZ.

5

Odwołujący wskazał, że w uzasadnieniu wyroku z 25 lutego 2011 r. Izba podzieliła jego zarzut, że dokonana ocena ofert w ramach pojedynczych podkryteriów - kryterium „Parametry techniczne" jest niezgodna z postanowieniami SIWZ, a w szczególności z postanowieniami uwagi pierwszej pod tabelą załącznika nr 3 do SIWZ. Na dowód powyższego wskazał wyrok KIO z 25 lutego 2011 r. (sygn. KIO/354/11) - w aktach tej sprawy.

Wskazał, iż w dniu 18 marca 2011 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach ponownej oceny ofert i wyborze Synektik S.A. jako oferty najkorzystniejszej. Podał, że wykonawca ten uzyskał łącznie 92,7037 pkt., z tego za „Parametry techniczne" - 40 punktów. W ocenie Odwołującego zadziwiające było nie tylko to, że znowu wygrał Synektik S.A., ale i fakt, że tym razem oferent ten otrzymał jeszcze więcej punktów niż podczas pierwotnej oceny, zakwestionowanej przez Krajową Izbę Odwoławczą, a przede wszystkim więcej niż PROMED

S.A.

W ocenie Odwołującego, gdyby efektem odwołania PROMED S.A. z 21.02.2011 r. miało być przyznanie jej mniejszej liczby punktów niż pierwotnie, to przecież nie miał prawa zapaść wyrok uwzględniający odwołanie (vide art. 192 ust. 2 ustawy).

Na wniosek Odwołującego Zamawiający udostępnił mu formularz oceny punktowej w spornym kryterium. Z jego analizy wynika, że Zamawiający owszem zastosował poprawny wzór (wskazywany uprzednio przez Odwołującego i przyjęty przez KIO) do wyliczenia punktów w każdym parametrze ocenianym metodą proporcjonalności. Jednak w ramach ponownej oceny ofert nie ograniczył się wyłącznie do jego zastosowania przyjmując wartości parametrów, które wcześniej wszyscy potwierdzili, lecz nie wiedzieć czemu wziął pod uwagę całkiem nowe dane w dwóch parametrach. Mianowicie w punkcie I.24 ofercie Synektik S.A. przydzielił 10 pkt, pomimo, że ten wykonawca nie potwierdził, że posiada „Oprogramowanie do pomiarów dróg oddechowych (drzewa oskrzelowego) umożliwiające automatyczny pomiar i światła i grubości ścian poszczególnych dróg oddechowych." - a więc ewidentnie powinien uzyskać 0 pkt. Ponadto, w punkcie E.1 („Rozdzielczość wysokokontrastowa (przestrzenna) mierzona w polu akwizycyjnym FOV=50 cm w punkcie 2% krzywej MTF") przyznał Odwołującemu 0,31 pkt zamiast 11,56 pkt, co było tym bardziej zaskakujące, że właśnie ten parametr był dokładnie analizowany podczas rozprawy przed KIO w dniu 2 marca 2011 r.

Zdaniem Odwołującego mając na uwadze obowiązujący (narzucony przez KIO) wzór liczenia punktacji za parametry techniczne stwierdzić należy, że wynik uzyskany przez Zamawiającego jest całkowicie błędny i ma na celu doprowadzenie do bezpodstawnego wyboru Synektik. W ocenie Odwołującego dowodzą tego najprostsze działania matematyczne w oparciu o wzór nakazany przez KIO (a tym samym obowiązujący).

(a) [parametr 1.24] - odpowiedź PROMED: TAK, odpowiedź Synektik: NIE. Mając na uwadze, że za potwierdzenie parametru Zamawiający przyznawał 10 pkt. (bezsporne) tyle powinien otrzymać Odwołujący, ale już nie Synektik;

(b) [parametr E.l] - wartość graniczna 15 pl/cm, wartość PROMED: 18,7, wartość TMS: 21,4, wartość Synektik: 16,4. Podstawiając te dane do obowiązującego wzoru uzyskujemy wynik: PROMED - 11,56 pkt.; TMS - 20 pkt., Synektik - 4,38 pkt., czyli w przypadku PROMED S.A. zgoła inaczej niż przyjął Zamawiający (0,31 pkt.);

Zdaniem Odwołującego w rezultacie suma punktów za poszczególne parametry oceniane powinna wynosić:
PROMED - 256,14, Synektik - 240,72. Podstawiając te wartości do wzoru zawartego w rozdziale XII SIWZ otrzymujemy następujące wyniki PROMED - 33,59, Synektik - 31,57.

Zaś suma punktów za poszczególne kryteria u dwóch rywalizujących wykonawców powinna wynosić: PROMED - 84,45, Synektik - 84,27. Powyższe oznacza, że to oferta PROMED S.A. jest najkorzystniejsza i powinna być wybrana.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że żaden z wykonawców nie uzyskał maksymalnej liczby punktów możliwej do zdobycia za poszczególne oceniane parametry techniczne, a tym samym nikomu Zamawiający nie mógł przyznawać 40 „dużych" punktów. Należy pamiętać, że porównanie ofert przebiegało w odniesieniu do „Najwyższej liczby punktów jaką Wykonawca mógł otrzymać" (czyli 305 - przyp. Odwołującego) - co wynika jednoznacznie ze wzoru zawartego w rozdziale XIII SIWZ. Przyznanie przez Zamawiającego 40 „dużych" punktów firmie Synektik, pomimo że nie uzyskała ona 305 „małych" punktów, świadczy, zdaniem Odwołującego, o próbie kolejnej manipulacji.

W uzasadnieniu zostało ponadto wskazane, ze trudno jednoznacznie ustalić, czy błędna ocena ofert jest wynikiem omyłki matematycznej Zamawiającego, czy jest działaniem zamierzonym. Symulacja punktacji parametru E.1 (w przypadku parametru I.24 sprawa wydaje się oczywista) w kilku wariantach daje taki wynik, jaki uzyskał Zamawiający tylko w przypadku, gdy podstawimy do wzoru inne wartości parametru „Rozdzielczość wysokokontrastowa (przestrzenna) mierzona w polu akwizycyjnym FOV=50 cm w punkcie 2% krzywej MTF" niż to wynika z oferty PROMED S.A., a tym samym inne niż podczas pierwotnej oceny ofert, niekwestionowanej w tym zakresie przez żadnego uczestnika postępowania. Jak to już zostało powiedziane Zamawiający dokonując pierwszego wyboru nie miał wątpliwości, że wartości ww. parametru które należy brać pod uwagę przy porównywaniu ofert to: dla PROMED S.A. - 18,7 pl/cm, dla TMS - 21,4 pl/cm, a dla Synektik S.A. -16,4 pl/cm. Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że również wykonawca Synektik S.A. nie miał zastrzeżeń w tym przedmiocie, a wręcz potwierdził dokumentem złożonym na rozprawie przed KIO w dniu 2 marca 2011 r. w sprawie o

sygn. akt KIO 354/11, który w parametrze E.q. przyjmował dokładnie takie wartości, jak w tej chwili podaje Odwołujący (czyli: PROMED S.A.: 18,7, TMS Spółka z o.o.: 21,4, Synektik S.A.: 16,4 pl/cm). Jeśli więc Zamawiający podstawił do wzoru inne wartości w przypadku oferty PROMED S.A. to postąpił niezgodnie z treścią oferty Odwołującego, niezgodnie z postanowieniami SIWZ (któremu usiłuje teraz nadać całkiem inne rozumienie niż to było

konsekwentnie przyjmowane w toku postępowania) oraz sprzecznie ze swoimi wcześniejszymi twierdzeniami, a nastąpiło to wyłącznie w celu pozbawienia Odwołującego przedmiotowego zamówienia.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że ponowna ocena ofert dokonana przez Zamawiającego na skutek wyroku KIO z 25 lutego 2011 r. jest sprzeczna z brzmieniem tego orzeczenia, postanowieniami SIWZ oraz treścią oferty Odwołującego, na skutego czego Odwołującemu bezprawnie zaniechano udzielenia przedmiotowego zamówienia, co czyni niniejsze odwołanie koniecznym i uzasadnionym.

W zakresie alternatywnego żądania sformułowanego w treści odwołania obejmującego unieważnienie postępowania wynikającego z nieusuwalnej wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy Odwołujący wskazał co następuje.

W ocenie Odwołującego to jego oferta musi być uznana za najkorzystniejszą, bo w świetle kryteriów oceny przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i parametrów technicznych. Postawiony z ostrożności wniosek o unieważnienie postępowania jest podyktowany faktem zbliżającego się terminu wykonania przedmiotowego zamówienia, określonego przez Zamawiającego konkretną datą - 31 marca 2011 r. Bezsporne jest, że w tym terminie żaden wykonawca nie będzie w stanie dostarczyć i zamontować u Zamawiającego szesnastowarstwowego tomografu komputerowego. Wszystko wskazuje, że do tego czasu nawet nie dojdzie do podpisania umowy, nie mówiąc już o możliwości spełnienia świadczenia. Zachodzi więc przypadek określony w przepisie art. 387 §1 k.c.

Zdaniem Odwołującego pamiętać trzeba, że postanowienia specyfikacji nie przewidują możliwości zmiany umowy. Zarazem nie może budzić wątpliwości, że wydłużenie terminu wykonania zobowiązania jest zmianą istotną umowy. Tym samym ewentualny aneks byłby obarczony, w jego ocenie, sankcją unieważnialności (art. 144 ust. 2 ustawy). Również specyfikacja po upływie terminu składania ofert nie może być modyfikowana. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, nie ma możliwości wykonania przedmiotu umowy, która miała być zawarta po zakończeniu postępowania. I ta okoliczność ma charakter trwały, nieusuwalny. Powyższe wypełnia hipotezę art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy. Jedynie na marginesie dodać wypada, że zgodnie z § 5 ust. 2 wzoru umowy, jeżeli Wykonawca nie dotrzyma terminu dostawy przedmiotu zamówienia do Zamawiającego lub zwłoki w usunięciu wad o których mowa w § 4, Zamawiający będzie miał prawo żądać kary umownej w wysokości 1% wartości przedmiotu zamówienia, o którym mowa w § 1 ust. 2 za każdy dzień zwłoki.

Zamawiający w dniu 29.03.2011 r. przekazał wykonawcom informację o wniesieniu odwołania przez wykonawcę PROMED S.A.

W dniu 29.03.2011 r. Zamawiający doręczył Prezesowi KIO pismo zawierające uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wykonawcy PROMED S.A.

W dniu 31.03.2011 r. swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania zgłosił po stronie Zamawiającego wykonawca Synektik S.A. wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Jednocześnie zgłosił w trybie art. 186 ust. 4 ustawy Pzp sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu PROMED S.A. Powyższa decyzja o wniesieniu sprzeciwu została potwierdzona przez wykonawcę Synektik S.A. w piśmie wniesionym do Prezesa KIO w dniu 04.04.2011 r.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na niewykonaniu nakazu Krajowej Izby Odwoławczej zawartego w wyroku z dnia 25 lutego 2011 r. (sygn. akt KIO 354/11), czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w oparciu o dokumentację stanowiąca akta postępowania o sygn. akt KIO 354/11, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertami złożonymi w postępowaniu przez poszczególnych wykonawców, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu 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 nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Następnie skład orzekający Izby wskazuje, iż Izba z urzędu w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w

momencie skorzystania z drogi odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Izba stwierdziła, iż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący wskazał w treści odwołania, że w przypadku prawidłowego wyliczenia punktacji jego oferta winna zostać uznana za najkorzystniejszą, a zatem miałby on szansę na uzyskanie zamówienia.

Odwołujący, w ocenie Izby, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, gdyż pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania danego zamówienia powoduje, iż została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do podniesionego przez Przystępującego zarzutu odnoszącego się do żądania przez Odwołującego unieważnienia postępowania Izba wskazuje, iż powyższe żądanie Odwołujący sformułował jako alternatywne wskazując określone okoliczności, które miałyby przesądzać o jego statusie. Jednakże wskutek złożenia w toku rozprawy przez Zamawiającego oświadczenia, iż zamierza on dokonać prolongacji terminu realizacji przedmiotu zamówienia żądanie to stało się bezprzedmiotowe. Izba nie będąc związaną żądaniami sformułowanymi w treści odwołania nie może kierować się ich literalną treścią badając prawo Odwołującego do skorzystania z drogi odwoławczej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, w szczególności w sytuacji gdy żądanie unieważnienia postępowania jest żądaniem alternatywnym.

Tym samym Izba wskazuje, iż Odwołującemu przysługuje prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej, a tym samym prawo do żądania stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp i oceny przez Izbę zasadności sformułowanego w treści odwołania żądania ze względu na fakt, iż posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskutek nieudzielenia zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Izba dopuściła również dowód z akt postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 354/11, w tym w szczególności treść SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu, ofert złożonych przez wykonawców, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie powyższej rozprawy.

Izba postanowiła oddalić wniosek Przystępującego o powołanie dowodu z opinii biegłego.

Izba wskazuje, iż podniesione przez Odwołującego zarzuty należy rozpatrywać w kontekście ich podstaw faktycznych do których należy przyznanie niewłaściwej ilości punktów za poszczególne parametry i tym samym nieprawidłowe wyliczenie punktacji w odniesieniu do parametrów technicznych. Dowód winien potwierdzać fakty związane z zarzutami, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a tym samym prowadzić w tym przedmiocie postępowania dowodowego (granice orzekania i dowodzenia). Postawiona przez Przystępującego teza dowodowa nie zmierza do odparcia zarzutów podniesionych w odwołaniu, lecz zmierza do wykazania nie spełnienia przesłanki z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp przy uwzględnieniu nowych zarzutów formułowanych przez Przystępującego w odniesieniu do oferty Odwołującego.

Izba wskazuje również, iż przedmiotem zarzutów w niniejszym postępowaniu odwoławczym nie jest interpretacja postanowień SIWZ, a tym bardziej interpretacja specyfikacji w kontekście dokonywania badania i oceny ofert oraz ustalenie intencji Zamawiającego w tym zakresie. Przedmiotem zarzutów nie jest również analiza oferty Odwołującego pod kątem poprawności i rzetelności zawartych w jej treści oświadczeń dotyczących parametrów technicznych. Wobec powyższego dowód z opinii biegłego nie może dotyczyć faktów nie związanych z zarzutami. Rolą dowodu nie jest również sprecyzowanie intencji Zamawiającego nie wyrażonych w treści SIWZ, gdyż dowód winien wykazywać okoliczności faktyczne.

Izba wskazuje, iż Zamawiający nie określił w treści SIWZ dla jakiej osi żąda wskazania parametrów w punkcie E1. Wobec powyższego Izba będąc związaną zarzutami, jak również ich podstawami faktycznymi, nie może prowadzić postępowania dowodowego wykraczającego poza zarzuty. Należy wskazać ponadto, iż dotychczas treść SIWZ i jej poszczególne zapisy nie budziły wątpliwości, a zatem jest ona wiążąca dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz dla samego Zamawiającego. Wskazana przez Przystępującego teza dowodowa zmierza *de facto,* w odniesieniu do przyszłej czynności badania i oceny ofert, do nadania lub ustalenia odmiennej treści SIWZ. Izba wskazuje, iż treść SIWZ nie wymaga dowodzenia za pomocą środków dowodowych w postaci dowodu z opinii biegłego, gdyż SIWZ stanowi samoistny dowód w tym zakresie.

Izba oddala wniosek o powołanie dowodu z opinii biegłego na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp uznając, iż został on powołany jedynie dla zwłoki postępowania. Powyższe jest spowodowane również treścią art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, którego treść czyni ten dowód niedopuszczalnym.

Wobec powyższego należy ponadto wskazać, iż biorąc pod uwagę postawioną przez Przystępującego tezę dowodową została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w

art. 190 ust. 6 ustawy Pzp wskazująca, że Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami (…), do których w niniejszym stanie faktycznym należy zaliczyć treść SIWZ.

Analogicznie Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez Przystępującego w toku rozprawy w postaci dowodów z dokumentów (podręcznik techniczny urządzenia GE Bright Speed oraz rysunku poglądowego obrazującego wygląd płaszczyzn i osi X, Y oraz Z), gdyż tezy, które mają zostać wykazane powyższymi środkami dowodowymi nie zmierzają do odparcia zarzutów podniesionych w odwołaniu, lecz zmierzają do wykazania braku podstaw do uwzględnienia odwołania w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy Pzp poprzez podnoszenie nowych zarzutów przez Przystępującego i próbę wykazania wadliwości oferty Odwołującego. Orzekanie przez Izbę w przedmiocie wadliwości oferty Odwołującego, nawet w zakresie badania przesłanki z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, prowadziłoby do naruszenia normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp statuującej granice orzekania.

W odniesieniu do przedstawionych przez Przystępującego wniosków o wydanie opinii oraz przedłożonych na rozprawie opinii prywatnych (opinii Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego oraz Polskiego Lekarskiego Towarzystwa Radiologicznego), jak również symulacji punktowej Izba uznała, iż stanowią jedynie one własne stanowisko Przystępującego w sprawie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp wskutek dokonania wyboru oferty Synektik S.A. poprzez dokonanie błędnej oceny ofert z punktu widzenia kryteriów przyjętych w SIWZ i bezpodstawne przyjęcie, że najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów przedstawia oferta Synektik S.A. oraz wskutek zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej Izba uznała, iż zarzuty te zasługują na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, że Zamawiający określił w SIWZ, iż załącznik nr 3 (zestawienie parametrów do opisu i oceny jakościowej przedmiotu zamówienia) stanowi integralną część specyfikacji.

W powyższym załączniku Zamawiający w wierszu litera E zatytułowanym „Parametry jakości obrazu" zawarł w kolumnie zatytułowanej „Parametry graniczne i oceniane" następujący zapis jako punkt nr 1: „Rozdzielczość wysokokontrastowa (przestrzenna) mierzona w polu akwizycyjnym FOV=50 cm w punkcie 2% krzywej MTF". Dla powyższego parametru w kolumnie „warunek" określił następującą wartość „≥15 pl/cm" oraz określił w kolumnie zatytułowanej „skala oceny punktowej za parametry poddane ocenie" następujące wartości punktowe: „0-20 pkt, 0-wartośc graniczna, 20-wartość największa, pozostałe proporcjonalnie".

Ponadto Izba ustaliła, iż w załączniku nr 3 do SIWZ w wierszu litera I zatytułowanym „Oprogramowanie zainstalowane na konsoli lekarskiej" zawarł w kolumnie zatytułowanej „Parametry graniczne i oceniane" następujący zapis jako punkt nr 24 „Oprogramowanie do pomiarów dróg oddechowych (drzewa oskrzelowego) umożliwiające automatyczny pomiar światła i grubości ścian poszczególnych dróg oddechowych". Dla powyższego parametru w kolumnie „warunek" zawarł następujący zapis: „Tak, Thoracic VCRA" oraz określił w kolumnie zatytułowanej „skala oceny punktowej za parametry poddane ocenie" dla słowa TAK – 10 pkt, dla NIE – 0 pkt. Ponadto załącznik nr 3 do SIWZ na ostatniej stronie zawiera następujący zapis: „Punktacja za poszczególne parametry wyliczana będzie z proporcji z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku".

Z oferty wykonawcy Synektik S.A. wynika, iż w zakresie parametru I (oprogramowanie zainstalowane na konsoli lekarskiej) pkt 24 (oprogramowanie do pomiarów dróg oddechowych (drzewa oskrzelowego) umożliwiające automatyczny pomiar światła i grubości ścian poszczególnych dróg oddechowych) wykonawca wpisał w kolumnie „parametry oferowane przez wykonawcę" słowo „NIE" (str. 15 oferty).

Z oferty wykonawcy PROMED S.A. wynika, iż w zakresie parametru E (parametry jakości obrazu) pkt 1 załącznika nr 3 do SIWZ. tj. „Rozdzielczość wysokokontrastowa (przestrzenna) mierzona w polu akwizycyjnym FOV=50 cm w punkcie 2% krzywej MTF" wskazana została w kolumnie „parametry oferowane przez wykonawcę" wartość 18,7 pl/cm w osi Z oraz wartość 15,1 pl/cm w osi XY (str. 37 oferty).

Z przesłanego przez Zamawiającego wraz z dokumentacją postępowania formularza zatytułowanego „Zestawienie parametrów do opisu i oceny jakościowej przedmiotu zamówienia" wynika, że Zamawiający zastosował poprawny wzór do wyliczenia punktów w każdym parametrze ocenianym metodą proporcjonalności. Jednakże dla parametru I.24 załącznika nr 3 do SIWZ (pkt I.4 zestawienia) ofercie wykonawcy Synektik przydzielił 10 pkt, pomimo, że ten wykonawca nie potwierdził, że posiada „Oprogramowanie do pomiarów dróg oddechowych (drzewa oskrzelowego) umożliwiające automatyczny pomiar i światła i grubości ścian poszczególnych dróg oddechowych". Ponadto, w punkcie E.1 („Rozdzielczość wysokokontrastowa (przestrzenna) mierzona w polu akwizycyjnym FOV=50 cm w punkcie 2%

krzywej MTF") przyznał wykonawcy PROMED S.A. (pkt E.1 zestawienia) 0,31 pkt przy

zaoferowanej wartości dla tego parametru 18,7 pl/cm zamiast 11,56 pkt. Powyższa różnica spowodowała, iż oferta Synektik S.A. otrzymała w zakresie parametrów technicznych o 10 punktów więcej, zaś oferta PROMED S.A. w zakresie parametrów technicznych otrzymała 11,25 punktu mniej. Zamawiający w toku rozprawy potwierdził, iż powyższe zestawienie obrazuje sposób wyliczenia punktacji poszczególnych ofert w zakresie parametrów technicznych, zaś kwestionowane przez Odwołującego różnice są wynikiem błędów.

Błędnie określona dla pkt I.24 (dla oferty Synektik S.A.) i błędnie wyliczona dla pkt E.1 (dla oferty PROMED S.A.) wartość punktowa doprowadziły do wyliczenia punktów w liczbie wskazanej w piśmie z dnia 18.03.2011 r. zawierającym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zgodnie z powyższym pismem za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Synektik S.A. uzyskując łącznie w ramach kryteriów oceny ofert 92,7037 punktów. Oferta złożona przez Odwołującego się wykonawcę PROMED S.A. została sklasyfikowana na drugim miejscu uzyskując łącznie 89,9248 punktów.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że ocena naruszenia przez Zamawiającego określonych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp jest każdorazowo rozpatrywana w zakresie dokonanej przez Zamawiającego czynności, bądź zaniechania. Tym samym to wskazane przez Odwołującego podstawy faktyczne decydują o potwierdzeniu, bądź nie potwierdzeniu zarzutu podniesionego w ramach wniesionego środka ochrony prawnej. Izba wskazuje, iż o istnieniu zarzutu decydują dwa czynniki – przepis, który w ocenie odwołującego został naruszony przez zamawiającego oraz sposób jego naruszenia, tj. czynność lub zaniechanie, które stanowi podstawę faktyczną zarzutu. Powyższe wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, który wskazuje, iż odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy (…). Powyższe wskazuje, iż zarzut zawarty w odwołaniu formułowany jest wobec określonej czynności lub zaniechania czynności, które to działanie lub zaniechanie należy odnieść do konkretnego przepisu ustawy Pzp.

W niniejszym przypadku podstawę faktyczną zarzutów stanowi czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Synektik S.A. będąca skutkiem niezgodnego z treścią załącznika nr 3 sposobu wyliczenia punktów w zakresie parametru I.24 dla wykonawcy Synektik S.A. oraz w zakresie punktu E.1 dla wykonawcy PROMED S.A.

Po drugie Izba uznała, iż Zamawiający wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie sygn. akt KIO 354/11 winien dokonać oceny ofert w ramach kryteriów oceny w oparciu o wzór arytmetyczny zaprezentowany w powyższym postępowaniu odwoławczym

przez wykonawcę PROMED S.A. Powyższy wzór został również przedstawiony wraz z odwołaniem wniesionym w niniejszej spawie przez wykonawcę PROMED S.A.

Zamawiający potwierdził, iż wykonując orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 354/11 posłużył się powyższym wzorem, jednakże wyliczając punkty dla poszczególnych parametrów technicznych błędnie określił liczbę punktów dla wykonawców Synektik S.A. oraz PROMED S.A. odpowiednio dla parametrów I.24 oraz E.1.

Izba w niniejszym składzie podziela w całej rozciągłości przedstawioną w treści odwołania przez wykonawcę PROMED S.A. symulację. Biorąc pod uwagę następujące dane:
- dla parametru I.24 - odpowiedź PROMED: TAK, odpowiedź Synektik: NIE. Mając na uwadze, że za potwierdzenie parametru Zamawiający przyznawał 10 pkt (bezsporne) tyle powinien otrzymać Odwołujący, zaś wykonawca Synektik S.A. winien w ramach tego parametru otrzymać 0 punktów.
- dla parametru E.1 - wartość graniczna 15 pl/cm, wartość PROMED: 18,7 pl/cm, wartość TMS: 21,4 pl/cm, wartość Synektik: 16,4 pl/cm. Jak wynika bowiem z analizy dołączonego do druku ZP-21 „Zestawienia parametrów do opisu i oceny jakościowej przedmiotu zamówienia” Zamawiający przyjął dla wykonawcy PROMED S.A. wartość 18,7 pl/cm. Podstawiając te dane do obowiązującego wzoru PROMED S.A. winien otrzymać 11,56 pkt.; TMS - 20 pkt., zaś Synektik S.A. - 4,38 pkt., Zamawiający w przedstawionym wyliczeniu wskazał jednak, iż wykonawca PROMED S.A. otrzymał za ten parametr 0,31 punktu, i to biorąc pod uwagę, iż przyjął dla tego parametru wartość 18,7 pl/cm.

Zdaniem Odwołującego w rezultacie suma punktów za poszczególne parametry oceniane powinna wynosić:

PROMED - 256,14, Synektik - 240,72. Podstawiając te wartości do wzoru zawartego w rozdziale XII SIWZ otrzymujemy następujące wyniki PROMED - 33,59, Synektik - 31,57. Zaś suma punktów za poszczególne kryteria u dwóch rywalizujących wykonawców powinna wynosić: PROMED - 84,45, Synektik - 84,27. Powyższe oznacza, że to oferta PROMED S.A. jest ofertą najkorzystniejszą.

Izba podziela zaprezentowane w treści odwołania stanowisko Odwołującego wskazujące, że biorąc pod uwagę treść złożonych przez wykonawców ofert w poz. I.24 załącznika nr 3 do SIWZ oferta Synektik winna otrzymać 0 pkt, a w poz. E.1 tego załącznika oferta PROMED S.A. winna otrzymać 11,56 pkt, a tym samym, że łącznie w kryterium „Parametry techniczne" oferta PROMED S.A. powinna uzyskać 256,14 pkt., a oferta Synektik 240,72 pkt., co daje po uwzględnieniu wagi tego kryterium odpowiednio 33,59 pkt dla PROMED S.A. i 31,57 pkt dla Synektik S.A.

Nieprawidłowe przyznanie wykonawcy Synektik S.A. punktów w zakresie parametru I.24 załącznika nr 3 do SIWZ zostało w toku rozprawy przyznane również przez Przystępującego, tj. wykonawcę Synektik S.A. Wobec powyższego Izba uznała ten fakt za niesporny.

Biorąc pod uwagę argumentację zaprezentowaną przez Przystępującego należy wskazać, iż Zamawiający dla ocenianego parametru E.1 załącznika nr 3 do SIWZ „Parametry jakości obrazu" w ramach jego opisu „Rozdzielczość wysokokontrastowa (przestrzenna) mierzona w polu akwizycyjnym FOV=50 cm w punkcie 2% krzywej MTF" nie sprecyzował dla której z osi wymaga podania w tym zakresie wartości tego parametru.

Jednakże, co wynika jednoznacznie z przekazanego przez Zamawiającego wraz z dokumentacją postępowania „Zestawienia parametrów do opisu i oceny jakościowej przedmiotu zamówienia" Zamawiający dla parametru E.1 przyjął dla wykonawców TMS Spółka z o.o., Synektik S.A. oraz PROMED S.A. odpowiednio następujące wartości 21,4 pl/cm, 16,4 pl/cm oraz 18,7 pl/cm.

Biorąc pod uwagę powyższe wartości parametrów, w ocenie Izby, zostało przez Odwołującego wykazane, iż Zamawiający w toku czynności oceny ofert w oparciu o określone w SIWZ kryteria błędnie ustalił punktację dla dwóch parametrów, co w konsekwencji spowodowało zawyżenie przyznanej liczby punktów wykonawcy Synektik S.A. oraz zaniżenie przyznanej liczby punktów wykonawcy PROMED S.A. Powyższa okoliczność została potwierdzona przez Zamawiającego, jak również w odniesieniu do parametru I.24 przez samego Przystępującego.

Przyznanie przez Zamawiającego innych wartości punktowych w przypadku oferty PROMED S.A. oraz oferty Synektik S.A. jest niezgodne z postanowieniami SIWZ wyrażonymi w załączniku nr 3. Oznacza to, iż Zamawiający w sposób nieprawidłowy przyznał punkty wykonawcom Synektik S.A. oraz PROMED S.A., który to błąd doprowadził do nieprawidłowego ustalenia pozycji poszczególnych wykonawców w rankingu ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż wskutek przyznania wykonawcom Synektik S.A. oraz PROMED S.A. nieprawidłowej ilości punktów w zakresie parametrów odpowiednio I.24 oraz E.1 załącznika nr 3 do SIWZ doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

W odniesieniu do powyższego Izba na marginesie pragnie wskazać, iż w toku badania i oceny ofert, celem zachowania zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, porównanie ofert w oparciu o kryteria oceny winno dotyczyć porównywalnych parametrów. Należy wskazać, iż Zamawiający pismem z dnia 17.03.2011 r. wezwał wykonawcę Synektik S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie wartości wskazanej w odniesieniu do parametru E.1, tj. o określenie czy podana przez tego wykonawcę wartość dotyczy pomiaru dokonanego dla płaszczyzny XY czy też osi Z. Wykonawca Synektik S.A. na tak postawione pytanie wyjaśnił, iż zadeklarowana wartość dotyczy pomiaru dokonanego dla płaszczyzny XY. Na analogicznie postawione pytanie wykonawca TMS Spółka z o.o. wyjaśnił,

iż zadeklarowana w jego ofercie wartość dotyczy pomiaru dokonanego dla płaszczyzny XY oraz Z układu akwizycyjnego oferowanego tomografu komputerowego.

Izba wskazuje, iż podziela pogląd wyrażony przez Przystępującego, że Zamawiający aby mógł porównać oferty w postępowaniu musi przyjąć identyczne wytyczne zawarte w

ofertach, zatem oferty powinny być porównywalne. Jednakże Izba wskazuje, iż Zamawiający dokonując interpretacji postanowień SIWZ nie może, w przypadku istnienia wątpliwości interpretacyjnych, wyprowadzać z tego faktu negatywnych konsekwencji dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe jest spowodowane faktem, iż Zamawiający nie określił w treści SIWZ w załączniku nr 3 dla jakiej osi żąda wskazania parametrów w punkcie E1. Tym samym jeżeli brak sprecyzowania przez Zamawiającego konieczności podania parametru E.1 dla określonej osi nie pozwala na dokonanie oceny ofert w oparciu o kryteria techniczne i tym samym wyboru oferty najkorzystniejszej z zachowaniem zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający winien rozważyć konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania w oparciu o przesłankę wskazaną w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

II. W odniesieniu do zarzutu niewykonania nakazu Krajowej Izby Odwoławczej zawartego w wyroku z 25 lutego 2011 r. (sygn. KIO/354/11) poprzez zaniechanie dokonania czynności oceny ofert w sposób zgodny z postanowieniami załącznika nr 3 do SIWZ oraz załącznika nr 4 do odwołania PROMED S.A. z dnia 21.02.2011 r., wskutek czego doszło do naruszenia art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp (stosowanym przez analogię) Izba wskazuje, iż zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze należy wskazać, iż, iż adresatem normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp nie jest podmiot zamawiający, a więc nie można uznać, iż jakiekolwiek czynności przedsiębrane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego mogły doprowadzić do naruszenia powyższego przepisu. Adresatem normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie jest Krajowa Izba Odwoławcza w składzie rozpatrującym określone odwołanie. Powyższy przepis określa uprawnienia Izby w zakresie czynności, do dokonania których może ona zobowiązać zamawiającego w przypadku uwzględnienia odwołania wniesionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Po drugie wskazany przez Odwołującego art. 186 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy szczególnego przypadku, tj. sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Wobec powyższego w niniejszym stanie faktycznym brak jest podstaw do uznania, iż powyższa norma prawna może mieć zastosowania do czynności, bądź zaniechań Zamawiającego. Wszakże w niniejszym stanie faktycznym Zamawiający uwzględnił odwołanie, jednakże wskutek wniesienia sprzeciwu przez Przystępującego, Izba jest

zobligowana do rozpoznania odwołania, nie będąc sama związana żądaniami podniesionymi przez Odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielnie zamówienia. Powyższy przepis zakreśla dodatkową przesłankę, poza brakiem stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp, wskazującą na brak możliwości uwzględnienia przez Izbę odwołania, nawet w przypadku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp. Otóż uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący, biorąc pod uwagę treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp wskazał w toku rozprawy, iż biorąc pod uwagę interpretację zapisów SIWZ została zawyżona przedstawiona do oceny przez Zamawiającego dla wykonawcy PROMED S.A. wartość 18,7 pl/cm w zakresie parametru E.1. Wskazał on, iż nie kwestionuje zawyżenia oceny oferty Syntektik S.A. w zakresie parametru I.24 o 10 punktów, jednakże wskazuje, iż podstawiona do oceny w zakresie parametru E.1 wartość z oferty PROMED S.A., tj. wartość 18,7 pl/cm jest nieprawidłowa, gdyż nie odpowiada ona rzeczywistej wartości tego parametru i w przypadku uwzględnienia rzeczywistej wartości tego parametru oferta Synektik S.A. nadal będzie ofertą najkorzystniejszą. W ocenie Przystępującego zatem przyjęcie jego realnej wartości nie będzie miało wpływu na wynik postępowania, w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Wszakże, jak wskazał w toku rozprawy Przystępujący, Zamawiający jest zobligowany do dokonania w toku badania i oceny ofert wszelkich czynności zmierzających do ustalenia lub wyeliminowania istniejących nieścisłości.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę stanowisko Przystępującego, trudno jest *a priori*

założyć jakie będą wyniki powtórnego badania i oceny ofert. W szczególności trudno jest ustalić jakie mogą być ustalenia postępowania wyjaśniającego dotyczącego kwestionowanego przez Przystępującego parametru. Tym bardziej trudno jest ustalić w obecnej chwili, jakie będą konsekwencji tychże ustaleń i jaki będzie ich wpływ na ranking wykonawców, a zatem na wynik postępowania. Biorąc pod uwagę treść następującego zapisu SIWZ, że Zamawiający zastrzega sobie prawo do sprawdzenia wiarygodności podanych przez wykonawcę parametrów technicznych we wszystkich dostępnych źródłach (Rozdział I – opis przedmiotu zamówienia, pkt 24), trudno jest założyć, jakie ewentualne wątpliwości poweźmie i jakie ustalenia poczyni Zamawiający korzystając z powyższego uprawnienia w toku powtórnego badania i oceny ofert. Wobec powyższego ocena skutków tych czynności jest na

etapie niniejszego postępowania odwoławczego niemożliwa. Nie sposób wszakże wykluczyć sytuacji, iż za ofertę najkorzystniejszą może zostać uznana oferta wykonawcy TMS Spółka z o.o. W ocenie Izby badanie spełnienia przesłanki uregulowanej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp następuje w odniesieniu do zarzutów podniesionych w treści odwołania, gdyż na przeszkodzie do badania spełnienia tejże przesłanki w kontekście innych ewentualnych zaniechań Zamawiającego oraz innych zarzutów dotyczących wadliwości oferty konkurencyjnej stoi norma prawna wyrażona w art. 192 ust. 7 ustawy Pzp zakreślająca granice orzekania. Ponadto takie działanie Przystępującego należy odebrać jako próbę pominięcia drogi odwoławczej celem wyeliminowania z postępowania konkurencyjnej oferty.

Przystępujący, w kontekście normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, przedstawił *de facto* kompilację zarzutów dotyczących niejednoznaczności treści SIWZ (brak określenia dla której osi należy podać parametr E.1), nieporównywalności ofert w zakresie parametru E.1 oraz złożenia przez Odwołującego w treści oferty oświadczenia w zakresie parametru E.1 niezgodnego ze stanem faktycznym. Pomimo braku wskazania naruszonych przepisów powyższa argumentacja jest w swej istocie kompilacją zarzutów podpadających po hipotezę normy prawnej wyrażonej w art. art. 7 ust. 1 (badanie przez Zamawiającego nieporównywalnych parametrów, niedoprecyzowanie wymagań w zakresie ocenianych parametrów technicznych) oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (podanie w ofercie informacji niezgodnych z prawdą). Izba wskazuje, iż Przystępujący, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów zawartych w odwołaniu nie może składać oświadczeń zmierzających do podnoszenia nowych zarzutów wobec oferty konkurencyjnej, w tym wypadku oferty Odwołującego – PROMED S.A. Aby mogło dojść do podważenia oświadczeń złożonych przez wykonawcę PROMED S.A. w złożonej przez niego ofercie należy dokonać powtórnego badania i oceny oferty, tj. czynności których żąda Odwołujący i które zostały zaaprobowane przez Zamawiającego wskutek uwzględnienia odwołania. Dopiero w przypadku uznania oferty Odwołującego za ważną oraz najkorzystniejszą Przystępujący będzie mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej zmierzających do podważenia ewentualnych przyszłych decyzji Zamawiającego będących wynikiem ponowienia czynności badania i oceny ofert. Jeżeli Przystępujący sugeruje, iż oferta Odwołującego jest wadliwa, lub jeżeli sugeruje że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania to winien wnieść odwołanie na zaniechania Zamawiającego w tym zakresie.

Izba nie jest podmiotem uprawnionym do zastępowania Zamawiającego w czynnościach badania i oceny ofert. Izba w ramach swojej kognicji ocenia zgodność czynności Zamawiającego lub dokonanych przez tego ostatniego zaniechań z przepisami ustawy Pzp. Jednakże powyższa ocena ogranicza się jedynie do zarzutów podniesionych w drodze środka ochrony prawnej. Brak jest podstaw do uznania, czego oczekuje 19

Przystępujący, iż Izba rozpatrując niniejsze odwołanie, przewidując przyszłe czynności Zamawiającego, oraz uwzględniając ewentualne wyniki tychże czynności (treść wyjaśnień, ewentualne uzupełnienie dokumentów lub zaniechanie w tej materii) uwzględni ich ewentualne i nieprzewidywalne ze swej natury konsekwencje oceniając, czy w wyniku tychże czynności mogłoby dojść do zmiany rankingu wykonawców a tym samym czy wskutek stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp w ramach niniejszego odwołania dojdzie do wpływu stwierdzonego naruszenia na wynik postępowania. Należy w tym miejscu wskazać, iż treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, iż Izba uwzględnia odwołanie nie tylko jeżeli stwierdzone w toku rozpatrywania odwołania naruszenie przepisów

ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania, ale również wówczas jeżeli takie naruszenie może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zawarty w powyższym przepisie zwrot „może mieć istotny wpływ na wynik postępowania" wskazuje, iż Izba może uwzględnić odwołanie jeżeli istnieje uzasadnione przypuszczenie, że stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp będzie miało istotny wpływ na wynik postępowania. Tym samym, w ocenie Izby, w niniejszym stanie faktycznym nieprawidłowe przyjęcie przez Zamawiającego punktacji dla ofert dwóch wykonawców Synektik i PROMED miało wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp , ponieważ gdyby Zamawiający nie dokonał czynności kwalifikacji punktowej ofert wykonawców niezgodnie z postanowieniami załącznika nr 3 do SIWZ i obowiązującym wzorem, dopuszczając się naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp to oferta Odwołującego, przy zaoferowanych w tejże ofercie wartościach parametru E.1., zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Wówczas Przystępującemu przysługiwałoby prawo do wniesienia środka ochrony prawnej już w dniu 18.03.2011 r. i umożliwiło podnoszenie zarzutów, które podniósł on w niniejszym postępowaniu odwoławczym wobec oferty odwołującego się wykonawcy PROMED S.A.

Izba wskazuje, iż za niedopuszczalne należy przyjąć badanie nowych zarzutów wobec oferty konkurencyjnej pod płaszczykiem ewentualnego ustalenia, czy została spełniona przesłanka do uwzględnienia odwołania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, tj. czy ewentualne stwierdzenie wskazanych przez Odwołującego zarzutów ma wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania przy uwzględnieniu wykazywanych przez Przystępującego okoliczności dotyczących treści oferty Odwołującego, dotychczas nie podnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przystępujący żąda od Izby w trakcie badania spełnienia przesłanki uwzględnienia odwołania w kontekście art. 192 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzenia i analizowania ewentualnych wad oferty Odwołującego, które dotychczas nie były kwestionowane w drodze środków ochrony prawnej. Jak sam wskazał Przystępujący w toku rozprawy, przedstawiając swoją argumentacje na poparcie wniosku o niedopuszczenie dowodu z dokumentu w postaci druku ZP-21 oraz „Zestawienia parametrów do opisu i oceny jakościowej przedmiotu zamówienia", iż art. 192 ust. 7 ustawy Pzp wskazuje,

że odwołanie jest rozpatrywane w granicach jego żądań i w treści odwołania wykonawca PROMED S.A. stwierdził, iż Przystępujący i Odwołujący w zakresie punktów I.24 i E.1 nie otrzymali prawidłowej ilości punktów.

Izba wskazuje, iż Przystępujący, którego rolą było odparcie zarzutów podniesionych w treści odwołania, celem wykazania ich bezzasadności nie odniósł się w tym przedmiocie, jak również w tym zakresie nie przedstawił żadnych okoliczności zmierzających do oddalenia podniesionych zarzutów. Przystępujący skupił się jedyne na wykazaniu braku podstaw do uwzględnienia odwołania w odniesieniu do normy prawnej uregulowanej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp podnosząc niezwiązane z zarzutami zawartymi w odwołaniu okoliczności, zarzuty oraz wnioski dowodowe.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz stwierdzenie naruszenia art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 2.

Przewodniczący:

……

21

22