

WYROK

z dnia 12 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 kwietnia 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2018r. przez wykonawcę ABOOK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Brzostowska 22 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Copernicus Podmiot Leczniczy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Nowe Ogrody 1-6

przy udziale wykonawcy Mercator Medical Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Heleny Modrzejewskiej 30 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 598/18 po stronie zamawiającego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert,

2. Kosztami postępowania obciąża Copernicus Podmiot Leczniczy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Nowe Ogrody 1-6 i:
2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie:

piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ABOOK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Brzostowska 22 tytułem wpisu od odwołania

2.2. Zasądza od Copernicus Podmiot Leczniczy spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdańsku, ul. Nowe Ogrody 1-6 na rzecz wykonawcy ABOOK spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Brzostowska 22 kwotę 18 600 zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego wpisu i kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 598/18
KIO 605/18

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę rękawic chirurgicznych, diagnostycznych i do procedur wysokiego ryzyka zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 listopada 2017r.

za numerem 2017/S 218 - 452984.

W dniu 19 marca 2018r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie 6 jako najkorzystniejsza została wybrana oferta firmy Mercator Medical SA, na drugim miejscu w rankingu ofert znalazł się wykonawca Abook sp. z o.o.

Sygn. akt KIO 598/18

W dniu 29 marca 2018r. odwołanie wniósł wykonawca Abook spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z Warszawy. Odwołanie zostało wniesione przez prezesa zarządu

upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 29 marca 2018r.

Odwołujący uznał, że zamawiający naruszył ustawę przez:

1) wybór w dniu 14 marca 2018 r. jako najkorzystniejszej oferty Mercator Medical SA, podczas gdy oferta odwołującego powinna dostać wyższą liczbę punktów i zostać wybrana.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle ustanowionych w postępowaniu w pakiecie 6 kryteriów oceny ofert;
- 2) art. 38 ust. 4b ustawy przez dokonanie oceny ofert w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób niezajdujący oparcia w zapisach SIWZ;
- 3) art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 13 Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów przez dokonanie oceny oferty odwołującego w pakiecie 6, na podstawie dokumentów nieprzewidzianych przepisami prawa i niewymaganych w postępowaniu;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości w zakresie przyznawania punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert.

Wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny oferty w kryterium jakości „tekstutowanie” oraz przyznania ofercie odwołującego maksymalnej liczby 3 pkt, a konsekwencji:
- 4) wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art 179 ust 1 ustawy, jako wykonawca biorący udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy interes odwołującego doznał uszczerbku, w związku z czym odwołujący może ponieść szkodę. Na skutek nieprawidłowego postępowania zamawiającego w zakresie oceny oferty Mercator Medical SA (dalej jako Mercator), oferta odwołującego została sklasyfikowana na 2 miejscu pod względem kryteriów oceny ofert. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, zamawiający będzie zobowiązany do ponownej oceny ofert i przyznania odwołującemu punktów w kryterium „Parametry jakościowe”, a w konsekwencji odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ to jego oferta powinna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza w części 6 {pakiecie nr 6}.

Kryteriami oceny ofert, zgodnie z § XVI oraz Formularzem asortymentowo cenowym, były w pakiecie 6: cena (80%), parametry jakościowe (20%) w tym tekstuowanie minimum na końcach palców (maks. 3 pkt), poziom AQL po zapakowaniu (maks. 5 pkt) i wytrzymałość na zrywanie po starzeniu (maks. 5 pkt). Jak wynika z Formularza asortymentowo cenowego, część „Parametry ocenienie” pkt 1 w zakresie parametru „Tekstura minimum na końcach palców, zamawiający miał przyznawać punkty w następujący sposób:

„Mikrotekstura na końcach palców- 1 pkt

Tekstura na końcach palców - 2 pkt

Tekstura na całej rękawicy - 3 pkt.

Cena oferty odwołującego wynosiła 2 184 000, 00 zł, natomiast cena oferty Mercator wyniosła 2 222 000, 00. Zamawiający w zakresie kryteriów „poziom AQL po zapakowaniu (maks. 5 pkt)” i „wytrzymałość na zrywanie po starzeniu” przyznał obu ww. oferentom po 8 pkt. Natomiast w kryterium „Teksturowanie minimum na końcach palców” zamawiający przyznał 3 pkt ofercie Mercator i jedynie 2 pkt ofercie odwołującego. Spowodowało to, że w ostatecznym podsumowaniu oferta Mercator została sklasyfikowana na pierwszej pozycji uzyskując o 0,17 pkt więcej niż oferta odwołującego. Okazuje się jednak, że ocena oferty odwołującego w pakiecie 6 została przeprowadzona w sposób nieodpowiadający zapisom SIWZ, zupełnie subiektywny i z naruszeniem podstawowych zasad zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że w zamawiający nie określił jakiego rodzaju tekstura będzie punktowana, nie wskazał także jaki stopień/natężenie teksturowania pozwoli na uzyskanie maksymalnej liczby punktów. Zatem jedyną możliwą interpretacją zapisów Formularza asortymentowo cenowego jest przyjęcie, że wystąpienie tekstury w ogóle na powierzchni całej rękawicy spowoduje przyznanie 3 pkt w omawianym kryterium.

Odwołujący w formularzu asortymentowo cenowym dla pakietu nr 6 (str. 7 oferty) wyraźnie wskazał, że oferowana rękawica Nugard Nitril jest „lekko tekstuowana na całej powierzchni z widoczną i wyczuwalną teksturą na końcach palców” co potwierdził kartą katalogową załączoną do oferty (karta zawiera ten sam zapis, str. 39 oferty). Pomimo tego zamawiający przyznał jedynie 2 pkt, tak jakby rękawica posiadała jedynie teksturę na końcach palców i nie posiadała żadnej tekstury na całej powierzchni.

Warto przy tym zauważyć, że jeśli intencją zamawiającego było przyznawanie 3 pkt za mocną teksturę na całej powierzchni rękawicy, powinien był to wskazać w dokumentacji postępowania. W sytuacji gdy w opisie kryteriów oceny ofert zawartych w Formularzu cenowo asortymentowym brak było tego rodzaju określeń, maksymalną liczbę punktów powinna otrzymać każda rękawica z jakąkolwiek teksturą na całej powierzchni. Zamawiający nie może zmieniać zasad oceny ofert w kryteriach już po otwarciu ofert i decydować, nie mając oparcia w zapisach SIWZ i załącznikach, że jedynie pewnego rodzaju/wielkość tekstura rękawicy będzie oceniona na 3 pkt. W szczególności kiedy ocena ta ma decydujący wpływ na rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w danej części. Zamawiający jest związany opisem kryteriów zamieszczonym przez siebie w dokumentacji przetargowej, a każda wątpliwość czy niejasność może być interpretowana wyłącznie na korzyść wykonawcy.

Zamawiający obecnie, już po wyborze oferty najkorzystniejszej, dokonuje interpretacji określonych przez siebie kryteriów oceny ofert. Zamawiający w dniu 28 marca, w odpowiedzi na pismo odwołującego wskazujące na nieprawidłowość oceny ofert w pakiecie 6, wskazał, że: „zamawiający pragnie zauważyć, iż przez kryterium ocenne teksturowanie na całej powierzchni rękawicy należy rozumieć, co do zasady widoczną i wyczuwalną warstwę teksturowania, pozwalającą na precyzyjną ocenę w sposób jednoznaczny czy teksturowanie na powierzchni całej rękawicy występuje. Dowodzi to niezbiecie, że zamawiający dopiero teraz, próbując uzasadnić wybór oferty dokonuje twórczego rozwinięcia kryterium, wprowadzając zasady oceny, które nie zostały wyrażone w SIWZ i nie były znane oferentom na etapie oceny ofert.

Zamawiający określił w SIWZ na jakiej podstawie dokona oceny ofert złożonych w postępowaniu. Zgodnie z § IX SIWZ pkt 3.d. w razie wątpliwości, czy oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego - zamawiający zastrzega sobie możliwość żądania:

- po 1 sztuce /opakowaniu próbek oferowanego wyrobu (bezpłatnych);
- karty technicznej wyrobu lub karty katalogowej.

Natomiast w załączniku do SIWZ nr 1 do SIWZ - Formularz asortymentowo cenowy co do pakietu 6 wskazano, iż wszystkie informacje podane w tabelach należy potwierdzić dokumentami wystawionymi przez producenta rękawic lub niezależne laboratorium - jednostkę notyfikowaną (raport z badań).

Odwołujący, zgodnie z powyższymi zasadami, dołączył do oferty karty katalogowe producenta potwierdzające wszystkie parametry, w tym parametry punktowane w kryteriach oceny ofert. Zamawiający nie wzywał odwołującego do złożenia próbki rękawic dla pakietu 6. Jak już wskazywano powyżej zarówno w karcie katalogowej producenta dla rękawicy Nugard Nitril, jak i w Formularzu asortymentowo cenowym wypełnionym przez odwołującego w pakiecie 6 zawarto jasną informację, że rękawica posiada lekkie teksturowanie na całej powierzchni. Zatem z dokumentów załączonych do oferty, na podstawie których powinna zostać dokonana ocena ofert wynika jasno, że rękawica jest teksturowana na całej powierzchni, a zatem zamawiający winien przyznać w tym kryterium 3 pkt. Natomiast w protokole postępowania zamawiający zamieścił wydruki ze stron internetowych `info.php?manufacturers_id~1&pr.,;`

...; nitril. gdzie w opisie rękawic wskazano teksturowanie na końcach palców. Jeśli zatem zamawiający podjął decyzję o przyznaniu określonej liczby punktów w kryterium teksturowania na podstawie ww. wydruków ze stron internetowych i pominął treść złożonej wraz z ofertą karty katalogowej producenta, to działanie to jest wprost sprzeczne z ustawą ustawy, w szczególności zasadą przejrzystości prowadzonego postępowania. Zamawiający powinien bowiem dokonać oceny ofert wyłącznie w oparciu o dokumenty złożone wraz z ofertą. Powszechnie wiadomo, że informacje na stronach internetowych nie mogą stanowić pewnego źródła wiedzy na temat specyfiki produktu, zwłaszcza jeśli nie są to strony internetowe, na których można pozyskać szczegółowe informacje dotyczące właściwości określonych produktów. Jedynym kompletnym i pewnym źródłem wiedzy w odniesieniu do oferowanego produktu może być tylko karta katalogowa producenta, z której wynika jasno, że rękawice Nugard Nitril są lekko teksturowane na całej powierzchni.

Zamawiający w sposób nierówny dokonywał oceny ofert w niniejszym postępowaniu w zakresie kryterium teksturowania. Jednocześnie 3 pkt przyznał firmie Mercator za teksturę na całej rękawicy (tekstura biskoptowa + dodatkowa mikrotekstura na palcach), gdzie punktację przyznał tylko i wyłącznie w oparciu o załączoną do oferty kartę producenta. Dokument ten nie mógł stanowić podstawy do określenia czy lekka tekstura jest inna od tekstury biskoptowej. Podobnie w pakiecie 5, gdzie sposób oceny w kryterium teksturowanie został określony identycznie, zamawiający przyznał firmie Skamex sp. z o.o. sp. k. za sformułowanie „Delikatnie teksturowana na całej powierzchni - maksymalną liczbę 3 punktów. Natomiast już w pakiecie 6, w odniesieniu do oferty odwołującego, zamawiający uznał sformułowanie „Lekko teksturowana na całej powierzchni z widoczną i wyczuwalną teksturą na końcach palców za wskazujące na teksturę jedynie na końcach palców i jedynie za to przyznał punkty. Takie działanie zamawiającego wskazuje wprost na subiektywność dokonywanej oceny i naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, co doprowadziło wprost do niezgodnego z przepisami ustawy wyboru oferty najkorzystniejszej. Znaczące jest, że w zakresie Pakietu nr 5 zamawiający zmienił zdanie i przyznał mniejszą liczbę punktów firmie Skamex (informując o tym w piśmie z 28 marca) na skutek poinformowania przez odwołującego, że doszło do nierównego traktowania w postępowaniu. W dniu 30 marca 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 30 marca 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Mercator Medical SA podnosząc, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jedynie w przypadku oddalenia odwołania jego oferta pozostanie najkorzystniejsza, a on będzie miał szansę na realizację zamówienia. Zgłoszenie zostało podpisane pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 marca 2018r. udzielone przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w odpisie z KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 30 marca 2018r.

W dniu 11 kwietnia 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania. Podniósł, że

zarzuty są bezpodstawne i nieuzasadnione. Co do oceny teksturowania zamawiający podniósł, że odwołujący otrzymał w tym kryterium 2 pkt. za teksturowanie na końcach palców. Zaoferował rękawice Nugard Nitryl produkowane w Malezji przez Terang Nusa. Ze specyfikacji na stronie odwołującego oraz na stronach internetowych innych podmiotów wynika według zamawiającego bezspornie, że posiadają one jedynie teksturowanie na końcówkach palców, a nie na całej powierzchni rękawicy. Zamawiający jest uprawniony do weryfikacji parametrów zaoferowanych rękawic. Przyznał punkty zgodnie z przyjętą w siwz punktacją. Zamawiający ma prawo weryfikowania prawdziwości informacji z różnych źródeł, w tym samodzielnie lub od innych wykonawców. Zarzut zatem jest nietrafny. Co do zarzutu naruszenia art. 38 ust. 4 ustawy, to także jest on nietrafny, gdyż na rękawicy brak jest wyczuwalnego teksturowania, a zgodnie z wyrokiem KIO sygn.. akt KIO 980/17 teksturowanie winno być możliwe do ustalenia wizualnie i namacalnie, a nie pod mikroskopem. Według zamawiającego ten wymóg ma służyć temu, aby rękawica nie była śliska i przedmioty z ręki nie wypadły, zatem lekkie niewyczuwalne teksturowanie nie daje podstaw do przyznania punktów. Zamawiający stoi na stanowisku, że od momentu opublikowania siwz nie zamierzał punktować tekstury niewidocznej i niewyczuwalnej, a wykonawcy nie żądali doprecyzowania tego pojęcia. Zamawiający nie miał wątpliwości co do sposobu teksturowania na rękawicy odwołującego, a zatem nie miał podstaw do wzywania go do składania próbek czy kart technicznych wyboru. Zamawiający posiada rękawice oferowane przez odwołującego, zatem informacje na stronie producenta jedynie potwierdziły, że oferowane rękawice posiadają teksturowanie jedynie na końcówkach palców. Ustalenie kryterium teksturowania nie narusza przepisów ustawy. Oferty były ocenione według tych samych zasad, a zamawiający ograniczył subiektywizm do minimum. Postawione kryterium miało znaczenie dla zamawiającego i odzwierciedlało jego potrzeby. Według zamawiającego zasada równego traktowania nie doznała uszczerbku, gdyż wszyscy wykonawcy byli traktowani w sposób jednakowy. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia przez wskazanie parametrów granicznych - minimalnych i maksymalnych, ale nie prowadziło to do wskazania na konkretny produkt, a miało służyć wyborowi najużyteczniejszych rękawic.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, siwz wraz z załącznikami na dzień 21 grudnia 2017r., złożonych ofert, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W § IX pkt. 3 siwz - oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków oraz brak podstaw do wykluczenia, zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie aktualnych na dzień złożenia następujących dokumentów:

d) W razie wątpliwości, czy oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego - zamawiający zastrzega sobie możliwość żądania:

- po 1 sztuce /opakowaniu próbek oferowanego wyrobu (bezpłatnych);
- karty technicznej wyrobu lub karty katalogowej;

W § XVI siwz - opis kryteriów wyboru ofert oraz sposób oceny ofert zamawiający podał, że :

1. Przy wyborze oferty zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami i ich znaczeniem:

1.2. Dla Pakietów 1,2,3,4,5,6 i 8

1. Cena - waga kryterium 80 %

Liczba punktów jaką można uzyskać w kryterium cena, obliczona zostanie na podstawie następującego wzoru:

$$P1 = C_{min} / C_o \times 80$$

P1 - punkty ocenianego kryterium

C_{min} - najniższa cena ze złożonych ofert

C_o - cena ocenianej oferty

Wykonawca może uzyskać maksymalnie 80 pkt.

2. Parametry jakościowe - waga kryterium 20%

Liczba punktów jaką można uzyskać w kryterium cena, obliczona zostanie na podstawie następującego wzoru:

$$P2 = J_b / J_{\max} \times 20$$

P2 - punkty ocenianego kryterium

J_{max} - największa suma punktów pośród wszystkich badanych ofert

J_b - suma punktów otrzymanych na podstawie parametrów oceny jakości oferty badanej wykonawca może uzyskać maksymalnie 20 pkt.

Zamawiający zsumuje „małe” punkty za parametry podlegające ocenie wg opisów dla poszczególnych pakietów podanych w Formularzu asortymentowo-cenowym i uzyskane sumy podstawia do wzoru.

2. Poszczególne kryteria oceny ofert ocenione zostaną na podstawie danych wpisanych przez wykonawcę w wypełnionym formularzu ofertowym oraz formularzu asortymentowo-cenowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.

3. Punkty przyznane w poszczególnych kryteriach danej ofercie zostaną do siebie dodane.

4. Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta uzyskała największą liczbę punktów.

W załączniku asortymentowo - cenowym dla pakietu nr 6 - Rękawice diagnostyczne nitrylowe rozmiary XS, S, M, L, XL, zamawiający m. in. oceniał kryterium:

1 Teksturowane minimum na końcach palców:

Teksturowanie:

- Mikrotekstura na końcach palców - 1 pkt
- Tekstura na końcach palców - 2 pkt
- Tekstura na całej rękawicy - 3 pkt

Wszystkie informacje podane w tabelach należy potwierdzić dokumentami wystawionymi przez producenta rękawic lub niezależne laboratorium- jednostkę notyfikowaną (raport z badań). Parametry podlegające ocenie obowiązkowo należy zakreślić w dołączonych dokumentach w widoczny sposób

Zamawiający w pakiecie 6 podczas otwarcia ofert podał następujące informacje:

Mercator Medical S.A., ul. H. Modrzejewskiej 30 31-327 Kraków - 2 222 400zł.

Skamex Sp. z o.o. ul. Częstochowska 38/52 93-121 Łódź - 2 172 000zł.

ZARYS International Group Sp. z o.o. ul. Pod Borem 18 80-803 Gdańsk - 2 312 064zł.

ABOOK Sp. z o.o. ul. Brzostowska 22 04-985 Warszawa - 2 184 000zł.

Szacunek Zamawiającego (kwoty przeznaczone na sfinansowanie zamówienia w poszczególnych Pakietach) - 2 340 000zł.

W informacji o wyniku postępowania w pakiecie 6 zamawiający podał, że

Mercator Medical S.A., ul. H. Modrzejewskiej 30 31-327 Kraków - uzyskał w kryterium

pozacenowym 16,92 pkt, w kryterium ceny - 78,19 pkt i łącznie - 95,11 pkt

Skamex Sp. z o.o. ul. Częstochowska 38/52 93-121 Łódź - uzyskał w kryterium

pozacenowym 7,69 pkt, w kryterium ceny - 80,00 pkt i łącznie - 87,69 pkt

ZARYS International Group Sp. z o.o. ul. Pod Borem 18 80-803 Gdańsk - nie podlegał

ocenie

ABOOK Sp. z o.o. ul. Brzostowska 22 04-985 Warszawa - uzyskał w kryterium pozacenowym 15,38 pkt, w kryterium ceny - 79,56 pkt i łącznie - 94,94 pkt

W załączniku nr 1 dla pakietu 6 wykonawca Abook na str. 7 oferty zawarł oświadczenie, że oferuje lekko teksturowane rękawice na całej powierzchni z widoczną i wyczuwalną teksturą na końcach palców dla tego pakietu wykonawca zaoferował Nugard Terang Terang Nusa/ nit-TE-NUG_B- rozmiar. Na str. 39 znajduje się karta danych technicznych dla tego produktu, gdzie producent oświadczył, że rękawica jest lekko teksturowana na całej powierzchni z widoczną i wyczuwalną teksturą na końcach palców.

Z wydruku ze strony mercatormedical.eu wynika, że rękawice Nitrylex PF classic mają powierzchnię fakturowaną na końcach palców, analogiczna informacja wynika z instrukcji użytkownika tych rękawic.

Ze specyfikacji zamawiającego do zamówienia nr D10.251.63.T.2015 wynika, że zamawiający na potwierdzenie zgodności z siwz wymagał badań producenta na zgodność z normą, kart danych technicznych, wyników badań niezależnych laboratoriów lub dokumentów producenta, zaś w kryterium parametry jakościowe zamawiający poddawał ocenie opisy dla poszczególnych pakietów podanych w formularzu asortymentowo - cenowym. Z ówczesnego formularza asortymentowo-cenowego wynikało, że odwołujący w pakiecie 6 zaoferował te same co obecnie rękawice i zawarł deklarację lekko teksturowane na całej powierzchni z widoczną i wyczuwalną teksturą na końcach palców. Ocena tego parametru była identyczna jak w spornym postępowaniu. Według informacji o wynikach postępowania i niezaprzeczonej tezie odwołującego wówczas odwołujący otrzymał 3 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

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

Izba nie dopatrzyła się podstaw odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy. Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może

ponieść szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia, co stanowi o dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle ustanowionych w postępowaniu w pakiecie 6 kryteriów oceny ofert;

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 4b ustawy przez dokonanie oceny ofert w zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert w sposób nieznajdujący oparcia w zapisach SIWZ;

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 13 Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów przez dokonanie oceny oferty odwołującego w pakiecie 6, na podstawie dokumentów nieprzewidzianych przepisami prawa i niewymaganych w postępowaniu;

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości w zakresie przyznawania punktów w pozacenowych kryteriach oceny ofert.

Izba postanowiła rozpoznać wszystkie zarzuty łącznie, gdyż w istocie przesądzenie o zarzucie dotyczącym oceny ofert będzie miało wpływ na ocenę wszystkich pozostałych zarzutów. Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Zamawiający w kryterium teksturowanie użył dwóch pojęć „mikroteksturowanie” i „teksturowanie”. W siwz brak jest definicji tych pojęć, nie ma także legalnej definicji tych pojęć. Zamawiający utożsamiał te pojęcia z właściwościami antypoślizgowymi, jednak ta okoliczność nie wynikała z użytych przez zamawiającego pojęć. Sam zamawiający przyznał na rozprawie, że ocena tych pojęć może mieć charakter subiektywny. Zamawiający nie wskazał, co rozumie pod pojęciem mikrotekstura, więc nie sposób uznać, że jest to tekstura widoczna przy użyciu mikroskopu. Przedrostek mikro

wywodzi się z greckiego słowa micros i oznacza coś bardzo małego i oczywiście ma odniesienie do jednostek układu SI jako 10^{-6} , jednak nie można ustalić w jaki sposób zamawiający będzie oceniał bardzo małą teksturę i jak ją odróżni od tekstury bez tego przedrostka. Rację ma odwołujący, że zamawiający nie posłużył się pojęciem „widocznej”, „wyróżnionej”, „wyczuwalnej”, „porowatej”, „drobnoziarnistej”, „średnio- gruboziarnistej” struktury na powierzchni rękawicy, które mogłyby wskazywać na obiektywnie mierzalne kryteria postawionego wymagania. Zamawiający nie wprowadził także pojęcia jednakowej tekstury, czyli nie doprecyzował, że tekstura musi być taka sama na całej powierzchni rękawicy. Zgodnie z motywem 99 Dyrektywy 2014/24/UE „Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów zapewniających przestrzeganie zasad przejrzystości, niedyskryminacji i równego traktowania, z myślą o zagwarantowaniu obiektywnego porównania relatywnej wartości ofert, tak aby ustalić - w warunkach efektywnej konkurencji - która z ofert jest najkorzystniejsza ekonomicznie.” Zamawiający dopuścił zaoferowanie mu rękawicy o powierzchni teksturowanej (biskoptowej z dodatkową teksturą na końcach palców) oceniając taką rękawicę jako teksturowaną na całej powierzchni rękawicy przyznając maksymalną ilość 3 pkt i jednocześnie nie uznał za zasługującą na 3 pkt. rękawicy „lekko teksturowanej na całej powierzchni z widoczną i wyczuwalną teksturą na końcach palców”. Przy czym obie deklaracje wynikały nie tylko z oświadczeń samych wykonawców, ale danych z kart technicznych. W ocenie Izby nie logiczne jest rozumowanie zamawiającego, że jeśli coś nie jest jednocześnie wyczuwalne i widoczne, to tego nie ma. Trudno bowiem stwierdzić czy przez lekkie otekstutowanie producent miał na myśli teksturę niewidoczną ale wyczuwalną, czy też może widoczną, a niewyczuwalną, czy też widoczną pod mikroskopem, lub brak tekstury. Zamawiający sam określił sposób oceny kryterium na podstawie opisów z formularzy asortymentowo cenowych potwierdzonych danymi technicznymi producentów lub badaniami jednostek notyfikowanych. Odwołujący złożył oświadczenie i kartę danych technicznych producenta, oba te dokumenty były zgodne, co do treści i wskazywały na lekkie tekstutowanie całej powierzchni rękawicy. Biorąc pod uwagę, że zamawiający nie przyłożył żadnych mierzalnych kryteriów co do stopnia teksturowatości za którą będzie przyznawał punkty, to rację należało przyznać odwołującemu, że przysługiwało mu 3 punkty, za każdą teksturę powierzchni rękawicy wykazaną oświadczeniem i potwierdzoną danymi producenta. W ocenie teza przeciwna powodowałaby, że zamawiający nie mógłby w ogóle porównać ofert, gdyż każdy z wykonawców mógłby twierdzić, iż tylko jego rodzaj otekstutowania zamawiający miał na myśli formułując wymagania siwz. W Izbie panuje ugruntowana wieloletnia zasada, że wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy, tym samym skoro zamawiający zdecydował się na kryterium subiektywne musi liczyć się także z konsekwencjami tego faktu i przez swoje działania nie może prowadzić do nierównego traktowania wykonawców. Tym samym Izba uznała, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez dokonanie oceny ofert według własnej interpretacji kryterium parametry jakościowe, którego dokonał dopiero po otwarciu ofert. Mając to na uwadze Izba doszła do przekonania, że zamawiający naruszył także art. 38 ust. 4 ustawy i art. 7 ust. 1 ustawy. Izba natomiast dała wiarę zamawiającemu, że ocenił ofertę odwołującego w oparciu o oświadczenie z formularza asortymentowo - cenowego i karty danych technicznych, a inne elementy jak odczucia personelu, czy wydruki ze stron internetowych miały znaczenie jedynie pomocnicze i dlatego uznała, że zamawiający nie naruszył art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z par. 13 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt 1 ustawy uwzględniając odwołanie i nakazując zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 pkt. 1 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 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z kosztami wpisu i zastępstwa prawnego w kwocie 3 600zł, zgodnie ze złożoną fakturą z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczalnej przez rozporządzenie.

Przewodniczący:.....