

Sygn. akt: KIO 1934/10

WYROK
z dnia 22 września 2010 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawcę CANDELA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Czarnieckiego 72 01-541 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Główny Inspektorat Ochrony Środowiska z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa

przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego **wykonawcy MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Myśluborskiej 89, 60-432 Poznań** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę CANDELA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Czarnieckiego 72 01-541 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawcę CANDELA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Czarnieckiego 72 01-541 Warszawa**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający **Główny Inspektorat Ochrony Środowiska z siedzibą w Warszawie** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą **Zakup spektrometru absorpcji atomowej z kuwetą grafitową - 39 szt.** (oznaczenie postępowania: ZP2/DM/5211-01/10/ABA) opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 27 lipca 2010 roku pod numerem 2010/S 143-220442.

2 września 2010 roku Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wyniku postępowania przesyłając pismo zatytułowane *Informacja o wyniku postępowania*.

Za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawcę MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Myśluborskiej 89, 60-432 Poznań, zaś oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Zamawiający dokonał oceny ofert zgodnie z kryteriami wskazanymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i przyznał wykonawcy wybranemu w postępowaniu 90,22 punktów, natomiast Odwołującemu 88,09 punktów.

8 września 2010 roku Odwołujący - wykonawca CANDELA Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj.:

- ~ art. 7 - wobec nierównego traktowania wykonawców ubiegających się o zamówienie,
- ~ art. 91 ust. 1 tj. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w wyniku nieprawidłowej jej oceny w zakresie spełnienia wymogu „rozcieńczania próbek w technice płomieniowej w trybie on-line ” - tj. punktu 2 tabeli parametrów ocenianych str. 16 SIWZ.

oraz wnosząc o:

- ~ unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
- ~ powtórzenie czynności oceny ofert, zgodnie z zasadami i sposobem określonym w SIWZ, oraz
- ~ wybór oferty najkorzystniejszej z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący, wykazuje w odwołaniu, iż posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Zarzuty podnoszone w treści odwołania dotyczą wadliwej czynności oceny oferty MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o., w wyniku której Zamawiający uznał, że parametr techniczny opisany w punkcie 2 tabeli oceny technicznej „dodatkowe parametry” w ofercie MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o. został spełniony i przyznał tej ofercie maksymalną liczbę punktów (3 pkt.). W przypadku prawidłowej oceny oferty MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o., oferta ta powinna w zakresie przedmiotowego parametru uzyskać 0 pktów - zgodnie z opisem sposobu oceny zawartym w SIWZ. Powyższe rzutuje na ostateczny wynik postępowania, w którym bilans punktacji za kryterium „ceny” i „innych kryteriów” jest korzystny dla Odwołującego co oznacza wypełnienie materialno-prawnej przesłanki dotyczącej uszczerbku interesu prawnego wykonawcy CANDELA Sp. z o.o.

Odwołujący uzasadnia następująco swoje stanowisko wyrażone w odwołaniu:

Odwołujący podnosi, iż w Rozdziale XII SIWZ dotyczącym „opisu kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert”, w zakresie sposobu oceny innych poza ceną kryteriów podał Zamawiający sposób obliczania punktów:

„Ocena punktowa oferty „x” = suma punktów za poszczególne inne kryteria/0,45 x znaczenie kryterium (0,4)”

W zakresie ilości punktów za spełnienie poszczególnych parametrów dodatkowych - w punkcie 2 tabeli „dodatkowe kryteria” Zamawiający zapisał:

„W technice płomieniowej - rozcieńczanie próbek w trybie on-line tzn. podczas trwania pomiaru - aspiracji próbki jeśli próbka jest poza zakresem krzywej kalibrowania:

- Tak - 3 pkt.

- Nie - 0 pkt.”

W dniu 27 sierpnia 2010 r., zamawiający zwrócił się do firmy MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o. z żądaniem udzielenia wyjaśnień w zakresie spornego parametru wskazując, że w przypadku, gdy przedmiotem oferty jest „autosampler do techniki płomieniowej typ As52S, to zgodnie z opisem z instrukcji obsługi

jest on wyposażony w moduł strzykawki do dozowania rozcieńczania oraz komorę mieszania co wskazuje na pracę w trybie „off - line”, gdyż rozcieńczanie następuje w osobnym naczyniu (komora mieszania), a w trakcie tej operacji niemożliwy jest pomiar i aspiracja próbki” W dniu 30 sierpnia 2010 r. firma MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o. udzieliła odpowiedzi na pytanie Zamawiającego, potwierdzając że: W punkcie 4 i) formularza ofertowego „dodatkowe parametry” odpowiadającym punktowi 2 z tabeli zawartej w SIWZ - zaoferowano automatyczny podajnik typ As52S. Dodatkowo, firma MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o. wyjaśniła, że oferowany podajnik jest dodatkowo wyposażony w specjalny zawór SFS 6, który umożliwi zmianę drogi próbki podczas trwania pomiaru. Jeżeli zasysana próbka jest poza zakresem krzywej kalibracyjnej, zawór włącza się na dozowanie rozcieńczalnika, następnie po rozcieńczeniu przełącza się z powrotem i dozuje próbkę rozcieńczoną. W ocenie Odwołującego przedstawione przez firmę MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o. wyjaśnienie potwierdza, że rozcieńczanie następuje po przerwaniu pomiaru i aspiracji próbki, zatem nie jest realizowane zgodnie z opisem wymagań zamawiającego w trybie on-line.

Odwołujący uzasadnia, iż autosampler As52S oferowany przez MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o. wyposażony jest w moduł strzykawki do dozowania rozcieńczalnika, oraz komorę mieszania co od razu wskazuje na pracę w trybie poza linią tzn. „off-line”, gdyż rozcieńczanie następuje w oddzielnym naczyniu (komora mieszania) a w trakcie tej operacji nie możliwy jest pomiar i aspiracja próbki. Określenie on-line tzn. na linii, dowodzi Odwołujący, oznacza wykonanie bezpośredniego rozcieńczania w czasie rzeczywistym. Autosampler As52S wyposażony w zawór SFS6 nie ma możliwości wykonania takiej operacji ponieważ musi odłączyć z linii dozowania naczynie z próbką i w trakcie rozcieńczania przełączyć zawór na dozowanie rozcieńczalnika. Jest to operacja, która wymaga przerwania aspiracji próbki, więc nie spełnia wymogu określonego w tabeli parametrów punktowanych. Autosampler As52S wyposażony jest w jedno ramię z igłą dozującą. Operacja rozcieńczania próbki wymaga zgodnie z wyjaśnieniem MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o. pobrania próbki i przeniesienia jej do naczynia, w którym wykonane będzie rozcieńczenie. Następnie w momencie usytuowania igły w naczyniu pośrednim (komorze mieszania) dozowany jest rozcieńczalnik i dopiero tak przygotowana próbka gotowa jest do zaaspirowania do nebulizera. Nie jest to operacja wykonywana na linii próbki, tylko w pośrednim naczyniu, więc nie spełnia wymogu na linii tzn. „on-line”.

Odwołujący podnosi, iż wobec nie spełnienia wymogu pracy w trybie „on-line” oferta MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o. powinna uzyskać 0 punktów za ten parametr, czyli łącznie za „inne kryteria”: 31 „małych” punktów. Tym samym stosując algorytm podany w siwz punktacja za „inne kryteria” w przypadku tego wykonawcy wyniosłaby 27,56 pkt, a łączna ocena: 60 pkt. (cena) + 27,56 (inne kryteria) = 87,56 pkt. W konsekwencji oferta Odwołującego, której zamawiający przyznał łącznie 88,09 punktów jest ofertą najkorzystniejszą.

10 września 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia złożone przez wykonawcy MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu przy ulicy Myśluborskiej 89, 60-432 Poznań. Wykonawca ten wskazuje, iż posiada interes w uzyskaniu na korzyść Zamawiającego rozstrzygnięcia odwołania złożonego przez wykonawca CANDELA Sp. z o.o., gdyż jest wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu a żądania przedstawione przez Odwołującego zmierzają do odebrania możliwości uzyskania zamówienia.

Zgłaszający przystąpienie wniósł o : oddalenie odwołania wykonawcy wykonawca CANDELA Sp. z o.o., jako całkowicie niezasadnego, uzasadniając następująco swoje stanowisko: zarzuty odwołującego skupiają się wyłącznie na interpretacji sformułowania „on-line”, natomiast nie jest ono w żaden konkretny sposób definiowane przez producentów aparatury pomiarowej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 8 września 2010 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania załączonej do akt sprawy i przedłożonej przez Zamawiającego w toku rozprawy do wglądu Izby w oryginale, w tym przede wszystkim z postanowień SIWZ oraz ofert złożonych w postępowaniu oraz protokołu postępowania jak również z oświadczeń i stanowisk Stron, złożonych w toku postępowania ustnie i pisemnie a także dowód z zeznań świadka.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzucane przez Odwołującego Zamawiającemu naruszenie art. 7 art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez przyjęcie, że Zamawiający dokonał niewłaściwej oceny ofert, w ocenie Izby nie potwierdziło się.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z dokumentacją postępowania przedstawioną przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „Specyfikacja”) w Rozdziale XII – *Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert* Zamawiający wskazał, iż wybór ofert dokonany zostanie na podstawie dwóch kryteriów tj: kryterium ceny – 60 % znaczenia oraz inne kryteria – 40% znaczenia. Zamawiający określił w SIWZ również równania, na podstawie których dokona stosownych obliczeń. Punkty w kryterium oceny ofert „*inne kryteria*” Zamawiający przyznawał za spełnienie dodatkowych innych kryteriów, które zostały szczegółowo opisane w tabeli na stronach 15 , 16 i 17 SIWZ. Zamawiający zalecił, w Rozdziale XI – *Opis sposobu przygotowania ofert* w punkcie 9 aby wykonawcy, sporządzili oferty zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ. Zamawiający do załącznika nr 5 do SIWZ – oferta przeniósł tabelę z Rozdziału XII SIWZ określającą parametry jakie będą przez Zamawiającego oceniane w ramach kryterium oceny ofert „*inne kryteria*”.

W ofercie MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o. (str. 2 – 4) w punkcie „i” zawarte zostały w tabeli informacje dotyczące spełnienia przez oferowany sprzęt dodatkowych wymagań ocenianych przez Zamawiającego w zakresie kryterium oceny ofert „inne kryteria”. W pozycji 2 „w technice płomieniowej rozcieńczenie próbek w trybie on-line tzn. podczas trwania pomiaru – aspiracji próbki jeśli próbka jest poza zakresem krzywej kalibrowania” wykonawca oświadczył „TAK”, czyli potwierdził, że oferowany aparat spełnia powyżej postawione wymaganie. Tym samym, Zamawiający przyznał wykonawcy, za spełnienie tego dodatkowego parametru 3 punkty. Zamawiający oparł swoją decyzję również o wyjaśnienia, których udzielił wykonawca, na wniosek Zamawiającego z 27 sierpnia 2010 roku. MERANCO Aparatura Kontrolno – Pomiarowa i Laboratoryjna Sp. z o.o. wyjaśnia, że „oferowany automatyczny podajnik AS 52s wyposażony jest w specjalny zawór SFS 6, który umożliwia zmianę drogi próbki podczas trwania pomiaru. Jeżeli zasysana próbka jest poza zakresem krzywej kalibracyjnej, zawór włącza się na dozowanie rozcieńczalnika, następnie po rozcieńczeniu przelacza się z powrotem i dozuje próbkę rozcieńczoną. Po zakończonym pomiarze danej próbki podajnik przechodzi do następnej zadanej pozycji na talerzu próbek, czyli do następnej próby. Całość rozcieńczania odbywa się w naczyniu mieszającym, jednak jest to robione w sposób ciągły podczas pomiaru danej próby, czyli w trybie „on-line”.

W ocenie Izby, uwzględniając powyższe, w przedmiocie sporu w niniejszej sprawie – w świetle regulacji zawartej w SIWZ (str.16) Rozdział XII tabela punkt 2: „w technice płomieniowej rozcieńczenie próbek w trybie on-line tzn. podczas trwania pomiaru – aspiracji próbki jeśli próbka jest poza zakresem krzywej kalibrowania” – kluczowym jest rozstrzygnięcie dotyczące znaczenia określenia „on-line” oraz w konsekwencji rozstrzygnięcie czy rozcieńczanie i dozowanie próbki następować musi jednocześnie czy też rozcieńczanie i dozowanie próbki następować będzie w czasie wykonywania pomiaru.

Uwzględniając dokumentację postępowania oraz zgromadzony w trakcie rozprawy materiał dowodowy Izba uznała, iż nie można uznać za właściwą interpretację określenia „on-line” jakiej dokonał Odwołujący.

Zamawiający, co stanowi fakt przyznany przez Strony postępowania, nie wskazał w żadnym miejscu w dokumentacji postępowania informacji, szczegółowego odniesienia się do rozumienia określenia „on-line”. Zamawiający w treści Rozdział XII SIWZ tabela, punkt 2 (str. 16), wskazał, iż rozcieńczanie próbek następować musi w trybie „on-line”, definiując to w tym samym punkcie jako rozcieńczanie próbek podczas trwania pomiaru – dozowania

próbki jeśli próbka jest poza zakresem krzywej kalibrowania. Zamawiający tłumaczył, iż tryb „on-line” *„to zastosowanie modułu, w którym bez przerywania pracy całego układu pomiarowego możliwe jest dokonanie rozcieńczenia próby w trybie automatycznym, czyli bez konieczności ręcznego operowania próbą”* i w oparciu o taką interpretację dokonał oceny ofert złożonych w postępowaniu przyznając ofercie Odwołującego i ofercie Uczestnika postępowania odwoławczego punkty (3 pkt) za spełnienia powyżej wskazanego parametru. Zamawiający powołał się również na opinie sporządzoną przez Panią Prof. dr hab. Ewę B., w której czytamy m. in. iż, *„Dosłowne tłumaczenie określenia „on-line” (na linii) nie jest w tym przypadku zasadne, stosowane w pomiarach określenie „on-line” oznacza zastosowanie modułu, w którym bez przerywania pracy całego układu pomiarowego możliwe jest przeprowadzenie danej operacji, np. rozcieńczania próbki, w trybie automatycznym czyli bez konieczności ręcznego operowania próbka. Z punktu widzenia pracy z danym przyrządem w trybie on-line, nie jest istotne jaki sposób jest realizowane wykonanie danej operacji”*.

Odwołujący w argumentacji jaką przedstawił na rozprawie, w której dowodził, iż użyte przez Zamawiającego określenie *on-line* należy rozumieć jako „równoczesne pobieranie próbki i jej badanie, a w chwili gdy wykracza ona poza zakres kalibracji rozcieńczenie próbki” oparł swoje dowodzenie o dokonaną interpretację wskazując, iż urządzenie zaoferowane przez Uczestnika postępowania odwoławczego nie pracuje w tym trybie ponieważ: brak jest rozcieńczania na linii próbki oraz w trakcie przygotowania rozcieńczenia dozowany jest rozcieńczalnik, a nie próbka. Opiera swoją argumentację również o przedłożone opinie użytkowników i tak: opinię sporządzoną przez Pana dr hab. Przemysława N. w której czytamy między innymi: *„Rozwiązanie stosowane w przystawkach SIPS, czyli rzeczywiste rozcieńczenie próbki w trakcie jej aspiracji jako jedyne zasługuje na określenie „rozcieńczenie on-line”, jest to rozwiązanie sprawdzone i z powodzeniem stosowane w wielu laboratoriach. Rozwiązanie stosowane przez firmę Analytik Jena w autosamplerze AS52 z wykorzystaniem zaworu SFS6 nieślusnie określane jest jako rozcieńczanie on-line, gdyż w rzeczywistości rozcieńczenie próbki dokonywane jest w naczyniu mieszającym, w czasie gdy do nebulizera aspirowany jest roztwór rozcieńczający. Takie rozwiązanie techniczne powinno być określane jako „rozcieńczanie off-line” co odzwierciedlałoby rozcieńczanie poza linią aspiracji roztworu do nebulizatora.”* W opinii sporządzonej przez Pana dr hab. Ryszarda D. czytamy, iż *„zgodnie z moją wiedzą jedynym dostępnym na rynku rozwiązaniem umożliwiającym rozcieńczanie próbek on-line tzn. podczas trwania pomiaru-aspiracji próbki, jeśli próbka jest poza zakresem krzywej kalibrowania, w zakresie pracy w technice płomieniowej stosując*

spektrometr absorpcji atomowej, jest przystawka SIPS oferowana przez firmę VARIAN. (...) Każde inne rozwiązania stosowane przez innych producentów wymagają przygotowania rozcieńczenia w innym naczyniu. (...) Taki sposób przygotowania rozcieńczeń próbek będących poza zakresem krzywych kalibracji jest standardowo stosowany w automatycznych dozownikach próbek (autosamplerach) do spektrometrów absorpcji atomowej do pracy techniką bezpłomieniową i określany mianem „off-line” przez wszystkich producentów”. Zgodnie z opinią sporządzoną przez Pana dr Marcina Siepak „jako jedyne znane mi rozwiązanie spełniające warunek rozcieńczania próbki w trybie on-line tzn. podczas trwania pomiaru – aspiracji próbki jest stosowane przez firmę Varian przy wykorzystaniu przystawki SIPS. Odwołujący, uzasadniając swoje twierdzenia odwoływał się jednakże nie podał definicji legalnej określenia „tryb on-line”, co w ocenie Izby, ma istotne znaczenie, bowiem wskazuje, że interpretacja ta jest uznaniowa i oparta jest na kryteriach, które każdorazowo określa ten kto dokonuje interpretacji.

Uczestnik postępowania odwoławczego wyjaśnił, iż tryb „on-line” rozumie jako pracę urządzenia bez udziału, ingerencji człowieka w sposób całkowicie zautomatyzowany po tym jak zostanie mu zadane dane działanie. Podniósł, iż owe rozumienie określenia stanowi spór pomiędzy stronami postępowania i nie można dokonywać oceny znaczenia tego określenia w oparciu o indywidualne opinie użytkowników sprzętu Odwołującego.

Uzasadniał, iż sporna regulacja SIWZ w jego ocenie to odbywanie się procesu w sposób nieprzerwany wyjaśnił, przy udziale świadka, że połączenie autosamplera AS52S wraz z zaworem SFS6 umożliwia pracę urządzenia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, bowiem nie zostaje przerwana ta praca, wszystkie urządzenia w układzie są połączone, a pomiar odbywa się w taki sposób, iż system zostaje przepłukany i próbka rozcieńczona później zostaje ponownie wprowadzona do układu.

Uznając, że brak jest jednoznacznego zdefiniowania trybu pracy „on-line”, co potwierdza brak definicji legalnej oraz rozbieżności w przedstawionych opiniach a także odmienne rozumienie tego trybu przez podmioty będące uczestnikami specjalistycznego rynku Izba uznała, że czynność Zamawiającego przyznania punktów, obu wykonawcom tj. Odwołującemu i Uczestnikowi postępowania odwoławczego za spełnienia tego parametru była prawidłowa. W ocenie Izby, na potrzeby niniejszego postępowania, należy wziąć również pod uwagę informacje zawarte w opiniach przedłożonych przez Odwołującego a potwierdzających, iż rozumienie określenia trybu pracy „on-line” w znaczeniu na jakie powołuje się Odwołujący, mogłoby w przypadku, gdyby tak interpretował rozumienie trybu „on-line” Zamawiający prowadzić do ograniczenia konkurencji w tym zakresie. W każdej

z trzech przedstawionych przez Odwołującego opinii odnoszących czytamy, iż rozwiązanie jakie oferuje Odwołujący jest „jedynym dostępnym na rynku rozwiązaniem umożliwiającym rozcieńczanie próbek on-line”, „jedyne zasługuje na określenie „rozcieńczanie on-line”, „jedyne znane mi rozwiązanie spełniające warunek rozcieńczania próbki w trybie on-line (...) jest stosowane przez firmę Varian przy wykorzystaniu przystawki SIPS”. Ukształtowanie przez Zamawiającego kryteriów oceny, gdzie kryterium tym są poza kryterium ceny inne kryteria daje Zamawiającemu możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej nie tylko cenowo ale i gwarantującej najkorzystniejsze rozwiązania funkcjonalnie, technicznie itp. Jednakże kryterium takie musi odnosić się do przedmiotu zamówienia, być obiektywne i dające faktyczną możliwość porównania ofert w tym kryterium, zaś ukształtowanie kryterium, które mógłby spełnić tylko jeden wykonawca, bowiem tylko on dysponuje rozwiązaniem, które było oceniane mogłoby prowadzić pośrednio do naruszenia konkurencji oraz pozorności kryterium.

Biorąc za podstawę zawarte w SIWZ wymaganie Zamawiającego, należy uznać, iż Odwołujący nie dowiódł, że rozcieńczanie i dozowanie próbki ma następować jednocześnie. To na Odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia takiego stanu rzeczy bowiem to Odwołujący stawia zarzut w zakresie rozumienia trybu on-line. Zgodnie z art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy a dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*. Zgodnie z regułą zawartą w art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*; przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż rozcieńczanie i dozowanie próbki ma następować jednocześnie zobowiązany był do udowodnienia tego faktu. Odwołujący nie udowodnił, iż rozumienie na jakim się opiera konstruując zarzut jest powszechne, posiada definicje oraz rozumiane i stosowane jest jednakowo niezależnie od sytuacji i podmiotu, który tym określeniem się posługuje.

W świetle powyższych ustaleń w przedmiotowej sprawie, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszyło regulacji art. 7 i art. 91 ust 1 ustawy, tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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), uwzględniając koszty pełnomocnika Odwołującego zgodnie z rachunkiem złożonym do akt sprawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: