

Sygn. akt: KIO 993/19

WYROK
z dnia 13 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 czerwca 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **31 maja 2019 r.** przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ginekologiczno-Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Polna 33, 60-535 Poznań**

przy udziale wykonawcy **Viridian Polska Sp. z o.o., ul. Morgowa 4, 04-224 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego zawyżenia liczby punktów w kryterium „Jakość”, co do parametru stanowiącego kryterium oceny ofert, tj. pkt 68 OPZ - oferty Viridian Polska Sp. z o.o., ul. Morgowa 4, 04-224 Warszawa, z uwagi na jego wycofanie. W pozostałym zakresie oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** na rzecz **Viridian Polska Sp. z o.o., ul. Morgowa 4, 04-224 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych pn.: „*Zdrowa matka, zdrowe dziecko - poprawa kompleksowej opieki wysokospecjalistycznej w największym szpitalu ginekologiczno-położniczym w Polsce*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2019/S 062-143333 z 28.03.2019 r., przez Ginekologiczno - Położniczy Szpital Kliniczny Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Polna 33, 60-535 Poznań zwany dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 21.05.2019 r. (na Platformie Zakupowej przez adres: <https://platformazakupoowa.pl/transakcja/211873> oraz przesłano e-mailem do Wykonawców pod adresy: info@viridian.com.pl; magdalena.darge@ge.com za pośrednictwem Platformy Zakupowej) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. dla cz. I: Viridian Polska Sp. z o.o., ul. Morgowa 4, 04-224 Warszawa zwanej dalej: „*Viridian Polska Sp. z o.o.*” albo „*Viridian*” albo „*Przystępującym*”. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa zwanej dalej: „*GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”.

W dniu 31.05.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 21.05.2019 r. w zakresie cz. I. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 31.05.2019 r. (e-mailem). Odwołujący podnosił niezgodność czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:

- I. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Viridian Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w części I postępowania,
- II. wadliwej ocenie oferty Viridian w części I postępowania polegającej na przyznaniu temu wykonawcy błędnej (zawyżonej) liczby punktów w kryterium „Jakość”, a w konsekwencji błędnej (zawyżonej) łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty, od czego zależał wybór oferty najkorzystniejszej,
- III. zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części I postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” w zw. z art 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez niewłaściwą ocenę i wybór oferty

Viridian w części I postępowania nie będącej najkorzystniejszą w świetle obowiązujących w postępowaniu kryteriów oceny ofert, w szczególności na skutek przyznania firmie Viridian błędnej (zawyżonej) liczby punktów w kryterium „Jakość”, a w konsekwencji przyznanie firmie Viridian błędnej (zawyżonej) łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty, co miało wpływ na wynik postępowania, gdyż skutkowało wyborem oferty firmy Viridian jako najkorzystniejszej w części I postępowania, podczas gdy za najkorzystniejszą ofertę w części I postępowania powinna zostać uznana oferta Odwołującego, a tym samym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- I. unieważnienia czynności wyboru oferty Viridian jako najkorzystniejszej w części I postępowania,
- II. powtórzenia czynności badania i oceny ofert i obniżenie oceny punktowej przyznanej ofercie Viridian w kryterium „Jakość” do 10 pkt (zamiast 30 pkt), a w konsekwencji obniżenie oceny oferty firmy Viridian na podstawie wszystkich kryteriów oceny ofert do łącznej liczby 60 pkt (zamiast 80 pkt),
- III. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w części I postępowania.

Przedmiotem zamówienia w części I postępowania jest dostawa 12 sztuk kardiomonitorów. Jako kryteria oceny ofert Zamawiający wskazał cenę z wagą 50 % oraz kryterium jakość również z wagą 50 %. W ramach pozacenowego kryterium oceny ofert Wykonawca miał otrzymać punkty za zaoferowanie urządzeń z parametrami technicznymi wskazanymi w Zał. nr 1 - Opis przedmiotu zamówienia (max. 50 pkt). W części I przedmiotowego postępowania jako najkorzystniejsza została wybrana oferta firmy Viridian z łączną liczbą 80 pkt, w tym 50 pkt w kryterium cena oraz 30 pkt w kryterium „Jakość”. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji z łączną liczbą 74,88 pkt, w tym 44,88 w kryterium cena oraz 30 pkt w kryterium „Jakość”. Z takim rozstrzygnięciem Odwołujący nie może się zgodzić, gdyż Zamawiający błędnie ocenił ofertę firmy Viridian w kryterium „Jakość” i niezasadnie przyznał tej ofercie 30 pkt za to kryterium. W szczególności firmie Viridian nie powinny zostać przyznane punkty w niżej wskazanych parametrach.

1. Dotyczy: PARAMETRY STANOWIĄCE KRYTERIUM OCENY OFERT, pkt 62.:

W pkt 62 Zał. nr 1 do SIWZ dotyczącego części I zamówienia, Zamawiający oceniał następujący parametr: *„Monitor wyposażony w pamięć min. 200 zdarzeń alarmowych i zapisywanych ręcznie, zawierających wycinki min. 3 krzywych dynamicznych”* Warunki przyznania punktów w ocenie technicznej dla powyższego parametru przedstawiają się następująco: „Tak - 5 pkt Nie - 0 pkt”. W ww. punkcie Viridian zaoferowała: *„TAK, Monitor wyposażony w pamięć 200 zdarzeń alarmowych i zapisywanych ręcznie, zawierających*

wycinki 4 krzywych dynamicznych. Funkcja realizowana dzięki rozbudowie kardiomonitora o opcję CP5 Access, która umożliwi dostęp do poglądu 200 lub więcej zdarzeń alarmowych i zapisywanych ręcznie (do 4 krzywych dynamicznych).” W tym miejscu wskazania wymaga, iż Zamawiający w sposób bezpośredni i czytelny opisał oczekiwaną funkcjonalność, gdyż oferowany kardiomonitor, aby uzyskać 5 pkt w ocenie technicznej, powinien posiadać pamięć „min. 200 zdarzeń alarmowych (...) zawierających wycinki min. 3 krzywych dynamicznych”. Dokumentacja oferowanych przez Viridian monitorów firmy Philips: zarówno instrukcja obsługi, jak i prospekty techniczne dowodzą, że oferowane kardiomonytory MX500, wyposażone w opcje Advanced Event Surveillance (C07) lub Neonatal Event Review (C04) mogą przechowywać nie więcej niż 50 zdarzeń, a nie jak wskazano w ww. parametrze 200 zdarzeń alarmowych. Viridian odwołuje się w ww. parametrze do opcji programowej „CP5 Access” (za dokumentacją produktową „Access to Information”), która zgodnie z ofertą Viridian wcale nie rozszerza pamięci monitora do wymaganych min. 200 zdarzeń alarmowych, lecz „umożliwi dostęp do podglądu 200 lub więcej zdarzeń alarmowych (...)”. Należy więc z całą stanowczością stwierdzić, że nie jest to tożsame z wymogiem SIWZ i z całą pewnością oferta Viridian nie może uzyskać 5 pkt w ocenie technicznej w pkt 62 opisu przedmiotu zamówienia. Opisana opcja „CP5 Access” pozwala uzyskać na ekranie kardiomonitora dostęp do danych udostępnianych w sieci teleinformatycznej np. danych przechowywanych w oferowanej centrali PIC iX, w tym do pamięci zdarzeń alarmowych w/w centrali. Oznacza to, że wyświetlane zdarzenia nie są przechowywane w kardiomonitorze (tak jak przedstawia to wymóg w pkt 62), lecz w zasobach „Centrali” dostępnych za pośrednictwem sieci. W przypadku awarii oferowanej centrali lub zaniku komunikacji sieciowej oferowany monitor MX500 nie będzie w stanie zapewnić wyświetlania wymaganych 200 zdarzeń alarmowych. Powyższe potwierdzają wyjaśnienia Viridian z 20.05.2019 r. złożone na wezwanie Zamawiającego, a w szczególności dołączone do tych wyjaśnień zrzuty z ekranu. Z rycin przedstawionych przez Viridian wyraźnie wynika, że wymagana pamięć zdarzeń nie jest zapewniona przez kardiomonitor, lecz przez podłączoną do niego centrale:

W tym miejscu odwołania: Rysunek 5. Ekran kardiomonitora z uruchomioną funkcją CP5 Access. Przegląd zdarzeń alarmowych z podglądem do zapisu krzywych z okresu zdarzenia (4 krzywe z możliwością ich zmiany).

Za powyższym przemawiają następujące szczegóły uwidocznione na ww. rysunku.

1) Nazwa okna: - „Web centrali” - świadczy o tym, że trzeba uruchomić aplikację webową (intranetową, dostępną w sieci centralnego monitorowania lub sieci szpitalnej), udostępnianą w sieci przez centralę PIC iX.

2) Mniejsze napisy: „WebView”, „Zmień hasło”, „Wyloguj” (pod krzyżykiem poniżej) - dodatkowo potwierdzają, iż są to zasoby dostępne za pośrednictwem sieci (szpitalnej lub centralnego monitorowania):

W tym miejscu odwołania powiększenia wskazanych wyżej elementów na Rysunku 5.

Odnosząc się natomiast do treści wyjaśnień złożonych przez Viridian, przypomnienia wymaga, iż Zamawiający wymagał, aby to monitor był wyposażony w pamięć min. 200 zdarzeń alarmowych (...). Tymczasem Viridian zaoferował podgląd danych pamiętanych przez inne urządzenie - Centralę. To nie to samo, bowiem pamięć w monitorze zależy wyłącznie od monitora i jest dostępna zawsze, gdy monitor jest włączony. Natomiast zaoferowany podgląd danych z centrali dostępny jest tylko, gdy dodatkowo centrala jest włączona i sprawna oraz gdy urządzenia te podłączone są do wspólnej sieci, a łącząca je sieć teleinformatyczna jest sprawna. Podczas gdy któryś z elementów zawiedzie, nawet gdy monitor pracuje - ta pamięć nie jest dostępna. Firma Viridian w swoich wyjaśnieniach wprost przyznaje, iż starała się spełnić ww. funkcjonalność w inny sposób, niż wskazano to w specyfikacji. Viridian w swoich wyjaśnieniach stara się uzasadnić, iż spełnia funkcjonalność z pkt 62 i 65 OPZ w inny sposób, nie zauważa jednak, iż mamy do czynienia już z zupełnie inną funkcjonalnością.

W dalszej części wyjaśnień Viridian wybiórczo odwołuje się do argumentacji zaprezentowanej w notatce do wglądu z ofert (zarówno co do spełniania pkt 62 i 65 OPZ) negując fakt, że oferowane rozwiązanie nie korzysta z zasobów sieci szpitalnej. Odnosząc się do tego stwierdzenia podnieść trzeba, iż nieważne kto zarządza siecią. Mowa bowiem tutaj o tym, iż zasoby są dostępne w sieci (szpitalnej lub centralnego monitorowania), a nie w monitorze, jak wymagał tego Zamawiający. Reasumując, zarzuty dotyczące zarówno punktu 62 jak i 65 OPZ dotyczą tego, iż ww. funkcjonalności nie są spełnione w monitorze, co przyznano w wyjaśnieniach treści oferty. Centrala nie jest bowiem „*pamięcią monitora*”. W świetle powyższego bez wątpienia ofercie Viridian w pkt 62 opisu przedmiotu zamówienia nie powinny zostać przyznane żadne punkty.

2. Dotyczy: PARAMETRY STANOWIĄCE KRYTERIUM OCENY OFERT, pkt 65.: Zarzuty stawiane przedmiotowego wymaganiu są zasadniczo podobne jak te opisane w pkt 1 powyżej. Zamawiający w przedmiotowym punkcie oceniał następujący parametr: „*Możliwość rozbudowy monitora o funkcję pamięci pełnych przebiegów krzywych dynamicznych - Full Disclosure*” Warunki przyznania punktów w ocenie technicznej wyglądają następująco: „*Tak - 5 pkt Nie - 0 pkt*”. W ww. punkcie firma Viridian zaoferowała: „*TAK, Możliwość rozbudowy monitora o funkcję pamięci pełnych przebiegów krzywych dynamicznych - Full Disclosure. Funkcja realizowana dzięki rozbudowie kardiomonitora o opcję CP5 Access, która umożliwi dostęp do poglądu krzywych full disclosure.*”. Również i w niniejszym parametrze

Zamawiający w sposób bezpośredni i czytelny opisał oczekiwaną funkcjonalność, gdyż aby uzyskać 5 punktów w ocenie technicznej oferowany kardiomonitor powinien umożliwiać rozbudowę o „*pamięć pełnych przebiegów krzywych dynamicznych - Full Disclosure*”. Dokumentacja oferowanych monitorów firmy Philips tj. zarówno instrukcja obsługi, jak i prospekty techniczne nie zawierają żadnych informacji o takiej pamięci lub nawet hipotetycznej możliwości rozbudowy o taką pamięć. Stwierdzić zatem należy, iż w kardiomonitorze oferowanym przez Viridian brak jest pamięci FullDisclosure.

Podobnie jak przy pkt 62, Viridian odwołuje się do opcji programowej „*CP5 Access*” (za dokumentacją produktową „*Access to Information*”), która zgodnie z ofertą Viridian wcale nie umożliwi rozbudowy monitora o wymaganą pamięć pełnych przebiegów krzywych dynamicznych, lecz „*umożliwi dostęp do podglądu krzywych full disclosure*”. Należy z całą stanowczością stwierdzić, że nie jest to tożsame z wymogiem SIWZ i z całą pewnością oferta Viridian nie może uzyskać 5 pkt w ocenie technicznej w pkt 65. opisu przedmiotu zamówienia. Opisana opcja „*CP5 Access*” pozwala uzyskać na ekranie kardiomonitora dostęp do danych udostępnianych w sieci teleinformatycznej (szpitalnej lub centralnego monitorowania) np. danych przechowywanych w oferowanej centrali PIC iX, w tym do pamięci pełnych przebiegów krzywych dynamicznych w/w centrali. Oznacza to, że wyświetlane dane Full Disclosure nie są przechowywane w kardiomonitorze (tak jak przedstawia to wymóg w pkt 65), lecz w zasobach „*Centrali*”, dostępnych za pośrednictwem sieci. W przypadku awarii oferowanej centrali lub zaniku komunikacji sieciowej oferowany monitor MX500 nie będzie w stanie zapewnić wyświetlania wymaganych archiwalnych przebiegów dynamicznych (tj. zapisów FullDisclosure).

Powyższe potwierdzają wyjaśnienia Viridian z 20.05.2019 r. złożone na wezwanie Zamawiającego, a w szczególności dołączone do tych wyjaśnień zrzuty z ekranu (powyżej). Z rycin przedstawionych przez Viridian wyraźnie wynika, że wymagana funkcjonalność nie jest wykonywana za pomocą kardiomonitora, lecz podłączonej do niego centrali, co obrazują uwidocznione na nw. rysunkach następujące szczegóły:

W tym miejscu odwołania: *Rysunek 1. Ekran kardiomonitora z uruchomioną funkcją CP5 Access. Na rysunku możliwość podglądu krzywych typu full disclosure (3 lub 4-ech) oraz na samym dole menu kontekstowe umożliwiające obsługę całej funkcjonalności (powiększanie i pomniejszanie tekstu, przesun w prawo lub w lewo).*

1) nazwa okna: „*Web centrali*” - świadczy o tym, że trzeba uruchomić aplikację webową (intranetową, dostępną w sieci centralnego monitorowania lub sieci szpitalnej), udostępnianą w sieci przez centralę PIC iX.

2) mniejsze napisy: „*WebView*”, „*Zmień hasło*”, „*Wyloguj*” - dodatkowo potwierdzają, iż są to zasoby dostępne w sieci (szpitalnej lub centralnego monitorowania).

Odnosząc się natomiast do treści wyjaśnień, przypomnienia wymaga, iż Zamawiający wymagał, rozbudowy pamięci w monitorze. Tymczasem Viridian zaoferował podgląd danych pamiętanych przez inne urządzenie - Centralę. To nie to samo, bowiem pamięć w monitorze zależy wyłącznie od monitora i jest dostępna zawsze, gdy monitor jest włączony. Natomiast zaoferowany podgląd danych z centrali dostępny jest tylko, gdy centrala jest włączona i sprawna oraz gdy urządzenia te podłączone są do wspólnej sieci, a łącząca je sieć teleinformatyczna jest sprawna. Podczas gdy któryś z elementów zawiedzie, nawet gdy monitor pracuje - ta pamięć nie jest dostępna. Viridian w swoich wyjaśnieniach stara się uzasadnić, iż spełnia funkcjonalność z pkt 62 i 65 OPZ w inny sposób, nie zauważa jednak, iż mamy do czynienia z zupełnie inną funkcjonalnością. W dalszej części wyjaśnień Viridian wybiórczo odwołuje się do argumentacji zaprezentowanej w notatce do wglądu z ofert (zarówno co do spełniania pkt 62 i 65 OPZ), negując fakt, że oferowane rozwiązanie nie korzysta z zasobów sieci szpitalnej. Odnosząc się do tego stwierdzenia podnieść trzeba, iż nieważne kto zarządza siecią, mowa tutaj o tym, iż zasoby są dostępne w sieci (szpitalnej lub centralnego monitorowania), a nie w monitorze, jak wymagał tego Zamawiający. Reasumując, zarzuty dotyczące pkt 62 i 65 OPZ dotyczą tego, iż ww. funkcjonalności nie są spełnione w monitorze, co przyznano w wyjaśnieniach treści oferty. Centrala nie jest bowiem „pamięcią monitora”. W świetle powyższego bez wątpienia ofercie Viridian w pkt 65 opisu przedmiotu zamówienia nie powinny zostać przyznane żadne punkty.

3. Dotyczy: PARAMETRY STANOWIĄCE KRYTERIUM OCENY OFERT, pkt 68.:

W pkt 68 Zał. nr 1 do SIWZ dotyczącego części I zamówienia, Zamawiający oceniał następujący parametr: „*Centrala w formie komputera typu All-in-One, wbudowanego w ekran dotykowy klasy medycznej*” Warunki przyznania punktów w ocenie technicznej przedstawiają się następująco: „*Tak - 10 pkt Nie - 0 pkt*”. Firma Viridian w ww. punkcie wpisała: „TAK”. Dokumentacja techniczna oferowanej przez Viridian centrali Philips Patient Information Center iX (PiC iX) nie zawiera żadnych informacji o tym, iż jest ona dostarczana w formie oprogramowania zainstalowanego na wymaganym do uzyskania punktów w ocenie technicznej „*komputerze typu All-in-One, wbudowanym w ekran dotykowy klasy medycznej*”. Jeżeli oferent, w celu uzyskania dodatkowych punktów w ocenie jakościowej, chciał zaoferować dodatkowe urządzenie będące wyrobem medycznym (w/w komputer All-in-One) powinien taką informację umieścić w pkt 1-3 OPZ, specyfikując producenta, model i kraj pochodzenia tego, dodatkowego wyrobu. Brak takiej informacji w ofercie Viridian należy poczytać, że takie urządzenie medyczne nie zostało zaoferowane, a więc oferta Viridian nie może uzyskać 10 pkt w ocenie jakościowej, w pkt 68. OPZ. Na przykładzie orzecznictwa KIO brak określenia nazwy producenta, modelu i kraju pochodzenia urządzenia oznacza brak

złożenia oświadczenia woli w tym przedmiocie przez oferenta. Wskazał na wyrok KIO z 11.01.2019 r., sygn. akt: KIO 2665/19.

Oferując dany produkt, wykonawca zobowiązany jest do wyszczególnienia tak podstawowych informacji jakimi są nazwa producenta, model, typ urządzenia w celu możliwości jego zidentyfikowania przez Zamawiającego, a następnie sprawdzenia czy spełnia on stawiane parametry (wymagane, czy też oceniane). Brak określenia ww. elementów umożliwia wykonawcy zaoferowanie dowolnego komputera. Zaakcentować trzeba, iż oferty nie mogą być kształtowane dowolnie już po terminie składania ofert, gdyż są informacjami odnoszącymi się bezpośrednio do przedmiotu zamówienia. Stan faktyczny powołanego wyżej orzeczenia KIO o sygn. akt: KIO 2665/18 jest analogiczny do tego, który występuje w przedmiotowej sprawie. Tam również Zamawiający wymagał ogólnie podania producenta i typu oraz modelu oferowanego sprzętu. Wprawdzie formularz ofertowy nie określał wyraźnie, iż należy podać producenta, typ oraz model samego zestawu komputerowego, jednakże zdaniem Izby wyszczególnienie zestawu komputerowego w pozycjach, które należy zaoferować samo w sobie świadczyło o tym, iż wykonawca był zobowiązany do podania informacji co do producenta, modelu w stosunku do zestawu komputerowego: „Zważywszy na sposób sporządzenia oferty, w której w formularzu ofertowym Odwołujący; pomimo takiego wymogu, nie podał producenta ani modelu monitora, uprawnione byłoby przyjęcie, że wykonawca nie zaoferował monitora. Jednakże w zał. nr 2 do SIWZ Odwołujący, wprawdzie powtarzając minimalne parametry określone przez Zamawiającego, to jednak wypełnił kolumnę przewidzianą do wypełnienia przez wykonawców dla podania parametrów oferowanego monitora, co wskazuje, że jednak liczył się z dostawą również monitora, jednak nie jest wiadome jakiego konkretnie. (tak KIO w uzasadnieniu wyroku KIO 2665/18). Sam zatem fakt, iż wykonawca wypełnił tabelę w kolumnie parametru dotyczącego zestawu komputerowego, nie ma w tym względzie żadnego znaczenia, ponieważ nie wiadomo jaki konkretnie komputer jest oferowany.

W niniejszej sprawie Wykonawca nie podał oferowanych modeli i producenta monitorów, a w konsekwencji umożliwił wskazanie wybranego przez siebie modelu po terminie otwarcia ofert, co jest niedopuszczalne. Brak w ofercie informacji umożliwiającej dokonanie jednoznacznej identyfikacji oferowanego produktu - poprzez wskazanie jego typu/modelu oraz producenta uniemożliwia Zamawiającemu jego identyfikację, a tym samym niemożliwe jest dokonanie jakiegokolwiek badania i oceny zgodności z postawionymi wymaganiami. Jak sam Wykonawca stwierdził w treści wyjaśnień dot. pkt 68 OPZ, na rynku, w tym w asortymencie Wykonawcy jest wiele różnych konfiguracji systemów: *„Firma GE po raz kolejny dokonuje jednoznacznych stwierdzeń i zarzutów opierając się na zapisach najpopularniejszych konfiguracjach naszych systemów, które jako dostawca aparatury*

medycznej promujemy na rynku. Należy tu wyraźnie podkreślić, że najpopularniejsze nie oznacza, że są to jedynie konfiguracje” (str. 5, akapit pierwszy wyjaśnień Viridian z 20.05.2019 r.). Skoro jest wiele tego typu konfiguracji, to tym bardziej Wykonawca był zobligowany do podania producenta, marki i modelu urządzeń. Podobne wnioski płyną z pozostałych orzeczeń KIO. Wskazał na wyrok o sygn. akt: KIO 399/17; KIO 438/17; KIO 439/17. W świetle powyższego oraz w związku z faktem, iż brak oświadczenia woli co do modelu, producenta i typu oferowanego komputera medycznego dotyczy parametru ocenianego, ofercie firmy Viridian powinno zostać przyznane 0 pkt w ocenie jakościowej dotyczącej pkt 68 OPZ.

Reasumując, ofercie Viridian nie mogą zostać przyznane punkty w poz. 62,65 i 68 OPZ, gdyż zaoferowane przez tego wykonawcę urządzenia nie spełniają ocenianych parametrów technicznych wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w SIWZ. Z uwagi natomiast na pkt 68 i brak złożenia stosownego oświadczenia woli w tym przedmiocie, również i w tym parametrze ofercie Viridian powinno zostać przyznane 0 pkt. Premiowanie oferty Viridian w wyżej wskazanych aspektach stanowiłoby naruszenie przede wszystkim naczelnej zasady zamówienia publicznego wyartykułowanej w art. 7 ust. 1 Pzp, tj. zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie można bowiem mówić o równym traktowaniu wykonawców, w sytuacji kiedy taka sama ilość punktów przyznawana jest zarówno ofercie, która spełnia dany parametr oceniany, jak i tej która wyraźnie nie spełnia tego parametru. Zgodnie natomiast z art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W szczególności w myśl art. 91 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonując oceny oferty Zamawiający ma obowiązek przestrzegać ściśle opisanych kryteriów Wskazał na wyrok KIO z 6.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1425/18.

Powyższe uchybienia mają istotny wpływ na wynik postępowania w części I, bowiem powodują, iż to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert. Ofercie Viridian w ww. kryterium przyznano 30 pkt, podczas gdy prawidłowa ocena tej oferty powinna dać w tym kryterium 10 pkt: 0 pkt za parametry z pkt 62, 65 i 68. Łącznie zatem firma Viridian powinna otrzymać we wszystkich kryteriach oceny ofert 60 pkt, zamiast 80 pkt. Wobec faktu, iż Odwołujący otrzymał łącznie we wszystkich kryteriach oceny ofert 74.88 pkt, to właśnie jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 03.06.2019 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.06.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) przez Viridian Polska Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 07.06.2019 r. (e-mailem), a 11.06.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której uwzględnił w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu.

Jednocześnie stwierdził, że w dniu 07.06.2019 r. poinformował Wykonawców uczestniczących w postępowaniu o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 21.05.2019 r., powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym, postępowaniu oraz wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 07.06.2019 r. (faxem) Prezes KIO w związku z postanowieniem Izby z dnia 03.02.2017 r. wezwał w/w Wykonawcy na podstawie § 13 ust. 2 pkt 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22.03.2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1092 i poz. 1992) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu, w terminie 3 dni.

W dniu 10.06.2019 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Viridian Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 186 ust.3-5 Pzp wniosła sprzeciw od uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Kopia sprzeciwu została przekazane Zamawiającemu i Odwołującemu. Wnosił sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu (datowanym na 31.05.2019 r.) wniesionym przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. Wnosił także:

- a) na podstawie art. 186 ust. 4 Pzp - o rozpoznanie przez Izbę ww. odwołania;
- b) o oddalenie w całości odwołania datowanego na dzień 31.05.2019 r. wniesionego przez Odwołującego - GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.;
- c) o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Przystępującego kosztów postępowania odwoławczego. Zamawiający pismem z 07.06.2019 r. uwzględnił w niniejszej sprawie w całości zarzuty odwołania wniesionego przez Odwołującego. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ocenia ww. czynność procesową Zamawiającego za nieprawidłową w zakresie uwzględnionych w całości zarzutów i wnosił mniejszym sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów

W dniu 13.06.2019 r. w związku z postanowieniem Izby z 04.06.2019 r. odbyło się posiedzenie niejawnie z udziałem stron.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego (Wnoszącego Sprzeciw) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Unieważnienie przez Zamawiającego kwestionowanej czynności może odnosić skutek w sferze oceny wpływu na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 Pzp), względnie – stosownie do tego w jakim momencie w stosunku do unieważnienia kwestionowanej czynności, złożono odwołanie – wpływać na ocenę zaistnienia przesłanek materialno-prawnych (za wyrokiem KIO z 22.02.2011 r., sygn. akt: KIO 290/11), nie powoduje jednak, że odwołanie należy uznać za złożone z uchybieniem terminu. Ustalono następnie, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania przesłaną przez Zamawiającego na płycie CD w zakresie postanowień SIWZ, załącznika nr 1 dla cz. I (stan na 17.04.2019 r.), odpowiedzi na pytania (zwłaszcza odpowiedzi w ramach pisma z 16.04.2019 r. – pytanie 9), oferty Przystępującego, wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z 10.05.2019 r., wyjaśnień Przystępującego z 20.05.2019 r. oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z 21.05.2019 r.

Dodatkowo Izba zaliczył w poczet materiału dowodowego złożony przez Odwołującego na rozprawie

- wydruk z folderu instrukcji obsługi urządzenia firmy Phillips, urządzenia, które w jego ocenie zaferował Przystępujący, wraz z tłumaczeniem fragmentu.

Jednocześnie dla celów informacyjnych Izba dopuściła wydruk definicję „pamięci” z Wikipedii złożoną przez Przystępującego na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, sprzeciw, stanowiska

i oświadczenia stron oraz Przystępującego (Wnoszącego Sprzeciw) złożone ustnie do protokołu.

Dodatkowo Izba podnosi, że Odwołujący na rozprawie wycofał zarzut dotyczący zawyżenia liczby punktów w kryterium „Jakość”, co do parametru stanowiącego kryterium oceny ofert, tj. pkt 68 OPZ. W konsekwencji Izba umarzyła postępowanie w zakresie tego zarzutu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, dzieląc argumentację wskazaną w ramach wyroku KIO z 26.02.2019 r., sygn. akt: KIO 226/19, jak i wyroku KIO z 19.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1225/16 oraz wyrok KIO z 13.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1804/13, aby rozstrzygnąć spór – w tak zaistniałym stanie faktycznym – należy wziąć pod uwagę następujące przepisy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Ponadto zgodnie z art. 191 ust. 1 Pzp Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. Zgodnie z ust. 2 wydając wyrok Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Zauważenia również wymaga – co jest istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu – że przepisy Pzp nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania, co potwierdza – zdaniem Izby - treść przepisu art. 191 ust. 2 Pzp. Żaden przepis nie stoi temu na przeszkodzie, a przeciwnie – ustawa wymaga przeprowadzenia postępowania w sposób odpowiadający przepisom, co oznacza, że należy przyznać Zamawiającemu prawo do podejmowania wszelkich działań podejmowanych w celu naprawienia wadliwych czynności.

Zamawiający jest bowiem uprawniony do samodzielnego unieważnienia pierwotnie podjętej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, do dokonania ponownego badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, choćby taki obowiązek nie wynikał z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego. Dopuszczalne jest samodzielne podjęcie przez zamawiającego decyzji o powtórzeniu dokonanych przez siebie czynności w toku

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o ile Zamawiający uzna, iż podjęte uprzednio czynności są obarczone wadą. Innymi słowy, Zamawiający jest uprawniony do unieważnienia z własnej inicjatywy wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonywania badania i oceny ofert, gdy tylko stwierdzi, iż uprzednio popełnił błąd, wybierając oferty z naruszeniem ustawy. Celem wszczęcia i prowadzenia każdego postępowania o zamówienie publiczne jest bowiem zawarcie ważnej oraz nie podlegającej unieważnieniu umowy. Powyższe determinuje wniosek, iż czynności Zamawiającego podejmowane w toku postępowania powinny przede wszystkim zmierzać do skutecznego udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Zgodnie bowiem z normą wyrażoną w art. 7 ust. 3 Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma zatem prowadzić do wyboru wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu, a nie jakiegokolwiek wykonawcy. Zatem dokonując wszystkich czynności w postępowaniu należy mieć na uwadze przede wszystkim cel postępowania, którym jest zawarcie ważnej i nie podlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Pewność obrotu wymaga tego, aby w obrocie były umowy zawarte prawidłowo (analogiczny pogląd wyrażono w wyrokach KIO z 09.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1533/13, z 10.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2037/12 i 2047/12, z 21.06.2011 r., sygn. akt: KIO 1231/11, z 22.02.2011 r., sygn. akt: KIO 290/11, z 19.01.2011 r., sygn. akt: KIO 34/11, z 28.12.2010 r., sygn. akt: KIO 2685/10 i KIO 2686/10, z 23.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1939/10, postanowieniu z 01.02.2011 r., sygn. akt: KIO 159/11). Dążąc do tego celu, Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego uchylania swoich czynności i ich ponawiania, a ograniczeniem w tym zakresie jest wcześniejsze rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, nakazujące określone czynności czy wskazujące na określony sposób oceny oferty. W pozostałym zakresie Zamawiający, zarówno z własnej inicjatywy jak i w następstwie analizy stawianych zarzutów, może i powinien dokonywać korekty podejmowanych czynności, zmierzając do przeprowadzenia postępowania w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami. Wyrazem takiej korekty może być unieważnienie wadliwych czynności, w tym unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w celu ponowienia oceny ofert i naprawienia wcześniej popełnionych błędów.

Nadto, dla uwzględnienia odwołania konieczne jest zaistnienie naruszenia przepisów, które ma, albo może mieć, wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na względzie treść wskazanych powyżej przepisów Pzp należy dojść do następujących wniosków, aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono

dotyczyć czynności Zamawiającego. Wobec powyższego na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego z 21.05.2019 r. polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego w cz. I.

Rolą przepisu art. 191 ust. 2 Pzp - podobnie jak przy interpretacji art. 316 § 1 k.p.c. gdzie sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 191 ust. 2 Pzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 k.p.c. - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015 r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok SA ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

W analizowanej sprawie, czynność kwestionowana w odwołaniu, stanowiąca wybór najkorzystniejszej oferty z 25.05.2019 r. w cz. I wraz z przedstawioną tam punktacją zostały unieważnione i zastąpione czynnością z 07.06.2019 r. z nową punktacją. Oznacza to tyle, że nie tylko zarzucane w odniesieniu do tego wyboru naruszenia przepisów prawa, ale przede wszystkim sama czynność kwestionowana w odwołaniu, utraciły swój byt, czyli zaistniał de facto brak substratu zaskarżenia, na co Izba wskazywała powyżej. W tym zakresie Izba przychyliła się do argumentacji przedstawionej przez Przystępującego na rozprawie i przywołanych przez Przystępującego orzeczeń, które zostały uwzględnione przy orzekaniu w niniejszej sprawie (wyrok KIO z 22.02.2011 r., sygn. akt: KIO 290/11, wyroku KIO z 13.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2619/12, wyroku KIO z 13.08.2013 r., sygn. akt: KIO 1804/13 jak i wyroku KIO z 19.07.2016 r., sygn. akt: KIO 1225/16 oraz wyroku KIO z 26.02.2019 r., sygn. akt: KIO 226/19). Izba podkreśla że Przystępującemu będzie przysługiwało (co sygnalizował już na rozprawie) prawo do zaskarżenia nowej czynności z 07.06.2019 r., także w zakresie zarzutów aktualnych odnoszących się do przyznaje punktacji jego ofercie. Odwołujący przytoczył co prawda orzeczenie wyroku KIO z 27.11.2018 r., sygn. akt: KIO 2353/18, ale dotyczy one sytuacji, gdy unieważnione zostało postępowanie, a ówczesny Wykonawca został przywrócony do postępowania. Zaś unieważnienie miało miejsce z art. 89 ust.1 pkt. 4 Pzp bez weryfikacji wcześniejszych podstaw odrzucenia. W aktualnym stanie faktycznym istotna była punktacja, która została przez Zamawiającego również na nowo przyznana. Była ona zgodna w zakresie oferty Przystępującego z żądaniami Odwołującego.

W rezultacie wskazana wyżej nowa czynność Zamawiającego z 07.06.2019 r. podjęta po wniesieniu odwołania, uczyniła więc co najmniej, przedwczesnymi zarzuty podniesione przez Odwołującego, tudzież uczyniły je de facto bezprzedmiotowymi z uwagi na

wyeliminowanie z obrotu czynności, w konsekwencji zaskarżona czynność pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w przepisie art. 192 ust. 2 Pzp.

Okoliczność następcza, po złożeniu odwołania, unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty dla cz. I, nie może być pominięta przy ocenie złożonego odwołania. Złożenie odwołania nie czyni ewentualnych ponowionych czynności nieskutecznymi. Izba bierze natomiast za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, na moment zamknięcia rozprawy.

W ocenie Izby pojęcie stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania odnosi się do kwestii zawisłości sporu przed Izbą. Z chwilą wniesienia odwołania stan rzeczy odnosi się do czynności lub zaniechania Zamawiającego, które jest podstawą odwołania, zatem ocenie Izby podlega właśnie ta czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Jednakże stan rzeczy nie jest niezmienny w toku procedowania przed Izbą może on ulec zmianie w skutek czynności procesowych lub faktycznych stron powodujących zmianę zakresu zawisłości sporu. Do czynności procesowych można zaliczyć cofnięcie odwołania, cofnięcie zarzutu, uznanie zarzutów odwołania, wniesienie sprzeciwu, natomiast do okoliczności faktycznych takie zdarzenia, które zachodzą w toku postępowania odwoławczego, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a które mają wpływ na istnienie sporu pomiędzy stronami. Do takich okoliczności faktycznych, które mogą mieć wpływ na zakres zawisłości sporu w postępowaniu odwoławczym. Tym samym Izba z urzędu musi brać pod uwagę okoliczności, które następują w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które mogą mieć wpływ na istnienie sporu pomiędzy stronami postępowania odwoławczego. Ustawodawca nie zdecydował się na zawieszenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do czasu rozpoznania odwołania przez Izbę czy sąd okręgowy, stąd czynności dokonane w toku postępowania odwoławczego w postępowaniu o udzielenie zamówienia składają się na stan rzeczy ustalony w toku postępowania oraz podlegają ocenie Izby przy wyrokowaniu z uwzględnieniem normy art. 192 ust. 2 Pzp. Z tego powodu Izba ma legitymację prawną do oceny czynności Zamawiającego dokonanych w trakcie trwania postępowania odwoławczego, przy czym ta ocena powinna być ograniczona jedynie do tego, czy w skutek sytuacji zaistniałej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spór pomiędzy stronami nadal istnieje, czy też nie i czy w przypadku stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez zaskarżoną czynność lub zaniechanie ma ono w aktualnym na datę wyrokowania stanie faktycznym wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Odnosnie, zaś zasady koncentracji środków ochrony prawnej, przemawia ona za koniecznością analizy i oceny ewentualnych zastrzeżeń i zarzutów, jeśli takie zostaną skierowane, w odniesieniu do istniejącej na moment rozstrzygnięcia czynności

Zamawiającego. W ramach tej zasady nie mieści się rozstrzygnięcie o zarzutach jedynie "dla sztuki", mimo, że sama czynność, której te zarzuty dotyczą, jest historyczna – została już wyeliminowana przed ich rozstrzygnięciem.

Dodatkowo odnośnie zasady koncentracji środków ochrony prawnej przemawia ona za uznaniem, że nie jest właściwą oceną czynności już nieistniejącej, unieważnionej przez Zamawiającego, jeśli w postępowaniu mamy do czynienia z ponowioną czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzedzoną badaniem i oceną ofert, i przyznaniem nowej punktacji, a rezultat tych czynności oraz ich oceny nie może podlegać ocenie w tym postępowaniu odwoławczym.

Nadto, Izba rozstrzygając o zarzutach danego odwołania, kierowanego wobec uchylonej na moment jego rozpoznania czynności, nie może w swym rozstrzygnięciu oceniać czynności, wobec której nie postawiono zarzutów oraz odpowiadających im żądań. Niezależnie od rozstrzygnięcia o zarzutach dotyczących unieważnionej czynności, ponowiona czynność, w razie jej niezakwestionowania, byłaby w takim wypadku ważną i funkcjonującą obok wydanego rozstrzygnięcia.

W przedmiotowym stanie faktycznym rezultat tej oceny z uwagi na okoliczności wskazane powyżej – predysponuje Izbę do oddalenia odwołania, bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów w nim zawartych, gdyż w istocie działania Zamawiającego znalazły wyraz dopiero w kolejnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w cz. I z 07.06.2019 r., a czynność ta „skonsumuje” wyniki badania także kwestii podnoszonych przez Odwołującego.

W ramach kolejnego odwołania (co sygnalizował już na rozprawie Przystępujący – taki zamiar), Odwołujący będzie mógł ewentualnie podnosić zarzuty związane z oceną oferty Przystępującego (z uwagi na kluczową kwestię punktacji), w tym także w tym samym zakresie co w aktualnym odwołaniu, chociażby z uwagi na to, iż będziemy mieli do czynienia z nową czynnością w postępowaniu.

Z tych względów brak było podstaw oceny zarzutów kierowanych wobec czynności nieistniejącej już, wyeliminowanej przez Zamawiającego z obrotu.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Wnoszącego Sprzeciw o zasądzenie

kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 5 ust. 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....