

WYROK

z dnia 21 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2019 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Bydgoszczy**, ul. Szpitalna 19, 85-826 Bydgoszcz

przy udziale wykonawcy **ABBOTT Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym obniżenie liczby punktów przyznanych ofercie **ABBOTT Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w kryterium „Możliwość wstawiania i wyjmowania z analizatora odczynników w każdym momencie pracy” do 0 punktów (zamiast 10 punktów), a w konsekwencji obniżenie łącznej punktacji przyznanej tej ofercie;
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę ABBOTT Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od wykonawcy **ABBOTT Laboratories Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, ul. Postępu 21b, 02-676 Warszawa na rzecz Odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wielospecjalistyczny Szpital Miejski im. dr. Emila Warmińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Bydgoszczy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” na dostawę odczynników, materiałów zużywalnych oraz kontroli jakości wraz z dzierżawą 2 szt. Kompatybilnych analizatorów immunochemicznych (analizator podstawowy i back up), numer referencyjny DZP-270-31-2018. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.06.2018 r. pod numerem 2018/S 119-270306 (dalej jako „Postępowanie”).

W dniu 6 maja 2019 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący”) wniósł odwołanie, podnosząc niezgodność z ustawą czynności (zaniechań) Zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Abbott Laboratories Poland sp. z o.o., (dalej: „Abbott”) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- 2) wadliwej ocenie oferty Abbott polegającej na przyznaniu temu wykonawcy błędnej (zawyżonej) liczby punktów w kryterium „Możliwość wstawiania i wyjmowania z analizatora odczynników w każdym momencie pracy”, a w konsekwencji błędnej (zawyżonej) łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty, od czego zależał wybór oferty najkorzystniejszej,
- 3) zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił, że powyższe czynności zostały dokonane przez Zamawiającego (względnie zaniechano ich podjęcia) niezgodnie z przepisami art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwą ocenę i wybór oferty Abbott niebędącej najkorzystniejszą w świetle obowiązujących w Postępowaniu kryteriów oceny ofert, w szczególności na skutek przyznania wykonawcy Abbott zawyżonej liczby punktów w kryterium „Możliwość wstawiania i wyjmowania z analizatora odczynników w każdym momencie pracy”, a w konsekwencji przyznania temu wykonawcy zawyżonej łącznej liczby punktów w ramach oceny końcowej oferty, co miało wpływ na wynik Postępowania, gdyż skutkowało wyborem oferty wykonawcy Abbott jako najkorzystniejszej, podczas gdy za najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu powinna zostać uznana oferta Odwołującego, a tym samym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odwołujący podał, iż powyższe

uchybień doprowadziły do naruszenia jego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany. W związku z tym ma interes we wniesieniu odwołania.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Abbott w Postępowaniu,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert i obniżenie oceny punktowej przyznanej ofercie Abbott w kryterium „Możliwość wstawiania i wyjmowania z analizatora odczynników w każdym momencie pracy” do 0 punktów (zamiast 10 punktów), a w konsekwencji obniżenie oceny oferty firmy Abbott na podstawie wszystkich kryteriów oceny ofert do łącznej liczby 72,37 punktów (zamiast 82,37 punktów),
- 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż przedmiotem Postępowania jest dostawa odczynników, materiałów zużywalnych oraz kontroli jakości wraz z dzierżawą 2 szt. kompatybilnych analizatorów immunochemicznych (analizator podstawowy i back up). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 2 do SIWZ, oraz w załączniku nr 2a do SIWZ, stanowiącym formularz asortymentowo-cenowy. W Postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Abbott i Odwołujący. W dniu 26 kwietnia 2019 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Abbott, której Zamawiający przyznał łączną liczbę 82,37 punktów we wszystkich kryteriach oceny ofert (w tym 10 punktów w kryterium „Możliwość wstawiania i wyjmowania z analizatora odczynników w każdym momencie pracy”). Na drugiej pozycji uplasowała się oferta Odwołującego z łączną liczbą 73 punktów. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie ocenił ofertę wykonawcy Abbott w kryterium „Możliwość wstawiania i wyjmowania z analizatora odczynników w każdym momencie pracy” i niezasadnie przyznał tej ofercie 10 punktów za to kryterium. W Załączniku nr 2 stanowiącym opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający w ostatnich kolumnach tabeli oceniał ten parametr, za którego spełnienie przyznawał 10 punktów. Na stronie 12 oferty, odnoszącej się do ww. parametru ocenianego, firma Abbott zaznaczyła „TAK”, podczas gdy zaoferowane przez tego wykonawcę urządzenie nie spełnia tego parametru. Powyższe potwierdzają zapisy instrukcji obsługi analizatora Architect w części dotyczącej Architect i1000, zgodnie z którą nie jest możliwe wstawianie i wyjmowanie z analizatora odczynników w każdym momencie jego pracy. O tym, że nie można wstawiać i wyjmować odczynników z zaoferowanego przez wykonawcę Abbott analizatora w każdym momencie pracy, a więc np. w trybach pracy: Offline, Stopped, Initializing i Maintenance świadczą zapisy producenta w instrukcji obsługi analizatora zaoferowanego przez Abbott.

Powyższe uchybienie ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem powoduje, iż to oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny ofert. Ofercie Abbott w ww. kryterium przyznano 10 punktów, podczas gdy prawidłowa ocena tej oferty powinna dać w tym kryterium 0 punktów, zgodnie z punktem 18.2 SIWZ, kryterium numer 3: „Spełnia - 10 punktów, Nie spełnia - 0 punktów”. Łącznie zatem oferta wykonawcy Abbott powinna otrzymać we wszystkich kryteriach oceny ofert 72,37 punktów (zamiast 82,37 punktów), bowiem w kryterium cena, oferta Abbott otrzymała 52,37 punktów, w kryterium „Możliwość wstawiania i wyjmowania z analizatora odczynników w każdym momencie pracy” - 0 punktów” powinna otrzymać 0 punktów, w kryterium „Jednorazowe końcówki zapobiegające kontaminacji” otrzymała 0 punktów, w kryterium „Wszystkie kalibratory, kontrole - bez konieczności rekonstytucji” otrzymała 9 punktów, w kryterium „Pomiar przebiegu reakcji oraz końcowy odczyt stężenia danego analitu” otrzymała 6 punktów oraz w kryterium „Liniiowość HCG” otrzymała 5 punktów. Wobec faktu, iż Odwołujący otrzymał łącznie we wszystkich kryteriach oceny ofert 73 punkty, to właśnie jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Niesprawiedliwa, w ocenie Odwołującego, ocena punktowa godzi w naczelną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, stosownie do którego Zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zasada ta zostaje naruszona 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.

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 7 maja 2019 r. kopia odwołania została przekazana drugiemu z wykonawców w dniu 6 maja 2019 r. Pismem z dnia 8 maja 2019 r. swoje zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 14 maja 2019 r, przekazany drogą elektroniczną w dniu 15 maja 2019 r. Zamawiający oświadczył, iż uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 20 maja 2019 r. wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W związku z powyższym, stosownie do art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, odwołanie podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania złożoną w poświadczoną kopii przez Zamawiającego oraz dowody złożone przez Odwołującego oraz

przez Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., co nastąpiło za pismem z dnia 20 maja 2019 r, zawierającym stanowisko Przystępującego.

Po zapoznaniu się z treścią dokumentacji postępowania, po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy oraz wysłuchaniu stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. W ocenie Izby nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących jego odrzuceniem, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania ma zatem szansę uzyskać zamówienie, którego na skutek wyboru konkurencyjnej oferty został pozbawiony.

Wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany również: „Przystępujący”), zgłaszający przystąpienie po stronie Zamawiającego, wypełnił wymogi, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w związku z czym stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Przepis ten stanowi, iż *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania od zamawiającego kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.*

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty, tj. oferta Odwołującego i oferta Przystępującego. Łączna ilość punktów przyznanych ofercie wykonawcy Abbott wyniosła 82,37 punkty, natomiast łączna ilość punktów przyznanych ofercie Odwołującego wyniosła 73,00 punkty.

Stosownie do pkt 18 1. poz. 3 SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert jest: „Możliwość wstawiania i wyjmowania z analizatora odczynników w każdym momencie pracy”. Z pkt 18.2 poz. 3 SIWZ wynika, że punkty przyznane za ww. kryterium oceny ofert w przypadku spełnienia

kryterium wynoszą 10, zaś w przypadku braku spełniania tego kryterium – 0. W tym kryterium Przystępujący otrzymał 10 punktów, natomiast Odwołujący – 0 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu. W związku z tym Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Stosownie do art. 91 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.* Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *1 zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Przedmiotem sporu jest sposób rozumienia postanowień SIWZ w zakresie ww. kryterium: „Możliwość wstawiania i wyjmowania z analizatora odczynników w każdym momencie pracy”, a w konsekwencji, ocena czy zaoferowane przez wykonawcę Abbott urządzenie spełnia ten wymóg. Różnica stanowisk stron sprowadza się do tego, czy sformułowanie: „w każdym momencie pracy” należy odnosić do pracy analizatora, jak to rozumie Odwołujący, czy jedynie do wykonywania oznaczeń przez ten analizator.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2019 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy Abbott m.in. o wyjaśnienia dotyczące spełniania tego kryterium, stwierdzając w pkt 4: *„(...) z przedstawionych materiałów informacyjnych (instrukcja obsługi analizatora Architekt w części dotyczącej Architekt i1000) wynika, że nie jest możliwe wstawianie i wyjmowanie z analizatora odczynników w każdym momencie jego pracy (jest to wzbronione w trybach pracy: offline, stopped, initializing). W związku z tym prosimy o wyjaśnienie, w jaki sposób w zaoferowanym analizatorze Architekt i1000 realizuje się możliwość wstawiania i wyjmowania z analizatora odczynników w każdym momencie pracy analizatora bez konieczności jego zatrzymywania czy pauzowania.”*

Jak wynika z odpowiedzi wykonawcy Abbott z dnia 24 sierpnia 2018 r. przyjmuje on moment pracy jako moment wykonywania badań, kalibracji i kontroli, który jest określany w instrukcji obsługi systemu Architect nazwą tryb pracy „Running”. Jednocześnie wykonawca ten stwierdził: „Instrukcja obsługi poprzez „tryb pracy” rozumie stany w jakich znajduje się analizator np. offline (wyłączenia), stopped (zatrzymania), initializing (inicjowania), Running (wykonywanie oznaczeń). Jedynym trybem, w którym możliwe jest wykonywanie badań, kalibracji, kontroli jest tryb „Running”. Wykonawca stwierdził również, że Zamawiający punktował możliwość wstawiania i wyjmowania z analizatora odczynników w każdym momencie pracy analizatora bez konieczności jego zatrzymania czy pauzowania.

Kluczowymi dla rozstrzygnięcia w tym zakresie są treść postanowień SIWZ oraz treść Instrukcji obsługi analizatora zaoferowanego przez Przystępującego Abbott.

Jak zauważył Przystępujący analizator składa się z trzech elementów, tj. komputera, podajnika i modułu roboczego. Z wyciągu z Instrukcji obsługi systemu Architect, złożonej na rozprawie przez Odwołującego, jak również z załączników do pisma Przystępującego z dnia 20 maja 2019 r. złożonego na rozprawie wynika, że moduł roboczy i1000SR może pracować w 8 różnych trybach, co przedstawia tabela 1.19 opisująca każdy z nich, oraz tabela 1.20, gdzie zestawiono czynności, które można wykonywać podczas każdego z trybów pracy analizatora. Przykładowo wskazania wymaga, iż w tabeli 1.19 w kolumnie: „Tryb pracy” w odniesieniu do trybu Initializing (inicjalizacja) wskazano, iż system wykonuje wymienione czynności inicjujące, w zależności od wyboru klawisza F 5 – Start-up lub F8-Run m.in. sprawdza czujniki zamknięcia pokrywy ośrodka roboczego i pokrywy karuzeli z odczynnikiem, ustawia silniki w pozycji wyjściowej, usuwa naczynka RV ze ścieżki reakcyjnej i uzupełnia wszystkie 23 pozycje nowymi naczynkami RV, inicjuje mechanizm strefy mycia, inicjuje rozproszenie mikrocząsteczek. W kolumnie „Niedozwolone czynności” widnieje opis: *„Nie wolno wyjmować ani wstawiać odczynnika, ponieważ karuzela odczynnikowa nie została prawidłowo ustawiona”*.

Tym samym z ww. Instrukcji wynika, że nie w każdym momencie pracy analizatora jest możliwe wstawianie lub wyjmowanie odczynnika. Z tabeli 1.20 i z przypisu ** do niej, wynika, iż obie wskazane w kryterium czynności tj. załadunek i rozładunek statywów z odczynnikiem jest możliwy jedynie kiedy moduł roboczy pracuje w 4 trybach tj. Warming, Ready, Scheduled Pause, Running, a podajnik RSH pracuje w trybie Running.

W ocenie Izby sposób sformułowania ocenianego parametru, dotyczącego możliwości wstawiania i wyjmowania z analizatora odczynnika w każdym momencie pracy, oznacza, iż chodzi o cały cykl pracy urządzenia bez względu na to, jaki zakres czynności w danym momencie urządzenie wykonuje. To, że oznaczenia są wykonywane w trybie Running nie zmienia tej oceny. Z treści Instrukcji wynika, że urządzenie pracuje także w innych trybach. Wskazują na to np. zapisy znajdujące się nad tabelą 1.19: *„Zlecaj oznaczenia badanych próbek w dowolnym trybie pracy.”* *„Zlecaj oznaczenia kontroli jakości i kalibracji wyłącznie w trybie „Running”, aby zapewnić, że system oblicza wymaganą ilość próbki.”* oraz *„W trybie „Warming lub „Running nie możesz zainicjować oznaczeń.”*

W konsekwencji należy uznać, iż skoro w SIWZ nie było określenia o jaki konkretnie moment pracy urządzenia chodzi, lecz wyraźnie zostało zaznaczone, że chodzi o każdy moment pracy, to nie można zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego Abbott, że w opisie kryterium chodzi jedynie o moment w którym wykonywane są oznaczenia. Gdyby Zamawiający

oczekiwał i punktował w analizowanym postępowaniu aby załadunek i rozładunek były możliwe jedynie w czasie, gdy wykonywane są oznaczenia, to tak by to zapisał zamiast użytego sformułowania: „w każdym momencie pracy”. Zauważenia wymaga, iż ze Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej na rozprawie przez Odwołującego, dotyczącej postępowania na dostawę odczynników do analizatora immunochemicznego wraz z dzierżawą analizatora i oprogramowania licencjonowanego do wykonywania badań w kierunku indywidualnej oceny ryzyka wad płodu w Poradni Genetycznej WSM w Bydgoszczy, wynika, że Zamawiający w tamtym postępowaniu ograniczył kryterium do możliwości jedynie dostawiania odczynników i odniósł tę możliwość do pracy analizatora w trakcie wykonywania oznaczeń. Oznacza to, że Zamawiający w różnych postępowaniach w różny sposób formułuje kryteria w tym zakresie. Decydujące znaczenie ma sposób sformułowania kryterium w analizowanym postępowaniu, gdzie wymóg dotyczy zarówno wstawiania jak i wyjmowania odczynników bez wskazania na moment pracy analizatora, lecz zaznaczając, że chodzi o każdy moment jego pracy.

To, że w załączonej do pisma Przystępującego opinii prywatnej dr. n. med. S.M., a więc uznawanej za stanowisko strony, na której zlecenie została wydana, znalazło się stwierdzenie, iż z punktu widzenia diagnostyki praca analizatora obejmuje wyłącznie moment wykonywania przez analizator badań, kalibracji i kontroli, nie zmienia oceny Izby. Ze sposobu sformułowania w SIWZ kryterium, wynika bowiem, że chodzi o to, żeby w każdym momencie pracy analizatora było możliwe wstawienie lub wyjęcie odczynników, a nie tylko w jednym z jego trybów pracy, co może się wiązać ze sposobem lub potrzebami organizacji pracy Zamawiającego.

Ze stanowiska Przystępującego, przedstawionego na rozprawie wynika, że właściwa praca analizatora to wykonywanie oznaczeń, a wszystkie wcześniejsze tryby pracy służą przygotowaniu urządzenia do wykonywania badań kalibracji i kontroli. Nie zmienia to sytuacji, że na pracę analizatora składa się praca także innych trybów niż Running. Chociaż w tym trybie wykonuje się oznaczenia, to nie byłyby one możliwe do podjęcia, gdyby nie praca urządzenia w innych trybach. Nadto złożona na rozprawie ww. Instrukcja obsługi systemu Architect, Rozdział V, Opis statusów statywu (i1000sR), zawiera m.in. zapis, iż z informacji o statusie statywów korzystać można w celu określenia statusu załadunku lub rozładunku każdego statywu z odczynnikami oraz wykrycia ewentualnych problemów z załadunkiem lub rozładunkiem statywów z odczynnikami. Dla każdego zestawu odczynnikowego system wyświetla jeden z przedstawionych w tabeli 5.7 komunikatów. Tabela 5.7 poz. 3. odnosząca się do statusu Scheduled unload w opisie zawiera m.in.: *„Zlecony został rozładunek statywu z odczynnikami, który w danej chwili nie może być przeprowadzony, ponieważ: nadal wykonywane są badania z odczynnikiem zleconym do rozładunku”*. Wskazuje to, że do momentu zakończenia badania z odczynnikiem zleconym do rozładunku, a więc w trybie

Running, aż do zakończenia tego badania, nie jest możliwy rozładunek. Wskazuje to na to, że taki rozładunek nie jest możliwy w każdym momencie pracy analizatora, także w trybie wskazywanym przez Przystępującego Abbott jako właściwy do oceny w ramach tego kryterium.

Ww. tabela 5.7, znajdująca się w Instrukcji złożonej przez Odwołującego na rozprawie, została przedstawiona na poparcie twierdzeń Odwołującego zawartych w odwołaniu, dotyczących braku spełnienia przez analizator zaoferowany przez Przystępującego, przedmiotowego kryterium oceny ofert. Z tych względów wniosek Przystępującego o jej pominięcie nie zasługuje na uwzględnienie. Stosownie bowiem do art. 190 ust. 1 ustawy Pzp dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

W związku z argumentacją Przystępującego i złożonym przez niego dowodem w postaci tłumaczenia przysięgłego wyciągu instrukcji obsługi systemu Architect, że właściwym tłumaczeniem z języka angielskiego jest termin: „stan” a nie „tryb” używany w Instrukcji w języku polskimi, zauważenia wymaga, iż niezależnie jak się je inaczej określi, odnoszą się one do pracy urządzenia. Nadto Przystępujący stwierdza, że Running jest także stanem, a jednocześnie twierdzi, że wykonywane są w nim oznaczenia i że jest to właściwa praca analizatora. Oznacza to, że podjęta na rozprawie próba zmiany terminów: z trybu pracy (użytego w obowiązującej polskiej wersji językowej Instrukcji) na stan pracy, niczego nie zmienia w relacji do tego, co się składa pracę urządzenia.

Powyższe wskazuje, że oferta Przystępującego nie powinna w ww. kryterium otrzymać punktów z uwagi na brak jego spełnienia przez zaoferowany analizator. Przyznanie przez Zamawiającego 10 punktów spowodowało, iż oferta ta uzyskała najwyższą ilość punktów i została wybrana jako najkorzystniejsza. Nadto nastąpiło to w sytuacji, gdy ofercie Odwołującego w takiej samej sytuacji tj. również braku spełnienia przez zaoferowany analizator ww. kryterium, nie zostały przyznane punkty.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba uwzględni odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Stwierdzone naruszenia przepisów ustawy miały wpływ na wynik postępowania. Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 2 pkt 2 i § 3 pkt 1 i 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

rozliczenia (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) z uwzględnieniem wpisu uiszczanego przez Odwołującego i uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy do wysokości określonej w ww. rozporządzeniu. Izba nie zasądziła od Przystępującego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, uznając je za nieuzasadnione. Złożony rachunek wystawiony jest przez lekarza prowadzącego prywatną praktykę lekarską, dotyczy wynagrodzenia w postępowaniu w dniu 20 maja 2019 r. przed Izbą. Rozprawa została przeprowadzona na skutek sprzeciwu Przystępującego i przy jego aktywności w prezentowaniu stanowiska, bez udziału pełnomocnika Zamawiającego. Zamawiający dopiero w ostatnim momencie rozprawy zdecydował się zabrać głos, nie przyczyniając się jednak do rozstrzygnięcia odwołania.

Przewodniczący:

