

WYROK
z dnia 1 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **Eclipse sp. z o.o. sp. k. w Krakowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Sosnowiecki Szpital Miejski sp. z o.o. w Sosnowcu**

przy udziale wykonawcy **Becton Dickinson Polska sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części, w tym przyznanie ofercie odwołującego 5 pkt w kryterium oceny ofert „element przezierny (w igle z przeziernością wklucia) o długości co najmniej 5 mm lub większej”.**
2. kosztami postępowania obciąża **Sosnowiecki Szpital Miejski sp. z o.o. w Sosnowcu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eclipse sp. z o.o. sp. k. w Krakowie**, kwotę **3.600 zł 00 gr** poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **150 zł 00 gr** poniesioną przez odwołującego tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie Izby,
 - 2.2. zasądza od **Sosnowieckiego Szpitala Miejskiego sp. z o.o. w Sosnowcu** na rzecz **Eclipse sp. z o.o. sp. k. w Krakowie** kwotę **11.250 zł 00 gr** (słownie: jedenastu tysięcy dwustu pięćdziesięciu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Sosnowiecki Szpital Miejski sp. z o.o. w Sosnowcu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa probówek do pobierania krwi”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 grudnia 2017 r., poz. 632046-N-2017.

15 stycznia 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy Eclipse sp. z o.o. sp. k. w Krakowie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Becton Dickinson Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec czynności wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej odwołujący wniósł 19 stycznia 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp - albowiem oferta odwołującego obejmowała zaproponowany przedmiot (w postaci igieł) posiadający parametr oceniany w ramach kryterium jakości (rozdział XII SIWZ, wiersz trzeci tabeli) a mimo to nie została mu za ten parametr przyznana punktacja przewidziana w SIWZ, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty, która nie była „najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem spełniania przez produkt zaoferowany przez odwołującego wymogu dla uzyskania punktów w ramach parametru „element przezierny (...) o długości co najmniej 5 mm lub większej”.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że wybór jako zwycięzcy przetargu innego podmiotu niż odwołujący był wynikiem uznania przez zamawiającego, że igły Vacuette Visio Plus 0,7 i 0,8 nie spełniają kryterium posiadania „elementu przeziernego (...) o długości co najmniej 5 mm lub większej”. W wezwaniu do złożenia wyjaśnień, zamawiający poinformował, że dokonał własnego pomiaru przy użyciu suwmiarki i długość elementu, w którym widoczna była krew wynosiła 2,3 mm. Przy czym nie poparł tego twierdzenia żadnym zdjęciem poglądowym. W odpowiedzi na powyższe, oferent przedstawił wyjaśnienie oraz dokumentację zdjęciową, z której wynikało jednoznacznie, że długość elementu, w którym widoczna jest krew wynosi ponad 5 mm. Pomimo otrzymania powyższego wyjaśnienia, zamawiający ofercie odwołującego nie przyznał (przypadających na ten parametr) 5 punktów

co w konsekwencji doprowadziło do uznania za korzystniejszą oferty konkurenta (łącznie 90,90 pkt.) w stosunku do oferty odwołującej (88,09 pkt.). Wynika z tego jednoznacznie, że błędna ocena zamawiającego pozbawiła odwołującego punktów, które po doliczeniu do punktów uzyskanych dałyby łączną notę 93,09 pkt. a co za tym idzie zwycięstwo w przetargu.

Odwołujący podniósł, że wymóg (służący ocenie ofert) wyposażenia igły w „element przezierny” był co najmniej nieprecyzyjny (wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 91 ust. 2d Pzp). Słownikowo „przezierny”, to termin medyczny oznaczający „przejrzysty, przezroczysty” a pojęcie „elementu przeziernego” nie ma swojej legalnej definicji, wobec czego to właśnie potoczne rozumienie tego terminu musi być brane pod uwagę. Zamawiający nie podał żadnych dodatkowych (poza długością) parametrów części (elementu) przeziernego igły. W szczególności nie wskazał, że za „element przezierny” będzie uznawał jedynie taką część igły, która nie zachodzi na kolejny element zestawu do pobrania (uchwyt). W świetle powyższego, wymogu takiego zamawiający nie mógł wprowadzić na etapie oceny ofert.

Odwołujący argumentował, że niezależnie od powyższego, żadna ze wskazanych przez zamawiającego okoliczności (to jest występowanie gwintu oraz zachodzenie części elementu przeziernego igły na uchwyt) nie powoduje, że element przezierny samej igły się zmienia jak również nie powoduje, że krew widoczna jest na długości mniejszej niż 5 mm. Demonstrują to zdjęcia załączone do odwołania. Jak z nich wynika, łączna długość przeziernego części igły (części przezroczystej, w której widoczna jest krew) wynosi 7 mm. Zdjęcia te potwierdzają ponadto, iż również w igle umieszczonej w uchwycie krew pozostaje widoczna. Nadto, zupełnie chybione jest twierdzenie zamawiającego, jakoby długość elementu przeziernego ograniczał „biały nieprzezroczysty element plastikowy”. Jak wynika z załączonej dokumentacji zdjęciowej zgrubienie, o którym zapewne mowa nie jest białe ani nieprzezroczyste. Rzeczywiście w tym miejscu na długości ok. 1 mm igła posiada mniejszą przejrzystość (z uwagi na większą grubość tworzywa) ale nadal jest przezierna. Efekt nieprzezroczystości może wystąpić jedynie w świetle lampy błyskowej, użytej przy wykonywaniu zdjęcia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Becton Dickinson Polska sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego z 5 stycznia 2018 r. skierowane do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie z 9 stycznia 2018 r., zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 15 stycznia 2018 r., odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, pismo procesowe przystępującego wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Becton Dickinson Polska sp. z o.o. w Warszawie uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu podwyższenia punktacji przyznanej ofercie odwołującego w ten sposób, że jego oferta w klasyfikacji znalazłaby się na miejscu pierwszym. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności przyznania ofercie odwołującego brakującej punktacji, skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie pkt II specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dostawa probówek do pobierania krwi. Zamówienie składa się z 2 części tzw. pakietów, z których każdy stanowi oddzielny przedmiot zamówienia:

Pakiet nr 1 – probówki do pobierania krwi za pomocą systemu próżniowego lub aspiracyjno-próżniowego wraz z dzierżawą aparatów (czytników) do odczytu OB,

Pakiet nr 2 – probówki do mikrometody do pobierania krwi u dzieci i niemowląt wraz z dzierżawą statywu do odczytu OB.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, asortyment i ilości znajduje się w załącznikach nr 3.1 ÷ 3.2 do SIWZ.

Na podstawie poz. 11 załącznika nr 3.1. do SIWZ ustalono również, że w skład zamawianego asortymentu wchodziła igła systemowa z gwintem dla systemów próżniowych lub trwale połączone z nasadką o średnicy 0,7; 0,8 mm z wizualizacją wkłucia – 120 opak.

Na podstawie pkt V SIWZ ustalono, że zamawiający postanowił, iż w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom Zamawiającego należy złożyć dla pakietu nr 1:

- Katalogi, ulotki, opisy lub inne dokumenty zawierające szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, (tj.: wymaganych parametrów, cech techniczno-użytkowych) zaoferowanych produktów (dotyczy również parametrów ocenianych).

(...)

- próbki oferowanego asortymentu dla poz. nr 2 i poz. nr 11 Formularza asortymentowo-cenowego.

Na podstawie pkt XII SIWZ ustalono, że w pakiecie nr 1 zamawiający będzie wybierał oferty na podstawie kryterium cena – 85% i jakość – 15%. Zamawiający opisał sposób obliczania liczby punktów w kryterium jakość wskazując, że przyzna punkty zgodnie z poniższym opisem:

Rodzaj parametru ocenianego	Postać / wartość parametru - Liczba punktów	Podstawa oceny
Probówki plastikowe lub szklane z zamknięciem zakręcanym (gwint) dającym dodatkową gwarancję bezpiecznego pobierania, transportu, wirowania oraz ułatwiającym otwieranie probówek (za wyjątkiem probówek do OB, które nie podlegają ocenie ponieważ nie są otwierane w procesie diagnostyki)	Tak - 5 Nie - 0	Potwierdzenie każdego parametru w katalogu lub w innym dokumencie

System w całości pochodzący od jednego producenta celem zapewnienia jednakowego standardu jakościowego	Tak - 5 Nie - 0	<i>Potwierdzenie w formularzu asortymentowo-cenowym (kolumna Wytwórca/ Numer katalogowy)</i>
Element przezierny (w igle z przeziernością wklucia) o długości co najmniej 5 mm lub większej. <i>Pozycja nr 11 Formularza asortymentowo-cenowego</i>	Tak - 5 Nie - 0	Potwierdzenie w katalogu lub w innym dokumencie oraz próbki - 2 szt. igieł
Objętość martwa w próbce do badań koagulologicznych: <i>Pozycja nr 2 Formularza asortymentowo-cenowego</i>	1 cm lub mniej – 5 pkt, 1÷2 cm – 2 pkt, powyżej 2 cm – 0 pkt	<i>Potwierdzenie w katalogu lub w innym dokumencie oraz próbki - 5 szt. probówek</i>

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył m.in. odwołujący. W pozycji 11 formularza cenowego zaoferował igły Greiner Bio-One/450041;450040. W formularzu ofertowym złożył oświadczenie, że igły z poz. 11 formularza cenowego posiadają element przezierny (w igle z przeziernością wklucia) o długości 5 mm lub większej. Do oferty załączono kartę katalogową igieł, z której wynika, że *igły Vacuette Visio Plus z wizualną kontrolą prawidłowości wklucia znacznie ułatwiają pobieranie krwi. Igły te posiadają przezroczysty plastikowy 5 mm element, w którym po prawidłowym wkluciu do żyły pojawia się krew (s. 27 oferty).* Do oferty załączono po 2 szt. próbek igieł z poz. 11.

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z dnia 5 stycznia 2018 r., działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, że *złożona próbka do poz. 11 formularza asortymentowo - cenowego nie potwierdza, że element przezierny (w igle z przeziernością wklucia) jest o długości co najmniej 5 mm lub większej. Złożony w ofercie katalog – str. 27 oferty opisuje, że igły posiadają przezroczysty plastikowy 5 mm element, w którym po prawidłowym wkluciu do żyły pojawia się krew. W celu oceny próbki igły została wykonana prób abiologiczna polegająca na wkluciu do żyły łokciowej. Po dokonaniu wklucia dokonano pomiaru elementu przeziernego za pomocą suwmiarki w wyniku czego stwierdzono, że długość elementu przeziernego w igle jest z przeziernością wklucia 2,3 mm.*

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 9 stycznia 2018 r. W wyjaśnieniach tych informował, że zaoferowane przez niego w pozycji 11 formularza asortymentowo-cenowego *igły z wizualizacją wkłucia 0,7 i 0,8 posiadają element przezierny o długości 5 mm, jak na ilustracji, która załączył. Wielkość elementu przeziernego w igle z wizualizacją prawidłowości wkłucia nie jest tożsama z dokładnie taką samą wielkością widocznego w nim śladu krwi. (...). Zamawiający w parametrach ocenianych wymagał podania rozmiaru elementu przeziernego a nie wielkości pojawiającego się w okienku śladu krwi. W związku z tym zaoferowane przez nas igły Vacuette Visio Plus 0,7 i 0,8 posiadając element przezierny o długości 5 mm spełniają kryterium „co najmniej 5 mm.*

Ustalono również, że zamawiający 15 stycznia 2018 r. wybrał ofertę przystępującego, jako najkorzystniejszą. Zamawiający w piśmie tym uzasadnił także, że przyznał odwołującemu 0 pkt za wartość parametru element przezierny (w igle z przeziernością wkłucia) o długości co najmniej 5 mm. W uzasadnieniu zamawiający poinformował, że *wyjaśnienia odwołującego nie potwierdzają elementu przeziernego w igle z przeziernością wkłucia długości co najmniej 5 mm. Na rysunku poglądowym załączonym do wyjaśnień element wizualizacji został zaznaczony łącznie z gwintem igły, który zgodnie z przesłanymi próbkami nie jest w całości przezierny, jak zostało to przedstawione na rysunku. W gwintowanym elemencie igły na początku gwintowania znajduje się biały nieprzezroczysty element plastikowy. Ponadto element gwintowany wkręcany jest do uchwyty służącego do zamocowania igły celem użycia jej do pobrania co powoduje, że gwint przestaje być widoczny podczas wkłucia, a widoczna przestrzeń ogranicza się tylko do tej, która znajduje się poza gwintowaniem.*

Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Izba uwzględniła odwołanie gdyż potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu. W ocenie Izby zamawiający ocenił ofertę odwołującego niezgodnie z określonym w SIWZ jakościowym kryterium oceny ofert opisanym jako *element przezierny (w igle z przeziernością wkłucia) o długości co najmniej 5 mm lub większej.*

Przywołane kryterium oceny ofert odnosiło się do elementu przedmiotu zamówienia z pozycji 11 formularza asortymentowego. W pozycji tej wskazano, że przedmiotem zamówienia jest *igła systemowa z gwintem dla systemów próżniowych lub trwale połączone z nasadką o średnicy 0,7; 0,8 mm z wizualizacją wkłucia.* W uzasadnieniu odmowy przyznania punktacji ofercie odwołującego zamawiający wskazał, że element wizualizacji został zaznaczony łącznie z gwintem igły, który zgodnie z przesłanymi próbkami nie jest w

całości przezierny. Wywiódł, że w gwintowanym elemencie igły na początku gwintowania znajduje się biały nieprzezroczysty element plastikowy. Ponadto element gwintowany wkręcany jest do uchwytu służącego do zamontowania igły celem użycia jej do pobrania co powoduje, że gwint przestaje być widoczny podczas wkłucia, a widoczna przestrzeń ogranicza się tylko do tej, która znajduje się poza gwintowaniem.

Izba po dokonaniu analizy materiału dowodowego stwierdziła, że w świetle opisu kryterium oceny ofert przytoczonego wyżej brak było podstaw do niezaliczenia długości gwintu do badanej długości elementu przeziernego. Jak wynikało z opisu kryterium w takim brzmieniu, jakie znalazło się w SIWZ, punktowana miała być wyłącznie cecha techniczna igły, a mianowicie istnienie elementu przeziernego (w igle z przeziernością wkłucia) o długości 5 mm lub większej. Zamawiający uzależnił przyznanie dodatkowych punktów tylko i wyłącznie do istnienia tej cechy obiektywnej igły. Co istotne, element przezierny (przezroczysty) igły nie przestaje być elementem przeziernym (przezroczystym) przez możliwość zasłonięcia go przez inny element systemu w trakcie wykonywania zabiegu wkłucia. Podkreślenia wymagało, że zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie sprecyzował w jaki sposób będzie badał długość elementu przeziernego. W szczególności zamawiający nie wskazał, że będzie dokonywał pomiaru długości w trakcie wykonywania próby biologicznej w polegającej na wkłuciu do żyły łokciowej. Nie wskazano także, że długość ta będzie mierzona przy jednoczesnym użyciu zabezpieczenia przeciwzakłuciowego. Nie zastrzeżono wreszcie w opisie kryterium, że przy pomiarze długości elementu przeziernego igły będzie brana pod uwagę tylko ta część elementu przeziernego, która w trakcie wykonywania próby biologicznej wkłucia nie jest zasłaniana przez inny element systemu.

Nie ulegało wątpliwości, że element gwintowany igły był elementem przeziernym i w trakcie wkłucia tak jak i w komorze pojawiała się w nim krew, widoczna na zdjęciach załączonych tak do odpowiedzi na odwołania, jaki i do odwołania. Argumentacja zamawiającego, jaką przedstawił w uzasadnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej świadczyła natomiast o tym, że jego intencją było, aby za element przezierny uznawać jedynie taką część igły, która nie zachodzi na inny element w trakcie wykonywania tego badania i jest widoczna dla wykonującego zabieg wkłucia. Jeżeli rzeczywiście takie były intencje zamawiającego, to nie zostały opisane w sposób dostateczny w kryterium oceny ofert. Nic nie stało na przeszkodzie, aby zamawiający opisał w SIWZ, że będzie premiowana odpowiednia długość „okienka kontrolnego”, albo że interesuje go tylko długość „ślądu krwi widocznego dla osoby wykonującej zabieg wkłucia”. Zamawiający mógł użyć takich lub analogicznych sformułowań, z których można byłoby jednoznacznie wywnioskować, że będzie brana pod uwagę długość elementu nieprzesłanianego przez inne elementy w trakcie wykonywania wkłucia. Jednak tego typu sformułowań próżno było szukać w opisie kryterium, jaki znalazł się w SIWZ.

Izba nie mogła wziąć od uwagę dodatkowej argumentacji zamawiającego, jaka miała przemawiać za nieprzyznaniem ofercie odwołującego punktacji w spornym kryterium. W odpowiedzi na odwołanie, zamawiający powołując się na zdjęcie nr 4 wskazywał, że nawet gdyby uwzględnić ślad krwi w elemencie gwintowanym igły, to łączna długość elementu przeziernego wynosi ok. 4 mm. Izba wzięła pod uwagę, że zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany jest nie tylko podać punktację przyznaną poszczególnym ofertom w każdym kryterium oceny ofert ale także podać uzasadnienie faktyczne i prawne. Tymczasem argumentacji takiej zamawiający nie przedstawił odwołującemu w swym piśmie z 15 stycznia 2018 r. Wobec powyższego odwołujący nie mógł sformułować zarzutów wobec przyczyny ujawnionej dopiero w odpowiedzi na odwołanie. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Wobec powyższego odwołujący nie może skutecznie rozszerzyć podstawy faktycznej swego odwołania. W tej sytuacji sprzeczne z naczelną zasadą równouprawnienia stron postępowania odwoławczego byłoby dopuszczenie do możliwości powołania się przez zamawiającego w toku rozprawy na dodatkową, nieznaną odwołującemu przyczynę obniżenia punktacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła że zamawiający naruszył art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż ocenił ofertę odwołującego niezgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może

wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp polegające na zaniechaniu przyznania odwołującemu punktacji w kryterium jakościowym, może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Po dodaniu tej punktacji może się okazać, że w świetle kryteriów ceny ofert to oferta odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części, w tym przyznanie ofercie odwołującego 5 pkt w kryterium oceny ofert „element przezierny (w igle z przeziernością wklucia) o długości co najmniej 5 mm lub większej”.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzielenie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w*

całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie Izba odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości zamawiający. Wobec powyższego to tę stronę postępowania Izba obciążyła całością kosztów tego postępowania. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 7.500 zł , koszty poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600 zł oraz koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego na posiedzenie Izby w wysokości 150 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: