

POSTANOWIENIE

z dnia 29 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący - członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego w dniu **29 kwietnia 2013 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 kwietnia 2013 r.** przez wykonawcę: **G..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Diag-Med G..... K....., ul. Ryżowa 51, 02-495 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne ul. Dębinki 7, 80-952 Gdańsk**, przy udziale wykonawcy:

- **bioMérieux Polska Sp. z o.o. ul. Żeromskiego 17, 01-882 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o po stronie zamawiającego,

postanawia:

1. Odrzuca odwołanie,
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **G..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Diag-Med G..... K....., ul. Ryżowa 51, 02-495 Warszawa**,
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **G..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Diag-Med G..... K....., ul. Ryżowa 51, 02-495 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę testów i odczynników do diagnostyki mikrobiologicznej wraz z dzierżawą aparatury laboratoryjnej dla UCK w Gdańsku”, (Dziennik Urzędowy UE z dnia 13.10.2012 r., nr 2012/S 198-325261), dnia 19 kwietnia 2013 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie w zakresie części 1 zamówienia – na dostawę pn. „testy i odczynniki do wykonywania procedury badania bakteriologicznego wraz z dzierżawą automatycznych urządzeń laboratoryjnych” przez wykonawcę: G..... K..... prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Diag-Med G..... K..... z siedzibą w Warszawie (dalej Diag-Med.), w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Złożenie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia w dniu 10 kwietnia 2013 r. o wyborze oferty wykonawcy: bioMérieux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na część 1 zamówienia.

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Uniwersyteckiemu Centrum Klinicznemu w Gdańsku naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:

1. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 198a ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy bioMérieuxPolska Sp. z o.o. (dalej bioMérieux), co było sprzeczne z ostatecznym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2013 r., sygn. KIO 434/13, gdyż zamawiający w trakcie nakazanego tym wyrokiem powtórnego badania i oceny oferty tego wykonawcy przyznał mu w kryterium „jakość” 30 pkt za zaoferowanie „podłoży w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g” oraz nie przyznał mu 5 pkt za zaoferowanie „dostępności specjalnych podłoży rozpuszczających elementy morfotyczne krwi” (poz. 7 i pkt 10.1 załącznika nr 7 do SIWZ - Aparat do hodowli drobnoustrojów), podczas gdy zgodnie z treścią wyroku powinien odpowiednio przyznać mu 5 pkt i nie przyznawać 30 pkt.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu wykonania wyroku KIO z dnia 14 marca 2013 r., sygn. KIO 434/13, w tym nakazanie:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy bioMérieux z dnia 10.04.2013 r. na część 1,

2) powtórzenia badania i oceny oferty wykonawcy bioMérieux zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14 marca 2013 r., sygn. KIO 434/13, tj. z wykorzystaniem ustaleń przedstawionych w uzasadnieniu tego wyroku, polegających w szczególności na konieczności przyznania temu wykonawcy 5 pkt za parametr „dostępności specjalnych podłoży rozpuszczających elementy morfotyczne krwi” oraz odjęciu 30 pkt za parametr „podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g” (pkt 7 i 10.1 załącznika nr 7 do SIWZ - Aparat do hodowli drobnoustrojów),

3) uwzględnienia wyników badania i oceny oferty wykonawcy bioMérieux w toku wyboru najkorzystniejszej oferty, prowadzącego do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza przywoływanym wyrokiem z dnia 14 marca 2013 r., sygn. KIO 434/13, wydanym na skutek poprzedniego odwołania z dnia 27 lutego 2013 r., wniesionego przez wykonawcę Diag- Med G..... K..... na wybór w postępowaniu w części 1 jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy bioMérieux, orzekła o uwzględnieniu tego odwołania i nakazała zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty bioMérieux, z wykorzystaniem ustaleń przedstawionych w uzasadnieniu wyroku oraz uwzględnienie wyników badania i oceny tej oferty w toku wyboru najkorzystniejszej oferty. W ocenie odwołującego - wykonanie wymienionego wyroku przez zamawiającego - zgodnie z jego treścią – skutkowałoby uzyskaniem przez wykonawcę bioMérieux mniejszej ilości punktów w kryterium jakości, a w konsekwencji doprowadziłoby do wyboru oferty odwołującego Diag-Med G..... K..... jako najkorzystniejszej w zakresie części 1. Wobec powyższego - na skutek czynności zamawiającego sprzecznej z ustawą, odwołujący utrzymywał - że może ponieść szkodę wyrażającą się w niezyskaniu zamówienia.

Odwołujący wyjaśniał, że w odwołaniu wniesionym w dniu 27 lutego 2013 r. na wybór oferty najkorzystniejszej zarzucił zamawiającemu naruszenie m. in. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie tego wyboru niezgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ). W ramach tego zarzutu odwołujący podniósł - co zostało przyjęte jako podstawa faktyczna wyroku z dnia 14 marca 2013 r., że zamawiający przyznał wykonawcy bioMérieux niezgodnie z SIWZ punkty w następujących parametrach kryterium, jakość” (20%):

- 1) „dostępne specjalne podłoża rozpuszczające elementy morfotyczne krwi” (poz. 7 zał. nr 7 do SIWZ - Aparat do hodowli drobnoustrojów) - za zaoferowanie tych podłoży w ramach innych wymaganych podłoży płynnych przysługiwało 5 pkt,
- 2) „podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g” (poz. 10.1 załącznika nr 7 do SIWZ - Aparat do hodowli drobnoustrojów - za zaoferowanie wszystkich rodzajów podłoży w butelkach plastikowych przysługiwało 30 pkt),
- 3) możliwość przechowywania paneli identyfikacyjnych w temperaturze pokojowej (załącznik nr 7 poz. 11 Analizator bakteriologiczny - 20 pkt).

Ad. 1) i 2). Odwołujący w treści odwołania z dnia 27 lutego 2013 r. oraz na rozprawie w zakresie przedmiotowego zarzutu w szczególności podnosił, że bioMérieux w swojej ofercie zaoferował specjalne podłoża rozpuszczające elementy morfotyczne krwi (za co przyznano mu 5 pkt), przy czym muszą one ze względu na ich skład znajdować się w butelkach szklanych. Wobec tego, że pewna część ze wszystkich wymaganych przez zamawiającego w zał. nr 7 „Aparat do hodowli drobnoustrojów” podłoży jest oferowana przez bioMérieux w butelkach szklanych, nie zachodzi taka sytuacja, że wszystkie podłoża oferowane są przez tego wykonawcę w butelkach plastikowych. Zatem wykonawcy temu nie przysługuje 30 pkt w parametrze „Podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g” (poz. 10.1 zał. nr 7 „Aparat do hodowli drobnoustrojów”).

Ad. 3). Ponadto odwołujący podnosił, że brak jest możliwości przechowywania paneli identyfikacyjnych oferowanych przez bioMérieux w temperaturze pokojowej (załącznik nr 7 poz. 11 Analizator bakteriologiczny - 20 pkt), a wobec tego zamawiający niezasadnie przyznał temu wykonawcy w tym parametrze 20 punktów. Uwzględnienie ww. zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp oznaczało konieczność odjęcia przyznanych wykonawcy bioMérieux w kryterium „Jakość”: 30 pkt (z uwagi na niezaoferowanie „podłoży w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g”) oraz 20 pkt (z uwagi na brak „możliwości przechowywania paneli identyfikacyjnych w temperaturze pokojowej”). Odjęcie tych punktów doprowadziłoby do wyboru oferty odwołującego - jako najkorzystniejszej.

Odwołujący dalej wyjaśniał, że Izba - jak podkreślono w treści wyroku z dnia 14 marca 2013 r. (str. 15) – „...uznała za zasadny zarzut naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 Pzp.” Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba może uwzględnić odwołanie tylko wtedy, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy (art. 91 ust. 1 Pzp), które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Tym samym, w przeświadczeniu odwołującego - Izba podzieliła przedstawioną argumentację w odwołaniu z dnia 27 lutego 2013 r. i na rozprawie w dniu 13 marca 2013 r. prowadzącą do wniosku, że wykonawcy bioMérieux niezgodnie z SIWZ przyznano 30 pkt (za parametr „podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g”) oraz 20 pkt (za parametr „możliwość przechowywania paneli identyfikacyjnych w temperaturze pokojowej”). Na stronach 14 i 15 wyroku z dnia 14 marca 2013 r. stwierdzono: *„Oceniając zebrany materiał dowodowy, Izba uznała, że zachodzi konieczność powtórzenia oceny oferty przystępującego w zakresie parametrów - dostępne specjalne podłoża rozpuszczające elementy morfotyczne krwi, podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g oraz możliwość przechowywania paneli identyfikacyjnych w temperaturze pokojowej - z uwagi na dokonaną ocenę z pominięciem opisu zamawiającego, w tym wynikającego ze zmiany SIWZ, dokonanej w toku postępowania. Zakwestionowana przez odwołującego ocena parametrów miała wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.”*

Odwołujący podnosił, że zamawiający dokonując czynności w dniu 10 kwietnia 2013r. powtórnego badania i oceny oferty wykonawcy bioMérieux i wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej wykonał wyrok KIO z dnia 14 marca 2013 r. w tym zakresie, że nie przyznał, zgodnie z treścią tego wyroku, wykonawcy 20 pkt. za parametr „możliwość przechowywania paneli identyfikacyjnych w temperaturze pokojowej”. Jednakże nie wykonał on wyroku w zakresie, z którego wynika konieczność nieprzyznawania wykonawcy 30 pkt. za parametr „podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g”. Zamiast tego bowiem zamawiający przyznał mu 30 pkt., co doprowadziło do ponownego wyboru oferty wykonawcy bioMérieux. W uzasadnieniu wyroku z dnia 14 marca 2013 r. KIO wskazała natomiast w sposób precyzyjny, iż fakt, że wykonawca ten zaoferował w postępowaniu w pakiecie 1 podłoża specjalistyczne w butelkach szklanych (5 pkt.) oznacza, że nie można przyznać mu 30 pkt. za zaoferowanie wszystkich podłoży w butelkach plastikowych: *„Na podstawie analizy dokonanej na rozprawie, Izba podzieliła pogląd odwołującego, co do oceny punktowej parametrów Dostępność specjalnego podłoża rozpuszczającego elementy morfotyczne krwi (załącznik nr 7 poz. 7 - Aparat do hodowli drobnoustrojów) oraz oceny Podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 s - poz. 10.1 tego załącznika. Z opisów dokonanych przez zamawiającego, w szczególności z odpowiedzi nr 4 zamieszczonej w piśmie z 20 grudnia 2012 r., do którego załączono m.in. zmieniony załącznik nr 7, wynika, że jeśli wykonawca deklaruje Dostępność specjalnego podłoża, uzyskując za ten parametr dodatkowe 5 pkt to mając na uwadze, że zaoferowanie podłoży specjalnych stanowi część podłoży dla bakterii tlenowych i część podłoży do hodowli bakterii beztlenowych (w ilości po 2 000 szt.), w istocie oferuje zmniejszoną ilość podłoży płynnych wymaganą w załączniku nr 6 poz. 15 i 16 (po 33 000 szt.) oraz oferuje podłoża specjalne wyłącznie w butelkach szklanych (okoliczność*

bezporna). Zatem, w takiej sytuacji, przystępujący nie oferuje wszystkich podłoży w butelkach plastikowych (około 7% w butelkach szklanych), co stanowiło wymóg uzyskania oceny w poz. 10.1 tego samego załącznika (30 pkt.). W zakresie rodzaju butelek, parametrem wymaganym, stanowiącym warunek graniczny, były butelki plastikowe lub inne, zapewniające transport w sposób opisany w pkt. 10. Natomiast uzyskanie oceny 30 pkt. zostało przypisane, jak wyjaśniono na rozprawie, zaoferowaniu wszystkich podłoży w butelkach plastikowych poniżej 100 g. Przystępujący uzyskując 5 pkt. za dostępność podłoży specjalnych, oferowanych wyłącznie w butelkach szklanych, nie zaoferował wszystkich podłoży w butelkach plastikowych. Zatem, ocena dwóch wskazanych parametrów przez przyznanie maksymalnej ilości punktów w każdym z nich wskazuje, jak podniósł odwołujący, na wzajemne wykluczenie oferowania tych parametrów. ”

Dodatkowo odwołujący zwracał uwagę na to, iż wykonawca bioMérieux oferuje wymienione podłoża specjalistyczne i to wyłącznie w butelkach szklanych – a fakt ten nie mógł być w istocie kwestionowany przez zamawiającego i przystępującego wykonawcę bioMérieux w toku postępowania odwoławczego, co zostało podkreślone przez KIO w wyroku z dn. 14 marca 2013 r. (s. 11 *in principio*, fragment cyt. powyżej).

Odwołujący zaznaczał, że okoliczność zaoferowania podłoży specjalnych rozpuszczających elementy morfotyczne krwi przez bioMérieux została ostatecznie potwierdzona w tym wyroku (s. 11): *„Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i przystępującego, że dostępność specjalnych podłoży należy traktować, jako dostępność w istocie niezaoferowaną, gdyż przeczą temu odpowiedzi zamawiającego o treści: dodatkowe punkty za zaoferowanie podłoży specjalnych - odpowiedź nr 21 z 29 listopada 2012 r.; możliwość złożenia oferty na podłoża wybiórcze; Zamawiający utrzymuje podane wcześniej punktowanie za zaoferowanie (...) podłoży specjalistycznych - odpowiedź nr 4 z 20 grudnia 2012 r., z których wynika, że oceniane podłoża specjalne musiały być zaoferowane, ponadto należy podnieść, że przedmiot parametru punktowanego w kryterium oceny ofert, powinien stanowić przedmiotowy zakres oferty.”* Z cytowanego fragmentu wyroku wynika, zdaniem odwołującego, że wyjaśnienia zamawiającego do SIWZ wskazują, że można było opcjonalnie zaoferować podłoża specjalistyczne (co nie było obligatoryjne, ale było dodatkowo punktowane) oraz żeby dostępność tych podłoży mogła być w ogóle punktowana (tak jak w przypadku oferty wykonawcy bioMérieux, któremu przyznano 5 pkt), to musiała ona być wcześniej zaoferowana. Ponadto fakt zaoferowania wymienionych podłoży specjalistycznych znajduje potwierdzenie w stanowiskach zajmowanych na rozprawie (zgodnie z treścią protokołu z rozprawy z dnia 13 marca 2013 r., str. 9, przystępujący bioMérieux wskazał, że „zaoferował dostępność specjalnego podłoża i za to uzyskał 5

punktów” oraz „wyjaśnił, że specjalne podłoża są dostępne wyłącznie w butelkach szklanych”).

Odwołujący zaznaczał, że wyrok KIO z dnia 13 marca 2013 r. nie został zaskarżony skargą przez zamawiającego w terminie wskazanym w art. 198b ust. 2 ustawy Pzp. Wobec tego wyrok ten jest ostateczny i jako wiążący podlega wykonaniu.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 22 kwietnia 2013 r., pismem w dniu 24 kwietnia 2013 r., w kopii przekazanym stronom, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, złożył wykonawca wybrany: bioMérieux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który powoływał się na interes w utrzymaniu w mocy wyboru jego oferty do realizacji 1-ej części zamówienia. Jednocześnie wnosił o oddalenie odwołania jako bezpodstawnego. Przystępujący stwierdził, że „*stanowisko Odwołującego co do wadliwości czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w następstwie niewykonania wyroku KIO z dnia 14 marca 2013 r. sygn. KIO 434/13 jest merytorycznie niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.*”

W przeświadczeniu zgłaszającego przystąpienie, Zamawiający wykonał przedmiotowy wyrok KIO zgodnie z ustaleniami zawartymi w jego uzasadnieniu, powtarzając czynność oceny oferty bioMérieux Polska, a przyznana jej ilość punktów w kryterium „jakość” odpowiada dokonany ustaleniom. W tym miejscu zgłaszający przystąpienie pragnie podnieść co następuje:

Bezspornym jest, że we wskazanym wyżej wyroku Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert w parametrach ocenianych:

- *Dostępność specjalnego podłoża rozpuszczającego elementy morfotyczne krwi (załącznik nr 7 poz. 7), oraz*
- *Podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100g - poz. 10.1 w/w załącznika.*

Kluczowym zapisem uzasadnienia wyroku w tym zakresie jest treść w brzmieniu, cyt.: „Przystępujący uzyskując 5 pkt. za dostępność podłoży specjalnych, oferowanych wyłącznie w butelkach szklanych, nie zaoferował wszystkich podłoży w butelkach plastikowych. Zatem ocena dwóch wskazanych parametrów przez przyznanie maksymalnej ilości punktów w każdym z nich wskazuje, jak podniósł odwołujący, na wzajemne wykluczenie oferowania tych parametrów.”

Zatem KIO przyjęła, iż nie jest możliwa taka ocena punktowa, która sprowadza się do jednoczesnego przyznania punktów za zaoferowanie specjalnego podłoża i wszystkich butelek plastikowych o wadze poniżej 100g (jeśli doszło do zaoferowania podłoża

specjalnego, to wykluczonym jest jednoczesne zaoferowanie wszystkich butelek plastikowych).

Jeśli zważyć, iż w kolejnym akapicie KIO stwierdza, iż Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że dostępność specjalnych podłoży należy traktować jako dostępność w istocie niezaoferowaną (czytaj: tylko w przypadku zaoferowania i wyceny specjalnych podłoży można mówić o ich dostępności i przyznaniu 5 pkt. w zakresie tego parametru oceny) to oczywistym jest, iż powtarzając ocenę oferty wybranej - wobec braku zaoferowania specjalnych podłoży i ich wyceny, ocena punktowa zasadnie sprowadza się do przyznania ofercie wybranej 0 pkt., w miejsce dotychczasowych 5 pkt.

Jednocześnie należy podkreślić, że wyrok KIO oparty był na tezie, iż zaoferowanie podłoży specjalnych (w przypadku oferty wybranej dostępnych wyłącznie w butelkach szklanych) wyklucza jednoczesne zaoferowanie wszystkich butelek plastikowych. Zatem przy stwierdzeniu przez Izbę, jak i Zamawiającego przy powtórzonej czynności, iż oferta wybrana nie zawierała tychże testów specjalnych (wymagających butelek szklanych) czego wyrazem jest przyznanie jej 0 pkt przy ponownej ocenie, upada koronny argument na tezę, iż oferta wybrana nie obejmuje podłoży w butelkach plastikowych poniżej 100g. Tym samym zasadnym jest przyznanie w tym zakresie ofercie wybranej 30 pkt.”

W wyroku z dnia 14 marca 2013 r. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i stwierdziła, co następuje.

W pakiecie 1 złożono 2 oferty. Ofercie odwołującego zamawiający przyznał łącznie 40 pkt, natomiast wykonawcy bioMérieux Polska Sp. z o.o., zamawiający przyznał 70 pkt (na 100 pkt możliwych). Różnica dotyczyła oceny parametrów w załączniku 7.

Analizator bakteriologiczny, w zakresie objętym odwołaniem:

poz. 8. Brak potrzeby wykonywania dodatkowych testów zewnętrznych (nie dotyczy preparatu Grama, oksydazy, katalazy, hemolizy), ocena maksymalna 20 pkt, przystępujący uzyskał 20 pkt, odwołujący 20,

pkt; poz. 11. Możliwość przechowywania paneli identyfikacyjnych w temperaturze pokojowej, ocena maksymalna 20 pkt, przystępujący uzyskał 20 pkt, odwołujący 20

pkt; poz. 16. Automatyczne usuwanie z komory inkubacyjnej analizatora zużytych paneli po zakończeniu badania, ocena maksymalna 15 pkt, przystępujący uzyskał 15 pkt, odwołujący 0 pkt.

- Aparat do hodowli drobnoustrojów, zamawiający przyznał przystępującemu 95 pkt, odwołującemu 70 pkt (na 100 pkt możliwych). Różnica dotyczyła poz. 7.

Dostępne specjalne podłoża rozpuszczające elementy morfotyczne krwi, możliwa ocena 5 pkt, przystępujący uzyskał 5 pkt i odwołujący 5 pkt;

poz. 10.1. Podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g, możliwa ocena 30 pkt, przystępujący uzyskał 30 pkt, odwołujący 0 pkt).

Zamawiający przyznał łącznie w kryterium jakość, przystępującemu 165 pkt, odwołującemu 110 pkt. Różnica w punktacji jakość, ustalona z zastosowaniem kryterium 20%, wynosi 5,5 pkt na korzyść przystępującego. Różnica w punktacji ceny ofert z zastosowaniem kryterium 80% (cena oferty przystępującego - 1 877857,67 zł, odwołującego - 1 816684,95 zł, = 61 171,72 zł) wynosi 2,61 pkt (dwa miejsca po przecinku) na korzyść odwołującego. Zatem, różnica w całkowitej punktacji ofert wynosi 2,89 pkt. Ustalenia zostały dokonane na podstawie załączników nr 6 i 7 do SIWZ oraz protokołu z oceny ofert z dnia 21 stycznia 2013r.

Odwołujący zakwestionował w odwołaniu wyłącznie wskazane parametry oceniane, podnosząc niezasadność podwyższenia punktacji oferty przystępującego.

Na podstawie analizy dokonanej na rozprawie, Izba podzieliła pogląd odwołującego, co do oceny punktowej parametrów Dostępność specjalnego podłoża rozpuszczającego elementy morfotyczne krwi (załącznik nr 7 poz. 7 - Aparat do hodowli drobnoustrojów) oraz oceny Podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g - poz. 10.1 tego załącznika.

Z opisów dokonanych przez zamawiającego, w szczególności z odpowiedzi nr 4 zamieszczonej w piśmie z 20 grudnia 2012 r., do którego załączono m.in. zmieniony załącznik nr 7, wynika, że jeśli wykonawca deklaruje Dostępność specjalnego podłoża, uzyskując za ten parametr dodatkowe 5 pkt, to mając na uwadze, że zaoferowanie podłoży specjalnych stanowi część podłoży dla bakterii tlenowych i część podłoży do hodowli bakterii beztlenowych (w ilości po 2 000 szt.), w istocie oferuje zmniejszoną ilość podłoży płynnych, wymaganą w załączniku nr 6 poz. 15 i 16 (po 33 000 szt.) oraz oferuje podłoża specjalne wyłącznie w butelkach szklanych (okoliczność bezsporna). Zatem, w takiej sytuacji, przystępujący nie oferuje wszystkich podłoży w butelkach plastikowych (około 7% w butelkach szklanych), co stanowiło wymóg uzyskania oceny w poz. 10.1 tego samego załącznika (30 pkt).

W zakresie rodzaju butelek, parametrem wymaganym, stanowiącym warunek graniczny, były butelki plastikowe lub inne, zapewniające transport w sposób opisany w pkt 10. Natomiast uzyskanie oceny 30 pkt zostało przypisane, jak wyjaśniono na rozprawie, zaoferowaniu wszystkich podłoży w butelkach plastikowych poniżej 100 g. Przystępujący uzyskując 5 pkt za dostępność podłoży specjalnych, oferowanych wyłącznie w butelkach szklanych, nie zaoferował wszystkich podłoży w butelkach plastikowych. Zatem, ocena dwóch wskazanych

parametrów przez przyznanie maksymalnej ilości punktów w każdym z nich wskazuje, jak podniósł odwołujący, na wzajemne wykluczenie oferowania tych parametrów.

Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i przystępującego, że dostępność specjalnych podłoży należy traktować, jako dostępność w istocie niezaoferowaną, gdyż przeczą temu odpowiedzi zamawiającego o treści: dodatkowe punkty za zaoferowanie podłoży specjalnych - odpowiedź nr 21 z 29 listopada 2012 r.; możliwość złożenia oferty na podłoża wybiórcze; Zamawiający utrzymuje podane wcześniej punktowanie za zaoferowanie (...) podłoży specjalistycznych - odpowiedź nr 4 z 20 grudnia 2012 r., z których wynika, że oceniane podłoża specjalne musiały być zaoferowane, ponadto należy podnieść, że przedmiot parametru punktowanego w kryterium oceny ofert, powinien stanowić przedmiotowy zakres oferty. (.....)

W ocenie Izby, nie zostały potwierdzone pozostałe zarzuty odwołania, dotyczące załącznika nr 7 Analizator bakteriologiczny: poz. 8. Brak potrzeby wykonywania dodatkowych testów zewnętrznych (nie dotyczy preparatu Grama, oksydazy, katalazy, hemolizy) i poz. 16. Automatyczne usuwanie z komory inkubacyjnej analizatora zużytych paneli po zakończeniu badania. (.....)

Oceniając zebrany materiał dowodowy, Izba uznała, że zachodzi konieczność powtórzenia oceny oferty przystępującego w zakresie parametrów - dostępne specjalne podłoża rozpuszczające elementy morfotyczne krwi, podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g oraz możliwość przechowywania paneli identyfikacyjnych w temperaturze pokojowej - z uwagi na dokonaną ocenę z pominięciem opisu zamawiającego, w tym wynikającego ze zmiany SIWZ, dokonanej w toku postępowania. Zakwestionowana przez odwołującego ocena parametrów miała wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt. 1 Pzp.”

W powiadomieniu z dnia 10 kwietnia 2013 r. zamawiający podał, że w kryterium cena przyznał ofercie odwołującego 80 pkt., w kryterium jakość przyznał 11 punktów, razem 91 punktów - bez zmian.

Ofercie przystępującego w kryterium cena przyznał 77,40 pkt (bez zmian), w kryterium jakość przyznał ofercie przystępującego 14 punktów, (zmniejszając ich ilość – uprzednio w dniu 18 lutego 2013 r. podaną – 16,50), razem przyznał 91,40 pkt.

Zamawiający powiadomił jednocześnie, że w części 1 zamówienia wybrał ofertę przystępującego bioMérieux Polska Sp. z o.o.

Przechodząc do podstaw odrzucenia odwołania, zgodnie z sentencją niniejszego postanowienia, Izba uznała w oparciu o przeprowadzone na posiedzeniu i omówione wyżej dowody, iż odwołanie dotyczy czynności, które zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby z dnia 14 marca 2013 r. sygn. akt KIO 434/13. Powyższe ustalenia stanowią zatem podstawę do odrzucenia odwołania w oparciu o postanowienia art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przepis ten nakazuje bowiem odrzucić odwołanie dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby, lub w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba w odniesieniu do części zarzutów uwzględniła poprzednie odwołanie wykonawcy DIAG-MED. W wyroku z dnia 14 marca 2013 r. biorąc pod uwagę odesłanie zawarte w sentencji do ustaleń uzasadnienia, Izba wskazała wyłącznie na: *„konieczność powtórzenia oceny oferty przystępującego w zakresie parametrów:*

- a) dostępne specjalne podłoża rozpuszczające elementy morfotyczne krwi,
- b) podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g,
- c) możliwość przechowywania paneli identyfikacyjnych w temperaturze pokojowej.

- z uwagi na dokonaną ocenę z pominięciem opisu zamawiającego, w tym wynikającego ze zmiany SIWZ, dokonanej w toku postępowania.”

Wobec podjętych czynności oraz zaniechania czynności w trakcie ponownej oceny ofert, odwołujący objął zarzutami odwołania jedynie, że zamawiający przyznał wykonawcy bioMérieux, w kryterium „jakość” 30 pkt. za zaoferowanie „podłoży w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g” oraz, że nie przyznał mu 5 pkt. za zaoferowanie „dostępności specjalnych podłoży rozpuszczających elementy morfotyczne krwi”.

Przytaczane wyżej uzasadnienie wyroku KIO sygn. akt KIO 434/13 o treści *„Izba nie podzieliła poglądu zamawiającego i przystępującego, że dostępność specjalnych podłoży należy traktować, jako dostępność w istocie niezaoferowaną, gdyż przeczą temu odpowiedzi zamawiającego o treści: dodatkowe punkty za zaoferowanie podłoży specjalnych - odpowiedź nr 21 z 29 listopada 2012 r.; możliwość złożenia oferty na podłoża wybiórcze; Zamawiający utrzymuje podane wcześniej punktowanie za zaoferowanie (...) podłoży specjalistycznych - odpowiedź nr 4 z 20 grudnia 2012 r., z których wynika, że oceniane podłoża specjalne musiały być zaoferowane, ponadto należy podnieść, że przedmiot parametru punktowanego w kryterium oceny ofert, powinien stanowić przedmiotowy zakres oferty”*- świadczy, że wymóg taki był obligatoryjny.

Odwołujący nie podnosił zarzutu, że w ofercie przystępującego podłoża takie nie zostały zaoferowane – przez co oferta nie jest zgodna z treścią SIWZ i winna ulec odrzuceniu, mimo, że przystępujący wprost taką okoliczność przyznał.

Z treści uzasadnienia omawianego wyroku można było i należało wywieść jedynie tyle, że ocena dwóch wskazanych parametrów przez przyznanie maksymalnej ilości punktów w każdym z omawianych podkryteriów – nie była możliwa. Zamawiający mógł więc albo przyznać punkty „za zaoferowanie podłoży specjalnych” albo punkty „za podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100 g”. W przeciwnym wypadku zachodziłoby wzajemne wykluczenie oferowania tych parametrów, czego SIWZ nie przewidywała.

Na obecnym etapie postępowania postanowienia SIWZ zostały ostatecznie ukształtowane i są wiążące, Nie zachodzą jakiegokolwiek podstawy do rewidowania ich treści.

Zdaniem składu orzekającego w niniejszej sprawie, zarzuty odwołującego wynikają z niewłaściwej interpretacji wyroku Izby z dnia 14 marca 2013 r. Izba podzieliła stanowisko przystępującego bioMérieux Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, że *zamawiający wykonał przedmiotowy wyrok KIO zgodnie z ustaleniami zawartymi w jego uzasadnieniu, powtarzając czynność oceny oferty bioMerieux, a przyznana jej ilość punktów w kryterium „jakość” odpowiada dokonany ustaleniom.*

Bezspornym pozostaje, że we skazanym wyżej wyroku Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert w parametrach ocenianych:

- Dostępność specjalnego podłoża rozpuszczających elementy morfotyczne krwi (załącznik nr 7 poz. 7), oraz
- Podłoża w butelkach plastikowych o wadze poniżej 100g - poz. 10.1 w/w załącznika.

Izba ewidentnie przyjęła, „ *iż nie jest możliwa taka ocena punktowa, która sprowadza się do jednoczesnego przyznania punktów za zaoferowanie specjalnego podłoża i wszystkich butelek plastikowych o wadze poniżej 100g (jeśli doszło do zaoferowania podłoża specjalnego, to wykluczonym jest jednoczesne zaoferowanie wszystkich butelek plastikowych).*”

Izba w wyroku sygn. akt KIO 434/13 nie wypowiedziała się w tej kwestii - czy przystępujący zaoferował, czy też nie zaoferował „*podłoży specjalnych*” - bo nie było takiego zarzutu w pierwszym odwołaniu, ani też nie ma tego zarzutu w drugim odwołaniu. Izba zajęła stanowisko, że ich zaoferowanie (podłoży) było obligatoryjne, i że zamawiający nie mógł przyznać punktacji w obydwu podkryteriach jednocześnie. Przystępujący przyznał, że nie spełnił warunku SIWZ „*zaoferowanie podłoży specjalnych*”, a odwołujący temu zaprzecza, twierdząc, że akurat ten warunek, za który zamawiający przewidział mniejszą

ilość punktów (5) w ofercie konkurenta jest spełniony, a niespełniony jest warunek zaoferowania odczynników w butelkach plastikowych - punktowany wyżej (30 pkt.).

Tylko więc, tylko w przypadku zaoferowania i wyceny specjalnych podłoży, można mówić o ich dostępności i przyznaniu 5 pkt. w zakresie tego parametru oceny. Powtarzając ocenę oferty wybranej - wobec braku zaoferowania specjalnych podłoży i ich wyceny (co biorąc pod uwagę zakres zarzutów - nie było przedmiotem weryfikacji przez Izbę), ocena punktowa dokonana przez zamawiającego, w tym zakresie - zasadnie sprowadzała się do przyznania ofercie wybranej 0 pkt., w miejsce dotychczasowych 5 pkt.

Skoro przystępujący przyznał, że nie zaoferował podłoży specjalnych (wymagających butelek szklanych), czego wyrazem jest przyznanie ofercie 0 pkt. przy ponownej ocenie, nie znajduje uzasadnienia argument, iż oferta wybrana nie obejmuje wszystkich podłoży w butelkach plastikowych poniżej 100g. Tym samym zasadnym była czynność przyznania w danym podkryterium ofercie wybranej bioMérieux Polska Sp. z o.o. - 30 pkt.

Czynność zamawiającego dokonania ponownej oceny oferty przystępującego i wyboru tej oferty do celem zawarcia umowy na część 1, jako przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, została wykonana zgodnie z treścią wyroku Izby i znajdowała umocowanie w art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Reguła, że niedopuszczalne jest odwołanie na czynność wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby, znajduje wzmocnienie w dyspozycji art. 185 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi, iż wykonawca wezwany zgodnie z ust. 1 nie może następnie korzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności zamawiającego wykonanych zgodnie z wyrokiem Izby. Bezspornie odwołujący posiadał status uczestnika postępowania w sprawie sygn. akt KIO 434/13. Nie zachodzą jakiegokolwiek podstawy dla twierdzeń, iż skarżone czynności zamawiającego zostały wykonane niezgodnie z treścią omawianego wyroku.

Wiadomość o podnoszonych jak wyżej zaniechaniach przez zamawiającego prawidłowego zbadania i wadliwego wyboru kwestionowanej oferty, odwołujący mógł powziąć po otrzymaniu wyniku oceny ofert - po wyborze, przeprowadzonym przez zamawiającego w dniu 18 lutego 2013 r. Od wymienionej daty biegł termin na wniesienie odwołania, w którym odwołujący mógł skutecznie ponosić wszystkie zarzuty wobec treści wybranej oferty, w tym nie zaoferowania podłoży specjalnych, co zostało wprost przez przystępującego przyznane. Odwołujący wbrew stanowisku przystępującego, nie może twierdzić, iż takie podłoża zaoferowano w ofercie wymienionego wykonawcy.

Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

W przekonaniu Izby, po dacie wydania wyroku Izby w dniu 14 marca 2013 r. nie nastąpiły w przedmiotowym postępowaniu żadne nowe okoliczności, poza czynnościami wykonanymi zgodnie z rozstrzygnięciem poprzedniego odwołania, przytaczanym wyrokiem sygn. akt KIO 434/13, które mogłyby stanowić podstawę wnoszenia nowych środków zaskarżenia na czynności i zaniechania zamawiającego.

Dowody w sprawie potwierdziły, iż odwołanie zostało wniesione na czynności wykonane zgodnie z wcześniejszym wyrokiem Izby, zatem zachodziły obligatoryjne przesłanki do odrzucenia odwołania przewidziane art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które Izba ustala z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie, o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Skoro odwołanie zostało odrzucone, kosztami postępowania należało obciążyć odwołującego, zaliczając uiszczony wpis na poczet kosztów niniejszej sprawy, stosownie do postanowień § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238)..

Przewodniczący: