

Sygn. akt: KIO 1742/13

**WYROK**  
z dnia 30 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2013 r. przez wykonawcę **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Zespół Opieki Zdrowotnej, ul. Krakowska 91, 39-200 Dębica**

przy udziale wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyni 6B, 01-531 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., 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 wykonawcę **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa** na rzecz: **Zespołu Opieki Zdrowotnej, ul. Krakowska 91, 39-200 Dębica** 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 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Rzeszowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zespół Opieki Zdrowotnej w Dębicy (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Dostawę odczynników laboratoryjnych i materiałów dodatkowych do badań immunochemicznych z dzierżawą analizatora głównego i pomocniczego /dyżurowego, wirówki laboratoryjnej i chłodziarki do przechowywania odczynników dla Laboratorium Centralnego w Zespole Opieki Zdrowotnej w Dębicy”*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 10 kwietnia 2013 r. pod nr 2013/S 070-116506.

W postępowaniu tym wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 17 lipca 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego odnoszących się do wyboru oferty najkorzystniejszej, o której to czynności Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 9 lipca 2013 r. faksem.

Zamawiający w dniu 19 lipca 2013 r. skierował wezwanie do przyłączenia się do postępowania odwoławczego, przekazując wykonawcom kopię odwołania.

W dniu 22 lipca 2013 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) złożył do Prezesa Izby zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 30 lipca 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego:

Odwołujący, wnosząc odwołanie wskazał na naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
- 2) art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty Przystępującego, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wadliwej oceny ofert i przyznanie zawyżonej ilości punktów ofercie wykonawcy opisanego w pkt 2 w ramach kryterium jakości, gdyż ilość ta jest nieadekwatna do rzeczywistej treści oferty;
- 4) art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy Pzp, tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i w wyniku tej czynności nakazanie obniżenia przyznanej ilości punktów Przystępującemu w ramach kryterium jakości.

W uzasadnieniu odwołania wskazał, że podstawę jego zaskarżenia stanowi to, iż Zamawiający w punkcie 1 parametrów ocenianych w ramach kryterium jakości wymagał, aby wszystkie odczynniki, kalibratory i kontrole były w stanie płynnym, gotowe do użycia i na potwierdzenie tego parametru, jak w przypadku wszystkich pozostałych punktów, żądał dołączenia do oferty dokumentów potwierdzających ten parametr. Przystępujący w opisie parametru: „*WSZYSTKIE ODCZYNNIKI, KALIBRATORY I KONTROLE W STANIE PŁYNNYM, GOTOWE DO UŻYCIA*” napisał: „*Tak, wszystkie odczynniki płynne, gotowe do użycia. Nie, część kalibratorów i kontroli płynne, gotowe do użycia*”, co według Odwołującego jednoznacznie wskazuje, że Przystępujący nie spełnia ww parametru i powinien otrzymać w tym parametrze 0 punktów. Odwołujący zwrócił uwagę na to, że Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie do treści SIWZ nr 42 w dniu 9 maja 2013 r., wskazując, że nie wyraża zgody na wprowadzenie częściowej oceny w ramach tego parametru. Tym samym, w ocenie Odwołującego, punkty oceniane powinny zostać przyznane tylko tej ofercie, w której odczynniki, kalibratory i kontrole są w stanie płynnym, gotowe do użycia. Tymczasem Zamawiający przyznał jednakową ilość punktów za parametry oceniane Przystępującemu i Odwołującemu w sytuacji, gdy Przystępujący potwierdził jednoznacznie, że nie spełnia parametru ocenianego nr 1, gdyż nie wszystkie kalibratory i kontrole są w stanie płynnym gotowe do użycia. Według Odwołującego przyznanie Przystępującemu odpowiednio mniejszej ilości punktów ocenianych skutkowałoby zmianą kolejności wyboru ofert i oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący podkreślił również, że według jego najlepszej wiedzy Przystępujący nie spełnia również parametru ocenianego nr 4 „możliwość podglądu (...) w czasie jego trwania”, a tym samym nie powinien otrzymać punktów za ten parametr.

W efekcie Odwołujący wskazał, że oferta Przystępującego w niniejszym postępowaniu uzyskała nieprawidłową ilość punktów za kryterium jakości, tj. 0,4 zamiast 0,2.

W toku rozprawy Odwołujący złożył oświadczenie o niepodtrzymywaniu zarzutu nr 1 odwołania odnoszącego się do oceny przez Zamawiającego oferty Przystępującego w parametrze nr 1 kryterium jakości. W pozostałym zakresie Odwołujący podtrzymał odwołanie, wskazując dodatkowo, że Zamawiający w niewłaściwy sposób ocenił ofertę Przystępującego co do parametru nr 4 w kryterium jakości, tj. możliwości podglądu czasu zakończenia pojedynczego badania w czasie jego trwania. Podkreślił, że do oferty Przystępującego załączono w tym zakresie jedynie zrzuty z ekranów, które nie potwierdzają wypełnienia tego parametru. Przywołał rysunek B-38 z oferty Przystępującego, wskazując, że z tego zrzutu ekranu wynika, iż został sporządzony o 16:19 w odniesieniu do badania przeprowadzonego o godz. 13:58. Nie jest to zatem w jego ocenie dokument, który potwierdza wgląd do badania w czasie jego trwania. W ocenie Odwołującego do oferty nie załączono żadnych innych dokumentów, które powyższy parametr potwierdzałyby w sposób jednoznaczny, zatem w tym zakresie Przystępujący powinien otrzymać 0 punktów.

Zamawiający, odnosząc się w toku rozprawy do tego zarzutu odwołania wskazał na jego gołosłowność i wniósł o oddalenie odwołania. Zdaniem Zamawiającego tabela B-38 zamieszczona w zrzucie z ekranu w ofercie Przystępującego potwierdza możliwość podglądu czasu pojedynczego badania w czasie jego trwania. Zwrócił uwagę na to, że w tabeli tej wskazuje się na jedno podświetlone badanie wskazane po lewej stronie ekranu, po prawej zaś stronie ekranu jest prezentowane zestawienie oznaczeń tej próbki w trakcie badania i wskazuje ono na okoliczność, iż w odniesieniu do kilku oznaczeń, badanie to nie zostało jeszcze zakończone. Powyższe potwierdza, że wgląd i oznaczenie czasowe w trakcie tego badania są możliwe zgodnie z wymogiem SIWZ określonym w parametrze nr 4 kryterium jakościowego.

Przystępujący, wnosząc swoje przystąpienie poparł w całości Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania. W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, wskazując dodatkowo, że na potwierdzenie spełniania parametru nr 4 załączył do oferty zrzut z ekranu. Podkreślił, że jest to przykładowy zrzut z ekranu potwierdzający spełnianie wymaganego parametru, a tak samo przykładowa i zupełnie przypadkowa jest godzina zrobienia tego zrzutu, jednakże potwierdza, że oprogramowanie nie ogranicza w żaden sposób wymaganej funkcji, tj. podglądu czasu pojedynczego badania w czasie jego trwania. Wskazał, że

ilustracja B-38 w jego ofercie potwierdza spełnianie tego wymogu także poprzez to, iż pokazuje cały szereg badań prowadzonych na 44 próbkach, a ukazany po lewej stronie tabeli suwak, który jeśliby go przesunąć, pozwalałby na pokazanie innych badań prowadzonych również w innym czasie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Przystępującego.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w sytuacji gdy jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji rankingowej, wykazał swój uszczerbek w interesie, polegający na pozbawieniu go możliwości uzyskania przedmiotowe zamówienia publicznego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, które były przez niego popierane w toku rozprawy. W tym zakresie wobec nie podtrzymywania zarzutu odnoszącego się do oceny przez Zamawiającego oferty Przystępującego w zakresie parametru nr 1 opisanego w ramach kryterium jakości, Izba rozpoznała wyłącznie zarzut dotyczący oceny oferty Przystępującego co do parametru nr 4.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w SIWZ wskazał na dwa kryteria oceny ofert, które będzie brał pod uwagę przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. na cenę (60%) i jakość (40%). Opisując kryterium jakości w efekcie w SIWZ przewidział cztery parametry, które będzie brał pod uwagę przy ocenie w ramach tego kryterium, w tym

parametr nr 4: „*Możliwość podglądu czasu zakończenia pojedynczego badania w czasie jego trwania*”. Zamawiający wskazał tam, że przyzna 5 pkt w ramach tego parametru, jeśli wykonawca potwierdzi ten parametr i załączy do oferty dokument potwierdzający w/w parametr. W sytuacji zaś, kiedy wykonawca nie potwierdzi spełniania tego parametru, czy też, jeżeli potwierdzi jego spełnianie i nie załączy do oferty dokumentu potwierdzającego spełnianie tego parametru, czy też potwierdzi spełnianie parametru, a nie załączy jednoznacznego potwierdzenia spełnianie tego parametru w załączonych do oferty dokumentach uzyska 0 punktów. Zamawiający, dokonując oceny ofert w ramach tego parametru, przyznał Przystępującemu maksymalną ilość punktów (5 pkt). Oferta Przystępującego została uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że podnoszony i podtrzymywany przez Odwołującego zarzut odwołania nie potwierdził się. W treści odwołania zarzut ten był gołosłowny, zaprezentowany przez Odwołującego niejako przy okazji w jednym zdaniu i opierał się wyłącznie na przypuszczeniach Odwołującego. Dopiero w toku rozprawy Odwołujący zgłosił pewną argumentację na poparcie tego zarzutu. Odwołujący wskazywał, że dokument zrzutu ekranu zamieszczony w ofercie Przystępującego nie potwierdza możliwości podglądu czasu zakończenia pojedynczego badania w czasie jego trwania.

Zdaniem Izby dokument zrzutu z ekranu załączony do oferty Przystępującego potwierdza w całej rozciągłości spełnianie tego wymogu. Przywoływana na rozprawie ilustracja B-38 stanowiąca zrzut z ekranu wskazuje na jakiś proces przeprowadzonych na aparacie badań, na konkretnych próbkach załadowanych do aparatu. Poprzez zaciemnienie po lewej stronie tabeli, powstałe na skutek naprowadzenia myszki komputera na jedno z wybranych badań, po prawej stronie tabeli ukazał się odzwierciedlony na zrzucie ekranu, widok (odrębne okno), prezentujący tok badania z umieszczonymi częściowymi wynikami badania. W umieszczonym po lewej stronie zestawieniu próbek wskazuje się również na godzinę, która zapewne stanowi moment rozpoczęcia badania, u góry nad tabelą natomiast ukazana jest aktualne godzina, w której dany zrzut ekranu został sporządzony co nie przeczy możliwości wglądu do określonego badania w jego toku. Taka możliwość oprogramowania, zdaniem Izby, została zaproponowana i zostanie wypełniona. Zamawiający na potwierdzenie tego parametru nie oczekiwał załączenia przykładowo jakiejś interaktywnej prezentacji dotyczące realizacji tej funkcjonalności, oczekiwał załączenia dokumentów. Za taki dokument w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę także zapisy SIWZ, z całą pewnością może być zrzut z ekranu przedstawiony przez Przystępującego. Zresztą tej okoliczności jako takiej Odwołujący nie kwestionował. Odwołujący skupił się

wyłącznie na tym, że przedłożony zrzut z racji wydruku określonej godziny, która nie jest zbieżna z podświetlonym na wydruku badaniem nie potwierdza możliwości podglądu czasu zakończenia pojedynczego badania w czasie jego trwania. Zdaniem Izby z treści przywołanego zrzutu ekranu nie można wywodzić takich twierdzeń. Godzina na wydruku to godzina, w której zrobiono zrzut z ekranu, która w żadnej mierze, uwzględniając inne dane zawarte na tej ilustracji, nie przeczy pozostałym informacjom zawartym na tym wydruku, które potwierdzają, że określone badania na wskazanych próbkach trwają, czego efektem jest ukazanie się części wyników badań po prawej stronie tabeli.

Z tych też względów Izba stwierdził, iż nie potwierdziło się naruszenie przepisów ustawy Pzp a także przepisów Kodeksu Cywilnego, wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania,.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz – stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

**Przewodniczący:** .....