

**WYROK**  
z dnia 5 lipca 2016 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Kisiel**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2016 r. przez wykonawcę **TIMKO Sp. z o.o., ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Weigla 5, 50-981 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **Synektik S.A., ul. Wincentego Witosa 31, 00-710 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TIMKO Sp. z o.o., ul. Syrokomli 30, 03-335 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 **TIMKO Sp. z o.o., ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcę **TIMKO Sp. z o.o., ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa** na rzecz **4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Weigla 5, 50-981 Wrocław** kwotę **3 598 zł 98 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych i dziewięćdziesiąt osiem 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 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – 4 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Weigla 5, 50-981 Wrocław (dalej: „Zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm) – zwanej dalej: "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę aparatu RTG z ramieniem C - angiografu przewoźnego z wyposażeniem elektrofizjologicznym - 1 kpl.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 14 lipca 2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców - w tym wykonawcę TIMKO Sp. z o.o., ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa (dalej: „Odwołujący” lub „Timko”) - o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy Synektik S.A., ul. Wincentego Witosa 31, 00-710 Warszawa (dalej: „Synektik” lub „Przystępujący”). Tym samym pismem Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty wykonawcy Timko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W dniu 25 lipca 2016 r. Timko wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w którym zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania przedsiębiorców, w szczególności poprzez niezasadne zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec wykonawcy Timko,
2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, przez dokonanie oceny ofert w oparciu o zasady nieuregulowane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”), w szczególności poprzez przyjęcie do wzoru obliczania punktacji w ramach oceny technicznej danych, niewskazanych w siwz, a zarazem preferujących jednego z oferentów,
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą spośród złożonych w postępowaniu ofert i w konsekwencji nieudzielenie zamówienia Odwołującemu, podczas gdy oferta Timko powinna zostać uznana za najkorzystniejszą,

ewentualnie

4. naruszenie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez zaniechanie wezwania Timko do złożenia wyjaśnień, co doprowadziło do niezasadnego przyjęcia, że oferta Timko nie spełnia wymagań specyfikacji i w rezultacie odrzucenia oferty zgodnej z siwz.

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Timko,
2. unieważnienie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w celu uznania, że oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania Timko wskazywał, że złożył ofertę w dniu 1 czerwca 2016 r. tj. w terminie wymaganym przez Zamawiającego. Jego zdaniem oferta spełnia wszystkie wymagania sformułowane w treści siwz, w tym zawiera ważny i aktualny na dzień otwarcia ofert dokument, dotyczący przedmiotu zamówienia na każdy oferowany produkt (zgodnie z wymaganiem wskazanym w pkt. 2.2 siwz), w tym na Kolumnowy System Zasilania Kendroport (dalej: „System Kendroport”) tj. Aprobatę z dnia 27 maja 2011 r. z datą ważności do 26 maja 2016 r., nr rejestracyjny HD 60039338 0001, numer raportu 26300106 001 (dalej: „Aprobata”). Pomimo powyższego, w dniu 5 lipca 2016 r. Zamawiający skierował do Odwołującego pismo, w którym m.in. wezwał Timko do: „uzupełnienia złożonej oferty o ważne i aktualne na dzień otwarcia ofert dokumenty w postaci Certyfikatu CE wydanego przez jednostkę notyfikującą na Kolumnowy system zasilania Kendroport”.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący wyjaśnił, że oferowany przez niego System Kendroport, został wyprodukowany i wprowadzony do obrotu przez producenta Kendromed sp. z.o.o. i znajduje się już w magazynie Odwołującego, który nie jest producentem a dystrybutorem tego wyrobu medycznego. Wyrób ten jest opatrzony numerem seryjnym SN3326. Ponadto, Timko przekazał Zamawiającemu etykietę Systemu Kendroport, na której znajdowała się data produkcji tego produktu - maj 2016 r. (lewy dolny róg etykiety) oraz znak CE potwierdzający, że oferowany produkt posiada wymagany przez Zamawiającego certyfikat. Wobec tego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający otrzymał od Timko dowody potwierdzające, że oferowany System Kendromed został wyprodukowany w dacie ważności Aprobaty, co jest szczególnie istotne, jak wyjaśnimy szczegółowo w zarzucie nr 1, albowiem ze względu na obowiązujące w UE i w Polsce przepisy regulujące zasady wprowadzania produktów do obrotu - a w tym zasady zapewniania zgodności wyrobów medycznych z tzw.

zasadniczymi wymaganiami i znakowania tych wyrobów znakiem „CE”, dokumentem determinującym legalność wprowadzenia wyrobu medycznego do obrotu jest deklaracja zgodności wystawiona dla danego wyrobu przez jego producenta, a także uzyskany przez tego producenta certyfikat zgodności systemu zapewniania jakości wyrobów medycznych (Aprobata), który producent ten uzyskał. Zarówno deklaracja zgodności wyrobu jak i certyfikat zgodności systemu jakości uzyskany przez producenta tego wyrobu muszą być aktualne w dniu wprowadzenia wyrobu do obrotu.

Niezależnie od tego jednoznacznego potwierdzenia zgodności oferty z siwz Odwołujący, dążąc do kompleksowego wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego, załączył do swojej odpowiedzi:

- certyfikaty CE z załącznikami,
- pismo potwierdzające pozytywne przejście audytu przez Kendromed sp. z o.o. przeprowadzonego w dnia 7 i 8 marca 2016 r.,
- deklarację zgodności CE,
- wpis do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych.

Pomimo wskazanych okoliczności Zamawiający zdecydował bezpodstawnie o odrzuceniu oferty Timko ze względu na rzekomą niezgodność z siwz.

Następnie, Zamawiający dokonał oceny oferty Synektik przyznając jej łącznie 93,80 punktów, w tym w ramach oceny technicznej 18,80 punktów. W ramach oceny technicznej, która była jednym z kryteriów oceny ofert o wadze 20%, za parametry bezwzględnie wymagane w zakresie wielkości ogniska dużego  $\leq 0,6$ , (pkt. 58 załącznika nr 2 do oferty), Zamawiający przyznał Synektik niezasadnie maksymalną liczbę punktów tj. 10 pkt., podczas gdy zgodnie z zapisami specyfikacji wykonawcy temu należało się maksymalnie 1,67 pkt. Dokonując obliczenia punktów należnych Synektik za ten parametr, Zamawiający, oparł się na parametrach dowolnie wybranych, niewskazanych wcześniej w siwz. Ta niedopuszczalna w świetle przepisów Pzp modyfikacja modelu oceny ofert doprowadziła do arbitralnego przyznania temu wykonawcy dodatkowych punktów, których nie powinien był otrzymać w świetle brzmienia postanowień specyfikacji.

#### 1. Niezasadne odrzucenie oferty Timko

Według Timko Zamawiający całkowicie niezasadnie odrzucił jego ofertę pomimo tego, że spełniała ona wszystkie wymagania siwz. Jeśli Zamawiający miał co do tego jakiegokolwiek wątpliwości, to powinien był wezwać Timko do złożenia w tym zakresie wyjaśnień.

Timko odnosząc się do wymogu sformułowanego w punkcie 2.2. siwz stwierdził, że został on błędnie zinterpretowany przez samego Zamawiającego. Zamawiający wymagał

bowiem ważnych i aktualnych na dzień otwarcia ofert dokumentów dotyczących każdego oferowanego produktu, jednak przy ocenie spełniania tego wymogu nie wziął pod uwagę przepisów prawa obowiązujących w zakresie certyfikacji.

Zdaniem Odwołującego należy zauważyć, że zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych za zgodność wyrobu medycznego z zasadniczymi wymaganiami odpowiada przede wszystkim producent tego wyrobu. Producent wyrobu uzyskuje certyfikat zgodności systemu zapewniania jakości wyrobów medycznych (Aprobata), wystawia dla wyrobu deklarację zgodności oraz znakuje wyrób znakiem „CE”. Wskazane dokumenty odnoszą się do wyrobów wprowadzonych do obrotu przez producenta i muszą być aktualne na dzień wprowadzenia danego wyrobu do obrotu, albowiem zarówno deklaracja zgodności z zasadniczymi wymaganiami, jak i dokument potwierdzający zgodność odnoszą się do wyrobu wyprodukowanego i wprowadzonego do obrotu w konkretnym momencie i już, stale stanowią dokumentację takiego wyrobu. Wszelkie kolejne deklaracje zgodności i certyfikaty systemów jakości mogą się odnosić jedynie do wyrobów wprowadzonych do obrotu po wydaniu tych dokumentów.

Odwołujący, jako dystrybutor wyrobów, stosownie do art. 18 ust. 3 pkt. 2 ustawy o wyrobach medycznych ma obowiązek przechowywać co najmniej przez okres 5 lat od dnia dostarczenia ostatniego egzemplarza wyrobu dokumentację niezbędną do ustalenia pochodzenia i jednoznacznej identyfikacji tych wyrobów. Każde kolejne deklaracje zgodności i certyfikaty odnoszą się do innych już wyrobów i jako takie nie stanowią dokumentacji związanej z konkretnym, wprowadzonym do obrotu wyrobem.

Odwołujący wyjaśniał, że w niniejszej sprawie wyrób medyczny został wprowadzony do obrotu w maju 2016 r. przez producenta Kendromed sp. z o.o. W konsekwencji wyrób ten jest objęty Deklaracją Zgodności CE z dnia 22 lipca 2014 r., wystawioną przez Kendromed sp. z o.o. oraz certyfikatem systemu zapewniania jakości wyrobów medycznych - Aprobata z dnia 27 maja 2011 r. z datą ważności do 26 maja 2016 r., nr rejestracyjny HD 60039338 0001, numer raportu 26300106 001. Zdaniem Timko te dwa dokumenty stanowią dokumentację rzeczzonego Wyrobu i utrata ważności przez ww. Aprobata nie może mieć znaczenia, albowiem wyrób wprowadzono do obrotu przed dniem jej wygaśnięcia. Odwołujący - jako dystrybutor - ma obowiązek udostępniać dokumentację rzeczywiście odnoszącą się do danego wyrobu. Dokumentem takim jest wskazana powyżej Aprobata, niezależnie od jej wygaśnięcia po wprowadzeniu wyrobu do obrotu, dokument ten odnosi się bowiem do każdego wyrobu wprowadzonego do obrotu w okresie jego obowiązywania. Certyfikat systemu zapewniania jakości z czerwca 2016 r., złożony, przez Odwołującego Zamawiającemu z ostrożności, ze swej istoty może odnosić się wyłącznie do wyrobów wprowadzonych do obrotu po tym dniu (podobnie certyfikat aktualny w dniu otwarcia ofert,

lecz nieistniejący w dniu wprowadzenia wyrobu do obrotu, byłby dokumentem pozbawionym znaczenia w niniejszej sprawie, gdyż nie odnosiłby się do rzeczonoego wyrobu).

Nadto zaś Odwołujący wskazywał, że jako dystrybutor wyrobu nie jest uprawniony do wytwarzania deklaracji zgodności i certyfikatów. Odwołujący może jedynie posługiwać się dokumentami otrzymanymi od producenta wyrobu, wobec czego Odwołujący nie tylko ma obowiązek posługiwać się dokumentacją rzeczywiście dotyczącą danego, wprowadzonego do obrotu wyrobu, ale także nie ma wpływu na ważność tych dokumentów po dniu wprowadzenia wyrobu do obrotu.

Wobec tego, wymagając dokumentów ważnych i aktualnych w odniesieniu do urzędzeń, które mają być oferowane w postępowaniu, trzeba brać pod uwagę przede wszystkim, czy dokumenty te były ważne w momencie wprowadzania urzędzeń do obrotu. Jeśli bowiem dokumenty te były ważne w momencie wprowadzania produktów do obrotu, to należy przyjąć, że są one ważne także na dzień składania ofert (w odniesieniu do urzędzeń już wytworzonych przed tą datą). Odnoszenie się do jakiegokolwiek innej daty będzie w takim przypadku całkowicie niemiarodajne i nielogiczne. Gdyby o spełnieniu wymogów siwz miała świadczyć wyłącznie ważność certyfikatów w dniu złożenia oferty, to mogłoby to prowadzić do sytuacji, w której wykonawca składa co prawda certyfikat ważny w dacie złożenia oferty, ale jednocześnie oferuje Zamawiającemu urządzenie wprowadzone do obrotu po upływie jego ważności. Porównanie to obrazuje, że dosłowna i bezrefleksyjna interpretacja wymogu „ważności i aktualności” w odniesieniu do certyfikatów na urządzenia może prowadzić do absurdu, a z pewnością nieosiągnięcia celu postępowania, jakim jest uzyskanie odpowiedniego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący twierdził, że oferta Timko spełniała więc wszystkie wymagania siwz, w tym sformułowany w punkcie 2.2. specyfikacji wymóg dotyczący przedstawienia ważnych i aktualnych na dzień otwarcia ofert dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia na każdy oferowany produkt. W świetle bowiem obowiązujących przepisów dotyczących certyfikacji, dokumentem tym w odniesieniu do Systemu Kendroport była bezsprzecznie Aprobata, którą Timko przedłożyła Zamawiającemu wraz z ofertą. Produkt ten został bowiem wyprodukowany w maju 2016 r., a więc w okresie ważności certyfikatu, co potwierdza przekazana Zamawiającemu przez Odwołującego etykieta produktu opatrzona dodatkowo znakiem CE.

W celu rozwiania jakichkolwiek wątpliwości, Odwołujący w załączeniu przekazał wyjaśnienia firmy Kendromed sp. z o.o. (dalej: „Kendromed”), które potwierdzają, że System Kendroport został wyprodukowany 20 maja 2016 r. tj. w dacie ważności Aprobaty.

Według Timko w kontekście przedstawionych argumentów należy stwierdzić:

- po pierwsze, w świetle powszechnie obowiązujących przepisów prawa regulujących zasady wprowadzania produktów do obrotu, złożona pierwotnie z ofertą Aprobata spełnia wymagania określone w siwz,
- po drugie, Odwołujący przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia i dokumenty, które jednoznacznie potwierdziły powyższe okoliczności,
- wreszcie po trzecie, Zamawiający nie miał prawa odrzucić oferty Timko.

Timko wskazywał, że odrzucenie jego oferty tylko dlatego, że wytwórca oferowanego urządzenia nie dysponował w ogólności ważnym i aktualnym certyfikatem na dzień otwarcia ofert byłoby zbytnim formalizmem prowadzącym do wyeliminowania oferty spełniającej jego oczekiwania. W trakcie oceny ofert i ich zgodności z siwz Zamawiający nie może bowiem tracić z pola widzenia podstawowego celu postępowania, jakim jest uzyskanie przez niego takiego przedmiotu, który spełnia jego potrzeby i oczekiwania. Dlatego też w orzecznictwie podnosi się, że należy wystrzegać się zbytniego formalizmu w postępowaniu, w sytuacjach, w których mógłby on doprowadzić do np. odrzucenia oferty wykonawcy, który byłby zdolny do należytego wykonania zamówienia .

Odrzuceniu czy eliminacji nie powinny podlegać oferty, które mogą się tylko wydawać niezgodne z wymogami zamawiającego: „Przy ocenie ofert nie można stracić z pola widzenia podstawowej zasady, że chodzi o wyeliminowanie ofert faktycznie, a nie jedynie pozornie wadliwych”.

Powyższe potwierdza także orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: „ETS”), które, sprzeciwiając się zbytniemu formalizmowi, wskazuje na obowiązywanie wspólnotowej zasady dobrej administracji. Zasada ta nakazuje, aby w przypadku wątpliwości co do treści oferty Zamawiający wykorzystał swoje uprawnienie do żądania wyjaśnień od wykonawców, zamiast automatycznie eliminować ich z postępowania. Za sprzeczne z tą zasadą uznaje się odrzucenie oferty przez Zamawiającego w sytuacji, gdy niejasności i wątpliwości mógł on w prosty sposób zidentyfikować i usunąć .

Wobec tego nie ulega wątpliwości, że odrzucenie przez Zamawiającego oferty wykonawcy w przedmiotowej sprawie nie było zasadne także w świetle powołanego wyżej orzecznictwa ETS, które sprzeciwia się zbytniemu formalizmowi oraz automatyzmowi w zakresie odrzucania ofert i zakazuje ich odrzucania z powodu niejasności, które mogą zostać rozwiane bez zmian samej oferty.

## 2. Bezprawne dokonanie oceny ofert w oparciu o zasady nieuregulowane w specyfikacji

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w sposób dowolny, nie mający jakichkolwiek podstaw w sporządzonej przez niego siwz, dokonał oceny oferty Synektik w ramach oceny



technicznej, przyznając jej w ramach tego kryterium zawyżoną liczbę punktów, co pozwoliło temu wykonawcy wygrać przetarg.

Jednym z kryteriów oceny ofert w postępowaniu była ocena techniczna (waga 20%). O liczbie punktów przyznanych w ramach tego kryterium decydowała m.in. liczba punktów przyznanych za poszczególne parametry techniczne oferowanych urządzeń, wskazane w załączniku nr 2 do siwz. Jednym z tych parametrów była wielkość ogniska dużego, która miała być mniejsza bądź równa 0,6 (pkt 58 tabeli), czyli każde ognisko duże, którego wartość jest  $\leq 0,6$  spełnia ten warunek.

Za spełnianie tego parametru można było otrzymać maksymalnie 10 pkt. Punkty przyznane za ten parametr były obliczane wg wzoru nr 2 wskazanego przez Zamawiającego w siwz (strona 29), który jest następujący:

$$\text{Liczba pkt.} = \frac{(K_{\max}) - (K_{\text{oferty}})}{(K_{\max}) - (K_{\min})} \times \text{Max. pkt.}$$

Poniżej wzoru Zamawiający określił (opisał) znaczenie poszczególnych składników wzoru, gdzie:

$K_{\text{oferty}}$  - parametr badanej oferty

$K_{\min.}$  - parametr minimalny dopuszczony

$K_{\max}$  - parametr maksymalny w zbiorze ofert

Max. pkt. maksymalna liczba punktów danego parametru

Jednocześnie w Załączniku nr 2 do siwz ("Parametry bezwzględnie wymagane"), Zamawiający w kolumnie „Punktacja” dla parametru nr 58 „ wielkość ogniska dużego  $\leq 0,6$ ”, oprócz maksymalnej liczby punktów, jaką można za ten parametr otrzymać, podał jedynie  $K_{\max} = 0,6$ . Zamawiający, odmiennie niż ma to miejsce w pozostałych parametrach punktowanych, nie podał żadnej konkretnej wartości granicznej w ramach  $K_{\min.}$  przez co należy dojść do wniosku, zgodnie z zasadami matematyki i logiki, że wartością ta mogło być tylko 0. Liczba zero, jako liczba naturalna stosowana jest we wzorach matematycznych, a tym samym we wzorze nr 2 siwz. Zamawiający, dokonując obliczenia punktów za ten parametr nie mógł posłużyć się dowolnie obraną wartością  $K_{\min.}$

Dodatkowo warto podkreślić, że wartością stanowiącą  $K_{\min.}$  przy przyznawaniu punktów za parametr z punktu 58 tabeli nie mógł być parametr minimalny w zbiorze ofert. Zgodnie bowiem ze specyfikacją, Zamawiający wskazał taki warunek jedynie przy  $K_{\max}$ .

Gdyby więc chciał, aby także  $K_{\min}$  stanowiła wartość najniższa z podanych w ramach ofert, to musiałby sformułować taki warunek w siwz, czego nie zrobił.

Zarówno Synektik, jak i Timko potwierdziły w swoich ofertach, że oferowane przez nich lampy posiadają parametry wymagane przez Zamawiającego w zakresie wielkości ogniska dużego, przy czym Synektik zaoferowała wielkość 0,5 dla dużego ogniska lampy, a Timko - 0,6.

Jak wynika z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty firma Synektik w ocenie technicznej otrzymała 18,80 pkt. Liczba ta świadczy o tym, że:

- a) obliczając punkty należne wykonawcom za parametr wskazany pod nr 58 Załącznika nr 2 do siwz Zamawiający przyznał Synektik maksymalną liczbę punktów tj. 10 pkt (szczegółowe obliczenia poniżej),
- b) wskazaną powyżej liczbę punktów Synektik mogła dostać wyłącznie przy  $K_{\min}$ . (parametr minimalny dopuszczony) na poziomie 0,5:

$$\text{Liczba pkt.} = \frac{(0,6) - (0,5)}{(0,6) - (0,5)} \times 10 = 10 \text{ pkt.}$$

- c) obliczając punkty należne Synektik za spełnianie powyższego parametru, Zamawiający dokonał niedozwolonej modyfikacji wzoru, przyjmując do obliczeń dowolnie wybraną wartość  $K_{\min}$ , co doprowadziło do zawyżenia punktacji należnej temu wykonawcy.

Timko odnosząc się do punktu a) powyżej twierdził, że tylko przy przyznaniu Synektik 10 pkt. przy przyjęciu jako  $K_{\min}$  wartości 0,5 za parametr wskazany pod nr 58 wykonawca ten mógł otrzymać łącznie 18,80 pkt w ramach oceny technicznej. Zgodnie z siwz, obliczając punkty należne wykonawcom za ocenę techniczną Zamawiający stosował następujący wzór:

$$\text{Wartość punktowa} = \frac{T_n}{T_{\max}} \times 100 \text{ pkt.}$$

gdzie:

- $W$  - waga kryterium - ocena techniczna
- $T_n$  - suma punktów przyznanych w danej ofercie przez członka komisji w ramach kryterium oceny technicznej
- $T_{\max}$  - maksymalna suma punktów przyznanych w zbiorze ofert w ramach kryterium ocena techniczna

Zgodnie z obliczeniami Timko, w ramach oceny technicznej, powinna ona była otrzymać 142,86 pkt. (przy założeniu, że za sporny parametr wskazany pod pozycją 58 Timko otrzymuje 0 pkt - Timko nie otrzyma bowiem za ten parametr punktów bez względu na przyjętą wartość  $K_{min.}$ ). Powyższe prowadzi do wniosku, że Synektik w ramach samej oceny technicznej otrzymała 134,24 pkt, gdyż tylko przy takim założeniu łączna liczba punktów w ramach oceny technicznej wyniesie 18,80 pkt.

$$\text{Wartość punktowa} = 20\% \times \frac{134,24}{142,86} \times 100 \text{ pkt.} = 18,80 \text{ pkt.}$$

W rezultacie, biorąc pod uwagę w/w niczym nie uzasadnione kalkulacje Zamawiającego, firma Synektik otrzymała łącznie 93,80 za wszystkie brane pod uwagę kryteria oceny ofert, co dało jej nieznaczną nieuzasadnioną przewagę nad Timko. Gdyby bowiem oferta Timko nie uległa odrzuceniu to powinna była otrzymać 93,75 pkt.

Jak wynika z powyższego, Synektik otrzymała 10 pkt za parametr wskazany pod pozycją 58, tylko dlatego, że Zamawiający określając  $K_{min.}$  we wzorze nr 2, czyli parametr minimalny dopuszczony, niezgodnie z siwz oraz wbrew zasadom matematyki i logiki, wskazał dowolnie obraną przez siebie wartość, przy czym podstawienie przez niego do wzoru jakiegokolwiek innej wartości doprowadziłoby do wygranej Timko.

Należy bowiem podkreślić, że ofertę firmy Synektik można uznać za najkorzystniejszą wyłącznie przy założeniu, że  $K_{min.} = 0,5$ . Gdyby bowiem do wzoru służącego do obliczenia punktów należnych za parametr spod numeru 58 podłożyć jako  $K_{min.}$  jakąkolwiek inną wartość, nie tylko 0, ale także  $K_{min.} = 0,4$  lub  $0,3$  lub  $0,2$  lub  $0,1$ , oferta firmy Synektik przegrywa z oferta firmy TIMKO, co potwierdzają obliczenia załączone do niniejszego odwołania.

Podsumowując, w ramach punktacji za parametr wskazany pod pozycją 58 w Załączniku nr 2 do siwz firma Synektik powinna otrzymać jedynie 1,667 pkt, co w zaokrągleniu do 2 miejsc po przecinku daje nam wartość 1,67 pkt, zgodnie z poniższym wzorem:

$$\text{Liczba pkt.} = \frac{(0,6) - (0,5)}{(0,6) - (0,5)} \times 10 \text{ pkt.} = \frac{0,1}{0,6} \times 10 \text{ pkt.} = 1,667 = 1,67 \text{ pkt.}$$

Dalej, wszystkie pozostałe parametry oceniane zgodnie z Załącznikiem nr 2 firma Synektik powinna otrzymać 125,91 pkt, a nie 134,24 pkt, jak to błędnie obliczył Zamawiający.

Podstawiając to do wzoru obowiązującego w kryterium ocena techniczna (pkt. 2.4. siwz)

$$\text{Wartość punktowa} = \frac{T_n}{T_{\max}} \times 100 \text{ pkt.}$$

Synektik otrzymuje:

$$\text{Wartość punktowa} = 20\% \times \frac{125,91}{142,86} \times 100 \text{ pkt.} = 17,63 \text{ pkt.}$$

w ramach kryterium oceny technicznej, a nie 18,80 pkt.

Ta zmiana punktacji powoduje z kolei, że firma Synektik w ramach końcowej punktacji powinna otrzymać łącznie 92,63 pkt co skutkuje tym, że oferta Timko z punktami w wysokości 93,75 powinna być uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

### 3. Zaniechanie uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą

W ocenie Odwołującego oferta Timko nie tylko była w całości zgodna z wymaganiami Zamawiającego zawartymi siwz, ale też była najkorzystniejszą ofertą złożoną w Postępowaniu. Wobec tego, Zamawiający, odrzucając tę ofertę i dokonując wyboru oferty Synektik, naruszył art. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp.

### 4. Zaniechanie wezwania do wyjaśnień

Ponadto, należy wskazać, że jeśli wyjaśnienia i dokumenty złożone przez Odwołującego w zakresie dotyczącym Systemu Kendroport, były dla Zamawiającego niewystarczająco jasne, to przed odrzuceniem oferty Timko z postępowania, Zamawiający powinien był wezwać Timko do złożenia w tym zakresie dodatkowych wyjaśnień.

Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający ma obowiązek wzywać wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów lub oświadczeń, jeśli mają co do nich wątpliwości, przy czym o wyjaśnienia te może zwracać się wielokrotnie, aż do uzyskania jasnego obrazu sytuacji. Jak wynika z orzecznictwa, Zamawiający nie jest w tym zakresie w żaden sposób ograniczony, a jeśli rozpoczął procedurę wyjaśnień, powinien doprowadzić ją do końca. Pozwala to zapobiec sytuacji, w której z powodu istniejących wątpliwości, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu czy odrzucenia oferty, która zaspokaja jego potrzeby.

Odwołujący wyjaśniał, że w orzecznictwie podnosi się, że naruszeniem art. 26 ust. 4 Pzp jest też zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentu, jeżeli okoliczności budzące wątpliwości prowadzą następnie do wykluczenia wykonawcy z

postępowania wobec tego jeśli Zamawiający, mimo wyczerpujących wyjaśnień Timko, miał w powyższym zakresie jakiegokolwiek dalsze wątpliwości, to powinien był zwrócić się do Timko o złożenie wyjaśnień, a nie bezrefleksyjnie odrzucać jej ofertę czym naruszył art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego, dowody, odpowiedź na odwołanie, pisma procesowe oraz stanowiska i oświadczenia stron, a także uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej.

Wraz z odwołaniem oraz w toku rozprawy Timko złożył następujące dowody:

1. Kalkulacje Odwołującego w zakresie punktacji oceny technicznej przy założeniu  $K_{\min.}$  na poziomie od 0 do 0,5 z których wynika, że jedynie przy  $K_{\min.} = 0,5$  firmą wygrywającą jest Synektik.
2. Wyjaśnienia Kendromed z dnia 7 lipca 2016 r. wraz z deklaracją zgodności dotyczącą Kolumnowego Systemu Zasilania Kendroport Model K60S BETA 120/100, SN: 3326 opatrzony datą 20 maja 2016 r.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzut, dotyczący odrzucenia oferty Timko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp jako niezgodnej z siwz, z uwagi na fakt jej niezgodności ze specyfikacją a także zarzut naruszenie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez

zaniechanie wezwania Timko do złożenia wyjaśnień. Po dokonaniu analizy ww. zarzutów Izba uznała, że nie zasługują one na uwzględnienie.

Izba wyjaśnia, że Zamawiający w specyfikacji w rozdziale IV w pkt. 2 ppkt 2 sprecyzował, że „zgodnie z ustawą z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 876) Zamawiający żąda ważnych i aktualnych na dzień otwarcia ofert dokumentów dot. przedmiotu zamówienia na każdy oferowany produkt w postaci Deklaracji Zgodności wydanej przez producenta, Certyfikatu CE wydanego przez jednostkę notyfikującą (jeżeli dotyczy) oraz Formularza Powiadomienia/Zgłoszenia do Prezesa Urzędu.(...)”.

Z ustaleń Izby wynika, że wykonawca Timko w dniu 1 czerwca 2016 r. wraz z ofertą złożył Certyfikat CE dla Kolumnowego Systemu Zasilania Kendroport z datą ważności do 26 maja 2016 r – Aprobata Nr rejestracyjny HD 60039338 0001.

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dnia 5 lipca 2016 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia ww. certyfikatu ważnego na dzień otwarcia ofert. W wyznaczonym terminie wykonawca Timko uzupełnił certyfikat EC (Nr rejestracyjny HD 601117760001), który ważny jest od dnia 20 czerwca 2016 r. W treści certyfikatu podano m. in. „ Zastępuje Certyfikat EC nr Rejestracyjny: HD 60039338 0001 (...)”.

Izba stwierdziła, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy potwierdza, że oferta złożona przez wykonawcę Timko jest niezgodna z treścią siwz, zamieszczoną w rozdziale IV w pkt. 2 ppkt 2 siwz, gdyż na dzień otwarcia ofert, tj. 1 czerwca 2016 r., żaden z certyfikatów, którymi posługiwał się Odwołujący, opisanych powyżej, nie był ważny.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba w pełni podziela argumentację prezentowaną przez Zamawiającego oraz Przystępującego. Po pierwsze wskazać należy, że w treści specyfikacji w rozdziale IV w pkt. 2 ppkt 2 Zamawiający jasno określił żądanie, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie posiadali na dzień otwarcia ofert ważne i aktualne dokumenty dot. przedmiotu zamówienia na każdy oferowany produkt w postaci m. in. Certyfikatu CE. Biorąc pod uwagę tak ukształtowane postanowienia specyfikacji wykonawcy nie powinni mieć żadnych wątpliwości co do wymagań Zamawiającego w zakresie Certyfikatu CE. Po pierwsze Certyfikaty miały być dokumentami ważnym, po drugie aktualnymi, a po trzecie miały dotyczyć każdego oferowanego produktu.

Nie jest sporne między stronami, że zaoferowany przez Odwołującego Kolumnowy System Zasilania Kendroport wymagał przedstawienia dokumentów opisanych w rozdziale IV w pkt. 2 ppkt 2 siwz, w tym między innymi Certyfikatu CE. Timko wraz z ofertą złożył Aprobataę Nr rejestracyjny HD 60039338 0001, która jest uznawana za odpowiednik Certyfikatu CE. Jednakże termin ważności owej aprobaty upłynął w dniu 26 maja 2016 r, podczas, gdy termin składania i otwarcia ofert upływał w dniu 1 czerwca 2016 r. Natomiast uzupełniony na żądanie Zamawiającego dokument w postaci Certyfikatu CE rozpoczął obowiązywanie od 20 czerwca 2016 r.

W omawianym stanie faktycznym osiłą sporu jest kwestia, czy treść oferty Odwołującego w zakresie, zaoferowanego przez Timko Kolumnowego Systemu Zasilania Kendroport, który został już wyprodukowany i wprowadzony do obrotu przed upływem daty ważności aprobaty (26 maja 2016 r.) jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w siwz w rozdziale IV w pkt. 2 ppkt 2 siwz ?

Izba uznała, że na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco, ponieważ zacytowane powyżej wymagania specyfikacji obligowały Timko do posiadania dla Kolumnowego Systemu Zasilania Kendroport ważnego i aktualnego Certyfikatu CE. Natomiast z ustaleń Izby wynika, że w okresie między 26 maja 2016 r., a 20 czerwca 2016 r. brak jest ważnego certyfikatu dla ww. Systemu. W związku z tym argumentację Odwołującego, zasadzającą się na tym, że System został wprowadzony do obrotu przed datą upływu aprobaty, należy uznać za chybioną. Podkreślić należy, że Odwołujący jak sam zaznaczał, jest jedynie dystrybutorem a nie producentem ww. urządzenia. W związku z tym, mógł on zaoferować w ramach omawianego postępowania urządzenie innego producenta, które na dzień otwarcia ofert posiadało ważne i aktualne dokumenty w postaci m. in. Certyfikatu CE.

Biorąc po uwagę powyższe Izba stwierdziła, że wyjaśnienia Kendromed z dnia 7 lipca 2016 r. złożone przez Odwołującego nie mają istotnego znaczenia dla rozpoznawanej sprawy.

Podsumowując, w ocenie Izby bezsporna jest niezgodność oferty wykonawcy Timko ze specyfikacją w aspekcie realizacji nałożonego na wykonawców obowiązku legitymowania się ważnym na dzień otwarcia ofert Certyfikatem CE w stosunku do oferowanych urządzeń, w tym przypadku do Kolumnowego Systemu Zasilania Kendroport. Wystąpienie opisanych w ustaleniach Izby okoliczności kwalifikuje ofertę Odwołującego do oceny jako niezgodną z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co obliguje konieczność jej odrzucenia.

Zaś co do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na zaniechanie Zamawiającego żądania wyjaśnień od Odwołującego Izba stwierdziła, że zgłoszony zarzut jest bezzasadny. W ocenie Izby opisane powyżej okoliczności sprawy nie budzą żadnych wątpliwości, które należałoby wyjaśnić, korzystając przy tym z dyspozycji przepisu art. 26 ust. 4 Pzp. W związku z tym Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Następnie Izba rozpoznała zarzuty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Z ustaleń Izby wynika, że w Załączniku nr 2 do siwz na str. 26 Zamawiający określił sposoby obliczania punktacji parametrów ocenianych, w ramach których skonstruował następujący wzór nr 2:

$$\text{Liczba pkt.} = \frac{(K_{\max}) - (K_{\text{oferty}})}{(K_{\max}) - (K_{\min})} \times \text{Max. pkt.}$$

Poniżej wzoru Zamawiający określił (opisał) znaczenie poszczególnych składników wzoru, gdzie:

$K_{\text{oferty}}$  - parametr badanej oferty

$K_{\min.}$  - parametr minimalny dopuszczony

$K_{\max}$  - parametr maksymalny w zbiorze ofert

Max. pkt. maksymalna liczba punktów danego parametru

W Załączniku nr 2 do siwz ("Parametry bezwzględnie wymagane"), Zamawiający w kolumnie „Punktacja” dla parametru nr 58 „ wielkość ogniska dużego  $\leq 0,6$ ”, oprócz maksymalnej liczby punktów, jaką można za ten parametr otrzymać, podał jedynie  $K_{\max}= 0,6$ . Zamawiający natomiast nie określił wartości granicznej w ramach  $K_{\min.}$

Dodatkowo Izba ustaliła, że w Zamawiający w ofercie Przystępującego dla parametru wskazanego w pkt. 58 z Załączniku nr 2 – wielkość ogniska dużego - jako prawidłową przyjął wartość 0,5 (str. 14 i 128 oferty Przystępującego oraz pisma Zamawiającego oraz Synektik z dnia 14 lipca 2016 r.).

W związku z tym rozstrzygnięcie powyższego sporu wymaga odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający zachował się prawidłowo przyjmując do obliczeń, dokonanych według



wzoru nr 2 na str. 26 załącznika nr 2, parametr  $K_{\min.}$ , spośród ofert złożonych w postępowaniu, na najniższym poziomie 0,5 ? Izba stanęła na stanowisku, że na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Wyjaśnić należy, że Zamawiający w specyfikacji nie określił parametru  $K_{\min.}$  a w opisie wzoru nr 2 wskazał jedynie, że do wyliczeń przyjmie „parametr minimalny dopuszczony”. W tym miejscu należy przywołać wyjaśnienia Przystępującego, który podnosił, że najniższa wartość  $K_{\min.}$  dla tego rodzaju urządzenia wynosi obecnie na rynku 0,5. W związku z tym logiczne jest, że Zamawiający, określając parametry odwołał się jedynie do wskaźnika  $K_{\max}$  jako 0,6, gdyż im niższa wartość tym lepsza rozdzielczość, z tym zaznaczeniem że obecnie nie jest ona niższa niż 0,5. Zatem w ramach prowadzonego postępowania możliwym było zaoferowanie urządzenia o parametrach  $K_{\min.}$  równe 0,6 lub 0,5.

Podkreślenia wymaga fakt, że opisane powyżej wyliczenia Zamawiającego odbywają się w ramach konkretnego postępowania i mają na celu określenie konkretnej liczby punktów, które zostaną przyznane poszczególnym wykonawcom. Zatem wartość ww. parametru odnosić należy do minimalnych parametrów, zawartych w złożonych ofertach, gdyż jest on z nimi ściśle związany. Jego odrywanie od ofert funkcjonujących w ramach prowadzonego postępowania i posługiwanie się jedynie hipotetycznymi wartościami nie występującymi w postępowaniu wydaje się nielogiczne i niezasadne. Tym samym Izba uznała za błędne założenia dokonane przez Odwołującego, który wskazywał, że wielkość parametru, może kształtować się w przedziale od 0 do 0,5.

Słuszność powyższego stanowiska potwierdzają również wyjaśnienia Zamawiającego, który twierdził, że nie można przyjąć współczynnik  $K_{\min}$  na poziomie od 0 do 0,5 dla ogniska dużego, bowiem w pkt 57 Załącznika nr 2 do siwz Zamawiający określił wielkość ogniska małego z zastrzeżeniem, że nie może ona być większa niż 0,3. W powyższego wypływa oczywisty wniosek, że nie można przyjąć  $K_{\min}$  dla ogniska dużego w przedziale chociażby od 0 do 0,3.

Nie może również ostać się argumentacja Odwołującego zasadzająca się na tym, że Zamawiający, opisując wzór nr 2, przy parametrze  $K_{\max}$  posłużył się stwierdzeniem „parametr maksymalny w zbiorze ofert”. Zatem, skoro  $K_{\min.}$  miało również odnosić się do zbioru ofert to Zamawiający, również powinien dać temu wyraz w siwz przy opisie parametru. Izba zwraca uwagę, że opis parametru  $K_{\min}$  w brzmieniu „parametr minimalny dopuszczony” co prawda nie zawiera odniesienia do zbioru ofert, ale w opisie znajduje się określenie „dopuszczony”, co należy rozumieć w ten sposób, że do oceny należy przyjąć parametr dopuszczony w

ramach tego konkretnego postępowania, a więc taki, który występuje w złożonych ofertach. Zatem biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Zamawiający zasadnie przyjął do obliczeń parametr  $K_{\min} = 0,5$  a tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Wobec tego w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, przy uwzględnieniu argumentacji zaprezentowanej przez Izbę stwierdzić należy, że złożone przez Odwołującego kalkulacje nie mogą mieć zastosowania przy rozpoznawaniu ww. zarzutów.

Reasumując, Izba nie potwierdza naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp a także art. 26 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 2 lit. b) § 5 ust. 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....