

WYROK
z dnia 8 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 października 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **21 września 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, **01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 2 PUM w Szczecinie, 70-111 Szczecin, al. Powstańców Wielkopolskich 72,**

przy udziale wykonawcy **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o.** z siedzibą w **Warszawie, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21b** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, **01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b**
i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: **piętnaście tysięcy** złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, **01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b** tytułem wpisu od odwołania;

- 2) zasądza od wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b** na rzecz wykonawcy **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21b** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: **trzy tysiące sześćset złotych zero groszy**) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2023/12

U z a s a d n i e

Zamawiający **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2 PUM w Szczecinie Al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem w ramach Zadania nr 2 jest dostawa odczynników kalibratorów, kontroli i materiałów zużywalnych do wykonywania badań biochemicznych wraz z dzierżawą dwóch analizatorów z wyposażeniem niezbędnym do ich pracy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 19.07.2012 r. pod nrem 2012/S 137-228890.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228 oraz z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 12.09.2012 r. o: wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa.

Wykonawca **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdynskie 6b, 01-531 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 21.09.2012 r. do Prezesa KIO odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru oferty wykonawcy Abbott;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Abbott;
- 3) zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu, że powyższe czynności (zaniechania) zostały dokonane bezpodstawnie, na skutek błędnej interpretacji i zaniechania zastosowania art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 91 ust. 1 Pzp,

Oferta odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert wśród ofert niepodlegających odrzuceniu, co w związku z zaniechaniem

odrzucenia oferty wykonawcy Abbott oznacza, że w razie uwzględnienia odwołania to oferta odwołującego powinna być wybrana w świetle kryteriów przyjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania czynności odrzucenia oferty Abbott;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

[I] Wprowadzenie

1. Odwołujący złożył ofertę obejmującą realizację Zadania 2 zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji. Termin wykonania zamówienia obejmuje 36 miesięcy od dnia protokolarnego przekazania sprzętu zamawiającemu (rozdz. I pkt V specyfikacji). Szczegółowe informacje i wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zostały określone w rozdz. II specyfikacji. Natomiast opis analizatorów wraz z wyposażeniem dodatkowym z uwzględnieniem parametrów granicznych zawarto w załączniku nr 6 do Formularza Oferty.

2. W punkcie 8 tabeli „Wymagane parametry dla analizatorów do badań biochemicznych” w załączniku nr 6 do Formularza Oferty znalazł się wymóg zapewnienia „Możliwości rozbudowy systemu o dodatkowe moduły (biochemicznego w przypadku zwiększonego zapotrzebowania i/ lub immunochemicznego w przypadku rozszerzenia panelu oznaczeń bez użycia odrębnych modułów łączących)”.

3. W punkcie 9 tabeli „Wymagane parametry dla analizatorów do badań biochemicznych” w załączniku nr 6 do Formularza Oferty zastrzeżono wymóg, aby oferowane urządzenia zapewniały „Możliwość wymiany/ dostawienia odczynników na pokład analizatora bez przerywania/ zatrzymywania pracy urządzenia.

4. Natomiast wymagane ilości poszczególnych badań dla Zadania 2 podano w Załączniku nr 4 do Formularza Oferty. Wykonawca we własnym zakresie miał dokonać właściwego wyliczenia ilości odczynników biorąc pod uwagę ilości badań określonych w Formularzu cen jednostkowych przez cały okres realizacji umowy mając na uwadze trwałość na pokładzie analizatora oraz ilości wykonywanych badań w miesiącu. Wykonawca miał również samodzielnie wyliczyć i zaoferować odpowiednie ilości kontroli, kalibratorów, materiałów zużywalnych i innych materiałów potrzebnych do wykonania wymaganej ilości badań.

5. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu zobowiązali się zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z postanowieniami specyfikacji oraz oświadczyli, że wszystkie analizatory będą posiadały wyposażenie niezbędne do ich pracy określone w

specyfikacji (załącznik nr 1 do specyfikacji – Formularz Oferty). Podpisując Formularz Oferty wykonawcy oświadczyli również, że zaoferowane przez nich analizatory są zgodne z opisem zamieszczonym w załączniku nr 6 do Formularza Oferty i spełniają postawione w nim parametry oraz zaakceptowali warunki zawarte w specyfikacji i załączonych do niej załącznikach oraz we wzorze umowy.

[II] Brak zgodności treści oferty wykonawcy Abbott z treścią specyfikacji (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp)

Odwołujący podnosi, że treść oferty wykonawcy Abbott nie odpowiada treści specyfikacji:

1. System do badań biochemicznych zaoferowany przez wykonawcę Abbott nie spełnia warunku opisanego w punkcie 8 tabeli „Wymagane parametry dla analizatorów do badań biochemicznych” w załączniku nr 6 do Formularza Oferty: „Możliwości rozbudowy systemu o dodatkowe moduły (biochemicznego w przypadku zwiększonego zapotrzebowania i/ lub immunochemicznego w przypadku rozszerzenia panelu oznaczeń bez użycia odrębnych modułów łączących)”.

Oświadczenie wykonawcy Abbott zawarte w punkcie 8 tabeli „Wymagane parametry dla analizatorów do badań biochemicznych” w załączniku nr 6 do Formularza Oferty wykonawcy Abbott potwierdza jedynie, że cyt. „TAK, możliwość rozbudowy o moduł immunochemiczny bez użycia odrębnych modułów łączących”. Oświadczenie to nie potwierdza możliwości rozbudowy systemu o dodatkowe moduły: biochemiczny – w przypadku zwiększonego zapotrzebowania i/ lub immunochemiczny – w przypadku rozszerzenia panelu oznaczeń. Oferowany przez Abbott analizator nie pozwala na jednoczesną rozbudowę zarówno o dodatkowy moduł biochemiczny, jak i immunochemiczny (bez użycia odrębnych modułów łączących). Według deklaracji analizator można jedynie rozbudować o moduł immunochemiczny bez użycia odrębnych modułów łączących, zaś co do dodatkowego modułu biochemicznego wykonawca takiej możliwości nie potwierdza. Okoliczność ta oznacza, że treść oferty Abbott nie odpowiada treści specyfikacji, w której to zamawiający postawił wymóg, aby analizator posiadał możliwość rozbudowy zarówno o moduł biochemiczny, jak i immunochemiczny.

Powyższej konstatacji nie zmienia treść wyjaśnień, jakich zamawiający udzielił w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców dotyczące treści specyfikacji. Pytanie brzmiało: „Czy przez postanowienie »Możliwość rozbudowy systemu o dodatkowe moduły (biochemicznego w przypadku zwiększonego zapotrzebowania i/ lub immunochemicznego w przypadku rozszerzenia panelu oznaczeń bez użycia odrębnych modułów łączących)« zamawiający wymaga, aby oferowane analizatory miały możliwość rozbudowy o dodatkowy moduł (immunochemiczny lub biochemiczny) i umożliwiały połączenie w jedną zintegrowaną

platformę, która umożliwi transport automatyczny próbki pomiędzy modułami analizatora bez konieczności zastosowania jakiegokolwiek dodatkowego urządzenia i zarządzana będzie przez jeden komputer – jedną jednostkę sterującą”. W piśmie zamawiającego z 10 sierpnia 2012 r. w odpowiedzi na pytanie nr 34 wyjaśniono jedynie, że „Tak, zamawiający wymaga”.

Zgodnie z powyższym zamawiający potwierdził swoje pierwotne wymagania w ramach parametru opisanego w punkcie 8 tabeli „Wymagane parametry dla analizatorów do badań biochemicznych” w załączniku nr 6 do Formularza Oferty (zamawiający wyjaśnił treść postanowienia specyfikacji utrzymując je w niezmienionym kształcie). Nie doszło więc do modyfikacji treści specyfikacji. Jednocześnie zamawiający nie zmienił terminu składania ofert uznając, że jego wyjaśnienia nie wymagają zmiany treści ofert przygotowywanych przez potencjalnych wykonawców. W szczególności, z wyjaśnień zamawiającego należy wywieść potwierdzenie, że oferowany system musi posiadać możliwość rozbudowy o dodatkowe moduły, tak aby odbyło się to bez konieczności stosowania jakiegokolwiek dodatkowego urządzenia (modułu) łączącego.

Chodziło zatem o bezpośrednią integrację analizatora z modułem dodatkowym (biochemicznym lub immunochemicznym). Moduł biochemiczny będzie mógł zostać zastosowany w przypadku zwiększonego zapotrzebowania na oznaczenia biochemiczne. Z kolei moduł immunochemiczny będzie przydatny zamawiającemu w razie zaistnienia konieczności rozszerzenia panelu oznaczeń o oznaczenia immunochemiczne.

Taka wykładnia znaczenia parametru określonego w punkcie 8 tabeli „Wymagane parametry dla analizatorów do badań biochemicznych” w załączniku nr 6 do Formularza Oferty jest logiczna z punktu widzenia potrzeb zamawiającego. Otóż, przedmiotem zamówienia w ramach Zadania 2 jest dzierżawa dwóch analizatorów do badań biochemicznych wraz z kompletnym wyposażeniem oraz cykliczna dostawa odczynników i innych materiałów niezbędnych do wykonania badań wyspecyfikowanych w specyfikacji. Zamawiający przewidział jednak, że oferowane urządzenia muszą posiadać możliwość rozbudowy o dodatkowe moduły bez użycia odrębnych modułów łączących. Oczekiwania zamawiającego związane są z perspektywą zwiększenia liczby wykonywanych badań biochemicznych (dodatkowy moduł biochemiczny) lub też rozszerzenia zakresu wykonywanych badań o oznaczenia immunochemiczne (moduł immunochemiczny).

W praktyce nie można wykluczyć, że w trakcie wykonywania umowy dojdzie do ziszczenia się obu tych warunków jednocześnie lub tylko jednego z nich. W związku z czym zamawiający zastrzegł wymóg, aby oferowane analizatory posiadały możliwość równoczesnego zastosowania obu dodatkowych modułów biochemicznego i immunochemicznego, co nie wyklucza zastosowania tylko jednego z nich. W zależności od sytuacji, zamawiający będzie chciał rozbudować analizator o moduł biochemiczny albo o

moduł immunochemiczny bądź też będzie zainteresowany jednoczesną rozbudową o oba rodzaje modułów.

Skoro więc wykonawca Abbott oświadczył, że oferowany przez niego analizator posiada „możliwość rozbudowy o moduł immunochemiczny bez użycia odrębnych modułów łączących”, to nie wynika z tego, że analizator będzie można tak samo rozbudować o dodatkowy moduł biochemiczny. Takie rozwiązanie jest sprzeczne z interesem zamawiającego, który w razie wystąpienia zwiększonego zapotrzebowania na wykonywanie badań biochemicznych będzie pozbawiony możliwości rozbudowania posiadanego systemu o dodatkowy moduł biochemiczny. Zarazem świadczy o niezgodności treści oferty wykonawcy Abbott z treścią specyfikacji, która to niezgodność powinna skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Abbott na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

2. System do badań biochemicznych zaoferowany przez wykonawcę Abbott nie spełnia warunku opisanego w punkcie 9 tabeli „Wymagane parametry dla analizatorów do badań biochemicznych”

Oświadczenie wykonawcy Abbott zawarte w punkcie 9 tabeli „Wymagane parametry dla analizatorów do badań biochemicznych” w załączniku nr 6 do Formularza Oferty wykonawcy Abbott potwierdza jedynie, że „TAK, wymiana odczynników nie przerywa odczytu w kuwetach”. Oświadczenie wpisane do tego formularza powinno natomiast potwierdzać spełnianie warunku wymaganego, który został odmiennie opisany w treści specyfikacji.

Z powyższego wynika, że wykonawca Abbott nie może potwierdzić, że oferowany przez niego analizator pozwala na wymianę/ dokładanie odczynników bez konieczności przerywania/ zatrzymania pracy urządzenia. Wykonawca deklaruje jedynie, że wymiana odczynników nie przerywa odczytu w kuwetach. Należy więc zauważyć, że wymóg pkt 9 dotyczy funkcjonalności polegającej na możliwości wymiany/ dostawiania odczynników na pokład analizatora bez konieczności przerywania/ zatrzymywania pracy urządzenia. Sama funkcja nieprzerywania odczytów w kuwetach nie pozwala na spełnienie tego wymogu, a to dlatego, że praca systemu do oznaczeń biochemicznych składa się z szeregu innych czynności, których wykonywanie w trybie „Running” uniemożliwia otwarcie pokrywy karuzeli odczynnikowej.

Wszelkie wątpliwości w tym zakresie dają się usunąć w wyniku analizy instrukcji obsługi systemu Architect, Sekcja 1-246 (dowód w załączeniu) w trybie pracy: „Running” (wykonywanie oznaczeń) w opisie „Niedozwolonych Czynności” znajduje się zastrzeżenie, zgodnie z którym: „Nie wolno otwierać pokryw karuzeli odczynnikowej”. Wynika z tego, że nie ma możliwości wymiany/ dostawiania odczynników na pokład analizatora bez przerywania/ zatrzymywania pracy urządzenia.

Głównym zadaniem urządzenia oferowanego przez wykonawcę Abbott ma być wykonywanie oznaczeń. Praca analizatora to zespół wielu czynności, które składają się na efekt końcowy w postaci otrzymanych wyników dla zleconych oznaczeń. Wśród tych czynności następują:

- 1) identyfikacja próbek na pokładzie analizatora;
- 2) identyfikacja odczynników na pokładzie analizatora;
- 3) dozowanie prób badanych do rotora pomiarowego/ modułu ISE;
- 4) dozowanie odczynników do rotora pomiarowego/ modułu ISE;
- 5) pomiar fotometryczny/ potencjometryczny;
- 6) wydanie wyników dla prób badanych.

Reasumując, oferta wykonawcy Abbott dotyczy analizatora, który – według oświadczenia wykonawcy – posiada funkcjonalność pozwalającą na wymianę odczynników na jego pokładzie bez przerywania odczytów w kuwetach. Zamawiający wyraźnie zastrzegł jednak wymóg, aby ta czynność (wymiana/ dostawianie odczynników) odbywała się bez przerywania czy zatrzymywania pracy urządzenia, tj. analizatora. Wymóg określony w punkcie 9 tabeli „Wymagane parametry dla analizatorów do badań biochemicznych” w załączniku nr 6 do Formularza Oferty nie dotyczył „nieprzerywania odczytu w kuwetach”, nie ma tam bowiem mowy ani o kuwetach ani o pomiarze. W tym przypadku „nieprzerywania odczytu w kuwetach” oznacza, że w trybie „Running” kręci się jedynie rotor pomiarowy, z uprzednio zadozowanymi próbkami badanymi i odczynnikami w kuwetach, a w kuwetach przebiega reakcja chemiczna oraz następuje właściwy pomiar. To jednak oznacza, że część czynności urządzenia jest zatrzymana. W szczególności analizator nie dozuje odczynników, żadne ramie dozownika odczynnikowego się nie przemieszcza. Innymi słowy, czynność wymiany lub dostawiania odczynników podczas pracy analizatora zaoferowanego przez wykonawcę Abbott wymaga zatrzymania części procesów wykonywanych przez urządzenie (nie można wymieniać/ dostawiać odczynników w trybie wykonywania oznaczeń – „Running”). Powyższe stanowi kolejną sprzeczność oferty z treścią specyfikacji, która to sprzeczność powinna powodować odrzucenie oferty wykonawcy Abbott.

3. Zaniżenie ilości materiałów zużywalnych ICT Chip (moduł ICT):

Z instrukcji obsługi systemu Architect Sekcja 1 – 203 (dowód w załączeniu) wynika, że moduł ICT jest to układ, który zawiera elektrody pomiarowe dla jonów Na⁺, K⁺, Cl⁻ oraz elektrody referencyjne. Gwarancja dla modułu ICT obejmuje wykonanie 15 000 pobrań lub dwóch miesięcy od momentu instalacji, w zależności od tego, co nastąpi wcześniej.

Zamawiający określił swoje zapotrzebowanie przy oznaczeniach parametrów ISE (Na, K, Cl) na 216 000 badań w okresie 36 miesięcy każdy parametr (sód, potas, chlorki). Z wycień wynika, że zamawiający będzie wykonywał 6 000 badań (dla Na, K, Cl) w okresie 1

miesiąca. Oznacza to, że badania tych trzech parametrów wykonywane są przez zamawiającego rutynowo, z największą częstotliwością.

Skoro zamówienie będzie wykonywane przez 36 miesięcy, a moduł ICT posiada gwarantowaną trwałość 2 miesięcy, to dla zrealizowania przedmiotu zamówienia potrzeba 18 modułów ICT w ciągu całego okresu realizacji świadczenia. Tymczasem w ofercie wykonawcy Abbott zaoferowano jedynie 12 modułów ICT (o 6 modułów za mało). Konstatacji tej nie zmienia okoliczność, że teoretycznie jeden moduł IC pozwala na wykonanie 15 000 oznaczeń, tj. takiej liczby oznaczeń Na, K, Cl, jakie zamawiający będzie wykonywał średnio w ciągu 2,5 miesiąca. Instrukcja wyraźnie wskazuje bowiem, że jeden moduł objęty jest gwarancją na wykonanie oznaczeń nie dłużej niż przez okres 2 miesięcy.

Oferta wykonawcy Abbott jest niedoszacowana w zakresie, w jakim wykonawca zaoferował 12 modułów ICT, zamiast wymaganych 18 modułów ICT (tabela [d] „Materiały zużywalne i inne materiały potrzebne do wykonania ww. badań” w załączniku nr 4 do Formularza Oferty „Formularz cen jednostkowych”), co jest równoznaczne z obowiązkiem jej odrzucenia na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy.

Treścią oferty jest opis świadczenia wykonawcy, które zobowiązuje się wykonać, jeśli zostanie z nim zawarta umowa. Treść specyfikacji stanowi natomiast opis potrzeb i wymagań zamawiającego w szczególności zawartych jako opis przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z 25 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 824/08). Zaprezentowaną wykładnię pojęć treści oferty i specyfikacji – na gruncie art. 89 ust. 1 pkt Pzp – wielokrotnie powielono w innych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w wyroku z dnia 25.05.2011 r., KIO 997/11 wskazano, że „norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymaganiami zamawiającego”.

Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 12 kwietnia 2011 r., KIO 676/11: „Treść specyfikacji i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w specyfikacji przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada

treści specyfikacji – jest z nią zgodna”. Co do relacji pomiędzy treścią specyfikacji a treścią oferty, wypowiedziała się Izba w wyroku z 24 października 2008 r., KIO/UZP 1093/08: „Zatem *de lege lata* o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości”.

[III] Błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp)

Cena oferty wykonawcy Abbott nie obejmuje całości zakresu świadczenia wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia dla Zadania 2. Wykonawca Abbott w sposób wadliwy wycenił materiały zużywalne potrzebne do wykonania podanej liczby oznaczeń parametrów ISE (Na, K, Cl), co zostało powyżej dokładnie omówione. Zaoferowanie przez wykonawcę Abbot mniejszej liczby modułów ICT niż wymagana w specyfikacji ilość tego asortymentu skutkuje błędem w obliczeniu ceny.

W wyroku z 21 października 2010 r. Izba wyjaśniła, że: „Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Za błąd w obliczeniu ceny uznaje się zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności, czy też zastosowanie niewłaściwej stawki VAT. [...] Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich poprawić.” (wyrok KIO z 21 października 2010 r., KIO/UZP 2182/10).

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **21.09.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **.2012 r.** (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

Wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa **24.09.2012 r.** złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **27.09.2012 r.** uznając w całości zarzuty odwołania (art. 186 ust. 1 Pzp).

Przystępujący po stronie zamawiającego wniósł sprzeciw do uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego **02.10.2012 r.** (art. 186 ust. 4 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) wyciąg z instrukcji obsługi systemu Architect, z których odwołujący wywodzi, że jest niemożliwe dokonywanie wymiany, bądź uzupełnienia odczynników podczas pracy urządzenia oferowanego przez przystępującego, a możliwe jest jedynie podczas trybu pracy „gotowy”, bądź „zaprogramowana pauza”;
- 2) (dowód nr 2) wyciąg z instrukcji obsługi systemu Architect na potwierdzenie, że termin gwarancji modułu ICT nie może przekroczyć 2 miesięcy, co oznacza w konsekwencji, że przystępujący powinien zaoferować 18 sztuk modułów, a nie 12, jak zaoferował;

oraz dowodów złożonych przez przystępującego:

- 3) (dowód nr 3) (a) parametry graniczne, wskazanie na pytanie 34 na potwierdzenie, że zamawiający żądał w alternatywie nierozłącznej rozbudowy oferowanego urządzenia o co najmniej jeden z modułów, (b) Instrukcja obsługi systemu Architect na potwierdzenie działania pracy oferowanego urządzenia podczas dokładania czy wymiany odczynników i (c) częściowy wydruk informacji o produkcie na potwierdzenie, że nowy moduł ICT ma zwiększoną trwałość do 3 miesięcy i może obsłużyć 20 000 próbek, zgodnie ze złożoną ofertą;
- 4) (dowód nr 4) pełny wydruk informacji o produkcie na potwierdzenie, że nowy moduł ICT ma zwiększoną trwałość do 3 miesięcy i może obsłużyć 20 000 próbek, zgodnie ze złożoną ofertą

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Abbott – nie zasługuje na uwzględnienie.

Na potwierdzenie tego zarzutu odwołujący wskazał 4 argumenty.

Ad I-1. Zamawiający żądał w rubryce 8 załącznika nr 6 do specyfikacji, aby oferowane urządzenie miało, cyt. „Możliwość rozbudowy systemu o dodatkowe moduły (biochemicznego w przypadku zwiększonego zapotrzebowania i/ lub immunochemicznego w przypadku rozszerzenia panelu oznaczeń bez użycia odrębnych modułów łączących)”. Następnie, przed terminem składania ofert, na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp, zamawiający udzielił wyjaśnień na pytanie: »Czy poprzez zapis „Możliwość rozbudowy systemu o dodatkowe moduły (biochemicznego w przypadku zwiększonego zapotrzebowania i/ lub immunochemicznego w przypadku rozszerzenia panelu oznaczeń bez użycia odrębnych modułów łączących)” Zamawiający wymaga, aby oferowane analizatory miały możliwość rozbudowy o dodatkowy moduł (immunochemiczny lub biochemiczny) i umożliwiały połączenie w jedną zintegrowaną platformę, która umożliwi transport automatyczny próbki pomiędzy modułami analizatora bez konieczności zastosowania jakiegokolwiek dodatkowego urządzenia i zarządzana będzie przez jeden komputer – jedną jednostkę sterującą?«. 10 sierpnia 2012 r. zamawiający na to pytanie (nr 34) wyjaśnił, cyt. „Tak, zamawiający wymaga”.

Zamawiający wskazał, że w postanowieniu chodziło zamawiającemu o zastosowanie alternatywy nierozłącznej, gdyż udzielił odpowiedzi twierdzącej na pytanie dotyczące wyjaśnienia czy zamawiającemu w specyfikacji m.in. chodzi o możliwość rozbudowy urządzenia o dodatkowy moduł immunochemiczny lub biochemiczny.

Również od początku zamawiający musiał stać na tym samym stanowisku, bo użył znaku ukośnika w wyrażeniu cyt. „biochemicznego [...] i/ lub immunochemicznego”.

Zgodnie z dziełem Zygmunta Ziemińskiego pt. „Logika praktyczna” (s. 68-76, PWN, Warszawa 1984 r.) spójnika „i” używa się jako funktora koniunkcji, a spójnika „lub” jako funktora alternatywy nierozłącznej, natomiast spójnika „albo” używa się jako funktora alternatywy rozłącznej.

Skład orzekający Izby dokonał porównania matryc dwuargumentowych (tak jak w rozpoznawanym postanowieniu) dla tych funktorów „i” oraz „lub”.

Koniunkcja (funktor „i”):

lp.	p	q	$p \wedge q$ *
1	1	1	1
2	1	0	0
3	0	1	0
4	0	0	0

* Zastosowanie symbolu logicznego (znaku nieliterowego) zgodnie z definicją Z. Ziemińskiego

Alternatywa nierozłączna (funktor „lub”)

lp.	p	q	$p \vee q$ *
1	1	1	1
2	1	0	1
3	0	1	1
4	0	0	0

* Zastosowanie symbolu logicznego (znaku nieliterowego) zgodnie z definicją Z. Ziemińskiego

Skład orzekający Izby doszedł do wniosku, że zamawiający zamierzający, aby urządzenie mogło być rozbudowywane o moduły immunochemiczny i biochemiczny, zależnie od potrzeb zamawiającego, napisałby tylko spójnik „i”. Natomiast zamawiający dodał po tym spójniku „i” jeszcze spójnik „lub” wskazujący na zastosowanie alternatywy nierozłącznej, czyli rozszerzając znaczenie zdania o wymaganie, aby urządzenie mogło być rozbudowywane tylko o jeden moduł immunochemiczny albo biochemiczny, a także aby urządzenie spełniające możliwość rozbudowy o oba moduły mogło być skutecznie zaoferowane. Ponadto zamawiający potwierdził takie rozumienie swojego wymagania udzielając krótkiej odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców dotyczące zastosowania alternatywy nierozłącznej („immunochemiczny lub biochemiczny”), cyt. „Tak, zamawiający wymaga”.

Ogólne reguły języka polskiego wskazują, że nie należy używać znaków nieliterowych w pisowni skrótów, np. *Sulejów n/Pilicą* zamiast *Sulejów nad Pilicą* albo *Sulejów n. Pilicą*. Należy także unikać zapisów *w/g*, *d/s* zamiast *wg*, *ds*. albo *według*, *do spraw*. Co do ogólnej pisowni skład orzekający Izby musi stanąć na stanowisku, że do ogólnej pisowni służą litery alfabetu i cyfry.

Również zamawiający ani odwołujący nie przytoczyli dowodu na konieczność wskazanego przez siebie rozumienia znaku tzw. ukośnika postawionego bezpośrednio po spójniku „i”, jako wzmacniającego znaczenie wyrazu „i” czy derogującego spójnik „lub”.

Gdyby zamawiający zamierzał wyłączyć znaczenie słowa „lub” po prostu nie użyłby go, bądź w wyjaśnieniach do pytania 34 opisałby szczegółowiej i inaczej swoje wymaganie.

W spotykanych w tej samej specyfikacji użyciach znaku ukośnika skład orzekający Izby zauważa, że piszący zamierza dookreślić znaczenie danego pojęcia przez dwa, równoważne dla zamawiającego wyrazy, np. cyt. „wymiany/ dostawienia” czy cyt. „przerywania/ zatrzymania” (rubryka 9 str. 2 załącznika nr 6 do specyfikacji).

W podobnym znaczeniu zamawiający użył tego znaku (np. rubryka 1 str. 8 załącznika nr 6 do specyfikacji) w wyrażeniu: „tak/nie”, gdzie zamawiający daje możliwość wykonawcy użycia jednego wyrazu „tak” albo „nie”, co nie spowoduje odrzucenia oferty, a jedynie spowoduje przyznanie innej liczby punktów.

Skład orzekający Izby biorąc pod uwagę użycie ukośnika w przytoczonych wyrażeniach stwierdza, że zamawiający rozumiał ten znak funktor alternatywy rozłącznej bez konieczności doprecyzowania: prawdą z wyrażenia „tak/nie” jest tylko „tak” albo „nie”. Niedoprecyzowanie wynika z lakoniczności stwierdzeń „tak” i „nie”. Również zamawiający nie wnika w precyzję wyrażenia „przerywania/ zatrzymania”, gdzie wiadomo, że „przerywanie” to stan, po którym następuje dalszy ciąg przerwane procesu, a „zatrzymanie” to stan uniemożliwiający wznowienie procesu w zaplanowanym ciągu zdarzeń. Do podobnego wniosku można dojść analizując wyrażenie – „wymiana/ dostawienie”.

Skład orzekający Izby, po analizie konkretnego wyrażenia i całości tekstu specyfikacji, stwierdza, że zamawiający użył znaku ukośnika w wyrażeniu „i/ lub” jako funkora alternatywy rozłącznej.

Alternatywa rozłączna (funktor „albo”)

lp.	p	q	$p \downarrow q$ *
1	1	1	0
2	1	0	1
3	0	1	1
4	0	0	0

* Zastosowanie symbolu logicznego (znaku nieliterowego) zgodnie z definicją Z. Ziemiańskiego

W związku z powyższą analizą skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający stosując ukośnik w wyrażeniu cyt. „i/ lub” zamierzał, aby wykonawcy przedstawili oferty na urządzenie mogące być rozbudowane o oba moduły, gdyż zastosował koniunkcję („i”), jednak dodając po znaku ukośnika symbolizującego alternatywę rozłączną („albo”) spójnik „lub”, będący funktorem alternatywy nierozłącznej, zamawiający rozszerzył możliwość składania ofert na aparaty, które będą mogły być rozbudowane tylko o jeden moduł, ale nie wykluczył możliwości zaoferowania urządzenia, które może być rozbudowane o oba moduły.

Dla klarowności wyводу skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie różnicował dostatecznie kategorię znaczenia zwrotów „lub”, „albo” itp. Tak też sprawę stawia Zygmunt Ziemiński w przytoczonej „Logice praktycznej” str. 75, cyt. „Te trzy funkcje prawdziwościowe nie mają w polskiej mowie potocznej wyraźnie określonych odpowiedników słownych. Używa się dla ich wysłowienia takich zwrotów, jak „lub”, „albo”, bądź ... bądź...”, nie czyniąc między nimi czasem różnicy, i to nie tylko w wypowiedziach potocznych, ale nawet i w formułowaniu przepisów prawnych”.

Skład orzekający Izby zauważa ponadto, że zamawiający używa także znaku ukośnika (np. rubryka 5 str. 1 załącznika nr 6 do specyfikacji) w wyrażeniach matematycznych: „oznaczeń/godzinę”, który to znak zastępuje kreskę ułamkową, jednak powszechne –, a także w rozpoznawanym postępowaniu konkretne – stosowanie ukośnika w takim znaczeniu nie stanowi przedmiotu rozpoznania Izby.

Ad II-2. Zamawiający żądał w rubryce 9 załącznika nr 6 do specyfikacji, aby oferowane urządzenie miało cyt. „Możliwość wymiany/ dostawienia odczynników na pokład analizatora bez przerywania/ zatrzymywania pracy urządzenia”.

Odwołujący zarzucił, że do oferowanego przez przystępującego analizatora nie można dostawić odczynników bez zatrzymania czy przerwania pracy urządzenia. Tym bardziej w analizatorze nie można dokonać wymiany odczynników bez zatrzymania czy przerwania pracy.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę, że rozpoznawane urządzenie zaoferowane przez przystępującego składa się (w analizowanych granicach) z rotora na odczynniki i analizatora próbek w kuwetach. Ponadto skład orzekający Izby wziął pod uwagę, że istotą działania urządzenia, czyli pracy urządzenia jest dokonywanie analiz próbek i przedstawianie wyników tych analiz. Wprowadzanie próbek czy wkładanie odczynników nie jest istotą pracy przedmiotu zamówienia.

Zgodnie ze złożoną instrukcją (złożoną przez przystępującego w trakcie rozprawy, jako dowód nr 3 lit. b) – sekcja 1-34 ust. 4 i 5 oraz sekcja 1-212 tabela 1.16 trzy pierwsze rubryki: można dokonać pauzy podczas pracy urządzenia i dodać odczynniki. W trybie nazwanym w instrukcji „Scheduled Pause (zaprogramowana pauza)” urządzenie cyt. „zatrzymuje pobór nowych próbek do badań. Oznaczenia będące w trakcie wykonywania są kontynuowane”. Czyli oferowana aparatura spełnia wymogi zamawiającego, aby bez przerywania pracy urządzenia można było dostawić nowe odczynniki. Ze względu na stosowanie przez zamawiającego w specyfikacji ukośnika między wyrazami „wymiany” i „dostawienia”, co zostało szczegółowo omówione w analizie problemu 1, kwestia wymiany odczynników ani kwestia dostawienia odczynników bez zatrzymywania działania aparatu nie była przedmiotem rozpoznania. Jednak skoro oferowany przedmiot będzie działał podczas

dostawy odczynników bez przerywania pracy (z możliwością prowadzenia dalszego ciągu zaplanowanej pracy) to tym bardziej będzie działać bez zatrzymywania pracy (bez możliwości prowadzenia dalszego ciągu zaplanowanej pracy).

Ad II-3 i III. Zamawiający określił swoje zapotrzebowanie przy oznaczeniach parametrów ISE (Na, K, Cl) na 216 000 badań w okresie 36 miesięcy na każdy parametr (sód, potas, chlor). Z wyliczeń wynika, że zamawiający będzie wykonywał 6 000 badań (dla Na, K, Cl) w okresie 1 miesiąca. Oznacza to, że badania tych trzech parametrów wykonywane są przez zamawiającego rutynowo, z największą częstotliwością.

Odwołujący zarzucił, że oferta przystępującego jest niedoszacowana w zakresie, w jakim wykonawca zaoferował 12 modułów ICT, zamiast wymaganych 18 modułów ICT (tabela [d] „Materiały zużywalne i inne materiały potrzebne do wykonania ww. badań” w załączniku nr 4 do Formularza Oferty „Formularz cen jednostkowych”), gdyż zamówienie ma być wykonywane przez 36 miesięcy, a moduł ICT posiada gwarantowaną trwałość 2 miesięcy, to dla zrealizowania przedmiotu zamówienia potrzeba 18 modułów ICT w ciągu całego okresu realizacji świadczenia. Tymczasem przystępujący zaoferował jedynie 12 modułów ICT (o 6 modułów za mało). Zdaniem odwołującego konstatacją tej nie zmienia okoliczność, że teoretycznie jeden moduł ICT pozwala na wykonanie 15 000 oznaczeń, tj. takiej liczby oznaczeń Na, K, Cl, jakie zamawiający będzie wykonywał średnio w ciągu 2,5 miesiąca. Instrukcja wyraźnie wskazuje bowiem, że jeden moduł objęty jest gwarancją na wykonanie oznaczeń nie dłużej niż przez okres 2 miesięcy.

Odwołujący oparł swoje twierdzenie na analizie „Instrukcji obsługi systemu Archtect” z maja 2010 r., którą uzyskał od innego zamawiającego po przeprowadzeniu postępowania w lipcu 2012 r. (dowody nr 1 i 2). Jednak odwołujący przedstawił dowód nr 4 „Informacja o produkcji” z 30 lipca 2010 r., a więc dowód aktualniejszy, gdzie zostało wykazane, że moduł ICT ma gwarancję 3 miesięcy użytkowania oraz możliwość wykonania 20 000 próbek, a nie jak przedstawił to odwołujący – 2 miesięcy i 15 000 próbek.

W związku z przedstawieniem aktualnej informacji o produkcji i większej wydajności (20 000, a nie 15 000 próbek) oraz możliwości dłuższego użytkowania (3, a nie 2 miesiące) – obliczenia przystępującego w jego ofercie należy uznać za prawidłowe, a odwołujący nie wykazał, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji ani że oferta zawiera błędy w obliczaniu ceny. Dlatego oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub 6 Pzp.

Skład orzekający Izby stwierdził, że argumenty dotyczące zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego – nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

W związku z tym, że oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu, zamawiający mógł dokonać jej wyboru, jako oferty najkorzystniejszej i zamawiający nie zaniechał wyboru oferty odwołującego, czyli pozostałe zarzuty odwołujący również nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: