

**WYROK**  
**z dnia 15 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2013 r. przez Roche Diagnostics Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie

przy udziale Beckman Coulter Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Roche Diagnostics Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Roche Diagnostics Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Roche Diagnostics Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz Beckman Coulter Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie 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 (Dz. U. z 2010 r. 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 Warszawie-Pradze.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem w ramach Pakietu nr I jest dostawa odczynników laboratoryjnych wraz z dzierżawą analizatorów.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 2013/S 028-043495 z dnia 8 lutego 2013 r.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

18 kwietnia 2013 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Beckman Coulter Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej „Beckman Coulter”).

29 kwietnia 2013 r. Roche Diagnostics Polska Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wniósł odwołanie z zachowaniem terminu przewidzianego ustawą oraz obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu błędną interpretację i zaniechanie zastosowania art. 7 ust. 1 i 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy przez:

- 1) dokonanie wyboru oferty Beckman Coulter;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty Beckman Coulter;
- 3) zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Beckman Coulter i wykluczenia wykonawcy Beckman Coulter oraz dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że:

1. System do badań biochemicznych zaoferowany przez wykonawcę Beckman Coulter nie spełnia wymogu sformułowanego w pkt 21 Załącznika nr 4 do SIWZ „Opis kryterium i sposobu oceny ofert” w części „Wymagania techniczne do analizatorów biochemicznych (głównego i analizatora zapasowego)”, zgodnie z którym odczynniki powinny być w postaci płynnej, gotowe do użycia. Beckman Coulter w tabeli ofertowej zaoferował zestaw odczynnikowy dla parametru Lipaza

(w ilości 39 opakowań), który nie jest gotowy do użycia. Wymaga on bowiem zgodnie z ulotką metodyczną zaferowanego zestawu OSR 6230 wstępnego, manualnego przygotowania przed wstawieniem na pokład analizatora, czego zamawiający nie przewidział w treści specyfikacji.

Powyższej konstatacji nie zmienia treść wyjaśnień, jakich zamawiający udzielił w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców dotyczące treści SIWZ.

Pytanie brzmiało: "Czy Zamawiający dopuszcza 3 odczynniki (CK, CK-MB, UIBC), które przed wstawieniem na pokład analizatora wymagają połączenia płynnych podjednostek (przelania zawartości butelki A do butelki B)?" W piśmie Zamawiającego z dnia 7 marca 2013 r. w odpowiedzi na pytanie nr 28 wyjaśniono jedynie, że zamawiający dopuszcza, zatem przyzwolenie Zamawiającego tyczyło się jednakże tylko trzech konkretnie wskazanych odczynników i nie obejmowała parametru Lipaza.

Udzielonej odpowiedzi nie można interpretować rozszerzająco. Skoro bowiem Zamawiający nie zmienił ogólnej zasady SIWZ, że odczynniki powinny być gotowe do użycia, a jedynie wprowadził odstępstwo (wyjątek) w odniesieniu do trzech konkretnych oznaczeń, to nie można uznać, że również inne parametry mogły nie spełniać podstawowych warunków specyfikacji.

**2.** Beckman Coulter zaferował w postępowaniu materiały kontrolne produkcji Bio-Rad - Liquicheck Urine Chemistry Control Level 1 oraz Level 2. Z analizy informacji zawartych w oficjalnym katalogu firmy Bio-Rad, odnoszących się do wymienionego wyżej materiału kontrolnego wynika, iż każda otwarta fiolka z materiałem kontrolnym zachowuje ważność przez okres kolejnych 30 dni. Zamawiający określił swoje zapotrzebowanie w zakresie dostawy materiału kontrolnego na okres 36 miesięcy, wskazując jednocześnie w pkt 22 załącznika nr 4 do specyfikacji: „Wykonawca zapewni odpowiednią liczbę materiałów kontrolnych pozwalającą na kontrolę wewnątrzlaboratoryjną (co najmniej 2 razy dziennie na dwóch poziomach oraz według zaleceń producenta)”.

Beckman Coulter zaferował materiały kontrolne w ilości 4 opakowań dla każdego poziomu, z czego w każdym opakowaniu znajduje się 6 fiolek o objętości 2,5 ml każda. Skoro zatem zamówienie będzie realizowane przez 36 miesięcy, a każda z fiolek z substancją kontrolną jest ważna przez 30 dni, to z oczywistych względów należało przyjąć, iż do wykonania niezbędnej liczby oznaczeń potrzebnych jest minimum 36 ampulek z preparatem kontrolnym dla każdego poziomu, nie zaś po 24 jak przyjął wykonawca. W ofercie Beckman Coulter brakuje zatem po 2 opakowania kontroli Liquicheck Urine Chemistry Control Level 1 i Liquicheck Urine Chemistry Control Level 2, co jest równoznaczne z niedoszacowaniem oferty i oznacza obowiązek jej odrzucenia.

**3.** System do badań biochemicznych zaferowany przez wykonawcę Beckman Coulter nie spełnia warunku opisanego w punkcie 8 tabeli „Wymagania techniczne do analizatorów

biochemicznych (głównego i analizatora zapasowego)" w Załączniku nr 4 do SIWZ, zgodnie z którym konstrukcja analizatorów musi umożliwiać fizyczne (jeden system podawania próbek) podłączenie modułu immunochemicznego i/lub biochemicznego.

Beckman Coulter zaoferował 2 analizatory model AU 680. Z ogólnodostępnych materiałów marketingowych oraz informacji zamieszczonych na stronie internetowej firmy Beckman Coulter wynika, iż spełnienie wymagania zamawiającego jest możliwe przez połączenie jednego zaoferowanego analizatora biochemicznego model AU 680 jedynie z analizatorem Immunochemicznym UniCel DXI w jeden system podawania próbek. Nie jest natomiast możliwe spełnienie wymagań Zamawiającego (i/lub) czyli rozbudowa przez połączenie zaoferowanego analizatora biochemicznego model AU 680 z drugim analizatorem biochemicznym.

Ponadto, konstrukcja systemów Beckman Coulter nie pozwala łączyć poszczególnych modułów bezpośrednio ze sobą. Do integracji konieczny jest dodatkowy element - AU Connector/Power Link. Jest to niezależne urządzenie które konsoliduje dwa analizatory. Tymczasem zamawiający wyraźnie wymagał aby analizatory były tak zbudowane aby można było je wzajemnie konfigurować w różne układy. W sytuacji gdy jest do tego niezbędny osobny aparat („łącznik") nie można uznać, że to „konstrukcja analizatorów" umożliwia fizyczne podłączenie modułów, gdyż jest to wynikiem wstawienia trzeciej maszyny. Ponadto brakujący moduł nie został zaoferowany. Zatem jeśli Zamawiający zechciałby skorzystać z możliwości którą zastrzegł w SIWZ (czyli połączyć ze sobą oba analizatory będące przedmiotem postępowania w jeden system podawania próbek) to musiałby dokonać dodatkowego zakupu, co świadczy o niezgodności treści oferty wykonawcy Beckman Coulter z treścią specyfikacji, która powinna skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy Beckman Coulter na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

**4.** Beckman Coulter w formularzu cenowym zaoferował nieistniejącą objętość kontroli (6 x 2,5 ml). W oficjalnym katalogu firmy BioRad kontrola Liquichek Urine Chemistry Control level 1 i level 2 jest albo w oddzielnych opakowaniach 12 x 10 ml poziom normalny i 12 x 10 ml poziom patologiczny albo opakowaniach zawierających oba poziomy 2 x (1 x 10 ml). Kontrola w opakowaniach po 6 fiolek (a takie zostały zaoferowane zamawiającemu) w ogóle nie istnieje, a tym bardziej po 2,5 ml. Należy więc uznać, że oferta jest niezgodna z SIWZ (nie przewiduje wymaganych kontroli w ww. zakresie) i zawiera błąd w obliczeniu ceny (niedoszacowanie).

**5.** Treść oferty Beckman Coulter nie obejmuje całości zakresu świadczenia wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia dla Pakietu nr I. Wykonawca w sposób wadliwy wycenił materiały niezbędne do kontroli i kalibracji. W związku z powyższym, zaoferowanie przez Beckman Coulter mniejszej liczby opakowań niż wymagana w SIWZ ilość tego asortymentu skutkuje błędem w obliczeniu ceny.

Beckman Coulter przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i

odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty odwołania i wniósł o umorzenie postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu. Przystępujący zgłosił sprzeciw, zatem Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

### **Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołujący spełnił przesłanki wniesienia odwołania wymagane art. 179 ust. 1 Pzp. Odrzucenie oferty przystępującego da odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego z SIWZ, wyjaśnień SIWZ z 7 marca 2013 r. (odpowiedź na pytanie nr 28), oferty Beckam Coulter oraz dokumentów złożonych na rozprawie Izba stwierdziła, że okoliczności faktyczne przywołane w odwołaniu są zgodne z rzeczywistością.

Izba oceniła również oświadczenia i dokumenty powołane przez odwołującego i przystępującego i uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

**Ad 1.** Na podstawie oryginalnej dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że pełna treść pytania zadanego przez przystępującego pismem z 26 lutego 2013 r. na które została udzielona odpowiedź 7 marca 2013 r. (odpowiedź na pytanie nr 28) brzmiała:

„Czy Zamawiający dopuszcza 3 odczynniki (CK, CK-MB, UIBC), które przed wstawieniem na pokład analizatora wymagają połączenia płynnych podjednostek (przelania zawartości butelki A do butelki B)?”. Czynności te nie wymagają użycia precyzyjnych naczyń pomiarowych, a ryzyko popełnienia błędu jest zminimalizowane do zera. Taka procedura wydłuża czas przydatności takich odczynników oraz, czy zamawiający dopuszcza 1 odczynnik Lipaza w formie liofilizowanej?.

Czynności związane z przygotowaniem odczynnika zostały maksymalnie uproszczone i polegają na przelaniu butelki fiołki z buforem do fiołki z liofilizatem?”.

Zamawiający w piśmie z 7 marca 2013 r. udzielił odpowiedzi w ten sposób, że przywołał jedynie zdanie pierwsze, po którym zamieścił znak graficzny wskazujący na pominięcie pełnej treści „(...)” i oświadczył, że „Zamawiający dopuszcza”.

Izba zważyła, że zamieszczenie na stronie internetowej niepełnej treści pytania stanowi naruszenie przez zamawiającego art. 38 ust. 2 Pzp, z którego wywieść należy obowiązek opublikowania pytań w całości. W okolicznościach sporu to naruszenie nie może obciążać przystępującego.

Izba uwzględniła, że zamawiający wskazał za pomocą nawiasu, w sposób powszechnie przyjęty i zrozumiały, że część pytania została pominięta i nie wykluczył wprost możliwości

zaoferowania odczynnika do badania parametru Lipaza o cechach wskazanych w pytaniu.

W takim stanie sprawy Izba zdecydowała się przyznać rację przystępującemu i uznała, że miał on uzasadnione prawo uznać, że zamawiający dopuszcza możliwości zaoferowania odczynnika do badania parametru Lipaza w postaci liofilizowanej. Błędy zamawiającego nie mogą obciążać wykonawcy działającego w dobrej wierze.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego prezentowanego na rozprawie, że powołana odpowiedź na pytanie z stanowiła zmianę SIWZ. W ślad za ugruntowanym orzecnictwem oraz poglądami wyrażanymi w piśmiennictwie Izba uznała, że wyjaśnienia treści specyfikacji stanowią rodzaj wykładni autentycznej. Zmiana SIWZ oraz wyjaśnienia treści SIWZ stanowią odrębne instytucje ustawy regulowane odpowiednio w art. 38 ust. 1 – 3 oraz art. 38 ust. 4 – 6 Pzp i nie powinny być utożsamiane.

**Ad 2, 4 i 5.** Adekwatnie do przebiegu rozprawy Izba rozpoznała łącznie oba zarzuty dotyczące kontroli. Bezsporne okazało się, że przystępujący zaoferował odczynniki produkcji Bio-Rad Polska sp. z o.o. w Warszawie (dalej: „Bio-Rad”) - Liquicheck Urine Chemistry Control Level 1 oraz Level 2, w ilości 4 opakowań dla każdego poziomu, z czego w każdym opakowaniu znajduje się 6 fiolek o objętości 2,5 ml. Bezsporne jest nadto, że takie opakowania (zarówno w zakresie liczby fiolek, jak i ich objętości) nie znajduje się w ofercie Bio-Rad.

Przystępujący udowodnił, że wskazany w ofercie numer katalogowy E6090099 Urine Chemistry Control Level 1 odpowiada numerowi katalogowemu Bio-Rad 397, a numer katalogowy E6090100 Urine Chemistry Control Level 2 odpowiada numerowi katalogowemu Bio-Rad 398, pod którymi wskazane są opakowania w liczbie 12 fiolek o objętości 10 ml każda. Potwierdzają to oświadczenia Bio-Rad oraz dystrybutora Beckman Coulter Eurocenter S.A. w Nyon (Szwajcaria) i producenta złożone na rozprawie.

Co do zasady zaoferowanie towaru nieistniejącego, nie posiadającego swego desygnatu należy uznać za omyłkę. Izba uznała, że wskazanie opakowań o liczbie i objętości fiolek, które nie znajdują się w obrocie (produktu nieistniejącego), w sytuacji, gdy podane numery katalogowe opisują istniejące produkty, stanowi omyłkę.

Omyłka popełniona przez przystępującego nie ma cech oczywistej omyłki pisarskiej, ta bowiem winna być łatwa dla stwierdzenia dla każdego i rzucająca się w oczy. Stanowi natomiast omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Po pierwsze: prowadzi do niezgodności treści oferty przystępującego z treścią specyfikacji – powoduje brak możliwości wykonania wykonać kontroli w ogóle (zarzut 4) lub takiej przez cały okres umowy (zarzut 2);

Po drugie: podlega poprawieniu, w jeden możliwy sposób przez wykreślenie wskazanej liczby fiolek i objętości i wpisanie danych zgodnie ze wskazanym w ofercie numerami katalogowymi pod którymi figurują opakowania w liczbie 12 fiolek o objętości 10 ml każda.

Po trzecie: zamawiający mógł i powinien był stwierdzić omyłkę, gdyż skoro wyliczenie

niezbędnych ilości kontroli pozostawił samodzielnemu uznaniu wykonawcy, obowiązany był do badania spełnienia wymagania zawartego w pkt 22 załącznika nr 4 do SIWZ.

Reszcie; Poprawienie omyłki nie powoduje zmiany ceny oferowanych odczynników oraz ceny całej oferty.

Oferta przystępującego po poprawieniu omyłki odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - zapewnia wykonanie kontroli na dwóch poziomach przez cały okres obowiązywania umowy.

Nie potwierdziły się tym samym zarzuty niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ oraz błędnego obliczenia ceny oferty, która skutkiem poprawienia oferty nie ulegnie zmianie.

**Ad 5.** Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego i uznała, że zamawiający wymagał zaoferowania analizatorów biochemicznych, które mają możliwości podłączenia modułu biochemicznego lub immunochemicznego. Zatem każdy analizator, do którego można podłączyć moduł biochemiczny albo moduł immunologiczny spełniania wymagania specyfikacji. Gdyby zamawiający wymagał wyłącznie analizatora mającego możliwość połączenia obu modułów oferowanych modułów biochemicznych z całą pewnością wyraziłby to w SIWZ, co najmniej przez pominięcie spójnika „lub”.

Chybiony i nie mający oparcia w treści specyfikacji jest też pogląd odwołującego, że zamawiający wymagał zaoferowania analizatorów, które mogą zostać fizycznie połączone.

Zamawiający wymagał oferowania analizatorów, które w przyszłości mogą zostać połączone w jeden system i takie wymaganie oferta przystępującego spełnia.

Troską zamawiającego w przyszłości, we wskazanym na rozprawie postępowaniu dotyczącym analizatorów immunochemicznych, winno być takie opisanie przedmiotu zamówienia, by analizatory biochemiczne oraz nowe analizatory immunochemiczne mogły być połączone w jeden system przez wymaganie zaoferowania dodatkowego urządzenia, jeśli za jego pośrednictwem analizatory miałyby być połączone.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 oddaliła odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

**Przewodniczący:.....**