

Sygn. akt KIO 1570/19

**WYROK**

**z dnia 27 sierpnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Osiecka**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26 sierpnia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **Radiometr Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Uniwersytecki im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze**

przy udziale wykonawcy **Werfen Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu w odniesieniu do zadania nr 1 i 2 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy **Werfen Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Szpital Uniwersytecki im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Radiometr Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Szpitala Uniwersyteckiego im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze** na rzecz wykonawcy **Radiometr Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Zielonej Górze**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Szpital Uniwersytecki im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zielonej Górze, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Sukcesywne dostawy odczynników oraz materiałów zużywalnych wraz z dzierżawami analizatorów do parametrów krytycznych oraz dostawy materiałów zużywalnych do posiadanego przez zamawiającego kapnografu TCM5* w podziale na zadania. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 maja 2019 r. pod numerem 2019/S 086-205458.

W dniu 12 sierpnia 2019 r. wykonawca Radiometer Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie zadania 1 oraz 2, zaskarżając czynności Zamawiającego polegające na:

1. niezgodnym z obowiązującymi przepisami badaniem i oceną ofert w zadaniach 1 i 2,
2. prowadzeniu nieuprawnionych negocjacji z wykonawcą Werfen Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, dalej „Werfen”, dotyczących treści oferty w zadaniach 1 i 2, co doprowadziło do zmian jej treści,
3. niezgodnym z obowiązującymi przepisami wyborze najkorzystniejszej oferty Werfen w zadaniu 1 i 2, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”,
4. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Werfen, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w z §4 ust. 1, 2 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu 1 i 2, dokonania

ponownego badania i oceny ofert w zadaniu 1 i 2 oraz odrzucenia oferty Werfen i wykluczenia tego wykonawcy z postępowania w zadaniach 1 i 2.

Odwołujący wskazywał, że w dniu 12 sierpnia 2019 r., tj. w dniu, w którym upływa termin na wniesienie odwołania Zamawiający przesłał protokół postępowania wraz z załącznikami, w tym korespondencję prowadzoną pomiędzy Zamawiającym a Werfen. W tym też dniu Odwołujący powziął informację o prowadzeniu przez Zamawiającego nieuprawnionych negocjacji z Werfen dotyczących treści złożonej przez wykonawcę oferty. Negocjacje te dotyczyły treści załącznika nr 3 dla zadania 1 i zadania 2, z których wynika złożenie przez Werfen pewnego rodzaju oferty wariantowej. Negocjacje doprowadziły do zmiany treści oferty przez Werfen.

Kształt załącznika nr 3, wynikający z modyfikacji wprowadzonej przez Zamawiającego odpowiedzią z dnia 4 czerwca 2019 r. wskazywał, iż wykonawcy zobowiązani byli do jednoznacznego wskazania parametrów oferowanego wyrobu poprzez usunięcie lub przekreślenie parametrów, których wykonawcy nie oferują. Wykonawca Werfen nie dokonał jednoznacznego wskazania parametrów oferowanego wyrobu, przedstawił w tym zakresie w doniesieniu do wybranych parametrów ofertę alternatywną, co obligowało Zamawiającego do odrzucenia oferty Werfen. Tymczasem Zamawiający z naruszeniem art. 87 ust 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, które doprowadziły do zmiany treści oferty wykonawcy w zadaniach 1 i 2.

Odwołujący wskazywał także na niezgodność zaoferowanego przez Werfen w zadaniu 1 i 2 analizatora z treścią SIWZ, w szczególności w zakresie spełniania przez oferowany w ramach zadania nr 1 oraz zadania nr 2 analizator wymogów określonych w pkt 13 i 29 Tabela nr 3 - „Wymagania eksploatacyjno - techniczne i jakościowe dotyczące wyrobów oraz urządzenia objętych przedmiotem zamówienia” - Załącznik nr 2 oraz 3 do SIWZ, podczas gdy w rzeczywistości oferowany analizator wymogów tych nie spełnia.

Niezgodność oferty Werfen z SIWZ przejawia się w dwóch aspektach. Po pierwsze, zgodnie z udzielonymi przez Zamawiającego w dniu 4 czerwca 2019 r. wyjaśnieniami Zamawiający zmodyfikował tabelę nr 3 załącznika nr 2 oraz nr 3 do SIWZ, dopuszczając tym samym analizator o nieco innej specyfikacji niż pierwotnie określony przez Zamawiającego. W pkt 13 Zmodyfikowanych Wymagań eksploatacyjno - technicznych i jakościowych dotyczących wyrobów oraz urządzenia objętych przedmiotem zamówienia Zamawiający wymagał „Wbudowana drukarka oraz wbudowany czytnik kodów kreskowych”. Składając ofertę Werfen oświadczył, iż spełnia przedmiotowy wymóg, co stoi w sprzeczności ze stanem faktycznym. Oferowany w ramach zadania nr 1 oraz zadania nr 2 analizator GEM PREMIER 4000 nie posiada wbudowanego czytnika kodów kreskowych. Powołując się na internetowy słownik

języka Polskiego PWN słowo wbudować oznacza 1) umocować coś na stałe..., 2) uczynić coś stałym elementem większej struktury. Uznać zatem należy, iż oferowany przez Werfen wraz z analizatorem GEM PREMIER 4000 czytnik kodów kreskowych jest czytnikiem zewnętrznym, bowiem jest podłączany do analizatora kablem poprzez port USB, usytuowany z tyłu analizatora i w żaden sposób nie można uznać go za wbudowany.

Ponadto, w pkt 29 Zmodyfikowanych Wymagań eksploatacyjno - technicznych i jakościowych dotyczących wyrobów oraz urządzenia objętych przedmiotem zamówienia Zamawiający wymagał „Automatyczna kalibracja jedno i dwupunktowa bez użycia butli gazowych”. Składając ofertę Werfen oświadczył, iż spełnia przedmiotowy wymóg, co stoi w sprzeczności z opisem zawartym w instrukcji obsługi analizatora GEM PREMIER 4000. W opisie tym wskazano: „Zanim system zaakceptuje próbki pacjenta zewnętrzne roztwory GEM CVP muszą być ręcznie zanalizowane przez operatora dla zakończenia wewnętrznego procesu kalibracji...”. Z cytowanego stwierdzenia wynika, iż cały proces kalibracji obejmuje również ręczne podanie roztworów CVP przez użytkownika. Opis manualnego podawania materiału CVP również został określony w instrukcji obsługi analizatora GEM PREMIER 4000. Ręczne podanie roztworów GEM CVP wyklucza automatyzację procesu kalibracji, a właśnie takiego procesu automatycznej kalibracji wymagał Zamawiający.

Złożone przez Werfen wyjaśnienia, w ocenie Odwołującego, potwierdzają zarzut podniesiony w odwołaniu, tj. brak cech wymaganych dla analizatora w pkt 13 i 29 załącznika nr 3 dla zadań 1 i 2. Wykonawca w swych wyjaśnieniach podtrzymuje, iż czytnik kodów kreskowych jest wbudowany, co jest nadal sprzeczne ze stanem faktycznym. W żaden sposób słowa takie jak doczepić, osadzić, podłączyć, przymocować, posadzić, nie są synonimem słowa wbudować, a właśnie wbudowanego czytnika oczekiwał Zamawiający. Wykonawca wskazuje, iż czytnik kodów kreskowych w analizatorze GEM Premier 4000 stanowi jego integralny element. Jednak integralny oznacza „nierozdzielnie związany z całością” (internetowy słownik języka Polskiego PWN ). Nie można zatem uznać czytnika kodów kreskowych podłączanego do analizatora za pomocą kabla i portu USB za wbudowany, integralny czy nierozdzielny. Zdjęcie załączone do wyjaśnień jest wykonane tendencyjnie w sposób, który nie ukazuje całości czytnika, ani sposobu jego podłączenia.

Dalej, Werfen wskazuje, iż oferowany przez niego analizator spełnia wymóg, ponieważ „zanim sensory planarne/elementy pomiarowe kasety, zostaną w niej zamontowane poddawane są fabrycznej kalibracji...”, a „kalibracja przeprowadzana jest automatycznie, fabrycznie...”. Treść tych wyjaśnień pozostaje w sprzeczności z opisem zawartym w instrukcji obsługi analizatora GEM PREMIER 4000 (autorem instrukcji obsługi jest producent czyli Instrumentation Laboratory).

Sprzeczność oświadczeń co do zgodności oferowanego analizatora z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ a rzeczywistym stanem rzeczy, tj. faktyczną niezgodnością analizatora Gem Premier 4000 z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt 13 oraz 29 Załącznika 2 oraz 3 tabela nr 3 do SIWZ skutkuje nadto ziszczeniem się przesłanki wykluczenia z postępowania, określonej w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Przedstawione przez Werfen informacje nie tylko mogły wprowadzić Zamawiającego w błąd co do zgodności oferowanego analizatora z wymaganiami określonymi w pkt 13 oraz 29 Załącznika 2 oraz 3 tabela nr 3 do SIWZ, ale skutecznie wprowadziły zamawiającego w błąd, bowiem w oparciu o nieprawdziwe oświadczenia Zamawiający dokonał oceny oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie przystąpił wykonawca Werfen Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Podkreślał, że wyjaśnienia Werfen nie stanowiły negocjacji i nie doprowadziły do zmiany treści oferty. Służyły jedynie potwierdzeniu parametrów analizatora, który został zaoferowany. Parametry analizatora I, które nie zostały przekreślone były tożsame z parametrami analizatora II, który zaoferował Werfen, zatem złożona oferta nie nosi również znamion oferty wariantowej i nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający wskazywał, że z opisu oferowanego przez Werfen analizatora GEM Premier 4000 wynika, że czytnik kodów kreskowych jest wbudowany/przymocowany do aparatu i pozwala na przenoszenie aparatu wraz z czytnikiem, zapewnia stałą gotowość czytnika do użycia w trakcie pracy analizatora bez dodatkowych czynności, jak również zapewnia automatyczne wprowadzenie odczytywanych przez czytnik danych z kodu kreskowego do pamięci aparatu. Zamawiający nie precyzował w jaki sposób czytnik ma być umiejscowiony/wbudowany w aparacie i w którym jego miejscu powinien się znajdować. Podłączenie czytnika poprzez port USB jest dla Zamawiającego akceptowalne. Gdyby Zamawiający nie akceptował tego typu podłączenia, postanowienie takie znalazłoby się w wymogach SIWZ.

Zamawiający wyraził zgodę na Inteligentny System Zarządzania Jakością. Werfen zaoferował model analizatora wyposażony w taki właśnie system. Elementem tego systemu jest opisywany w odwołaniu materiał walidacyjny CVP, który w postępowaniu został zaoferowany przez Werfen. Zrozumiałym dla Zamawiającego, jako użytkownika analizatorów parametrów krytycznych, jest fakt, że proces instalacji kasety wymaga pewnych czynności ze strony Zamawiającego, w tym wypadku włożenia kasety i jednorazowego podania materiału

walidacyjnego CVP, który jest wymagany do uruchomienia i sprawdzenia, czy też zaakceptowania kasety. Zamawiający tę czynność rozumie, akceptuje i nie ma co do tego zastrzeżeń, zważywszy, że czynności te odbywają się przed rozpoczęciem normalnej pracy analizatora, czyli wykonywaniem analiz próbek pacjentów. Wykonawca składając wyjaśnienia do treści oferty potwierdził, że oferowany analizator gwarantuje automatyczną (w tym przypadku fabryczną) kalibrację, bez użycia butli gazowych.

Zamawiający zwracał uwagę, że opisując parametry analizatora nie określił w jaki sposób czytnik kodów kreskowych ma być wbudowany, ani na czym ma polegać automatyczna kalibracja jedno i dwupunktowa. Nie jest ważne bowiem w jaki sposób jest wbudowany czytnik kodów kreskowych, lecz to, czy analizator jest w niego wyposażony, a ręczne podanie roztworu do kalibracji nie zakłóca jej automatycznego procesu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty oraz wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Werfen Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 26 sierpnia 2019 r., a także dowody przedłożone na rozprawie przez Odwołującego oraz Przystępującego.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła dowodu, wnioskowanego przez Odwołującego, z oferty Przystępującego złożonej w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uznała, że ww. dowód nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż dotyczy danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego. Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła również dowodu wnioskowanego przez Odwołującego z wyciągu z instrukcji obsługi analizatora GEM PREMIER 4000, z uwagi na fakt, że brak pierwszej strony uniemożliwia ustalenie z jakiej daty pochodzi przedłożony dokument.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawy odczynników oraz materiałów zużywalnych wraz z dzierżawami analizatorów do parametrów krytycznych oraz dostawy

materiałów zużywalnych do posiadanego przez zamawiającego kapnografu TCM5 w podziale na 7 zadań.

Zamawiający w załącznikach nr 2 i 3 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, opisał wymagania w zakresie parametrów oferowanego sprzętu i odczynników dla zadania 1 i 2. W dniu 4 czerwca 2019 r. Zamawiający na wniosek jednego z wykonawców dokonał modyfikacji ww. wymagań oraz treści załącznika 2 i 3 do SIWZ.

Zgodnie z treścią formularza cenowo-technicznego dla zadania nr 1, stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, po zmianach, Zamawiający wymagał w tabeli nr 3: pkt 13 „Wbudowaną drukarkę oraz wbudowany czytnik kodów kreskowych”; pkt 29 „Automatyczna kalibracja jedno i dwupunktowa bez użycia butli gazowych” oraz zgodnie z treścią formularza cenowo-technicznego dla zadania nr 2, stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ, po zmianach, Zamawiający wymagał w tabeli nr 3: pkt 13 „Wbudowaną drukarkę oraz wbudowany czytnik kodów kreskowych”; pkt 29 „Automatyczna kalibracja jedno i dwupunktowa bez użycia butli gazowych”.

Do terminu składania ofert, tj. do dnia 14 czerwca 2019 r. w zakresie zadania 1 i 2 oferty złożyło dwóch wykonawców tj. Odwołujący oraz Werfen Polska Sp. z o.o.

Zamawiający w dniu 17 lipca 2019 r. zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty we wszystkich zadaniach. W zadaniach 1 i 2 Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Werfen Polska Sp. z o.o. Odwołujący w dniu 18 lipca 2019 r. powiadomił Zamawiającego o niezgodności oferty Werfen Polska Sp. z o.o. z treścią SIWZ. W dniu 19 lipca 2019 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniach 1 i 2 oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający dnia 30 lipca 2019 r. wezwał Werfen, na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w zakresie parametrów analizatorów pytając:

- 1) czy oferowany przez Wykonawcę analizator w zadaniu 1 posiada „Wbudowaną drukarkę oraz wbudowany czytnik kodów kreskowych”,
- 2) czy oferowany przez Wykonawcę analizator w zadaniu 1 spełnia wymóg: „Automatyczna kalibracja jedno i dwupunktowa bez użycia butli gazowych”,
- 3) czy oferowany przez Wykonawcę analizator w zadaniu 2 posiada „Wbudowaną drukarkę oraz wbudowany czytnik kodów kreskowych”,
- 4) czy oferowany przez Wykonawcę analizator w zadaniu 2 spełnia wymóg: „Automatyczna kalibracja jedno i dwupunktowa bez użycia butli gazowych”.



Werfen w odpowiedzi na powyższe, pismem z dnia 1 sierpnia 2019 r., wskazał, że oferowany analizator *spełnia wymagany parametr: „Wbudowana drukarka oraz wbudowany czytnik kodów kreskowych”*. Zgodnie z definicją słowa „wbudować-wbudowywać, podaną w powszechnie znanym „Słowniku języka polskiego” pod redakcją prof. W. Doroszewskiego termin ten oznacza: „uczynić coś stałym elementem większej struktury” i pozostaje synonimem słów „doczepić, osadzić, podłączyć, podczepić, przyłączyć, przymocować, posadzić, wbudować – przyłączyć coś do czegoś”. Informujemy, że zarówno drukarka (termiczna) jak i czytnik kodów kreskowych są podłączone/przymocowane w analizatorze GEM Premier 4000 i stanowią jego integralne elementy. W załączeniu zdjęcia oferowanego analizatora GEM Premier 4000, na których widoczny jest czytnik kodów kreskowych oraz drukarka. W dalszej części wyjaśnień Werfen wskazuje, że oferowany analizator został wyposażony w IQM, który przeprowadza automatycznie badania kontroli jakości co najmniej po każdym oznaczeniu, a także automatycznie wykrywa ewentualne błędy i automatycznie je koryguje. Reasumując, kalibracja w analizatorze GEM Premier 4000 jest całkowicie automatyczna, nie angażuje w jakikolwiek sposób Użytkownika i nie wymaga użycia butli gazowych.

W dniu 2 sierpnia 2019 r. Zamawiający zawiadomił o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniach 1 i 2. Zamawiający ponownie dokonał wyboru oferty Werfen Polska Sp. z o.o. w zadaniach 1 i 2.

#### Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a dotyczącego zarzutu nieposiadania wbudowanego czytnika kodów kreskowych przez Przystępującego. O kształcie zobowiązania wykonawcy decydują szczegóły jego oferty, nie zaś ogólne zapewnienia dotyczące jej treści. Ogólnikowe sformułowania mogą oczywiście mieć znaczenia w sytuacjach, w których zamawiający nie precyzuje pewnych kwestii, nie zaś w przypadkach, gdy zamawiający precyzyjnie opisał swoje oczekiwania.

Zgodnie z pkt 13 w tabeli nr 3 dla zadania 1 i 2 Zamawiający wymagał, aby analizator posiadał wbudowaną drukarkę oraz wbudowany czytnik kodów kreskowych. Odwołujący pomija w cytowanej przez siebie definicji zawartej w Słowniku Języka Polskiego, że wbudować oznacza przede wszystkim *umocować coś na stałe wewnątrz jakiegoś urządzenia*. Zatem, żądany czytnik winien znajdować się wewnątrz analizatora. Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego oraz Przystępującego, że wystarczające będzie podłączenie czy przymocowanie czytnika. Zresztą przymocowanie czy podłączenie wskazywałoby raczej na fakt, że czytnik nie stanowi stałego elementu większej struktury.

Nadto, z załączonych do wyjaśnień zdjęć wynika jednoznacznie, że kwestionowany czytnik nie został wbudowany do analizatora. Izba nie przeczy, że na przedłożonych zdjęciach czytnik kodów kreskowych jest widoczny. Niemniej jest on, jak to określił Odwołujący w wyjaśnieniach, „podłączony/przymocowany”. Z całą pewnością przedstawiona fotografia nie potwierdza, że czytnik został wbudowany w analizator.

Równocześnie sam Przystępujący w żadnym miejscu złożonych wyjaśnień nie potwierdza jednoznacznie, że analizator posiada wbudowany czytnik. Nie sposób również zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że nie liczy się sposób wybudowania czytnika, tylko fakt, aby analizator był w niego wyposażony. Skoro tak, to należało inaczej sformułować wymagania dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający związany jest postanowieniami SIWZ, a na etapie badania i oceny ofert nie może przedstawiać innej interpretacji oczekiwanego parametru.

Odnosnie zaś wymogu dotyczącego automatycznej kalibracji bez użycia butli gazowych należy wskazać, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ, przy czym postanowienia SIWZ powinny być klarowne, a jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji postawień zawartych w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy. Jeżeli wymóg został sformułowany w sposób niejasny, nie może być interpretowany zawężająco na etapie oceny ofert, na niekorzyść wykonawcy. Tym samym, wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z braku precyzyjnego opisanego parametru.

Izba dała wiarę stanowisku Zamawiającego, który podnosił, że formułując wymóg automatycznej kalibracji jedno i dwupunktowej bez użycia butli gazowych chciał otrzymać analizator nowej generacji, który nie wymaga do kalibracji butli gazowych i związanych z tym czynności, które musiałby wykonywać użytkownik w czasie trwania procesu analitycznego. Izba ustaliła, że Zamawiający wyraził zgodę na Inteligentny System Zarządzania Jakością, który został zaoferowany w analizatorze wykonawcy Werfen. Elementem tego systemu jest

opisywany w odwołaniu materiał walidacyjny CVP, który w postępowaniu został zaoferowany przez Werfen. Wykonawca Werfen w wyjaśnieniach z dnia 1 sierpnia 2019 r. wskazał, że *w systemie tym kalibracja przeprowadzana jest automatycznie, fabrycznie i zapisana w czipie indywidualnym dla każdej kasety (...)* Proces ten odbywa się w specjalnych pomieszczeniach i urządzeniach w sposób całkowicie automatyczny i bez użycia butli gazowych.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że nie precyzował on jak dokładnie ma wyglądać kalibracja, gdzie się będzie odbywać, a jedynie wymagał jej przeprowadzenia bez użycia butli gazowych. Dodatkowo Zamawiający podkreślał, że samo ręczne podanie czy też zainstalowanie kasety odczynnikowo-sensorowej, czy też materiału walidacyjnego CVP nie wyklucza automatyzacji jako takiej. Podnosił, że we wszystkich analizatorach diagnostycznych należy podać lub włożyć do aparatu jakiegoś rodzaju materiały. Istotne jest, aby wszelkie dalsze procesy odbywały się automatycznie, wewnątrz aparatu i bez udziału użytkownika, czemu Odwołujący nie zaprzeczył. Należy również zgodzić się z Zamawiającym, że ręczne podanie roztworu do kalibracji nie zakłóca niewątpliwie jej automatycznego procesu (jako przykład Zamawiający wskazał wsypanie proszku do pralki automatycznej, czy kawy do ekspresu automatycznego).

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadku powstania u zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości co do sformułowań zawartych w treści oferty, zamawiający ma możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści ofert, co wynika z art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że wyjaśnienia treści oferty Przystępującego były negocjowaniem jej treści. Zamawiający nie doprowadził do niedozwolonych negocjacji co do oferowanych urządzeń.

Wykonawca Werfen składając wyjaśnienia wskazał, że zaoferowany analizator spełnia parametr określony w pkt 13 tabeli nr 3. Równocześnie przedłożył zdjęcia oferowanego analizatora, na których widoczny jest czytnik kodów kreskowych oraz drukarka. Ponadto, oświadczył, że analizator jest wyposażony w Inteligentny System Zarządzania Jakością, a kalibracja jest całkowicie automatyczna. Przystępujący nie zmienił modelu analizatora na etapie składania wyjaśnień. W piśmie z dnia 1 sierpnia 2019 r. odnosił się do analizatora GEM Premier 4000, który zaoferował i wskazał w złożonej ofercie. Wyjaśnienia z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowią narzędzie pozwalające zamawiającemu uzyskać pewność co do tego, czy oferta podlega odrzuceniu. Czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winna poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Izba wskazuje, że nie jest uprawnione automatyczne utożsamianie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ

z zaistnieniem podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z §4 ust. 1, 2 i 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. z 2016 r. poz. 1128) należy stwierdzić, że Odwołujący nie wskazał całokształtu okoliczności faktycznych uzasadniających w jego ocenie naruszenia ww. przepisów. Odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego; powinno konkretyzować zarzuty, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny ich zasadności. Dodatkowo, skoro Odwołujący skorzystał z możliwości wniesienia środka ochrony prawnej, to znaczy, że miał wystarczająco dużo czasu na zapoznanie się z dokumentacją postępowania.

Tożsama argumentacja dotyczy lakonicznego stwierdzenia Odwołującego, że wykonawca Werfen złożył pewnego rodzaju ofertę wariantową. Niewystarczające są ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju potencjalnych nieprawidłowości, bez określenie ich zakresu oraz bez skonkretyzowania okoliczności faktycznych i prawnych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....