

Sygn. akt: KIO 2076/11

**WYROK**

**z dnia 11 października 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Bartczak – Żuraw**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2011 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Instytut Medyczny, 04-141 Warszawa 44, ul. Szaserów 128**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b,**

**2. kosztami postępowania obciąża Wojskowy Instytut Medyczny, 00-909 Warszawa, ul. Szaserów 128**

**i:**

**2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b tytułem wpisu od odwołania,**

**2.2. zasądza od Wojskowego Instytutu Medycznego, 04-141 Warszawa 44, ul. Szaserów 128 na rzecz Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowy Instytut Medyczny, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa 44, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dzierżawa analizatora równowagi kwasowo-zasadowej, elektrolitów i metabolitów wraz z zakupem materiałów eksploatacyjnych – odczynników i innych” (dalej „Postępowanie”). Wartość przedmiotowego zamówienia na dostawy oszacowano na kwotę mniejszą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 19 sierpnia 2011 r. pod nr 251584 – 2011.

W dniu 26 września 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyni 6b, 01-531 Warszawa (dalej „Odwołujący”), odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności (zaniechań) Zamawiającego podjętych w Postępowaniu. Odwołujący podnosił niezgodność z ustawą Pzp czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, a w konsekwencji bezpodstawnym dokonaniu wyboru oferty Radiometer Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Kijowska 1, 03-738 Warszawa (dalej „Radiometer Sp. z o.o.”). Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane bezpodstawnie, na skutek błędnej interpretacji i wadliwego zastosowania (lub zaniechania zastosowania) art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, co z kolei doprowadziło do naruszenia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę, na którą składają się koszty przygotowania oferty oraz niezyskany dochód z tytułu wykonania umowy.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający powiadomił Odwołującego o kwestionowanych czynnościach w dniu 21 września 2011 r. toteż termin zawity do wniesienia odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed

upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, iż pismem z dnia 20 września 2011 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, a w konsekwencji o dokonaniu wyboru oferty spółki Radiometer Sp. z o.o. Zważywszy na fakt, że to oferta Odwołującego przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia, jej odrzucenie wyrządziło szkodę Odwołującemu i na gruncie ustawy Pzp nie może się ostać. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Zamawiającego Odwołujący argumentował następująco.

#### Pkt 27 załącznika nr 2 do SIWZ

Zamawiający zarzucał, że Odwołujący nie spełnił parametru wynikającego z pkt 27 załącznika nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) (Czas pomiaru panelu parametrów poniżej 2 min), bo jego zdaniem czas, jaki upływa od podania próbki do chwili, w której możliwe będzie podanie próbki kolejnej przekracza 2 min. Po pierwsze, zdaniem Odwołującego, takie stwierdzenie nie ma żadnego odzwierciedlenia w treści oferty Odwołującego, która zawiera w tym zakresie wyraźne oświadczenie potwierdzone materiałami producenta, że czas pomiaru wynosi 88 sekund, a więc mniej niż 2 minuty. Ponadto należy dodać, że panelem pomiarowym wymaganym przez Zamawiającego w tym postępowaniu są:

- pH; pO<sub>2</sub>; pCO<sub>2</sub> – w skrócie BG
- stężenie Na<sup>+</sup>, K<sup>+</sup>, Ca<sup>++</sup>, Cl<sup>-</sup> - w skrócie ISE
- glukoza, kwas mlekowy, bilirubina – metabolity inaczej w skrócie MSS
- stężenie hemoglobiny całkowitej, stężenie hemoglobiny tlenkowo węglowej, wysycenie tlenem krwi – parametry w skrócie zwane COOX

Czas pomiaru to czas od podania próbki do analizatora do momentu uzyskania wyników pomiarowych i ich wyświetlenia na ekranie analizatora i w całym zakresie powyżej wskazanym zaoferowany analizator cobas b 221 dokonuje pomiaru w czasie 88 sekund. Zważywszy, że Zamawiający nie wyjaśnił, co w istocie stanowi podstawę jego twierdzenia, że ten czas jest dłuższy, dalsza polemika w tym miejscu jest niemożliwa.

#### Pkt 28 załącznika nr 2 do SIWZ

Kolejną niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ jest, zdaniem Zamawiającego, sprzeczność z wymogiem: Ilość pomiarów na godzinę powyżej 20. W tym przypadku

Zamawiający podnosił, że przy uwzględnieniu wykonywanej co godzinę kalibracji jednopunktowej oferta Odwołującego powyższego warunku nie spełnia. I tym razem stanowisko Zamawiającego stoi w sprzeczności z zapewnieniem Odwołującego złożonym w oparciu o praktyczne walory urządzenia oraz instrukcję obsługi producenta. Teza Zamawiającego nie jest w żaden sposób nawet uprawdopodobniona. Ilość pomiarów na godzinę oferowanego analizatora wynosi 30 oznaczeń. Interpretacja Zamawiającego osadzona na powiązaniu wymogu pkt 28 z kalibracją wykonywaną co godzinę przez analizator sprowadza się do akademickiej dyskusji, która nie ma żadnego przełożenia na treść SIWZ oraz praktyczne właściwości analizatora. Z ostrożności podejmując dyskusję Odwołujący wskazywał, że, przyjmując nawet fakt, że kalibracja taka zajmuje około 3,3 minuty to po odjęciu tego czasu pozostaje jeszcze 56 minut, w czasie których analizator, który po podstawieniu próbki jest gotowy do podania kolejnej po 120 sekundach ma wystarczająco czasu aby wykonać jeszcze 28 oznaczeń – a więc nadal ponad minimum wymagane przez Zamawiającego. Tym niemniej ponieważ kalibracja taka może być wykonana po 60 minutach, a nawet wielokrotnie przesuwana w czasie możemy również uzyskać wydajność 30 oznaczeń na godzinę. Taką właśnie wydajność potwierdza producent w dokumentach dotyczących oferowanego analizatora. Zatem nie ma racji Zamawiający, zarzucając niezgodność oferty z treścią SIWZ.

#### Pkt 30 załącznika nr 2 do SIWZ

Zamawiający podnosił, że zaoferowane urządzenie nie posiada właściwości: Możliwość przerywania programów testowych/ kalibracyjnych w dowolnym momencie. Wskazuje przy tym, iż „Oferowany aparat po przerwaniu programów testowo/kalibracyjnych w celu wykonania natychmiastowego oznaczenia (badania) nie umożliwia jego wykonania do czasu zakończenia kalibracji.” Już samo to zdanie (dosłowny cytat z pisma Zamawiającego) świadczy, że parametr jest spełniony. Zamawiający przyznaje w nim przecież, że ww. funkcja występuje w urządzeniu. Natomiast dalsze stwierdzenie, że po przerwaniu nie ma możliwości wykonania badania jest zupełnie niezwiązane z pkt 30 załącznika nr 2 do SIWZ, w którym nie ma mowy o możliwości natychmiastowego wykonania badania po przerwaniu kalibracji.

#### Pkt 34 załącznika nr 2 do SIWZ

Ze względu na ustalenia poczynione przy pkt 30 Zamawiający wywiódł, że zaoferowany aparat nie spełnia wymogu: Stała gotowość do pracy. I z tym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Stała gotowość do pracy dla analizatora równowagi kwasowo-zasadowej dotyczy całego czasu jego pracy z wyłączeniem oczywistych i niezbędnych do jego funkcjonowania okresów kalibracji. Takie kalibracje najczęściej odbywają się co godzinę i

trwają kilka minut. Wszystkie oferowane w niniejszym postępowaniu analizatory spełniają w takim samym stopniu warunek stałej gotowości do pracy, dziwnym jest wobec tego fakt, że Zamawiający jedynie w przypadku oferty Odwołującego podważył jego spełnienie. Nie jest więc prawdą, iż analizator cobas b 221 (6) nie spełnia cechy stałej gotowości do pracy.

#### Pkt 36 i 37 załącznika nr 2 do SIWZ

Zamawiający wymagał w obu punktach spełnienia odpowiednio: Oprogramowanie analizatora w języku polskim (pkt 36) oraz intuicyjna obsługa analizatora (pkt 37). Obydwie właściwości cechują analizator cobas b 221 (6). W stosunku do pierwszego z nich Zamawiający przyznaje w piśmie z 20 września 2011 r., że „Aparat posiada menu w języku polskim (...)”, co czyni niezrozumiałym pogląd o niezgodności oferty Odwołującego z punktem 36 załącznika nr 2 do SIWZ. Co się zaś tyczy pkt 37 to opinia Zamawiającego jest absolutnie nieuzasadniona i krzywdząca. Stanowi subiektywne zapatrywanie Zamawiającego, którego nie podzielają dziesiątki użytkowników analizatora cobas b 221 (6). Skoro Zamawiający nie sprecyzował, co do dokładnie rozumie przez „intuicyjną obsługę”, to nie może dopiero na obecnym etapie ustanawiać kryteriów oceny w tym zakresie. Obsługa jest intuicyjna, a fakt że wymaga przyzwyczajenia, jest naturalnym stanem u każdego nowego użytkownika. Na marginesie warto zauważyć, że skoro Zamawiający był zdolny na aparacie, którego nie zna, wykonać wiele przeróżnych czynności prowadzących go do wniosków o niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ, to znaczy że szybko przyswoił sobie jego działanie, co z pewnością nie byłoby możliwe gdyby obsługa analizatora nie była intuicyjna. Powyższe zarzuty nie mogą się ostać.

#### Pkt 38 załącznika nr 2 do SIWZ

Zamawiający konstatując, że aparat nie spełnia parametru: Automatyczne wykonywanie min. takich czynności jak: kalibracja, czyszczenie igły aspiracyjnej, nie dostrzegł, iż miał on charakter fakultatywny (oceniany). W związku z tym, nawet gdyby zaoferowane urządzenie powyższego wymagania nie spełniało, to i tak nie mogłoby to skutkować odrzuceniem oferty. Na marginesie warto jednak zaznaczyć, że spełnienie tego warunku zostało przez Odwołującego potwierdzone na podstawie znajomości własnego urządzenia w odniesieniu do urządzeń oferowanych przez innych oferentów. Analizator cobas b 221 (6) wykonuje automatycznie kalibracje 1 i 2 punktowe, jak również kalibrację systemową. Użytkownik programuje jedynie czasokres tych kalibracji. Po każdym pomiarze analizator dokonuje automatycznego mycia igły aspiracyjnej, tak samo w sposób automatyczny dokonuje kondycjonowania elektrod oraz wielu innych czynności. Czynności opisane w rozdziale „Konserwacja” instrukcji obsługi, na które powołuje się Zamawiający, są

zbliżone, o ile nie prostsze niż wymienione, również w odpowiednich instrukcjach przez producentów dwóch pozostałych analizatorów.

Biorąc pod uwagę powyższe uzasadnienie Odwołujący stwierdzał, że odrzucenie oferty Odwołującego jest przykładem typowo uznaniowej, arbitralnej decyzji, nie popartej absolutnie żadnym rzeczowym argumentem. Zamawiający szukając „na siłę” pretekstu do odrzucenia oferty Odwołującego, odniósł jej treść do postanowień SIWZ, które na użytek odrzucenia zinterpretował w sposób nie mający odzwierciedlenia w ich literalnym brzmieniu. Czynność odrzucenia narusza art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, bo oferta Odwołującego nie jest sprzeczna z SIWZ w żadnym z punktów powołanych w uzasadnieniu odrzucenia. Dlatego wnosił jak na wstępie.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 26 września 2011 r.

W dniu 26 września 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego i przekazał im kopię odwołania.

Żaden z wykonawców do postępowania odwoławczego nie przystąpił.

W dniu 7 października 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie, w której wnosił o:

- 1) oddalenie odwołania;
- 2) obciążenie Odwołującego kosztami postępowania .

W uzasadnieniu Zamawiający podkreślał, iż wniesione przez Odwołującego odwołanie oraz przytoczone na jego uzasadnienie zarzuty, twierdzenia i wywody są całkowicie bezzasadne. Pozbawione uzasadnionych podstaw i nie zasługujące na uwzględnienie są również przytoczone w odwołaniu wnioski Odwołującego. Zamawiający wskazywał, iż z przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że „odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy”. Mając na uwadze powołany przepis nie budzi wątpliwości, że odwołanie wniesione przez Odwołującego od wskazanej w nim czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu musi być oparte na konkretnej i obiektywnej podstawie, a nie na całkowicie dowolnej i subiektywnej ocenie oraz interpretacji stanu prawnego i faktycznego dot. prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający podnosił, a co znajduje w pełni potwierdzenie w dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (i w obiektywnej analizie oraz ocenie wynikających z niej faktów), że w

postępowaniu tym nie doszło do podjęcia przez Zamawiającego żadnej czynności niezgodnej z przepisami ustawy Pzp ani też nie została zaniechana przez niego żadna czynność, do podjęcia której jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Oznacza to, że obiektywnie nie zaistniała podstawa do wniesienia przez Odwołującego odwołania od podjętej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty (które to czynności są zgodne z przepisami ustawy Pzp oraz w pełni uzasadnione, a ich podjęcie nie narusza żadnego z powołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp; jak to całkowicie bezzasadnie zarzuca Odwołujący).

Mając na uwadze przepisy ustawy Pzp oraz stan faktyczny przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający stwierdzał, że przytoczone przez Odwołującego we wniesionym odwołaniu zarzuty oraz przytoczona na ich uzasadnienie argumentacja nie znajdują w nich żadnego potwierdzenia (a wręcz przeciwnie, są od nich oderwane i pozostające z nimi w wyraźnej sprzeczności). Odwołujący we wniesionym odwołaniu twierdzi i wywodzi, że to jego oferta „... przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia...”. Przedstawiona przez Odwołującego ocena (wraz z jej uzasadnieniem), stanowiąca podstawę wniesionego odwołania, jest w rzeczywistości oderwana od faktów oraz całkowicie jednostronna i subiektywna, jak również pozostaje w sprzeczności z interesem publicznym. Dlatego też ocena Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie może zostać zaakceptowana przez Zamawiającego, a co za tym idzie nie mogą zostać uwzględnione zarzuty przedstawiane we wniesionym odwołaniu (które jest całkowicie bezzasadne).

Przed odniesieniem się do poszczególnych zarzutów przedstawionych przez Odwołującego, mających wykazać rzekome spełnienie przez przedmiot jego oferty parametrów techniczno-eksploatacyjnych określonych w SIWZ, Zamawiający zwracał uwagę na okoliczności przedmiotowej sprawy, które mają istotne znaczenie dla dokonania w niej prawidłowych ustaleń i ocen (zabezpieczających interes publiczny oraz uzasadniony interes Zamawiającego i leczonych u niego pacjentów). Chodzi tu o szczególnej wagi cel i przeznaczenie do użytkowania przedmiotu tego zamówienia publicznego, a co powoduje, że muszą być bezwzględnie spełnione określone dla niego przez Zamawiającego w SIWZ parametry techniczno-eksploatacyjne. Zamawiający stwierdzał, że przedmiot zamówienia jest przeznaczony do użytkowania w Klinicznym Oddziale Intensywnej Terapii WIM, dla potrzeb leczonych w nim pacjentów. Powszechnie wiadomym jest, że w KOIT są leczeni pacjenci znajdujący się w stanie bezpośredniego zagrożenia życia, dlatego nie budzi wątpliwości, że muszą być w nim zapewnione najwyższe możliwe standardy w zakresie warunków leczenia, w tym dot. m.in. użytkowanych urządzeń medycznych i sprzętu, ich parametrów, dokładności i



szybkości wykonywanych na nich badań (itp.). W takich uwarunkowaniach wymóg spełnienia określonych w SIWZ dla przedmiotu zamówienia parametrów techniczno-eksploatacyjnych nabiera szczególnego znaczenia i nie może być od nich odstępstw, czy też uznaniowego ich traktowania (a do tego właśnie zmierza Odwołujący w wniesionym odwołaniu). Zamawiający wyjaśniał, że mając na uwadze szczególny cel i przeznaczenia oraz wymogi dot. użytkowania przedmiotu zamówienia (jakie wynikają z jego przeznaczenia do użytkowania w KOIT) oraz dążąc do zapewnienia warunków odpowiadających potrzebom leczenia pacjentów w KOIT, a także zabezpieczenia interesu publicznego, w okresie poprzedzającym przygotowanie i ogłoszenie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia dokonane zostało z jego strony wnikliwe rozpoznanie możliwości uzyskania zaspokojenia jego obiektywnie uzasadnionych wymagań i potrzeb. Zamawiający uzyskał możliwość dokonania przetestowania udostępnionych mu w tym celu analizatorów, m.in. wszystkich trzech analizatorów, na które to następnie wykonawcy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu. W wyniku przeprowadzonego testowania analizatorów przez bezpośredniego użytkownika, tj. Kliniczny Oddział Intensywnej Terapii WIM, pozyskana została dokładna i szczegółowa wiedza odnośnie parametrów techniczno-eksploatacyjnych poszczególnych, testowanych analizatorów, w tym również analizatora zaoferowanego w ofercie Odwołującego. Zamawiający podkreślał, że dane posiadane przez Zamawiającego, a wykazujące bezpośrednio, że analizator będący przedmiotem oferty Odwołującego nie spełnia określonych w SIWZ parametrów techniczno-eksploatacyjnych, są oparte na wynikach i ustaleniach poczynionych w trakcie użytkowania tego typu analizatora w bieżącej działalności KOIT (tj. w czasie jego testowania trwającego przez okres miesiąca). Posiadana przez Zamawiającego wiedza nie jest zatem oparta na danych tylko z materiałów producenta, czy z oświadczenia Odwołującego (opartego wyłącznie na materiałach producenta, ale stanowi wynik faktycznej eksploatacji analizatora w bieżącej działalności KOIT - i to nie wykonanej jednorazowo czynności sprawdzającej, lecz trwającego przez okres miesiąca ciągłego, bieżącego użytkowania (eksploatacji). Są to zatem dane pełne i sprawdzone, a dokonane na nich ustalenia są w pełni prawidłowe i wiarygodne.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołującego, Zamawiający przedstawiał do nich swoje wyjaśnienia i stanowisko.

#### Pkt 27 załącznika nr 2 do SIWZ

Zamawiający wymagał, aby całkowity czas wykonania jednego oznaczenia panelu pomiarowego wynosił poniżej 2 minut.

#### Pkt 28 załącznika nr 2 do SIWZ

Zamawiający wymagał powyżej 20 ilości pomiarów na godzinę.

Z pomiarów i ustaleń uzyskanych w czasie testowania analizatora zaoferowanego przez Odwołującego wynika, że całkowity czas wykonania jednego oznaczenia panelu pomiarowego (czyli czas jaki upływa od podania próbki do chwili, w której możliwe będzie podanie próbki kolejnej, przy pomiarze wszystkich wymienionych w SIWZ parametrów mierzonych) przekracza 2 minuty i faktycznie wynosi 2 minuty i 20 sekund. Jednocześnie Zamawiający potwierdził, że podczas testowania przez Zamawiającego analizatora będącego przedmiotem oferty Odwołującego, Zamawiający uzyskał wynik wskazujący, że pierwsze oznaczenia serii wykonane były szybciej (trwały wyraźnie krócej) niż kolejne, późniejsze. Wykonanie kolejnych ośmiu pomiarów zajęło ponad 23 minuty (z czego wynika, że jeden pomiar trwał 2 minuty 52 sekundy). Ponadto co godzinę aparat wykonuje kalibrację jednopunktową, której czas trwania producent określa na >3,3 minuty (tj. 3 minuty i 18 sekund). Reasumując, nie da się wykonać na analizatorze zaoferowanych przez Odwołującego 20 badań w ciągu jednej godziny. Bezpośrednio z powyższego wynika, że oferta Odwołującego nie spełnia wymagań pkt 27 i pkt 28 załącznika nr 2 SIWZ.

#### Pkt 30 załącznika nr 2 do SIWZ.

Zamawiający wymagał możliwości przerywania programów testowych /kalibracyjnych w dowolnym momencie.

#### Pkt 34 załącznika nr 2 do SIWZ

Zamawiający wymagał stałej gotowości analizatora do pracy.

Zdaniem Zamawiającego w zaoferowanym analizatorze nie ma możliwości przerywania kalibracji przy utrzymaniu jego gotowości do pracy. W rzeczywistości przerwanie kalibracji powoduje zastopowanie aparatu i nie można wykonać natychmiast kolejnego badania tak istotnego z uwagi na zagrożenie życia pacjentów Klinicznego Oddziału Intensywnej Terapii. Zachodzi natomiast konieczność ręcznego uruchomienia procedury kalibracyjnej - w testach Zamawiającego przeprowadzonych na analizatorze będącym przedmiotem oferty Odwołującego wymagało to aż 23 minut. Powyższe stoi w wyraźnej sprzeczności z wymogiem Zamawiającego: stałej gotowości analizatora do pracy Zamawiający podkreśla, że znaczenie tej właściwości w przypadku analizatora wykorzystywanego w Klinicznym Oddziale Intensywnej Terapii jest szczególnej wagi, dlatego właściwość ta jest bezwzględnie wymagana. Tak więc, w opinii Zamawiającego, nie budzi wątpliwości, że również w tym zakresie oferta Odwołującego nie spełnia wymagań z pkt 30 i pkt 34 załącznika nr 2 do SIWZ.

#### Pkt 36 załącznika nr 2 do SIWZ

Zamawiający wymagał oprogramowania analizatora w języku polskim.

#### Pkt 37 załącznika nr 2 do SIWZ

Zamawiający wymagał intuicyjnej obsługi analizatora.

Zamawiający podnosił, iż aparat posiada wprawdzie menu w języku polskim, ale jest ono zredagowane nieprecyzyjnie i przetłumaczone na język polski niegramatycznie i bardzo niedbale (niestarannie). Powoduje to, że trudno jest zrozumieć polecenia i komunikaty, a to może prowadzić do błędnej interpretacji poleceń i parametrów (z mogącymi wynikać z tego daleko idącymi nieprawidłowościami, które skutkować mogą niekorzystnymi dla pacjentów i Zamawiającego następstwami). Dodatkowym czynnikiem utrudniającym obsługę analizatora jest źle działający ekran dotykowy, wymagający posługiwania się polecianym przez serwisanta ołówkiem z gumką. Oznacza to, że również w tych wymaganiach oferta Odwołującego nie spełnia wymagań pkt 36 i pkt 37 załącznika nr 2 do SIWZ.

#### Pkt 38 załącznika nr 2 do SIWZ

Zamawiający wymagał automatycznego wykonywania min. takich czynności jak: kalibracja, czyszczenie igły aspiracyjnej. Zamawiający potwierdzał, że wymóg ten był oceniany i nie skutkował odrzuceniem oferty.

Mając na uwadze przytoczone wyżej okoliczności i fakty, bezzasadnym jest w opinii Zamawiającego wniesienie przez Odwołującego odwołania z przedstawionymi w nim zarzutami i mającymi je uzasadnić wywodami. Obiektywnie zarzuty, twierdzenia i wywody zawarte w wniesionym przez Odwołującego odwołaniu nie znajdują żadnego oparcia w przepisach ustawy Pzp oraz w okolicznościach i faktach przedmiotowej sprawy. Ewentualne uwzględnienie wniesionego przez Odwołującego odwołania naruszałoby też interes publiczny, jak również stanowiłoby realne zagrożenie dla działalności leczniczej Zamawiającego (z przyczyn sygnalizowanych wyżej). Mając na uwadze powyższe, wniesione przez Odwołującego odwołanie jest pozbawione uzasadnionych podstaw i powinno zostać oddalone (zgodnie z wnioskami Zamawiającego).

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

#### ***Izba ustaliła następujący stan faktyczny***

Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa analizatora równowagi kwasowo-zasadowej, elektrolitów i metabolitów wraz z zakupem materiałów eksploatacyjnych - odczynników i innych. W rozdziale III Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał, iż przedmiot zamówienia musi spełniać parametry techniczno-eksploatacyjne określone w arkuszu informacji cenowo-techniczno- eksploatacyjnej (załącznik nr 2 do SIWZ).

Zamawiający przewidział w rozdziale X SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty, iż:

„W skład dokumentacji przetargowej, sporządzonej przez Wykonawcę wchodzi:

1. oferta, którą należy umieścić w kopercie oznaczonej „OFERTA”.

W kopercie tej należy umieścić:

- **wypełniony arkusz informacji cenowo-techniczno-eksploatacyjnej (załącznik nr 2 do siwz), również w formie elektronicznej w postaci arkusza kalkulacyjnego lub tekstowego (np. na płycie CD lub dyskietce);**

- **wypełniony arkusz obliczenia ceny (załącznik nr 3 do siwz), również w formie elektronicznej (np. na płycie CD lub dyskietce)**

2. dokumenty formalno-prawne, które należy umieścić w kopercie oznaczonej "DOKUMENTY".

W kopercie tej należy umieścić:

- **dokumenty wymienione w pkt IX siwz;**

- **oświadczenie Wykonawcy o wyrażeniu zgody na zawarcie umowy o treści ustalonej we wzorze (załącznik nr 4 do siwz);**

- **pełnomocnictwo dla osoby sporządzającej ofertę, o ile nie wynika z innych dokumentów do niej dołączonych;**

- **dokument (odpis z rejestru przedsiębiorców) potwierdzający zdolność prawną osoby podpisującej ofertę lub wystawiającej ww. pełnomocnictwo do jego wystawienia, o ile nie wynika z innych dokumentów dołączonych do oferty”.**

Z kolei rozdział XVIII Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert przewidywał:

„1. Cena - waga 70,00%

2. Ocena techniczna - waga 30,00%

Ocenie i porównaniu zostaną poddane oferty nie podlegające odrzuceniu. Ocenę i porównanie ofert Zamawiający przeprowadzi na podstawie analizy złożonych przez Wykonawców arkuszy informacji cenowo-techniczno-eksploatacyjnej (załącznik nr 2 do siwz).

Spełnienie parametru wymaganego, określonego przez "tak" jest bezwzględnie wymagane - jego niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty.

Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta będzie najkorzystniejsza i będzie zgodna ze wszystkimi wymaganiami siwz.

Ocena ofert dokonana będzie metodą proporcjonalności z uwzględnieniem punktacji określonej w arkuszu informacji cenowo-techniczno-eksploatacyjnej (załącznik nr 2 do siwz) oraz ważności kryterium "Cena".

Zastosowany będzie wzór:

*Ilość przyznanych punktów = (cena oferty najtańszej)/cena oferty badanej)x100xważność kryterium „Cena”.*

**Dotyczy zał nr 3 lp 1:**

*Ocena techniczna dokonana będzie z uwzględnieniem punktacji określonej w arkuszu informacji cenowo-techniczno-eksploatacyjnej (załącznik nr 2 do siwz) oraz ważności kryterium "Ocena techniczna". Po przyznaniu punktów za poszczególne pozycje zastosowany będzie wzór:*

*ilość przyznanych punktów = (suma uzyskanych punktów za poszczególne pozycje / suma możliwych do otrzymania punktów) x 100 x ważność kryterium "Ocena techniczna".*

*Przyznanie odpowiedniej liczby punktów odbywać się będzie wg. zasady, że parametr wymagany, określony w arkuszu informacji cenowo-techniczno- eksploatacyjnej (załącznik nr 2 do siwz) w części "oferta techniczna" w formie:*

*- tak / nie - otrzyma za "tak" 1 pkt; za "nie" 0 pkt (nie spełnienie tego warunku nie spowoduje odrzucenia oferty)*

*- tak - spełnienie tego warunku jest wymagane (jego niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty).*

*Spełnienie wszystkich parametrów, określonych w arkuszu informacji cenowo-techniczno-eksploatacyjnej (załącznik nr 2 do siwz) w części "oferta techniczna" przez "tak", spowoduje przyznanie maksymalnej ilości punktów w kryterium "Ocena techniczna".*

Załącznik nr 2 do SIWZ Arkusz informacji cenowo-techniczno-eksploatacyjnej przewidywał m.in. następujące parametry:

Pkt 27 Czas pomiaru panelu parametrów poniżej 2 min.

Pkt 28 Ilość pomiarów na godzinę powyżej 20

Pkt 30 Możliwość przerywania programów testowych/ kalibracyjnych w dowolnym momencie

Pkt 34 Stała gotowość do pracy.

Pkt 36 Oprogramowanie analizatora w języku polskim

Pkt 37 Intuicyjna obsługa analizatora

Pkt 38 Automatyczne wykonywanie min. takich czynności jak: kalibracja, czyszczenie igły aspiracyjnej.

W punktach 27, 28, 30, 34, 36 i 37 określono parametry graniczne, natomiast pkt 38 obejmował parametr oceniany, ale nie graniczny. Ponadto Zamawiający przewidział obowiązek załączenia do oferty instrukcji obsługi przedmiotu oferty w języku polskim (dopuszczono załączenie w formie elektronicznej na płycie CD-R) oraz wszelkich posiadanych materiałów informacyjnych na temat przedmiotu oferty (prospekty, broszury,

dane techniczne itp. – w języku polskim lub angielskim) (pkt 52 i 53 załącznika nr 2 do SIWZ).

Dnia 21 września 2011 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty wykonawcy Radiometer Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na mocy art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający podnosił:

*„Zamawiający w pkt 27 załącznika 2 do siwz wymagał czasu pomiaru panelu parametrów poniżej 2 min., czas jaki upływa od podania próbki, do chwili w której możliwe będzie podanie próbki kolejnej, przy pomiarze wszystkich wymienionych w SIWZ parametrów mierzonych w aparacie COBAS b 221 przekracza 2 min. Wykonawca nie spełnił tego parametru.*

*Zamawiający w pkt 28 załącznika 2 do siwz wymagał ilości pomiarów powyżej 20 na godzinę. Przy uwzględnieniu wykonywanej co godzinę kalibracji jednopunktowej (> 3,3 min.) oferta nie spełnia wymogów siwz.*

*Zamawiający w pkt.30 załącznik 2 do siwz wymagał możliwości przerywania programów testowych/kalibracyjnych w dowolnym momencie. Oferowany aparat po przerywaniu programów testowo/ kalibracyjnych w celu wykonania natychmiastowego oznaczenia (badania) nie umożliwia jego wykonania do czasu zakończenia kalibracji. Nie spełnia więc wymogów siwz ,nie jest w stałej gotowości do pracy. Zamawiający w pkt 34 załącznika 2 do siwz wymagał stałej gotowości do pracy. Wykonawca nie spełnił tego parametru patrz pkt.30.*

*Zamawiający w pkt. 36 i 37 załącznika 2 do siwz wymagał oprogramowania analizatora w języku polskim i intuicyjnej obsługi analizatora. Aparat posiada menu w języku polskim, ale jest ono zdecydowanie mało intuicyjne, zredagowane nieprecyzyjnie i przetłumaczone niedbale. Trudno zrozumieć niektóre polecenia i komunikaty. Dodatkowym czynnikiem utrudniającym obsługę analizatora jest źle działający ekran dotykowy.*

*Zamawiający w pkt 38 załącznika 2 do siwz wymagał automatycznego wykonywania min. takich czynności jak: kalibracja, czyszczenie igły aspiracyjnej. Aparat wymaga raz w tygodniu ręcznego czyszczenia portu podawczego oraz elektrod. Nie spełnia więc wymogów siwz.*

*W/w parametry zostały zweryfikowane przez bezpośredniego użytkownika. (...)*”

**W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła co następuje.**

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie posiada braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Złożył ofertę zawierającą najniższą cenę, a zarazem, wedle jego twierdzenia, Zamawiający winien mu przyznać 18 punktów w kryterium oceny ofert „ocena techniczna”, co skutkuje uznaniem, iż jego oferta winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą (Zamawiający wobec stwierdzenia podstawy do odrzucenia oferty nie przyznał ofercie Odwołującego punktacji). Odwołujący miałby zatem możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, której to możliwości na skutek podnoszonych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania, w tym protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, SIWZ, informację o odrzuceniu oferty oraz informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, pismo z dnia 20 września 2011 r. „Ocena ofert” skierowane do Przewodniczącego Komisji Przetargowej, ofertę Odwołującego, ofertę wykonawcy wybranego Radiometer Sp. z o.o., odpowiedź na odwołanie, przedłożone przez Odwołującego: wyciąg z instrukcji obsługi analizatora ABL800Flex zaoferowanego przez Radiometer Sp. z o.o. dotyczący kalibracji, czasu pomiaru, dane techniczne analizatora ABL800Flex dotyczące czasu pomiaru, zrzuty z ekranu analizatora cobas b 221 dotyczące możliwości przerwania kalibracji, wyciąg z instrukcji obsługi analizatora cobas b 221 dotyczący parametrów wyświetlanych podczas kalibracji, czyszczenia portu wejściowego i tacki ściekowej oraz czasu pomiaru, pismo z dnia 28 września 2011 r. Ginekologiczno-Położniczego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, pismo z dnia 23 września 2011 r. Wielospecjalistycznego Szpitala Miejskiego w Poznaniu, pismo z dnia 30 września 2011 r. Szpitala Ogólnego im. Dr Edmunda Wojtyły w Bielsku-Białej użytkowników urządzenia cobas b 221 potwierdzające kwestionowane parametry, opinię z dnia 20 sierpnia 2009 r. dotyczącą analizatora cobas b 221 podpisaną przez Kierownika Katedry i Kliniki Anestezjologii i Intensywnej Terapii Szpitala Uniwersyteckiego im. dra A. Jurasza w Bydgoszczy potwierdzającą pozytywną ocenę z testu analizatora.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska Stron, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzucane przez Odwołującego naruszenia ustawy Pzp.

Zgodnie ze stanowiskiem wynikającym z odpowiedzi na odwołanie, znajdującym potwierdzenie także w aktach sprawy (pismo „Ocena ofert” do Przewodniczącego Komisji Przetargowej) oraz prezentowanym na rozprawie Zamawiający dokonał weryfikacji zadeklarowanych przez wykonawcę parametrów na podstawie posiadanej przez siebie

wiedzy, którą uzyskał w procesie testowania modeli aparatów będących przedmiotem ofert wykonawców przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający podkreślał, że dane posiadane przez niego, a wykazujące bezpośrednio, że analizator będący przedmiotem oferty Odwołującego nie spełnia określonych w SIWZ parametrów techniczno-eksploatacyjnych, są zatem oparte na wynikach i ustaleniach poczynionych w trakcie użytkowania tego typu analizatora w bieżącej działalności KOIT (tj. w czasie jego testowania trwającego przez okres miesiąca). Posiadana przez Zamawiającego wiedza nie jest zatem oparta na danych tylko z materiałów producenta, czy z oświadczenia Odwołującego (opartego wyłącznie na materiałach producenta), ale stanowi wynik faktycznej eksploatacji analizatora w bieżącej działalności KOIT - i to nie wykonanej jednorazowo czynności sprawdzającej, lecz trwającego przez okres miesiąca ciągłego, bieżącego użytkowania (eksploatacji). Zamawiający podkreślał, iż są to zatem dane pełne i sprawdzone, a dokonane na nich ustalenia są w pełni prawidłowe i wiarygodne.

Zamawiający w swoim wywodzie pomija jednak okoliczność, że w prowadzonym już postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rozstrzygające znaczenie dla sposobu oceny ofert mają postanowienia SIWZ. To one przesądzają, jak Zamawiający będzie prowadził ocenę ofert, jakimi metodami się w tym celu posłuży. Zamawiający niewątpliwie ma w tym zakresie duże możliwości wyboru, jednak wybór ten dokonywany jest na etapie sporządzania postanowień SIWZ. Izba nie neguje zasadności wnikliwego prowadzenia rozeznania rynku, zwłaszcza w przypadku zamawiających o szczególnym statusie, jednak wnioski z rozeznania rynku nie mogą decydować o ocenie ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, z pominięciem opracowanych przez Zamawiającego postanowień SIWZ odnoszących się do oceny ofert.

Jak było to wskazane powyżej, Zamawiający przewidział, iż ocenę i porównanie ofert przeprowadzi na podstawie analizy złożonych przez Wykonawców arkuszy informacji cenowo-techniczno-eksploatacyjnej (załącznik nr 2 do SIWZ), będącym oświadczeniem Wykonawców. Zamawiający w arkuszu informacji cenowo-techniczno-eksploatacyjnej (załącznik nr 2 do SIWZ) w pkt 52 i 53 przewidział konieczność dołączenia do oferty instrukcji obsługi przedmiotu oferty w języku polskim (dopuszczał załączenie w formie elektronicznej na płycie CD-R) oraz wszelkich posiadanych materiałów informacyjnych na temat przedmiotu oferty (prospekty, broszury, dane techniczne itp. – w języku polskim lub angielskim), jednak w treści SIWZ nie określił jednoznacznie ich roli w procesie oceny oferty, tj. nie wskazał jednoznacznie, iż są to dokumenty składane na potwierdzenie, iż oferowana dostawa spełnia deklarowane parametry, jak również nie zastrzegł, iż oferowane parametry winny znaleźć tam swoje potwierdzenie. Nie przewidział natomiast przeprowadzenia testów



czy prezentacji urządzenia w procesie oceny ofert, w ramach których weryfikowane byłoby spełnienie przez urządzenie deklarowanych parametrów. Tym samym całkowicie nieuprawnionym było odnoszenie się przy weryfikacji zgodności oferty z wymaganiami SIWZ do innych elementów niż zostały w SIWZ określone jako miarodajne w tym zakresie, w tym do posiadanej wiedzy nabytej w toku eksploatacji urządzenia testowego, przekazanego przez wykonawcę przed wszczęciem postępowania. Nie można także zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż prawidłową była weryfikacja spełnienia parametrów na urządzeniu u innego użytkownika. Sposoby te zdecydowanie wykraczają poza dyspozycję wynikającą z postanowień SIWZ. Powyższych zasad nie zmienia także charakter Zamawiającego i konieczność dbałości o dobro pacjentów znajdujących się w stanie zagrożenia życia, co w szczególności sposób winno skłaniać do dołożenia zwiększonej miary staranności w opracowaniu postanowień SIWZ, co pozwoliłoby Zamawiającemu osiągnąć zakładany przez siebie rezultat. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i może kształtować jego warunki w taki sposób, aby z poszanowaniem właściwych przepisów zapewnić jak najlepszy jego rezultat. Czynić to może jednak na etapie sporządzania SIWZ, a nie oceny ofert. Zamawiający mógł zatem przewidzieć testy czy prezentację jako sposoby weryfikacji oferowanych parametrów. Tym bardziej było to uzasadnione, skoro wyniki testów urządzenia demonstracyjnego nie w każdym przypadku były satysfakcjonujące. Zamawiający nie mógł wykluczyć, iż w przewidywanym przez siebie postępowaniu otrzyma ofertę na urządzenie testowane, które budzi jego wątpliwości. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, iż powyższe należało uznać za zbędne skoro Zamawiający urządzenia już testował. Po pierwsze ofertę w postępowaniu mógł złożyć wykonawca, którego aparatu Zamawiający nie testował, a ponadto warunki i zasady oceny ofert, w tym prowadzenia testów muszą być wykonawcom znane przed składaniem ofert, jak również muszą być tożsame dla wszystkich wykonawców. Zamawiający, który zaniechał na etapie sporządzenia oferty, zapewnienia sobie weryfikacji parametrów poprzez satysfakcjonujące wyniki testów urządzenia w określonych przez siebie warunkach, nie może tego zaniechania konwalidować poprzez korzystanie na etapie oceny ofert z wiedzy pozyskanej w testach prowadzonych w okresie poprzedzającym postępowanie, co do których wykonawcy nie mieli świadomości, iż efekt tych testów może następnie posłużyć dla oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Tym samym, zgodnie z postanowieniami SIWZ, Zamawiający, oceniając spełnienie parametrów, mógł odnosić się jedynie do oświadczenia wykonawcy zawartego w załączniku nr 2, weryfikowanego dokumentami załączonymi do oferty tj. instrukcją obsługi i danymi technicznymi, katalogami, broszurami, pochodzącymi od producenta. Warto podkreślić, iż Zamawiający nawet w odniesieniu do tych dokumentów nie określił ich waloru w procesie

oceny ofert oraz skutków niepotwierdzenia w tych materiałach oferowanych parametrów. Należałoby zatem uznać, iż brak stosownego potwierdzenia nie może decydować o uznaniu sprzeczności oferty z treścią SIWZ, lecz winien skutkować wszczęciem procedury wyjaśnień treści oferty. Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie może zmieniać zasad ich oceny uprzednio ustalonych przez siebie w SIWZ. Nieprawidłowym jest stanowisko, iż Zamawiający mógł w tej mierze odwoływać się do swojej wiedzy i doświadczeń jako najbardziej miarodajnego źródła informacji o rzeczywistych parametrach urządzenia, a nie tych deklarowanych przez producenta i uzyskiwanych w określonych warunkach, gdyż taka ocena ofert nie tylko nie wynika z SIWZ, ale nie zapewnia zachowania zasady równości, skoro wykonawcy nie mieli świadomości celu w jakim oddają urządzenie, nie musi być to urządzenie tożsame z oferowanym (mogło być używane, a Zamawiający wymaga fabrycznie nowego), mogło w toku testów ulec uszkodzeniu, brak też wiedzy o prawidłowości obsługi. Nadto Zamawiający nie przedstawił żadnej dokumentacji wyników prowadzonych testów. Tak prowadzona ocena ofert niewątpliwie narusza zasady, iż Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podnoszonych w uzasadnieniu odrzucenia oferty Izba stwierdza, co następuje.

#### Pkt 27 załącznika nr 2 do SIWZ

W pkt 27 załącznika nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby czas pomiaru panelu parametrów wynosił poniżej 2 minut. Panel parametrów obejmował:

- pH; pO<sub>2</sub>; pCO<sub>2</sub>
- stężenie Na<sup>+</sup>, K<sup>+</sup>, Ca<sup>++</sup>, Cl<sup>-</sup>
- glukoza, kwas mlekowy, bilirubina - metabolity
- stężenie hemoglobiny całkowitej, stężenie hemoglobiny tlenkowowęglowej, wysycenie tlenem krwi.

Zamawiający nie sprecyzował w treści SIWZ, co rozumie przez czas pomiaru, w szczególności nie określił, że za czas pomiaru należy uznać czas, jaki upływa od podania próbki, do chwili w której możliwe będzie podanie kolejnej próbki. Jak wynika z analizy oferty zarówno Odwołującego, jak i wykonawcy wybranego, zadeklarowany w pkt 27 załącznika nr 2 parametr określony został na poziomie odpowiednio 88 i 80 sekund. Zgodnie z danymi technicznymi poszczególnych aparatów podany czas pomiaru odpowiada czasowi pomiaru w innym ujęciu niż określony przez Zamawiającego, tj. czasowi, jaki upływa od podania próbki do wyświetlenia wyniku. Taki sposób rozumienia jednoznacznie wynika z instrukcji obsługi załączonej do oferty przez wykonawcę wybranego (czas pomiaru rozumiany jako czas od

chwili podniesienia klapki wejściowej do wyświetlenia wyniku). Analogiczne rozumienie prezentowane było również przez Odwołującego. Obaj oferenci określili zatem parametr wskazany w pkt 27 załącznika nr 2, stosując tę samą wykładnię pojęcia czas pomiaru, jednak jest to niewątpliwie wykładnia odmienna od tej, którą zastosował Zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego. Co więcej z instrukcji obsługi aparatu zaoferowanego przez wykonawcę wybranego wynika, iż czas cyklu (tj. czas pomiaru odpowiadający definicji Zamawiającego) nie mieści się w warunku granicznym poniżej 2 minut (str. 13-8-13-10 instrukcji obsługi, dane techniczne analizatora ABL800FLEX – 150 sekund dla wszystkich parametrów). Stąd skoro sam producent deklaruje całkowity czas pomiaru na poziomie wyższym niż wymagane poniżej 2 minut, nie wydaje się prawdopodobne, aby aparat dokonywał pomiaru w czasie krótszym niż deklarowany. Ponadto Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby realizację cyklu badania w czasie poniżej 2 minut. Odwołujący posługuje się w tym samym zakresie określeniem czas całkowity, który zgodnie z danymi dla panelu BG-ISE-MSS (Glu, Lac)–COOX wynosi 120 sekund (88 sekund czas pomiaru do wyświetlenia wyniku). Ponadto Zamawiający przyznał, iż także w testach aparatu Odwołującego czas pomiaru liczony od podania próbki do wyświetlenia wyniku dla wymaganego panelu wynosił około 100 sekund. Skoro zatem Zamawiający nie sprecyzował, co rozumie przez pojęcie czas pomiaru, a pojęcie to może obejmować zarówno czas od podania próbki do jej wyświetlenia, jak i czas całego cyklu badania (do gotowości do podania kolejnej próbki), Zamawiający winien zweryfikować sposób rozumienia tego pojęcia wynikający z ofert wykonawców i w oparciu o takie same zasady ocenić wszystkie oferty. Należy także podkreślić, iż, wbrew opinii Zamawiającego, rację należy przyznać Odwołującemu, iż standardowo pojęcie to wskazuje na czas, w którym uzyskuje się wynik (tj. kiedy wynik jest wyświetlany), a nie jako czas całkowity wykonywania oznaczenia. Na takie rozumienie wskazuje wartość parametru (poniżej 2 minut), jak i treść ofert i specyfikacji technicznych. Ponadto, jak podnosił Odwołujący, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, wszelkie niedokładności czy brak precyzji SIWZ nie mogą w sposób niekorzystny obciążać wykonawców. Tym samym Zamawiający winien dokonać oceny ofert w oparciu o definicję czasu pomiaru taką, jaka wynika z treści ofert, stosując jednolite zasady do każdej z nich. Ocena może być dokonana jedynie na podstawie oświadczenia wykonawcy weryfikowanego załączoną dokumentacją. Jeżeli oświadczenie co do czasu pomiaru dla wymaganego przez Zamawiającego panelu (dla Odwołującego 88 sekund) w świetle dokumentacji technicznej aparatu budzi wątpliwości, Zamawiający miał i ma możliwość zwrócenia się o stosowne wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego bezzasadnie zaniechał. Nie może bowiem dokonywać oceny parametru z pominięciem deklaracji Odwołującej wynikającej z treści oferty, załączonej przez niego dokumentacji, czy stosować innych zasad oceny parametru wobec poszczególnych wykonawców. Ponadto

Zamawiający, oceniając obu oferentów – Odwołującego i wykonawcę wybranego wedle różnych zasad naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jak było to wskazane dane techniczne producenta aparatu Radiometer Sp. z o.o. potwierdzają, iż czas cyklu (czas pomiaru w rozumieniu Zamawiającego) wynosi ponad 120 sekund. Trudno zatem założyć, iż czas deklarowany przez producenta jako czas cyklu był gorszy niż czas osiągany w bieżącej pracy. Dla oceny oferty Radiometer Sp. z o.o. Zamawiający musiał zatem uwzględnić czas pomiaru do wyświetlenia wyniku a nie czas cyklu. Z kolei oferta Odwołującego została odrzucona z powołaniem się na niespełnienie czasu pomiaru rozumianego jako czas cyklu. Świadczy to jednoznacznie o naruszeniu zasady równości i uczciwej konkurencji w postępowaniu.

#### Pkt 28 załącznika nr 2 do SIWZ

W pkt 28 Zamawiający wymagał, aby ilość pomiarów na godzinę wynosiła powyżej 20. Zamawiający nie zdefiniował tego parametru. Jak wynika z dokumentacji technicznej producenci posługują się określeniem ilości próbek na godzinę, które należy uznać za tożsame (niewątpliwie również wykonawca wybrany, choć nie sprecyzował w treści swojej oferty dokładnej ilości pomiarów na godzinę, odwoływał się do tego samego parametru (ilość próbek na godzinę). Podobnie jak w przypadku pkt 27 Zamawiający winien oprzeć się na oświadczeniu wykonawcy - Odwołującego weryfikowanym przez dane producenta, zgodnie z którymi ilość pomiarów na godzinę (ilość próbek na godzinę) wynosi powyżej 20 (wskazano 30). Rację ma Odwołujący, iż nawet uwzględniając kalibrację dokonywaną w cyklu co godzinę, a trwającą 3,3 minuty, przy cyklu badania ustalonym zgodnie z dokumentacją na 120 sekund, aparat posiada możliwość wykonania liczby pomiarów zgodnej z wymaganiem (28). Zamawiający, kwestionując spełnienie powyższego parametru, oparł się wyłącznie na doświadczeniach z okresu testowania aparatu, do czego zgodnie z treścią SIWZ nie był uprawniony. Należy podkreślić, iż jeżeli Zamawiający miał w tym względzie wątpliwości, mógł zwrócić się do Odwołującego o udzielenie stosownych wyjaśnień, przy czym podstawą odniesienia w tym zakresie zawsze będą dane producenta co do deklarowanej ilości pomiarów. Niedopuszczalne było natomiast weryfikowanie spełnienia ww parametru w oparciu o wyniki testów i doświadczenia z analizatorem nabyte przed wszczęciem postępowania.

#### Pkt 30 załącznika nr 2 do SIWZ

Należy podkreślić, iż literalna treść pkt 30 wskazuje na konieczność spełnienia parametru możliwości przerywania programów testowych /kalibracyjnych w dowolnym momencie bez dodatkowego określenia celu zapewnienia takiej funkcjonalności. W ocenie Izby oczywistym jednak jest, iż skutkiem przerywania kalibracji czy programu testowego winna

być gotowość aparatu do pracy (tj. przeprowadzenia badania) lub wykonania innych czynności przez Zamawiającego. Rację ma w tym przypadku Zamawiający, iż odmienne rozumienie ww wymogu byłoby pozbawione użytkowego waloru dla Zamawiającego, a zatem nie znajdowałoby racjonalnego uzasadnienia. Nie jest bowiem istotne, zwłaszcza w warunkach oddziały intensywniej terapii, gdzie szczególnie zachodzić może konieczność przeprowadzenia badań nagłych, niezaplanowanych, aby aparat posiadał zdolność do przerywania kalibracji czy programu testowego, jeśli skutkiem tego byłoby np. wyłączenie się aparatu, konieczność prowadzenia kolejnej kalibracji. Istotą tego wymogu jest zatem, aby po przerywaniu kalibracji czy testu aparat był zdolny do przyjęcia próbki i przeprowadzenia badania. Zamawiający podnosił, iż z powiązania powyższego parametru z wymaganiami stałej gotowości do pracy wynika, iż gotowość ta musi być natychmiastowa, jednak nie precyzował zakresu czasowego tego pojęcia. Jak wykazywał Odwołujący żaden aparat (także wykonawcy wybranego) nie zapewnia przy przerywaniu kalibracji gotowości do pracy bezpośrednio i od razu po przerywaniu kalibracji. Wymagany jest bowiem choćby czas na płukanie, które musi być dokonane przed przejściem aparatu do trybu gotowości. Zamawiający tego twierdzenia nie podważał, konieczność dokonania takiej czynności wynika również np. z instrukcji obsługi analizatora wybranego (str. 6-5). Tym samym należy uznać, iż powrót gotowości do pracy winien nastąpić w możliwie najkrótszym czasie umożliwiającym jednak dokonanie niezbędnych czynności przygotowawczych wynikających ze sposobu funkcjonowania aparatu. Zamawiający wskazywał, iż analizator Odwołującego takiej funkcjonalności nie posiada. Powołał się w tym zakresie na doświadczenia z okresu testowania, kiedy to przeprowadzona próba przerywania kalibracji spowodowała zastopowanie aparatu i brak możliwości wykonania szybkiego wykonania kolejnego badania z uwagi na konieczność ręcznego uruchomienia procedury kalibracyjnej, co w testach Zamawiającego wymagało aż 23 minut. Odwołujący powyższe stanowisko na rozprawie kwestionował, twierdząc, iż aparat ma możliwość przerywania każdej kalibracji (i programu testowego) w dowolnym momencie (na dowód czego przedstawił zrzuty z ekranu z odpowiednimi komendami) oraz zapewniał, iż procedura przygotowania aparatu do pracy winna przy przerywaniu kalibracji zajmować około 60 sekund, jako że, podobnie jak w urządzeniu wybranym, niezbędne jest płukanie. Jak było to już podnoszone, Zamawiający nie może podważyć parametru zadeklarowanego przez Odwołującego w ofercie jedynie w oparciu o jednorazową próbę podczas procesu testowania w okresie poprzedzającym składanie ofert, zwłaszcza że wykonawca stanowczo temu zaprzecza. Zarówno okoliczność, czy aparat posiada funkcjonalność w rozumieniu przedstawionym powyżej (możliwość przerywania kalibracji w dowolnym momencie skutkującą powrotem gotowości aparatu do pracy po wykonaniu niezbędnych czynności przygotowawczych), jak i czas przygotowania się do tej gotowości, podlegać może wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli w ocenie Zamawiającego oświadczenie

Odwołującego budzi wątpliwości czy nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji producenta. Powyższe wyjaśnienie jest tym bardziej uzasadnione z uwagi na poprzednie doświadczenia oraz ze względu na fakt, iż Odwołujący nie powołał się na dokumentację techniczną aparatu potwierdzającą w sposób stanowczy zarówno gotowość do pracy aparatu po przerwaniu kalibracji, jak i czas przygotowania się do tej gotowości.

#### Pkt 34 załącznika nr 2 do SIWZ

W pkt 34 Zamawiający postawił warunek stałej gotowości do pracy. Warunek ten nie został jednak przez niego sprecyzowany. Zdaniem Izby parametr ten oznacza, iż aparat jest dostępny do wykonania badań w cyklu 24-godzinnym, z wyłączeniem jednak czasu niezbędnych do wykonania czynności, jak np. kalibracja, czynności konserwacyjne. Tym samym należy podzielić stanowisko Odwołującego, iż parametry określone w pkt 30 i 34 mają charakter rozdzielny, ponieważ np. w czasie wykonywania kalibracji aparat nie jest gotowy do pracy, jednak brak tej gotowości wynika ze sposobu użytkowania aparatu zbieżnym w oferowanych urządzeniach. Równocześnie jednak Zamawiający słusznie zwrócił uwagę na powiązanie pkt 30 i 34 w przypadku, gdy czynność kalibracji zostanie przerwana (a taką funkcjonalność aparat musi obligatoryjnie posiadać), wówczas winien on odzyskać także gotowość do pracy. Jednak, zdaniem Izby, nie skutkuje to uznaniem, iż brak funkcjonalności przerwania kalibracji w każdym dowolnym momencie jest tożsamy z brakiem parametru stałej gotowości do pracy. Takiej gotowości do pracy aparat nie będzie też miał podczas czynności konserwacyjnych czy innych niezbędnych do wykonania, co do których Zamawiający nie wymagał możliwości ich przerwania w dowolnym momencie, co więcej ich przerwanie może nie być możliwe (np. czynności konserwacyjne).

#### Pkt 36 załącznika nr 2 do SIWZ

W pkt 36 Zamawiający wymagał, aby aparat posiadał oprogramowanie w języku polskim. W treści uzasadnienia odrzucenia oferty Zamawiający przyznał, iż aparat posiada menu w języku polskim, jednak zostało ono niedbale przetłumaczone, co wpływa na utrudnienie obsługi aparatu. W toku rozprawy podnosił, iż dowody przedkładane przez Odwołującego potwierdzają brak przetłumaczenia wszystkich określeń (np. test Hardware). W ocenie Izby Zamawiający nie może uznawać, iż podnoszone przez niego niedociągnięcia tłumaczenia przemawiają za uznaniem, iż aparat w ogóle nie posiada oprogramowania w języku polskim. Brak oprogramowania w języku polskim oznacza bowiem, iż oprogramowanie posługuje się językiem obcym w taki sposób, iż bez znajomości tego języka obsługa aparatu nie jest możliwa czy też znacząco utrudniona. Zamawiający okoliczności tej nie dowiódł, co więcej sam przyznał, iż w menu w języku polskim aparat jest wyposażony. Okoliczność, iż w

określeniach poszczególnych procedur pozostawiono anglojęzyczne sformułowania, nie świadczy, zdaniem Izby, o braku oprogramowania w języku polskim. Zamawiający nie wykazał również, w jakim zakresie aparat do takich sformułowań anglojęzycznych się odwołuje i że w istotny sposób wpływa to na obsługę aparatu. Co więcej argumentacja ta została zaprezentowana na rozprawie w oparciu o dowody przedłożone przez Odwołującego (zrzuty z ekranu analizatora), a nie dowody własne.

#### Pkt 37 załącznika nr 2 do SIWZ

W pkt 37 Zamawiający wymagał parametru - intuicyjna obsługa analizatora, nie określił jednak sposobu weryfikacji tego wymogu, nie wskazał, choćby przykładowo, czym kierował się będzie, oceniając ten parametr ani jakie elementy obsługi uznaje za niezbędne dla potwierdzenia jej intuicyjnego charakteru. Oceniając spełnienie tego wymogu, należy zatem uwzględnić potoczne rozumienie tego pojęcia, tj. że obsługa powinna być prosta, oparta na przejrzystych i logicznych zasadach, używane komendy powinny być jednoznaczne i zrozumiałe. Jak ustalono w toku postępowania obsługa aparatu odbywa się poprzez ekran dotykowy, aparat w komunikacji posługuje się ikonami obrazkowymi zawierającymi oznaczenia zrozumiałe dla personelu medycznego, posiada oprogramowanie w języku polskim. Zamawiający jako przesłankę nieuznania spełnienia tego parametru wskazywał, iż menu jest wprowadzone w języku polskim, ale jest ono zdecydowanie mało intuicyjne, zredagowane nieprecyzyjnie i przetłumaczone niedbale oraz iż trudno zrozumieć niektóre polecenia i komunikaty. Dodatkowym czynnikiem utrudniającym obsługę analizatora jest źle działający ekran dotykowy. Zamawiający nie podał jednak ani w treści uzasadnienia odrzucenia oferty ani w toku postępowania przed Izbą przykładów potwierdzających swoją ocenę. Odwołujący przedstawił natomiast opinie użytkowników potwierdzających przejrzystość oprogramowania i intuicyjny charakter obsługi. Opinie te istotnie zostały sporządzone na potrzeby powyższego postępowania odwoławczego, jednak pochodzą od podmiotów trzecich, które w żaden sposób nie były zobligowane do ich wydania. Odwołujący załączył także opinię nie związaną z ww postępowaniem udzieloną w 2009 roku na podstawie testów w Klinice Anestezjologii i Intensywnej Terapii Szpitala Uniwersyteckiego im. Antoniego Jurasza w Bydgoszczy, gdzie także potwierdzono, iż aparat jest prosty w obsłudze, bezawaryjny, posiada czytelne i przejrzyste oprogramowanie w języku polskim co pozwalało na obsługę i wykonywanie badań przez personel pielęgniarski. Równocześnie należy podkreślić, iż w przypadku aparatury medycznej nie sposób wymagać, aby obsługa nie wymagała szkoleń, czego zresztą Zamawiający nie kwestionował, a obowiązek przeprowadzenia szkoleń wynika także z załącznika nr 2 do SIWZ. W zakresie nieprawidłowo działającego podczas testów ekranu dotykowego analizatora nie sposób przesądzić, czy jest

to wada aparatu w ogóle, czy też nieprawidłowość dotycząca konkretnego urządzenia. Niewątpliwie prawidłowo i sprawnie działający ekran dotykowy jest elementem istotnym w procesie obsługi analizatora, zwłaszcza w warunkach oddziału intensywnej terapii, jednak wnioski z testów nie mogą w tym zakresie determinować oceny oferty. W razie nieprawidłowego funkcjonowania ekranu Zamawiającemu przysługuje procedura reklamacyjna. Podkreślić należy, iż skoro Zamawiający nie przewidział w toku oceny ofert testów oferowanych aparatów, to i w tym zakresie zdał się niejako na opinię wykonawców kwalifikujących przedmiot swojej oferty jako spełniający parametr intuicyjnej obsługi oraz wnioski, jakie mógł wywieść z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów. W razie wątpliwości mógł również odwołać się do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwracając się o bardziej szczegółowe uzasadnienie spełnienia parametru. Nie był jednak uprawniony uczynić podstawą oceny w tej mierze doświadczeń i wrażeń z przeprowadzanych testów

#### Pkt 38 załącznika nr 2 do SIWZ

W pkt 38 załącznika nr 2 Zamawiający określił parametr podlegający ocenie, który nie był parametrem granicznym, a zatem nie mógł stać się podstawą do odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. Jediną sankcją mogło być zatem nieprzyznanie za powyższy parametr punktów, co przyznał sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i potwierdził na rozprawie. Ewentualne nieprzyznanie Odwołującemu punktów za ten parametr jako niezwiązane bezpośrednio ze skutkiem w postaci odrzucenia oferty Odwołującego nie podlega rozpoznaniu i ocenie przez Izbę w świetle brzmienia art. 180 ust. 2 ustawy Pzp ograniczającego zakres zaskarżenia w postępowaniu odwoławczym w tzw. postępowaniach podprogowych do czynności wyraźnie tam wymienionych. Ocena oferty Odwołującego (punktacja) nie mieści się w tym katalogu.

Uwzględniając powyższe stwierdzić należy, iż Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu



odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz.U. Nr 41 poz. 238), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł.

**Przewodniczący:**

.....