

**WYROK**

**z dnia 29 czerwca 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Honorata Łopianowska**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o. o. w Warszawie od czynności zamawiającego Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 2 Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie

przy udziale wykonawcy przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1 oraz dokonanie ponownej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o. o. w Warszawie;
2. kosztami postępowania obciąża Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie i nakazuje:
  - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o. o. w Warszawie;
  - 2) dokonać wpłaty kwoty 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o. o. w Warszawie, stanowiącej zwrot wpisu uiszczanego przez odwołującego oraz uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
  - 3) dokonać wpłaty kwoty 3 791 zł 54 gr (słownie: trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt jeden złotych pięćdziesiąt cztery grosze) przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 2 Pomorskiej

Akademii Medycznej w Szczecinie, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz stawiennictwa na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz.1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawę: 1) odczynników do badań z zakresu chemii klinicznej wraz z dzierżawą dwóch analizatorów z wyposażeniem, 2) odczynników do wykonywania badań immunochemicznych na analizatorze VIDAS PC, 3) zestawów do oznaczania mikroalbuminy w moczu metodą immunochromatograficzną, 4) zestawów kapilar oraz magnesów do badania gazometrycznego” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa, wynosi 442.566,81 EURO.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 61-090511 w dniu 27 marca 2010r.

Pismem z dnia 8 czerwca 2010r., które doręczono odwołującemu faksem w tej samej dacie zamawiający powiadomił odwołującego o wynikach oceny ofert i odrzuceniu jego oferty.

W dniu 16 czerwca 2010r. odwołujący wniósł odwołanie, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu, od czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu, polegających na odrzuceniu jego oferty oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie. W ocenie odwołującego, zamawiający dopuścił się następujących naruszeń prawa przy dokonywaniu wspomnianych czynności:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję;
2. art. 89 ust. 1 ust.2 ustawy poprzez bezprawne odrzucenie oferty odwołującego;
3. art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy tj. dokonanie wyboru oferty firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez bezprawne nieodrzućenie (zaniechanie odrzucenia) oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert. Ma to doprowadzić do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, następnie wyboru oferty odwołującego i udzielenia mu niniejszego zamówienia publicznego. Zdaniem odwołującego, w wyniku ponownej oceny ofert, oferta

wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. winna zostać odrzucona albowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jak również z uwagi, że jest niedoszacowana co oznacza, że jest obciążona błędem w obliczeniu ceny. Jako argumenty dotyczące bezpodstawnego odrzucenia jego oferty odwołujący podał, że uzasadnienie merytoryczne tej decyzji przeczy wymaganiom określonym przez zamawiającego w SIWZ. W Załączniku nr 6 do SIWZ (Opis wymaganych parametrów granicznych analizatorów i odczynników), w punkcie 3 (Wyposażenie dodatkowe) zamawiający dokładnie wyspecyfikował sprzęt jaki ma być zaoferowany dodatkowo wraz z analizatorami, wskazując: „*Stacja uzdatniania wody (pełen koszt serwisowania stacji wodnej ponosi Wykonawca), o ile aparat wymaga współpracy ze stacją wody*” zaś w następnych punktach wyliczono specyficznie: -jedno urządzenie klimatyzujące - 2 sztuki wirówek laboratoryjnych -1 zestaw komputerowy. Ilość oferowanych stacji uzdatniania wody została więc, zdaniem odwołującego przez zamawiającego narzucona i określona jako 1. Podał odwołujący, że niejasne jest sformułowanie użyte przez zamawiającego w Zawiadomieniu o wyborze ofert najkorzystniejszych, mówiące o tym, że: „*prawidłowo powinny być zaoferowane 2 sztuki stacji uzdatniania wody, gdyż do pracy każdego analizatora wymagana jest oddzielna stacja uzdatniania wody*” Jego pierwsza część jest w sprzeczności z zapisami SIWZ, w drugiej części zamawiający określa w jakiej konfiguracji powinien pracować sprzęt produkowany przez oferenta. Podkreślił odwołujący, że oferowane na rynku stacje uzdatniania wody występują w wielu wersjach, podstawowym parametrem różniącym jest wydajność, mogąca wynosić przykładowo 10, 20 lub 35 litrów na godzinę. Pojedynczy analizator c4000 zużywa w czasie rutynowej pracy (w czasie wykonywania około 800 oznaczeń na godzinę) 15 litrów wody na godzinę, a w pozostałym czasie, przy mniejszym obciążeniu badaniami zużycie to spada do kilku litrów na godzinę. Wg danych z SIWZ Zamawiający będzie wykonywał średnio ok. 1800 badań na dobę, więc odpowiednio dla 2 pracujących analizatorów zapotrzebowanie na uzdatnioną wodę wynosi 30 litrów na godzinę. Instalując jedną stację uzdatniania wody o wydajności 35 litrów na godzinę i podłączając do niej przez trójnik 2 analizatory, zapotrzebowanie na wodę będzie w pełni zapewnione. Wskazano, że w oferowanym zestawie przewidziany jest też zasobnik buforowy na wodę uzdatnioną. Dla przykładowej objętości tego zbiornika wynoszącej 100 litrów, jest to dodatkowa ilość uzdatnionej wody dostępna w całości w każdym momencie, ewentualnie wystarczająca do pracy 1 analizatora (wykonującego około 800 oznaczeń na godzinę) przez ponad 6 godzin. Podał odwołujący, że powyższa konfiguracja jest możliwa do zastosowania przy umieszczeniu obu analizatorów w jednym pomieszczeniu jak i dla rozmieszczenia analizatorów w 2 różnych pomieszczeniach.

W zakresie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. podał odwołujący, że treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ; że jest ona

niedoszacowana, tym samym kumulatywnie należy dokonać kwalifikacji, że jest obciążona błędem w obliczeniu ceny - wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. zaoferował bowiem 11 opakowań testu do oznaczania dwuwęglanów, a powinien zaoferować co najmniej 18 opakowań. Zaniżenie ilości powoduje niedoszacowanie oferty o kwotę 1638,00 PLN netto. Wskazał odwołujący, że w pozycji 21 *Formularza cen jednostkowych* oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., w kolumnie 6 wykonawca podał, że stabilność opakowania odczynnika do oznaczania dwuwęglanów na pokładzie analizatora wynosi 6 tygodni; zaoferowane 11 opakowań wystarczy więc na 66 tygodni, podczas gdy dwuletni okres umowy to 104 tygodnie. Oferta nie pokrywa więc zapotrzebowania na badania 38 tygodniowego (z całego 104 tygodniowego) okresu trwania umowy.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie, wykazując swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, podnosząc, że zamawiający słusznie odrzucił ofertę odwołującego, bowiem ta stoi w sprzeczności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przeciwnie twierdzenia spółki Abbott Laboratories wywodzone są z celowo zniekształconego przez tego wykonawcę brzmienia specyfikacji, w której w załączniku nr 6 do SIWZ w punkcie 3 jako wymagane wyposażenie dodatkowe znalazła się: „*Stacja uzdatniania wody (...) o ile aparat wymaga współpracy ze stacją wody.*” Zdaniem przystępującego, zamawiający nie narzucił, że wymaga jednej sztuki tej stacji. Zamawiający wskazał natomiast, że stacja jest konieczna jeśli bez tego urządzenia nie może się obyć analizator. Podniesiono dalej, że w odwołaniu zostało przyznane, że aparat ARCHITECT c400 nie może działać bez stacji uzdatniania wody. Skoro zostały zaoferowane dwie sztuki tych urządzeń, to logicznym jest że należało również objąć ofertą dwie stacje uzdatniania wody.

Dwa analizatory biochemiczne Architect c4000 wykorzystują zasoby wody w ilości (wg Materiałów reklamowych firmy Abbott) 15 L/godz. pracy dla każdego w trakcie pracy rutynowej; a stacja wody jest integralną częścią analizatora wykorzystującego tak duże ilości wody w trakcie pracy, oferując dwa analizatory konieczne było zatem zaoferowanie do każdego z nich niezależnej stacji. Jest to szczególnie istotne przy równoległej pracy obydwu analizatorów w laboratorium, w razie awarii stacji wody - oba analizatory firmy Abbott będą wyłączone z pracy. Nawet w przypadku stosowania dodatkowych rozwiązań jak: dodatkowe, buforowe zabezpieczenie w dużych zbiornikach zewnętrznych (której to alternatywy zamawiający nie dopuszczał i nie może być to uznane za właściwe) - ta woda też może się skończyć uniemożliwiając prowadzenie oznaczeń, czy też stosując bezpośredni pobór wody przez filtry, nie doprowadzając dla analizatorów wody do jakości wymaganej przez procedury analityczne.

Wskazano, że twierdzenia odwołującego świadczą o wariantowym charakterze jego oferty. Dlatego oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odnosząc się do zarzutu zaoferowania przez przystępującego zbyt małej ilości opakowań testu do oznaczania dwuwęglanów (11, zamiast 18), podniesiono, że jest całkowicie chybiony - zaoferowana przez Przystępującego ilość odczynników jest wystarczająca. Zgodnie z ulotką testu: *Przechowywanie i trwałość CO2-L w temp. 2 - 8°C: do daty ważności na etykiecie cobas c pack, Używany i schłodzony w analizatorze: 6 tyg.* Jednak nie można zapominać, że termin ważności odczynnika wynosi >4 miesiące. W SIWZ przewidziano tylko 1200 ozn. dwuwęglanów /rok, natomiast wielkość kasety to 250 ozn., co oznacza to, że kasety nie musi, a wręcz nie powinna być cały czas na pokładzie analizatora (odczynniki w urządzeniu c501 mogą być dostawiane w trakcie pracy), lecz przechowywana w lodówce, a wtedy łączny czas przydatności wyniesie cztery miesiące. Jednocześnie wskazano, że zamawiający jest w pełni zabezpieczony na wypadek gdyby jakiegokolwiek materiału zabrakło w trakcie wykonywania umowy: w rozdziale II Opis przedmiotu zamówienia, w pkt. 2 Zamawiający zastrzegł bowiem, że w *przypadku niedoszacowania przez Wykonawcę ilości i zakresu asortymentowego odczynników, kalibratorów, kontroli, materiałów zużywalnych, umożliwiających wykonanie ilości badań podanej przez Zamawiającego w SIWZ Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć je nieodpłatnie na własny koszt w terminie nie dłuższym niż 7 dni roboczych od daty zgłoszenia przez Zamawiającego.* Odpowiedni zapis w tym zakresie znajduje się także we wzorze umowy. Zatem jeśli podczas realizacji umowy, ze względu na zbyt długie pozostawienie odczynnika na pokładzie analizatora, okaże się że odczynników nie wystarczy na pokrycie całego zapotrzebowania, to zamawiający ma roszczenie wobec wykonawcy o nieodpłatne dostarczenie brakującej ilości.

Powyższe zastrzeżenia zawarte w SIWZ należy brać pod uwagę oceniając treść złożonych ofert. Nie wolno zapominać, że każdy wykonawca dobierał ilość opakowań uwzględniając również praktykę laboratoryjną. Skoro Zamawiający nigdzie w SIWZ nie wymagał, aby liczba odczynników była uzależniona ściśle od ich trwałości wyłącznie na pokładzie analizatora, to wykonawcy mieli prawo uznać, że w tym zakresie należy przyjąć standardy powszechnie stosowane w laboratoriach analitycznych oraz fakt dążenia każdego zamawiającego do oszczędnego administrowania odczynnikami, a więc i swoimi środkami pieniężnymi.

Zamawiający pismem z dnia 24 czerwca 2010r. uwzględnił w całości zarzuty odwołania. Od powyższej czynności, na podstawie art. 185 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych przeciw złożył wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego - Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie, w związku z czym odwołanie podlegało rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na rozprawie w dniu 29 czerwca 2010r. strony podtrzymały swoje stanowiska. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego uzupełnił wcześniejszą argumentację, podnosząc że zaofiarowana ilość odczynników jest wystarczająca z tego względu, że uwzględnia ona zabieg tzw. Kalibracji, który pozwala używać odczynników po otwarciu i umieszczeniu ich na pokładzie analizatora dłużej niż 6 tygodni, poprzez przełożenie odczynnika z jednego do drugiego analizatora.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia a przede wszystkim oferty złożone przez wykonawców jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 27 marca 2010r. (data zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego oraz w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy *ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, uwzględniając stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Oba zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się uzasadnione z następujących powodów:

1. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, na gruncie analizowanej sprawy odrzucenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty odwołującego nastąpiło z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, które miało wpływ na wynik postępowania.

I tak, zamawiający w prowadzonym postępowaniu zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (vide: specyfikacja istotnych warunków zamówienia, załącznik 6 pkt 1 „Wymagania stawiane ANALIZATOROM” oraz pkt 3 „Wyposażenie dodatkowe”) następujące wymaganie co do zaoferowanego sprzętu: „2 w pełni automatyczne, jednakowe (jednej linii produkcyjnej) analizatory biochemiczne” oraz co do wyposażenia dodatkowego: „Stacja uzdatniania wody (pełen koszt serwisowania stacji wodnej ponosi Wykonawca), o ile aparat wymaga współpracy ze stacją wody”. W dalszej części specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający zamieścił zapisy, z których wynika, że przedmiotem zamówienia jest „dostawa odczynników, materiałów (...) wraz dzierżawą dwóch analizatorów wraz wyposażeniem dodatkowym: stacją uzdatniania wody (o ile analizatory wymagają współpracy ze stacją uzdatniania wody)\*, 2 szt. wirówek (...)” (vide: specyfikacja istotnych warunków zamówienia, Rozdział II OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, zadanie nr 1); „na podstawie umowy dzierżawy Wykonawca dostarczy i zainstaluje stację uzdatniania wody (pełen koszt serwisowania stacji wodnej ponosi Wykonawca), o ile aparat wymaga współpracy ze stacją wody” (vide: specyfikacja istotnych warunków zamówienia, załącznik nr 2 Wymagania, parametry oceniane, OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, pkt 24). Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga, że zamawiający w zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w miejscach oznaczonych „\*” wskazywał na konieczność skreślenia odpowiedniej formuły, w zależności od tego, czy oferowany aparat będzie wymagał dla swojej pracy stacji uzdatniania wody.

Odwołujący w ofercie zaoferował dwie sztuki analizatorów ARCITECT c4000, zaopatrzonych w jedną stację uzdatniania wody.



W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, wbrew twierdzeniom stron (odwołującego - że zamawiający narzucił ilość stacji uzdatniania wody jako jedną, oraz przystępującego, który wykazywał, że wymagano dwóch stacji) przyjęć należało że w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w powyższym zakresie w ogóle nie narzucono ilości stacji uzdatniania wody.

Zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w powyższym zakresie dopuszczają różne rozwiązania techniczne dotyczące zaoferowanych analizatorów, które mają być przez zamawiającego dzierżawione: zarówno analizatory wykorzystujące do działania wodę jak i działające zupełnie bez wody. Brzmienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia wydaje się być w powyższym zakresie elastyczne, dając swobodę wykonawcom co do zaoferowanych rozwiązań technicznych rzeczonych analizatorów. Z przeprowadzonego postępowania wynika, że intencją zamawiającego było uzyskanie możliwości przeprowadzania odpowiednich analiz z wykorzystaniem wdzierżawionego sprzętu, niezależnie od tego na jakiej zasadzie będzie on działał, przy czym całość spraw związanych z działaniem tego sprzętu, jego instalacją, zapewnieniem urządzeń dodatkowych niezbędnych do jego sprawnego działania zgodnie z przeznaczeniem i potrzebami zamawiającego (jak np. stacji uzdatniania wody – jeśli jest ona niezbędna do działania analizatora) przerzucono na wykonawcę wyłonionego w postępowaniu, czyniąc go odpowiedzialnym za prawidłowe funkcjonowanie analizatorów.

Zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia wydają się być wyrazem swoistej pragmatyki zamawiającego: jego oczekiwaniem było otrzymanie możliwości korzystania z analizatorów (na podstawie umowy dzierżawy), zdolnych do użytku bez dodatkowych czynności i prac adaptacyjnych lub konieczności zamontowania dodatkowych urządzeń, niezależnie od sposobu zapewnienia przez wykonawcę tej funkcjonalności. Dodatkowo, niewątpliwym jest, że analizowane zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia mają charakter warunkowych – uzależniają zaoferowanie stacji uzdatniania wody od rodzaju analizatorów i potrzeb związanych z ich funkcjonowaniem. W świetle tak ujętego brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonawcy mieli swobodę co do ilości stacji uzdatniania wody i zastosowaniu przy nich rozwiązań technicznych zapewniających funkcjonowanie analizatorów zgodne z ich przeznaczeniem i wymaganiem zamawiającego. W świetle brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuszczalne było zaoferowanie takiej ilości i takich stacji uzdatniania wody, jakie są niezbędne do poprawnego funkcjonowania analizatorów. Zamawiający nie narzucił tu wykonawcom rozwiązań, zabezpieczył jedynie swój interes poprzez wymaganie, aby analizatory nadawały się do użycia zgodnie z przeznaczeniem, a więc były zaopatrzone w odpowiednią stację lub stacje uzdatniania wody, jeśli tylko wymagają jej (lub ich) do swojej pracy oferowane analizatory. Wniosek taki wynika z analizy treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia. Potwierdzeniem powyższego jest wskazanie przez zamawiającego, że przygotowując specyfikację istotnych warunków zamówienia chciał aby zaoferowano stację uzdatniania wody która zapewni sprawne funkcjonowanie analizatorów. Zamawiający w powyższym zakresie zdawał się położyć akcent jedynie na stronę funkcjonalną analizatorów, nie narzucając wykonawcom sposobu jej zapewnienia (analizatory z użyciem wody lub bez), o ile tylko zapewniony zostanie dostęp do tej wody, jeśli analizatory tego wymagają do swojej pracy.

Nie znalazła, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzenia argumentacja zaprezentowana przez przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcę - Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie, zgodnie z którą zamawiający miał mieć zapewnioną ciągłość działania analizatorów bez przerwy, spowodowanej np. awarią sprzętu czy brakiem wody. Taki wniosek nie wynika bowiem – wbrew twierdzeniom przystępującego – z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co więcej, zamawiający przyznał na rozprawie, że zaoferowane dwa analizatory działające z jedną wspólną stacją uzdatniania wody wyczerpują jego potrzeby. Skoro zatem to zamawiający jest gospodarzem prowadzonego przez siebie postępowania, ustala jego kształt (w tym przede wszystkim zakres i przedmiot zamówienia), wie najlepiej, czego oczekiwał od wykonawców i jakiego przedmiotu wymagał oraz wolę tę wyraził w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to bezpodstawnym zdaje się być doszukiwanie innych zamiarów i intencji aniżeli tak zaprezentowane.

Skład orzekający nie dopuścił wnioskowanego przez przystępującego wniosku dowodowego z wyciągu oferty złożonej przez ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na okoliczność, że zapisy specyfikacji powinny być dla odwołującego zrozumiałe - powinny sugerować o obowiązku zaoferowania dwóch stacji uzdatniania wody a nie jednej, uwzględniając sposób ofertowania w innych postępowaniach o podobnych postanowieniach SIWZ, uznając że teza dowodowa w nim wyrażona nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia kwestii spornych w tym postępowaniu, w szczególności nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania sposób i zakres oferty złożonej przez Odwołującego w innym postępowaniu wobec innego zamawiającego, nieznane są także zapisy SIWZ. Działając na podstawie art. 188 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu sporządzanego dla potrzeb innego postępowania oraz przez inny podmiot zamawiający nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy odwoławczej.

Z tego względu należało uznać, że zaoferowanie przez odwołującego dwóch analizatorów, zaopatrzonych w jedną stację uzdatniania wody wyczerpuje wymagania stawiane treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Tym samym, decyzję zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należało uznać za nieuzasadnioną, co skutkowało orzeczeniem o nakazaniu zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1 oraz dokonania ponownej oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. W odniesieniu do drugiego zarzutu wyartykułowanego w odwołaniu, wskazującego na istnienie podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie, dostrzec w pierwszym rzędzie należało, że zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w znajdującym zastosowanie zakresie, w załączniku nr 6 „OPIS WYMAGANYCH PARAMETRÓW GRANICZNYCH ANALIZATORÓW ORAZ ODCZYNNIKÓW” – pkt 2 „Wymagania stawiane odczynnikom” stawiały następujące wymaganie wobec odczynników: *termin przydatności odczynników minimum 4 miesięczny okres ważności, licząc od daty dostarczenia towaru do zamawiającego; (...) ilość opakowań odczynników dostosowana do terminu ważności odczynników po otwarciu na pokładzie analizatora i ilości wykonywanych badań wg Formularza cen jednostkowych (...)*” (vide: specyfikacja istotnych warunków zamówienia, załącznik nr 6 pkt 2). Bezpodstawne jest zatem twierdzenie przystępującego wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie, iż *zamawiający nigdzie w SIWZ nie wymagał, aby liczba odczynników była uzależniona ściśle od ich trwałości wyłącznie na pokładzie analizatora*, skoro specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w cytowanym brzmieniu wyraźnie nakładała taki obowiązek, a dodatkowo w Formularzu cen jednostkowych wykonawcy mieli wskazać właśnie okres trwałości zestawów odczynników na pokładzie analizatora.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie w złożonej ofercie zawarł w Formularzu cen jednostkowych, w pkt 21 oświadczenie o zaoferowaniu 11 opakowań odczynników do oznaczania dwuwęglanów, wskazując w kolumnie „*Trwałość zestawu na pokładzie od momentu otwarcia*” okres 6 tygodni.

Na rozprawie przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie podał, że zaoferowana przez niego ilość odczynników do oznaczania poziomu dwuwęglanów (11 opakowań) jest wynikiem kalkulacji zakładającej okres używania odpowiedniego odczynnika przez dłuższy czas aniżeli 6 tygodni, co ma być wynikiem odpowiednich czynności w analizatorze (kalibracji). Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że zaoferowana łączna ilość 11 opakowań testów, przy założeniu że każdy z nich posiada stabilność opakowania odczynnika wynoszącą 6 tygodni (vide: Formularz cen

ofertowych w ofercie Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie) wystarczyłaby na 66 tygodni, podczas gdy czas trwania umowy to 2 lata czyli 104 tygodnie. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie wykazywał natomiast, że zabieg tzw. kalibracji umożliwi korzystanie z odczynników przez dłuższy czas aniżeli okres wskazanej stabilności odczynnika (6 tygodni), to jest aż do upływu terminu ich ważności (min 4 miesiące), co zaspokaja w pełni zapotrzebowanie zamawiającego na odczynniki przez cały dwuletni okres trwania umowy. Przystępujący podniósł na rozprawie, że założono, że odczynniki po umieszczeniu ich w analizatorze mogą być przechowywane przez 6 tygodni, a potem ponownie mogą być przełożone do drugiego analizatora i przez kolejne 6 tygodni mogą znajdować się w tym analizatorze byleby nie przekroczyły terminu ważności 4 miesięcy. Wymaga to jednak dodatkowej czynności skalibrowania, który to proces ma na celu wyznaczenie wartości mierzalnych substancji biologicznych. Przełożenie kasety z odczynnikiem do drugiego analizatora po upływie 6 tygodni miało, zdaniem przystępującego spowodować, że ten drugi analizator skalibruje odczynnik przy pierwszym badaniu (ustali pewne zakresy dla materiałów biologicznych, jakie mogą być ustalone za pomocą tego odczynnika). Powyższe rozumowanie przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie potwierdził składając na rozprawie kalkulację w zakresie ilości zaoferowanych odczynników w rozliczeniu do dwuletniego czasu trwania umowy z uwzględnieniem czynności kalibracji (vide: *Kalkulacja nr 1 – Główne kryterium oceny – trwałość odczynników Odczynnik: dwuwęglany – CO2 – LNr kat. 03289923190 firmy Roche*). Kalkulacja zakłada 22 kalibracje wykonywane przez zamawiającego w celu opisanego wyżej „gospodarnego” wykorzystania zaoferowanych 11 opakowań odczynników tak, by wystarczyły one na cały dwuletni okres trwania umowy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie sposób podzielić takiej argumentacji przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Oczekiwanie, że zamawiający będzie w odniesieniu do każdego opakowania odczynników do oznaczania dwuwęglanów co sześć tygodni przeprowadzał czynność przekładania każdego opakowania z jednego analizatora do drugiego w celu dokonania wspomnianej kalibracji jest zarówno sprzeczne z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i nieracjonalne: wymagałoby bowiem sprawowania dodatkowej pieczy w zakresie terminów umieszczenia odpowiedniego odczynnika w analizatorze, przełożenia go do drugiego analizatora i dokonania czynności kalibracji; dodatkowo powodowałoby ryzyko nieprawidłowego wykonania badań. Tymczasem specyfikacja istotnych warunków zamówienia w załączniku 6 pkt 2 zawiera wyraźne wymagania dostarczenia takiej ilości odczynników, by starczyło ich na cały okres trwania umowy, przy

uwzględnieniu terminu ważności tych odczynników po otwarciu na pokładzie analizatora. Jeśli zatem wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie wskazał w ofercie, w Formularzu cen jednostkowych trwałość zestawu po otwarciu na pokładzie analizatora równą 6 tygodni, to prezentowana przez niego argumentacja nie zasługuje na uwzględnienie, a przeciwnie – potwierdza, że wskazana trwałość wynosi 6 tygodni, co przy ilości 11 zaoferowanych zestawów dowodzi niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia

Równie niezasadna jest argumentacja przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie, zgodnie z którą, w razie braku odczynnika zamawiający może skorzystać z przewidzianej we wzorze umowy jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (opis przedmiotu zamówienia) możliwości nieodpłatnego dostarczenia dodatkowych odczynników. Istotnie, w rozdziale II Opis przedmiotu zamówienia, w pkt. 2 zamawiający zawarł zapis o treści: *„w przypadku niedoszacowania przez Wykonawcę ilości i zakresu asortymentowego odczynników, kalibratorów, kontroli, materiałów zużywalnych, umożliwiających wykonanie ilości badań podanej przez Zamawiającego w SIWZ Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć je nieodpłatnie na własny koszt w terminie nie dłuższym niż 7 dni roboczych od daty zgłoszenia przez Zamawiającego.”* Podobnie, we wzorze umowy w § 3 zastrzeżono: *„1. Wykonawca oświadcza, że ilości i asortyment odczynników podane w formularzu cen jednostkowych stanowiącym załącznik do umowy umożliwią wykonanie przez Zamawiającego ilości badań określonej w SIWZ. Ryzyko nieprawidłowego ustalenia ilości odczynników niezbędnych do wykonania badań, o których mowa w § 1 ust. 1 obciąża Wykonawcę. 2. W przypadku niedoszacowania przez Wykonawcę ilości i zakresu asortymentowego odczynników umożliwiających wykonanie ilości badań podanej przez Zamawiającego w SIWZ Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć je nieodpłatnie na własny koszt w terminie nie dłuższym niż 7 dni roboczych od daty zgłoszenia przez Zamawiającego. 3. Ilości badań podane przez Zamawiającego w formularzu cen jednostkowych mają charakter orientacyjny i Zamawiający ma prawo zamówić mniejsze ilości odczynników, z tym, że nie mniej niż 70 % ilości podanej przez Wykonawcę w formularzu cen jednostkowych.”*

Dostrzec jednak trzeba w tym miejscu, że zawarte we wzorze umowy a także w specyfikacji istotnych warunków zamówienia rozwiązanie ma walor „awaryjnego”, na wypadek gdyby z nieprzewidywanych powodów ilość między innymi odczynników okazała się niewystarczająca. Te zapisy jednakże nie mogą służyć zastępowaniu oświadczenia wykonawcy o zaoferowaniu odpowiedniej ilości odczynników. W przeciwnym bowiem wypadku oferty złożone przez wykonawców byłyby nieporównywalne.

Tym samym, decyzję zamawiającego o uznaniu za najkorzystniejszą oferty niezgodnej, ze wskazanymi wyżej względów ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia należało uznać za

sprzeczną z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe skutkowało orzeczeniem o nakazaniu zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 1 oraz dokonania ponownej oceny złożonych ofert, w której zamawiający winien uwzględnić wskazaną okoliczność.

Krajowa Izba Odwoławcza dopatrzyła się zatem naruszenia w działaniach zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w związku z art. 186 ust. 6 pkt 3 b ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) 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 rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238). Kosztami postępowania obciążono wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w Warszawie, po myśli art. 186 ust. 6 pkt 3 b ustawy Prawo zamówień publicznych, skoro odwołanie okazało się uzasadnione a podmiot ten złożył sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

**Przewodniczący:**

.....