

WYROK

z dnia 18 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 maja 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2012 r.

przez wykonawcę: **Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Zachodniopomorskie Centrum Onkologii, 71-730 Szczecin, ul. Strzałowska 22**

przy udziale wykonawcy: **Siemens spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: Roche Diagnostics Polska sp. z o.o z siedzibą w Warszawie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Roche Diagnostics Polska sp. z o.o z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od odwołującego: Roche Diagnostics Polska sp. z o.o z siedzibą**

w Warszawie na rzecz **zamawiającego: Zachodniopomorskiego Centrum Onkologii w Szczecinie** kwotę **3798 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) 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 – Zachodniopomorskie Centrum Onkologii w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę sprzętu medycznego dla Centrum Diagnostyki i Terapii Nowotworów Piersi (oznaczenie: sprawy: PN 9/12).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10 marca 2012 r. pod nr 2012/S_49-080167, z tym, że 6 marca 2012 r. Zamawiający przesłał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, a także zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.onkologia.szczecin.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia ustalonego zgodnie z zasadami wynikającymi z ustawy pzp przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

24 kwietnia 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przekazał Odwołującemu – Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej również w skrócie „Roche”) – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania, w tym dla pakietu nr 2, dotyczącego 1 szt. analizatora moczu, dla którego za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Siemens spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanej dalej również w skrócie „Siemens”), a ofertę Roche sklasyfikowano na drugim miejscu.

4 maja 2012 r. (pismem z 2 maja 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od następująco sprecyzowanych czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie pakietu nr 2, które spowodowały naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp:

1. Dokonania wyboru oferty Siemens, pomimo że nie jest najkorzystniejsza.
2. Zaniechania odrzucenie oferty Siemens.
3. Zaniechania wykluczenia Siemens.
4. Zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Wykluczenia Siemens i odrzucenia jego oferty.

3. Dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty podając następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że wybrana przez niego oferta Siemens jest sprzeczna z treścią s.i.w.z., a także, że Wykonawca ten nie został wykluczony z postępowania, pomimo że podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na jego wynik, gdyż odnoszą się do zapewnienia o bezwzględnie wymaganych właściwościach przedmiotu oferty.

Przedmiotem zamówienia w pakiecie nr 2 (dla laboratorium) jest jedna sztuka analizatora moczu, którego parametry szczegółowo określono w załączniku nr 1 do s.i.w.z. Wśród tych wymagań wymieniono m.in. *drukowanie danych kalibracji* (pkt 12 tabeli wymagań funkcjonalnych, strona 55 s.i.w.z.). Ponadto przewidziano obowiązek złożenia katalogów zawierających oferowany sprzęt, z określeniem parametrów technicznych tego sprzętu, w katalogu należało wskazać, na których stronach znajdują się ww. informacje (pkt 7 tabeli z informacjami serwisowymi, strona 56 s.i.w.z.). Parametr 12 to w toku postępowania był przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego z 26 marca 2012 r. Wpłynęło następujące pytanie (nr 20): *Prosimy o doprecyzowanie czy Zamawiający stawiając wymóg – „drukowanie danych kalibracji”, wymaga wydruku kalibracji zawierającej wartości dla poszczególnych parametrów? Szczegółowy raport kalibracji daje operatorowi możliwość właściwej weryfikacji odczytu danego parametru i szybsze usunięcie ewentualnej przyczyny powstałego błędu.* Zamawiający odpowiedział w następujący sposób: *Weryfikacja może być dowolna, tak na bazie informacji graficznej jak i liczbowej, do porównania z danymi wzorcowymi.*

Do oferty Siemens, której przedmiotem jest analizator moczu Clinitek Advantus, został załączony wypełniony załącznik nr 1, w którym potwierdzono spełnianie wszystkich parametrów i zapewniono, że są odzwierciedlone w przedstawionym katalogu. Wspomniany katalog zawiera opis tego analizatora, jednak, wbrew temu czego oczekiwał Zamawiający, nie wskazano w nim, na których stronach znajdują się informacje o parametrach technicznych. Ponadto w tym dokumencie nie ma mowy o możliwości drukowania danych kalibracji (parametr 12). W tym zakresie jest tylko adnotacja na temat automatycznej kalibracji, czego nie można kwalifikować jako informacji na temat wydruków z analizatora.

Powyższe wątpliwości spowodowały wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień. Wykonawca Siemens w odpowiedzi podał, że o spełnianiu punktu 12 załącznika nr 1 świadczy fragment katalogu w którym jest mowa o *drukarce termicznej oraz automatycznej kalibracji*. Jego zdaniem te dwie cechy są równoznaczne z informacją o

możliwości drukowania danych kalibracji. Niemniej Siemens złożył dodatkowy katalog, w którym znalazła się następująca informacja: *Automatyczna kalibracja, z wydrukiem danych kalibracji trybie liczbowej do porównania z danymi wzorcowymi.*

W ocenie Odwołującego analizator moczu Clinitek Advantus nie spełnia parametru nr 12 załącznika nr 1 do s.i.w.z., a tym samym treść oferty Siemens jest w tym zakresie niezgodna z treścią s.i.w.z., a ponadto uznać należy, że wykonawca potwierdzając spełnianie tej funkcjonalności podał nieprawdę, mającą wpływ na wynik przetargu.

Po pierwsze – sama możliwość wykonania automatycznej kalibracji jak i posiadanie przez urządzenie drukarki termicznej, nie stanowią że analizator może drukować dane kalibracji. Fakt wyposażenia w drukarkę nie świadczy, że można na niej wykonać dowolne wydruki, tak co do formy, jak i treści. Następnie – wydruk danych kalibracji nie może być dowolnym dokumentem, lecz musi zawierać szczegółowe informacje na temat wykonanej kalibracji. Uwzględniając odpowiedź na pytanie 20 z 26 marca 2012 r., mogą one mieć postać graficzną lub liczbową – Zamawiający nie wprowadzał w tym zakresie żadnych ograniczeń, jednak wyraźnie wymagał aby te dane (konkretne wartości) były drukowane przez analizator. Wydaje się to być niesporne w kontekście treści uzupełnienia dokonanego przez firmę Siemens, którego nie można jednak uznać za wiarygodne. Analizator Clinitek Advatus nie posiada możliwości drukowania danych kalibracji, ani graficznych ani liczbowych tym bardziej do porównania z danymi wzorcowymi. Jediną informację związaną z kalibracją jaką otrzymuje operator jest wydrukowana data i godzina. Wynika to z instrukcji obsługi tego analizatora oraz samego wydruku potwierdzenia kalibracji. Odwołujący załączył do odwołania 1 stronę instrukcji i przykładowy wydruk na okoliczność niezgodności treści oferty Siemens z treścią s.i.w.z. oraz podania nieprawdziwych informacji w załączniku nr 1. Informacji o możliwości drukowania danych kalibracji nie ma w dokumentach producenta (instrukcjach, katalogach itp.) i pojawiła się dopiero w folderze przygotowanym na potrzeby niniejszego postępowania przez samego Wykonawcę. Ponadto stosowne oświadczenie zostało wyraźnie dopisane do jakiegoś funkcjonującego wcześniej dokumentu, o czym świadczy jego niegramatyczne sformułowanie (przytoczone powyżej). Oczywiście może to być wynikiem omyłki pisarskiej, zważywszy jednak na wagę dokumentu (nie sposób uznać, że wykonawca zlekceważył problem), bardziej prawdopodobna jest teza, że niejednoznaczny zapis ma w przyszłości zabezpieczać Siemens przed egzekwowaniem parametru na etapie dostawy sprzętu. W istocie bowiem analizator Clinitek Advatus nie drukuje danych kalibracji (co potwierdza załączony wydruk), a oświadczenie odmienne Siemens jest nieprawdziwą informacją.

Odwołujący podniósł, jak zaznaczył, z ostrożności, że Siemens nie był oficjalnie wzywany do uzupełnienia katalogu wymaganego w punkcie 7 tabeli z informacjami serwisowymi, a jedynie do wyjaśnienia swojej oferty. Dodatkowy katalog złożył więc z własnej inicjatywy, czym potwierdził, że w ofercie nie ma właściwego dokumentu, ale zarazem wykroczył poza granice wezwania które otrzymał od Zamawiającego. Mając jednak na uwadze, że art. 26 ust. 3 pzp nie ma zastosowania gdy oferta podlega odrzuceniu, należy uznać, że wezwanie nie powinno mieć miejsca, a więc możliwość uzupełnienia katalogu została wyłączona. Jednak nawet jeśli Zamawiający mógł dokonać ustalenia w kwestii odrzucenia tylko po wcześniejszej próbie uzyskania właściwego katalogu z zaznaczonymi parametrami, to wezwania do uzupełniania dotychczas nie sformułował. Oznacza to, że przy ocenie sprawy nie należy się kierować dokumentem przedłożonym z własnej inicjatywy przez wykonawcę, a bazować należy na wyjaśnieniu (które jest całkowicie niewiarygodne) oraz na samej ofercie, w której nie ma potwierdzenia parametru nr 12. Powyższe umacnia tylko żądania odwołania o konieczności dokonania ponownej oceny ofert.

14 maja 2012 r. (pismem z 11 maja 2012 r.) Zamawiający przesłał do Izby pisemną odpowiedź na odwołanie – wnosząc o jego oddalenie, a także w następujący sposób odnosząc się merytorycznie do zarzutów odwołania.

Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie może uznawać za niewiarygodne oświadczeń zawartych w ich treści. Może natomiast, zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp żądać wyjaśnień dotyczących ich treści. Z takiego prawa Zamawiający skorzystał, co zostało zresztą potwierdzone w treści odwołania. Wykonawca Siemens odpowiadając 24 kwietnia 2012 r. na wezwanie Zamawiającego, jak również odnosząc się do treści przekazanej mailem notatki Roche (późniejszego Odwołującego) – potwierdził spełnianie wymogu wydruku danych z kalibracji. Potwierdzenie zostało zawarte w treści samej odpowiedzi, jak i dołączonego do niej dodatkowego dokumentu. Nie jest rolą Zamawiającego dokonywanie oceny formy gramatycznej dokumentów dołączanych do odpowiedzi. Zamawiający nie może negocjować treści odpowiedzi, ani jej formy. Zdaniem Zamawiającego mogła być ona udzielona w formie pisemnego oświadczenia i uzupełniona o dokumenty źródłowe. W toku badania ofert potwierdzono jedynie, że odpowiedź, wraz z załącznikami potwierdza treść oferty złożonej uprzednio i nie stanowi jej zmiany.

Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej dysponował informacjami wystarczającymi dla potwierdzenia spełniania przez analizator moczu Clinitec Advantus wszystkich wymaganych specyfikacją parametrów – w tym, kwestionowaną przez Roche,

Sygn. akt KIO 912/12

możliwością wydruku danych z kalibracji. Działanie Zamawiającego nie naruszyło więc postanowień art. 7 ust. 1, art. 2 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp.

Po wpłynięciu odwołania, mając na względzie zachowanie staranności w trakcie przygotowania do ewentualnego postępowania odwoławczego i wyjaśnienie ewentualnych dalszych wątpliwości Odwołującego, Zamawiający zwrócił się do firmy Siemens o przedłożenie kopii wydruku procesu kalibracji zawierającego dane tego procesu, a następnie także o potwierdzenie, że wydruk ten jest dostępny z poziomu operatora urządzenia. Otrzymane odpowiedzi potwierdzają całkowitą bezprzedmiotowość zarzutów zawartych w treści odwołania. Dołączona do treści jednej z odpowiedzi kopia wydruku z przebiegu procesu kalibracji jest całkowicie odmienna od kopii dołączonej do odwołania, co nasuwa przypuszczenie, że Odwołujący nie miał pełnej wiedzy o procedurach związanych z eksploatacją analizatora moczu będącego przedmiotem konkurencyjnej oferty. Zamawiający załączył kopie pism skierowanych 8 i 10 maja 2012 r. oraz uzyskanych od Siemens odpowiedzi.

4 maja 2012 r. Zamawiający wezwał pozostałych wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym, przekazując im równocześnie kopię odwołania. 7 maja 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez Wykonawcę Siemens sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, który wniósł o oddalenie odwołania.

Przy braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz wobec dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia Wykonawcy Siemens do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba

Sygn. akt KIO 912/12

przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte odwołaniu, odpowiedzi na odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w zakresie części 2 zamówienia (pakiet nr 2), która została sklasyfikowana na drugim miejscu. Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec podniesienia zarzutów nakierowanych na wyeliminowanie z postępowania Przystępującego i jego oferty. Z kolei zaniechanie wykluczenia Przystępującego i odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., odpowiedzi na pytania do s.i.w.z., oferty Przystępującego Odwołującego, wezwań skierowanych przez Zamawiającego do Przystępującego przed wyborem jego oferty i po wniesieniu odwołania, udzielonych przez Przystępującego odpowiedzi.

Izba wzięła również pod uwagę dowody przedstawione przez Odwołującego i Przystępującego na rozprawie, dokonując oceny ich znaczenia dla rozstrzygnięcia o zarzutach odwołania.

Oprócz przytoczonego powyżej pytania nr 20 kwestii kalibracji analizatora moczu tyczyło się pytanie nr 100 (z opisanego poniżej pisma): *Czy Zamawiający wymaga, aby*

Sygn. akt KIO 912/12

oferowany analizator posiadał automatyczną kalibrację aparatu bez użycia dodatkowych materiałów lub pasków kalibracyjnych co pozwala na bardzo ekonomiczne wykorzystywanie pracy analizatora w trakcie jego wykorzystywania w rutynowej pracy?

Udzielono na nie następującej odpowiedzi: *Zamawiający nie stawia wymagań dotyczących trybu kalibracji.*

Ponadto w piśmie z 4 kwietnia 2012 r. (oznaczone DAG/ 382/24/2012) Zamawiający udostępnił wykonawcom także wykonawcom następujących wyjaśnień treści s.i.w.z. na pytania dotyczące załącznika nr 1 do s.i.w.z. – szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia.

Pytanie 114: *Czy w sytuacji kiedy wymagana dokumentacja nie zawiera potwierdzenia wszystkich parametrów technicznych czy Zamawiający wyrazi zgodę by oferent dołączył również oświadczenie potwierdzające, iż oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania techniczne Zamawiającego?*

Odpowiedź nr 114: *Zamawiający wyraża zgodę na oświadczenie uzupełniające, jednoznacznie i precyzyjnie wskazujące, nie ujęte w dokumentacji, parametry spełniane przez przedmiot oferty.*

Pytanie nr 115: *Czy Zamawiający odstąpi od wymogu załączenia do oferty instrukcji używania wyrobu medycznego? Informujemy, że instrukcje obsługi dostarczone będą, zgodnie z §5 pkt 1. Projektu umowy wraz z dostawą sprzętu.*

Odpowiedź nr 115: *Zamawiający wyraża zgodę na rezygnację z wymogu dołączenia do oferty instrukcji używania wyrobu. Instrukcję zostaną dostarczone Zamawiającemu wraz z dostawą (w formie papierowej i elektronicznej). Do oferty należy dołączyć informacje na temat wymaganej przez producenta częstotliwości przeglądów technicznych.*

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie można stwierdzić, że złożona przez Siemens oferta na drugą część zamówienia podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, z uwagi na to, że analizator moczu Clinitek Advantus nie spełnia wymagania funkcjonalnego opisanego w s.i.w.z. jako *drukowanie danych kalibracji*. Udzielane następnie przez Zamawiającego wyjaśnienia treści s.i.w.z. dotyczące tego wymagania, nie spowodowały jego

doprecyzowania. Po pierwsze – pytanie nr 20 zmierzało do ustalenia odpowiedniej szczegółowości drukowanego raportu z kalibracji, co miałyby operatorowi analizatora ułatwić weryfikację błędnego odczytu danego parametru i szybsze usunięcie przyczyny powstałego błędu. Zamawiający w odpowiedzi nie dookreślił poziomu szczegółowości danych ujętych na wydruku z kalibracji, zastrzegając tylko, że ma umożliwiać porównanie z danymi wzorcowymi. Jednocześnie Zamawiający dopuścił prezentację tych danych zarówno w formie graficznej, jak i liczbowej. Po drugie – z odpowiedzi na pytanie nr 100 wynika, że Zamawiający nie stawiał żadnych wymagań odnośnie trybu kalibracji, tzn. czy będzie wymagał zużycia dodatkowych materiałów lub pasków kalibracyjnych, czy też będzie miał charakter automatyczny.

Pomimo obszernej argumentacji odwołania, rozszerzonej dodatkowo na rozprawie, Odwołujący nie udowodnił, że zaoferowany przez Przystępującego analizator Clintec Advantus nie spełnia powyższego wymagania wynikającego z pkt 12 tabeli wymagań funkcjonalnych załącznika nr 1 do s.i.w.z. W szczególności bezpodstawne okazało się wytłuszczone w odwołaniu zdanie: *Analizator Clintek Advantus nie posiada możliwości drukowania danych kalibracji, ani graficznych ani liczbowych tym bardziej do porównania z danymi wzorcowymi.* Jest ono prawdziwe jeżeli weźmie się pod uwagę wyłącznie standardową *Instrukcję obsługi [06555623 (133942 wersja C), wrzesień 2009-11]*, której wybrane strony złożył na rozprawie Odwołujący wraz z przykładowym wydrukiem. Z tej instrukcji rzeczywiście wynika, że *kalibracja aparatu przeprowadzana jest automatycznie przed każdym analizowanym paskiem testowym (strona 9), kalibracja głowic odczytujących odbywa się bezpośrednio przed odczytem każdego paska testowego, a po wybraniu opcji Calibration confirmation (Potwierdzenie kalibracji) – zostanie wydrukowana data i godzina kalibracji (strona 35).* Jak wynika z przykładowego wydruku – z potwierdzeniem, że kalibracja się udała (dopisek w jęz. ang. *calibration successful*).

Jak się jednak okazuje, zaszyte w urządzeniu Clinitek Advantus funkcje nie ograniczają się do tych standardowo udostępnianych użytkownikom. Istnieje również odrębna i nowsza *Instrukcja serwisowa Analizatora Clinitek Advantus: Konserwacja, regulacja i naprawa [132410, Wer. A, 2011-11]*, w której przewidziano możliwość przeprowadzenia testu *Strip Walk Test*, za pomocą którego *dokonuje się kalibracji analizatora przy użyciu 10 suchych pasków testowych, przy czym po określeniu przez analizator pozycji wszystkich 10 pasków wobec obu głowic odczytowych, urządzenie analizuje otrzymane dane i dokonuje wydruku tych danych za pomocą wewnętrznej drukarki (strona 2 tłumaczenia przysięgłego fragmentu instrukcji złożonego na rozprawie przez*

Przystępującego, strony 4-54 i 4-54 oryginalnej instrukcji). W instrukcji tej opisano również znaczenie danych liczbowych zamieszczonych na przedstawionym na rys. 4-30 wydruku raportu z testu *Strip Walk Test*, który zaprezentowano w następującej postaci: *Dane pozycyjne paska, RH1 4 5 4 5 4 4 4 4 4 4, RH2 4 4 4 4 4 4 4 4 4 4, Średnia odczytów RH1=4,2, Średnia odczytów RH2=4,0, Test Strip Walk Test=B.* Pod rysunkiem zamieszczono następujące objaśnienie: *Kolejne 2 linie oznaczają średnie wartości pozycji dla 10 odczytów dokonanych przez każdą z głowic odczytowych: Średnia odczytów RH1 i Średnia odczytów RH2. Ostatnia linia dotyczy testu Strip Walk Test = X, gdzie X jest równie jednej z 3 wartości A, B lub C. Wartości te oznaczają różne zestawy kryteriów: (...). UWAGA: Wszystkie nowe analizatory zostały poddane wygrzewaniu wstępnemu, w którym blok napędowy przechodzi 8000 cykli roboczych. Podczas obsługi serwisowej stosuje się inny zestaw kryteriów dla nowych zespołów bloku napędowego, inny dla zespołów po przejściu poniżej 8000 cykli, i jeszcze inny dla używanych zespołów po przejściu 8000 cykli roboczych. Przy kryteriach stosowanych w przypadku używanych zespołów bloku napędowego bierze się poprawkę na normalne zużycie części. W przypadku analizatora z nowym zespołem bloku napędowego wynik testu musi wynieść *Strip Walk Test = A.* Jeśli wynik wynosi B lub C, wówczas uważa się, że analizator nie przeszedł testu *Strip Walk Test.* W przypadku analizatora z używanym zespołem bloku wynik testu musi wynieść *Strip Walk Test = A* lub *Strip Test Walk = B.* Jeśli wynik testu wynosi *Strip Test Walk = C,* wówczas uważa się, że analizator nie przeszedł testu *Strip Walk Test.* W przypadku gdy analizator nie przechodzi przedmiotowego testu, wówczas należy dokonać regulacji płyty głównej bloku napędowego lub dokonać wymiany bloku napędowego. Przykładowy raport został przedstawiony przez Przystępującego 9 maja 2012 r. w odpowiedzi na wystosowaną po wniesieniu odwołania przez Zamawiającego prośbę o przedłożenie wydruku procesu kalibracji analizatora moczu CLINITEC Advantus, dokonanego przez ten analizator o zawierające dane kalibracji aparatu (w formie graficznej lub liczbowej). Przedstawiony wydruk zawierał 4 oddzielne grupy danych opatrzone kolejno nagłówkami: *READHED TEST, CHANNEL A-D COUNTS, CHANNEL A-D COUNTS* oraz *Strip Position Data.* W tej ostatniej części podano następujące dane: *RH1 5 5 4 5 5 5 5 4 5, RH2 4 4 4 5 4 5 4 4 3 3, RH1 Ave.=4.8.* Z kolei 10 maja 2012 r. Zamawiający zwrócił się o potwierdzenie, że dołączony do odpowiedzi wydruk danych kalibracji jest dostępny z poziomu operatora urządzenia (pracownika laboratorium szpitalnego) każdorazowo – po zakończeniu procesu kalibracji. Wątpliwości Zamawiającego wzbudził fakt dołączenia do odpowiedzi także instrukcji z angielskojęzycznej wersji instrukcji serwisowej, gdyż ten rodzaj instrukcji (w przeciwieństwie do np.: wskazywanej w SIWZ*

instrukcji eksploatacji) nie jest przeznaczony dla użytkownika urządzenia, lecz dla pracownika specjalistycznego serwisu autoryzowanego przez producenta. W odpowiedzi Przystępujący 10 maja 2012 r. ponownie oświadczył, że potwierdza spełnianie przez analizator Clinitek Advantus pkt 12 wymagań funkcjonalnych analizatora moczu, a nadto wyjaśnił, że załączony w poprzedniej odpowiedzi wydruk liczbowych danych kalibracyjnych jest możliwy do wydruku z poziomu Operatora (pracownika laboratorium szpitalnego) po zakończeniu każdego procesu kalibracji. Wydruk jest możliwy po wyborze przez Użytkownika odpowiedniego okna, podaniu kodu dostępu i wyborze opcji wydruku danych kalibracyjnych. Kod dostępu jest udostępniany Użytkownikowi podczas szkolenia. Do wydruku danych kalibracyjnych nie jest konieczna obecność pracownika specjalistycznego serwisu producenta analizatora (...), a może być wykonywana przez Operatora w dowolnym czasie pracy.

Odwołujący na rozprawie bezskutecznie usiłował wykazać, że nie jest to kalibracja (nie precyzując jednak jak rozumie termin *kalibracja*), przedstawiając pisma prezentujące stanowiska dwóch diagnostów, którzy wypowiedzieli się na temat powyżej opisanego 4-częściowego wydruku oraz stron 4-54 i 4-55 instrukcji serwisowej. W piśmie z 16 maja 2012 r. dr nauk medycznych Barbara Sałacińska (diagnosta laboratoryjny, analityk kliniczny) wyraziła na wstępie przypuszczenie, że dotyczą one obsługi serwisowej aparatu, która powinna być wykonana po 8000 cyklach badawczych, tzn. po około 3 miesiącach pracy. A następnie stwierdziła: *Wydruki, oczywiście pochodzą z aparatu (nagłówek wydruku), ale nie stanowią danych kalibracji. Są raczej informacją o regulacji, czytelną tylko dla osób zajmujących się gwarantowanym przez firmę serwisem. Na podstawie informacji zawartych na tym wydruku, pracownik firmowego serwisu koryguje ustawienie głowic nad polami testowymi, sprawdza dane pozycji pasków i odczyty kanału analogowo-cyfrowego. Jako wieloletni Kierownik Pracowni Analityki Ogólnej w Instytucie Centrum Zdrowia Matki Polki w Łodzi, zgodnie z posiadaną wiedzą i doświadczeniem nabytym podczas użytkowania podobnego sprzętu uważam, że pracownik laboratorium nie posiada uprawnień do prowadzenia tak zaawansowanych czynności serwisowych wykraczających poza codzienną obsługę i konserwację użytkowanego aparatu. W podobny sposób wypowiedziała się 17 maja 2012 r. mgr Lucyna Drażek kierownik laboratorium NZOZ Mazowieckiego Szpitala Onkologicznego Uczelni Warszawskiej im. Marii Skłodowskiej-Curie: ... jest to wydruk z aparatu Clinitek Advantus z „części serwisowej” do której ma dostęp serwis. Po naprawie analizatora lub po przeglądzie serwisowym, serwis ma obowiązek sprawdzenia poprawności działania całego toru pomiarowego. Przesłany w pliku wydruk z analizatora jest*

sprawdzeniem poprawności działania lamp pomiarowych urządzenia i innych części pomiarowych, które znajdują się w urządzeniu. Serwis sprawdza wartości na wydruku czy mieszczą się w granicach przyjętych przez normę. Test ten nie dotyczy kalibracji aparatu.

Izba zważyła, że wyrażone w tych pismach opinie zostały wyrażone, jak wynika z ich treści, bez odniesienia do wymagania sprecyzowanego w s.i.w.z. jedynie jako drukowanie danych w jakiegokolwiek postaci (liczbowej lub graficznej), umożliwiające porównanie z danymi wzorcowymi, przy czym nie dookreślono jakie to mają być dane. Biorąc pod uwagę, że według instrukcji serwisowej analizatora Clinitek Advantus test *Strip Walk Test* służy kalibracji analizatora, brak podstaw do stwierdzenia niespełniania parametru obowiązującego w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Być może taka kalibracja nie stanowi kalibracji, o której myślały osoby wyrażające powyższe stanowiska, nie oznacza to jednak, że nie spełnia parametru opisanego w s.i.w.z. obowiązującej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Nadto z opinii tych wynika przede wszystkim, że osoby je wyrażające nie znają się na możliwościach wynikających z dostępu do ustawień serwisowych analizatora, z góry uważając je za niedostępne i niezrozumiałe dla pracownika laboratorium obsługującego aparat. Zupełnie nieprzekonujący jest pogląd Odwoływającego, że kalibracja jako taka nie może mieścić się w ramach czynności regulacyjnych objętych instrukcją serwisową. Odwoływający bezpodstawnie również twierdził, że kalibracja opisana w instrukcji serwisowej może być przeprowadzana co 8 tys. cykli badań. Z przytoczonych powyżej fragmentów tego dokumentu wynika jedynie, że taka liczba ma wpływ na sposób interpretacji wyników kalibracji, a nie na samą możliwość jej przeprowadzenia. Odwoływający nie był w stanie także podważyć prawdziwości deklaracji Przystępującego o tym, że po otrzymaniu stosownego kodu i odpowiedniego przeszkolenia pracownik laboratorium uzyska dostęp do wydruku danych kalibracyjnych opisanych w instrukcji serwisowej.

Z przedstawionych na rozprawie dowodów wynika niewątpliwie, że automatyczna kalibracja jest procesem odrębnym od kalibracji testem *Strip Walk Test*. Ta pierwsza dotyczy każdego paska testowego z odczytnikiem, który będzie skanowany, co wynika ze strony 35 instrukcji obsługi dotyczącej kalibracji: *Kalibracja głowic odczytujących odbywa się bezpośrednio przed odczytem każdego paska testowego. Na stoliku pomiarowym analizatora, bezpośrednio pod każdą z głowic, znajdują się dwa białe pola kalibracyjne. Kiedy pasek testowy znajdzie się pod głowicą odczytującą, analizator odczytuje pola kalibracyjne i dokonuje kalibracji dla cyklu skanowania. Analizator skanuje pasek z odczytnikiem i zachowuje dane w pamięci.* Natomiast druga kalibracja, jak wynika z powyżej przytoczonego opisu z instrukcji serwisowej, przeprowadzana jest w miarę potrzeb za

pomocą 10 suchych pasków testowych. Zamawiający nie sprecyzował jednak wymaganej częstotliwości kalibracji, natomiast odnośnie trybu jej przeprowadzenia wręcz wprost oświadczył, że nie ma w tym zakresie żadnych preferencji. Oznacza to, że dopuścił różne tryby jej przeprowadzenia, przy czym z co najmniej jednego trybu kalibracji wymagał możliwości wydrukowania jej danych.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 pzp, choć z odwołania wynika, że chodzi w istocie o to, że Przystępujący wezwany jedynie do wyjaśnień, załączył do nich także inny katalog, niż załączony do oferty. Izba ustaliła, co następuje. 23 kwietnia 2012 r. Zamawiający, wskazując, że działa na podstawie art. 87 ust. 1 pzp, zwrócił się do Siemens w następujący sposób: *Brak odpowiedzi na pkt. 7 – informacji serwisowych, proszę o wskazanie stron w katalogach*. Natomiast 24 kwietnia 2012 r. Zamawiający przesłał do Siemens otrzymaną od Roche notatkę, prezentującą okoliczności podniesione później w odwołaniu. W odpowiedzi 24 kwietnia 2012 r. Siemens przesłał, jako spełnienie pkt 7 informacji serwisowych, materiały informacyjne producenta załączone do oferty, na których zaznaczono odniesienia do parametrów z opisu przedmiotu zamówienia, a także nowy, bardziej szczegółowy katalog producenta, z zaznaczeniem tych odniesień. W pierwotnie załączonym katalogu *Potwierdzona niezawodność i więcej możliwości. Analizator moczu CLINITEK Advantus*, obejmował parametry z pkt 1, 2, 3, 9 i 13 tabeli wymagań funkcjonalnych. W uzupełnionym 2-stronicowy dokument *Analizator parametrów chemii moczu CLINITEK Advantus* znalazły się odniesienia do pozostałych pkt 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, w tym pkt 12 w postaci sformułowania *automatyczna kalibracja, z wydrukiem danych kalibracji w trybie liczbowej do porównania z danymi wzorcowymi*.

Nie ulega wątpliwości, że pierwotnie załączony katalog nie odzwierciedlał wszystkich parametrów funkcjonalnych. Skoro jednak Zamawiający przyjął i ocenił pozytywnie uzupełniony katalog, to brak podstaw by wywodzić negatywne skutki dla Przystępującego tylko na tej podstawie, że formalnie wezwanie nie wskazywało przepisu art. 26 ust. 3 pzp. Izba zważyła, że złożenie tego dodatkowego dokumentu niewątpliwie ma związek z przesłaniem przez Zamawiającego, w ślad za wezwaniem do wyjaśnień, notatki otrzymanej od Odwołującego. Izba zważyła nadto, że w istocie pełne potwierdzenie wszystkich parametrów funkcjonalnych określonych w s.i.w.z. może wynikać z zażądanych w pkt 8 *Informacji serwisowych* instrukcji obsługi oraz dokumentacji technicznej, które Przystępujący, zgodnie z przyzwoleniem Zamawiającego, zobowiązał się dostarczyć przy dostawie aparatu.

Izba stwierdziła, że naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp jest wywodzone wyłącznie z tych samych okoliczności faktycznych, co naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, w istocie zatem

jest to jeden i ten sam zarzut. Podstawa wykluczenia związana ze złożeniem nieprawdziwych informacji została przywołana przy tym instrumentalnie w celu wykazania braku możliwości ewentualnego wezwania do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. W konsekwencji brak wystąpienia zarzucanej niezgodności treści oferty Przystępującego z treścią s.i.w.z. przesądza o braku zaistnienia przesłanki wykluczenia go z postępowania za nieprawdziwe informacje, sprowadzające się do braku spełnienia wymagania drukowania danych kalibracji. W ocenie Izby natomiast enigmatyczne i niegrammatyczne sformułowanie z uzupełnionego katalogu: *automatyczna kalibracja, z wydrukiem danych kalibracji w trybie liczbowej do porównania z danymi wzorcowymi* – nie jest wystarczające do stwierdzenia zaistnienia złożenia nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami § 3 pkt 1 i 2 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), obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie faktury VAT, a także koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, na podstawie złożonego do akt potwierdzenia dokonania rezerwacji i opłacenia biletów lotniczych.

Przewodniczący: