

Sygn. akt: KIO 1392/23

**WYROK**  
z dnia 1 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2023 r. przez odwołującego: **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Postępu 21b 02676 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wielospecjalistyczny Szpital – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu** (ul. Lubańska 1112, 59900 Zgorzelec), przy udziale wykonawcy: **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wskazanego w odwołaniu w punkcie II.3 (a) dotyczącego oceny w pkt 7 Tabeli nr 14 załącznika nr 3 do SWZ i odrzucenia oferty wykonawcy Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.; Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazuje: (1) unieważnienie czynności wyboru oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. i (2) powtórzenie czynności oceny ofert; W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczanego od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** na rzecz odwołującego: **Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** koszty postępowania odwoławczego w kwocie **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem uiszczanego przez odwołującego wpisu od odwołania w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Sygn. akt: KIO 1392/23

**Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w dniu 18 maja 2023 r. przez odwołującego: **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Wielospecjalistyczny Szpital – Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Zgorzelcu** na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Zakup odczynników do badań biochemicznych, immunochemicznych wraz z dzierżawą modułów biochemiczno immunochemicznych, UPS ów, stacji uzdatniania wody, systemu informatycznego wraz z komputerami oraz innym sprzętem technicznym pomocniczym”. Numer referencyjny: 2/ZP/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 21/02/ 2023 Nr: 2023/S-037-108546. Odwołujący w punkcie II. odwołania zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez bezpodstawny brak jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty Roche, podczas gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 239 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie oferty Roche za najkorzystniejszą, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona;
3. ewentualnie, jeżeli KIO uzna zarzut wskazany w pkt II. 1 za niezasadny:
  - (a) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Abbott, jako rzekomo niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta ta jest zgodna z warunkami zamówienia;
  - (b) art. 233 ust. 1 PZP przez niezasadne odstąpienie od zażądania wyjaśnień od Abbott, podczas gdy w związku z powyższymi wątpliwościami co do zgodności oferty Abbott z warunkami zamówienia, wystąpienie o wyjaśnienia było obowiązkiem Zamawiającego, zaś gdyby z takim wnioskiem wystąpił, nie doszłoby do odrzucenia oferty Abbott;
4. art. 16 ust. 1 PZP poprzez nierówne traktowanie Abbott i Roche przez Zamawiającego, co doprowadziło do błędnego odrzucenia oferty Abbott i uznania oferty Roche za najkorzystniejszą, podczas gdy Zamawiający powinien traktować wykonawców w sposób równy.

Wniósł w punkcie III. odwołania o uwzględnienie zarzutów i wniosków Abbott przez Zamawiającego w trybie autokontroli, jako oczywiście zasadnych. W punkcie IV. Odwołania wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia uznania oferty Roche za najkorzystniejszą, a także nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty Roche oraz unieważnienia przetargu. Ewentualnie — jeżeli KIO uzna zarzut wskazany w pkt II.1 odwołania za niezasadny — wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie uznania oferty Roche za najkorzystniejszą, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Abbott, a także nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert. Ponadto w punkcie V. odwołania wniósł o przeprowadzenie dowodów wyszczególnionych w uzasadnieniu niniejszego odwołania na okoliczności tam wskazane.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał w szczególności:

**I. KWESTIA ZGODNOŚCI SPRZĘTU KOMPUTEROWEGO Z SWZ ORAZ RÓWNEGO TRAKTOWANIA WYKONAWCÓW**

1. Zgodnie z opisem przygotowania ofert zawartym na stronie 1 Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ):  
*Brak określenia TAK (jeżeli oferowany parametr jest identyczny z parametrem wymaganym) lub brak opisu konkretnego oferowanego parametru w kolumnie „Parametr oferowany” będzie traktowany jako brak danego parametru w oferowanym sprzęcie lub innego wymogu wymaganego przez Zamawiającego. Nie spełnienie któregokolwiek z parametrów, spowoduje odrzucenie oferty.*

2. Powyższe oznacza, że ocena zgodności złożonych ofert z SWZ w zakresie spełniania parametrów wymaganych jest dokonywana przez Zamawiającego na podstawie „prawdy formalnej”. Wynika to z tego, iż zgodnie z przywołanym postanowieniem SWZ decydujące znaczenie ma treść złożonej oferty, a nie prawda materialna, czyli faktyczne spełnianie wymagań SWZ przez zaoferowane elementy przedmiotu zamówienia.

3. W pkt 7 Tabeli nr 14 Załącznika nr 3 do SWZ Zamawiający wymagał, aby każdy z zaoferowanych komputerów posiadał zainstalowany dysk o pojemności minimum 256 GB. Abbott nie wypełnił kolumny „Parametr oferowany” — rubryka ta pozostała pusta (pomimo tego, że zaoferowany przez Abbott model komputera o kodzie producenta HP 6B2F8EA#AKD spełnia ten wymóg). Zamawiający zastosował regułę z SWZ wskazaną w pkt 1 powyżej i uznał, że oferta Abbott nie spełnia tego wymogu. W konsekwencji Zamawiający odrzucił ofertę Abbott bez zwrócenia się do Abbott o wyjaśnienia i bez weryfikacji, czy zaoferowane przez Abbott komputery spełniają wzmóg wskazany w pkt 7 Tabeli nr 14.

4. W pkt 1 Tabeli nr 13 Załącznika 3 do SWZ Zamawiający wskazał wymagania graniczne dla serwera głównego i zapasowego. W kolumnie „Parametr oferowany” Roche nie wpisał ani „TAK” ani nie opisał konkretnych oferowanych parametrów. Roche ograniczył się do podania nazwy jednego oferowanego produktu, jego producenta, roku produkcji, wartości netto oraz wartości brutto. Roche nie potwierdził zatem spełniania warunków granicznych przez oferowany serwer. Stosując regułę z SWZ wskazaną w pkt 1 powyżej, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Roche jako nie spełniającą wymogów granicznych dotyczących serwerów.

5. W pkt 2 Tabeli nr 13 Załącznika 3 do SWZ Zamawiający wskazał wymagania graniczne dla zasilaczy UPS. W kolumnie „Parametr oferowany” Roche nie wpisał ani „TAK” ani nie opisał konkretnych oferowanych parametrów. Stosując regułę z SWZ wskazaną w pkt 1 powyżej, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Roche.

6. W pkt 3 Tabeli nr 13 Załącznika 3 do SWZ Zamawiający wskazał wymagania graniczne dla czytników zleceń OMR. W kolumnie „Parametr oferowany” Roche nie wpisał ani „TAK” ani nie opisał konkretnych oferowanych parametrów. Stosując regułę z SWZ wskazaną w pkt 1 powyżej, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Roche.

7. W pkt 4 Tabeli nr 13 Załącznika 3 do SWZ Zamawiający wskazał wymagania graniczne dla czytników kodów kreskowych. W kolumnie „Parametr oferowany” Roche nie wpisał ani „TAK” ani nie opisał konkretnych oferowanych parametrów. Stosując regułę z SWZ wskazaną w pkt 1 powyżej, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Roche.

8. W pkt 4 Tabeli nr 14 Załącznika nr 3 do SWZ (Wymogi graniczne dla 19 szt. komputerów) Zamawiający wskazał, że warunkiem granicznym jest, aby oferowane komputery nie posiadały ekranu dotykowego. Zgodnie z instrukcją zawartą w kolumnie „Parametr oferowany” Roche w celu potwierdzenia spełniania tego parametru powinien wpisać „TAK”. Zamiast tego Roche wpisał „NIE”. Stosując regułę z SWZ wskazaną w pkt 1 powyżej, Zamawiający powinien odrzucić ofertę Roche. Co więcej, pismem z dnia 20 kwietnia 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Roche m.in. z pytaniem o to, czy zaoferowany przez Roche ekran jest ekranem bez funkcji dotykowej. W odpowiedzi z dnia 24 kwietnia 2023 r. Roche wskazał wprost, że zaoferowany ekran jest ekranem dotykowym. Mimo tej oczywistej niezgodności z SWZ, Zamawiający nie odrzucił oferty Roche.

9. W pkt 3 Tabeli nr 17 Załącznika nr 3 do SWZ (Wymogi graniczne dla drukarki laserowej — małej sieciowej — szt. 1) Zamawiający wskazał, że warunkiem granicznym jest, aby oferowana drukarka nie posiadała opcji druku w kolorze. Zgodnie z instrukcją zawartą w kolumnie „Parametr oferowany” Roche w celu potwierdzenia spełniania tego parametru powinien wpisać „TAK”. Zamiast tego Roche wpisał „NIE”. Stosując regułę z SWZ wskazaną w pkt 1 powyżej Zamawiający powinien odrzucić ofertę Roche.

10. W pkt 5 Tabeli nr 18 Załącznika nr 3 do SWZ (Wymogi graniczne dla urządzenia wielofunkcyjnego dużego — szt. 2) Zamawiający wskazał, że warunkiem granicznym jest, aby oferowana drukarka nie posiadała opcji druku w kolorze. Zgodnie z instrukcją zawartą w kolumnie „Parametr oferowany” Roche w celu potwierdzenia spełniania tego parametru powinien wpisać „TAK”. Zamiast tego Roche wpisał „NIE”. Stosując regułę z SWZ wskazaną w pkt 1 powyżej Zamawiający powinien odrzucić ofertę Roche.

11. Zamawiający nie odrzucił oferty Roche. W świetle wskazanego w pkt 1 powyżej postanowienia SWZ przesłanki odrzucenia oferty Roche wskazane w pkt 4-10 powyżej są tożsame z przesłanką, na podstawie której Zamawiający odrzucił ofertę Abbott, wskazaną w pkt 3 powyżej. W każdym z tych przypadków dany wykonawca nie wpisał „TAK” (lub — alternatywnie — nie opisał konkretnych oferowanych parametrów) w kolumnie „Parametr oferowany”.

12. Co więcej, w kwestii przesłanki odrzucenia oferty Roche wskazanych w pkt 8-10 powyżej, Zamawiający prowadził z Roche korespondencję, w której wskazywał, jakich odpowiedzi oczekuje od Roche. Po uzyskaniu takich odpowiedzi Zamawiający de facto dokonał zmiany treści oferty złożonej przez Roche, co jest niedopuszczalne.

13. Zgodnie z art. 16 pkt 1 PZP zamawiający przeprowadza postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

14. Opisane powyżej działania Zamawiającego stanowią jaskrawy przykład nierównego traktowania wykonawców. Analogiczne błędy w ofertach Abbott i Roche skończyły się dla Abbott odrzuceniem oferty, zaś dla Roche nie miały jakichkolwiek negatywnych konsekwencji. W przypadku błędów Roche Zamawiający zwrócił się do Roche o wyjaśnienie oferty, suflując Roche właściwą odpowiedź, która tak naprawdę prowadziła do zmiany treści oferty Roche. W przypadku analogicznego błędu Abbott Zamawiający nie zwrócił się do Abbott o wyjaśnienie oferty.

15. Aby zapewnić równe traktowanie wykonawców, Zamawiający mógł:

(a) albo — zgodnie z postanowieniami SWZ dotyczącymi „prawdy formalnej” — odrzucić obydwie oferty jako niezgodne z SWZ na podstawie przesłanek wskazanych w pkt 3-10 powyżej;

(b) albo dokonać weryfikacji, czy zaoferowane przez wykonawców produkty spełniają odpowiednie wymogi graniczne SWZ i decydować o dorzuceniu lub nie danej oferty na podstawie „prawdy materialnej”.

16. Zamiast tego Zamawiający potraktował wykonawców skrajnie nierówno: oferta Abbott została odrzucona, zaś oferta Roche została wybrana jako najkorzystniejsza.

17. Takie nierówne i wybiórcze traktowanie wykonawców przez Zamawiającego jest nie tylko niegodne z PZP, ale też w konsekwencji prowadzi do bezzasadnego wyboru oferty, która w świetle kryteriów oceny ofert wskazanych w SWZ jest ofertą niższej punktowaną od oferty Abbott. Oferta Abbott jest bowiem ofertą korzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert ze względu na ilość punktów uzyskanych na podstawie parametrów ocenianych.

## II. KWESTIA SERWERA ZAOFEROWANEGO PRZEZ ROCHE

18. Zgodnie z wymaganiami SWZ wykonawcy powinni zaoferować dzierżawę dwóch serwerów. W pkt 1 Tabeli nr 13 Załącznika 3 do SWZ Zamawiający wymagał podania danych każdego z zaoferowanych serwerów (w kolumnie „Parametr oferowany”):

22. W piśmie z dnia 24 kwietnia 2023 roku Roche nie zawarł jakiegokolwiek oświadczenia, jakoby zaoferował dwa takie same serwery — odpowiedź udzielona przez Roche wskazuje natomiast, że zaoferowany został jeden serwer:

Ad. 5 Podana cena odnosi się do jednego serwera.

23. Takie samo stwierdzenie znalazło się w piśmie Roche z dnia 25 kwietnia 2023 roku. 3

24. Korespondencja pomiędzy Roche a Zamawiającym potwierdza, że Roche w swojej ofercie zaoferował tylko jeden serwer.

25. Powyższe dyskwalifikuje ofertę Roche i skutkuje koniecznością jej odrzucenia. Mimo to, oferta Roche nie została odrzucona przez Zamawiającego, czym naruszył on PZP.

### III. BRAK PODSTAW DO ODRZUCENIA OFERTY ABBOTT

26. Wskazane przez Zamawiającego rzekome błędy w ofercie Abbott dotyczą niespełnienia warunków granicznych: (i) częstotliwości serwisu wirówek laboratoryjnych nie rzadziej niż raz do roku; i (ii) wyposażenia każdego z 19 sztuk komputerów w dyski o pojemności 256 GB. Na podstawie tych zarzutów Zamawiający odrzucił ofertę Abbott. Zarzuty te są całkowicie bezzasadne.

#### *Odnosnie kwestii serwisowania wirówek*

27. Zamawiający zarzuca Abbott, jakoby oferta Abbott nie spełniała wymogów dotyczących serwisowania wirówek laboratoryjnych co najmniej raz w roku, wskazanych w pkt 2 oraz 4 Tabeli nr 11 Załącznika nr 3 do SWZ. Zarzuty dotyczące pkt 2 oraz 4 Tabeli nr 11 dotyczą tej samej kwestii — tego czy wirówki laboratoryjne będą serwisowane co najmniej raz w roku — zostaną zatem omówione łącznie.

28. Abbott uzupełnił pkt 2 i 4 Tabeli nr 11 w następujący sposób:

2	Wymagane jest bezpłatne serwisowanie zgodnie z wymogami producenta nie mniej niż jeden raz do roku. W ramach bezpłatnego serwisowania, wchodzi również materiały zużywalne, części, podzespoły wymagające wymiany podczas przeglądu urządzenia. Wszelkie wymagane aktualizacje oprogramowania, również są bezpłatne. Zamawiający nie będzie ponosił dodatkowych kosztów utrzymania urządzenia, poza czynszem dzierżawnym.	W OKRESIE GWARANCJI 24 M-CE - BEZPŁATNIE, W TRAKCIE GWARANCJI 24 m-ce PRODUCENT NIE WYMAGA PRZEGLĄDÓW 1 WAUDACJI. RAZEM Z NOWYM URZĄDZENIEM BĘDĄ DOSTARCZONE ŚWIADCTWA WALIDACJI Z TERMINEM WAŻNOŚCI 24 M-CE. PO UPL YWIE GWRANCJI PRZEGLADY NA PISEMNY WNIOSEK Użytkownika / Właściciela URZĄDZENIA
4	Przeglądy serwisowe zgodnie z wymogami producenta, nie rzadziej niż jeden raz do roku. Wykonawca zobowiązany jest zapewnić przeglądy techniczne, przez autoryzowany serwis. Przegląd musi być potwierdzony certyfikatem, na koszt Wykonawcy.	W TRAKCIE GWARANCJI 24 m-ce PRODUCENT NIE WYMAGA PRZEGLĄDÓW WALIDACJI. RAZEM Z NOWYM URZĄDZENIEM BĘDĄ DOSTARCZONE ŚWIADCTWA WALIDACJI Z TERMINEM WAŻNOŚCI 24 M-CE.

29. W przypadku oferty Abbott takie wypełnienie pkt 2 i 4 Tabeli nr 11 jest zgodne z instrukcją wypełniania tabeli wskazaną przez Zamawiającego na początku Tabeli nr 11. Zgodnie z tą instrukcją wykonawca powinien wpisać „TAK” jedynie wtedy, jeżeli oferowany parametr jest identyczny z parametrem wymaganym.

30. Z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia wtedy, gdyby producent wirówek laboratoryjnych oferowanych przez Abbott wymagał ich serwisowania co najmniej raz w roku. Ponieważ wymagania producenta wirówek są w tym zakresie odmienne, Zamawiający wymagał ich opisanie.

31. Ponieważ w przypadku pkt 2 oraz 4 w Tabeli nr 11 parametrem wymaganym było serwisowanie zgodnie z wymogami producenta a zarazem co najmniej raz w roku, a w przypadku wirówek zaoferowanych przez Abbott producent w pierwszych 24 miesiącach nie wymaga ich serwisowania — Abbott zgodnie z instrukcją wypełniania tabeli nr 11 opisał parametr w zakresie wymogów producenta wirówek. Ponieważ "mogi producenta nie są w tym wypadku tożsame z wymogiem serwisowania co najmniej raz w roku, zgodnie z instrukcją wypełniania Tabeli nr 11 Abbott nie mógł użyć odpowiedzi „TAK”. Wypełniając Tabelę nr 11 Abbott działał ściśle według wytycznych Zamawiającego.

32. Oferta Abbott jest przy tym zgodna z przedmiotowymi wymaganiami SWZ. Abbott nie zawarł w swojej ofercie oświadczenia, zgodnie z którym wirówki laboratoryjne nie będą serwisowane bezpłatnie co najmniej raz w roku. Abbott nie zawarł też oświadczenia, w którym odmówiłby zapewnienia serwisu w sposób uwzględniający pozostałe wymagania wskazane w pkt 2 i 4 Tabeli nr 11. Abbott, zgodnie z instrukcją wypełniania Tabeli nr 11, wskazał jedynie na wymogi producenta w zakresie serwisowania wirówek. Abbott wskazał te wymogi czysto informacyjnie. Informacje o wymaganej przez producenta wirówek częstotliwości serwisów nie mogą być interpretowane jako oświadczenie Abbott, że przeglądy serwisowe będą wykonywane rzadziej niż raz w roku.

33. Co przy tym istotne, Abbott w wypełnionym formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ oświadczył wprost, że „zaoferowany przedmiot spełnia wymogi SWZ w zakresie wymaganego przez opis przedmiotu zamówienia lub jego dopuszczenia do zaoferowania”. Tym samym Abbott oświadczył, że wszystkie wymogi Zamawiającego z SWZ zostaną spełnione w razie wyboru jego oferty. Dotyczy to także częstotliwości serwisowania wirówek nie rzadziej niż raz do roku oraz dalszych wymogów dotyczących serwisu wskazanych w pkt 2 i 4 Tabeli nr 11.

34. Jak zatem wykazano powyżej, zarzut naruszenia wymogów SWZ w zakresie serwisowania wirówek laboratoryjnych jest bezzasadny.

#### *Odnosnie kwestii pojemności dysków twardych 19 sztuk komputerów*

35. Jak wskazano w pkt 3 powyżej, Zamawiający zarzuca także Abbott, jakoby oferta Abbott nie spełniała wymogu wskazanego w pkt 7 Tabeli nr 14 Załącznika nr 3 do SWZ. Zgodnie z tym wymogiem każdy z zaoferowanych 19 sztuk komputerów stacjonarnych powinien być wyposażony w dysk o pojemności minimum 256 GB. Zarzut ten jest bezzasadny — zaoferowane przez Abbott komputery spełniają przedmiotowy parametr graniczny.

36. Abbott omyłkowo nie uzupełnił przeznaczonej do wypełnienia przez wykonawców rubryki w punkcie 7 Tabeli nr 14. Zamawiający odrzucił ofertę Abbott, ponieważ w powyższej tabeli, w prawej kolumnie, nie znajduje się sformułowanie „TAK”.

37. W rzeczywistości Abbott przedstawił ofertę na 19 sztuk komputerów spełniających wymogi z swz.

38. Po pierwsze, ogólne oświadczenie z formularza ofertowego dotyczące spełniania warunków SWZ (o którym mowa w pkt 33 powyżej) jest w takim wypadku wystarczające do przyjęcia, że Abbott zobowiązuje się dostarczyć komputery spełniające wymogi z SWZ, w tym wymóg dysków twardych o pojemności 256 GB. Zamawiający nie miał podstaw merytorycznych by przyjąć, że nieuzupełnienie pkt 7 Tabeli nr 14 0 słowo „TAK” jest jednoznaczne z odpowiedzią „NIE” oraz z niespełnieniem przez oferowane komputery przedmiotowego warunku granicznego.

39. Po drugie, Abbott wskazał w ofercie, że oferuje komputery produkcji HP oznaczone kodem stosowanym przez HP — 6B2F8EA#AKD. Komputery o takim kodzie producenta HP zawierają dysk o pojemności 256 GB. Jest to możliwe do

sprawdzenia na stronie producenta HP: [www.hp.com.pl](http://www.hp.com.pl) (zob. dowód I dołączony do niniejszego pisma).

40. Na dowód powyższego Abbott przedkłada dokumenty ze zrzutami ekranu z dnia 17 maja 2023 roku zawierające widok strony producenta HP ze specyfikacją komputera o kodzie 6B2F8EA#AKD. Dane ze strony producenta wskazują, iż zaoferowany model komputera HP posiada dysk o pojemności 256 GB. Potwierdza to, iż Abbott zaoferował komputery zgodne z wymaganiami granicznymi S WZ. Wskazując, że oferuje komputery HP o kodzie producenta 6B2F8EA#AKI) Abbott poinformował również Zamawiającego, że oferowane komputery mają dyski o pojemności 256 GB.

41. Brak słowa „TAK” w pkt 7 Tabeli nr 14 jest zatem oczywistą omyłką, którą powszechnie rozumie się jako błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Jak zauważa się w orzecznictwie, uchybienia formalne nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty: w orzecznictwie podkreśla się, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PrZamPubl nie obejmuje przypadków uchybień formalnych wyrażających się w odmiennym od oczekiwanego przez zamawiającego sposobie prezentowania informacji w ofercie.<sup>5</sup>

42. Rozumowanie to należy zastosować w niniejszej sprawie — niepodanie „TAK” w jednym miejscu Tabeli nr 14 nie powinno skutkować automatycznym odrzuceniem oferty.

43. Jak zatem wykazano powyżej, zarzut naruszenia wymogów SWZ w zakresie pojemności dysków oferowanych komputerów jest bezzasadny.

*Zamawiający zaniechał czynności zmierzających do wyjaśnienia oferty Abbott*

44. Jak wskazuje się przy tym w orzecznictwie KIO, rozbieżność oferty z wymaganiami Zamawiającego nie może budzić żadnych wątpliwości by doszło do jej odrzucenia:

dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie przez Zamawiającego niezgodności treści ofert z określonymi przez niego warunkami zamówienia, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. 6

45. W niniejszej sprawie rzekome rozbieżności treści oferty z warunkami zamówienia co najmniej budzą wątpliwości. Abbott ani co do serwisu wirówek ani co do dostarczenia dysków twardej nie wpisał w swojej ofercie „NIE”.

46. W związku z powyższymi wątpliwościami, Zamawiający co najmniej powinien skierować do Abbott żądanie złożenia wyjaśnień, a nie odrzucać ofertę. Jak wskazuje się w orzecznictwie wystąpienie z zapytaniem tego typu jest obowiązkiem Zamawiającego:

użycie w art. 223 ust. 1 PZP sformułowania „zamawiający może” nie powinno być traktowane jako jedynie uprawnienie zamawiającego do wystąpienia z żądaniem wyjaśnienia treści oferty. W każdym przypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do treści oferty lub w przypadku, gdy wątpliwości te obiektywnie występują, prawo żądania wyjaśnień staje się jego obowiązkiem.

47. Tymczasem Zamawiający nie zwrócił się do Abbott z wnioskiem o złożenie wyjaśnień. Tym samym nie wypełnił swojego obowiązku w tym zakresie. Jak przy tym wskazano powyżej — w analogicznej sytuacji Zamawiający zwrócił się do Roche o wyjaśnienie oferty suflując przy tym Roche preferowane przez siebie odpowiedzi.

#### **KWESTIE FORMALNE**

*Abbott ma interes w uzyskaniu zamówienia*

48. Abbott posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP.

49. Abbott złożył ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Oferta Abbott została niezasadnie odrzucona przez Zamawiającego. Ofertą podlegającą odrzuceniu jest natomiast oferta Roche.

50. W konsekwencji, oferta Abbott po przeprowadzeniu oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert z SWZ powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza, co w zupełności uzasadnia interes Abbott w uzyskaniu zamówienia.

51. Natomiast jeśli spełniły się przesłanki do odrzucenia oferty Abbott zgodnie z SWZ, to — jak wskazano powyżej — spełniły się także przesłanki do odrzucenia oferty Roche. W takim wypadku interes prawny Abbott polega na dążeniu do odrzucenia oferty Roche i unieważnienia przetargu, co skutkować będzie koniecznością ogłoszenia nowego przetargu przez Zamawiającego.

**Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie** w piśmie z dnia 23/05/23 podał, że (...) uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu, które zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 18.05.2023r. przez odwołującego wykonawcę – Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o (...). Wskazał, że: „W odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następującym przepisów ustawy PZP :

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez bezpodstawny brak jego zastosowania i zaniechanie odrzucenia oferty Roche, podczas gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia;

2. naruszenie art. 239 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie oferty Roche za najkorzystniejszą, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona;

3. ewentualnie, jeżeli KIO uzna zarzut wskazany w pkt II.1 za niezasadny:

a) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Abbott, jako rzekomo niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta ta jest zgodna z warunkami zamówienia;

b) naruszenie art. 233 ust. 1 PZP przez niezasadne odstąpienie od zażądania wyjaśnień od Abbott, podczas gdy w związku z powziętymi wątpliwościami co do zgodności oferty

Abbott z warunkami zamówienia, wystąpienie o wyjaśnienia było obowiązkiem Zamawiającego, zaś gdyby z takim wnioskiem wystąpił, nie doszłoby do odrzucenia oferty Abbott;

4. naruszenie art. 16 ust. 1 PZP poprzez nierówne traktowanie Abbott i Roche przez Zamawiającego, co doprowadziło do błędnego odrzucenia oferty Abbott i uznanie oferty Roche za najkorzystniejszą, podczas gdy Zamawiający powinien traktować wykonawców w sposób równy

(...)

W związku z uwzględnieniem w całości zarzutów Odwołującego Zamawiający, zgodnie z art. 522 ust. 1 zdanie drugie uPZP, wykona, powtórzy lub unieważni czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Informacja o uwzględnieniu zarzutów została przekazana Odwołującemu i przystępującemu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W związku z powyższym, Zamawiający wnosi o :

1) umorzenie postępowania na podstawie art. 522 ust. 2 uPZP, w przypadku gdy uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego, nie wnieśli sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego, a Zamawiający wykona, powtórzy lub unieważni czynności w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. W takim przypadku

Zamawiający wnioskuję o zniesienie wzajemnie kosztów postępowania lub

2)rozpoznanie odwołania na podstawie art. 523 ust. 3 uPZP, w przypadku gdy uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie Zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania. W takim przypadku Zamawiający wnioskuję o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie Zamawiającego lub odwołującego w zależności od rozstrzygnięcia Izby”.

**Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego** zgłosił wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania. Wezwany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w piśmie z dnia .... maja 2023 r. - w odpowiedzi na wezwanie (pismo Prezesa KIO z dnia 23/05/2023) – oświadczył: (...) wnoszę sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, w odniesieniu do wszystkich uwzględnionych zarzutów za wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Abbott (pkt. II.3.a odwołania) z powodu nie spełniania wymogu wskazanego w pkt 7 Tabeli nr 14 Załącznika nr 3 do SWZ (pkt 35-43 uzasadnienia odwołania, wymóg aby każdy z 19 sztuk zaoferowanych komputerów posiadał zainstalowany dysk o pojemności minimum 256 GB).

W piśmie z dnia 30 maja 2023 r. wskazał na następujące okoliczności: (...)

Przystępujący stwierdza, że zakres uwzględnienia odwołania świadczy o stricte procesowym charakterze tej decyzji Zamawiającego, nie zaś o jego przekonaniu co do słuszności zarzutów odwołania. Oto bowiem Zamawiający przyznał rację Odwołującemu w kwestii sposobu potwierdzenia parametru pojemności dysków twardej 19 sztuk komputerów (pomimo braku deklaracji „TAK”), a zarazem zgodził się z żądaniem odrzucenia oferty Przystępującego z tych samych powodów (braku zapewnienia „TAK” w kilku pozycjach – przy czym ilość podobnych omyłek w ofercie Abbott jest większa niż jeden punkt wskazany przez Zamawiającego). Przechodząc do poszczególnych zarzutów:

*Kwestia zgodności sprzętu komputerowego z swz oraz równego traktowania wykonawców*

Odwołujący podniósł, że wobec odrzucenia jego oferty z powodu nie wypełnienia kolumny „Parametr oferowany”, to symetrycznie, zgodnie z zasadą równego traktowania, również oferta Roche powinna być odrzucona, albowiem Przystępujący nie wpisał „TAK”, ani nie podał parametrów w punktach: 1, 2, 3, 4 tabeli nr 13 załącznika nr 3 do SWZ, pkt 4 tabeli nr 14, pkt 3 tabeli nr 17 i punkcie 5 tabeli nr 18. Z uzasadnienia odwołania wynika, że Abbott nie kwestionuje materialnej zgodności oferowanych rozwiązań z SWZ. W żadnym miejscu nie stwierdza, że poszczególne urządzenia, których nazwa i producent zostały wymienione, mają właściwości nieodpowiadające SWZ. Ogranicza się wyłącznie do aspektu formalnej sprzeczności oferty z SWZ, co widać również po żądaniu. Dla zapewnienia równego traktowania oczekuje bowiem, że Zamawiający albo – zgodnie z postanowieniami SWZ dotyczącymi „prawdy formalnej” – odrzuci obydwie oferty jako niezgodne z SWZ albo dokona weryfikacji, czy zaoferowane przez wykonawców produkty spełniają odpowiednie wymogi graniczne SWZ i zdecyduje o odrzuceniu lub nie danej oferty na podstawie „prawdy materialnej”.

Mając na uwadze, iż Zamawiający uwzględnił odwołanie w stosunku do oferty Abbott wydaje się, że powyższe zarzuty wobec Roche uległy dezaktualizacji. Inaczej nadal utrzymywałby się stan nierównowagi, niedopuszczalnej na gruncie art. 16 Pzp. Z ostrożności jednak Roche podnosi, że Abbott nie udowodnił, aby sprzęt komputerowy zaoferowany w tabeli nr 13, 14, 17 i 18 był niezgodny z SWZ. Przystępujący (podobnie jak Odwołujący) faktycznie omyłkowo nie potwierdził spełnienia wymagań minimalnych (a w trzech przypadkach, w wyniku nieporozumienia – o czym niżej, wbrew faktom podał „NIE”), niemniej zaoferował sprzęt zgodny ze specyfikacją. Omyłka wynika ze sposobu w jaki Zamawiający przygotował wzorcowe dokumenty. Mianowicie nagłówek każdej tabeli brzmiał:

„PARAMETR OFEROWANY, Wypełnia Wykonawca poprzez wpisanie TAK (jeżeli oferowany parametr jest identyczny z parametrem wymaganym) lub opis konkretnego oferowanego parametru”

Natomiast poszczególne punkty miały różną zawartość. Na przykład w tabeli 13 Zamawiający wypełnił wiersze następującą treścią:

„Podać Nazwa:

Producent:

Rok produkcji: Wartość netto

Wartość brutto”

Czego już nie było w tabelach 14-18.

W rezultacie Przystępujący zasugerował się opisem znajdującym się w poszczególnych punktach i podał jedynie nazwę, producenta etc. Tam gdzie wiersze pozostawiono puste Przystępujący złożył stosowne zapewnienia co do spełnienia parametrów. Brak deklaracji w odniesieniu do wypomnianych przez Abbott elementów nie jest wynikiem zamierzonego działania, za którym stoją nieadekwatne cechy urządzeń, lecz nieporozumienia co do sposobu wypełnienia tabeli.

Ponadto wypada się zgodzić z argumentacją Abbott znajdującą się w pkt 41-42 odwołania oraz powołanym tam orzecznictwem co do sposobu prezentowania informacji w ofercie, bowiem znajduje odpowiednie zastosowanie wobec oferty Przystępującego.

Na koniec Przystępujący dodatkowo wyjaśnia okoliczności złożenia oświadczenia „NIE” w punktach: 4 tabeli nr 14, 3 tabeli nr 17 i 5 tabeli nr 18. Te pozycje miały następujący opis w SWZ:

Tabela 14:

Lp	Nazwa komponentu	Wymagane minimalne parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego	PARAMETR OFEROWANY Wypełnia Wykonawca poprzez wpisanie TAK (jeżeli oferowany parametr jest identyczny z parametrem wymaganym) lub opis konkretnego oferowanego parametru
1	Ekran dotykowy	Nie	

Tabela 17:

Lp	Nazwa komponentu	Wymagane minimalne parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego	PARAMETR OFEROWANY Wypełnia Wykonawca poprzez wpisanie TAK (jeżeli oferowany parametr jest identyczny z parametrem wymaganym) lub opis konkretnego oferowanego parametru
1	Druk w kolorze	Nie	

Tabela 18:

Lp	Nazwa komponentu	Wymagane minimalne parametry techniczne wymagane przez Zamawiającego	PARAMETR OFEROWANY Wypełnia Wykonawca poprzez wpisanie TAK (jeżeli oferowany parametr jest identyczny z parametrem wymaganym) lub opis konkretnego oferowanego parametru
1.	Druk w kolorze	Nie	

Roche każdorazowo wpisując jako parametr oferowany „NIE” nie chciał zaprzeczyć, że oferowany parametr jest identyczny z parametrem wymaganym, lecz potwierdzić, poprzez przepisanie tego parametru. Zamawiający bowiem dosyć osobliwie go opisał. Wskazał bowiem nie na parametr którego wymaga, lecz na właściwość, której nie chce. Zdarza się to niezwykle rzadko w postępowaniach o zamówienia publiczne. Roche za oświadczeniem „NIE” podał to, co znajdowało się w drugiej kolumnie jako „Wymagany minimalny parametr techniczny” – czyli „NIE”. Chcąc jednak przez to wyrazić swoje zapewnienie o posiadaniu parametru polegającego na nie posiadaniu określonej cechy. Przede wszystkim jednak Przystępujący zaoferował urządzenia, które są zgodne z SWZ i miał wolę potwierdzenia tego faktu w tabeli. Odwrotny od zamierzzonego efekt to wynik wyłącznie nieświadomości w odniesieniu do semantycznych skutków owej deklaracji, w kontekście opisu parametru minimalnego wynikającego z SWZ (tabel).

Jeśli zaś chodzi o wyjaśnienia to jeszcze tego samego dnia, w którym zostały przesłane (24.04.2023 r.), a jednocześnie w otwartym terminie na ich złożenie (termin wyznaczony na 25.04.2023 r.) Roche wycofał swoje stanowisko oraz potwierdził, że przez wpisanie słowa „NIE” należy rozumieć, że zaoferowany ekran, jest ekranem bez funkcji dotykowej. Powyższe deklaracje mają odbicie w dokumentach charakteryzujących komputery z tabeli nr 14 oraz drukarki. Dowód: foldery drukarek i komputera

*Kwestia serwera zaoferowanego przez Roche*

Abbott zarzucił, że oferta Przystępującego obejmuje jeden, zamiast dwóch serwerów (główny i zapasowy) wymaganych w poz. 1 tabeli nr 13. Wywodzi powyższe ze sposobu w jaki Roche wypełnił tabelę oraz z treści odpowiedzi udzielonej na pytanie o podaną wartość. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Zacząć wypada od tego, że Abbott swoje szandarowe argumenty wspiera zasadą równego traktowania, którą miał naruszyć Zamawiający różnicując ocenę wykonawców znajdujących się w analogicznej sytuacji. W omawianym przypadku Zamawiający tak samo potraktował każda firmę. Odwołujący bowiem w swojej ofercie wymienił tylko jeden UPS, pomimo że wymagane są 3 sztuki, a Zamawiający pozostawił trzy miejsca na podanie nazwy, producenta itp. (poniżej skan z oferty Abbott):

Zamawiający założył więc, że zarówno serwer (w przypadku Przystępującego) jaki i UPS (w przypadku Odwołującego), pomimo że są wymienione tylko jednokrotnie, to zostały zaoferowane ilości zgodnej z SWZ. Zaś fakt podania jednej nazwy i producenta oznacza tylko tyle, że chodzi jeden i ten sam model odpowiednio serwera i UPS.

Taka kwalifikacja jest uzasadniona całokształtem zawartości ofert. W Tabeli nr 12 znajduje się Wykaz sprzętu komputerowego na potrzeby stacji roboczych. Wynika z niego, że należy dostarczyć 2 serwery i 3 zasilacze UPS. Roche złożył tę tabelę razem z ofertą potwierdzając dostawę dwóch serwerów (podobnie Abbott w odniesieniu do UPS-ów). Brak zdublowania nazwy, producenta, roku produkcji i wartości wynikał jedynie z tego, że zaoferowano dwa takie same serwery, o identycznej wartości. Tak więc błędnie wywodzi Odwołujący, że oferta Roche nie zawiera żadnej adnotacji, z której wynikałoby, że obejmuje dwa takie same serwery. Dla Zamawiającego było jasne, że oferta Roche obejmuje dwa serwery, a nie jeden jak zarzuca Odwołujący (analogicznie przyjął, że oferta Abbott obejmuje trzy UPS-y, a nie jeden).

Jeśli chodzi o wyjaśnienia, to Zamawiający zapytał Roche jedynie o to, czy podana cena odnosi się do dwóch serwerów czy do jednego serwera, a nie czy zaoferowano jeden, czy dwa serwery. Zamawiający nie miał wątpliwości, że oferta obejmuje dwie takie same jednostki. Wyjaśniał tylko, czy kwota odnosi się do obydwu, czy pojedynczej sztuki. Przystępujący odpowiedział że do jednego serwera, co nie oznacza, że zaoferował jeden serwer. Należy również zaznaczyć, że owa wartość nie ma znaczenia dla ceny oferty. Ma charakter wyłącznie informacyjny, zapewne na potrzeby księgowo Zamawiającego. Przedmiotem zamówienia w odniesieniu do systemu informatycznego i sprzętu komputerowego jest jego dzierżawa, a nie sprzedaż za konkretną cenę.

Podsumowując, również korespondencja między Przystępującym i Zamawiającym nie dowodzi sprzeczności oferty z SWZ. Należy zatem uznać, że odpowiada ona specyfikacji, a zarzut jest bezpodstawny.

*Brak podstaw do odrzucenia oferty Abbott*

*Kwestia serwisowania wirówek*

Zamawiający zarzucił Abbott nie spełnienie wymogów dotyczących serwisowania wirówek laboratoryjnych co najmniej raz w roku - wskazanych w pkt 2 oraz 4 Tabeli nr 11 Załącznika nr 3 do SWZ. Odwołujący w następujący sposób argumentuje zgodność swojej oferty w tym zakresie:

„29. W przypadku oferty Abbott takie wypełnienie pkt 2 i 4 Tabeli nr 11 jest zgodne z instrukcją wypełniania tabeli wskazaną przez Zamawiającego na początku Tabeli nr 11. Zgodnie z tą instrukcją wykonawca powinien wpisać „TAK” jedynie wtedy, jeżeli oferowany parametr jest identyczny z parametrem wymaganym.

30. Z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia wtedy, gdyby producent wirówek laboratoryjnych oferowanych przez Abbott wymagał ich serwisowania co najmniej raz w roku. Ponieważ wymagania producenta wirówek są w tym zakresie odmienne, Zamawiający wymagał ich opisanie.

31. Ponieważ w przypadku pkt 2 oraz 4 w Tabeli nr 11 parametrem wymaganym było serwisowanie zgodnie z wymogami producenta a zarazem co najmniej raz w roku, a w przypadku wirówek zaoferowanych przez Abbott producent w pierwszych 24 miesiącach nie wymaga ich serwisowania – Abbott zgodnie z instrukcją wypełniania tabeli nr 11 opisał parametr w zakresie wymogów producenta wirówek. Ponieważ wymogi producenta nie są w tym wypadku tożsame z wymogiem serwisowania co najmniej raz w roku, zgodnie z instrukcją wypełniania Tabeli nr 11 Abbott nie mógł użyć odpowiedzi „TAK”. Wypełniając Tabelę nr 11 Abbott działał ściśle według wytycznych Zamawiającego.”

Nie ulega zatem wątpliwości, że zasady serwisu wirówek zaoferowane w tabeli nr 11 są wynikiem świadomej decyzji wykonawcy, wynikającej z odmiennych niż wymagał Zamawiający warunków serwisowania tych urządzeń przez producenta. Zarazem nie można się zgodzić z tezą Odwołującego, iż Zamawiający wymagał opisanie sposobu świadczenia serwisu stosownie do zaleceń ich wytwórcy. W pkt 2 stoi, że:

*„Wymagane jest bezpłatne serwisowanie zgodnie z wymogami producenta nie mniej niż jeden raz do roku. W ramach bezpłatnego serwisowania, wchodzi również wszystkie materiały zużywalne, części, podzespoły wymagające wymiany podczas przeglądu urządzenia. Wszelkie wymagane aktualizacje oprogramowania, również są bezpłatne. Zamawiający nie będzie ponosił dodatkowych kosztów utrzymania urządzenia, poza czynszem dzierżawnym.”*

Z tego opisu wynika, że przeglądy mają się odbyć co najmniej raz w roku, w całym okresie obowiązywania umowy, mają być bezpłatne i obejmować wszystkie wymagane materiały, z aktualizacją oprogramowania włącznie – niezależnie od

tego jaki standard obowiązuje u producenta. Odwołujący natomiast przyznał, że zaoferował warunki proponowane przez producenta, które są inne, niż opisane w SWZ, a z racji faktu, że nie odpowiadają oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w SWZ, oferta Odwołującego słusznie została odrzucona.

Zgodnie z ofertą Abbott:

Wynika z tego, że:

–nie będzie przeglądu w okresie gwarancji, bo nie jest konieczny;  
–Abbott nie zaoferował bezpłatnych materiałów zużywalnych, części, podzespołów wymagających wymiany podczas przeglądu urządzenia ani aktualizacji oprogramowania; - po gwarancji przeglądy będą jedynie na pisemny wniosek użytkownika, a nie zgodnie z wymogami producenta, ani nawet nie przynajmniej raz w roku, a nadto – nie będą bezpłatne

– choć Zamawiający tego wszystkiego ewidentnie wymagał w SWZ;

Podobnie wygląda sytuacja w przypadku pkt 4 :

Odwołujący nie potwierdził serwisu przynajmniej jeden raz w roku, ani nie wskazał na jego wykonywanie przez podmiot autoryzowany. Nie wspomniał również o certyfikacie potwierdzającym przegląd, a jedynie o świadectwie walidacji dostarczonym razem z nowym urządzeniem. Odwołujący zaoferował zatem odmienne od wymaganych warunki serwisu wirówek laboratoryjnych, które są sprzeczne z minimalnymi parametrami zapisanymi w SWZ (pkt 2 i 4 tabeli nr 11. Jego oferta podlegała odrzuceniu w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

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

W zakresie zarzutu dotyczącego oferty wykonawcy Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. (wykonawca Abbott) -pkt II. 3 (a) odwołania Izba umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 23/05/23 oświadczył, że (...) *uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu (...)*. Z kolei przystępujący po jego stronie wykonawca Roche oświadczył, że (...) *wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania, (...) za wyjątkiem zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez jego błędne zastosowanie i odrzucenie oferty Abbott (pkt. II.3.a odwołania)*. Zatem, tak jak wskazał wykonawca Roche – *ten zarzut przystępujący uznał za słuszny, nie było bowiem podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego „z powodu nie spełnienia wymogu wskazanego w pkt 7 Tabeli nr 14 Załącznika nr 3 do SWZ (pkt 35-43 uzasadnienia odwołania, wymóg aby każdy z 19 sztuk zaoferowanych komputerów posiadał zainstalowany dysk o pojemności minimum 256 GB)”*.

Mając zatem na uwadze odpowiednio przepis art. 522 ust.2 Pzp w zakresie tego zarzutu nastąpiło umorzenie postępowania odwoławczego.

Rozpoznawane przez Izbę zarzuty podnoszone w odwołaniu wobec oferty wykonawcy Roche, dotyczą zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy z naruszeniem (1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz uznanie tej oferty za najkorzystniejszą z naruszeniem (2) art. 239 Pzp w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona.

Izba uznała, że te zarzuty podlegają uwzględnieniu w zakresie w jakim dotyczą braku zastosowania przy ocenie postanowienia zawartego w załączniku nr 3 Opisu Przedmiotu Zamówienia (str 1) do Specyfikacji Warunków Zamówienia

Zgodnie z opisem przygotowania ofert zawartym na stronie 1 tego załącznika: *„Brak określenia TAK (jeżeli oferowany parametr jest identyczny z parametrem wymaganym) lub brak opisu konkretnego oferowanego parametru w kolumnie „Parametr oferowany” będzie traktowany jako brak danego parametru w oferowanym sprzęcie lub innego wymogu wymaganego przez Zamawiającego. Nie spełnienie któregośkolwiek z parametrów, spowoduje odrzucenie oferty”*.

To oznacza, że ocena zgodności złożonych ofert z SWZ w zakresie spełniania parametrów wymaganych miała być dokonywana przez Zamawiającego od początku na podstawie „prawdy formalnej”, a nie prawdy materialnej, czego domaga się przystępujący wykonawca Roche. Zgodnie z cytowanym postanowieniem SWZ decydujące znaczenie ma treść złożonej oferty, właściwe wypełnienie bez względu czy faktycznie spełnia wymagania SWZ przez zaoferowane elementy przedmiotu zamówienia.

To postanowienie nie zostało zakwestionowane przez wykonawców przed upływem terminu do składania ofert, a zatem Zamawiający *de facto* zdefiniował w SWZ w jakich przypadkach nie będzie mogła mieć zastosowania reguła określona w art. 223 ust.1 Pzp czy w jego ust. 2 pkt 3 oraz kiedy oferta zostanie uznana za niezgodną z warunkami zamówienia. Oczywiście to postanowienie nie wyklucza – przy kompleksowej ocenie każdej z ofert - żądania wyjaśnień czy poprawienia „innych omyłek”, jednakże w przypadku tego postępowania będzie możliwość żądania i uwzględnienia wyjaśnień (gdy ich ocena wypadnie pozytywnie) pod warunkiem kompletnego wypełnienia załącznika nr 3 według powoływanych wytycznych.

Z tego też powodu Izba uwzględniając odwołanie nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. (wykonawca Roche lub Przystępujący) jako najkorzystniejszej, a powtórzenie czynności badania i oceny ma dotyczyć złożonych w tym postępowaniu ofert mając na uwadze surowość cytowanego postanowienia z załącznika 3 (OPZ) i związanej z nim sankcji w przypadku braku wypełnienia którejkolwiek z wymaganych kolumn w zakresie wskazanym w załączniku 3. Izba zwraca uwagę, że powtórzenie badania i oceny, co do tego wymagania będzie dotyczyło w równym stopniu także oferty wykonawcy Abbott.

Ponadto odnośnie oferty wykonawcy Abbott, Izba także nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Abbott, albowiem bezspornym jest (co podkreślał Przystępujący Roche), że nie było podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy z powodu nie spełnienia wymogu wskazanego w pkt 7 Tabeli nr 14 Załącznika nr 3 do SWZ (pkt 35-43 uzasadnienia odwołania, wymóg aby każdy z 19 sztuk zaoferowanych komputerów posiadał zainstalowany dysk o pojemności minimum 256 GB). Także za podlegający uwzględnieniu Izba uznała (na tym etapie postępowania) zarzut co do drugiego spornego parametru z oferty wykonawcy Abbott jest związany z punktem 2 i 4 Tabela nr 11 dotyczącym *„Wymogi graniczne dla serwisowania wirówek, witryn chłodniczych, urządzenia zabezpieczającego potrzeby wentylacji/chłodu oraz CO, witryn chłodniczych (serwis wirówek laboratoryjnych)”* z powodów formalnych, pozostawiając Zamawiającemu ostateczną ocenę spełniania wymagania według procedury, o której mowa poniżej.

W tym przypadku Izba miała na uwadze także podnoszone naruszenie art. 16 ust. 1 Pzp oparte na twierdzeniu nierównego traktowania wykonawcy Abbott w stosunku do wykonawcy Roche z uwagi na nie zwrócenie się do Odwołującego o wyjaśnienie kwestii związanych z serwisem.

Rozstrzygając w przedmiocie tego zarzutu Izba miała na uwadze okoliczności podane w uzasadnieniu decyzji Zamawiającego (wg pisma z dnia 8/05/2023), co do pkt 2 i pkt 4 tabeli 11 (załącznika nr 3) z oferty wykonawcy Abbott, ale także okoliczności związane z ustaleniami treści oferty wykonawcy Roche w szczególności w zakresie pkt 4 tabeli 14, a

także pkt 3 tabeli 17 i pkt 18 w załączniku nr 3.

Ustalenia w zakresie wskazanym w ofercie Roche związane było z instrukcją zawartą w kolumnie „Parametr oferowany”. Roche w celu potwierdzenia spełnienia tego parametru w miejsce deklaracji „TAK” wpisał „NIE”. Powyższe dotyczyło „funkcji ekranu dotykowego” (pkt 4 tab.14) oraz „nie posiadania opcji druku w kolorze” (pkt 3 tab.17 i 18).

Roche w przypadku pkt 3 tab.17 i 18 w odpowiedzi na pytania:

2. Opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ) Tabela 17 pkt. 3 w kolumnie „PARAMETR OFEROWANY” zapisaliście Państwo „NIE”. Czy Zamawiający przez wpisanie słowa „nie” ma rozumieć, że zaoferowana drukarka nie posiada funkcji druku w kolorze?

3. Opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ) Tabela 18 pkt. 5 w kolumnie „PARAMETR OFEROWANY” zapisaliście Państwo „NIE”. Czy Zamawiający przez wpisanie słowa „nie” ma rozumieć, że zaoferowane urządzenie wielofunkcyjne nie posiada funkcji druku w kolorze?

- od początku prezentował jednolite stanowisko wskazując na błąd i jego wolę przy deklarowaniu braku takiej opcji, co było zgodne z opisem warunków granicznych.

Natomiast w przypadku pkt 4 tab.14 w odpowiedzi na pytanie:

1. Opis przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do SWZ) Tabela 14 pkt. 4 w kolumnie „PARAMETR OFEROWANY” zapisaliście Państwo „NIE”. Czy Zamawiający przez wpisanie słowa „nie” ma rozumieć, że zaoferowany ekran, jest ekranem bez funkcji dotykowej?

- co do tej funkcji w piśmie z dnia 24/04/23 podał:

„W imieniu Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20.04.2023r. do wyjaśnienia treści oferty uprzejmie podajemy co następuje.

Ad. 1 Ekran zaoferowany w Tabeli 14 pkt 4 jest ekranem dotykowym, a więc ma lepsze właściwości niż wymagane przez Zamawiającego.”

Następnie także w piśmie z dnia 24/04/23 odwołał oświadczenie podając: „W imieniu Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., wycofujemy wyjaśnienia przesłane dnia 24.04.2023r.”

Następnie w piśmie z dnia 25/04/23 złożył oświadczenie o braku takiej funkcji, podając: „W imieniu Roche Diagnostics Polska sp. z o.o., w odpowiedzi na wezwanie z dnia 20.04.2023 r. do wyjaśnienia treści oferty uprzejmie podajemy co następuje.

Ad. 1 Tak należy to rozumieć”.

Z pisma z dnia 8 maja 2023 r. informującym o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, że uwzględnione zostały wyjaśnienia wykonawcy Roche (bez żadnego komentarza), a w przypadku wykonawcy Abbott (bez uprzedniego wezwania o wyjaśnienia) wskazano na podstawy odrzucenia jego oferty, w tym na pkt 2 i pkt 4 tabeli 11 w zakresie związanym z rozpoznawanym zarzutem oraz na wskazany powyżej pkt 7 tabeli 14.

Według oferty wykonawcy Abbott:

Ad pkt 2:

Wymagane jest bezpłatne serwisowanie zgodnie z wymogami producenta nie mniej niż jeden raz do roku. W ramach bezpłatnego serwisowania, wchodzi również wszystkie materiały zużywalne, części, podzespoły wymagające wymiany podczas przeglądu urządzenia. Wszelkie wymagane aktualizacje oprogramowania, również są bezpłatne. Zamawiający nie będzie ponosił dodatkowych kosztów utrzymania urządzenia, poza czynszem dzierżawnym.	W OKRESIE GWARANCJI 24 M-CE – BEZPŁATNIE, W TRAKCIE GWARANCJI 24 m-ce PRODUCENT NIE WYMAGA PRZEGLĄDÓW I WALIDACJI. RAZEM Z NOWYM URZĄDZENIEM BĘDĄ DOSTARCZONE ŚWIADECTWA WALIDACJI Z TERMINEM WAŻNOŚCI 24 M-CE. PO UPLYWIE GWARANCJI PRZEGLĄDY NA PISEMNY WNIOSEK UŻYTKOWNIKA/WŁASCICIELA URZĄDZENIA
---	--

Ad pkt 4:

Przeglądy serwisowe zgodnie z wymogami producenta, nie rzadziej niż jeden raz do roku. Wykonawca zobowiązany jest zapewnić przeglądy techniczne, przez autoryzowany serwis. Przegląd musi być potwierdzony certyfikatem, na koszt Wykonawcy.	W TRAKCIE GWARANCJI 24 m-ce PRODUCENT NIE WYMAGA PRZEGLĄDÓW I WALIDACJI. RAZEM Z NOWYM URZĄDZENIEM BĘDĄ DOSTARCZONE ŚWIADECTWA WALIDACJI Z TERMINEM WAŻNOŚCI 24 M-CE.
--	---

Z treści opisu nie wynika jednoznacznie, że wykonawca odnosi się do wymaganego serwisu, natomiast wynika informacja w nawiązaniu do wymagań producenta (do którego odnosi się opis graniczny „zgodnie z wymogami producenta”) – że producent nie wymaga przeglądów i walidacji. Jednocześnie jak wskazywał Odwołujący na rozprawie w tabeli 8 także dotyczącej wirówek w punkcie 22 podano:

22.	Serwisowanie, naprawa i walidacja wirówki po stronie Wykonawcy	TAK
-----	--	-----

Zatem z uwagi na stosowaną procedurę wyjaśnień wobec oferty Roche, wykonawca Abbott ma prawo domagać się także jej zastosowania wobec jego oferty, co do powyższych kwestii.

... Tym samym Izba uznała, że także zarzut naruszenia art. 233 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 ust.1 Pzp podlega uwzględnieniu. Z tego względu – nie wyrokując co do wyniku wyjaśnień – Izba uznała, że odrzucenie oferty tego wykonawcy nie poprzedzone wyjaśnieniami było niezasadne. Także z tego powodu Izba uznała, za zasadny zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 Pzp z uwagi na nierówne traktowanie wykonawcy Abbott i wykonawcy Roche przez Zamawiającego przejawiające się w tym przypadku w niesymetryczności wezwań kierowanych na podstawie art. 233 ust.1 Pzp.

... Zarzuty w zakresie podstaw odrzucenia oferty Roche w związku z pkt 4 tab.1 dot. wymaganego braku funkcji ekranu dotykowego oraz pkt 3 tab.17 i 18 dot. wymaganego braku w drukarce opcji druku w kolorze nie podlegają uwzględnieniu. W tym przypadku, przekonujące jest zdaniem Izby twierdzenie wykonawcy, że racjonalnemu przedsiębiorcy nie można przypisać składania oferty sprzecznie z SWZ w sytuacji, gdy jego urządzenia są możliwe w dwóch konfiguracjach, z których druga spełnia wymagania. Takie twierdzenia, co wymaga podkreślenia, padały na rozprawie ze strony Odwołującego. Odwołujący także nie wskazywał, że takie konfiguracje mają wpływ na cenę, jej podwyższenie, a także nie uprawdopodobnił, że oferta Przystępującego może dotyczyć urządzenia niezgodnego z SWZ. Izba zwraca uwagę, że w terminie wyznaczonym na udzielenie odpowiedzi tj. do dnia 25.04.2023 r. złożono odpowiedź

potwierdzającą wymaganie SWZ, skutecznie wycofując w dniu 24 kwietnia br. godz. 10:55 stanowisko wyrażone 24 kwietnia br. o godz. 9:08, które mogło być wynikiem omyłki wykonawcy.

Co do braku podania w ofercie wykonawcy Roche liczby dwóch serwerów - pkt 1 Tabeli nr 13- Izba zwraca uwagę, że także w ofercie Abbott brak jest podania (w sposób oczekiwany przez Odwołującego liczby trzech UPS (pkt 2 tabeli). Według OPZ:

Lp	Nazwa sprzętu/wymagania graniczne	<b>PARAMETR OFEROWANY</b> Wypełnia Wykonawca poprzez wpisanie TAK (jeżeli oferowany parametr jest identyczny z parametrem wymaganym) lub opis konkretnego oferowanego parametru
1	Serwer główny i zapasowy dostosowany do pracy z systemem Linux, który posiada Zamawiający Typ obudowy serwera, Rack (1U), Procesor zainstalowany – min. 1 szt, maksymalnie 2 szt. Typ zainstalowanego procesora – Min. 6 rdzeniowy, Min. 2 zainstalowane dyski o pojemności min. 1TB, typ SSD Pojemność zainstalowanej pamięci RAM min. 128 GB Karata sieciowa min. 2X10/100/1000Mbit/s Napędy wbudowane DVD-RW	Podać Nazwa: Producent: Rok produkcji: Wartość netto Wartość brutto Nazwa: Producent: Rok produkcji: Wartość netto Wartość brutto
2	Zasilacz UPS Moc pozorna min. 1600 VA Moc rzeczywista min. 960 WAT line-interactive zimny start max. czas przełączenia na baterie 1,5 ms Czas podtrzymania dla obciążenia 100% min. 6 min. Czas podtrzymania dla obciążenia 50% min. 15 min. Masa netto max. 25 kg wysokość wew. 15U wysokość max. 740 mm szerokość max. 600 mm, max 19 cali głębokość mx. 550 mm, masa netto	Podać Nazwa: Producent: Rok produkcji: Wartość netto Wartość brutto Nazwa: Producent: Rok produkcji: Wartość netto Wartość brutto Nazwa: Producent: Rok produkcji: Wartość netto Wartość brutto

Tym samym Izba nie znalazła podstaw do kwestionowania stanowiska Przystępującego, że Zamawiający mógł – w tym stanie faktycznym - przyjąć, że zarówno serwer (w przypadku Przystępującego) jaki i UPS (w przypadku Odwołującego), pomimo że są wymienione tylko jednokrotnie, zostały zaofertowane w ilościach zgodnych z SWZ. Fakt podania jednej nazwy i producenta oznacza tylko tyle, że chodzi o jeden i ten sam model odpowiednio serwera i UPS. Taka kwalifikacja – jak podał Przystępujący - jest uzasadniona całokształtem zawartości ofert. W Tabeli nr 12 znajduje się Wykaz sprzętu komputerowego na potrzeby stacji roboczych. Wynika z niego, że należy dostarczyć 2 serwery i 3 zasilacze UPS. Roche złożył tę tabelę razem z ofertą potwierdzając dostawę dwóch serwerów (podobnie Abbott w odniesieniu do UPS-ów). Brak zdublowania nazwy, producenta, roku produkcji i wartości wynikał zatem z tego, że zaofertowano dwa takie same serwery, o identycznej wartości.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557

ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 3 oraz ust.4 i ust.5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) [dalej: rozporządzenie]. Zgodnie z dyspozycją wskazanego art. 557 w wyroku Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z kolei z § 7 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia: „2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: (...) 3) odwołujący i zamawiający lub uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania.”

.....