Sygn. akt: KIO 1297/16

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 15 lipca 2016 r. przez wykonawcę: **Radiometr sp. z o.o. w Warszawie (01-217), ul. Kolejowa 5/7** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr A. Jurasza w Bydgoszczy (85-094), ul. M. Skłodowskiej Curie 9**

przy udziale wykonawcy: **Siemens Healthcare sp. z o.o. w Warszawie (03-821), ul.** Żupnicza **11** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Radiometr sp. z o.o. w Warszawie** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Radiometr sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy: **Radiometr sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz zamawiającego: **Szpitala Uniwersyteckiego nr 1 im. dr A. Jurasza w Bydgoszczy** kwotę **4 206 zł 14 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście sześć złotych czternaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaconej opłaty skarbowej, a także związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Bydgoszczy.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1297/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dzierżawa *analizatorów parametrów krytycznych wraz z zakupem materiałów zużywalnych"* zostało wszczęte przez Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr A. Jurasza w Bydgoszczy, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym przez Zamawiającego Prezesowi Izby piśmie z dnia 19 lipca 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2016/S 077-136218) w dniu 20 kwietnia 2016 r.

W dniu 15 lipca 2016 r. odwołanie wniósł wykonawca: Radiometr sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności poprawienia przez Zamawiającego innej omyłki w treści oferty złożonej przez Odwołującego, a w konsekwencji poprawienia również oczywistej omyłki rachunkowej. Odwołanie wniesiono także wobec czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez tego wykonawcę. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Zaprzeczał on również temu, że oferta w takim kształcie, w jakim została przedstawiona Zamawiającemu, obarczona jest omyłką, którą Zamawiający winien poprawić – twierdził natomiast, że świadomie, w oparciu o instrukcję producenta oraz własne doświadczenie właściwie oddał w treści oferty treść własnego oświadczenia woli i zamiar jego ukształtowania, a w szczególności określił prawidłową ilość membran wskazanych spornych pozycjach formularza cenowego. Stał on na stanowisku, że zgodnie z instrukcją producenta dopuszczone zostały, jako równoważne i niezależne od siebie, dwie przesłanki wymiany membran (obie zostały wskazane w złożonym wraz z jego ofertą kalendarzu zmian), a zatem opieranie się na czułości elektrod, jak też stosowanie sztywnego harmonogramu wymian. Zdaniem Odwołującego dopuszczalne było przyjęcie założenia,

---

zgodnie z którym, dzięki oparciu się wyłącznie na wartościach czułości elektrod, możliwym było dokonywanie wymiany membran rzadziej, niż miałoby to wynikać ze sztywnego harmonogramu wymian. Założenie to pozwoliło mu zaoferować mniejszą, niż zakładana przez Zamawiającego liczbę membran w pozycjach 9, 10, 15 i 16 tabeli B formularza cenowego. W tych okolicznościach brak było podstaw do odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił „o *nakazanie Zamawiającemu:*

- *unieważnienia czynności wezwania do wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki − o której mowa w art. 87. ust 2 pkt 3 Pzp w zakresie poz. 9,10,15,16 załącznika nr 2 do SIWZ Formularz cenowy, a także unieważnienia poprawienia innych omyłek o których mowa w art. 87. ust 2 pkt 3 Pzp również w powyższym zakresie , a także w konsekwencji poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, a także*
- *unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego i ponowienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,*

co winno skutkować, uwzględniając zastosowane kryteria oceny ofert w postępowaniu, uznaniem oferty Odwołującego za najkorzystniejszą."

W dniu 20 lipca 2015 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: Siemens Healthcare sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co do zasady przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem, a także te dokumenty, które Strony złożyły w toku rozprawy przed Izbą.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła,

że zgodnie z pkt 2.1 SIWZ przedmiotem zamówienia objęta została dzierżawa analizatorów parametrów krytycznych wraz z zakupem materiałów zużywalnych, określona w załączniku nr 2 (formularz cenowy) i 3a (formularz właściwości techniczno-użytkowe) do SIWZ. W pkt 2.2 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że oferta powinna spełniać wymagania zawarte w pkt 3 SIWZ, a także w powołanych załącznikach nr 2 i 3a do SIWZ.

Zgodnie z pkt 5.1 SIWZ zamówienie miało być realizowane przez trzydzieści sześć miesięcy od dnia podpisania umowy.

W części A formularza cenowego Zamawiający wskazał, że oczekuje zaoferowania mu 11 sztuk analizatora parametrów krytycznych typu A.

Zgodnie z pouczeniem zawartym w części B formularza cenowego, w ramach tej części powołanego formularza wykonawcy byli zobowiązani wskazać i wycenić „wszystkie *odczynniki, materiały eksploatacyjne, kapilary, płyny kontroli jakości oraz inne niezbędne do wykonania badań zgodnie z instrukcją producenta stosownie do zamawianych ilości".* Zamawiający wskazał tam ponadto, że ilość poszczególnych materiałów zużywalnych wykonawcy powinni obliczyć dla określonej w formularzu cenowym liczby poszczególnych rodzajów badań.

W załączniku nr 3a, części A, pkt 6 tabeli, Zamawiający wymagał m.in. podania czasu użytkowania oraz terminu gwarancji oferowanego asortymentu.

Zgodnie z pkt 9 pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyło Zamawiającemu dwóch wykonawców: Odwołujący i Przystępujący.

Zgodnie z ofertą złożoną przez Odwołującego (częścią A, załącznika nr 3a do SIWZ), jako analizator typu A, zaoferował on Zamawiającemu urządzenie „ABL835 *FLEX".*

W złożonym przez Odwołującego formularzu cenowym, w części B, Odwołujący zaoferował Zamawiającemu dostarczenie odpowiednio, w pozycji 9 – 18 sztuk membran opisanych jako: „pO2 *Membr, Kit., 4 pcs., 942-064",* w pozycji 10 – 18 sztuk membran opisanych jako: „pCO2 *Membr, Kit., 4 pcs., 942-063",* w pozycji 15 – 66 sztuk membran opisanych jako: „Glucose *Membr, Kit., 4 pcs., 942-065"* oraz w pozycji 16 – 66 sztuk membran opisanych jako: „Lactate *Membr, Kit., 4 pcs., 942-066".*

Jak wynikało z oświadczenia Odwołującego zawartego w pkt 6 części A załącznika nr 3a do SIWZ informacje o czasie użytkowania oraz terminie gwarancji miały zostać zawarte

na 42 stronie oferty. Na tak wskazanej stronie oferty znajdowało się tabelaryczne zestawienie określone mianem „Czas *użytkowania oraz gwarancja".* W odniesieniu do spornych pozycji Odwołujący zawarł tam następujące oświadczenia – odpowiednio: dla „pO2 *Membr, Kit., 4 pcs., 942-064":* „Data *ważności i nr serii wydrukowane są na etykiecie. Wymiana zalecana przy czułości podawanej przez analizator 5-40 pA/mmHg 37,5-300 pA/kPa lub co 3 miesiące";* dla „pCO2 *Membr, Kit., 4 pcs., 942-063":* „Data *ważności i nr serii wydrukowane są na etykiecie. Wymiana zalecana przy czułości podawanej przez analizator 85-100% lub co 3 miesiące";* dla „Glucose *Membr, Kit., 4 pcs., 942-065":* „Data *ważności i nr serii wydrukowane są na etykiecie. Wymiana zalecana przy czułości podawanej przez analizator 100-1800 pA/mM lub co miesiąc";* dla „Lactate *Membr, Kit., 4 pcs., 942-066":* „Data *ważności i nr serii wydrukowane są na etykiecie. Wymiana zalecana przy czułości podawanej przez analizator 150-2000 pA/mM lub co miesiąc".*

Zapisy o tej samej treści znalazły się w znajdującym się na 43 stronie oferty tabelarycznym zestawieniu określonym mianem „Kalendarz *wymian".*

Pismem z dnia 8 czerwca 2016 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnoszących się do treści złożonej przez niego oferty.

W oparciu o własne doświadczenia z oferowanymi analizatorami oraz przy uwzględnieniu grafika wymiany membran stworzonego przez producenta oraz kalendarza wymian złożonego wraz z ofertą Odwołującego, Zamawiający, w odniesieniu do membran ujętych w pozycji 9 i 10 części B formularza cenowego, ustalił, że Odwołujący powinien zaoferować w każdej z pozycji 132 membrany (4 membrany rocznie * 11 analizatorów * 3 lata, a zatem w każdej z tych dwóch pozycji 33 opakowania po 4 membrany w opakowaniu), tymczasem Odwołujący zaoferował 18 opakowań po 4 membrany w opakowaniu, a zatem łącznie 72 membrany w każdej z pozycji. Zdaniem Zamawiającego stanowiło to co najmniej 60 membran za mało wobec ustalonego przez niego minimum dla każdej z tych dwóch spornych pozycji.

Podobnych ustaleń, na tych samych podstawach, Zamawiający dokonał w odniesieniu do pozycji 15 i 16 części B formularza cenowego. Ustalił on, że Odwołujący powinien zaoferować w każdej z pozycji 396 membran (12 membran rocznie * 11 analizatorów * 3 lata, a zatem w każdej z tych dwóch pozycji 99 opakowań po 4 membrany w opakowaniu), tymczasem Odwołujący zaoferował 66 opakowań po 4 membrany w opakowaniu, a zatem łącznie 264 membrany w każdej z pozycji. Zdaniem Zamawiającego stanowiło to

co najmniej 132 membrany za mało wobec ustalonego przez niego minimum dla każdej z tych dwóch spornych pozycji.

W odpowiedzi na powołane wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 14 czerwca 2016 r. oświadczył, że złożona przez niego oferta jest w pełni zgodna z SIWZ i odpowiada wszystkim jej szczegółowym wymaganiom. W odniesieniu do pozycji 9 i 10 części B formularza cenowego wyjaśnił, że przy ustalaniu ilości zaoferowanych Zamawiającemu membran uwzględnił, jako istotniejszy, parametr czułości elektrody podawanej przez analizator, przy którego określonym poziomie, jego zdaniem, należało wymienić dedykowaną membranę. Pozwalało to, w jego ocenie, twierdzić, że złożona przez niego oferta została złożona zgodnie z wymogiem zakreślonym w SIWZ, aby wszystkie materiały zużywalne były zaoferowane w ilości gwarantującej zgodnie z instrukcją wykonanie badań określonych przez Zamawiającego. Analogiczne wyjaśnienia sformułował Odwołujący w odniesieniu do pozycji 15 i 16 części B formularza cenowego.

Pismem z dnia 5 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, jako innej omyłki, zapisów określających ilość membran wycenioną przez Odwołującego w pozycjach 9, 10, 15 i 16 części B formularza cenowego. W konsekwencji powyższego Zamawiający poprawił również wyliczenie ceny brutto tej oferty i ustalił ją ostatecznie na kwotę 1 846 961,88 zł brutto.

W piśmie z dnia 8 lipca 2016 r. Odwołujący oświadczył, że nie wyraża on zgodny na dokonanie przez Zamawiającego poprawienia omyłki powołanych czterech pozycji formularza cenowego. Stanął on na stanowisku, że wskazane w ofercie ilości membran są prawidłowe. Podtrzymał tym samym twierdzenia zawarte w piśmie z dnia 14 czerwca 2016 r. zgodnie z którymi to wartości czułości elektrod powinny być wyznacznikiem przy określaniu częstotliwości wymiany poszczególnych membran.

Pismem z dnia 12 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp złożonej przez niego oferty, z uwagi na fakt, iż nie zgodził się on na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Zamawiający argumentował, że zgodnie z instrukcją producenta oraz harmonogramem wymiany membran Odwołujący powinien założyć wymianę membran po upływie okresu wskazanego wyraźnie w powołanym harmonogramie. Zdaniem Zamawiającego, z uwagi na fakt, że zalecenia producenta są jednoznaczne, to zaoferowanie przez Odwołującego mniejszej ilości membran, niż miałoby to wynikać ze złożonego wraz z jego ofertą kalendarza wymian, nie gwarantowało bezpieczeństwa pracy przez cały okres trwania umowy. Uznał on bowiem, że niedopuszczalne jest wykonywanie oznaczeń parametrów krytycznych

na aparacie niepodlegającym bieżącej konserwacji zgodnie ze wskazaniami producenta. Nadto Zamawiający uznał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że jedynie część ze sformułowanych przez Odwołującego zarzutów znajduje oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Z przepisem tym koresponduje przepis art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stąd też, jeżeli możliwym jest poprawienie treści oferty w sposób odpowiadający przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, Zamawiający nie może odrzucić takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. W świetle powołanego przepisu uznać należy, iż warunkiem dokonania zmian w treści oferty, tj. sprostowania omyłek, jest ustalenie, że elementy podlegające takim zmianom stanowią merytoryczną treść oferty, zaś ich odniesienie do treści SIWZ pozwala stwierdzić, że są one niezgodne z jej postanowieniami. Ponadto z ich omyłkowego (odmiennego) określenia musi wynikać, że wykonawca oferuje inny zakres świadczenia, niż przewidziany w SIWZ, czy choćby np. w kosztorysie ofertowym zastosowana została inna jednostka miary niż ta, która została określona przez Zamawiającego w SIWZ. Należy także wskazać, iż dokonanie zmian w treści oferty przez zamawiającego musi respektować wytyczne zawarte w art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, tj. nie mogą być one wynikiem negocjacji dotyczących złożonej oferty. Tym bardziej czynności te nie mogą stanowić zastąpienia wykonawcy przez zamawiającego w konstruowaniu jej istotnych elementów.

Istotnym w kontekście powołanego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest też to, że stwierdzona przez Zamawiającego niezgodność w treści oferty z treścią SIWZ musi być wynikiem omyłki Wykonawcy. Niezgodność ta nie może wynikać ze świadomego działania

Wykonawcy – w takim bowiem przypadku traci ona przymiot omyłki, a tym samym nie może zostać poprawiona w trybie określonym powołanym przepisem ustawy Pzp. Fakt, że Wykonawca świadomie sformułował treść oferty w określonym zakresie wyłącza możliwość uznania zaistniałej w ten sposób niezgodności za będąca wynikiem omyłki.

Tak też było, zgodnie z wyraźnym oświadczeniem Odwołującego, w rozpoznawanej sprawie. Już w odpowiedzi na pierwsze wezwanie, w piśmie z dnia 14 czerwca 2016 r. Odwołujący stanowczo stwierdził, że treść złożonej przez niego oferty w zakresie czterech spornych pozycji części B formularza cenowego jest efektem jego świadomego działania i wynikiem przyjętych i opisanych w tym piśmie założeń co do możliwej do przyjęcia częstotliwości wymiany spornych membran. Stanowisko to było konsekwentnie podtrzymywane przez Odwołującego w kolejnych jego wystąpieniach, tak w toku postępowania o udzielenie jak później, w toku odwoławczego przed Izbą. zamówienia, postępowania W tych okolicznościach Zamawiający nie był władny dokonać zmiany treści oferty złożonej przed Odwołującego w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, co zasadnie podnosił Odwołujący.

Stwierdzone przez Izbę naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp nie miało jednak wpływu na wynik postępowania. W ocenie Izby nie zostało bowiem w toku postępowania odwoławczego wykazane przez Odwołującego,

aby Zamawiający dopuścił się naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Nie wykazał bowiem Odwołujący, że wbrew dokonanym przez Zamawiającego ustaleniom, treść złożonej przez niego oferty odpowiada treści SIWZ, a w szczególności, że zaoferowana przez niego liczba membran odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Nie było między Stronami sporu co do tego, że o tym, czy zaoferowana przez Odwołującego liczba spornych membran pozwala na wykonanie ilości badań określonych przez Zamawiającego w SIWZ przesądzać miały *de facto* zapisy instrukcji producenta. Wynikało to jednoznacznie z pouczenia zawartego w treści załącznika nr 2 do SIWZ. Tym samym to właśnie na treści instrukcji producenta i treści oferty Odwołującego należało się w tym wypadku oprzeć, aby móc rozstrzygnąć, czy twierdzenia Odwołującego zasługują na uznanie.

W ocenie Izby, Odwołujący, na którym w tym przypadku spoczywał obowiązek udowodnienia zasadności stawianych przez siebie zarzutów, nie przedstawił wiarygodnych dowodów pozwalających stwierdzić istnienie faktów, na które się powoływał, a które przesądzić miały o zgodności treści złożonej przez niego oferty z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało to, że jak to zostało już ustalone, zgodnie z ofertą złożoną Zamawiającemu (częścią A, załącznika nr 3a do SIWZ), jako analizator typu A, Odwołujący zaoferował urządzenie „ABL835 *FLEX".* Tymczasem szereg wydruków, opisywanych przez Odwołującego, jako poszczególne strony pochodzące z instrukcji producenta oferowanego przez niego aparatu, opatrzone były innymi symbolami: albo „ABL800", albo „ABL800 *FLEX".* Żaden z tych wydruków nie został opisany użytym w ofercie Odwołującego symbolem „ABL835 *FLEX".* Już sam fakt, że poszczególne strony oznaczane były jednym z powołanych symboli (albo „ABL800", albo „ABL800 *FLEX")* poddaje w wątpliwość to, czy zapisy na nich zawarte w każdym przypadku znajdują zastosowanie do urządzenia wskazanego w ofercie. Skoro bowiem producent opisuje wydaną przez siebie instrukcję jednym z symboli, i rozróżnia je między sobą, wpisując konkretny, jako ten, do którego odnosi się sporządzona przez niego instrukcja, to czyni wysoce prawdopodobnym to, że urządzenie opisane innym symbolem, niże te, które zostały przywołane na złożonych przez Odwołującego wydrukach, również zostało wyposażone w odrębną, dla niego właściwą, instrukcję. Przypuszczenie to czyni bardziej prawdopodobnym to, że w piśmie złożonym przez Odwołującego, a mającym zgodnie z jego oświadczeniem, podobnie jak składane wydruki z instrukcji, pochodzić od producenta oferowanego przez niego aparatu, znalazło się wskazanie na analizator „ABL8XX". Sugeruje to, że analizator oferowany przez Odwołującego należy do szerszej rodziny produktów, którą można określić przywołanym w rzeczonym piśmie mianem „ABL8XX". Co za tym idzie, jeśli producent w ramach jednej rodziny produktów (co do zasady podobnych do siebie, skoro opisywanych podobnymi symbolami, jednakże posiadającymi różne od siebie cechy – w innym przypadku zbędne byłoby ich dalsze rozróżnianie, takie jak: „ABL800", „ABL800 *FLEX"* czy „ABL835 *FLEX"),* wydaje instrukcje dla poszczególnych produktów (a przynajmniej część z jej zapisów odnosi do poszczególnych modeli należących do tej samej rodziny produktów), to nie można wykluczyć, że także dla urządzenia opisanego w ofercie, taka specjalna, zindywidualizowana instrukcja, bądź jej wyodrębniona część, nie została wydana. Gdyby bowiem producent sporządził instrukcję wspólną i jednolitą dla wszystkich urządzeń należących do tej samej rodziny produktów, oznaczyłby ją zapewne użytym w przedstawionym Izbie piśmie mianem „ABL8XX", a nie używałby wskazania na „ABL800" lub „ABL800 *FLEX".* Fakt rozróżniania zapisów instrukcji dla poszczególnych modeli należących do tej samej rodziny produktów czyni mniej wiarygodnymi zapisy wydruków poszczególnych stron instrukcji przedstawionych przez Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby przyjąć, że każda z przedstawionych przez Odwołującego stron instrukcji zawiera zapisy, które opisują działanie i odnoszą się do analizatora wskazanego w ofercie złożonej przez Odwołującego, to i tak nie zostały

w niej wskazane zapisy, które potwierdzałyby jednoznacznie, że przewidziany

przez Odwołującego model wymiany spornych membran znajduje oparcie w zapisach instrukcji producenta, a tym samym, że treść oferty odpowiada treści SIWZ.

Jak wynika z informacji zawartych na stronie 42 („Czas użytkowania i gwarancja"), każdą ze spornych membran należy wymienić przy określonym poziomie czułości podawanej przez analizator lub po upływie ściśle oznaczonego okresu – trzech albo jednego miesiąca. Jak oświadczył to sam Odwołujący informacje zawarte na tej, jak i na następnej (43) stronie oferty, zostały zaczerpnięte z instrukcji podstawowej i rozszerzonej. Tym samym sam Odwołujący przyznał, że istotne dla rozstrzygnięcia zapisy złożonej przez niego oferty zaczerpnięte zostały z instrukcji producenta, tj. tego dokumentu, których zgodnie z SIWZ, miał stanowić podstawę do ustalenia właściwej liczby spornych membran, które Odwołujący był zobowiązany zaoferować Zamawiającemu. Skoro zatem zapisy te pochodzą od producenta, winny one być dla Stron podstawą do ustalenia właściwej ilości spornych membran.

W ocenie Izby, słusznie przyjął Zamawiający, że zapisy co rozumienia których zawiązał się spór między Stronami, należy odczytywać, tak jak zostały literalnie sporządzone, a zatem jako alternatywę łączną – wskazanie na dwie różne przesłanki wymiany membran połączone ze sobą spójnikiem „lub". Taki zapis pozwala niewątpliwie stwierdzić, że ziszczenie się co najmniej jednej z przesłanek wymiany rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek wymiany membrany. Podobnie Naczelny Sąd Administracyjny w sprawie I OSK 2528/12: „Spójnik »lub« *w sensie logicznym (matematycznym) może być stosowany tylko w jednym znaczeniu zgodnie z którym A lub B oznacza: A, B, A+B. Jest to tak zwana alternatywa łączna, pozwalająca na połączenie dwóch zdań równorzędnych. Potwierdzeniem owych twierdzeń jest stanowisko zaprezentowane przez profesora Z. Ziembińskiego, w podręczniku pt.* »Logika praktyczna«. *Na s. 87 tego podręcznika prof. Ziembiński przytacza przykłady wypowiedzi, w których używa zamiennie spójnika* »lub« *oraz spójnika* »albo« *pisząc:* »1. Nabywca otrzymał części zamienne lub bon na bezpłatną naprawę. 2. Nabywca otrzymał części zamienne albo bon na bezpłatną naprawę. W pierwszym przypadku stwierdza się, że nabywca otrzymał przynajmniej jedno, a nie wyklucza się, że otrzymał i części i bon. W drugim przypadku stwierdza się, że otrzymał jedno i tylko jedno z tych dwóch«".

Wobec powyższego, a także wobec faktu, że z żadnego innego przedstawionego przez Odwołującego wydruku nie wynika w sposób jednoznaczny, że producent dopuścił, opisywaną przez Odwołującego jako prawidłową i gwarantującą należyte działanie analizatora, możliwość korzystania z membrany, a tym samym całego analizatora,

po upływie okresu, odpowiednio dla danej membrany, trzech albo jednego miesiąca, Izba uznała dokonaną przez Zamawiającego wykładnię spornego zapisu oferty złożonej przez Odwołującego za uzasadnioną.

Co do przedstawionych przez Odwołującego wydruków Izba stwierdziła co następuje:

- co do strony 3-48 – mowa tam o możliwości zaplanowania rutynowych okresów − wymiany, brak tam jednak potwierdzenia, że ustawienie dłuższego okresu, aniżeli wskazany na 42 stronie oferty, nie zostanie uznane przez producenta za niezgodne z jego zaleceniami, a tym samym będzie gwarantowało należyte działanie analizatora. Dostrzeżenia wymaga też to, że brak tam informacji o powiązaniu ustawienia dłuższego niż wskazany okresu wymiany membrany z określonym poziomem czułości elektrody. Tymczasem, zgodnie z twierdzeniami Odwołującego, w sugerowanej przez niego metodzie, to właśnie określony poziom czułości elektrody miały być dla Zamawiającego wyznacznikiem zaistnienia konieczności dokonania wymiany spornych membran;
- co do strony 7-2 – z informacji na niej zawartych wynika, że kolor żółty komunikatu − oznacza konieczność dokonania wymiany membrany, brak tam informacji o tym, że w takim przypadku możliwe jest dalsze wykorzystywanie aparatu do czasu kiedy czułość elektrody nie spadnie do wskazanego przez Odwołującego poziomu. Tym samym twierdzenia Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w tym wydruku;
- co do etykiety dla membran dla elektrody pCO_2 – brak tam jakichkolwiek zapisów −

przesądzających o tym w jakich okolicznościach membrana ta powinna zostać wymieniona, a zatem wskazania na wartość czułości elektrony, czy też okres, które zostały przywołane na 42 oferty Odwołującego;
co do listów referencyjnych – Izba uznała ich zapisy za irrelewantne dla zaistniałego − między Stronami sporu – nie było spornym między Stronami to, że punktem odniesienia dla określenia czasu użytkowania poszczególnych membran powinny być zapisy instrukcji producenta. Tym samym praktyka innych użytkowników oferowanego przez Odwołującego aparatu nie mogła przesądzać o tym, czy treść oferty Odwołującego gwarantuje ilość membran, która wynikać miała z odpowiednich zapisów instrukcji producenta;
co do strony 1-3 – na stronie tej znajduje się definicja procesu kalibracji, brak zapisów, − które podważałyby literalne rozumienie zapisów zawartych na stronie 42 oferty Odwołującego;
co do stron 15-8 i 15-9 – znajduje się tam informacja o domyślnych ustawieniach − urządzenia, jednakże podobnie, jak w przypadku strony 3-48 brak tam zapewnienia, że ustawienie dłuższego okresu, aniżeli wskazany na 42 stronie oferty, nie zostanie

uznane przez producenta za niezgodne z jego zaleceniami, a tym samym będzie gwarantowało należyte działanie analizatora;
co do strony 3-50 – znajdują się tam informacje podobnej natury, co na stronie 3-48, i − podobnie też zostały one przez Izbę ocenione;
co do pisma mającego pochodzić od producenta oferowanego Zamawiającemu − analizatora – w piśmie tym brak wyraźnego potwierdzenia twierdzeń Odwołującego – brak tak oświadczenia, że wskazane na stronie 42 złożonej przez Odwołującego oferty okresy mogą zostać przekroczone, a prezentowane przez analizator wyniki pozostaną nadal wiarygodne. W piśmie tym zawarte zostało stwierdzenie, zgodnie z którym „żółta *lampka* (...) *sygnalizuje konieczność podjęcia czynności korygujących przez operatora",* przy czym zawarto tam również zastrzeżenie, że stan ten „nie *powoduje utraty zdolności analizatora do przeprowadzenia pomiarów".* Twierdzenie to koresponduje z oświadczeniami Odwołującego prezentowanymi na stronie 6 pisma Odwołującego z dnia 8 lipca 2016 r. Tezy te zestawiła Izba z przedstawionymi w powołanym piśmie Odwołującego wyimkami z instrukcji zawartymi na 7 jego stronie (zgodnie z oświadczeniem tam zawartym wyimki te pochodzić miały ze stron 2-16, 2-18 i 2-29 instrukcji) – znajduje się tam wyraźne stwierdzenie, że kolor żółty komunikatu oznacza, że „należy *dokonać wymiany",* a nadto informacja, że „żółty *parametr"* oznacza „błąd *związany z przedstawionym parametrem w trakcie ostatniej kalibracji lub pomiaru kontroli jakości. Parametr nie jest pewny i zawiera* »?« *(jeżeli jest to zaznaczone w działaniach korygujących) przed wynikiem".* W zapisie tym znalazło potwierdzenie stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym nie może on polegać na tak uzyskanych wynikach. Stanowisko to dodatkowo wzmacniało przedstawione przez Zamawiającego pismo z dnia 29 kwietnia 2014 r. pochodzące od Odwołującego (a przekazane Zamawiającemu w związku z realizacją wcześniej zawartej umowy na realizację analogicznego przedmiotu zamówienia – na stronie 8 odwołania Odwołujący oświadczył, że tę wcześniejszą usługę świadczył z wykorzystaniem tego samego modelu analizatora, który oferuje obecnie: „dla *typu A – ABL835 tak jak w obecnym przetargu"),* w którym zawarto stwierdzenie, że niestosowanie się do harmonogramu wymian membran na elektrodach pomiarowych analizatorów parametrów krytycznych „ABL8XX" wyłącza odpowiedzialność Odwołującego za „uzyskanie *niewłaściwych (błędnych) wyników uzyskanych na wyżej wymienionych urządzeniach".* Tym samym sam Odwołujący w powołanym piśmie przesądził o tym, że analizator po przekroczeniu okresu wskazanego w harmonogramie zachowuje zdolności do wykonywania pomiarów, jednakże mogą one zostać uznane za niewłaściwe i błędne, a aby tego uniknąć należy stosować się do harmonogramu wymian membran zalecanego przez producenta.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że nie zostało przez Odwołującego wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp

przez odrzucenie oferty Odwołującego, jako takiej, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Zgodnie bowiem z twierdzeniami Zamawiającego wskazana przez Odwołującego liczba membran w pozycjach 9, 10, 15 i 16 części B formularza cenowego nie gwarantowała przez pełen okres obowiązywania umowy (36 miesięcy) możliwości dokonywania wymian tychże membran w każdym z oferowanych Zamawiającemu 11 analizatorów z zachowaniem zalecanego przez producenta czasu użytkowania jednej membrany.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki – spis kosztów, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł) oraz opłaconej opłaty skarbowej (51 zł), a także kosztami związanymi z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby (555,14 zł).

Przewodniczący: ……