Sygn. akt: KIO 2461/20

WYROK

z dnia 13 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2020 r. przez wykonawcę GRIFOLS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Łodzi

przy udziale wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2461/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2 . kosztami postępowania obciąża wykonawcę GRIFOLS Polska Sp. z o.o. z siedzibą 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 GRIFOLS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od wykonawcy GRIFOLS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego: Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Łodzi.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 2561/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Łodzi wszczął *postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.* „Dostawa odczynników do jednoczesnego wykrywania RNA HCV, RN A HiV, RN A HBV w pulach osocza wraz z wymaganymi kontrolami, archiwizacją materiału badanego, wszelkimi materiałami zużywalnymi oraz dzierżawą niezbędnej aparatury wraz z systemem sterowania, *nr ref. postępowania: 26/DAT/2020.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 lipca 2020 r. pod nr 2020/S 130-318576.

Informacja Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej Roche lub Przystępującym, została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego oraz przekazana Odwołującemu: GRIFOLS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w dniu 16 września 2020 r.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 28 września 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1.zaniechaniu odrzucenia oferty Roche, pomimo oczywistej niezgodności tej oferty z wymaganiami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ,

2.zaniechaniu wezwania Roche do uzupełnienia treści oferty, pomimo że Roche nie załączył do oferty dokumentów wymaganych w SIWZ,

3.dokonaniu wyboru oferty Roche, jako oferty najkorzystniejszej, choć powinna ona zostać odrzucona,

4.zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że jest to jedyna oferta w Postępowaniu niepodlegająca odrzuceniu.

Jednocześnie zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej PZP lub ustawy Pzp, w zw. z art 7 ust. 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Roche, podczas gdy z dokumentów załączonych przez Roche do oferty wynika, iż wykonawca ten zaoferował przedmiot świadczenia w zakresie (i) dzierżawy urządzeń do badań oraz (ii) adaptacji pomieszczeń Zamawiającego, niezgodny z wymaganiami SIWZ;

2.ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu nr 1, art 87 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Roche do wyjaśnienia treści oferty w zakresie dotyczącym załączonej do oferty mapki rozmieszczenia oferowanych urządzeń w pomieszczeniach Zamawiającego;

3.art 26 ust. 3 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Roche do uzupełnienia brakujących dokumentów, których Roche nie załączył do oferty, tj.

a)potwierdzenia producenta testu wykrywania RNA-HIV-1 w co najmniej 2 regionach genomu zapobiegając negatywnym wynikom w przypadku mutacji jednego z nich, oraz

b)specyfikacji technicznej producenta systemu, w zakresie ilości spulowanych i zbadanych donacji w oferowanym systemie w ciągu 8 godzin;

4.art 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 139 ust. 1 PZP i art. 568 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej jako „KC") poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Roche pomimo, że przewiduje ona krótszy okres rękojmi na odczynniki i materiały zużywalne, niż minimalny okres wynikający z przepisów KC, do których to przepisów odwołuje się wzór umowy na dostawę tych odczynników;

5.art 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust 1 i ust 3 PZP poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Roche jako oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji poprzez podjęcie decyzji o udzieleniu zamówienia wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

W związku z powyższym, wnosił o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 PZP:

1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3.odrzucenia oferty Roche (po ewentualnym wezwaniu Roche do uzupełnienia oraz wyjaśnienia treści oferty);

4.dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu i niepodlegającej odrzuceniu.

Ponadto wnosił o:

5.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Roche z treścią SIWZ Odwołujący wskazał, że przedmiotem Postępowania jest udzielenie zamówienia na:

a)dostawę odczynników do wykonywania ściśle określonych badań wskazanych w SIWZ (tj. polegających na wykrywaniu RNA HCV i RNA HIV oraz DNA HBV\ a także

b)dzierżawę niezbędnej aparatury do wykonania ww. badań określonych w SIWZ (w tym analizator podstawowy oraz pracujący z nim równolegle back-up, a także urządzenie do archiwizacji i pulowania) wraz z systemem sterowania.

Ponadto, zwrócił on uwagę, że w pkt 38 Opisu Przedmiotu Zamówienia, zwanegodalej jako OPZ Zamawiający postanowił, że „Wszystkie urządzenia **(urządzenie podstawowe oraz back-up pracujący równolegle *w***raz z wymaganymi kontrolami, archiwizacją materiału badanego oraz wszelkimi materiałami zużywalnym. **z urządzeniem podstawowym) potrzebne do wykonywania badań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia oraz urządzenie do archiwizacji i pulowania** powinny zmieścić się we wskazanych przez Zamawiającego pomieszczeniach (Zał. 1), przy zachowaniu swobody poruszania się personelu oraz zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami BHP i PPOŻ oraz zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dn. 3 marca 2004 r w sprawie wymagań, jakim powinno odpowiadać medyczne laboratorium diagnostyczne i Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dn. 26 marca 2019 w sprawie szczegółowych wymagań jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą".

Dalej, zauważył, że w przywołanym powyżej pkt 38 OPZ Zamawiający uczynił również przedmiotem zamówienia

prace polegające na dostosowaniu przez Wykonawcę pomieszczeń wskazanych przez Zamawiającego do zainstalowania dzierżawionych urządzeń do badań i archiwizacji. Pomieszczenia, którymi dysponuje Zamawiający zobrazowane w Załączniku nr 1 do OPZ (tj. pomieszczenie nr 208 oraz nr 210) nie są bowiem przystosowane do wykonywania badań, pełnią aktualnie rolę pomieszczeń biurowych i wymagają remontu oraz adaptacji tak, aby mogły pełnić funkcję laboratorium diagnostycznego.

Odwołujący wyjaśnił również, że w kontekście powyższych postanowień OPZ, Zamawiający zażądał złożenia wraz z ofertą **„mapki proponowanego rozmieszczenia urządzeń w pomieszczeniach Zamawiającego**", której obowiązek złożenia wynika z Rozdziału XIII pkt 1 ppkt q) SIWZ oraz ww. pkt 38 OPZ.

Zaznaczył przy tym, że wymagana mapka obrazować miała rozmieszczenie urządzeń instalowanych już po wykonaniu prac remontowych przedmiotowych pomieszczeń.

Podniósł, że w pkt 38 OPZ Zamawiający przedstawił jedynie fragmentaryczny opis czynności jakie mają być wykonane w ramach robót adaptacyjnych, uniemożliwiający rozeznanie zakresu „prac adaptacyjnych", a tym samym ich wyceny w ramach oferty. Kwestia ta wzbudziła liczne wątpliwości wykonawców, które były przez Zamawiającego dwukrotnie wyjaśniane w ramach odpowiedzi na pytania do SIWZ. W odpowiedzi na pytania do SIWZ z 6 sierpnia 2020 r., odnosząc się do pytania nr 3 dotyczącego jednakowego dla wszystkich wykonawców planu koncepcyjnego określającego wymaganą konfigurację oraz przeznaczenie pomieszczeń, które miałyby powstać w wyniku adaptacji na powierzchni wyznaczonej w SIWZ, Zamawiający udzielił jednoznacznej odpowiedzi, iż:**„Zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 3 marca 2004 r. w sprawie wymagań, jakim powinno odpowiadać medyczne laboratorium diagnostyczne, Zamawiający wymaga, aby w przeznaczonym pomieszczeniu na laboratorium medyczne znalazły się:**

-strefa przyjęcia materiału,

-strefa do wykonywania czynności diagnostyki laboratoryjnej z funkcjonującą aparaturą niezbędną do wykonania badań będących przedmiotem zamówienia wraz z urządzeniami peryferyjnymi,

-strefa magazynowa zapewniająca zachowanie właściwości fizykochemicznych składowanych i przechowywanych odczynników, sprzętu jednorazowego użycia, pozwalających na zwolnienie ok. 6000 donacji.

Orientacyjne rozmieszczenie głównych urządzeń przedstawiono w załączniku nr 1 do niniejszego pisma".

Poza tym, zwrócił uwagę, że w załączniku nr 1 do ww. odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 6 sierpnia 2020 r. Zamawiający przedstawił sugerowane rozmieszczenie poszczególnych urządzeń jakie mają zostać dostarczone przez wykonawcę, na które składały się 2 analizatory do wykonywania badań ściśle określonych w SIWZ, a także urządzenie do pulowania próbek - oznaczone przez Zamawiającego na ww. załączniku nr 1 do odpowiedzi odpowiednio jako: **„urządzenie T, „urządzenie T** oraz **„pule**r". Na rysunku zamieszczonym w tym załączniku Zamawiający uwzględnił zatem te (i tylko te) urządzenia, które stanowiły przedmiot zamówienia, a które wykonawcy uwzględnić mieli w swej ofercie zarówno:

(i)w aspekcie ich dzierżawy - tj. dzierżawa ściśle określonych urządzeń wskazanych w SIWZ, jak i

(ii)w aspekcie wykonania prac adaptacyjnych pomieszczeń Zamawiającego - tj. prace adaptacyjne wyceniane w ofercie miały być przeprowadzone na potrzeby zainstalowania konkretnych dzierżawionych urządzeń, które z kolei służyć miały do wykonania ściśle określonych badań diagnostycznych odnoszących się do wykrywania wirusów HCV, HIV, HBV.

Podsumowując, zdaniem Odwołującego - oprócz dostawy odczynników i materiałów zużywalnych do badań wskazanych w SIWZ (tj. wykrywanie RN A HCV, RNA HIV, DNA HBV), wykonawcy winni wycenić i objąć swoją ofertą dzierżawę urządzeń służących do wykonania tych badań (a nie jakichkolwiek innych), a także prace adaptacyjne w pomieszczeniach Zamawiającego na potrzeby zainstalowania tych że urządzeń, tj. służących do wykonania badań wykrywających wirusy HCV, HIV, HBV, (a nie jakichkolwiek innych urządzeń, lub tych samych ale służących do jakichkolwiek innych badań, niż wskazane w SIWZ).

Stwierdził przy tym, że elementem oferty wykonawcy uczynić mieli z kolei mapkę przedstawiającą planowane rozmieszczenie ww. urządzeń w pomieszczeniach Zamawiającego, a dokument ten należy traktować jako istotną część oferty, którego analiza pozwoli na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ.

Według Odwołującego - przedstawiona w ofercie Roche **„mapka proponowanego rozmieszczenia urządzeń w pomieszczeniach Zamawiającego**" jest niezgodna z treścią SIWZ, bowiem z przygotowanego rysunku wynikają następujące istotne nieprawidłowości:

1)Roche zmienił przeznaczenie jednego z pomieszczeń Zamawiającego podlegających adaptacji (tj.

pomieszczenia nr 208), w którym zgodnie z SIWZ, po przeprowadzeniu prac adaptacyjnych wykonawca zobowiązany był zainstalować jeden z dwóch dostarczanych analizatorów służących do wykonywania opisanych w SIWZ badań. Zgodnie z przedstawionym przez Roche rysunkiem, pomieszczenie to, wbrew wymogom SIWZ, pełnić ma funkcję pracowni COVID, zamiast tak jak drugie pomieszczenie nr 210-funkcję pracowni biologii molekularnej do oznaczania wirusów HIV, HCV, HBV.

2) Jednocześnie w pomieszczeniu tym (nr 208) Roche uwzględnił dodatkowe urządzenie o nazwie **„Biosafety Cabinet 1300",** czyli komorę laminarną, jaką wykorzystuje się do wykonywania badań na COVID-19. Nie jest ona natomiast wykorzystywana do badań określonych w SIWZ i nie stanowi przedmiotu zamówienia.

Tym samym, dla Odwołującego z ww. mapki wynika, że o ile przeznaczenie jednego z oferowanych przez Roche analizatorów o nazwie cobas 6800 jest zgodne z SIWZ (tj. wykonywanie badań wymaganych przez Zamawiającego w ramach pracowni NAT), o tyle przeznaczenie drugiego z oferowanych analizatorów, uwzględnionego na mapce w pomieszczeniu nr 208, jest niezgodne z SIWZ (tj. wykonywanie badań wykrywających wirusa COVID nieprzewidzianych w SIWZ, zamiast badań wymaganych przez Zamawiającego).

Zdaniem Odwołującego - takie zakładane przez Roche wykorzystanie jednego z dostarczonych analizatorów jest jednocześnie niezgodne z wyraźnym wymaganiem zawartym w pkt 38 OPZ oraz w §2 wzoru umowy dzierżawy, co do tego aby analizator pełniący rolę back-up pracował równolegle z urządzeniem podstawowym, co nie będzie możliwe, gdyby (jak sugeruje ww. mapka) back-up służył do wykonywania badań COVID-19.

Ponadto, wskazał, że jak wynika z mapki, oferta Roche uwzględnia również dostarczenie do pomieszczenia nr 208 dodatkowego urządzenia - komory laminarnej, związanej z badaniami COVID, której OPZ w ogóle nie przewiduje. Konsekwentnie, należałoby też założyć, że wbrew SIWZ, Roche uwzględnił w swojej ofercie prace adaptacyjne w pomieszczeniu nr 208 w celu dostosowania go do pełnienia funkcji pracowni COVID, a nie jak wymaga SIWZ do pełnienia funkcji pracowni NAT.

Tymczasem, przedmiotem zamówienia nie jest dostarczenie aparatury niezbędnej do wykonania testów na COVID-19, a testów na RNA HIV, RNA HCV,DNA HBV. Tym samym Roche w sposób nieuprawniony zmien przeznaczenie jednego z pomieszczeń laboratorium oraz jednego z analizatorów, który ma być dostarczony przez wykonawcę.

Podkreślił przy tym, że „**mapka proponowanego rozmieszczenia urządzeń w pomieszczeniach Zamawiającego**" stanowi integralną część oferty Roche.

Tym samym dokument ten stanowi o zakresie i sposobie wykonania zamówienia przez wykonawcę i podlega ocenie z punktu widzenia zgodności z treścią SIWZ.

Wyraził przekonanie, że skoro zatem zaproponowane rozwiązanie dotyczące wykonania przedmiotu zamówienia jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego wynikającymi z SIWZ, Zamawiający nie ma możliwości wezwać Roche do poprawienia, czy też uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem **„Mapka proponowanego rozmieszczenia urządzeń w pomieszczeniach Zamawiającego"** nie podlega również poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 PZP, z tego powodu, że ewentualna poprawa musiałaby polegać na zmianie przedmiotu świadczenia oraz sposobu wykonania zamówienia, a tym samym prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty. W szczególności, stwierdzonych powyżej niezgodności nie można kwalifikować jako omyłek i jest to świadome działanie Roche polegające na zmianie przedmiotu zamówienia w stosunku do wymagań SIWZ.

W ocenie Odwołującego - „Mapka proponowanego rozmieszczenia urządzeń w pomieszczeniach Zamawiającego" jest merytorycznym elementem oferty ukazującym sposób wykonania zamówienia.

Przyznał, że Wykonawcy posiadali dowolność co do sposobu prezentacji takiego rysunku, jednak nie powinni oni wykraczać poza zakres przedmiotu zamówienia oraz przeznaczenie urządzeń i pomieszczeń laboratorium określone w SIWZ. Rysunek ten jest zatem elementem oświadczenia woli Roche składającego się na jego ofertę.

Podsumowując, doszedł do wniosku, że Roche zmienił zakres świadczenia objętego postępowaniem i zmodyfikował przeznaczenie pomieszczeń na pracownię COVID-19, co potwierdzają nie tylko nazwy zastosowane na rysunku, ale także urządzenia znajdujące się w pomieszczeniu.

Podkreślił, że przedmiotem zamówienia nie było wykonanie pomieszczenia przeznaczonego do badania COVID-19, ani też dostarczenie urządzeń do tego potrzebnych. Analizator nie miał służyć do wykonywania badań na COVID-19.

W konsekwencji – według zapatrywania Odwołującego - świadczenie objęte ofertą Roche jest niezgodne z oczekiwaniami Zamawiającego wynikającymi z treści SIWZ, gdyż Zamawiający w wyniku realizacji zamówienia nie

uzyska pracowni o przeznaczeniu wynikającym z SIWZ. Tym samym Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Roche na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 PZP, czego zaniechał.

Z ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, wyżej wymienione nieprawidłowości wynikające z treści oferty Roche powinny być co najmniej przedmiotem wezwania Roche do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 PZP, a Zamawiający takiego wezwania natomiast zaniechał.

Wywodził, że Zamawiający w toku badania ofert jest zobowiązany do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących treści złożonych ofert, a w odniesieniu do oferty Roche niejasne pozostaje dlaczego Roche zaproponował zmianę przeznaczenia pomieszczenia i w ramach przedmiotu zamówienia planuje dostarczyć również komorę laminarną (tj. znajdujące się na rysunku urządzenie Biosafety Cabinet 1300) oraz jakie zastosowanie będzie miał analizator objęty jego ofertą. Wyjaśnienie tych okoliczności może mieć wpływ na inne podstawy odrzucenia oferty Roche, np. w kontekście realności jej ceny.

Odwołujący stanął na stanowisku, że oferta Roche powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, gdyż jednoznacznie z treści oferty wynika, że zakres dostarczanych urządzeń oraz ich przeznaczenie jest sprzeczne z oczekiwaniami Zamawiającego, to jednak na wypadek gdyby Izba uznała, że nie wystąpiły przesłanki odrzucenia oferty Roche, to przedstawione zastrzeżenia Odwołującego do oferty Roche powinny zostać wyjaśnione w toku powtórzonego badania ofert.

W dalszej części przedstawił argumentację, że powyższe zaniechania Zamawiającego prowadzą również do naruszenia fundamentalnej zasady wynikającej z przepisów PZP, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nieprawidłowości bowiem stwierdzone powyżej powodują, że oferta Roche obejmuje wykonanie innego świadczenia niż oferta Odwołującego (będącego jedynym obok Roche wykonawcą w postępowaniu). Zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegają przede wszystkim na umożliwieniu przez Zamawiającego złożenia oferty przez wykonawcę obejmującej przedmiot zamówienia wynikających z SIWZ. Samodzielna zmiana zakresu świadczenia przez Roche, przede wszystkim poprzez zmianę przeznaczenia pomieszczenia laboratoryjnego oraz dostarczanego analizatora, powoduje, że doszło do złamania tych zasad. Odwołujący nie zna przyczyn dokonania takiej zmiany przez Roche. Gdyby jednak przedmiotem zamówienia było przystosowanie pomieszczenia Zamawiającego do badań na COVID-19 i dostarczenie w celu analizatora, wówczas treść oferty Odwołującego byłaby inna. Zamawiający natomiast nie wskazał, aby analizatory miały służyć wykonaniu innych badań niż wskazane w SIWZ, albo pomieszczenie laboratoryjne miało być dodatkowo wyposażone w inne urządzenia przeznaczone do innych badań.

Odwołujący oświadczył, że jeżeli taki byłby przedmiot zamówienia, złożyłby on ofertę o innej treści, przede wszystkim cena-oferty mogłaby być niższa, gdyż wówczas Odwołujący mógłby liczyć na dodatkowe zamówienia, tj. na odczynniki do wykonania badań COVID.

W związku z tym, że przedmiotem zamówienia nie było wykonanie pomieszczeń do badania COVID-19, a Zamawiający nie przekazał także informacji o planowanej zmianie przeznaczenia pomieszczenia lub analizatora, stwierdził, że samodzielne podjęcie decyzji o zmianie przeznaczenia pomieszczenia i analizatora przez Roche, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu zaniechanie wezwania Roche do uzupełnienia dokumentów Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z Rozdziałem XIII pkt. 1 ppkt g) oraz o) SIWZ (oraz pkt 49 ppkt c) i l) OPZ) wykonawca wraz z ofertą zobowiązany był złożyć:

1)potwierdzenie producenta testu wykrywania RNA-HIV-1 w co najmniej 2 regionach genomu zapobiegając negatywnym wynikom w przypadku mutacji jednego z nich, oraz

2)specyfikację techniczną producenta systemu, w zakresie ilości spulowanych i zbadanych donacji w oferowanym systemie w ciągu 8 godzin.

W związku z tym zarzucił, że Roche nie załączył ww. dokumentów do oferty, bowiem po pierwsze, w ofercie Roche brak dokumentu, który mógłby zostać uznany za specyfikację techniczną producenta urządzenia, która potwierdzałaby ilość spulowanych i zbadanych donacji w oferowanym systemie w ciągu 8 godzin. Zgodnie bowiem z pkt 1 OPZ Zamawiający wymagał, aby ilość ta wynosiła co najmniej 250. W związku z powyższym brak ten powoduje, że Zamawiający nie może zweryfikować, czy oferowany przez Roche system spełnia wymagania wynikające z OPZ.

W konsekwencji powyższego, podniósł, że na podstawie art. 26 ust. 3 PZP Zamawiający powinien wezwać Roche

do uzupełnienia, a zaniechanie takiego wezwania stanowi naruszenie przepisów PZP.

Poza tym, zarzucił, że Roche w złożonej ofercie nie przedstawił również potwierdzenia producenta testu wykrywania RNA-HIV-1 w co najmniej 2 regionach genomu zapobiegając negatywnym wynikom w przypadku mutacji jednego z nich, które to potwierdzenie było wymagane zgodnie z Rozdziałem XIII pkt. 1 ppkt. g) i pkt. 49 ppkt c) OPZ. Było ono konieczne celem zweryfikowania czy spełnione zostało wymaganie Zamawiającego określone w pkt 5 OPZ.

Wyjaśnił, że tym zakresie Roche w ofercie przedstawił jedynie projekt pisma z dnia 1 stycznia 2020 r., które w ocenie Roche miałoby potwierdzać powyższe. Projekt ten nie jest jednak wiarygodnym źródłem potwierdzającym wymagania SIWZ. Przede wszystkim projekt pisma nie został podpisany, a tym samym nie można go uznać za jakikolwiek dokument.

Ponadto, wskazał, że nie wynika z niego jaką funkcję pełni jego autor, w szczególności czy jest uprawniony do składania takich oświadczeń w imieniu spółki. Projekt nie jest również kartą katalogową producenta ani innym oficjalnym dokumentem wydawanym przez producenta.

Tym samym – zdaniem Odwołującego - wiarygodność takiego pisma jest wątpliwa, a Zamawiający powinien natomiast mieć pewność, że oferowane urządzenie spełnia wymagania wynikające z SIWZ.

Przyznał przy tym, że jakkolwiek forma potwierdzenia producenta testu nie została przez Zamawiającego przesądzona w SIWZ, to jednak oczekiwane potwierdzenie powinno być autentyczne (np. wynikające z karty katalogowej lub oświadczenia producenta podpisanego przez osobę uprawnioną do jego złożenia), umożliwiające prawidłową ocenę zgodności oferowanego świadczenia z SIWZ.

Niepodpisany projekt pisma z dnia 1 stycznia 2020 r., brak informacji na temat jego pochodzenia i wiarygodności oraz autentyczności, a także uprawnień autora pisma, powodują – według Odwołującego, że nie sposób uznać, aby Roche potwierdził wymagania Zamawiającego określone w pkt 5 OPZ. Projekt pisma z dnia 1 stycznia 2020 r. nie może być uznany za wymagane w SIWZ potwierdzenie producenta testu wykrywania RNA-HIV-1 w co najmniej 2 regionach genomu zapobiegając negatywnym wynikom w przypadku mutacji jednego z nich. W konsekwencji powyższego Zamawiający powinien był wezwać Roche do uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, a zaniechanie takiej czynności stanowi naruszenie przepisów PZP.

W części dotyczącej zarzutu nieprawidłowego - zbyt krótkiego - okresu rękojmi na oferowane odczynniki i materiały zużywalne zwrócił uwagę, że zgodnie z § 5 wzoru umowy na dostawę odczynników Zamawiający oczekuje, aby wykonawca udzielił Zamawiający gwarancji jakości i rękojmi za świadczenia wykonane w ramach umowy.

Wywodził, że zgodnie z art. 568 § 1 KC okres rękojmi wynosi 2 lata od chwili wydania rzeczy sprzedanej, a Zamawiający nie określił innego terminu rękojmi w postanowieniach umowy, ani w SIWZ, podczas gdy w § 5 ust. 11 wzoru umowy wskazał, że niezależnie od postępowania reklamacyjnego opisanego w § 5 wzoru umowy, Zamawiającemu przysługują uprawnienia z tytułu rękojmi wynikające z przepisów KC. Ponadto zgodnie z § 7 ust. 6 wzoru umowy, w sprawach w umowie nieuregulowanych zastosowanie mają przepisy KC.

Wyjaśnił, że w formularzu oferty na str. 3 pkt 2 Roche oświadczył, że oferuje termin rękojmi wynoszący 12 miesięcy. Taki okres jest zatem – w ocenie Odwołującego - niezgodny z art. 568 § 1 KC, z którego jednoznacznie wynika, że okres rękojmi wynosi 2 lata (tj. 24 miesiące).

W związku z powyższym – zdaniem Odwołującego - zaoferowany przez Roche okres rękojmi jest niezgodny z treścią SIWZ, gdyż Zamawiający wymagał, aby okres ten był tożsamy z okresem wynikającym z przepisów KC, a wobec tego, oferta Roche powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, czego Zamawiający zaniechał.

Pismem z dnia 1 października 2020 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Przystępującym, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 9 października 2020 r. udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w zakresie wszystkich zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, oferty Przystępującego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 września 2020r, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 9 października 2020 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 13 października 2020 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i ust.3, art.26 ust.3, art.87 ust.1, art.89 ust.1 pkt 2, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła dla potrzeb niniejszego rozstrzygnięcia, że Zamawiający w piśmie z dnia 6 sierpnia 2020 r. dokonał zmiany SIWZ poprzez sporządzenie załącznika nr 1 – rysunku poglądowego wskazującego orientacyjne rozmieszczenie głównych urządzeń oraz zakres prac. Na rysunku tym Zamawiający przedstawił jedynie uproszczony rysunek dwóch pomieszczeń nr 208 i nr 210 z naniesieniem ogólnym dwóch pulerów, urządzenia nr 1 i nr 2, oraz z informacją o ścianach do wyburzenia i drzwiach do wymiany.

Jednocześnie, zgodnie z rozdziałem XIII ust.1 lit. q SIWZ Zamawiający wymagał złożenia przez Wykonawców wraz z ofertą mapki proponowanego rozmieszczenia urządzeń w pomieszczeniach Zamawiającego.

Nadto, Izba stwierdziła, że w swojej ofercie Przystępujący zamieścił mapkę przedstawiającą rysunek zawierający między innymi informację o części: Biosafety Cabinet 1300 i Pracowni COVID nr 208.

Dokonując zestawienia tych dwóch elementów w części odnoszącej się do treści oferty i treści SIWZ, Izba doszła do przekonania, że powyższa informacja nie stanowiła treści oferty, lecz była jedynie niewiążącą dla Zamawiającego wskazówką informacyjną, że zaoferowane urządzenie cobas 6800 może mieć szersze zastosowanie niż te wynikające z opisu przedmiotu zamówienia.

Natomiast, Izba uznała, że wszystkie wymagane przez Zamawiającego w powyższym załączniku nr 1 do SIWZ stanowiącym rysunek poglądowy składniki przedmiotowo istotne w postaci dwóch pulerów, urządzenia nr 1 i nr 2, informacje o ścianach do wyburzenia i drzwiach do wymiany zostały przedstawione na mapce złożonej przez Przystępującego wraz z ofertą w sposób oczekiwany przez Zamawiającego.

Odwołujący nie wykazał również, że zaoferowane przez Przystępującego urządzenia nie spełniają wymagań SIWZ, a także tego, że nie mogą być one rozlokowane według cyt. wyżej rysunku poglądowego.

Poza tym, Izba stwierdziła, że oferta Przystępującego nie przewidywała dostawy komory laminarnej, co również potwierdził oferent, lecz zawierała jedynie dodatkową informację o możliwości zastosowania w pomieszczeniu nr 208 tego sprzętu.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, że wykorzystanie jednego z dostarczonych analizatorów jest jednocześnie niezgodne z wymaganiem zawartym w pkt 38 OPZ oraz w §2 wzoru umowy dzierżawy, co do tego aby analizator pełniący rolę back-up pracował równolegle z urządzeniem podstawowym, co nie będzie możliwe, gdyby (jak sugeruje ww. mapka) back-up służył do wykonywania badań COVID-19, jako, że nie udowodnił on tej okoliczności.

Z powyższych względów Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp , który stanowi, że ten odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem .

Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów na zasadzie art.26 ust.3 ustawy Pzp, Izba nie uznała argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu.

W ocenie Izby – dokumenty załączone do oferty Przystępującego na stronach 22, 87-88, 127-128 czynią zadość wymaganiu Zamawiającego, o którym mowa w rozdziale XIII pkt 1 lit. g oraz lit. o SIWZ oraz pkt 49 lit c i l Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Izba ustaliła, że w rozdziale XIII pkt. 1 ppkt g) SIWZ Zamawiający postanowił, że wykonawca wraz z ofertą zobowiązany był złożyć potwierdzenie producenta testu wykrywania RNA-HIV-1 w co najmniej 2 regionach genomu zapobiegając negatywnym wynikom w przypadku mutacji jednego z nich.

Jednocześnie w rozdziale XIII pkt. 1 ppkt o) SIWZ Zamawiający postanowił, że wykonawca wraz z ofertą zobowiązany był złożyć specyfikację techniczną producenta systemu, w zakresie ilości spulowanych i zbadanych donacji w oferowanym systemie w ciągu 8 godzin.

Analizując powyższe postanowienia SIWZ, wymaga wskazania, że Zamawiający nie określił formuły w jakiej miało zostać wyrażone potwierdzenie producenta testu wykrywania RNA-HIV-1. Znajdujący się stronie 127 oferty Przystępującego dokument zawierający żądane przez Zamawiającego potwierdzenie został sygnowany przez R. S. i przekazany w drodze elektronicznej, który następnie został przetłumaczony przez tłumacza przysięgłego na język polski (vide: strona 128 oferty Przystępującego).

Odwołujący nie udowodnił, że powyższa informacja pochodzi z niepewnego źródła i jest nieprawdziwa, a zatem

Izba nie mogła uznać powyższego zarzutu.

Nie jest również uzasadniony zarzut nieprzedłożenia przez Przystępującego wraz ofertą specyfikacji technicznej producenta systemu, w zakresie ilości spulowanych i zbadanych donacji w oferowanym systemie w ciągu 8 godzin.

Izba stwierdziła, że na stronie 22 swojej oferty Przystępujący przedstawił wyspecyfikowaną informację wskazującą wydajność urządzenia MPX: 368 pojedynczych donacji lub 2190 donacji w puli 6 w ciągu 8 godzin.

Nadto, na stronie 87 oferty Przystępującego, gdzie została załączona karta katalogowa jest dokładnie wskazane urządzenie cobas MPX z informacją o szybkości działania systemu Cobas 6800 (vide: strona 88 oferty Przystępującego).

W ocenie Izby – powyższe dokumenty czyniły zadość powołanym na wstępie wymaganym przez Zamawiającego dokumentom SIWZ, a w związku z tym nie był on zobowiązany do zastosowania przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Według zapatrywania Izby nie jest również trafny zarzut odwołania odnoszący się do zaoferowanego 12 miesięcznego okresu rękojmi, bowiem stosunek cywilno-prawny pomiędzy zamawiającymi a wykonawcami ma cechy obrotu profesjonalnego, a nie konsumenckiego.

Stosownie do przepisu art. 558 § 1 kodeksu cywilnego strony mogą odpowiedzialność z tytułu rękojmi rozszerzyć, ograniczyć lub wyłączyć. Jeżeli kupującym jest konsument, ograniczenie lub wyłączenie odpowiedzialności z tytułu rękojmi jest dopuszczalne tylko w przypadkach określonych w przepisach szczególnych.

Jednocześnie w myśl przepisu art. 568 § 1 kodeksu cywilnego Sprzedawca odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada fizyczna zostanie stwierdzona przed upływem dwóch lat, a gdy chodzi o wady nieruchomości - przed upływem pięciu lat od dnia wydania rzeczy kupującemu. Jeżeli kupującym jest konsument a przedmiotem sprzedaży jest używana rzecz ruchoma, odpowiedzialność sprzedawcy może zostać ograniczona, nie mniej niż do roku od dnia wydania rzeczy kupującemu.

Wymaga wskazania, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał zadeklarowania 2 letniego okresu rękojmi, a zatem należało przyjąć za wiążący 12 miesięczny okres wynikający z samej oferty i oświadczenia woli Przystępującego.

W związku z tym Izba nie doszukała się naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:……