sygn. akt: **KIO 2119/21**

WYROK
z dnia 7 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lipca 2021 r. przez wykonawcę **Grifols Polska sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, ul. Banacha 1a; 02-097 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **DiaHem Diagnostic Products sp. z o.o., Al. Słowackiego 64;**
30-004 Kraków, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego „Parametru 3: Interpretacja i archiwizacja wyników badań w postaci kolorowego obrazu bezpośredniego mikrokolumn (zdjęcie) z możliwością powiększania obrazu pojedynczych mikrokolumn łącznie z komorą reakcyjną (kryteria oceny: TAK - 5 pkt, NIE -0 pkt)**
   i nakazuje zamawiającemu modyfikację tego parametru, który otrzymuje brzmienie: „Parametr 3. Interpretacja i archiwizacja wyników badań w postaci kolorowego obrazu bezpośredniego mikrokolumn (zdjęcie) z możliwością powiększania obrazu pojedynczych mikrokolumn (kryteria oceny: TAK - 5 pkt, NIE - 0 pkt)".
2. **W pozostałym zakresie odwołanie oddala.**
3. Kosztami postępowania obciąża: odwołującego **Grifols Polska sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa** w części ¾ oraz zamawiającego **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, ul. Banacha 1a; 02-097 Warszawa** w części ¼ i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Grifols Polska sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawą** tytułem wpisu od odwołania,
   3.2. zasądza od zamawiającego **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, ul. Banacha 1a; 02-097 Warszawa** na rzecz odwołującego **Grifols Polska sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa** kwotę 3 750 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu ¼ części wpisu od odwołania,
   3.3. koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocników znosi wzajemnie.

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 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie**.**

Przewodniczący:……

sygn. akt: **KIO 2119/21**

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersyteckie Centrum Kliniczne Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Dostawa odczynników i materiałów do oznaczeń z zakresu immunologii transfuzjologicznej, wraz z dzierżawą analizatorów, sprzętu komputerowego i urządzeń pomocniczych"*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 lipca 2021 r., pod nr 2021/S 127-336028.

Dnia 15 lipca 2021 roku, wykonawca Grifols Polska sp. z o.o. (dalej „*Odwołujący*") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na ukształtowaniu kryteriów jakościowych oceny ofert sprecyzowanego w Załączniku nr 2.3 do SWZ - Parametry oceny (dalej jako „Załącznik nr 2.3") w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 2 w zw. z art. 240 ust. 2 w zw. z. art. 17 ust. 1 pkt 1 i art. 16 pkt. 1, 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez ukształtowanie kryteriów jakościowych oceny ofert faworyzujących rozwiązanie oferowane wyłącznie przez jednego wykonawcę w sposób nieproporcjonalny do uzasadnionych potrzeb zamawiającego, jak i dyskryminujący alternatywne rozwiązania oferowane przez innych wykonawców, wskutek czego zamówienie zostanie udzielone w sposób niezapewniający najlepszej jakości dostaw uzasadnionej charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp:

1)zmianę treści SWZ w zakresie Załącznika nr 2.3 w sposób opisany szczegółowo w uzasadnieniu odwołania,

2)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;

3)zobowiązanie zamawiającego do przedstawienia pełnej dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia pn. „*Dostawa odczynników, krwinek wzorcowych, materiałów zużywalnych i eksploatacyjnych do wykonywania oznaczeń z zakresu immunologii transfuzjologicznej, wraz z dzierżawą analizatorów automatycznych, systemu manualnego, sprzętu komputerowego do obsługi oprogramowania Pracowni Serologii i Banku Krwi oraz urządzeń pomocniczych na okres 36 miesięcy dla UCK WIJM lokalizacja DSK, CSK, SKDJ* nr ref.: DZPUCK.262.141.2020, oraz o przeprowadzenie dowodu z tej dokumentacji na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,

4)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.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że jest uznanym wykonawcą oferującym na rynku dostawę produktów objętych przedmiotem zamówienia udzielanego w ramach postępowania i może się o nie ubiegać zgodnie z postanowieniami SWZ i przepisami ustawy Pzp. Jednakże w świetle obecnych dyskryminujących kryteriów oceny ofert rozwiązania oferowane przez odwołującego - spełniające wszystkie wymagania zamawiającego oraz obiektywnie będące jednymi z najlepszych dostępnych nie tylko na polskim, ale
i europejskim rynku - otrzymają nieproporcjonalnie małą liczbę punktów, a w konsekwencji odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia. Powyższe przesądza,
że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący, merytorycznie uzasadniając wniesione odwołanie oraz podniesione zarzuty wskazał, co następuje.

Zdaniem odwołującego, obecnie przyjęte kryteria jakościowe w istocie uniemożliwiają prawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 239 ust. 2 ustawy Pzp, tj. oferty przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny. Premiowane są bowiem tylko niektóre z parametrów, podczas gdy inne - których znaczenie jest co najmniej takie samo
z perspektywy potrzeb zamawiającego - zostały całkowicie pominięte. Jeżeli uwzględni się przy tym, że kryteria te premiują tylko jednego wykonawcę i niewątpliwie wykorzysta on wynikającą stąd przewagę, aby zaoferować nieadekwatnie wyższą cenę, to wówczas jest ewidentne, że kryteria te nie służą wyborowi oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty. Jakkolwiek bowiem zamawiający ma prawo ukształtować kryteria oceny ofert zgodnie ze swoimi oczekiwaniami, to jednak nie jest zawsze powinno to nastąpić w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jak i zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Kluczowe jest adekwatne powiązanie kryteriów z potrzebami zamawiającego. Dlatego normę wyrażoną art. 240 ust. 2 ustawy Pzp należy interpretować z uwzględnieniem art. 99 ust. 2 ustawy Pzp wskazującym, że zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem pod warunkiem, że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Tymczasem zamawiający, uwzględniając tylko niektóre z parametrów jakościowych,
a w dodatku przyznając im nieproporcjonalnie duże znaczenie, niewątpliwe naruszył zasadę proporcjonalności, a w konsekwencji doprowadził do sytuacji, w której oferta najkorzystniejsza w świetle obowiązujących kryteriów nie będzie ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie. Również kluczowy jest aspekt rynku, na którym działa tylko dwóch wykonawców - przyznanie niezasadnej przewagi tylko jednemu z nich całkowicie zaburza konkurencyjność postępowania. Zamawiający nie tylko skazuje się na wybór droższej oferty (w tym nieproporcjonalnie droższej w stosunku do ofert składanych przez ten podmiot innym zamawiającym), ale doprowadza do sytuacji, w której konkurencja ma charakter fikcyjny, bowiem wynik postępowania jest już właściwie przesądzony.

Odwołujący wskazał, że ukształtowanie kryteriów w sposób opisany niżej zapewni,
że każdy z wykonawców będzie miał zapewnione równe szanse o ubieganie się o udzielenie zamówienia w ramach postępowania w sposób uwzględniający wszystkie obiektywnie uzasadnione potrzeby zamawiającego. Poniższa propozycja kryteriów opiera się na rozwiązaniach przyjętych w przeszłości przez innych zamawiających, a które nie były przez DiaHem kwestionowane i umożliwiły temu wykonawcy skuteczne ubieganie się
o zamówienia. Tak ukształtowane kryteria pozwalają przyznać dodatkowe punkty za parametry mające istotne znaczenie dla zamawiającego, a jednocześnie w sposób nie faworyzujący żadnego z wykonawców.

Parametr 1: Wszystkie oferowane rodzaje kart przechowywane w temperaturze pokojowej 18-25^{0}C (kryteria oceny: TAK - 5 pkt, NIE - 0 pkt).

Uzasadnienie dla zmiany parametru. Rozwiązania obecne na rynku, dedykowane do Pracowni Serologii Transfuzjologicznej z Bankiem Krwi w Polsce wymagają zapewnienia przez odbiorców odpowiedniego przechowywania odczynników. Produktami wymagającymi przechowywania w temperaturze lodówkowej - 2-8^{0}C - są krwinki wzorcowe niezbędne do wykonania podstawowych badań, takich jak grupa krwi czy też screening przeciwciał. Zamawiający doskonale wiedząc, że każdy z potencjalnych wykonawców ma w swojej ofercie takie produkty, celowo skupił się na kartach, gdyż jedynie DiaHem posiada w swoim portfolio wszystkie karty przechowywane w temperaturze pokojowej. Warto zauważyć,
że odwołujący posiada dwa rodzaje kart wymagających przechowywania w temperaturze lodówkowej, z czego jeden z nich potrzebny jest w ilościach minimalnych i to tylko w dwóch lokalizacjach. Biorąc pod uwagę skrajnie małe ilości potrzebnych kart (13 opakowań dla obydwu lokalizacji w skali 36 miesięcy) oraz niewielkie rozmiary opakowań: 17x19x7 cm, przestrzeń magazynowa w tym przypadku nie powinna być kłopotliwa nawet dla najmniejszych laboratoriów. Zapotrzebowanie na drugi rodzaj kart jest o wiele większe.
W związku z tym możliwe jest zaoferowanie zamawiającemu do 4 bezpłatnych dostaw
w miesiącu, żeby zminimalizować potrzebę posiadania przestrzeni magazynowej
w lodówkach.

Odwołujący zaproponował brzmienie parametru ocenianego w następujący sposób:
„*1. Wszystkie oferowane rodzaje kart przechowywane w temperaturze pokojowej 18-25 st. C lub w przypadku zaoferowania kart przechowywanych w temperaturze lodówkowej konieczność zapewnienia lodówek o odpowiedniej pojemności dla każdej lokalizacji.*
W sytuacji ograniczenia powierzchni magazynowej - zapewnienie do 4 bezpłatnych dostaw
w ciągu miesiąca do każdej Pracowni".

Parametr 2: Przechowywanie wszystkich odczynników krwinkowych w sposób ciągły na pokładzie analizatorów dodatkowych (kryteria oceny: 7 dni - 5 pkt, 3 dni - 2 pkt, poniżej 3 dni - 0 pkt).

Uzasadnienie dla zmiany parametru. Zdaniem odwołującego, kryterium zostało skonstruowane w sposób zapewniający firmie DiaHem uzyskanie maksymalnej liczby punktów. Analizatory określone w SWZ jako „dodatkowe" odpowiadają swoimi parametrami (w zakresie wydajności) analizatorom IH-500. Analizatory tego typu posiadają funkcję przechowywania odczynników krwinkowych w sposób ciągły na pokładzie przez 7 dni. Nie istnieje merytoryczne uzasadnienie, żeby analizatory dodatkowe miały mieć inny czas przechowywania odczynników krwinkowych niż

analizatory podstawowe, szczególnie
w sytuacji, kiedy ten sam analizator w jednej lokalizacji jest określony jako podstawowy,
a w innej jako dodatkowy.

Proponowane brzmienie parametru ocenianego: „*2 Przechowywanie wszystkich odczynników krwinkowych w sposób ciągły na pokładzie wszystkich analizatorów*".

Parametr 3: Interpretacja i archiwizacja wyników badań w postaci kolorowego obrazu bezpośredniego mikrokolumn (zdjęcie) z możliwością powiększania obrazu pojedynczych mikrokolumn łącznie z komorą reakcyjną (kryteria oceny: TAK - 5 pkt, NIE - 0 pkt).

Uzasadnienie dla zmiany parametru. Kolumny karty żelowej używanej do wykonywania badań w swojej górnej części mają przestrzeń szerszą niż szerokość kolumny. Jest to tzw. komora reakcyjna. Do komory w czasie procesu analizy jest dozowany materiał badany oraz ewentualnie odczynnik krwinkowy. Jeżeli dojdzie do reakcji świadczącej o wyniku dodatnim, krwinki zatrzymują się w żelu w mikrokolumnie. W przypadku braku reakcji, co świadczy
o wyniku ujemnym, krwinki w czasie procesu analizy przesuną się na dno mikrokolumny.
W praktyce laboratoryjnej spotyka się również wyniki niejednoznaczne (oznaczone +1„plus/minus") oraz tzw. podwójną populację (oznaczoną jako DP). W każdym
z wymienionych przypadków reakcja lub jej brak (w przypadku wyniku ujemnego) zachodzi
w mikrokolumnie z żelem. Na podstawie obrazu reakcji w mikrokolumnie analizator interpretuje wynik, który w kolejnym etapie zatwierdza diagnosta. Nie ma uzasadnienia merytorycznego, aby w obrazie wyniku badania była widoczna komora reakcyjna. Nie ma ona wpływu na interpretację badania, a jest jedynie częścią obrazu przedstawianego przez analizator wraz z mikrokolumną. Wymagany przez zamawiającego obraz komory reakcyjnej jest obecny w rozwiązaniu oferowanym przez jednego wykonawcę na rynku - DiaHem.

Proponowane brzmienie parametru ocenianego: „*3. Interpretacja i archiwizacja wyników badań w postaci kolorowego obrazu bezpośredniego mikrokolumn (zdjęcie) z możliwością powiększania obrazu pojedynczych mikrokolumn*".

Parametr 7: Automatyczne wykonywanie przez analizator zawiesin krwinek badanych
w jednorazowych naczynkach lub bezpośrednio w pojedynczych studzienkach opakowania
z porcjowanym oddzielnie odczynnikiem (kryteria oceny: TAK - 5 pkt, NIE - 0 pkt).

Uzasadnienie dla zmiany parametru: W świetle obecnego wymogu możliwe jest przyznanie punktów wyłącznie rozwiązaniom oferowanym przez DiaHem, jednocześnie niezasadnie dyskryminując inne, równoważne rozwiązania.

Opisany sposób nie jest jedynym na rynku rozwiązaniem zapewniającym prawidłowe wykonywanie zawiesin krwinek badanych. Według producenta owych jednorazowych naczynek rozwiązanie to daje zamawiającemu pewność, iż nie zanieczyści badanego materiału ani odczynników użytych do badania (zapobiega kontaminacji).

W poprzednim postępowaniu było jasno opisane, z jakiego powodu zamawiający chce używać jednorazowych naczynek, pkt 4 Parametrów ocenianych: „Automatyczne wykonywanie przez analizator zawiesin krwinek badanych w jednorazowych naczynkach lub bezpośrednio w pojedynczych studzienkach opakowania z porcjowanym oddzielnie odczynnikiem w celu zabezpieczenia przed kontaminacją". W aktualnym postępowaniu zapis ten został celowo zmieniony z uwagi na fakt, że odwołujący posiada zabezpieczenie przed kontaminacją opierające się na innej technologii. Chcąc uniknąć propozycji naszego rozwiązania zamawiający wykreślił określenie „kontaminacji" nadając punktowi brzmienie: „Automatyczne wykonywanie przez analizator zawiesin krwinek badanych w jednorazowych naczynkach lub bezpośrednio w pojedynczych studzienkach opakowania z porcjowanym oddzielnie odczynnikiem". Obydwa zapisy dotyczą dokładnie tego samego zagadnienia: konfekcjonowania diluentu. Rozwiązanie odwołującego polega na wykonywaniu zawiesin krwinek badanych w określonym miejscu (naczyniu) w analizatorze, każdorazowo przepłukiwanym po zakończeniu procesu. Rozwiązanie takie daje użytkownikowi następujące korzyści:

- skutecznie zapobieganie kontaminacji próbki,
- pozytywny wpływ na środowisko naturalne (brak dodatkowych odpadów medycznych),
- powstające odpady wymagają procedury utylizacji, automatycznie podnoszącej koszty ponoszone przez zamawiającego.

Proponowane brzmienie parametru ocenianego: „*7. Automatyczne wykonywanie przez analizator zawiesin kwinek badanych wjednorazowych naczynkach lub bezpośrednio*
w pojedynczych studzienkach opakowania z porcjowanym oddzielnie odczynnikiem lub inne rozwiązanie technologiczne skutecznie zapobiegające kontaminacji".

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, co następuje.

Stosownie do treści art. 242 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp „Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu". Z kolei zgodnie z ust. 2 pkt. 1 ww. artykułu „Kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do: jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych takich jak dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników". Nie można mieć w tym zakresie żadnych wątpliwości,
że zamawiający opisując kryteria oceny ofert miał na pewno prawo, aby oceniać parametry techniczne oferowanych urządzeń. Poza tym wskazać trzeba, że stosownie do treści art. 239 ust. 2 ustawy Pzp, „Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem". Zatem to ustawodawca wprowadzając powyższy przepis oraz nakazując, aby co do zasady kryterium ceny nie przekraczało wagi 60% zobligował zamawiających do uwzględniania w szerokim zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert, co też uczyniono w pełni w postepowaniu.

Zdaniem zamawiającego, odwołujący zdaje się rozumieć potrzebę oceniania kryteriów jakościowych, jednakże jakość w jego mniemaniu oznacza tylko funkcjonalności, które mają jego urządzenia w zupełnym oderwaniu od rzeczywistych potrzeb zamawiającego oraz obiektywnie rozumianej jakości, którą zgodnie z definicją słownikową należy rozumieć jako „wartość czegoś" lub jako „istotną cechę przedmiotu wyróżniają go spośród innych". Wydaje się, że nie sposób uznać, aby proponowane przez odwołującego rozwiązania mogły w istocie stanowić jakąkolwiek wartość dodaną przy realizacji zamówienia. Wręcz przeciwnie,
w pewnych przypadkach w jaskrawy sposób pogarszają one walory jakościowe oferowanych urządzeń zmuszając w istocie zamawiającego do punktowania parametrów, które spowodują u niego ewidentnie obniżenie poziomu pracy personelu i poziomu poprawności dokonywanych badań.

Zgodnie z zachowujących aktualność orzecznictwem „Stosowanie kryteriów oceny ofert - w przeciwieństwie do warunków - poszerza konkurencję, nie rezygnując jednocześnie
z pożądanej jakości. Mnożenie wymagań technicznych, funkcjonalnych i jakościowych

w postaci warunków ogranicza konkurencyjność postępowania, pozbawiając wykonawców nie spełniających choćby jednego z warunków możliwości złożenia oferty. Dlatego też wymagania niekonieczne nie powinny stanowić bezwzględnie określonych wymagań minimalnych. Jednak nie należy z nich rezygnować w ogóle, o ile są uzasadnione, lecz sformułować w postaci kryteriów oceny ofert. W zależności od tego, jak bardzo zamawiającemu zależy na spełnieniu poszczególnych wymagań powinien dać temu wyraz określając wagi poszczególnych kryteriów. Odpowiednie określenie kryteriów i ich wag przy jednoczesnym obniżeniu warunków pozwala na wybór oferty zapewniającej najkorzystniejszy bilans ceny i jakości w warunkach maksymalnie konkurencyjnych" (wyrok KIO z 10 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3046/20).

Intencja powyższego orzeczenia znajduje pełne odzwierciedlanie w postępowaniu. Jak zauważył przystępujący, różnice punktowe zostały zniwelowane w sposób, który powoduje, że oferty obydwu wykonawców znacznie się do siebie zbliżyły. I o ile w postępowaniu nr 141 odwołujący w pozacenowych kryteriach oceny ofert uzyskałby 3,33 pkt, a przystępujący 36,66 to już w obecnym postępowaniu jest to 13,71 pkt vs 34,29 pkt na korzyść przystępującego. Należy zatem zauważyć, że różnica została zredukowana w tym kryterium w sposób, który umożliwia zamawiającemu uzyskanie z jednej strony najlepszego stosunku jakości do ceny, albowiem konkurencja pomiędzy obydwoma podmiotami będzie odbywać się bez nieuzasadnionej przewagi jednej lub drugiej „strony sporu". Uwzględnienie odwołania będzie z kolei prowadzić o sytuacji, którą ustawodawca w kolejnych nowelizacjach przepisów o zamówieniach publicznych starał się wyeliminować. Mianowice, decydującym i właściwe jednym kryterium oceny ofert zostanie cena, którą dodatkowo odwołujący w dowolny sposób będzie mógł podwyższyć bez straty punktów z tytułu jakości, co jest w ocenie zamawiającego rażąco sprzeczne z samą istotą zamówień publicznych.

Kryteria oceny ofert - Parametr 1.

Zamawiający wskazał, że odwołujący proponuje zmianę, która jest *de facto* zaprzeczeniem jakości. Należy zauważyć, że odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje,

iż parametr „Wszystkie oferowane karty przechowywane w temperaturze pokojowej 18-25^0" jest parametrem lepszym i dającym zamawiającemu wymierne korzyści. Jego wnioski koncentrują się w istocie na zaproponowaniu rozwiązania alternatywnego (nie równoważnego), które spowoduje szereg dodatkowych obowiązków i kosztów oraz z całą pewnością nie przyczyni się do lepszej jakości pracy. Karty przechowywane w temperaturze lodówkowej, zgodnie z instrukcją, przed wykonaniem badania muszą być doprowadzone do temperatury pokojowej, a to opóźnia wykonanie badania co jest szczególnie ważne

w przypadku badań pilnych. Dodatkowo zapewnienie lodówek o odpowiedniej pojemności dla każdej lokalizacji jest dla zamawiającego niekorzystne ze względu na: 1) ograniczoną powierzchnię w laboratoriach trzech lokalizacji, 2) konieczność walidacji urządzeń, 3) w przypadku awarii - stratę kart - konieczność utylizacji i oczekiwania na nową dostawę.

Jak zatem z powyższego wynika, odwołujący stara się wymusić na zamawiającym przyznawania punktów za rozwiązania, które nawet bez specjalistycznej wiedzy można uznać za gorsze jakościowo. W istocie sprowadza się do konieczności skoncentrowania się personelu zamawiającego na niepotrzebnych dodatkowych czynnościach związanych z dostarczonymi lodówkami, które mogą zostać zastąpione rozwiązaniem przystępującego pozwalającym na skoncentrowanie się na wykonywaniu badań w jak najkrótszym czasie czyli tym co jest głównym zadaniem zamawiającego w tym zakresie.

Odnosząc się z kolei do rozwiązania polegającego na 4 bezpłatnych dostawach

w miesiącu należy wskazać, że nie jest ono do zaakceptowania. Zgodnie z przepisami, każda dostawa wymaga kwalifikacji, co z kolei zwiększa zużycie wszystkich odczynników, generuje niepotrzebny nakład pracy i czasu pracowników, nie wspominając o podwyższeniu kosztów z tego tytułu. Zastanawiający jest również fakt posłużenia się pojęciem bezpłatna dostawa, która jak przecież wiadomo zostanie wliczona w cenę oferty i bezpłatna będzie jedynie z nazwy.

Mając na uwadze powyższe, brak jest podstaw, aby powyższemu rozwiązaniu przyznawać jakiekolwiek punkty.

Kryteria oceny ofert - Parametr 2.

Zamawiający wskazał, iż zmodyfikował treść kryterium oceny ofert w tym zakresie zupełnie zamieniając oceniany parametr. Poprzednio oceniano: „Analizatory wyposażone

w moduł chłodzący - możliwość przechowywania odczynników krwinkowych do 7 dni na pokładzie analizatora (parametr oceniany w zależności od ilości oferowanych analizatorów

z opisaną funkcją)" co zostało zmienione na „Przechowywanie wszystkich odczynników krwinkowych w sposób ciągły na pokładzie analizatorów dodatkowych". Dodatkowo jest to kryterium, w którym odwołujący obecnie otrzymuje dodatkowe punkty, choć w mniejszej ilości niż przystępujący. Odnosząc się do lakonicznych stwierdzeń odwołującego w tym zakresie należy wskazać, że odczynniki krwinkowe są szczególnie wrażliwe, a na ich stabilność mają wpływ warunki przechowywania. Wyjmowanie i wkładanie krwinek do analizatora wydłuża czas wykonania badania, gdyż każdorazowo analizator musi zidentyfikować wkładany odczynnik. Ponadto analizatory dodatkowe przeznaczone są do pracy w trybie dyżurowym, kiedy obciążenie pracą jest mniejsze, a tym samym krwinki zużywają się wolniej. Krótszy czas przechowywania krwinek na pokładzie analizatora, spowoduje, że nie wykorzystane w tym czasie krwinki przeznaczone będą do zniszczenia.

Kryteria oceny ofert - Parametr 3.

Zamawiający wskazał, że kolorowe obrazy mikrokolumn z możliwością powiększenia obrazu pojedynczych mikrokolumn łącznie z komorą reakcyjną dają przejrzysty obraz reakcji oraz możliwość kontroli poprawności nakropienia reagentów (zawiesiny krwinek, surowica). Reakcje nieswoiste lub słabe reakcje u pacjentów z przeciwciałami, muszą być zweryfikowane i ocenione makroskopowo, a taki obraz pozwala wykonać weryfikację bez kontaktu fizycznego z mikrokartą.

Kryteria oceny ofert - Parametr 7.

Odwołujący podobnie jak przy parametrze nr 1 poprzez proponowane rozwiązanie stara się nie podwyższyć jakość zamówienia, ale ją zdecydowanie obniżyć. Sama zmiana redakcyjna tego parametru w stosunku do postępowania nr 141 nie ma dla odwołującego żadnego znaczenia. Zgodnie z treścią odwołania „W aktualnym postępowaniu zapis ten został celowo zmieniony z uwagi na fakt, że Grifols posiada zabezpieczenie przed kontaminacją opierające się na innej technologii. Chcąc uniknąć propozycji naszego rozwiązania Zamawiający wykreślił określenie kontaminacji" nadając punktowi brzmienie takie jak poniżej". Zwrócić należy uwagę na bezzasadność tych twierdzeń, ponieważ ze zwrotem „w celu zabezpieczenia przed kontaminacją" jak i bez niego oferta Grifols otrzymałaby i tak 0 pkt. w tym kryterium, a zatem zarzucanie zamawiającemu po raz kolejny złej woli i próby swoistego „utrącenia" oferty odwołującego zakrawa już na pewnego rodzaju obsesję. Istotą kryterium jest zapobieganie kontaminacji, co w sposób 100% pewny można osiągnąć w

ocenie zamawiającego jedynie poprzez rozwiązanie polegające na automatycznym wykonywaniu przez analizator zawiesin krwinek badanych w jednorazowych naczynkach lub bezpośrednio w pojedynczych studzienkach opakowania z porcjowanym oddzielnie odczynnikiem. Warto dodać, że żadne przepłukiwanie nie jest w stanie zastąpić sprzętu jednorazowego użytku w zabezpieczeniu przed kontaminacją. Wydaje się, że nie wymaga żadnego wyjaśnienia, iż jednorazowy (czyt. nigdy wykorzystany) produkt będzie zawsze bardziej pewny dla użytkownika niż produkt, który będzie używany wielokrotnie
i rzekomo skuteczne płukanie w pewnych przypadkach może najzwyczajniej zawieść. Ponadto wiadomym jest, że analizatory ulegają awariom czy to takim, które powodują od razu całkowite wyłącznie danego sprzętu z użycia czy też takim, które mogą zostać zdiagnozowane dopiero po czasie. Nie można zatem również wykluczyć awarii systemu jak to nazwał odwołujący „skutecznego przepłukiwania". W tym zakresie rozwiązanie przystępującego po prostu eliminuje lub w sposób ewidentny zmniejsza ryzyko kontaminacji z uwagi na wadliwe działanie tej funkcjonalności sprzętu odwołującego. Nie jest uzasadnione też twierdzenie, że rzekome aspekty środowiskowe można stawiać nad poprawnością badania, które często decyduje o ludzkim życiu. Wydaje się, że w niniejszym stanie faktycznym jest to okoliczność, które zdecydowanie nie przewyższa korzyści nad rozwiązaniem punktowanym przez zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca DiaHem Diagnostic Products sp. z o.o.

W postępowaniu pisma procesowe dodatkowo złożyli odwołujący oraz dwukrotnie przystępujący.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone
w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w części zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej istotną w przedmiotowym postępowaniu jest okoliczność, która determinuje rozstrzygnięcie dokonane przez Izbę, a mianowicie fakt,
iż zarzuty odwołania dotyczą opisanych przez zamawiającego parametrów techniczno-użytkowych analizatorów w części, w której za rozwiązanie preferowane przez zamawiającego można uzyskać dodatkowe punkty. Nie są to zatem parametry graniczne, tzw. odcinające, które uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty. Co najwyżej technologia i sposób realizacji wymagań zamawiającego, proponowany przez odwołującego, zostanie niżej punktowany. Dlatego też nie sposób jest twierdzić, iż zamawiający ograniczył konkurencję, czy też naruszył zasadę przejrzystości i proporcjonalności.

Zamawiający, który zamawia określone produkty i chce za nie zapłacić określoną przez wykonawców cenę ma prawo wymagać, aby przedmiot zamówienia był jak najbardziej nowoczesny i dopasowany do jego potrzeb, premiując za to wykonawców przez przyznanie im dodatkowych punktów.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając kwestionowane przez odwołującego punktowane parametry techniczne stwierdziła, iż w zakresie trzech z nich, tj. parametru 1, 2 i 7 odwołujący nie wykazał na czym miałby polegać równoważność produktu oferowanego przez odwołującego względem wymagań postawionych przez zamawiającego. Wszystkie trzy proponowane przez odwołującego modyfikacje parametrów doprowadzić mogą jedynie do dopasowania posiadanego przez odwołującego rozwiązania. Nie są rozwiązaniami na tyle nowoczesnymi, aby mogły być premiowane przez zamawiającego dodatkowymi punktami. Odwołujący proponuje bowiem rozwiązania, które *de facto* wymuszają na zamawiającym posiadanie dodatkowych lodówek lub przewidują 4 dodatkowe dostawy w miesiącu, co w ocenie Izby nie poprawia skuteczności organizacji pracy zamawiającego, wręcz go modyfikując do rozwiązania odwołującego. Również w zakresie parametru nr 2 wskazać należy, iż rozwiązanie proponowane przez odwołującego nie usprawni wykonywania czynności przez zamawiającego, a wręcz, jak to podniósł zamawiający krótszy czas przechowywania krwinek na pokładzie analizatora spowoduje, że nie wykorzystane w tym czasie krwinki przeznaczone będą do zniszczenia. Co oznacza, że rozwiązanie odwołującego może doprowadzić do nieuzasadnionych strat po stronie zamawiającego. Rozwiązanie proponowane przez odwołującego w zakresie parametru nr 7, również ma na celu doprowadzenie do możliwości uzyskania wyższej liczby punktów bez przedstawienia zamawiającemu jakiejkolwiek korzyści z rozwiązania odwołującego. Zdaniem Izby nowocześniejsze i zdaje się bardziej bezpieczne rozwiązanie preferowane przez zamawiającego daje zamawiającemu większe bezpieczeństwo pracy.

Izba uwzględniła zarzut odwołującego dotyczący parametru nr 7 uznając, iż zamawiający nie wykazał, że sposób opisania tego parametru daje mu jakiekolwiek dodatkowe korzyści
w przeciwieństwie do rozwiązania proponowanego przez odwołującego. Zdaniem Izby analizatory oferowane przez odwołującego i przystępującego reprezentują na tyle wysoki poziom bezpieczeństwa, że wystarczającym jest aby interpretacja i archiwizacja wyników badań dostępna była w postaci kolorowego zdjęcia z możliwością powiększania obrazu pojedynczych mikrokolumn. Wskazać bowiem należy, iż obydwa analizatory, w przypadku błędnego badania, sygnalizują je obsłudze, która po analizie zdjęcia i tak powtarza badanie. Dlatego też, w ocenie Izby, nie jest wymogiem na tyle istotnie ważnym, dodatkowo premiowanym przez zamawiającego, możliwość powiększania zdjęcia obejmującego nie tylko pojedynczą mikrokolumnę ale również komorę reakcyjną, w której dokonuje się jedynie mieszanie próbki. Dlatego też Izba, w zakresie omawianego parametru, nakazała zamawiającemu modyfikację jego opisu w sposób wskazywany przez odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza wydając przedmiotowe orzeczenie zastosowała się do przepisu art. 555 ustawy Pzp, który stanowi, iż Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. *A contrario* – Izba orzeka jedynie w zakresie zarzutów, które były zawarte w odwołaniu. Powołując się na powyższy przepis Izba nie rozpoznawała zarzutów, które powołał odwołujący w dodatkowym piśmie procesowym z dnia 31 sierpnia 2021 r.

KIO postanowiła oddalić wnioski Odwołującego w zakresie zobowiązania Zamawiającego do przełożenia pełnej dokumentacji z poprzedniego postępowania, w zakresie dowodu z zeznań świadków powołanych przez Odwołującego oraz wydruku ze strony internetowej platformy Zamawiającego - zestawienie parametrów dla poprzedniego postępowania

oraz wydruku ze strony internetowej LinkedIn dla profilu pana Ł. jako zbędnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania, powodujących jedynie zwłokę w rozpoznaniu odwołania.

KIO postanowiła przyjąć w poczet materiału dowodowego dowody zgłoszone przez strony i Przystępującego przy pismach procesowych oraz na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 575 ustawy Pzp. Spośród czterech zarzutów podlegających rozpoznaniu na rozprawie Izba uwzględniła jeden zarzut oraz oddaliła trzy zarzuty. Strony zostały zatem obciążone kosztami wpisu od odwołania proporcjonalnie - odwołujący w części ¾ i zamawiający w części ¼
(§7 ust. 3 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437)).

Na podstawie §7 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia, Izba zniosła wzajemnie koszty postępowania, o których stanowi § 5 pkt 2 w zakresie wynagrodzenia pełnomocników stron.

Przewodniczący:……