

WYROK

z dnia 11 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2021 r. przez wykonawcę BS GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Marszałkowskiej 58 lok. 11 i 12 (00-545 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej - Szpital im. dr. J. Dietla z siedzibą w Krynicy-Zdroju przy al. Kraszewskiego 142 (33-380 Krynica-Zdrój)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty BS GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BS GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 1/2 oraz zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej - Szpital im. dr. J. Dietla z siedzibą w Krynicy-Zdroju w części 1/2 i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BS GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika ww. wykonawcy;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej - Szpitala im. dr. J. Dietla z siedzibą w Krynicy-Zdroju na rzecz wykonawcy BS GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, kwotę w wysokości 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi dotychczas przez ww. wykonawcę, a kosztami postępowania za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej - Szpital im. dr. J. Dietla z siedzibą w Krynicy-Zdroju zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie podstawowym pn.: Sukcesywna dostawa szybkich testów do wykrywania antygenu COVID 19 w wymazie pobranym z nosogardzieli przez okres 12 m-cy od dnia podpisania umowy (o numerze: SPZOZ-ZP-271-16/21), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 września 2021 r., pod numerem 2021/BZP 00172510/01.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są dostawy, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 20 września 2021 r. wykonawca BS GROUP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie na:

- niezgodą z przepisami Pzp czynność podjętą w postępowaniu przez zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia, ponieważ zawierała rozwiązanie równoważne pod kątem specyfikacji technicznej i funkcjonalności z rozwiązaniem wymaganym przez zamawiającego (działanie zamawiającego);
- niezgodą z przepisami Pzp czynność podjętą w postępowaniu przez zamawiającego, polegającą na braku odrzuceniu oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tj.: uzgodnieniu przez przedsiębiorcę przystępującego do przetargu i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (zaniechanie zamawiającego).

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 99 ust. 5 Pzp oraz w zw. z rozdz. XX pkt 1

specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SWZ”), polegające bezpodstawnym odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego, podczas gdy oferta złożona przez odwołującego, jako iż zawierała rozwiązania równoważne pod kątem specyfikacji technicznej i funkcjonalności z wymaganiami wskazanymi w SWZ, była zgodna ze wszystkimi warunkami zamówienia określonymi w SWZ;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 99 ust. 1, 4, 5 i 6 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3) i 5) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020 r. poz. 1913, zwanej dalej: „u.z.n.k.”), polegające na podjęciu przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty, która obarczona była nieuzasadnioną uznaniowością w związku z brakiem sprecyzowania kryteriów dla dokonania oceny równoważności ofert. Powyższe skutkowało ograniczeniem uczciwej konkurencji, gdyż stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez rzeczowo nieuzasadnionym zróżnicowanym traktowaniu niektórych przedsiębiorców oraz poprzez stworzenie warunków umożliwiających wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy;

3) art. 16 pkt 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k., polegające na braku zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku w drodze rzeczowo nieuzasadnionym zróżnicowanym traktowaniu niektórych przedsiębiorców;

4) art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275, zwanej dalej: „u.o.k.i.k.”), polegające na niepodjęciu przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tj.: uzgodnieniu przez przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego;
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, w tym oferty odwołującego oraz ustalenia wyniku postępowania.

W zakresie postępowania dowodowego odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

- zdjęcia szybkiego testu do wykrywania antygeny COVID 19 oferowanego przez odwołującego;
- zdjęcia szybkiego testu do wykrywania antygeny COVID 19 oferowanego przez P.P.H.U. Bor-Pol M. B.;
- oferty złożonej przez SIROWA POLAND Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - ulotka oferowanego testu;

na okoliczność:

- równoważności w zakresie funkcjonalności rozwiązań technicznych zastosowanych w produkcji wybranym w postępowaniu i produkcji wykluczonym w postępowaniu, tj.: równoważności (1) dwustronnego sposobu zakręcania próbówki ekstrakcyjnej oraz (2) jednostronnego i jednocześnie podwójnego sposobu zakręcania próbówki ekstrakcyjnej;
- bezzasadnej uznaniowości decyzji zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty;
- bezpodstawnego nierównego traktowania wykonawców przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, polegający na tym że w razie braku uznania stanowiska odwołującego za prawidłowe, oferta złożona przez odwołującego podlegać będzie odrzuceniu w postępowaniu. Natomiast w razie uznania stanowiska odwołującego za prawidłowe, oferta złożona przez niego winna zostać wybrana przez zamawiającego, jako najwyższej oceniona zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartych w SWZ.

W uzasadnieniu pierwszego podniesionego w odwołaniu zarzutu odwołujący wskazał, że możliwość użycia przez zamawiającego określenia „lub równoważny” w celu opisu przedmiotu zamówienia poprzez odwołanie się do rozwiązań charakteryzujących produkt lub usługę dostarczane przez konkretnego wykonawcę została przewidziana w art. 99 ust. 5 Pzp. Powyższe jest dopuszczalne wyłączenie w przypadku, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń. Jednocześnie, zgodnie z art. 99 ust. 6 Pzp zamawiający, poza użyciem w opisie przedmiotu zamówienia wyrazów „lub równoważny”, zobowiązany jest wskazać w opisie przedmiotu zamówienia kryteria, które zostaną zastosowane w celu oceny równoważności. Nie można uznać, iż dana oferta nie spełnia wymogu równoważności, jeżeli z powodu braku danych (tj. wskazania wystarczająco jasnych kryteriów oceny równoważności) nie można wykazać, czy dana oferta jest równoważna. Zamawiający powinien w taki sposób przygotować specyfikację warunków zamówienia i w taki sposób sprecyzować w niej dodatkowe warunki, by mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności oferty. Dopiero w takim przypadku zamawiający uprawniony jest do podjęcia decyzji o zakwalifikowaniu danej oferty jako równoważnej bądź o jej odrzuceniu. W przypadku zaniechania przez zamawiającego szczegółowego wskazania kryteriów dla oceny równoważności, wszelkie wątpliwości w tym zakresie powinny być interpretowane na korzyść wykonawcy. W takim przypadku o równoważności powinno przede wszystkim decydować kryterium funkcjonalności rozumiane w kontekście uzasadnionych i zobiektywizowanych potrzeb zamawiającego i w odniesieniu do specyfiki przedmiotu zamówienia. Dalej, odwołujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i stanowiskiem KIO, oferta równoważna to taka, która przedstawia produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry. Pojęcie równoważności bowiem nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Innymi słowy, rozwiązanie równoważne nie może oznaczać, że inne zaproponowane w ramach tej równoważności urządzenie ma spełniać wszystkie parametry konkretnego urządzenia, określonego producenta, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Przekładając powyższe rozważania na okoliczności przedmiotowej sprawy odwołujący wyjaśnił, że w treści SWZ zamawiający wyraźnie wskazał, że: Gdziekolwiek w Specyfikacji

Warunków Zamówienia przywołane są normy, lub nazwy własne lub znaki towarowe lub patenty lub pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego Wykonawcę, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne.

Jednocześnie zamawiający nie sprecyzował dokładnie kryteriów dla oceny równoważności. Rozwiązanie polegające na dwustronnie zakręcaną probówce ekstrakcyjnej charakteryzuje produkt dostarczany tylko przez konkretnego wykonawcę, tj.: Panbio COVID-19 Ag Rapid Test Device (NASOPHARYNGEAL) firmy Abbott Rapid Diagnostics Jena GmbH.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący wyjaśnił, że miał prawo uznać, że także w przypadku wymagania (rozwiązania technicznego), polegającego na tym, aby skład zaoferowanego zestawu zawierał dwustronnie zakręcaną probówkę ekstrakcyjną, zamawiający dopuszcza wymagania (rozwiązanie techniczne) równoważne. Jako, że w SWZ brak było precyzyjnie wskazanych kryteriów dla oceny równoważności, odwołujący wskazał, że odniósł się do kryterium funkcjonalności i uznał, że oferowany przez niego produkt (Test) jest równoważny z produktem dostarczonym przez konkretnego wykonawcę w odniesieniu do wymagania (rozwiązania technicznego), polegającego na dwustronnie zakręcaną probówce ekstrakcyjnej. Zdaniem odwołującego jest tak, ponieważ zarówno Test oferowany przez niego, jak i produkt referencyjny w taki sam sposób chronią przed styczością z wymazówką przeznaczoną do wykonania wymazówki z nosogardzieli i pozwalają na bezpieczne i wygodne nakrapianie ekstraktu na płytkę testową. Powyższe oznacza, że pod kątem funkcjonalnym rozwiązanie polegające na jednostronnie i jednocześnie podwójnie zakręcaną probówce ekstrakcyjnej i rozwiązanie polegające na dwustronnie zakręcaną probówce ekstrakcyjnej są równoważne. Zarówno bowiem w jednym, jak i w drugim przypadku spełniona jest zasadnicza funkcja, jaką zagwarantować ma dwustronnie zakręcana probówka, tj.: (1) ochrona przed styczością z wymazówką, (2) ułatwienie umieszczenia wymazówki w probówce ekstrakcyjnej oraz (3) ułatwienie umieszczenia ekstraktu na płytce testu. Reasumując, zdaniem odwołującego, zamawiający bezzasadnie odrzucił jego ofertę. W ocenie odwołującego jego oferta spełnia bowiem wymagania (rozwiązania techniczne) wskazane w zamówieniu z uwagi na to, że zawiera wymagania (rozwiązanie techniczne) równoważne z funkcjonalnego punktu widzenia z wymaganiami (rozwiązaniami technicznymi) wskazanymi w SWZ charakteryzującymi produkt dostarczany przez konkretnego wykonawcę (podmiot). Zamawiający nie precyzując kryteriów oceny równoważności dopuścił bowiem możliwość odniesienia się do kryterium funkcjonalności w celu oceny kryterium równoważności, co odwołujący zgodnie z przysługującym mu uprawnieniem uczynił.

W zakresie drugiego zarzutu odwołujący wskazał, że za niewystarczające uznać należy wprowadzenie do SWZ ogólnych kryteriów oceny równoważności - jak to miało miejsce w przedmiotowej sprawie. Tego typu sformułowanie w istocie nie wskazuje na żadne kryteria równoważności. Co istotnie, konsekwencją powyższego działania jest to, że decyzja powzięta przez zamawiającego w przedmiocie zgodności danej oferty z wymaganiami zawartymi w zamówieniu (SWZ) i wyborze danej oferty obciążona jest nieuzasadnioną uznaniowością. Zamawiający bowiem w sposób czysto arbitralny ocenił spełnienie przesłanki równoważności w odniesieniu do wymagań (rozwiązań technicznych) zawartych w złożonych ofertach, które nie zawierały wymagań (rozwiązań technicznych) zawartych w ofercie referencyjnej, tj. charakterystycznych dla produktu dostarczanego przez konkretnego wykonawcę (podmiot). Co więcej, uznanie przez zamawiającego, że rozwiązania proponowane przez inne podmioty (w tym przez odwołującego) w zakresie sposobu zakręcania probówki ekstrakcyjnej nie są równoważne z rozwiązaniem charakteryzującym produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, stanowiło w przedmiotowej sprawie przejaw ograniczenia uczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 3 u.z.n.k., czyn nieuczciwej polega między innymi utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez rzeczowo nieuzasadnionym, zróżnicowaniu niektórych klientów (przedsiębiorców) lub poprzez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy. Mając powyższe na uwadze, odwołujący uznał, że ograniczenie się zamawiającego tylko i wyłącznie do jednej oferty - zawierającej wymagania (rozwiązania techniczne) charakteryzujące produkt dostarczany przez konkretnego wykonawcę (podmiot), pomimo, że wymagania (rozwiązania techniczne) zawarte w innych ofertach uznać należałoby za równoważne, stanowiło przejaw nieuczciwej konkurencji w postaci utrudnienia dostępu do rynku poprzez rzeczowo nieuzasadnionym, zróżnicowaniu niektórych przedsiębiorców.

O uznaniowości decyzji zamawiającego w przedmiotowej sprawie co do równoważności warunku (rozwiązania technicznego) w postaci dwustronnie zakręcaną probówkę ekstrakcyjnej świadczyło zdaniem odwołującego również to, że zgodnie z Informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 września 2021 r., inna z odrzuconych ofert (tj. oferta złożona przez SIROWA POLAND Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie) odrzucona

została z uwagi na niespełnienie warunku zawartego w Załączniku 2 do SWZ, polegającego

na posiadaniu przez oferowany zestaw rekomendacji WHO i statusu EUL. W Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 września 2021 r. nie zostało wskazane, że oferta złożona przez SIROWA POLAND Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, została odrzucona z także innych przyczyn, w tym z powodu braku posiadania dwustronnie zakręcanej próbówki

ekstrakcyjnej. Tymczasem, test do wykrywania antygenu COVID 19 zaoferowany przez

SIROWA POLAND Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie również nie posiada dwustronnie zakręcanej próbówki ekstrakcyjnej.

Oznacza to, że w odniesieniu oferty SIROWA POLAND Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zamawiający uznał, że inna niż dwustronnie zakręcana próbówka ekstrakcyjna jest rozwiązaniem technicznym równoważnym w odniesieniu do wybranej oferty referencyjnej, zaś w odniesieniu do oferty odwołującego uznał, że inna niż dwustronnie zakręcana próbówka ekstrakcyjna nie jest rozwiązaniem technicznym równoważnym w odniesieniu do wybranej oferty referencyjnej. Powyższe bezsprzecznie świadczyło zdaniem odwołującego o bezpodstawnej uznaniowości pod stronie zamawiającego

Reasumując, odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał oceny i wyboru oferty w sposób bezpodstawnie uznaniowy - z uwagi na nieprecyzyjne wskazanie kryteriów oceny równoważności. Zamawiający winien ponosić wszelkie konsekwencje braku precyzyjnego wskazania kryteriów oceny równoważności - w tym także polegających na szerokim interpretowaniu określenia „równoważne”, w szczególności poprzez odniesienie się do kryterium funkcjonalności.

Jeśli chodzi o trzeci ze wskazanych zarzutów odwołujący wyjaśnił, że zamawiający nie tylko dokonał oceny i wyboru oferty w sposób bezpodstawnie uznaniowy, lecz poprzez takie działanie doprowadził do nieuczciwego ograniczenia konkurencji, co stanowiło złamanie jednej z naczelnych zasad postępowania w przedmiocie zamówień publicznych.

Uzasadnieniu dla ostatniego z podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, że zważywszy na okoliczności postępowania wskazać należy, że wynika z nich, że zamawiający przy przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania (w tym przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty tego a nie innego wykonawcy) dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na tzw. „zmowie przetargowej”. Na wskazana zmwę przetargową jasno wskazują niżej przywołane okoliczności:

- wskazanie jako jednego z wymaganych parametrów dla oferowanego produktu (testu do wykrywania antygenu COVID 19) dwustronnie zakręcanej próbówki ekstrakcyjną bez jednoczesnego precyzyjnego wskazania kryteriów oceny równoważności dla ww. rozwiązania, co ograniczyło de facto możliwość wyboru oferty tylko do jednego wykonawcy;
- ustalenie kwoty brutto, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia na kwotę dokładnie równą kwocie zaproponowanej przez jedyne wykonawcę, który może spełnić wymagany parametr dla oferowanego produktu (testu do wykrywania antygenu COVID 19) w postaci dwustronnie zakręcanej próbówki;
- odrzucenie ofert pozostałych wykonawców, w tym oferty odwołującego z powodu braku spełnienia wymagania w postaci dwustronnie zakręcanej próbówki ekstrakcyjnej, mimo iż oferty pozostałych wykonawców były znacząco tańsze, a rozwiązanie przez nich proponowane było równoważne z rozwiązaniem referencyjnym, charakteryzującym wybrany produkt.

Powyższe, w ocenie odwołującego, jasno wskazywało, że zamawiający od początku prowadził postępowanie pod jednego tylko wykonawcę, sztucznie zawężając wymagane parametry i nie dopuszczając rozwiązań równoważnych pod kątem funkcjonalnym. Odwołujący stwierdził, że zмова przetargowa stała się jawna dla niego w momencie ogłoszenia przez zamawiającego Informacji z otwarcia ofert z dnia 15 września 2021 r., w którym wskazana została kwota brutto jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i kwota, którą zaoferował wykonawca wybrany w postępowaniu. Odwołujący nie miał wcześniej wszystkich informacji by zarzucić zamawiającemu naruszenie uczciwej konkurencji.

Zamawiający w dniu 24 września 2021 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wyjaśnił, że szybkie testy do wykrywania antygenu wirusa SARS-CoV-2 w czasach pandemii stanowią istotną część pracy szpitala służącą diagnostyce pacjentów w sposób w pełni bezpieczny. Z kolei wymagana

rekomendacja WHO daje zamawiającemu 100% gwarancję jakości stosowanych testów.

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że opis przedmiotu zamówienia został sporządzony w oparciu o własne doświadczenie zamawiającego, który od października 2019 r. pracował na testach, które spełniały jego wymagania (m.in. otrzymywał z Rządowej Agencji Rezerw Strategicznych testy o parametrach jakościowo - użytkowych tożsamych z przedstawionymi w specyfikacji niniejszego zamówienia). Testy te zostały skutecznie sprawdzone pod względem jakościowym przez zamawiającego m.in. poprzez równoczesne wykonywanie badania szybkim testem antygenowym oraz badaniem techniką RT-PCR. Tym samym zamawiający stwierdził, że w praktyce potwierdził zarówno funkcjonalność, jak i jakość stosowanych testów.

Ponadto zamawiający wskazał, że jest szpitalem powiatowym, który nie dysponuje laboratorium wykonującym badania metodą PCR, dlatego też pierwszym badaniem wykonywanym u każdego pacjenta jest badanie wykonywane szybkim testem antygenowym, który pozwala na szybką, wstępną selekcję osób potencjalnie zakażonych wirusem SARS-COV-2.

Zamawiający wyjaśnił, że wymagał dwustronnie zakręcanej probówki ekstrakcyjnej ze względu na bezpieczeństwo oraz skuteczność pracy personelu wykonującego test z użyciem wysoce zakaźnego materiału jakim jest wymaz z nosogardzieli. Właśnie ten rodzaj probówki (dwustronnie zakręcanej) pozwala na bezpieczne umieszczenie wymazówki z pobranym materiałem w probówce ekstrakcyjnej, równocześnie dając możliwość precyzyjnego dozowania ekstraktu, co w znaczny sposób minimalizuje prawdopodobieństwo popełnienia błędu czyli nieprawidłowego odkręcenia probówki.

Zamawiający stwierdził, że z jego doświadczenia wynikało, że w czasie pandemii badanie antygenu wirusa wywołującego chorobę COVID-19 jest badaniem wykonywanym pod presją czasu, w związku z czym zamawiający nie może pozwolić sobie na ryzyko popełnienia błędu odkręcenia niewłaściwej części nakrętki, co wiązałoby się z narażeniem personelu na ekspozycję materiałem zakaźnym oraz utratą pobranego materiału.

Zamawiający stanął na stanowisku, że probówka jednostronnie zakręcana nie jest probówką równoważną z probówką dwustronnie zakręcaną. Zamawiający opierając się na własnym ponad rocznym doświadczeniu (wykonywaniu ponad 10000 testów antygenowych) wyjaśnił, że ujął w opisie przedmiotu zamówienia konieczność zaoferowania dwustronnie zakręcanej probówki ekstrakcyjnej. Wymóg powyższy wiąże się z koniecznością zachowania bezpieczeństwa personelu wykonującego test na jego dwóch etapach: umieszczania wymazówki w probówce ekstrakcyjnej oraz nakrapiania badanego ekstraktu (zawierającego potencjalnie materiał zakaźny) na płytkę testową. Dwustronna probówka zapewnia intuicyjne odkręcenie części z kropłomierzem, co zapobiega uwolnieniu całej zawartości probówki, a tym samym zapobiega w przypadku odkręcenia niewłaściwej części korka narażania na niebezpieczeństwo ekspozycji materiałem zakaźnym osoby wykonującej test. Budowa probówki (dwustronnie zakręcanej) zapewnia użytkownikowi bezpieczeństwo na dwóch etapach wykonania testu:

- pierwszym związanym z bezpiecznym pobraniem wymazu z nosogardzieli dokonywanym przez pielęgniarki, ratowników medycznych, lekarzy oraz pracowników laboratorium i umieszczeniem wymazówki w sposób minimalizujący kontakt z materiałem zakaźnym (korek nr 1: znajdujący się na górnej części probówki - otwór szeroki - umożliwia bezpieczne umieszczenie wymazówki z materiałem zakaźnym w probówce;

- drugim umożliwiającym precyzyjne naniesienie badanego materiału na płytkę testową (korek nr 2 znajdującym się na przeciwnym biegunie probówki zabezpieczającym

kropłomierz).

Zdaniem zamawiającego oczywiste jest, iż uwolnienie zawartości probówki powoduje długotrwałe wstrzymanie pracy całego medycznego laboratorium diagnostycznego celem dokonania dezynfekcji pomieszczeń, wstrzymanie diagnozowania pacjentów, a co za tym idzie narażenie zdrowia i życia pacjentów znajdujących się pod opieką szpitala. Dotyczy to również miejsca wykonania badania poza laboratorium diagnostycznym. Takie zdarzenie wpływa na dezorganizację pracy oddziałów szpitalnych, co skutkuje koniecznością wdrożenia stosownych czasochłonnych procedur związanych z dezynfekcją skażonego miejsca. Dodatkowo utrata próbki badanej skutkuje koniecznością wykonania ponownego pobrania wymazu z nosogardzieli, co z kolei jest dodatkowym stresem dla pacjenta, wydłuża czas wydania wyniku i postawienia diagnozy, a dla zamawiającego generuje dodatkowe koszty. Obecnie nadal obowiązuje stan pandemii i jak pokazuje doświadczenie zamawiającego wielokrotnie test antygenowy COVID-19 wykonywany jest pod presją czasu i w sytuacji stresu wywołanego możliwością zakażenia. Uwzględniając organizację pracy zamawiającego tzn. wykonywanie testów w medycznym laboratorium diagnostycznym oraz

wykonywanie testów w warunkach poza laboratoryjnych tj. w miejscu opieki nad pacjentem niezwykle istotne jest dla zamawiającego, aby procedura wykonania testu była procedurą jak najbardziej bezpieczną, prostą, intuicyjną i nie generującą potencjalnego niebezpieczeństwa. Powyższe działania zamawiającego stanowią realizację właściwych aktów prawa w tym m.in. Zalecenia Rady Europejskiej w sprawie wspólnych ram stosowania i walidacji szybkich testów antygenowych oraz wzajemnego uznawania wyników testów na COVID-19 w UE (2021/C 24/01 — Dz. U. UE C z dnia 22 stycznia 2021 r.) oraz zalecenia Komisji Europejskiej (UE) 2020/1595 z dnia 28 października 2020 r. w sprawie strategii przeprowadzania testów na obecność COVID-19, w tym szybkich testów antygenowych (CELEX 320201-11595)

W dalszej kolejności zamawiający wskazał, że odwołujący powołuje się na rzekomą równoważność techniczną i funkcjonalną oferowanego przez siebie produktu, który faktycznie jest testem z próbką jednostronnie zamykaną (z podwójną nałożoną na siebie zakrętką). Zdaniem zamawiającego, odwołujący na potrzeby odwołania usiłował przedstawić dowody na równoważność funkcjonalności rozwiązań technicznych zastosowanych w produkcji wybranym w postępowaniu z tymi zastosowanymi w produkcie oferowanym w odrzuconej ofercie. W opinii zamawiającego nie miał racji odwołujący twierdząc, iż w niniejszej sprawie zachodzi równoważność dwustronnego sposobu zakręcania próbki ekstrakcyjnej z jednostronnym a podwójnym sposobem jej zakręcania. Podobnie nietrafny był zarzut braku dokładnego sprecyzowania oceny kryteriów równoważności.

W pierwszej kolejności zamawiający zastrzegł, iż zgodnie z SWZ ewentualne dopuszczenie równoważności dotyczyć ma wyłącznie norm lub nazw własnych lub znaków towarowych lub patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu charakteryzującego produkt dostarczany przez konkretnego wykonawcę. Zastrzeżony przez zamawiającego wymóg użycia dwustronnie odkręcanej próbki ekstrakcyjnej nie jest powiązany z żadnym z powyższych zakresów rozumienia równoważności. W konsekwencji nie może być logicznie nawet mowy o porównywaniu próbki ekstrakcyjnej dwustronnie zakręcanej do tej zakręcanej jednostronnie, nawet podwójnie. Sprawa dotyczy fizycznych właściwości technologicznych a skonkretyzowane oczekiwania zamawiającego wypłynęły z ww. rozważań praktycznych. Tym samym nie miał racji odwołujący usiłując w odwołaniu przedstawić wyższość testu z jednostronnie zamykanej próbki ekstrakcyjnej, skoro zamawiający zastrzegł, iż nie dopuszcza takiej do użycia.

Zamawiający podniósł, iż w dniu 13 września 2021 r. udzielił wyjaśnień treści SWZ. W pytaniu nr 15 o treści:

Czy Zamawiający dopuści jednorazowe próbki z odmierzoną ilością buforu ekstrakcyjnego, jednostronnie zakręcane z dołączoną nasadką dozującą na każdą próbkę?

zamawiający udzielił odpowiedzi:

Zgodnie z SWZ

Dla Zamawiającego jasnym było, że nie dopuszcza próbki jednostronnie zakręcanej, gdyż w SWZ (załącznik nr 2 do SWZ) w punkcie 4 pkt. 2 wskazany parametr został określony

kategorycznie Dwustronnie zakręcane próbki ekstrakcyjne.

Z kolei sam odwołujący zadał pytanie o treści:

Zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SWZ (FORMULARZ OFERTOWY) jednym z wymaganych parametrów dla oferowanego testu jest to aby test posiadał rekomendacje WHO oraz status EUL. Jednocześnie, zgodnie z treścią rozdz. X pkt 2 oraz rozdz. XX pkt SWZ [rozd. X pkt 2 SWZ] Zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność. [rozd. XX pkt SWZ] Gdziekolwiek w Specyfikacji Warunków Zamówienia przywołane są normy, lub nazwy własne lub znaki towarowe lub patenty lub pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego Wykonawcę, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Mając powyższe na uwadze proszę o wyjaśnienie, czy rozwiązaniem równoważnym w zakresie normy, polegającej na posiadaniu przez test rekomendacji WHO oraz statusu EUL jest:

- norma, polegająca na posiadaniu przez test rekomendacji Komisji Europejskiej: tj. wpis testu na europejską wspólną listę testów antygenowych dokument w załączeniu)?

- norma polegająca na posiadaniu przez test rekomendacji Naczelnej Izby Lekarskiej: tj.: ujęcie testu w Krajowym Rejestrze Medycznym?

Zamawiający stwierdził, że jego odpowiedź była jednoznaczna tj. zgodnie z zapisami SWZ

W konsekwencji to znaczy, że zamawiający wymagał aby testy posiadały rekomendację WHO oraz status EUL.

Odnosząc powyższe do treści zarzutów z odwołania zamawiający zasugerował, iż wykonawca poświadczył nieprawdę w formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do SWZ) w pkt 6, iż zaoferowany test posiada rekomendację WHO oraz status EUL dołączając do oferty inne dokumenty wedle wykonawcy równoważne, na które zgody zamawiający nie wydał na etapie prowadzonego postępowania.

W konsekwencji zdaniem zamawiającego nie można było przypisać mu wadliwej interpretacji pojęcia równoważności, skoro odwołujący złożył ofertę na niezgodny z wymaganym parametrem przedmiot zamówienia, jednocześnie poświadczając nieprawdę w formularzu ofertowym w pkt. 4 pkt. 2 o posiadaniu dwustronnie zakręcanej próbki ekstrakcyjnej. Dodatkowo odwołujący potwierdził w oświadczeniu, że zapoznał się ze specyfikacją i załącznikami nie wnosząc do niej zastrzeżeń.

Zamawiający zwrócił także uwagę, że na etapie postępowania nie wniesiono zastrzeżeń co do wymogu dwustronnie zakręcanej próbki ekstrakcyjnej wymaganej.

Mając na uwadze powyższy wywód zamawiający zaprzeczył twierdzeniom odwołania co do rzekomo nieuzasadnionego rzeczowo wymuszania zakupu u określonego przedsiębiorcy.

Odnosząc się do szacowania wartości zamawiania zamawiający wskazał, że to zgodnie z art. 28 Pzp postawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Zamawiający wyjaśnił, że tak też postąpił i dokonał rozeznania rynkowego, co potwierdzają załączające w dokumentacji postępowania wiadomości e-mail. Powyższe zgodne jest z obowiązującym zamawiającego regulaminem udzielania zamówień publicznych. Powyższe skutkowało wiarygodnym ustaleniem przez zamawiającego wartości oczekiwanych przez zamawiającego testów. Notatka z szacowania jest tego dowodem.

Zdaniem zamawiającego odwołanie zmierzało niejako do wymuszenia wyboru oferty odwołującego co w oczywisty sposób niezgodne jest z wymaganiami zawartymi w SWZ. Zamawiający wskazał, że dodać do tego należy oczywiście potencjalne narażenie na dodatkowe koszty oraz odpowiedzialność prawnokarną lub odszkodowawczą wynikającego z użycia testu odbiegającego od oczekiwanej funkcjonalności, a co za tym idzie niepewnego jakościowo. Taki wymuszony wybór nie leży zarówno w interesie zamawiającego jak i w szeroko pojętym interesie publicznym narażając zarówno personel medyczny jak pacjentów na korzystanie z testów nie spełniających wymogów jakościowych i funkcjonalnych zawartych w opisie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zwrócił także uwagę, iż oferta odwołującego zawierała metodykę w języku polskim. Zamawiający analizując zgodność formularza ofertowego z ww. dokumentem, stwierdził, że w części dotyczącej „Przygotowanie próbki” w pkt. 3 cyt.: Wyjmij wymazówkę, jednocześnie dociskając ją do wnętrza próbki do ekstrakcji, aby wycisnąć z wymazówki jak najwięcej płynu. Wyjąć wacik podczas ściskania próbki. Odlamać wymazówkę z miejsca pęknięcia. Wyrzucić górny koniec wymazówki, zaproponowana próbka nie odpowiada funkcjonalnie opisowi przedmiotu zamawiania, w kwestii bezpiecznego umieszczenia wymazówki w próbce, co gwarantuje zastosowanie rozwiązania polegającego na dwustronności zakręcania próbki ekstrakcyjnej. Z doświadczenia i wiedzy zamawiającego wynika, że zaproponowana próbka nie byłaby w stanie zmieścić odlamanej wymazówki, jak to zostało przedstawione na rysunku graficznym w metodyce przedstawionej przez wykonawcę. Byłoby to możliwe jedynie po odcięciu części wymówki nożyczkami. Zamawiający wyjaśnił, że na takie rozwiązanie nie może sobie pozwolić, a tym samym nie wyraża na to zgody. Dodatkowo zamawiający wskazał, że chcąc poznać funkcjonalność zaproponowanego przez odwołującego rozwiązania sięgnął pod ogólnodostępne źródła (strony internetowe, opublikowane filmy instruktażowe m.in. na stronie , ogólnodostępne metodyki testu, ulotki informacyjne, zarówno w języku polskim, angielskim, francuskim i niemieckim. Zamawiający wyjaśnił, że jest w posiadaniu dwóch różnych metodyk zaoferowanego testu (ulotek) o jednakowym numerze 146482501 obu wydanych w języku polskim. Obie dotyczą zaoferowanego testu (ALLtest nr ref. ICOV-502), oraz nie posiadają daty obowiązywania. Jedna z metodyk - pochodzi z postępowania prowadzonego przez zamawiającego, natomiast druga pochodzi z postępowania dotyczącego tego samego przedmiotu zamówienia (metodyka nr 2). Obie metodyki pomimo tożsamesgo numeru, różnią się w zakresie punktu dotyczącego „Przygotowania próbki w pkt. 3.” Z ulotki nr 1 wynika, co nie jest ujęte w ulotce nr 2. Z rysunku graficznego oraz nieprecyzyjnego opisu w metodyce dołączonej przez odwołującego (metodyka nr 1) wynika, iż po odlamaniu końcówka z wymazówki pozostaje w próbce ekstrakcyjnej. Natomiast z metodyki nr 2 i 3 (metodyka w języku angielskim) wynika, iż wymazówkę należy wyjąć z próbki.

Wreszcie zamawiający wskazał, iż wyjmowanie wymazówki z próbówki ekstrakcyjnej generuje efekt aerozolu rozpylający zakaźną próbkę, tym samym oznacza konieczność stosowania komór laminarnych/dygestoriów. To okoliczności niepożądane dla zamawiającego, który korzysta z testów także w warunkach pozalaboratoryjnych. Zamawiający stwierdził, że opis przedmiotu zamówienia wskazywał na konieczność zaoferowania rozwiązania funkcjonalnego tj.: wymazówki przeznaczone do wykonywania wymazów z nosogardzieli (łącznie się w łatwy sposób, umożliwiające szybkie i bezpieczne umieszczenie wymazówki w próbówce ekstrakcyjnej). Zamawiający udzielał również na etapie prowadzonego postępowania wyjaśnień co do tej kwestii. Z przeanalizowanych materiałów zdaniem zamawiającego wynikało iż, zaproponowana próbówka ekstrakcyjna nie spełnia funkcji jaką gwarantuje dwustronnie zakręcana próbówka tzn. nie chroni osoby wykonującej test przed stycznością z wymazówką i materiałem zakaźnym, a tym samym naraża na bezpośredni kontakt z wirusem SARS-Cov-2. Po analizie tychże materiałów dla zamawiającego było jasne, że zaoferowana próbówka ekstrakcyjna funkcjonalnie nie odpowiada próbówce oczekiwanej przez zamawiającego, co stanowiło podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy.

Zamawiający nadmieniał, iż postawione przez niego wymagania dotyczące niewyjmowania wymazówki z próbówki ekstrakcyjnej - a tym samym obustronność jej zamykania nie są niczym nadzwyczajnym w praktyce podmiotów leczniczych oczekujących skutecznych testów antygenowych. Przywołał można w tym miejscu np. stanowisko Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Słupsku oraz Szpitala Czerniakowskiego Ssp. z o.o. w Warszawie, które odpowiadając na pytania w toku postępowania o udzielenie tożsamego przedmiotowo zamówienia jednoznacznie zastrzegły swoje wymagania co do dwustronności zamykania próbówki ekstrakcyjnej.

Zamawiający wskazał, że nie podjął polemiki z przywołanymi w odwołaniu absurdalnymi rozważaniami dotyczącymi dopuszczenia się zmywu cenowej. Jego zdaniem były one bezprzedmiotowe i wydają się stanowić próbę odwrócenia uwagi przez odwołującego od oczywistości przesłanek odrzucenia jego oferty. Zamawiający zastrzegł, iż nie ma wiedzy w przedmiocie wyłączności oferowania na rynku UE rodzajowo podobnych testów z próbówką dwustronnie zamykaną wyłącznie przez jednego wykonawcę.

W dniu 7 października 2021 r. zamawiający złożył do akt sprawy pismo przygotowawcze, w którym podtrzymując dotychczasowe wnioski oraz twierdzenia uzasadniające jego zdaniem oddalenie odwołania uzupełnił stanowisko o następujące okoliczności:

W celu obalenia twierdzeń odwołującego się o wyłączności rynkowej produktu wybranego w postępowaniu - co miałoby rzekomo faworyzować wyłącznie jednego wykonawcę - zamawiający wskazał, iż testy zawierające próbówkę ekstrakcyjną dwustronnie zamykaną nie są żadnym nadzwyczajnym rozwiązaniem, a na rynku oferowane są m.in. przez następujących dystrybutorów:

1. BIO-MAR DIAGNOSTYKA Sp. z o.o. ul. Jagodowa 11, 44-110 Gliwice;
2. P.P.H.U. BOR-POL M. B. Pl. Jaśminu 2, 44-152 Gliwice;
3. P.P.H.U. LIMARCO ul. Przemysłowa 8, 11-700 Mrągowo;
4. Red Med. Poland Sp. z o.o. ul. 3 Maja 130/u1a, 41-500 Chorzów 5. GENTAUR sp. z o.o. Grunwaldzka 88A/10k.2, 81-771 Sopot;

gdzie co najmniej dwóch z powyżej wymienionych dystrybutorów posiada autoryzacje sprzedaży na terenie Polski.

Dalej zamawiający wyjaśnił, że przepisy Pzp nie zawierają definicji usług, dostaw lub robót budowlanych powszechnie dostępnych ani definicji powszechnej dostępności. Opierając się na wykładni językowej, pojęcie „powszechnie dostępny” można jako „dotyczący wszystkich, wszystkiego”, pospolity, popularny. W okolicznościach pandemii nie będzie nadużyciem stwierdzenie, iż test wykrywający wirusa stał się popularny i powszechnie dostępny - ma zaspokajać potrzeby wszystkich kategorii odbiorców publicznych i prywatnych, które oferuje się wszędzie, zarówno na rynku lokalnym, jak i krajowym. W okolicznościach niniejszej sprawy, uwzględniając branżowy status zamawiającego, przedmiot zamówienia był i jest powszechnie dostępny. Test wykrywający wirusa jest produktem przez rynek często oferowanym, a więc duża jest jego podaż, a przez to jest on nietrudny do zdobycia. Powszechnie dostępny oznacza również, że popyt na dany przedmiot jest wysoki (służy bowiem zapewnieniu realizacji bieżących potrzeb), a tym samym świadczy to ma o jego nieskomplikowanym charakterze. Przedmiot zamówienia, który będzie powszechnie dostępny może nabyć każdy, bez jakichkolwiek utrudnień.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp. Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 28 września 2021 r., w tym w szczególności:

- notatkę z dnia 2 września 2021 r. sporządzoną na okoliczność szacowania wartości zamówienia;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- wyjaśnienia treści SWZ z dnia 13 września 2021 r.;
- oferty złożone w postępowaniu;
- informację z otwarcia ofert z dnia 15 września 2021 r.;
- informację o kwocie przeznaczony na realizację zamówienia z dnia 15 września 2021 r.;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 15 września 2021 r.;

2) załączone do odwołania:

- zdjęcie szybkiego testu do wykrywania antygeny COVID 19 oferowanego przez odwołującego;
- zdjęcie szybkiego testu do wykrywania antygeny COVID 19 oferowanego przez P.P.H.U.

Bor-Pol M. B.;

3) załączone do odpowiedzi na odwołanie:

- odpowiedzi z dnia 23 marca 2021 r. na pytania zadane do treści SWZ udzielone w postępowaniu pn. Dostawa testów antygenowych COVID-19 na potrzeby Szpitala Czerniakowskiego sp. z o.o.;
- odpowiedzi z dnia 30 sierpnia 2021 r. na pytania zadane do treści SWZ udzielone w postępowaniu pn. Dostawa testów antygenowych oraz testów genetycznych do diagnostyki koronawirusa SARS-COV-2, prowadzonym przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Janusza Korczaka w Słupsku Sp. z o.o.;
- metodyki (ulotki) oznaczone nr 1, 2 i 3;

4) dokumenty złożone na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron przez odwołującego:

- zalecenia Rady UE w sprawie wspólnych ram stosowania i walidacji szybkich testów antygenowych oraz wzajemnego uznawania wyników testów na COVID-19 (2021/C 24/01);
- Gotowość UE w zakresie zdrowia: Wspólna lista szybkich testów na obecność antygeny COVID-19 oraz wspólny ustandaryzowany zestaw danych, które należy uwzględnić w certyfikatach wyników testu COVID-19, uzgodniony przez Komitet ds. Bezpieczeństwa Zdrowia wraz z załącznikami nr I: Wspólny wykaz szybkich testów antygenowych w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski;
- materiał poglądowy, tj. wydruki zdjęć lub ulotek wszystkich 137 testów znajdujących się w ww. załączniku nr I, które posiadały jednostronnie zakreślaną nakrętkę.

Ponadto Izba poczet materiału dowodowego Izba zaliczyła także dowody z okazania próbek testów zaoferowanych przez odwołującego oraz wykonawcę SIROWA POLAND Sp.

z o.o. Dowody z okazania zostały przeprowadzone na rozprawie na wniosek odwołującego, który omówił i zademonstrował złożone przez ww. wykonawców testy oraz sposób ich użycia.

Na poczet materiału dowodowego Izba nie zaliczyła załączonej do odwołania ulotki testu oferowanego przez wykonawcę SIROWA POLAND Sp. z o.o. Przedmiotowy dokument został złożony w angielskiej wersji językowej, bez tłumaczenia na język polski. Zgodnie natomiast z treścią art. 506 ust. 2 zdanie pierwsze Pzp Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik

postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Z treści ww. przepisu wynika, że wszystkie dokumenty w postępowaniu odwoławczym muszą być przedstawione w języku polskim. Jeżeli natomiast dokument sporządzony został w języku obcym, strona albo uczestnik postępowania odwoławczego, którzy na taki dokument się powołują w postępowaniu odwoławczym, zobowiązani są do złożenia tłumaczenia tego dokumentu na język polski. W związku z tym brak złożenia tłumaczenia przedmiotowego dowodu na język polski skutkowało wyłączeniem dokumentu z zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Izba ustaliła co następuje

Jak wynikało z notatki z dnia 2 września 2021 r. sporządzonej na okoliczność szacowania wartości zamówienia, zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę 391 000,00 zł netto, co stanowiło równowartość 91 584,10 euro. W notatce zamawiający podał także wartość brutto zamówienia, która wynosiła 391 000,00 zł. Ponadto w przedmiotowej notatce została zawarta informacja, że Oszacowania przedmiotu zamówienia dokonano z uwzględnieniem średniego kursu złotego w stosunku do euro ustalonego na mocy rozporządzenia Prezesa RM, mając na względzie art. 35 ust. 1 Pzp, który mówi iż podstawą ustalenia wartości zamówienia na dostawy powtarzające się, jest rzeczywista łączna wartość kolejnych zamówień tego samego rodzaju, udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy, z uwzględnieniem zmian ilości i wartości dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia.

W rozdziale XX SWZ zatytułowanym Informacje dodatkowe w ust. 1 zamawiający wskazał: Gdziekolwiek w Specyfikacji Warunków Zamówienia przywołane są normy, lub nazwy własne lub znaki towarowe lub patenty lub pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego Wykonawcę, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne.

W formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ zamawiający podał wymagane parametry testu. W pkt 4 ppkt 2 zamawiający wskazał, że zaoferowany zestaw miał zawierać Dwustronnie zakręcane próbki ekstrakcyjne.

Zamawiający w dniu 13 września 2021 r. dokonał wyjaśnienia treści SWZ w związku z zadanymi pytaniami. Na szczególną uwagę zasługiwały odpowiedzi na pytania 2 i 15 o treści:

Pyt.2

Zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SWZ (FORMULARZ OFERTOWY) jednym z wymaganych parametrów dla oferowanego testu jest to aby test posiadał rekomendacje WHO oraz status EUL. Jednocześnie, zgodnie z treścią rozdz. X pkt 2 oraz rozdz. XX pkt SWZ [rozd. X pkt 2 SWZ] Zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność. [rozd. XX pkt SWZ] Gdziekolwiek w Specyfikacji Warunków Zamówienia przywołane są normy, lub nazwy własne lub znaki towarowe lub patenty lub pochodzenie, źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego Wykonawcę, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne. Mając powyższe na uwadze proszę o wyjaśnienie, czy rozwiązaniem równoważnym w zakresie normy, polegającej na posiadaniu przez test rekomendacji WHO oraz statusu EUL jest:

- norma, polegająca na posiadaniu przez test rekomendacji Komisji Europejskiej: tj. wpis testu na europejską wspólną listę testów antygenowych dokument w załączeniu)?

- norma polegająca na posiadaniu przez test rekomendacji Naczelnej Izby Lekarskiej: tj.: ujęcie testu w Krajowym Rejestrze Medycznym?

Odp.2

Zgodnie z zapisami SWZ.

(...)

Pyt.15

Czy Zamawiający dopuści jednorazowe próbówki z odmierzoną ilością buforu ekstrakcyjnego, jednostronnie zakręcane z dołączoną nasadką dozującą na każdą próbkę?

Odp.15

Zgodnie z SWZ.

W dniu 15 września 2021 r. o godz. 9:00 upłynął termin składania ofert w postępowaniu. Oferty włożyło czterech wykonawców:

- SIROWA POLAND Sp. z o.o. na kwotę 221 000,00 zł;
- odwołujący na kwotę 255 000,00 zł;
- P.P.H.U. Bor-Pol M. B. na kwotę 391 000,00 zł;
- PBC PHARMA-B. P. K. B. Sp. j. - oferta nie zawierała załącznika nr 1 i 2 do SWZ. Jednocześnie zamawiający poinformował, że kwota brutto jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosiła: 391 000,00 zł.

Wykonawca SIROWA POLAND Sp. z o.o. zaoferował test producenta VivaCheckBiotech o nazwie handlowej VivaDiagPro. Wykonawca P.P.H.U. Wykonawca Bor-Pol M. B. zaoferował test producenta Abbott o nazwie handlowej PANBIO RAPID COVID-19 ANTYPGEN RAPID TEST. Odwołujący zaoferował test producenta HANGZHOU ALLTEST BIOTECH o nazwie handlowej COVID-19 Antigen Rapid Test. Wszyscy ww. wykonawcy wskazali w złożonym formularzu ofertowym spełnienie wymogu co do dwustronnie zakręcanej próbówki ekstrakcyjnej.

W dniu 15 września 2021 r., zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy P.P.H.U. Bor-Pol M. B., która w ramach oceny ofert uzyskała 100 pkt. Jak wynika z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu zamawiający odrzucił pozostałe oferty. Oferty SIROWA POLAND Sp. z o.o. oraz odwołującego zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty SIROWA POLAND Sp. z o.o. zamawiający wskazał, że:

Zamawiający w formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do SWZ) w tabeli „Wymagany parametr” w pkt. 6 wymagał: „Test posiadający rekomendację WHO oraz status EUL”

Oferta firmy SIROWA POLAND Sp. z o.o. ul. Poselska 11 , 03-931 Warszawa nie spełnia ww. wymogu, co potwierdza w załączonych dokumentach.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, że:

Zamawiający w formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do SWZ) w tabeli „Wymagany parametr” w pkt. 4 ppkt.2 wymagał:

„ Dwustronnie zakręcane próbówki ekstrakcyjne”

Z załączonych do oferty dokumentów wynika, iż oferta firmy BS GROUP Sp. z o.o. ul. Marszałkowska 58/12, 00545 Warszawa nie spełnia powyższego wymogu. Probówka jest zakręcana jednostronnie, w związku z powyższym nie spełnia wymaganego przez Zamawiającego parametru.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- art. 99 ust. 1, 4, 5 i 6 Pzp - 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.;

- art. 3 ust. 1 u.z.n.k. - Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta;

- art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 u.z.n.k. - Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

(...)

3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów;

(...)

5) działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy;

- art. 16 pkt 1 Pzp - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

- art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. - Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

(...)

7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie częściowo zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należało zastrzec, że rozpoznając przedmiotową sprawę Izba nie oceniała zasadności postawionych w SWZ wymogów, które zostały przytoczone w odwołaniu, ani potrzeb zamawiającego w tym kontekście, a także nie oceniała ich pod kątem jednoznaczności lub wyczerpującego charakteru, ani też utrudniania uczciwej konkurencji w kontekście możliwości złożenia oferty. W postępowaniu upłynął już termin składania ofert, a najkorzystniejsza oferta została wybrana, zatem kwestionowanie treści SWZ było na tym etapie spóźnione (mogło mieć miejsce ewentualnie na wcześniejszym etapie postępowania tj. przed upływem terminu składania ofert). Izba rozstrzygając przedmiotową sprawę wzięła pod uwagę treść wskazanych powyżej postanowień SWZ wyłącznie w kontekście dokonanej przez zamawiającego oceny ofert, a szczególnie w związku z odrzuceniem oferty odwołującego. Mając na uwadze powyższe założenie Izba stwierdziła, że zamawiający niesłusznie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp.

Przechodząc do meritum sprawy, skład orzekający zauważył, że prima facie wymóg wynikający z pkt 4 ppkt 2 formularza ofertowego wydawał się dość oczywisty tj. wykonawca miał zaoferować test z dwustronnie zakręcaną probówką ekstrakcyjną. Tymczasem odwołujący zaoferował test zakręcany jednostronnie dwustopniowo (zestaw zawierał jednostronnie i jednocześnie podwójnie zakręcaną probówkę ekstrakcyjną). Biorąc pod uwagę tylko te dwie powyżej przedstawione okoliczności można byłoby stwierdzić, że test zaoferowany przez odwołującego nie był zgodny z warunkami zamówienia w związku z nieposiadaniem dwustronnie zakręcaną próbką ekstrakcyjnej i tak też uznał zamawiający, który odrzucił ofertę odwołującego. Jednakże decydujące znaczenie dla oceny zasadności czynności zamawiającego miały także postanowienie zawarte w rozdziale XX ust. 1 SWZ oraz pośrednio odpowiedzi na pytania 2 i 15 udzielone w dniu 13 września 2021 r.

Jeśli chodzi o treść postanowienia określonego w rozdziale XX ust. 1 SWZ Izba zwróciła uwagę, że zamawiający dopuścił rozwiązania równoważne także w zakresie źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę. W tym kontekście skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołujący wykazał przez dowody złożone na posiedzeniu niejawnym, iż dopuszczenie rozwiązania równoważnego w zakresie źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę odnosiło się do wymogu dotyczącego dwustronnie zakręcaną próbką ekstrakcyjnej. Odwołujący złożył m. in. Załącznik I: Wspólny wykaz szybkich testów antygenowych, do dokumentu pt. Gotowość UE w zakresie

zdrowia: Wspólna lista szybkich testów na obecność antygeny COVID-19 oraz wspólny
22

ustandaryzowany zastaw danych, które należy uwzględnić w certyfikatach wyników testu COVID-19, uzgodnionego przez Komitet ds. Bezpieczeństwa Zdrowia. W przedmiotowym wykazie zostało wymienionych 138 testów z czego aż 137 z nich było wyposażonych w jednostronnie zakręcaną probówkę. Tylko jeden test w wykazie posiadał dwustronnie zakręcaną próbką ekstrakcyjną i był to test Panbio COVID-19 Ag Rapid Test (producent: Abbott Rapid Diagnostics), który został zaoferowany przez wybranego w postępowaniu wykonawcę. W związku z tym wymóg z pkt 4 ppkt 2 formularza ofertowego należało potraktować jako źródło lub szczególny proces, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, a także należało przyjąć, że nie ma innego dwustronnie zakręcanego testu, który byłby równoważny testowi zaoferowanemu przez zwycięskiego wykonawcę.

Izba nie znalazła powodów do zakwestionowania dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie także z tego powodu, że zamawiający wskazał w piśmie przygotowawczym z dnia 7 października 2021 r., że testy zawierające probówkę ekstrakcyjną dwustronnie zamykaną są oferowane przez co najmniej czterech dystrybutorów. Jednakże w ocenie składu orzekającego ta kwestia nie dotyczyła istoty zarzutu, a zamawiający nie wykazał, że istnieją na rynku testy innych producentów zawierające probówkę ekstrakcyjną dwustronnie zamykaną.

Ponadto po przeprowadzeniu na rozprawie dowodu z okazania testu zaoferowanego przez odwołującego Izba stwierdziła, że nie było przeszkód do uznania, że rozwiązanie charakterystyczne dla testu zaoferowanego przez odwołującego, zawierające probówkę ekstrakcyjną zamykaną jednostronnie dwustopniowo było równoważne do wymogu dwustronnie zakręcaną próbką ekstrakcyjnej w rozumieniu postanowienia określonego w rozdziale XX ust. 1 SWZ. Samo postanowienie zawarte w rozdziale XX ust. 1 SWZ było bardzo ogólnikowe przez co nie można było przyjąć, że nie odnosiło się do wymogu z pkt 4 ppkt 2 formularza ofertowego, szczególnie, że odwołujący wykazał okoliczność przeciwną. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie powołał się na odpowiedzi na pytania nr 2 i 15, które zostały udzielone w dniu 13 września 2021 r. podnosząc, że dzięki tym odpowiedziom przesądził jednoznacznie kategorię wymóg dwustronnie zakręcaną próbką ekstrakcyjnej. W ocenie składu orzekającego nie można było przyjąć powyższego stanowiska. Zamawiający w odpowiedzi na ww. pytania wskazał Zgodnie z zapisami SWZ lub Zgodnie z SWZ, przez co de facto nie udzielił na nie odpowiedzi. Skoro zamawiający, wobec konkretnych pytań, które nasunęły się wykonawcom po zapoznaniu się z dokumentacją przetargową, w odpowiedzi odsyła wyłącznie do treści tej dokumentacji, to należy przyjąć, że wykonawcy mogli pozostawać w przeświadczeniu, że sposób sporządzenia przez nich oferty był prawidłowy tj. zgodny z SWZ. Z podobnego założenia mógł wyjść także odwołujący.

O prawidłowości czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego nie przesądziły również dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie. Wyjaśnienia treści SWZ udzielone przez innych zamawiających w innych postępowaniach nie mogły potwierdzić prawidłowości działań zamawiającego w powyższym zakresie. Ponadto Izba nie rozstrzygnęła o zasadności zastosowania przez zamawiającego wymogu określonego w pkt 4 ppkt 2 formularza ofertowego, ale o słuszności czynności odrzucenia oferty odwołującego. W

tym kontekście powyższe dowody okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia.

Podobne znaczenie miały metodyki (instrukcję użycia) załączone do odpowiedzi na odwołanie. W ich kontekście zamawiający w pierwszej kolejności stwierdził, że obie metodyki (w tym ta złożona przez odwołującego wraz z ofertą, oznaczona nr 1) nie posiadały daty obowiązywania. W ocenie składu orzekającego okoliczność ta nie miała żadnego znaczenia na potrzeby rozstrzygnięcia, ponieważ zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego nie zwrócił na nią uwagi i nie wskazał jej jako powód odrzucenia. Izba rozpoznaje prawidłowość czynności odrzucenia oferty wykonawcy przez pryzmat okoliczności wskazanych w uzasadnieniu faktycznym i prawnym dla tej czynności. Okoliczności niewymienione w uzasadnieniu czynności, które pojawiają się na etapie postępowania odwoławczego nie mogą zostać wzięte pod uwagę. Ponadto zgodnie z rozdziałem XII pkt IV lit. d SWZ wśród dokumentów składających się na ofertę zamawiający wymienił dokumenty wskazane w rozdziale X SWZ, w tym ulotkę informacyjną prezentującą zaoferowany wyrób SWZ (rozdział X lit. a SWZ). Odwołujący złożył wraz z ofertą instrukcję użycia zaoferowanego testu (metodykę). Treść przedmiotowego dokumentu zamawiający próbował podważyć dopiero na etapie postępowania odwoławczego i to przy użyciu innej metodyki. Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że złożył wraz z ofertą metodykę dotyczącą produktu, która spełniała wymogi opisu przedmiotu zamówienia i nie wymagała wyjmowania wymazówki, co jasno wynikało z tej metodyki. Zwrócił uwagę, że metodyka oznaczona nr 1 załączona do odpowiedzi na odwołanie była metodyką, jaką złożył wraz z ofertą i okoliczność niewyjmowania wymazówki została zaznaczona przez zamawiającego niebieskim kolorem. Ponadto odwołujący wskazał, że metodyka oznaczona w odpowiedzi na odwołanie nr 2 nie dotyczyła produktu, który zaoferował w swojej ofercie, a także wskazał, że według jego wiedzy, istnieją na rynku produkty opisujące różne sposoby przygotowania próbki mimo tego samego numeru produktu. Izba nie znalazła powodów do kwestionowania powyżej opisanych wyjaśnień odwołującego, szczególnie wobec braku przeciwnej argumentacji zamawiającego.

W związku z powyższym Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Uwzględnieniu podlegał także zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp. Uwzględnienie przedmiotowego zarzutu było konsekwencją uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W ocenie składu orzekającego niezasadne odrzucenie oferty odwołującego powodowało także naruszenie zasad określonych w art. 16 pkt 1 Pzp.

Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu zostały przez Izbę oddalone.

Zarzuty odnoszące się do naruszenia art. 99 Pzp skład orzekający, z przyczyn podanych na wstępie rozważań, uznał za spóźnione, gdyż de facto skupiały się na kwestionowaniu treści postanowień SWZ, co na obecnym etapie postępowania nie mogło mieć miejsca.

Izba oddaliła także zarzuty dotyczące naruszenia art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 3 i 5 u.z.n.k. Odwołujący zestawiał ww. przepisy z zarzutami naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp. Wymienione powyżej przepisy u.z.n.k. są powiązane przede wszystkim z przepisem zawartym w art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, który *expressis verbis* odnosi się do ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Uznanie przez Izbę, że zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę wykonawcy jako niezgodną z warunkami zamówienia, nie oznaczało, że zamawiający naruszył jednocześnie przepisy u.z.n.k.

Ostatni zarzut podniesiony w odwołaniu dotyczył naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k. Odwołujący w ramach przedmiotowego zarzutu argumentował, że zamawiający dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na tzw. „zmowie przetargowej”. W ocenie Izby powyższe stwierdzenie było zbyt daleko idące. Po pierwsze wbrew twierdzeniu odwołującego, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, wymóg zawarty w pkt 4 ppkt 2 formularza ofertowego, ostatecznie nie ograniczył możliwości wyboru oferty tylko do jednego wykonawcy. Izba uznała, że test zaoferowany przez odwołującego także spełnia przedmiotowy wymóg w kontekście dopuszczonej równoważności, zatem powyżej poczynione założenie nie znalazło potwierdzenia. Po drugie działanie zamawiającego należało ocenić co najwyżej jako brak należytej staranności i rzetelności przy ocenie oferty odwołującego, czego konsekwencją była błędna czynność odrzucenia oferty tego wykonawcy. Przy czym nieprawidłowe działanie zamawiającego, mogło wynikać z dość szybkiego działania. Warto przypomnieć, że termin składania ofert upłynął w dniu 15 września 2021 r., a zamawiający jeszcze tego samego dnia dokonał badania i oceny ofert oraz wybrał najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu. Po trzecie zasadniczy argument w ramach przedmiotowego zarzutu koncentrował się na wskazaniu, że cena oferty wybranego wykonawcy była identyczna z kwotą jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Jak wynikało z notatki sporządzonej na okoliczność szacowania wartości zamówienia zamawiający ustalił wartość zamówienia w oparciu o art. 35 ust.1 pkt 1 Pzp biorąc pod uwagę rzeczywistą łączną wartość kolejnych zamówień tego samego rodzaju,

udzielonych w ciągu poprzednich 12 miesięcy, z uwzględnieniem zmian ilości i wartości dostaw, które mogły wystąpić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia. To oznaczało, że zamawiający potraktował przedmiotowe zamówienie jako zamówienia na dostawy powtarzające się lub podlegające wznowieniu w określonym czasie. Stąd też mógł oprzeć się na cenach z wcześniejszych zamówień, w których mógł brać udział wybrany w przedmiotowym postępowaniu wykonawca. Odwołujący nie wykluczył takiej ewentualności, ani nie przedstawił dowodów, które mogłyby ją podważyć. W kontekście zarzutu zmowy, a szczególnie jej wariantu wertykalnego, odwołujący mając na uwadze zasadę rozkładu ciężaru dowodu, powinien skupić się przede wszystkim na wykluczeniu innych możliwości rzadko spotykanej koincydencji okoliczności jakie zaszły w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a innym wykonawcą. Skład orzekający miał świadomość, że bardzo trudne jest uzyskanie bezpośrednich dowodów zmowy, niemniej jej stwierdzenie powinno nastąpić na podstawie wiarygodnych przesłanek, które powinny wynikać z dokładnie ustalonego stanu faktycznego, natomiast odwołujący skupił się wyłącznie na dokumentach powstałych w związku z prowadzonym postępowaniem oraz nie wykluczył możliwości powstania innych powodów zaistnienia powyżej wskazanej sytuacji. Tym samym Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu w zakresie wskazanym powyżej i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutu wskazanego w odwołaniu spowodowało, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał badania oferty odwołującego, która może zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zgodnie z art. 575 Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W

przedmiotowej sprawie odwołujący podniósł cztery zarzuty. Odwołanie okazało się zasadne w zakresie dwóch zarzutów i chybione w pozostałym zakresie. W związku z tym kosztami postępowania po połowie obciążono odwołującego oraz zamawiającego

Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego (7 500 zł) oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł). Zamawiający nie przedstawił rachunków związanych z poniesieniem kosztów postępowania, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 5 550 zł (11 100 zł x 1/2). Z kolei odwołujący podniósł do tej pory koszty w wysokości 11 100 zł (koszt wpisu oraz wynagrodzenia

pełnomocnika), a odpowiadał za te koszty w kwocie 5 550 zł (11 100 zł x 1/2). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 550 zł (11 100 zł - 5 550 zł), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 2 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 od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: