

Sygn. akt: KIO 963/23

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 kwietnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2023 r. przez: wykonawcę Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bobrowiecka 8 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa - Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie, ul. Wierzbowa 14

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu wykreślić z rozdziału XV SWZ kryterium „Waga analizatora” oraz wykreślić z sekcji II.2.5 kryterium „Waga analizatora”,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Skarb Państwa - Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie, ul. Wierzbowa 14 i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bobrowiecka 8 tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Skarb Państwa - Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie, ul. Wierzbowa 14 na rzecz Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Bobrowiecka 8 kwotę 18 600zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. 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:.....

Sygn. akt KIO 698/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pt. „Dostawę odczynników pozwalających na jednoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów: DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV w pulach osocza metodą całkowicie automatyczną, wraz z wymaganymi kontrolami/kalibratorami i niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi oraz dzierżawa kompletu aparatury wraz z całkowitym niezbędnym dla metodyki oprzyrządowaniem oraz z podłączeniem tej aparatury do posiadanego przez zamawiającego systemu komputerowego na okres 36 miesięcy”, nr referencyjny DTZ.261.5 ZP.2023 ("Postępowanie"), zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03 marca 2023 r. pod nr 2023/S 045-132041.

W dniu 13 marca 2023 r. odwołanie na treść specyfikacji warunków zamówienia wniósł Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 lutego 2023 r. udzielonego przez dwóch prokurentów działających łącznie zgodnie z zasadami reprezentacji wynikającymi z KRS. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 13 marca 2023 r.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na treść oferty, a także przez odniesienie się do cech dostaw w sposób nieproporcjonalny do celu zamówienia oraz w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, przez dobór parametrów technicznych, które charakteryzują produkty dostarczane przez jednego wykonawcę, doprowadzając przy tym do wyeliminowania odwołującego i jego produktów.

W wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty), a tym samym odwołujący został narażony na znaczną szkodę.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

W dniu 15 marca 2023 r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 20 marca 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Grifols spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 20 marca 2023 r. zamawiający założył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający podniósł, że przedmiotowym postępowaniu uwzględniono:

3.1 Pod pojęciem automatycznego kompletu aparatury zamawiający rozumie dwa równoważne aparaty (główny i back-up) wraz z niezbędnymi urządzeniami peryferyjnymi (komputery, drukarki, skanery, stacje wodne lub inne urządzenia niezbędne do wykonania badań na danym komplecie), wykonujące procedurę każdego z testów bez konieczności ingerencji operatora w poszczególne etapy badania od momentu załadowania próbek/pul do urządzeń do uzyskania wyników. Zamawiający dopuszcza manualne odkręcanie zakręcanie probówek i przeniesienie statywów z pulowania do automatycznej izolacji.

Dla których wyznaczono parametr techniczny dopuszczający:

3.9 Dopuszczalna waga jednego analizatora ≥ 400 kg.

Pomieszczenia pracowni Biologii Molekularnej zorganizowane są na pierwszym piętrze budynku głównego RCKiK w Rzeszowie. Dostępne są dwa małe pomieszczenia, parametry wymienione w OPZ:

Pomieszczenie nr 1: szer.270 cm, dł.425 cm

Pomieszczenie nr 2 : szer. 275 cm, dł.425 cm.

Dwa takie same aparaty muszą stać w jednym pomieszczeniu, w drugim przewidziane jest miejsce na urządzenie pulujące oraz witryny chłodnicze i dodatkowe blaty robocze. Pomieszczenia są w dobrym stanie technicznym, wyposażone są w nowe meblowanie.

Pod tymi pomieszczeniami zlokalizowane są ciągi pomieszczeń, w których pobierana jest krew i jej składniki. W roku 2022 zostały przeprowadzone gruntowne remonty w pomieszczeniach na drodze dawcy oraz wszystkich ciągach komunikacyjnych RCKiK w Rzeszowie. Biorąc powyższe pod uwagę zamawiający:

Dopuszcza przeprowadzenie wizji lokalnej na wniosek wykonawcy,

Nie dopuszcza żadnych przeróbek budowlanych ani prac remontowych w siedzibie zamawiającego.

Chcąc sprawdzić aktualne parametry techniczne pomieszczeń i ich zdolność do zainstalowania w nich urządzeń przed ogłoszeniem przetargu zamawiający wykonał ekspertyzę nośności stropów w budynku głównym siedziby RCKiK w Rzeszowie w pomieszczeniach przeznaczonych do eksploatacji dla przedmiotu zamówienia. Ekspertyza obejmowała obciążenie stropu w stanie istniejącym. Wykazała, że znacznym obciążeniem dla stropów jest ściana działowa oraz warstwy posadzkowe i z uwagi na powyższe nie zaleca się zwiększania obciążenia urządzeniami i wyposażeniem ponad obecny stan. W trakcie wykonywania ekspertyzy w pomieszczeniach stały dwa urządzenia o wadze 360 kg jeden. Czyli obciążenie samą

aparaturą wynosiło 720 kg. Kalkulując obciążenie stropów aparaturą firmy Roch, gdzie deklarowana waga to 640 kg, obciążenie stropu w tym samym miejscu będzie wynosiło 1280 kg. Zmiana sposobu posadowienia aparatu nie zmniejszy obciążenia stropu, które w tych warunkach będzie znacznie przekroczone, a dodatkowo utrudni pracę personelu zmniejszając ciągi komunikacyjne. Ograniczając parametr funkcjonalny urządzenia jakim jest waga, zamawiający kierował się koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa dla osób przebywających w budynku RCKiK. Ekspertyza wykonana przez niezależnego eksperta, wykonana bezpośrednio przed przystąpieniem do procedury przetargowej jest jak najbardziej rzetelna i obiektywna, zabezpieczająca przed wystąpieniem katastrofy budowlanej. Zapewnienie bezpieczeństwa dawców i pracowników należy do podstawowych zadań właściciela budynku, za który ponosi odpowiedzialność prawną.

Dowód: ekspertyza techniczna dotycząca określenia nośności stropu w budynku Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa zlokalizowanego Rzeszowie przy ul. Wierzbowej 14 wykonana w lutym 2023 r. przez inż. E. W. nr upr. B-127/88

Odnoszenie się do OPZ z postępowania przeprowadzonego w roku 2019 jest bezzasadne ze względu na zmianę wszystkich okoliczności mających wpływ na wymogi zawarte z OPZ w roku 2023.

Zamawiający uwzględniając powyższe oraz stanowisko firmy Roche zawarte w odwołaniu dokona modyfikacji następujących zapisów OPZ na ich brzmienie przedstawione poniżej:

3.8. Wymiary pomieszczeń w których zamawiający przewiduje zainstalowanie urządzeń wynoszą:

Pomieszczenie nr 1: szer.270 cm, dł.425 cm

Pomieszczenie nr 2 : szer. 275 cm, dł.425 cm

3.8.1. Wykonawca uwzględni powierzchnię roboczą niezbędną do przygotowania próbek i wykonania badań oraz ciągów komunikacyjnych nie węższą niż 1,5 m.

3.8.2. Zamawiający:

Dopuszcza przeprowadzenie wizji lokalnej na wniosek Wykonawcy;

Dopuszcza niezbędne prace remontowe wraz z pracami wykończeniowymi dopasowanymi do standardów laboratorium, z nienaruszeniem części konstrukcyjnej budynku, ograniczającymi się do rozbioru ściany działowej pomiędzy pomieszczeniami pracowni ujętymi w OPZ jako Nr 1 i Nr 2. Ewentualne zmiany i plany remontowe muszą zostać przedstawione zamawiającemu i być dołączone do oferty. Organizacja oraz koszty ewentualnych przeróbek pomieszczeń pozostaje po stronie wykonawcy. Na czas prac remontowych i kwalifikacji nowych aparatów do momentu uzyskania pozwolenia IHT uprawniającego do wykonywania badań przeglądowych dawców techniką biologii molekularnej, wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia wykonywania badań wraz z transportem próbek oraz transmisją wyników badań biologii molekularnej w innym RCKiK na swój koszt. Wyniki badań muszą być przesłane do

RCKiK w Rzeszowie w czasie niezaburzającym normalnego trybu pracy tj. następnego dnia po donacji do godz. 13:00.

3.9. Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania analizatora, którego masa wraz z maksymalnym załadunkiem przekroczy 400 kg, ale nie przekroczy 650 kg pod warunkiem zaproponowania w ofercie rozwiązania zwiększającego nośność stropu zgodnie z przedstawioną przez zamawiającego ekspertyzą techniczną dotyczącą określenia nośności stropu w budynku RCKiK w Rzeszowie.

3.10. Analizator z wolnym dostępem do badań, z możliwością ciągłego dokładania próbek w trakcie pracy analizatora.

W ocenie zamawiającego dokonanie takiej modyfikacji zapisów OPZ pozwoli na uczestniczenie w postępowaniu wszystkich zainteresowanych podmiotów.

Wobec treści odpowiedzi na odwołanie odwołujący w dniu 23 marca 2023 r. wycofał odwołanie, a Izba w dniu 24 marca 2023 r. w sprawie sygn. Akt KIO 698/23 umorzyła postępowanie.

Zamawiający w dniu 31.03.2023 r. dokonał dodatkowych zmian w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, przez wprowadzenie w rozdz. XV SWZ nowego kryterium oceny oferty dotyczącego wagi analizatora:

„2) Waga analizatora < 400 kg – 20%”

W sposobie obliczania punktów Zamawiający wskazał:

„Ad. 2.2. Waga analizatora < 400 kg – 20 pkt

TAK – 20 pkt

NIE – 0 pkt”

Analogiczna zmiana co do opisu kryteriów oceny ofert została opublikowana w dniu 31.03.2023 r. w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji II.2.5 pierwotnego ogłoszenia.

W dniu 4 kwietnia 2023 r. odwołujący wniósł odwołanie, które zostało wniesione tak jak odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 698/23. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu w dniu 4 kwietnia 2023 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy w zw. z art. 137 ust. 1 ustawy przez dokonanie zmian w Specyfi

kacji Warunków Zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu i wprowadzenie kryterium oceny ofert „Waga analizatora 400 kg – 20%”, które jest nieproporcjonalne do celu zamówienia i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,

2) art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy przez określenie sposobu oceny ofert i przyznawania punk

tów w kryterium „Waga analizatora 400 kg – 20%” w sposób nie zapewniający najlepszej jakości dostaw oraz uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów.

W wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia konkurencyjnej oferty), a tym samym odwołujący został narażony na szkodę.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu dokonania zmian w SWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu

przez usunięcie kryterium Waga analizatora ≤ 400 kg – 20%.

Odwolujący podniósł, że tylko dwóch dostawców na świecie jest w stanie obiektywnie zaoferować urządzenia, które są specyfikowane w ramach przedmiotu niniejszego postępowania tj. firma Roche oraz Grifols.

W toku postępowania o udzielenie tego zamówienia odwołujący wniósł odwołanie na postanowienia SWZ, kwestionując zapis zawarty w punkcie 3.9 OPZ dotyczący dopuszczalnej wagi analizatora o treści: „3.9. Dopuszczalna waga jednego analizatora 400 kg.” (sprawa prowadzona pod sygn. KIO 698/23).

Po wniesieniu ww. odwołania, Zamawiający w dniu 31.03.2023 r. dokonał zmian w treści SWZ, modyfikując wymóg dotyczący wagi analizatora w sposób następujący:

„3.9. Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania analizatora, którego masa wraz z maksymalnym ładunkiem przekroczy 400 kg, ale nie przekroczy 650 kg pod warunkiem zaproponowania w ofercie rozwiązania zwiększającego nośność stropu zgodnie z przedstawioną przez zamawiającego ekspertyzą techniczną dotyczącą określenia nośności stropu w budynku RCKiK w Rzeszowie”.

Odwolujący z uwagi na zmianę punktu 3.9 OPZ cofnął odwołanie w sprawie KIO 698/23, które to postępowanie odwoławcze zostało przez Izbę umorzone.

Niemniej zamawiający w dniu 31.03.2023 r. dokonał dodatkowych zmian w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, przez wprowadzenie w rozdz. XV SWZ nowego kryterium oceny oferty dotyczącego wagi analizatora:

„2) Waga analizatora 400 kg – 20%”

W sposobie obliczania punktów zamawiający wskazał:

„Ad. 2.2. Waga analizatora 400 kg – 20 pkt

TAK – 20 pkt NIE – 0 pkt”

Analogiczna zmiana co do opisu kryteriów oceny ofert została opublikowana w dniu 31.03.2023 r. w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji II.2.5 pierwotnego ogłoszenia.

Odwolujący podniósł, że wprowadzenie dodatkowego kryterium „Waga analizatora 400 kg – 20 pkt” narusza przede wszystkim zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 ustawy i w sposób nieuzasadniony ogranicza uczciwą konkurencję.

W szczególności zwrócił uwagę, że waga aparatu nie ma najmniejszego znaczenia z punktu widzenia celu niniejszego zamówienia jakim jest wykonywanie konkretnych badań przez zamawiającego tj. wykrywania materiału genetycznego wirusów: DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV. Tonaż urządzenia nie wpływa w żaden sposób na otrzymany wynik oznaczenia. Także z punktu widze-

nia korzystania z przedmiotowych analizatorów kryterium wagi nie daje żadnych wymiernych korzyści zamawiającemu, w szczególności mając na uwadze fakt, że zamawiający zmienił punkt 3.9 OPZ i dopuścił możliwość zaoferowania analizatora, którego masa wraz z maksymalnym ładunkiem przekroczy 400 kg pod warunkiem zaproponowania w ofercie rozwiązania zwiększającego nośność stropu zgodnie z przedstawioną przez zamawiającego ekspertyzą techniczną. Skoro zamawiający umożliwia zaoferowanie rozwiązania alternatywnego, które spowoduje to, że waga nie będzie miała znaczenia z punktu widzenia możliwości zwiększenia nośności stropu, to tym bardziej nie istnieje w obecnych realiach żadne racjonalne uzasadnienie do wprowadzania kryterium oceny ofert w zakresie wagi analizatora.

Przez wprowadzenie tak tendencyjnego kryterium oceny ofert, zamawiający uniemożliwił odwołującemu faktyczne konkurowanie o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego. Parametry ocenianie w nie mniejszym stopniu co graniczne mogą prowadzić do całkowitego ograniczenia konkurencji. Stworzona w tym postępowaniu punktacja uniemożliwia uczciwą konkurencję i dyskryminuje technologie, które dają taki sam efekt od preferowanych przez zamawiającego rozwiązań charakterystycznych dla firmy Grifols. W przedmiotowym postępowaniu dochodzi do sytuacji, w której wyłącznie firma Grifols otrzyma 20 pkt w kryterium wagi aparatu.

Zniwelowanie tej różnicy ceną jest niemożliwe, ze względu na wagę kryterium. Łatwo bowiem wyliczyć, że 20 punktów różnicy można zrównoważyć ceną, ale niższą aż o ok 33 %. Nadmienię, że na przedmiotowym rynku oferowanie cen o kilkadziesiąt procent niższych jest niemożliwe, bo wymagałoby dostarczania towarów poniżej kosztów własnych. W warunkach rzeczywistej konkurencji wykonawcy mogą oferować niższe marże, z korzyścią dla zamawiającego. W tej sprawie zamawiający pozwala jednak przyjąć niemalże dowolnie wysokie narzuty firmie Grifols, ponieważ praktycznie jedyny konkurent (Roche) nie jest w stanie z nim rywalizować mając na uwadze tak nieproporcjonalnie kryteria oceny ofert.

Podniósł również, że kryterium wagi aparatu, nie dość, że nie ma żadnego uzasadnienia w świetle celu jakiego ma służyć przedmiotowe zamówienie i ma wąpliwy walor praktyczny, to nie zapewnia najlepszej jakości dostaw oraz uzyskania najlepszych efektów zamówienia w myśl zasady wyrażonej w art. 17 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Ustawy. W tej sprawie zamawiający nie korzysta z regulacji prawnych do optymalizacji zakupów, lecz wyłącznie w celu wyboru konkretnego dostawcy. Ten preferowany wykonawca może dowolnie dyktować cenę, gdyż zamawiający stworzył ku temu wszelkie warunki.

Reasumując, wprowadzenie kryterium wagi analizatora prowadzi do składania ofert znacznie droższych, które dadzą ten sam efekt dotyczący nośności stropu co ofercie, którzy zaoferują dostarczenie aparatu o wyższej wadze analizatora, z jednoczesnym zaproponowaniem rozwiązania alternatywnego, o którym mowa w punkcie 3.9 OPZ.

Znaczące w sprawie jest również to, że elementom, które faktycznie mogą wpływać na jakość oferowanych rozwiązań zamawiający przyznaje po 5 pkt. Natomiast wadze analizatora, instalowanego w określonym miejscu laboratorium, której pracownicy w ogóle nie odczuwają (niezależ-

nie od tego jakie to będzie urządzenie – czy ważące 400 kg, czy 600 kg) i w praktyce klinicznej nie ma kompletnie żadnego znaczenia – przypisał aż 20 pkt. Nie sposób odnaleźć żadnego racjonalnego uzasadnienia dla takiego zachowania, oczywiście innego niż stworzenie warunków firmie Grifols do wygrania przetargu. Podkreślił fakt, że zamawiający punktuje (i jest gotowy zapłacić o 33% więcej) za aparat ważący 400 kg, jednocześnie (teoretycznie), nie dając możliwości ubiegania się o zamówienie wykonawcy oferującemu znacznie atrakcyjniejsze warunki z aparatem ważącym 401 kg.

Żadne okoliczności nie tłumaczą tak nieproporcjonalnego kryterium oceny ofert, którego jedyną rolą jest dyskryminacja jednej z dwóch dostępnych na rynku technologii. Wstawienie do pomieszczeń zamawiającego aparatu znacznie cięższego niż 400 kg nie wiąże się z żadnymi uciążliwościami, dostępne rozwiązania pozwalają tego dokonać bez żadnych zmian konstrukcyjnych w budynku. Niemniej nawet gdyby były konieczne, to zamawiający miałby jeszcze dodatkową korzyść. Bo otrzymałby w cenie oferty nakłady polepszające posiadaną infrastrukturę budowlaną. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i przywrócenie zasady równego traktowania wykonawców przez nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu, a w ślad za tym wykreślenia z dokumentów zamówienia kryterium: „Waga analizatora 400 kg – 20%”.

Jedną z naczelnych reguł prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyrażona w art. 16 pkt 3 ustawy zasada proporcjonalności. Przez ową proporcjonalność rozumie się podejmowanie tylko takich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i stawianie tylko takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu zamówienia. Oznacza to konieczność korzystania przez zamawiającego z takich środków, które muszą być odpowiednio i niezbędne do zamierzonego celu i które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców (vide Kontrola UZP z 29 listopada 2017 r. o sygn. KND/10/17/DKD). Wydaje się zatem, że zamawiający nie sprostął tego rodzaju wymogom, gdyż jak zaakcentowano na wstępie, kryterium w zakresie wagi analizatorów nie jest odpowiednie, ani niezbędne do zamierzonego celu, który może zostać zrealizowany za pomocą alternatywnych rozwiązań (dopuszczonych wyraźnie w opisie przedmiotu zamówienia).

W kontekście naruszenia normy wynikającej z art. 16 pkt 1 ustawy, jak wskazuje doktryna, tego rodzaju uchybienia mogą nastąpić nie tylko w przypadku, gdy zapisy SWZ uniemożliwiają ubieganie się o dane zamówienie przez wykonawcę, ale również w sytuacji, gdy postanowienia SWZ stawiają takiego wykonawcę w zdecydowanie gorszej pozycji w porównaniu do konkurencyjnych podmiotów:

„Przygotowanie i prowadzenie postępowania z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wymaga od zamawiających należytej staranności, ponieważ w przypadku jej naruszenia nader często stawiane są im zarzuty, w szczególności, gdy któryś z wykonawców po analizie zapisów np. SWZ dojdzie do wniosku, że uniemożliwiają mu ubieganie się o dane zamówienie lub stawiają go w zdecydowanie gorszej sytuacji w porównaniu do konkurencyjnych wykonawców.

Wykonawca taki nie ma obowiązku każdorazowo udowadniać że faktycznie w stosunku do niego naruszenie tej zasady wywołuje negatywne skutki, wystarczy w przypadku kwestionowania zapisów ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia wykazać hipotetyczną możliwość jej naruszenia, wskazując, że są one niedopuszczalne, ponieważ do stwierdzenia, że doszło do naruszenia zasad określonych w art. 16 pkt 1 p.z.p. nie jest konieczne ani nawet potrzebne wykazanie, że do naruszenia konkurencyjności faktycznie doszło. W sytuacji bowiem, gdy wskazanemu i niezgodnemu z prawem warunkowi towarzyszyło tylko ryzyko ograniczenia stosowania wskazanych zasad w prowadzonym postępowaniu przez zniechęcenie potencjalnych wykonawców do udziału w nim w związku z tworzeniem przez zamawiającego barier natury formalnej, jest to już wystarczające do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania” (A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16.).

W literaturze przedmiotu wskazuje się na niedopuszczalność „przemycania” do kryteriów oceny ofert takich zapisów, które promują rozwiązania konkretnych producentów, a które w świetle zasad tworzenia OPZ byłyby uznane za niedopuszczalne. Uzasadnieniem takiego sposobu działania nie może być stwierdzenie, że wykonawca ma możliwość złożenia oferty i nikt mu tego nie ogranicza.

Jako przykład takiego ograniczenia w piśmiennictwie podaje się m.in. takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert, że dany wykonawca nie będzie mógł realnie konkurować z ofertami innych wykonawców:

„Rola kryteriów oceny ofert odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest premiowanie takiego rozwiązania, które z jakichś, określonych i obiektywnych, przyczyn są dla zamawiającego korzystniejsze niż parametry bezwzględnie wymagane, jednakże nie mogą one naruszać uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, wskazując w dokumentach zamówienia opis kryteriów, jakie planuje stosować celem oceny złożonych ofert, nie powinien używać ich do przemycenia zapisów promujących np. rozwiązania konkretnych producentów, które z punktu widzenia zasad tworzenia opisu przedmiotu zamówienia byłyby niedopuszczalne. Uzasadnieniem dla takiej sytuacji nie może być stwierdzenie, że wykonawca wszak ma możliwość złożenia oferty i nikt mu tego nie ogranicza, ponieważ zaferowanie innego niż punktowany przez zamawiającego produkt uniemożliwia w rzeczywistości skuteczne uzyskanie zamówienia ze względu na brak realnej możliwości uzyskania punktów w takim kryterium. Ograniczenia konkurencji mają przeważnie charakter graniczny, np. przez określenie warunków udziału w postępowaniu lub opis przedmiotu zamówienia wprost uniemożliwiający niektórym wykonawcom złożenie oferty w postępowaniu. Mogą mieć również charakter względny i pośredni. Za ograniczenie tego typu należy uznać sytuację, w której niektórzy wykonawcy, co prawda mogą złożyć ważną i odpowiadającą siwz ofertę, jednakże oferta ze względu na jej charakter i specyfikę, w świetle specyfikacji opisu przedmiotu zamówienia czy ukształtowanych kryteriów oceny ofert nie będzie mogła

realnie konkurować z ofertami innych wykonawców” (A. Wiktorowski [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, P. Wójcik, A. Wiktorowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 16.).

Podobnego rodzaju uchybienia stały się przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z dnia 18 października 2018 r. o sygn. KIO 1996/18, w ramach którego Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy (będącego odpowiednikiem aktualnego art. 16 ustawy Ustawy) w zakresie sposobu opisu parametrów ocenianych:

„Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności (...).

Natomiast zgodnie z art. 2 pkt. 5 lit. a ustawy ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie

działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała.

W świetle tych przepisów zamawiający ma obowiązek dobrać inne kryteria poza cenowe z uwzględnieniem tego czy odnoszą się do przedmiotu zamówienia i są do niego proporcjonalne, a także ich ustanowienie nie spowoduje obiektywnie nieuzasadnionego naruszenia uczciwej konkurencji na danym rynku branżowym. Sytuacja w tym przypadku jest zatem zbliżona do przepisu art. 29 ust. 2 ustawy, co oznacza, że o ile odwołujący powinien wykazać, że kryterium jest ustawowo niedopuszczalne, tj. nie dotyczy przedmiotu zamówienia lub nie jest do niego proporcjonalne, czy wreszcie uprawdopodobnić, że narusza ono uczciwą konkurencję, to zamawiający powinien wykazać, że wprowadzenie tego kryterium jest uzasadnione oceną jakości przedmiotu świadczenia, przy czym tej jakości nie można rozpoznawać w oderwaniu od obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Co oznacza, że zamawiający nie powinien kupować każdego potencjalnie możliwego do osiągnięcia według bieżącego stanu wiedzy rozwiązania, ale takie rozwiązania, choćby najnowocześniejsze, które służą zaspokajaniu potrzeb tego konkretnego zamawiającego."

Sposób oceny ofert stawia Roche w znacznie gorszej pozycji w stosunku do firmy Grifols, de facto zapewniając mu zwycięstwo w postępowaniu.

W kontekście naruszenia art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy, w uzasadnieniu projektu nowej ustawy (druk sejmowy VIII. 3624) wskazano, że: „Zasada efektywności ekonomicznej wyraża się w obowiązku udzielenia zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych”. Oznacza to konieczność kreowania zapisów SWZ w taki sposób, aby przedstawiać najlepszą relację jakości, jak również efektów, jakie zamówienie pozwoli uzyskać, do ceny. Nie-

stety, zamawiający naruszył ww. zasadę określając sposób oceny ofert przez wyraźne premiowanie cech produktów Grifols, bez uwzględnienia wspomnianych efektów zamówienia.

W dniu 5 kwietnia 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 6 kwietnia 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Grifols spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, tj. zamawiającego. Interes ten polega na tym, że przystępujący jest dostawcą rozwiązań objętych przedmiotem zamówienia. Spełnia wymagania zamawiającego i jest zainteresowany w utrzymaniu obecnych wymagań SWZ dotyczących opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym negocjowanie i przystąpienie po stronie zamawiającego w zakresie zarzutów wskazanych w odwołaniu leży w interesie przystępującego.

Podkreślił, że żądanie zmiany wymagań zawartych w SWZ jest całkowicie niezasadne.

Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 marca 2023 r. udzielonego przez członka zarządu, zgodnie z zasadami reprezentacji. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom.

W dniu 17 kwietnia 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Zamawiający przytoczył pkt. 3.8, 3.8.1, 3.8.2, 3.9 i 3.10 załącznika nr 1 do SWZ oraz Ad. 2.2. rozdziału XV SWZ po modyfikacji.

Z uwagi na dokonane przez zamawiającego zmiany w OPZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu, odwołujący się wniósł odwołanie w przedmiotowej sprawie, bowiem kwestionuje wprowadzenie dodatkowego kryterium, jakim jest „Waga analizatora 400 kg - 20 pkt”, gdyż w jego ocenie przedmiotowe kryterium rzekomo narusza zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 PZP i w sposób nieuzasadniony ogranicza uczciwą konkurencję. Zdaniem odwołującego się waga analizatora nie ma najmniejszego znaczenia z punktu widzenia celu przedmiotowego zamówienia, nie wpływa na otrzymany wynik oznaczenia, a wprowadzone kryterium oceny nie daje zamawiającemu żadnych wymiernych korzyści.

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolęcznictwa jest instytucją o strategicznym znaczeniu dla ochrony zdrowia w Polsce. Jego głównym zadaniem i jednocześnie obowiązkiem jest zapewnienie samowystarczalności Rzeczypospolitej Polskiej w krew i jej składniki. Konieczność ciągłego dostarczania krwi i jej składników wymusza na zamawiającym odpowiedzialne zarządzanie wszelkiego rodzaju zmianami. Każda konieczna czy planowana zmiana,

w tym również i w zakresie metodyki pobierania krwi, musi zostać przeanalizowana przez zamawiającego w kontekście pracy całej jednostki zamawiającego, co czyni się w oparciu o tzw. ocenę ryzyka. Co istotne, takie postępowanie zostało przeprowadzone również w przedmiotowej sprawie jeszcze przed ogłoszeniem przetargu na przedmiotowe zamówienie. W tym miejscu podkreślenia wymaga fakt, że zmiana metodyki wykonywania badań wirusologicznych jest dla zamawiającego zmianą istotną/ kluczową. Każda donacja krwi, aby mogła być użyta w lecznictwie musi mieć wykonane badania czynników zakaźnych metodą serologiczną oraz biologii molekularnej, co zapewnia bezpieczeństwo biorcy krwi. Wymagania co do czułości i swoistości testów oraz kryteriów dopuszczających daną metodykę do badań w publicznej służbie krwi nie są ustalone dowolnie, lecz są ściśle określone przez przepisy prawne, tj. Obwieszczenie Ministra Zdrowia w sprawie wymagań dobrej praktyki pobierania krwi i jej składników, badania, preparatyki, przechowywania, wydawania i transportu dla jednostek organizacyjnych publicznej służby krwi. W związku z powyższym, zamawiający

zawarł wymagania w tym przedmiocie w kryteriach dotyczących odczynników, tj. w pkt. 2.12.24 OPZ. Są to kryteria dopuszczające daną metodykę do przetargu i mają na celu zapewnić zamawiającemu najlepszą jakość wykonywanych badań. Wskazani przez odwołującego dwaj potencjalni dostawcy testów, czyli firma Roche i firma Grifols spełniają powyższe kryteria, co oznacza, że zaproponowane przez obydwie firmy metodyki zapewniają otrzymanie oczekiwanego wyniku oznaczenia, dlatego zamawiający traktuje je jako porównywalne. Świadczy to o tym, że określone przez zamawiającego w przedmiotowej sprawie warunki jako minimalne poziomy zdolności do wykonania zamówienia pozwalają uznać każdą z tych firm jako zdolną do wykonania zamówienia.

Powyższe oznacza zatem, że wbrew temu co twierdzi odwołujący się treści złożonego odwoływania, odwołujący się w żaden sposób nie został pozbawiony możliwości złożenia konkurencyjnej oferty, a kwestionowane przez odwołującego się kryterium oceny w żadnej mierze nie może zostać uznane za tendencyjne i nie mające żadnego znaczenia dla zamówienia.

Z treści odwołania wynika bowiem, że kwestia sporną pomiędzy stronami jest oferowany sprzęt do wykonywania badań, a konkretnie jego waga.

Podkreślenia wymaga fakt, że zamawiający stwarzając konkurencyjne warunki udziału w przetargu i dbając o to, aby wszystkie zainteresowane podmioty mogły wziąć w nim udział, w kryteriach oceny ofert rzeczywiście wprowadził zmianę związaną z wprowadzeniem kryterium oceny, jakim jest waga analizatora, gdyż w przypadku dopuszczenia do udziału podmiotów oferujących cięższy sprzęt, tj. powyżej 400 kg, wiąże się to z kolei bezpośrednio z koniecznością dokonania oceny alternatywnego rozwiązania, o którym mowa w pkt 3.9 OPZ, tj. koniecznością ingerencji w konstrukcję budynku zamawiającego, czyli wykonania pracy rozbiórkowej ściany działowej i uwzględnieniem uciążliwości z tym związanych. Powyższe ma o tyle istotne znaczenie, że zamawiający dopuszczając możliwość w OPZ do przeróbek bu-

dowlanych/ prac remontowych w jego siedzibie zadbał w ten sposób o zapewnienie konkurencyjności przedmiotowego postępowania. Skutkiem powyższego jest fakt, iż ingerencja w konstrukcję budynku zamawiającego lub jej brak musi zostać odpowiednio oceniona z punktu widzenia wagi potrzeb zamawiającego i związanych z tym ewentualnych uciążliwości.

Różnicowanie w punktowaniu poszczególnych rozwiązań zaproponowanych przez podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia służy zatem w oczywisty sposób wyborowi oferty przedstawiającej najkorzystniejsze rozwiązanie dla zamawiającego, tj. z uwzględnieniem rzeczywistych i konkretnych potrzeb zamawiającego.

W świetle zapisów OPZ zamawiający z przeróbkami budowlanymi i pracami remontowymi wiąże konieczność zapewnienia wykonywania badań wraz z transportem próbek oraz transmisją wyników badań biologii molekularnej w innym RCKiK na koszt potencjalnego wykonawcy. Powyższe w praktyce oznacza dla zamawiającego z jednej strony wyłączenie z użytkowania pomieszczeń Pracowni Biologii Molekularnej zamawiającego (tam bowiem będą zlokalizowane automaty/analizatory odjęte przedmiotowym postępowaniem) na czas rzeczonych prac remontowych, a z drugiej strony brak możliwości wykonywania przez zamawiającego badań krwi i jej składników na co najmniej kilka tygodni. Powyższe spowoduje w odniesieniu do zamawiającego głównie:

- konieczność dodatkowego obciążenia innego RCKiK wykonywaniem badań i przekazywania wyników badań;
- konieczność przygotowania, pakowanie i wysyłanie pobranych próbek krwi i jej składników wraz z całą dokumentacją badań, co z kolei wiąże się z ryzykiem zaginięcia próbki, opóźnieniem w otrzymaniu wyników badań lub nawet ich całkowitym brakiem, zmianą jakości próbek związaną z niewłaściwym transportem próbek, co może mieć oczywisty wpływ na jakość badań i uzyskanego wyniku;
- brak transmisji danych z badań uzyskanych w innym centrum, co będzie miało przełożenie na kwalifikację krwi i jej składników, opóźnienie w wydaniu krwi do użytku klinicznego i zmianą organizacji w pracy w całym regionalnym centrum;
- zmiana w sposobie zwalniania krwi i jej składników wymusi na podmiotach leczniczych zmiany w organizacji odbioru krwi i jej składników - tzw. system naczyń połączonych; gdzie podmioty lecznicze w ramach umów logistycznych i na zakup krwi zawartych z zamawiającym mają zapewnioną samowystarczalność w krew i jej składniki, w tym w rzadkie grupy krwi;
- jeśli nie zostanie wykonane badanie na czas to dla donacji będzie wiązało się to z koniecznością utylizacji krwi, co jest bezpośrednią stratą nie tylko dla zamawiającego, ale i przede wszystkim dla biorcy krwi;
- w przypadku uzyskania wyniku reaktywnego, obligatoryjnie wymagana weryfikacja badania w IHiT zostanie znacznie opóźniona;
- konieczność zmiany organizacji pracy w zasadzie większości działów zamawiającego, gdyż każda jednostka organizacyjna / *dział zamawiającego pracuje w zależności od innej, gdy praca w poszczególnych działach zamawiającego jest tak zorganizowana, że każdy z nich wykonuje inny rodzaj zadań w pełni zależnych od pozostałych.

Ponadto, zamawiający będzie musiał liczyć się z następującymi dodatkowymi uciążliwościami:

- konieczność wykonania remontu w pomieszczeniach, które tego nie wymagają, a który będzie wykonany tylko po to, aby umożliwić firmie Roche wstawienie swoich urządzeń;

- nieprzewidywalność efektów prac remontowych w długofalowym odstępie czasu;
- dodatkowe obowiązki dla organów nadzoru budowlanego nad ekipą remontową z ramienia zamawiającego,
- ryzyko zniszczenia efektów prac remontowych wykonanych w ciągach komunikacyjnych zamawiającego w 2022 roku;
- konieczność wprowadzenia osób postronnych- tj. ekipy remontowej, do strefy zamkniętej jaką jest Pracownia Biologii Molekularnej zamawiającego, co wiąże się z ryzykiem utraty/ wycieku danych;
- dodatkowe zaangażowanie ekipy sprzątającej w całym budynku i nakładów finansowych w tym zakresie.

W świetle powyższego, oczywistym jest, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma pełne prawo określić zasady, na których chce zawrzeć umowę, mając na względzie głównie jego potrzeby czy wymagania (w tym publicznoprawne) związane z celem zamówienia, które w sposób najbardziej efektywny zabezpieczą jego interes, a także interes publiczny. W takiej sytuacji trudno przyznać rację odwołującemu się, że zamawiający przy modyfikacji OPZ i formułowaniu kryteriów oceny dopuścił się naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych, w tym naruszenia zasad przygotowania, prowadzenia i udzielenia zamówienia, a to z tego powodu, że zdaniem odwołującego się rzekoma waga analizatora nie ma w ogóle znaczenia dla przedmiotowego zamówienia. Z powyższego jednoznacznie wynika, że tak bardzo kwestionowany przez odwołującego się czynnik, jakim jest waga analizatora, ma istotny wpływ na ukształtowanie kryterium oceny i przydział w tym zakresie punktów, bowiem powyższe pozwoli zamawiającemu na wybór i premiowanie wykonawców, którzy spełniają określone wymagania. Zdaniem zamawiającego, w przedmiotowej sprawie ustalone kryteria oceny odnoszą się do przedmiotu zamówienia w sposób nienaruszający uczciwej konkurencji i równego traktowania, a zamawiający ze względu na znaczenie zamierzonego zamówienia posiada interes do promowania lepszych urządzeń uzasadniony obiektywnymi okolicznościami, przy uwzględnieniu możliwości uzyskania najlepszych efektów przetargu.

Nie sposób tutaj pominąć fakt, że wprowadzone w procesie oceny ofert kryteria ocenne ze swojej istoty mają służyć celowi selekcji i pozwolili na dokonanie wyboru wykonawcy w najwyższym stopniu zdolnego do wykonania przedmiotu zamówienia przy uwzględnieniu konkretnych potrzeb zamawiającego. Zamówienie publiczne udzielane jest bowiem w ściśle określonym celu, dla zaspokojenia z góry oznaczonych potrzeb publicznych, co oznacza, że waga potrzeb zamawiającego w przedmiotowej sprawie w pełni uzasadnia wprowadzenie kwestionowanego w przedmiotowym postępowaniu kryterium oceny. Oczywistym jest zatem, że każdy opis przedmiotu zamówienia po części niesie ze sobą pewne ograniczenie dla poszczególnych wykonawców działających na określonym rynku. Zamawiający ma jednak prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego obiektywne i uzasadnione potrzeby wynikające z ustawowo nałożonych na zamawiającego obowiązków, w tym przypadku konieczność zapewnienia ciągłości dostawy krwi. Okoliczność, że określone kryteria oceny mogą nie być korzystne dla danego wykonawcy nie powoduje, że automatycznie narusza to równowagę stron umowy lub jest. sprzeczne przepisami prawa zamówień publicznych.

Ponadto, zamawiający wskazał, że kryterium wagi analizatora wbrew temu co twierdzi odwołujący się, ma istotne znaczenie głównie z- punktu widzenia pomieszczeń, w których zlokalizowane będą urządzenia i ich kubatury, co w efekcie przekłada się na możliwość i warunki wykonywania przez zamawiającego badań. Właśnie te uwarunkowania doskonale unaoczniają potrzeby zamawiającego w tej konkretnej sprawie. Zupełnie oderwane od okoliczności faktycznych niniejszej sprawy są twierdzenia odwołującego się, jakoby wstawienie do pomieszczeń zamawiającego aparatu o znacznie cięższej wadze niż 400 kg nie miało się wiązać z żadnymi uciążliwościami i że w takiej sytuacji nie ma konieczności dokonywania jakichkolwiek zmian konstrukcyjnych w budynku, a nawet gdyby taka konieczność zaistniała, to zamawiający osiągnąłby dodatkową korzyść w postaci nakładów polepszających posiadana infrastrukturę budowlaną.

W tym miejscu wskazał, że zamawiający posiada ekspertyzę dotyczącą nośności stropów w pomieszczeniach przeznaczonych na umiejscowienie przedmiotowych automatów, która obejmowała obciążenie stropu w stanie istniejącym. Z treści przedmiotowej ekspertyzy wynika, że znacznym obciążeniem dla stropów jest ściana działowa oraz warstwy posadzkowe i z uwagi na powyższe nie zaleca się zwiększania obciążenia urządzeniami i wyposażeniem ponad obecny stan. Co ważne, w trakcie wykonywania ekspertyzy w pomieszczeniach stały dwa urządzenia o wadze 360 kg/ jeden. Oznacza to, że obciążenie samą aparaturą wynosiło wówczas 720 kg. Jedynie na marginesie należy wskazać, że kalkulując obciążenie stropów aparaturą odwołującego się, gdzie deklarowana waga urządzeń to 640 kg, obciążenie stropu w tym samym miejscu będzie wynosiło co najmniej 1280 kg. Ponadto, należy dodać, że poza przedmiotowymi aparatami, w przedmiotowym pomieszczeniu muszą znaleźć się również

inne urządzenia czy nośniki służące do wykonywania badań, oraz meble czy inne elementy wyposażenia pomieszczenia, w którym wykonywane będą przez personel zamawiającego badania, a które mają swoją odpowiednią wagę. Wbrew pozorom zmiana jedynie sposobu posadowienia aparatu nie zmniejszy obciążenia stropu, które w tych warunkach będzie znacznie przekroczone, a dodatkowo utrudni pracę personelu zmniejszając ciągi komunikacyjne.

Dowód: ekspertyza techniczna dotycząca określenia nośności stropu w budynku Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa zlokalizowanego Rzeszowie przy ul. Wierzbowej 14 wykonana w lutym 2023 r. przez inż. E. W. nr upr. B-127/88

Przy tak znacznym obciążeniu stropu szczególnego znaczenia dla zamawiającego nabiera również dyspozycja S 42 Ustawy o BHP [Zmiany techniczne a ocena bezpieczeństwa i higieny pracy] zgodnie z którą Zmiany w procesie technologicznym, zmiany konstrukcyjne urządzeń technicznych oraz zmiany w sposobie użytkowania pomieszczeń powinny być poprzedzone oceną pod względem bezpieczeństwa i higieny pracy, w trybie ustalonym przez pracodawcę.

Powyższe oznacza, że wbrew temu co twierdzi odwołujący się, waga urządzeń może znacząco wpłynąć na bezpieczeństwo w budynku, który jest budynkiem użyteczności publicznej i w którym przebywają dawcy krwi oraz pracownicy zamawiającego.

Zamawiający w tym miejscu wyjaśnił i podkreślił jeszcze raz, że wprowadzając kryterium oceny jakim jest waga, kierował się również głównie koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa dla osób przebywających w budynku RCKiK. Ekspertyza wykonana przez niezależnego eksperta, bezpośrednio przed przystąpieniem do procedury przetargowej jest jak najbardziej rzetelna i obiektywna, której celem jest zabezpieczenie przed ryzykiem wystąpienia katastrofy budowlanej. Zapewnienie bezpieczeństwa dawców i pracowników jest bowiem nie tylko powinnością dla zamawiającego, ale należy do jego podstawowych obowiązków jako właściciela budynku, za który ponosi odpowiedzialność prawną.

Tymczasem z treści odwołania wynika, że odwołujący się nie widzi żadnej potrzeby przeprowadzania jakiegokolwiek zmiany w konstrukcji budynku zamawiającego, mimo że OPZ zawiera w tym przedmiocie szczególne wymogi. Nie wiadomo również, czy odwołujący się podjął jakiegokolwiek czynności mające na celu przedstawienie rozwiązania zwiększającego nośność stropu, w tym czy ma jakieś plany remontowe, które mogłyby zostać dołączone do oferty. To wszystko sprawia, że odwołanie w przedmiotowej sprawie nie może zostać uznane za uzasadnione.

Na marginesie zamawiający wskazał, że zupełnie chybione są również twierdzenia odwołującego się, jakoby zamawiający nie dążył do uzyskania najlepszych efektów zamówienia, lecz wyłącznie kierował się wyborem konkretnego dostawcy, tj. firmy Grifols, Nadmieniał, że obydwie podmioty chcące ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, mają doświadczenie we

współpracy z zamawiającym w tym przedmiocie, gdyż odwołujący się w latach 2009-2019 wykonywał badania biologii molekularnej swoją metodyką, z wykorzystaniem aparatury poprzedniej generacji, a aktualnie badania te wykonuje firma Grifols. Tym samym, zamawiający posiadając pewne doświadczenia we współpracy, zadbał o to, aby w przedmiotowym postępowaniu wzięły udział wszystkie zainteresowane podmioty, taktując je równorzędnie, a postawione kryteria oceny mają na celu nie tylko zapewnienie najlepszej jakości dostaw, ale uwzględniają przede wszystkim specyfikę potrzeb zamawiającego.

Odwołujący wniósł opozycję wobec przystąpienia wykonawcy Grifols wskazując, że wykonawca utożsamia swój interes z utrzymaniem dotychczasowego opisu przedmiotu zamówienia, podczas, gdy zarzuty dotyczą kryteriów oceny ofert.

Wykonawca Grifols podnosił, że opozycja powinna być oddalona, gdyż kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia, a więc interes w utrzymaniu dotychczasowych postanowień opisu przedmiotu zamówienia dotyczy również tych kryteriów.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentów zamówienia tj. SWZ oraz załącznika nr 1 do SWZ oraz ich zmian i modyfikacji.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła:

III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników do jednoczesnego wykrywania DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV w pulach osocza (pula składająca się maksymalnie z 6 donacji) dla ok. 240 000 donacji metodą całkowicie automatyczną wraz z wymaganymi kontrola-mi/kalibratorami i niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi oraz dzierżawa kompletu aparatury wraz z całkowitym niezbędnym dla metodyki oprzyrządowaniem oraz z podłączeniem tej aparatury do posiadanego przez zamawiającego systemu komputerowego na okres 36 miesięcy.
2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1 do SWZ- Opis przedmiotu zamówienia.
3. Zamawiający dopuszcza odbycie wizji lokalnej na wniosek Wykonawcy w celu zapoznania się z rozkładem pomieszczeń laboratoryjnych, w których Wykonawca zainstaluje aparaturę do automatycznego wykonywania badań seryjnych, pojedynczych. Odbycie wizji lokalnej jest nieobowiązkowe i nie skutkuje odrzuceniem oferty w myśl art. 226 ust. 1 pkt 18 ustawy Ustawy.

Załącznik nr 1 do SWZ- Opis przedmiotu zamówienia

3. Proponowane wymagania dotyczące urządzeń i oprogramowania
3. 8. Wymiary pomieszczeń w których zamawiający przewiduje zainstalowanie urządzeń Wynoszą:

Pomieszczenie nr 1: szer.270 cm, dł.425 cm

Pomieszczenie nr 2 : szer.275 cm, dł.425 cm

- 3.8.1. Wykonawca uwzględni powierzchnię roboczą niezbędną do przygotowania próbek i wykonania badań oraz ciągów komunikacyjnych nie węższą niż 1,5 m.

3.8.2. Zamawiający:

Dopuszcza przeprowadzenie wizji lokalnej na wniosek Wykonawcy

Nie dopuszcza żadnych przeróbek budowlanych ani prac remontowych w siedzibie zamawiającego

3.9. Dopuszczalna waga jednego analizatora 400 kg.

3.12. Wykonawca zapewni i pokryje koszty transportu i wykonania badań próbek w innym ośrodku w przypadku awarii lub innych nieprzewidzianych okoliczności uniemożliwiających wykonanie badań w siedzibie Zamawiającego.

3.16. Wykonawca przy uwzględnieniu specyfikacji budynku dostarczy, zainstaluje, uruchomi i wykona kwalifikację instalacyjną i operacyjną całości dostarczonej aparatury w terminie do 21 dni od dnia podpisania umowy. Oznaczy punkty krytyczne kwalifikacji i sprawdzi poprawność działania urządzeń w odniesieniu do tych punktów. Należy przedstawić protokoły kwalifikacji z opisem celu, sposobu jego realizacji oraz stwierdzeniem czy cel został osiągnięty. Do protokołu kwalifikacji należy dołączyć protokoły walidacji czytników kodów kreskowych oraz kopie certyfikatu walidacji lub wzorcowania urządzenia w przypadku zastosowania zewnętrznych urządzeń pomiarowych. Wykonawca będzie czynnie uczestniczył w kwalifikacji procesowej urządzeń (wykonanie badań paneli z IHiT w celu uzyskania certyfikatu uprawniającego do wykonywania badań przeglądowych dawców).

3.17. Wykonawca zapewni szkolenie personelu wykonującego badania w zakresie obsługi urządzeń, techniki wykonywania badań w terminie 7 dni od zamontowania wszystkich urządzeń, a w razie konieczności zapewni pomoc techniczną i merytoryczną. Szkolenie należy przeprowadzić w języku polskim w siedzibie Zamawiającego. Po zakończeniu szkolenia personel otrzyma imienne certyfikaty.

Załącznik Nr 6– Wzór umowy

Obowiązki Wykonawcy § 2

10. Wykonawca przy uwzględnieniu specyfikacji budynku dostarczy, zainstaluje, uruchomi i wykona kwalifikację instalacyjną i operacyjną całości dostarczonej aparatury w terminie do 21 dni od dnia podpisania umowy. Oznaczy punkty krytyczne kwalifikacji i sprawdzi poprawność działania urządzeń w odniesieniu do tych punktów. Należy przedstawić protokoły kwalifikacji z opisem celu, sposobu jego realizacji oraz stwierdzeniem czy cel został osiągnięty.

Do protokołu kwalifikacji należy dołączyć protokoły walidacji czytników kodów kreskowych oraz kopie certyfikatu walidacji lub wzorcowania urządzenia w przypadku zastosowania zewnętrznych urządzeń pomiarowych. Wykonawca będzie czynnie uczestniczył w kwalifikacji procesowej urządzeń (wykonanie badań paneli z IHiT w celu uzyskania certyfikatu uprawniającego do wykonywania badań przeglądowych dawców).

11. Wykonawca zapewni szkolenie personelu wykonującego badania w zakresie obsługi urządzeń, techniki wykonywania badań w terminie 7 dni od zamontowania wszystkich urządzeń, a w razie konieczności zapewni pomoc techniczną i merytoryczną. Szkolenie należy przeprowadzić w języku polskim w siedzibie Zamawiającego. Po zakończeniu szkolenia personel otrzyma imienne certyfikaty.

Załącznik nr 1 do umowy

2. Obowiązki Wykonawcy dotyczące urządzeń i oprogramowania nie wymienione w treści umowy:

2.1. Wykonawca wydzierżawi Zamawiającemu automatyczny komplet aparatury, tj. dwa równoważne aparaty (główny i back-up) wraz z niezbędnymi urządzeniami peryferyjnymi (komputery, drukarki, skanery, stacje wodne lub inne urządzenia niezbędne do wykonania badań na danym komplecie), wykonujące procedurę każdego badania bez konieczności ingerencji operatora w poszczególne etapy badania od momentu załadowania próbek/pul do urządzeń do uzyskania wyników oraz podłączy tą aparaturę do posiadanego przez Zamawiającego systemu komputerowego.

2.2. Wykonawca wydzierżawi urządzenia fabrycznie nowe z podaniem roku produkcji lub używane, jednak nie starsze niż wyprodukowane w 2019 r.

2.3. Urządzenia muszą umożliwić jednoczesne wykrywanie RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV i zwolnienia 250-300 donacji dziennie w regulaminowym czasie pracy (7.00-14.35). Zamawiający docelowo chce zwolnić ostatnią donację badaną w danym dniu do godz. 14.00.

Zamawiający w dniu 31.03.2023 r. dokonał zmian w treści SWZ przez wprowadzenie pkt. 3.9:

SWZ po modyfikacji z dnia 31 marca 2023 r.

XV. KRYTERIA WYBORU OFERTY I ICH ZNACZENIE ORAZ SPOSÓB OCENY.

1) formalnym tj. spełnienia warunków podanych w SWZ (wymagane dokumenty)

2) merytorycznym tj. wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z poniżej podanymi kryteriami.

2. Przy wyborze oferty Zamawiający będzie kierował się następującymi kryteriami:

1) Cena - 60 %

2) Waga analizatora 400 kg- 20%

3) Odczynniki, kalibratory/kontrole gotowe do użycia — 5 %

4) Enzymatyczne zabezpieczenie przed kontaminacją — 5 %

5) Automatyczny system dopuszczony do badań w publicznych jednostkach służby krwi u dawców krwi (opinia IHiT w Warszawie) — należy załączyć odpowiedni dokument do oferty — 10 %

Sposób obliczania kryteriów

Ad.2.2. Waga analizatora 400 kg- 20 pkt

TAK - 20 pkt

NIE - 0 pkt

Załącznik nr 1 do SWZ- Opis przedmiotu zamówienia

2. Proponowane wymagania dotyczące odczynników

2.1. Oferowane odczynniki muszą umożliwić jednoczesne wykrywanie RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV i zwolnienia 250-300 donacji dziennie w regulaminowym czasie pracy (7.0014.35). Zamawiający docelowo chce zwolnić ostatnią donację badaną w danym dniu do godz. 14.00.

2.22. Wykonawca zapewni i pokryje koszt transportu i wykonania badań w innym ośrodku na czas instalacji i walidacji urządzeń (jeśli będzie to konieczne), na czas szkolenia personelu i wykonania badań koniecznych do uzyskania z IHiT odpowiedniego zaświadczenia uprawniającego do wykonywania badań. Czas od przekazania próbek do uzyskania wyników nie może przekroczyć 24 godzin. Zamawiający otrzyma wyniki badań w formie papierowej i elektronicznej w standardzie pozwalającym wprowadzenie ich do systemu Bank Krewi. Odpowiedzialność za przeprowadzenie walidacji transmisji wyników badań ponosi Wykonawca.

3. Proponowane wymagania dotyczące urządzeń i oprogramowania

3.1. Pod pojęciem automatycznego kompletu aparatury Zamawiający rozumie dwa równoważne aparaty (główny i back-up) wraz z niezbędnymi urządzeniami peryferyjnymi (komputery, drukarki, skanery, stacje wodne lub inne urządzenia niezbędne do wykonania badań na danym komplecie), wykonujące procedurę każdego badania bez konieczności ingerencji operatora w poszczególne etapy badania od momentu załadowania próbek/pul do urządzeń do uzyskania wyników. Zamawiający dopuszcza manualne odkręcanie i zakręcanie probówek i przeniesienie statywów z pulowania do automatycznej izolacji.

3.2. Wykonawca wydzierżawi Zamawiającemu dwa równoważne automatyczne analizatory diagnostyczne z całkowitym oprzyrządowaniem oraz podłączy tę aparaturę do posiadanego przez Zamawiającego systemu komputerowego.

3.3. Wykonawca zaoferuje urządzenia nowe lub używane jednak nie starsze niż z 2019 r.

3.4. Oferowane urządzenia muszą umożliwić jednoczesne wykrywanie RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV i zwolnienia 250-300 donacji dziennie w regulaminowym czasie pracy

3. 8.Wymiary pomieszczeń w których zamawiający przewiduje zainstalowanie urządzeń

wynoszą:

Pomieszczenie nr 1: szer.270 cm, dł.425 cm

Pomieszczenie nr 2 : szer.275 cm, dł.425 cm

3.8. 1.Wykonawca uwzględni powierzchnię roboczą niezbędną do przygotowania próbek i wykonania badań oraz ciągów komunikacyjnych nie węższą niż 1 m.

3.8.2. Zamawiający:

Dopuszcza przeprowadzenie wizji lokalnej na wniosek Wykonawcy;

Dopuszcza niezbędne prace remontowe wraz z pracami wykończeniowymi dopasowanymi do standardów laboratorium, z nienaruszeniem części konstrukcyjnej budynku, ograniczającymi się do rozbiórki ściany działowej pomiędzy pomieszczeniami pracowni ujętymi w OPZ jako Nr 1 i Nr 2. Ewentualne zmiany i plany remontowe muszą zostać przedstawione zamawiającemu i być dołączone do oferty. Organizacja oraz koszty ewentualnych przeróbek pomieszczeń pozostaje po stronie wykonawcy. Na czas prac remontowych i kwalifikacji nowych aparatów do momentu uzyskania pozwolenia IHiT uprawniającego do wykonywania badań przeglądowych dawców techniką biologii molekularnej, wykonawca zobowiązany będzie do zapewnienia wykonywania badań wraz z transportem próbek oraz transmisją wyników badań biologii molekularnej w innym RCKiK na koszt wykonawcy. Wyniki badań muszą być przesłane do RCKiK w Rzeszowie w czasie niezaburzającym normalnego trybu pracy tj. następnego dnia po donacji do godz. 13:00.

3.9. Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania analizatora, którego masa wraz z maksymalnym dopuszczalnym ładunkiem przekroczy 400 kg, ale nie przekroczy 650 kg pod warunkiem zaproponowania w ofercie rozwiązania zwiększającego nośność stropu zgodnie z przedstawioną przez zamawiającego ekspertyzą techniczną dotyczącą określenia nośności stropu w budynku RCKiK w Rzeszowie.

3.12. Wykonawca zapewni i pokryje koszty transportu i wykonania badań próbek w innym ośrodku w przypadku awarii lub innych nieprzewidzianych okoliczności uniemożliwiających wykonanie badań w siedzibie Zamawiającego.

3.16. Wykonawca przy uwzględnieniu specyfiki budynku dostarczy, zainstaluje, uruchomi i wykona kwalifikację instalacyjną i operacyjną całości dostarczonej aparatury w terminie do 21 dni od dnia podpisania umowy. Oznaczy punkty krytyczne kwalifikacji i sprawdzi poprawność działania urządzeń w odniesieniu do tych punktów. Należy przedstawić protokoły kwalifikacji z opisem celu, sposobu jego realizacji oraz stwierdzeniem czy cel został osiągnięty. Do protokołu kwalifikacji należy dołączyć protokoły walidacji czytników kodów kreskowych oraz kopie certyfikatu walidacji lub wzorcowania urządzenia w przypadku zastosowania zewnętrznych urządzeń pomiarowych. Wykonawca będzie czynnie uczestniczył w kwalifikacji procesowej urządzeń (wykonanie badań paneli z IHiT w celu uzyskania certyfikatu uprawniającego do wykonywania badań przeglądowych dawców).

3.17. Wykonawca zapewni szkolenie personelu wykonującego badania w zakresie obsługi urządzeń, techniki wykonywania badań w terminie 7 dni od zamontowania wszystkich urządzeń, a w razie konieczności zapewni pomoc techniczną i merytoryczną. Szkolenie należy przeprowadzić w języku polskim w siedzibie Zamawiającego. Po zakończeniu szkolenia personel otrzyma imienne certyfikaty.

Załącznik nr 6 - wzór umowy

Obowiązki Wykonawcy § 2

10. Wykonawca przy uwzględnieniu specyfiki budynku dostarczy, zainstaluje, uruchomi i wykona kwalifikację instalacyjną i operacyjną całości dostarczonej aparatury w terminie do 21 dni od dnia podpisania umowy. Oznaczy punkty krytyczne kwalifikacji i sprawdzi poprawność działania urządzeń w odniesieniu do tych punktów. Należy przedstawić protokoły kwalifikacji z opisem celu, sposobu jego realizacji oraz stwierdzeniem czy cel został osiągnięty. Do protokołu kwalifikacji należy dołączyć protokoły walidacji czytników kodów kreskowych oraz kopie certyfikatu walidacji lub wzorcowania urządzenia w przypadku zastosowania zewnętrznych urządzeń pomiarowych. Wykonawca będzie czynnie uczestniczył w kwalifikacji procesowej urządzeń (wykonanie badań paneli z IHiT w celu uzyskania certyfikatu uprawniającego do wykonywania badań przeglądowych dawców).

11. Wykonawca zapewni szkolenie personelu wykonującego badania w zakresie obsługi urządzeń, techniki wykonywania badań w terminie 7 dni od zamontowania wszystkich urządzeń, a w razie konieczności zapewni pomoc techniczną i merytoryczną. Szkolenie należy przeprowadzić w języku polskim w siedzibie Zamawiającego. Po zakończeniu szkolenia personel otrzyma imienne certyfikaty.

Załącznik nr 1 do umowy

1. Obowiązki Wykonawcy dotyczące odczynników nie wymienione w treści umowy:

1.9. Wykonawca zapewni i pokryje koszt transportu i wykonania badań w innym ośrodku na czas instalacji i walidacji urządzeń (jeśli będzie to konieczne), na czas szkolenia personelu i wykonania badań koniecznych do uzyskania z IHiT odpowiedniego zaświadczenia uprawniającego do wykonywania badań. Czas od przekazania próbek do uzyskania wyników nie może przekroczyć 24 godzin. Zamawiający otrzyma wyniki badań w formie papierowej

i elektronicznej w standardzie pozwalającym wprowadzenie ich do systemu Bank Krwi. Odpowiedzialność za przeprowadzenie walidacji transmisji wyników badań ponosi Wykonawca.

2. Obowiązki Wykonawcy dotyczące urządzeń i oprogramowania nie wymienione w treści umowy:

2.2. Wykonawca wydzierżawi urządzenia fabrycznie nowe z podaniem roku produkcji lub używane, jednak nie starsze niż wyprodukowane w 2019 r.

2.3. Urządzenia muszą umożliwić jednoczesne wykrywanie RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV i zwolnienia 250-300 donacji dziennie w regulaminowym czasie pracy (7.00-14.35). Zamawiający docelowo chce zwolnić

ostatnią donację badaną w danym dniu do godz. 14.00. Analogiczna zmiana co do opisu kryteriów oceny ofert została opublikowana w dniu 31.03.2023 r. w ogłoszeniu o zamówieniu w sekcji II.2.5 pierwotnego ogłoszenia.

Ze złożonej przez zamawiającego ekspertyzy inż. T. W. upr. Nr B-127/88 wynika, że:

- rzut I piętra wykonano z uwzględnieniem istniejącej i projektowanej lokalizacji urządzeń, -stropy wykonano z płyt o szer. 15- cm, 120 i 90 cm długości 600cm. Badany strop z płyt kanałowych obciążony w środku rozpiętości ścianką działową murowaną oraz aparaturą pomiarową, ściankami działowymi typu lekkiego oraz wyposażeniem biurowym,
- nośność stropu z płyt kanałowych dla wariantu obciążenia katalogowego $p=450\text{kg/m}^2$,
- całkowite obciążenie ścianą działową $G 11,93\text{ kN}$,
- obciążenie istniejącym urządzeniem zlokalizowanym w odległości 1,0 m od ściany $4,2\text{ kN}$.
- moment w stanie granicznej nośności jest przekroczony o 10% Wnioski

obliczenia wytrzymałościowe wykonano z uwzględnieniem obciążenia stropu w stanie istniejącym (obciążenie warstwami posadzki i ścianką działową w środku rozpiętości płyt oraz istniejącymi urządzeniami pomiarowymi), a także obciążenia zmiennego technologicznego (np. wyposażenie meblowe, ruch osób), $p_k=1.00\text{ kN/m}^3$ z uwagi na ujęcie już w obliczeniach ciężaru urządzeń analitycznych). Dla takiej wartości obliczeń nośność stropu jest nieznacznie przekroczona. W związku z powyższym ostatecznie przyjęto wartość powyższego zmiennego obciążenia technologicznego na poziomie $p_k=0,7\text{ kN/m}^3$, która w przybliżeniu odwzorowuje obecny poziom tego obciążenia w badanych pomieszczeniach. Obecna sytuacja nie stanowi zagrożenia dla bezpieczeństwa budynku i użytkowników i nie wymaga żadnych działań dodatkowych w kierunku zwiększenia nośności stropu. Znaczne obciążenie ścianą działową oraz warstwami posadzkowymi, ogranicza wielkość dodatkowego obciążenia zmiennego technologicznego stropu. Z uwagi na powyższe nie zaleca się zwiększenia obciążenia urządzeniami i wyposażeniem ponad obecny stan. Na drzwiach pomieszczenia należy umieścić tabliczkę z informacją o nośności stropu. W ramach wykonywania rocznego przeglądu budowlanego należy szczególnie zwracać uwagę na stan techniczny stropów szczególnie pod omawianym pomieszczeniem.

Urządzenie firmy Altona Diagnostics – AltoStar – waga około 140 kg, brak informacji, co do przeznaczenia urządzenia

Urządzenie Versnat kPCR Molwecular System – Siemens Healthineers Polska waga 155 kg, brak informacji, co do przeznaczenia urządzenia

Wydruki urządzeń w pliku wydruków Systems on the market przedstawiają urządzenia Roche, Grifols, Altona Diagnostics, Siemens, GFE Blut bez informacji o ich wadze i przeznaczeniu.

Z oferty tb.invest wynika, że oferta tej firmy obejmuje generalne wykonawstwo budynków użyteczności publicznej, budownictwa komercyjnego, przemysłowego, mieszkaniowego oraz obiektów sportowych.

Z korespondencji e-mail pomiędzy A. R. z Roche, a K. A. z tb.invest wynika, że tb.invest planuje wykonanie ekspertyzy, wykonanie obliczeń i przedstawienie 2 alternatywnych rozwiązań dotyczących zwiększenia nośności stropu. Jedną metodą, mniej inwazyjną to wykonanie wzmocnień posadzki w pomieszczeniu poniżej laboratorium, drugą bardziej inwazyjną, to wykonanie wzmocnień posadzki bezpośrednio w pomieszczeniu. Obie metody zostaną przedstawione w projekcie do wyboru przez inwestora. Na prośbę o określenie kosztów prac przy rozwiązaniu wzmocnienia stropu taśmami, to wszystko zależy od tego jakiej długości będą taśmy i ile będzie warstw. Nie wiadomo czy konieczne jest wzmocnienie stropu w jednym czy w dwóch pomieszczeniach. Najniższą cenę jaką można przyjąć to około 28-30 tys. przy założeniu, że będą 3 warstwy. Przy czym zastrzeżono, żeby te szacunki traktować jako mocne wstępne wytyczne.

Izba zważyła, co następuje:

Izba postanowiła uwzględnić opozycję odwołującego. Wskazując na to, że art. 525 ust. 1 ustawy jako jeden z warunków dopuszczalności przystąpienia przywidyuje interes w rozstrzygnięciu korzystnym dla Zamawiającego. Warunkiem skutecznego zgłoszenia przystąpienia jest wskazanie tego interesu w treści przystąpienia.

Jak wynika ze złożonej przez Zamawiającego odpowiedzi na odwołanie sam Zamawiający uznaje rozwiązania obu firm pod względem najlepszej jakości wykonywanych badań za porównywalne i uważa, że rozwiązania oferowane przez obie firmy pozwalają każdą z nich uznać za zdolną do wykonania zamówienia. Niesporne jest w ocenie Izby, że przedmiotem odwołania jest waga urządzenia. Przy czym co do urządzenia przystępującego nie ma oświadczenia, co do jakichkolwiek trudności związanych z pełnieniem kryteriów oceny ofert. Przeciwnie przystępujący oświadczył dzisiaj, że uzyskałby w tym kryterium punkty. Natomiast odwołanie zmierza do usunięcia tego kryterium i spowodowania sytuacji, w której żadna z firm nie uzyska punktów w tym kryterium. Co oznacza, że będą musiały konkurować ceną i innymi niż waga kryteriami jakościowymi, a ta okoliczność w ogóle nie została wskazana w przystąpieniu, jako uzasadniająca interes przystępującego. Przystępujący poprzestał wyłącznie na stwierdzeniu, że ma interes w utrzymaniu OPZ. Natomiast ustawodawca oczekuje

je od przystępującego wyjaśnienia skonkretyzowanego do zarzutów odwołania, czemu przystępujący nie sprostał.

Izba postanowiła nie dopuścić uczestnika postępowania.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 528 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 i 3 ustawy w zw. z art. 137 ust. 1 ustawy przez dokonanie zmian w Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu i wprowadzenie kryterium oceny ofert „Waga analizatora 400 kg – 20%”, które jest nieproporcjonalne do celu zamówienia i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy przez określenie sposobu oceny ofert i przyznawania punktów w kryterium „Waga analizatora 400 kg – 20%” w sposób nie zapewniający najlepszej jakości dostaw oraz uzyskania najlepszych efektów zamówienia w stosunku do poniesionych nakładów

Zarzuty Izba postanowiła rozpoznać łącznie. Zarzuty zasługują na uwzględnienie. Przepis art. 16 ust. 1 i 3 statuuje zasady postępowania o udzielenie zamówienia to jest zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności. Natomiast przepis art. 17 ust. 1 ustawy wskazuje, że zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
- 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Wprawdzie odwołujący nie powołał art. 240 ust. 2 ustawy jednak przepis ten określa jak powyższe zasady powinny być wykładane w odniesieniu do kryteriów oceny ofert i kiedy kryterium jest dopuszczalne, a Izba jest władna dokonać samodzielnie subsumpcji opisanego w odwołaniu stanu faktycznego (składającego się na podniesiony zarzut) pod właściwą normę prawną. Zgodnie z tym przepisem kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Z brzmienia tego przepisu wprost wynika, że zamawiający nie ma nieograniczonej swobody wyboru oferty najkorzystniejszej. Już z orzecznictwa TSUE wypraco-

wanego w oparciu o dyrektywy 2004/18/WE i 2004/17/WE wynikają fundamentalne zasady przestrzegane przy określaniu kryteriów służących identyfikacji oferty najkorzystniejszej ekonomicznie:

W pierwszej kolejności muszą spełniać 4 warunki:

- kryterium musi być związane z przedmiotem zamówienia,
- przesłanki wyboru muszą być obiektywne,
- kryteria muszą być podane do wiadomości na początku postępowania,
- kryteria muszą być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego

Ponadto w sprawach C-448/01 i C-247/02 TSUE dodał jeszcze inne warunki dotyczące wyboru kryteriów oceny ofert:

- zamawiający ma swobodę (acz nie nieograniczoną) doboru kryteriów oceny ofert,

przy czym nie jest to dowolność wyboru kryterium, ale możliwość zastosowania innych kryteriów niż wskazane w dyrektywie, bo zamawiający nie jest związany przykładami zamieszczonymi w dyrektywie;

- przyjęte kryteria mają gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielenia zamówienia;
- kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (towarów);
- przyjęte przez zamawiającego kryteria nie muszą koniecznie odnosić się wyłącznie do bezpośrednio ekonomicznie wymiernych (finansowych) aspektów ofert, pod warunkiem jednak, że:
 - są związane z przedmiotem zamówienia,
 - nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (nie zakładają arbitralnego wyboru),
 - są wskazane w dokumentacji przetargowej i w ogłoszeniu o przetargu,
 - są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji;
- zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów;

- odnośnie do każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej), w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie, inaczej mówiąc: odnośnie do każdego wprowadzonego kryterium zamawiający musi być w stanie i musi mieć zamiar sprawdzać, na ile poszczególne oferty rzeczywiście spełniają wymagania, do których odnosi się dane kryterium (na ile są wiarygodne pod tym względem);
- każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy poprawnie/należycie poinformowany oferent (ang. reasonable well informed tenderer), który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób;
- każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia (być z nim związane);
- kryteria oceny ofert nie podlegają zmianie w toku postępowania, przez cały czas trwania procedury powinny być interpretowane przez zamawiającego w jednakowy sposób;
- jeżeli w toku procedury odwoławczej któreś z kryteriów zostaje uchylone jako bezprawne, to złożone oferty nie mogą być oceniane tylko pod względem pozostałych kryteriów i całość procedury musi zostać unieważniona.

Przepis art. 241 ust. 2 ustawy określa, kiedy istnieje związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia, czyli wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Z kolei art. 242 ust. 2 pkt 1 in fine zezwala jako jakościowe kryterium traktować kryterium odnoszące się do uzasadnionych potrzeb użytkownika.

Wydawać mogłoby się zatem, że zamawiający może określić jako kryterium jakościowe wymaganie, aby przyjęcie danej oferty nie powodowało po stronie zamawiającego konieczności akceptacji uciążliwości i niedogodności związanych z koniecznością przeprowadzenia remontu. Niewątpliwie remont wzmacniający nośność jest bowiem elementem sposobu dostawy dzierżawionych urządzeń, których ciężar przekracza ciężar preferowany przez zamawiającego. Jednak ocena czy kryterium jest zgodne z ustawą musi być dokonana wszechstronnie, w tym z uwzględnieniem zakazu ograniczania konkurencji i wprowadzania nieuzasadnionych preferencji dla określonych dostawców. W ocenie Izby zamawiający konsekwentnie ten aspekt pomija lub go marginalizuje patrząc wyłącznie przez pryzmat już wykonanych remontów, obawy o długotrwałość remontu, czy związane z nim niedogodności. Podczas, gdy okoliczności te muszą być ocenione przez pryzmat naczelnego zasady Prawa zamówień publicznych jaką jest konkurencyjność postępowania. W tym miejscu warto powołać stanowisko Sądu Okręgowego w Krakowie z wyroku z 27 czerwca 2012 r. (sygn. akt XII Ga 152/12), zgodnie z którym zakazane są takie kryteria oceny ofert, które wprawdzie nie bezpośrednio, lecz pośrednio i potencjalnie mogą wpłynąć na ograniczenie konkurencji. Sąd podkreślił, że dyskryminacja wykonawców może przybrać różną formę, także sprecyzowania kryteriów oceny ofert w sposób typujący jednego z nich na faworyta przetargu. Kryteria po-

winny być więc skonstruowane tak, aby z obiektywnego punktu widzenia każdy z wykonawców miał możliwość podjęcia realnej próby spełnienia maksymalnie punktowanych kryteriów. W szczególności ta ostatnia reguła interpretacyjna Sądu Okręgowego w Krakowie w tym postępowaniu nie została przez zamawiającego zachowana, bowiem z jednej strony zamawiający uważa za ograniczające konkurencyjność postępowania wymaganie graniczne wagi urządzenia nieprzekraczającej 400kg i usuwa z własnej inicjatywy to wymaganie, a z drugiej wprowadza kryterium Wagi analizatora, w której premiuje urządzenia o wadze do 400 kg, któremu nadaje znaczenie dużo silniejsze niż dla któregośkolwiek z pozostałych kryteriów jakościowych. Te pozostałe kryteria jakościowe wprost odnoszą się do jakości świadczonych dostaw odczynników, a nie do dzierżawy urządzeń, która jest jedynie elementem pomocniczym świadczenia głównego, choć oczywiście niezbędnym dla prawidłowej realizacji świadczenia głównego.

Z jednej strony zatem zamawiający dopuszcza możliwość złożenia oferty na urządzenie cięższe, ale pod warunkiem przeprowadzenia na koszt wykonawcy remontu i to w konkretny sposób – przez wyburzenie ściany działowej (pkt. 3.8.2 i 3.9). Taki sposób świadczenia usług w zakresie samej dzierżawy urządzeń już powoduje, że w zakres tego świadczenia trzeba uwzględnić koszt remontu, a więc zwiększyć cenę. Zamawiający nie pozostawia sposobu zwiększenia nośności stropu wykonawcy, a więc nie pozwala mu też ocenić oszczędności metody wykonania. Izba uznała za wiarygodny dowód odwołującego z korespondencji elektronicznej wskazujący na możliwość wzmocnienia nośności stropów nie tylko przez wyburzenie ściany działowej, ale przez zastosowanie taśm węglowych. Uwzględnienie kosztów remontu powoduje, że wykonawca chcąc złożyć ofertę konkurencyjną musi być jednocześnie korzystniejszy cenowo co do ceny czynszu dzierżawnego i kosztu dostawy odczynników, żeby zniwelować przewagę wykonawcy oferującego urządzenia lżejsze. Dodatkowo do tego mimo już zarysowanej przewagi dostawcy urządzenia lżejszego zamawiający jeszcze je premiuje punktacją o wadze 20%. Połączenie tych dwóch elementów powoduje, że z obiektywnego punktu widzenia nie każdy z wykonawców będzie miał możliwość podjęcia realnej próby spełnienia maksymalnie punktowanych kryteriów. Izba wskazuje, że z przedłożonej ekspertyzy wynika, że to nie waga urządzeń jest najistotniejszym obciążeniem dla stropu, ale ciężar ściany działowej (vide wniosek opinii: Znaczne obciążenie ścianą działową oraz warstwami posadzkowymi, ogranicza wielkość dodatkowego obciążenia zmiennego technologicznego stropu.), której usunięcie spowoduje, że urządzenia nawet dwa razy cięższe od obecnie eksploatowanych nie będą zagrożeniem dla nośności stropu (vide ustalenia ekspertyzy: - całkowite obciążenie ścianą działową G 11,93 kN, - obciążenie istniejącym urządzeniem zlokalizowanym w odległości 1,0 m od ściany 4,2 kN).

Oczywiście kryteria oceny oferty służą zawężeniu kręgu podmiotów zdolnych do realizacji zamówienia, do tych które zrobią to najlepiej, najekonomiczniej, najefektywniej, jednak usta-

nowienie kryterium, które uniemożliwia złożenie konkurencyjnej oferty wykonawcy zdolnemu do wykonania zamówienia musi przynosić wymierne korzyści zamawiającemu, znajdujące odzwierciedlenie w jego uzasadnionych potrzebach. W tym kontekście Izba zwraca uwagę na następujące okoliczności: Sam zamawiający zmieniając SWZ na skutek odwołania w sprawie KIO 698/23 przyznał, że określenie parametru granicznego – wagi urządzenia nie większej niż 400 kg może ograniczać konkurencyjność postępowania. To zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania urządzeń cięższych pod warunkiem wzmocnienia nośności stropów w drodze remontu przez wyburzenie ściany działowej (pkt. 3.8.2 i 3.9 SWZ). W toku postępowania zamawiający nie obalił tezy odwołującego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia może wziąć udział tylko odwołujący i wykonawca Grifols. Złożone bowiem przez zamawiającego dowody wprawdzie wskazują, na jakieś dwa urządzenia firmy Altona i Siemens, które mogłyby spełniać kryterium wagi, ale z dowodów tych nie wynika, że urządzenia te mogłyby być w ogóle zaoferowane w tym postępowaniu w świetle wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia – załącznik nr 1 do SWZ. Grifols na etapie posiedzenia uzasadniając interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla zamawiającego potwierdził, że uzyskałby punkty w kryterium Waga analizatora, co potwierdza i w braku dowodów przeciwnych pozwala na uznanie za wiarygodne oświadczeń odwołującego, że przy kryterium Waga analizatora o ciężarze 20% realnie konkurencyjną ofertę w tym postępowaniu może złożyć wyłącznie Grifols.

Podnoszone przez zamawiającego argumenty o potrzebie nieprzerwanych analiz, ryzyku związanym z wysyłką próbek do innego RCKiKu, sam zamawiający podważył we własnej SWZ, gdyż przewidział na okres walidacji urządzeń pierwotnej i okresowej, okres szkoleń, ale także awarii i innych nieprzewidywanych zdarzeń możliwość przeprowadzania badań poza swoją placówką na koszt i ryzyko wykonawcy. Zatem te ryzyka były znane zamawiającemu już przed dopuszczeniem możliwości zaoferowania dostawy analizatora wraz z remontem. Również argument o znacznym obciążeniu innych RCKiK próbkami zamawiającego, które przede wszystkim w piątce mogą osiągać ilość 500 próbek, traci na znaczeniu, skoro zamawiający godzi się z taką sytuacją w przypadku walidacji, szkoleń, awarii i innych nieprzewidywalnych zdarzeń.

Co do kwestii nieekonomiczności ponownego prowadzenia remontu w pomieszczeniach wyremontowanych w 2022 r., to zamawiający w pkt. 3.8.2. ograniczył możliwość wzmocnienia nośności stropów wyłącznie przez wyburzenie ściany działowej, zatem ciągi komunikacyjne, czy pomieszczenia dla dawców zlokalizowane poniżej pomieszczeń laboratoryjnych nie będą podlegały remontowi.

Z kolei uciążliwość remontu mogła być przez zamawiającego wyeliminowana przez zakreślenie maksymalnego terminu przeprowadzenia tego remontu, nakazanie jego prowadzenia w godzinach nie utrudniających pracy placówki, czy w zakładanym przez zamawiającego

okresie walidacji pierwotnej urządzeń, na którą przewidział zamawiający 21 dni, a oświadczeń zamawiającego na rozprawie wynika, że IHiT w Warszawie zwykle przeprowadza ją w tydzień. Dla uniknięcia ryzyka opóźnień zamawiający mógł nałożyć odpowiednie kary umowne w celu działania prewencyjnego.

Za niewiarygodne Izba uznała oświadczenie zamawiającego, że przez okres około tygodnia przy wymianie urządzeń, zamawiający wymaga jednoczesnej pracy dotychczasowych i nowo dostarczanych urządzeń w celu zagwarantowania porównywalności wyników analiz. Przede wszystkim to twierdzenie nie ma oparcia w postanowieniach SWZ, a nadto umieszczenie 4 urządzeń, nawet wszystkich o wadze urządzeń dotychczas posiadanych przez zamawiającego tj. o wadze 360 kg sztuka, bowiem wówczas łączny ciężar urządzeń wynosiłby 1440 kg bez niezbędnego remontu dla wzmocnienia nośności. Zamawiający sam obawiał się ciężaru 1280 kg, trudno więc założyć, że racjonalnie rozumując dopuściłby do tak znaczących przekroczeń nośności.

Co więcej obecnie przez kształt pomieszczeń (ściana działowa) zamawiający jest ograniczony w swobodnym doborze urządzeń, podczas gdy dopuszczenie oferty oferującej wprawdzie cięższe urządzenia, ale i remont w postaci usunięcia ściany działowej, powoduje, że po upływie 36 miesięcznej dzierżawy urządzeń zamawiający będzie miał większą swobodę w doborze urządzeń analitycznych.

Mając to wszystko na uwadze Izba uznała, że zamawiający nie wykazał, że projektowane kryterium oceny ofert służy zaspokojeniu jego uzasadnionych potrzeb, ani nie obalił tezy odwołującego, że to kryterium nie stanowi pośredniej dyskryminacji wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Zdolność tę sam zamawiający przyznał w odpowiedzi na odwołania, stwierdzając, że obie oferty spełniają jego graniczne wymagania jakościowe opisane w SWZ. Mając to na uwadze Izba uwzględniła odwołanie nakazując zamawiającemu usunięcie kryterium Waga analizatora z ogłoszenia o zamówieniu i SWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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) na podstawie par. 7 ust. 1 pkt 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczanego wpisu odwołującego, nadto na podstawie par. 5 ust. 2 w związku z par. 7 ust. 1 pkt. 1 Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczanego wpisu, wydatków pełnomocnika w kwocie 3 600zł. zgodnie ze złożoną fakturą ograniczając zwrot do maksymalnej kwoty dopuszczonej przez rozporządzenie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

