

WYROK

Warszawa, dnia 22 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2024 r. przez wykonawcę DIAGMED G.K. z siedzibą w Raszynie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. F.C. w Rzeszowie przy udziale wykonawcy Sysmex Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie naruszenia art. 16, art. 223 ust. 1 oraz art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazać zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 5 postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części, zgodnie z wytycznymi zawartymi w uzasadnieniu orzeczenia;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę DIAGMED G.K. z siedzibą w Raszynie w części 1/3 i zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. F.C. w Rzeszowie w części 2/3, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DIAGMED G.K. z siedzibą w Raszynie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 075 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę DIAGMED G.K. z siedzibą w Raszynie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. F.C. w Rzeszowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. F.C. w Rzeszowie rzecz wykonawcy DIAGMED G.K. z siedzibą w Raszynie kwotę 14 450 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy czterysta pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika w części, w jakiej odpowiada za wynik postępowania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Uzasadnienie

Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. F.C. w Rzeszowie (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku

- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są dostawy różnych odczynników, krwi kontrolnej oraz dzierżawę analizatorów wyszczególnionych

w Częściach dla Klinicznego Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. F.C. w Rzeszowie, znak sprawy 41 ZP.261.20-Z.2024 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2024 r., numer publikacji ogłoszenia: 365391-2024, numer wydania Dz.U. S: 119/2024.

W dniu 23 września 2024 r. zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyniku postępowania, dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Sysmex Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Sysmex” lub „przystępujący”).

W dniu 30 września 2024 r. przez wykonawcę DIAGMED G.K. z siedzibą w Raszynie (dalej odwołujący" lub „DIAGMED”) zostało wniesione odwołanie na niezgodne z ustawą czynności i zaniechania zamawiającego, podjęte i zaniechane w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów ustawy Pzp:

- 1.art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców ze względu na dopuszczenie do dalszego etapu postępowania oferty, która zdaniem odwołującego powinna zostać odrzucona jak i w konsekwencji zastosowanie względem ofert odwołującego rygorów, których nie zastosował względem oferty wykonawcy Sysmex;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sysmex jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia;
- 3.art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie przez zamawiającego, zakazanych negocjacji oferty złożonej przez wykonawcę Sysmex, prowadzących do zmian w jej treści, gdyż podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, takie jak zasada równego traktowania, uczciwej konkurencji oraz zasada przejrzystości, stoją na przeszkodzie dokonywaniu zmiany treści oferty po upływie terminu składania ofert. Wymagają też, aby całokształt treści oświadczenia woli wykonawcy został przekazany zamawiającemu do upływu terminu na złożenie ofert. Po tej dacie wykonawcy mogą jedynie wyjaśniać na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp treść złożonej w terminie oferty, nie mogą jednak dodawać do niej żadnej nowej treści. Odstępstwo od tych sztywnych reguł pozwoliłoby wykonawcom manipulować wynikami postępowania o zamówienie publiczne, po tym jak przy otwarciu ofert powzięli wiedzę na temat treści ofert złożonych przez konkurentów. Procedura uregulowana w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie może polegać na uzupełnieniu bądź negocjacji treści oferty ani tym bardziej jej zmianie w stosunku do wersji złożonej do upływu terminu składania ofert. Wykładnia treści oferty może być dokonywana jedynie według stanu na dzień złożenia oferty (KIO 1045/16). Granicą zastosowania art. 223 ust. 1 ustawy Pzp jest niezmiennosc treści oferty oraz zakaz złożenia i przyjęcia przez zamawiającego takich wyjaśnień, które prowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty (KIO 1194/18);
- 4.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która ze względu na niezgodność z warunkami zamówienia powinna zostać odrzucona. Zamawiający zaniechał czynności odrzucenia oferty Sysmex, czym doprowadził do wyboru ofert nieporównywalnych. Dodatkowo, zamawiający dokonując subiektywnej oceny jakościowej, jak i prowadząc negocjacje zmieniające treść oświadczenia woli, zawartego w treści oferty złożonej przez wykonawcę Sysmex, wybrał ofertę która pierwotnie nie przedstawiała najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 23 września 2024 r.; (2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert; (3) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie ustalonych w SWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu argumentów przytoczonych w niniejszym odwołaniu.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Sysmex Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z 11 października 2024 r., w którym zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe z 17 października 2024 r., w którym odniósł się do stanowiska zamawiającego zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią na nie, pismem procesowym odwołującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem

odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie.

W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę jego oferta miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza, gdyby bowiem Izba uznała zasadność zarzutów odwołującego i nakazała odrzucenie oferty przystępującego, to w wyniku powtórzenia czynności badania i oceny ofert, to odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący wskazywał także, że wskutek zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sysmex zamawiający dokonał oceny oferty tego wykonawcy w ramach kryterium Ocena techniczna (jakość), przyznając mu zawyżoną liczbę punktów. W przypadku, gdyby zamawiający dokonał oceny ofert w ramach kryteriów w sposób prawidłowy i zgodny z SWZ to odwołujący uzyskałby największą liczbę punktów. Powyższe wskazuje, że odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, możliwość uzyskania zamówienia została bowiem odwołującemu odebrana, a co za tym idzie utracił szansę na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania, przesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Izba dopuściła i oceniła dowody złożone przez odwołującego i zamawiającego, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, na okoliczności przez nich wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z SWZ są dostawy różnych odczynników, krwi kontrolnej oraz dzierzawa analizatorów wyszczególnionych w częściach dla Klinicznego Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego im. F.C. w Rzeszowie.

W zakresie zarzutu pierwszego odwołania, dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Sysmex, jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, Izba ustaliła w pierwszej kolejności, że zamawiający w formularzu asortymentowo - cenowym dla Części nr 5, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ (Formularz cenowo - ofertowy. Zestaw odczynników i krew kontrolna do oznaczania morfologii krwi obwodowej na analizatorze 5 Diff dla Klinicznego Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej, ul. Rycerska 2) wskazał, iż wymaga zaoferowania asortymentu niezbędnego do wykonania: Lp. 1 - Zestaw odczynników do oznaczania morfologii krwi obwodowej A, B, C, (...). W kolumnie 5 - Szacunkowa ilość oznaczeń na 36 miesięcy podano: 8000 - CBC, 33000 - CBC + 5 Diff, 1000 - płyny z jam ciała. Z kolei w Lp. 2 - Krew kontrolna opisano A. Poziom normalny, B. Poziom niski, C. Poziom wysoki. W tym samym załączniku w pkt 4 (uwagi zamawiającego) wskazano: Wykonawca musi podać taką ilość materiału kontrolnego, która zapewni codzienną kontrolę wewnątrzlaboratoryjną na min. jednym poziomie dziennie - zamiennie różne poziomy w czasie trwania umowy.

Sysmex w części nr 5 nie zaoferował materiału kontrolnego, służącego do kontroli poprawności wykonywania oznaczenia płynów z jam ciała.

Zamawiający pismem z 22 sierpnia 2024 r. wystąpił do wykonawcy Sysmex, w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, o złożenie następujących wyjaśnień w zakresie części 5 zamówienia: A. Złożonego Formularza cenowo - ofertowego - Zestaw odczynników i krew kontrolna do oznaczania morfologii krwi obwodowej na analizatorze 5 Diff dla Klinicznego Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej, ul. Rycerska 2 - (Załącznik nr 1 do SWZ), w zakresie spełnienia warunku zapewnienia kontroli dla wszystkich oznaczanych parametrów. Zamawiający w poz. 2 Formularza cenowo - ofertowego wymagał zaoferowania materiału kontrolnego dla krwi kontrolnej na 3 poziomach, w ilościach zapewniających codzienną kontrolę wewnątrzlaboratoryjną na min. jednym poziomie dziennie - zamiennie różne poziomy w czasie trwania umowy, co zamawiający zawarł pod tabelą Formularza cenowo - ofertowego w uwagach pkt 4, cytując: „4. Wykonawca musi podać taką ilość materiału kontrolnego, która zapewni codzienną kontrolę wewnątrzlaboratoryjną na min. jednym poziomie dziennie - zamiennie różne poziomy w czasie trwania umowy” Wykonawca zaoferował w poz. 2, Krew kontrolna, kol. 3 przedmiot zamówienia : XN-L Check Set 1x3x3.0ml, nr katalogowy: SE001353 w ilości 37 opakowań na 36 miesięcy. W kol. 5 dotyczącej szacunkowej ilości oznaczeń na 36 miesięcy, zawarł informację: cytując: „Do codziennej kontroli zgodnie z pkt

nr 4 pod tabelą.”

W związku z wątpliwościami zamawiającego w zakresie treści oferty wykonawcy z postanowieniami SWZ oraz, w związku ze złożonym przez wykonawcę konkurencyjnego pismem, dotyczącym uwag do złożonej oferty, zamawiający prosi o wyjaśnienie czy zaoferowany w ofercie w poz. 2 Formularza cenowo - ofertowego (Załącznik nr 1 do SWZ), materiał kontrolny obejmuje kontrolą rodzaj badań jaki wymaga zamawiający tj. morfologia we krwi i płynach z jam ciała (CBC, CBC+Diff). Biorąc powyższe pod uwagę, proszę o złożenie wraz z wyjaśnieniami dowodu (dokumentu) potwierdzającego powyższy wymóg, z zaznaczeniem potwierdzenia powyższego wymagania.

W dniu 26 sierpnia 2024 r. wykonawca Sysmex złożył zamawiającemu wyjaśnienia, z których wynika, iż zdaniem przystępującego zamawiający nie wymagał kontroli do płynów z jam ciała, a zapisy SWZ nie precyzowały wymogu zaoferowania innego rodzaju kontroli niż materiał kontrolny do morfologii.

Wykonawca Sysmex stwierdził, że: „zawsze kalkuluje oferty z należytą starannością i dokładnością, z uwzględnieniem wymagań Zamawiającego. Zamawiający w SWZ określa jakie kontrole, na jakich poziomach i jak często zamierza wykonywać. W przypadku Części nr 5, w Załączniku nr 4, w Opisie parametrów wymaganych, w pkt. 13 Zamawiający określił jakiego rodzaju kontroli wymaga do zaoferowania przez Wykonawcę: Wbudowany program kontroli jakości (kontrola dzienna, zbiorcza). Kontrola morfologii na minimum dwóch poziomach policzona z uwzględnieniem ważności fiolki na opakowaniu. Zamawiający wymagał zatem zaoferowania kontroli morfologii (nie płynów z jam ciała) na minimum dwóch poziomach. Jednocześnie Zamawiający nigdzie nie wskazał, że wymaga zaoferowania innego materiału kontrolnego osobnej kontroli płynów z jam ciała oraz - oczekiwanej częstotliwości i poziomów wykonywania. W zapisach pod tabelą cenową (Załącznik nr 1, część nr 5) w pkt. 4 Zamawiający wymaga: Wykonawca musi podać taką ilość materiału kontrolnego, która zapewni codzienną kontrolę wewnątrzlaboratoryjną na min. jednym poziomie dziennie - zamiennie różne poziomy w czasie trwania umowy. Zamawiający doprecyzowuje tym samym obowiązek Wykonawcy w zakresie poprawnego skalkulowania materiału kontrolnego, wymienionego w punkcie 13 OPZ. Nie stawia jednocześnie wymogu w zakresie dodatkowego materiału kontrolnego, innego niż służącego do kontroli morfologii. Zaoferowany analizator jest analizatorem do wykonywania morfologii, a wykonywanie oznaczeń płynów z jam ciała jest jego dodatkowym atutem, a nie główną cechą. Oznaczenia płynów z jam ciała odbywają się w tych samych kanałach pomiarowych i z użyciem tych samych odczynników co morfologia. Pragniemy dodać, że Sysmex Polska Sp. z o.o. posiada w swojej ofercie osobną kontrolę do płynów z jam ciała, jednak jest ona oferowana wyłącznie w przypadku takiego wymogu w SWZ. W przypadku Części nr 5 - takiego wymogu nie ma. Stoi to również w zgodzie z obowiązkiem Wykonawcy w zakresie rzetelnego i starannego przygotowania kalkulacji w postępowaniu przetargowym. Zaoferowana w formularzu cenowym kontrola morfologii pozwala na wykonywanie codziennej kontroli morfologii na minimum dwóch poziomach, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Oferta jest w tym względzie skalkulowana prawidłowo”.

W zakresie zarzutów odnoszących się do oceny dokonanej przez zamawiającego w ramach opisanych w SWZ kryteriów oceny ofert Izba ustaliła na wstępie, że zamawiający ustanowił w SWZ następujące kryteria oceny oferty i ich wagi (Rozdział XXI SWZ): (1)Cena brutto oferty w zł : 60%; (2) Ocena techniczna (jakość): 30%, (3) Termin dostawy przedmiotów zamówienia w dniach roboczych (nie dotyczy dzierżawy): 10%.

W ramach kryterium Ocena techniczna (jakość), wykonawcy musieli wskazać, składając ofertę, spełnianie lub brak spełniania parametrów opisanych w załączniku nr 6 do SWZ - Zestawienie parametrów ocenianych dla Części nr 5 tj. (1) Hematokryt oznaczany, a nie oceniany, (2) Czas trwałości materiału kontrolnego min. 5 dni, (3) Okres stabilności odczynników po otwarciu minimum 2 miesiące. Przy tym konstrukcja tabeli wskazywała, że wykonawcy mieli, w ramach każdego z kryteriów udzielić odpowiedzi TAK/ NIE i opisać proponowane rozwiązanie. Za każdą odpowiedź „TAK” wykonawca otrzymywał 10 pkt., udzielenie odpowiedzi negatywnej powodowało przyznanie 0 pkt w każdym z opisywanych wyżej parametrów.

Odwołujący zadeklarował spełnienie każdego z nich, z kolei Sysmex wskazał, że nie spełnia wymagania trzeciego, zaznaczając w tym punkcie odpowiedź „NIE”.

Zamawiający w piśmie z 22 sierpnia 2024 r. zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w następujących kwestiach.

Opisu przedmiotu zamówienia - Zestawienie parametrów ocenianych odczynników i krwi kontrolnej do oznaczania morfologii krwi obwodowej wraz z dzierżawą analizatora hematologicznego 5 Diff dla Klinicznego Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej USK w Rzeszowie, ul. Rycerska 2- do Części nr 5 Tabela poz. 1 (Załącznik nr 6 do SWZ). Zamawiający wymaga w tabeli dotyczącej parametrów ocenianych w poz. 1, cytując: „Hematokryt oznaczany, a nie wyliczany” wpisania w kol. 3 tabeli przez Wykonawcę Odpowiedzi TAK/NIE. Wykonawca w tabeli poz. 1 (Załącznik nr 6 do SWZ) potwierdza powyższe wymaganie, wpisując w kol. 3, cytując „TAK”. W związku wątpliwościami Zamawiającego dotyczącego złożonej oferty oraz w związku ze złożonym przez Wykonawcę konkurencyjnego pismem, dotyczącym uwag do złożonej oferty w zakresie Części nr 5, Zamawiający prosi o wyjaśnienie czy hematokryt w zaoferowanym analizatorze hematologicznym BC-780, Shenzhen Mindray Bio-Medical Electronics Co.,Ltd, rok prod. 2024 jest oznaczany, a nie wyliczany.

Ponadto, w zakresie opisu przedmiotu zamówienia - Zestawienie parametrów ocenianych odczynników i krwi kontrolnej do oznaczania morfologii krwi obwodowej wraz z dzierżawą analizatora hematologicznego 5 Diff dla Klinicznego Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej USK w Rzeszowie, ul. Rycerska 2- do Części nr 5 Tabela poz. 3 (Załącznik nr 6 do SWZ). Zamawiający wymaga w tabeli dotyczącej parametrów ocenianych w poz. 3, cytując: „Okres stabilności odczynników po otwarciu minimum 2 miesiące” wpisania w kol. 3 tabeli przez Wykonawcę Odpowiedzi TAK/NIE. Wykonawca w tabeli poz. 3 (Załącznik nr 6 do SWZ) potwierdza powyższe wymaganie, wpisując w kol. 3, cytując „TAK”. W związku wątpliwościami Zamawiającego dotyczącego złożonej oferty oraz w związku ze złożonym przez Wykonawcę konkurencyjnego pismem, dotyczącym uwag do złożonej oferty w zakresie Części nr 5, Zamawiający prosi o wyjaśnienie czy okres stabilności odczynników po otwarciu wynosi minimum 2 miesiące - czyli minimum 61 dni po otwarciu (większość miesięcy następujących po sobie małą po 30 i 31 dni). Zgodnie z treścią SWZ Zamawiający zastrzega sobie prawo żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków złożenia dowodów potwierdzających zgodność przedmiotu zamówienia z opisem i wymaganiami zawartymi w Opisie przedmiotu zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę, proszę o złożenie wraz z wyjaśnieniami dowodu potwierdzającego powyższe wymogi tj. Ad. A - np. oryginalny folder instrukcji obsługi producenta oferowanego analizatora, inny oryginalny materiał firmowy producenta oferowanego analizatora z zaznaczeniem potwierdzenia powyższego wymagania; Ad. B - np. oryginalny folder instrukcji obsługi producenta oferowanego analizatora, inny oryginalny materiał firmowy producenta oferowanego analizatora, z zaznaczeniem potwierdzenia powyższego wymagania; Ad. C - np. ulotki wszystkich odczynników zaoferowanych w Formularzu cenowo - ofertowym - Załączniku nr 1 do SWZ, z zaznaczeniem potwierdzenia powyższego wymagania.

Odwołujący w dniu 26 sierpnia 2024 r. złożył wyjaśnienia, w których potwierdził spełnienie parametrów opisanych w obu wskazanych pozycjach. Ponadto zwrócił zamawiającemu uwagę, iż wymogu postawionego w pozycji nr 1 w myśl definicji hematokrytu podręcznika „Diagnostyka laboratoryjna z elementami biochemii klinicznej” pod redakcją prof. Aldony Dembińskiej Kieć oraz prof. Jerzego Naskalskiego literalnie „nie jest w stanie spełnić żaden z dostępnych na rynku analizatorów hematologicznych (brak wbudowanej wirówki hematokrytowej, brak możliwości odczytania wyniku w kapilarze), dlatego standardem stało się wykorzystanie do pomiaru hematokrytu wzorów matematycznych uwzględniających inne, bezpośrednio mierzone składowe”. Zgodnie z definicją hematokryt to stosunek objętości krwinek czerwonych do objętości krwi pełnej, wyrażony w procentach lub w postaci ułamka (frakcja objętościowa). Z definicji oznacza to wykonanie obliczenia (dzielenia jednej wartości przez drugą, w tym przypadku objętości krwinek czerwonych do objętości krwi pełnej i wyrażenia uzyskiwanego wyniku w procentach).

W przypadku dostępnych na rynku analizatorów hematologicznych producenci zastosowali metodę zamiany wielkości mierzonych według metody klasycznej wielkościami mierzonymi, pozostającymi w ścisłej zależności od wielkości, określonej w metodzie klasycznej. W przypadku firmy Mindray analizator Mindray BC-780 dokonuje bezpośredniego pomiaru RBC i MCV, których wyniki podstawiane są do wzoru identycznego jak dla klasycznego hematokrytu, dokładny opis przedstawiając w tabeli. Metodą pomiarową dla RBC i MCV jest impedancja zliczająca powstawanie impulsów elektrycznych proporcjonalnych do objętości komórek. Udokumentowano, że powszechnie stosowana w automatycznych analizatorach hematologicznych technika wyliczania HCT posiada 99 % korelację metodą bezpośrednią i nie powinna ona budzić obaw o jakość wydawanych wyników. Powszechność stosowania formuły matematycznej do wyliczania hematokrytu w oparciu o bezpośredni pomiar innych elementów morfotycznych (tutaj RBC) może potwierdzać sposób uzyskiwania wyników HCT w analizatorach firmy Sysmex (pełna treść dokumentu została dołączona

do wyjaśnień).

Odwołujący wyjaśnił ponadto, że każde z rozwiązań dokonuje pomiarów opierających się na impedancji a ich finalna forma, w postaci danych będących wynikiem pomiarów, jest przekształcana (czyli obliczana) w wartość procentową z użyciem wyżej wykazanych wzorów. Odwołujący nie widzi żadnych podstaw do tego, aby Zamawiający mógł uznać, iż metoda zastosowana w analizatorach Mindray (oferta odwołującego) została uznana za wyliczaną a metoda znajdująca się w analizatorach oferowanych przez wykonawcę Sysmex została uznana za bezpośredni pomiar i oceniona na poziomie 10 punktów, jak zadeklarował wykonawca Sysmex, składając przedmiotową ofertę. Jeżeli zamawiający uznał, iż metoda impedancji i przekształcenie danych do wyniku w formie procentowej nie spełniają jego oczekiwań w zakresie parametru ocenianego Hematokryt oznaczany, a nie wyliczany to powinien przyznać obu ofertom po 0 punktów w ramach oceny tego parametru.

Pismem z 13 września 2024 r. zamawiający zwrócił się do Sysmex w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie: Opisu przedmiotu zamówienia - Zestawienie parametrów ocenianych odczynników i krwi kontrolnej do oznaczania morfologii krwi obwodowej wraz z dzierżawą analizatora hematologicznego 5 Diff dla Klinicznego Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej USK w Rzeszowie, ul. Rycerska 2- do Części nr 5 Tabela poz. 3 (Załącznik nr 6 do SWZ). Zamawiający wymaga w tabeli dotyczącej parametrów ocenianych w poz. 3, cytuję : „Okres stabilności odczynników po otwarciu minimum 2 miesiące” wpisania w kol. 3 tabeli przez Wykonawcę Odpowiedzi TAK/NIE oraz opisu. Wykonawca w tabeli poz. 3 (Załącznik nr 6 do SWZ), wpisał w kol. 3, cytuję „NIE”. W celu zapewnienia porównywalności wszystkich ofert złożonych w części nr 5, Zamawiający prosi o udzielenie odpowiedzi na pytanie czy okres stabilności odczynników po otwarciu wynosi minimum 2 miesiące. Zgodnie z treścią SWZ Zamawiający zastrzega sobie prawo żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych. W celu zrealizowania przepisu Zamawiający może wymagać od Wykonawców złożenia dowodów potwierdzających zgodność przedmiotu zamówienia z opisem i wymaganiami zawartymi w Opisie przedmiotu zamówienia. Biorąc powyższe pod uwagę, proszę o złożenie wraz z wyjaśnieniami dowodu potwierdzającego powyższy wymóg tj. np. ulotki wszystkich odczynników zaoferowanych w Formularzu cenowo - ofertowym - Załączniku nr 1 do SWZ, z zaznaczeniem potwierdzenia powyższego wymagania.

Sysmex w piśmie z 17 września 2024 r. udzielił następujących wyjaśnień:
„w odpowiedzi na pismo z dnia 13.09.2024 r. wzywające do złożenia wyjaśnień dotyczących Części nr 5, Tabela, poz. 3 (Załącznik nr 6 do SWZ), wyjaśniamy, iż okres stabilności odczynników po otwarciu wynosi min. 60 dni. W załączniku przesyłamy ulotki potwierdzające powyższe”.

W konsekwencji zamawiający, uwzględniając treść złożonych przez wykonawców wyjaśnień, nie przyznał odwołującemu punktów za parametr podlegający ocenie Hematokryt oznaczany, a nie wyliczany, pozostawiając punktację w ilości 10 punktów wykonawcy Sysmex. Przyznał ponadto wykonawcy Sysmex punkty za parametr podlegający ocenie Okres stabilności odczynników po otwarciu minimum 2 miesiące w liczbie 10 punktów.

Izba ustaliła także, że zamawiający w dniu 23 września 2024 r. dokonał wyboru oferty złożonej przez Sysmex jako najkorzystniejszej.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając w dniu 30 września 2024 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało w części na uwzględnienie.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu podlega oferta której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W myśl art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Z kolei ust. 2 tego przepisu stanowi, że najkorzystniejsza oferta to oferta

przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Odwolujący, w treści odwołania wskazywał w pierwszej kolejności, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Sysmex pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zarzuty odwołującego Izba uznała za niepotwierdzone.

Odwolujący wskazywał, że wykonawca Sysmex nie posiada w swoim zakresie materiału kontrolnego, służącego do weryfikacji oznaczeń płynów z jam ciała. Powyższe potwierdził wykonawca Sysmex, składając swoje wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Pomimo tego, że oferta Sysmex jest niekompletna i zamawiający nie ma możliwości poprawnej realizacji przedmiotu zamówienia bez dodatkowych inwestycji, które będzie zmuszony dokonać poza przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający przyjął wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Sysmex i dopuścił do dalszego etapu badania i oceny ofertę niekompletną, którą porównał w ramach kryterium cena z ofertą odwołującego, w której zaoferowano kompletny zakres przedmiotu zamówienia.

Zanim Izba odniesie się do opisywanego wyżej zarzutu na wstępie przypomnienia wymaga, który to pogląd należy uznać za ugruntowany w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych, że odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia może mieć miejsce tylko i wyłącznie w razie jednoznacznego i niewątpliwego stwierdzenia takiej niezgodności. Przy czym niezgodność taka zachodzi, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom, które zostały w sposób jasny i wyartykułowany w dokumentach zamówienia (tak np.: Wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1618/23; Wyrok KIO z dnia 15 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1205/23; Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 472/24). Przepis ten, o charakterze sankcyjnym, musi być zatem stosowany w sposób ostrożny, wyłącznie w takich przypadkach, gdy z porównania treści oferty wykonawcy wynika, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom zamawiającego w sposób nie budzący wątpliwości. Każdorazowo zatem należy ustalić jakie wymagania zawarł zamawiający w treści dokumentów zamówienia i dopiero w przypadku, gdy z treści oferty wykonawcy wynika, że oferowany przez niego przedmiot nie odpowiada jasno i precyzyjnie wyartykułowanym wymaganiom - oferta taka podlega odrzuceniu.

W niniejszej sprawie w formularzu asortymentowo - cenowym w Części nr 5, stanowiącym załącznik nr 1 do opublikowanej SWZ zatytułowanym: Zestaw odczynników i krew kontrolna do oznaczania morfologii krwi obwodowej na analizatorze 5 Diff dla Klinicznego Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej, ul. Rycerska 2 zamawiający wskazał, iż wymaga zaoferowania asortymentu niezbędnego do wykonania: Lp. 1 - Zestaw odczynników do oznaczania morfologii krwi obwodowej, Lp. 2 - Krew kontrolna.

Nie budzi zatem wątpliwości, w świetle zapisów cytowanego formularza, że zamawiana kontrola miała dotyczyć oznaczania morfologii krwi (na co wskazuje już treść nagłówka w tym formularzu). Analiza dalszych zapisów wskazuje, że: W przypadku oferowanych odczynników w Lp. 1 zamawiający wpisał w kolumnie 5 szacowaną ilość oznaczeń, jakie będzie wykonywał w okresie 36 miesięcy, z kolei wykonawcy wpisać mieli odczynniki, jakie są przewidziane do wykonania na oferowanym analizatorze zadanej ilości oznaczeń w tym okresie. Odczynniki nie były wymienione przez zamawiającego, gdyż wykonawca, oferując konkretny analizator wie, jakie odczynniki i w jakiej ilości są niezbędne do pokrycia zapotrzebowanych przez zamawiającego badań. Z tego powodu w części poświęconej odczynnikom w formularzu cenowo - ofertowym znajdował się katalog otwarty, oznaczony przez zamawiającego jako A, B, C (itd.) i to wykonawca wypełniał formularz, według metody pokrycia odczynnikiem konkretnej ilości oznaczeń. Z kolei w przypadku opisu w Lp. 2, w części poświęconej materiałowi kontrolnemu zamawiający wymienił dokładnie o jaki materiał mu chodzi, nazywając go: Krew kontrolna i wskazując jednocześnie, że ma to być krew kontrolna na trzech poziomach kontroli, tj. A. Poziom normalny, B. Poziom niski oraz C. Poziom wysoki. Miał być to zatem materiał kontrolny wyraźnie wskazany przez zamawiającego.

Odwolujący w sposób dowolny, nie znajdujący oparcia w literalnym brzmieniu SWZ interpretuje treść formularza asortymentowo - cenowego w Części 5 wskazując, że każdy wykonawca powinien zadeklarować w ofercie materiał kontrolny, służący do kontroli poprawności wykonywania oznaczenia płynów z jam ciała, podczas gdy zamawiający takiego wymagania w nim nie zawarł.

Odwołujący przywołuje w tym zakresie także treść Ustawy o Medycynie Laboratoryjnej (Rozdział 2, art. 10, pkt 3, ppkt 6), z których to zapisów ma wynikać obowiązek prowadzenia stałej wewnętrznej kontroli jakości dla wszystkich wykonywanych w laboratorium badań. Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu należy zauważyć, że zamawiający w treści SWZ w żadnym miejscu nie przytoczył zapisów cytowanej ustawy, nie wymagał także, że oferowany przedmiot zamówienia ma być zgodny z jej wymaganiami. Tym samym nie sposób wywodzić z tych zapisów obowiązków, które nie zostały wprost nałożone na wykonawcę w treści SWZ.

Okoliczność, że zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie oferowanego przez niego w poz. 2 Formularza cenowo - ofertowego (Załącznik nr 1 do SWZ) materiał kontrolny obejmujący kontrolę rodzaj badań jaki wymaga zamawiający tj. morfologia we krwi i płynach z jam ciała (CBC, CBC+Diff), zaś wykonawca w piśmie z 26 sierpnia 2024 r. przyznał, że tego nie zawiera pozostaje bez wpływu dla oceny zarzutu. Zamawiający bowiem, po przeanalizowaniu odpowiedzi udzielonej przez Sysmex, prawidłowo doszedł do przekonania, że z treści zapisów SWZ nie wynika wymaganie zaoferowania innego rodzaju kontroli niż materiał kontrolny do morfologii.

Tym samym należy stwierdzić, że oferta Sysmex w pełni pokrywa zapotrzebowanie, opisane w Załączniku nr 1 tj. w Formularzu cenowo - ofertowym dla zadania nr 5, tym samym zarzut odwołującego w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia - nie potwierdził się.

Potwierdziły się z kolei, w ocenie Izby, pozostałe zarzuty sformułowane w odwołaniu. Zamawiający naruszył przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wzywając Sysmex do wyjaśnień w zakresie dotyczącym spełnienia przez niego wymagań dodatkowych, które stanowiły kryteria oceny ofert, wskutek czego doszło także do naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał zmiany oświadczenia wykonawcy, złożonego w zakresie spełniania kryteriów jakościowych, co doprowadziło do przyznania wyższej liczby punktów.

W tym miejscu należy w pierwszej kolejności przypomnieć, że zgodnie z postanowieniami SWZ, kryteriami oceny ofert były: (1) Cena brutto oferty w zł : 60%; (2) Ocena techniczna (jakość): 20%; (3) Termin płatności za realizację przedmiotów zamówienia (nie dotyczy dzierżawy): 20%. W ramach kryterium Ocena techniczna (jakość), wykonawcy musieli, składając ofertę przetargową, złożyć oświadczenie czy spełniają parametry opisane w załączniku nr 6 do SWZ - Zestawienie parametrów ocenianych dla Części nr 5. Wśród nich zamawiający wymienił: pkt 1 - Hematokryt oznaczany, a nie wyliczany; pkt 2 - Czas trwałości materiału kontrolnego min. 5 dni; pkt 3 - Okres stabilności odczynników po otwarciu minimum 2 miesiące.

Jednocześnie, jak wskazywał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, obok złożenia oświadczenia w przedmiocie czy wykonawca spełnia dane wymaganie, czy też nie i zaznaczenia odpowiedzi „TAK” lub „NIE”, w kolumnie trzeciej, opisanej jako „odpowiedź Wykonawcy TAK/ Nie. Opis” zamawiający oczekiwał, że wykonawca sprecyzuje w jaki sposób dane wymaganie zostało spełnione. Innymi słowy, oprócz złożenia samej deklaracji wykonawcy, wypełniając tabelę powinien szczegółowo opisać dlaczego zamawiający powinien przyznać punkty za dany, określony przez niego parametr.

Tymczasem zarówno odwołujący, jak przystępujący poprzestali na samej deklaracji. Odwołujący złożył ofertę, w której potwierdził wszystkie trzy parametry oceniane (zaznaczając „TAK”), z kolei wykonawca Sysmex w załączniku nr 6 - Zestawienie parametrów ocenianych wskazał, że trzeci z parametrów nie został przez niego spełniony.

Zamawiający, jak twierdzi mając na uwadze, że żaden z wykonawców nie opisał precyzyjnie sposobu, w jaki oferowane odczynniki i analizatory spełniają postawione przez zamawiającego kryteria, a w miejsce odpowiedzi stwierdzili tylko „TAK” lub „NIE” wezwał oba podmioty do złożenia wyjaśnień.

W dniu 13 września 2024 r. zwrócił się do wykonawcy Sysmex, powołując się na przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień dodatkowych w zakresie dotyczącym złożonego przez niego oświadczenia co do spełnienia parametru w zakresie okresu stabilności odczynników. W złożonym do akt sprawy piśmie procesowym - Odpowiedzi na odwołanie wyjaśniał, że celem skierowania do wykonawcy wezwania było dokonanie prawidłowej oceny ofert w ramach kryteriów. Wskazywał, że przyznanie przez niego punktów musiało opierać się na podstawie obiektywnych danych, aby dokonana ocena nie naruszyła uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sami wykonawcy bowiem, nie opisując sposobu, w jaki oferowane odczynniki spełniają to kryterium, nie dali szans na sprawiedliwą ocenę okresu stabilności. Z tego względu zamawiający poprosił o wyjaśnienia, aby umożliwić przejrzystość i wiarygodność działań. Uznawał też, że skoro żaden z wykonawców nie zmieniał ani nie ulepszał właściwości oferowanych odczynników, a

jedynie wskazywał jaki rzeczywisty okres stabilności mają oznaczone co do producenta i numeru katalogu w ofercie odczynniki - nie sposób uznać, że doszło do niedozwolonych negocjacji treści złożonych ofert.

Z takim twierdzeniem nie sposób się zgodzić z następujących powodów. Zamawiający całkowicie zdaje się pomijać fakt, że z treści złożonego przez Sysmex wraz z ofertą oświadczenia wynika, że trzeci z parametrów - okres stabilności odczynników po otwarciu minimum dwa miesiące - nie został przez niego spełniony. Ponadto, wraz z ofertą nie zostały złożone żadne inne dokumenty, ani dodatkowe oświadczenia, które powodowałyby, że treść złożonego oświadczenia budziła jakiegokolwiek wątpliwości. Przypomnieć w tym miejscu należy, że zamawiający, zanim zdecyduje się na skorzystanie z przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp musi każdorazowo w danym stanie faktycznym ustalić, czy ewentualne wyjaśnienia, które zostaną złożone na skutek wezwania zamawiającego, doprecyzują jedynie te okoliczności, które wynikają wprost z całościowej treści oferty, czy też doprowadzą de facto do uzupełnienia treści oferty.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, że jest gospodarzem postępowania, do jego zadań należy ustalenie i ocena poziomu spełniania postawionych wymagań i przyznanie punktów w oparciu o obiektywne parametry, ale nie dotyczy to sytuacji, w których wykonawca w sposób jednoznaczny i nie pozostawiający pola na żadne wątpliwości stwierdza, że danego parametru nie spełnia, a w konsekwencji, że nie powinny mu zostać przyznane punkty w ramach kryteriów oceny ofert. Zamawiający nie może opierać się w tym przypadku ani na swojej wiedzy, którą nabywa w pracy z danymi odczynnikami, którą niewątpliwie jako profesjonalista posiada, ale na dokumentach przedkładanych przez wykonawcę w danym postępowaniu i oświadczeniach przez niego składanych.

Nie sposób zgodzić się z takim stanowiskiem, jakie prezentuje zamawiający, że w okolicznościach tej sprawy miał prawo, a wręcz obowiązek wezwania Sysmex do wyjaśnień. Skutkiem bowiem złożonych wyjaśnień było to, że doszło do nieuprawnionej na tym etapie zmiany złożonego przez przystępującego oświadczenia woli i to w zakresie, który miał znaczący wpływ na dalszy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż doprowadził do zmiany przyznanej wykonawcom liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert - Okres stabilności odczynników po otwarciu minimum 2 miesiące.

Zamawiający naruszył zatem przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp zwracając się do Sysmex o udzielenie wyjaśnień w zakresie, w jakim ten złożył jednoznaczne oświadczenie, że wymagania określonego przez zamawiającego nie spełnia. Należy w tym miejscu ponownie podkreślić, że w wyniku wezwania do wyjaśnień wykonawca może jedynie uszczegóławiać informacje pierwotnie podane w ofercie. Nie ma natomiast prawa uzupełniać czy w sposób niedozwolony zmieniać oferty, zwłaszcza w zakresie informacji poddawanych ocenie w ramach kryterium. Co do zasady bowiem informacje zawarte w ofertach wykonawców i oceniane w kryteriach oceny ofert nie podlegają uzupełnieniu i modyfikacji po upływie terminu składania ofert (tak też w Wyroku KIO z dnia 19 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 638/17).

Potwierdziły się także, w ocenie Izby, zarzuty formułowane przez odwołującego w zakresie, w jakim zarzucał zamawiającemu dokonanie nieprawidłowej oceny złożonej przez niego oferty w ramach kryterium oceny ofert: „Hematokryt oznaczany, a nie wyliczany”.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że podobnie jak w przypadku kryterium oceny ofert opisywanego powyżej, także w przypadku tego parametru żaden z wykonawców nie opisał sposobu jego spełniania przez oferowany analizator.

Na skutek informacji przekazanej zamawiającemu przez przystępującego, który w piśmie z 24 lipca 2024 r. stwierdził, że firma DIAG-MED potwierdziła w parametrach ocenianych - Załącznik nr 6 pkt 1 (zał. nr 13 do niniejszego pisma), że posiada hematokryt oznaczany niezgodnie z prawdą, zamawiający zwrócił się do odwołującego pismem z 22 sierpnia 2024 r. o wyjaśnienie powyższych wątpliwości.

Odwołujący w piśmie wskazał między innymi, że: „obecnie nie ma na rynku modeli analizatorów, które spełniałby literalnie wymóg stawiany przez zamawiającego dotyczący parametru HCT, który byłby oznaczany, a nie wyliczany”, wskazując dalej, że: „Powyższego wymogu nie jest w stanie spełnić żaden z dostępnych na rynku analizatorów hematologicznych (brak wbudowanej wirówki hematokrytowej, brak możliwości odczytania wyniku w kapilarze), dlatego standardem stało się wykorzystanie do pomiaru hematokrytu wzorów matematycznych uwzględniających inne, bezpośrednio mierzone składowe”.

Nie ulega zatem wątpliwości, gdyż przyznał to sam odwołujący składając swoje wyjaśnienia w toku postępowania, że jego rozwiązanie nie spełnia postawionych w ten sposób wymagań.

Pozostało zatem do rozstrzygnięcia w tej sprawie czy zamawiający prawidłowo przyznał punkty wykonawcy

Sysmex twierdząc, że w jego przypadku parametr określony jako kryterium oceny ofert: hematokryt oznaczany a nie wyliczany, został spełniony.

Izba doszła do przekonania, że zamawiający przyznając punkty w tym kryterium wykonawcy Sysmex, jednocześnie odejmując punkty odwołującemu naruszył naczelne zasady, którymi zobligowany jest kierować się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażone w art. 16 ustawy Pzp tj. zasadami równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Wobec tak ogólnie sformułowanego kryterium, jak to uczynił zamawiający, który nie opisał i nie doprecyzował w jaki sposób zamierza przyznawać punkty w tym kryterium, nie sposób stwierdzić, że Sysmex powinien otrzymać w tym kryterium dodatkowe punkty, zaś odwołującemu należy przyznać zero punktów. Zamawiający w SWZ nie zawarł bowiem żadnych wytycznych i nie wskazał jaka konkretnie metoda pomiaru będzie przez niego uznawana za taką, w której mamy do czynienia z pomiarem bezpośrednim a kiedy parametr ten będzie wyliczany i, w konsekwencji wykonawca nie otrzyma punktów w tym kryterium.

Izba przyjęła w tym zakresie wyjaśnienia odwołującego, który przywołuje opis zawarty w podręczniku pt. „Diagnostyka laboratoryjna z elementami biochemii klinicznej” pod red. prof. Aldony Dembińskiej Kieć oraz prof. Jerzego Naskalskiego, w którym stwierdzono, że aktualnie żaden z analizatorów dostępnych na rynku wymagania tego nie spełnia. Dalej porównuje obie metody wywodząc, że zarówno w przypadku oferowanego przez niego analizatora, jak też w przypadku oferowanego przez Sysmex do wyliczania hematokrytu stosowane są różne formuły matematyczne, nie można zatem jednoznacznie stwierdzić, że w przypadku konkurencyjnego urządzenia mamy do czynienia z bezpośrednim pomiarem.

Zamawiający z kolei dopiero w piśmie procesowym - Odpowiedzi na odwołanie wyjaśnia, że w ocenie za pomocą kryterium „Hematokryt oznaczany a nie wyliczany” chodziło mu o rzeczywiste oznaczenie, a nie o wyliczenie ze średniej objętości, jak ma to miejsce

w metodzie wykorzystywanej w analizatorze oferowanym przez odwołującego. Twierdzi także, że „lepsza” jest metoda wykorzystywana przez aparaty Sysmex, gdyż na tych aparatach pracuje, są mu znane i takie właśnie preferuje. Jeśli tak jest w istocie, to nic nie stało

na przeszkodzie aby zamawiający sprecyzował, w ramach opisu ww. kryterium oceny ofert,

za jakie rozwiązanie wykonawcy zostaną przyznane dodatkowe punkty. Z kolei jeśli tego nie zrobił to wszelkie wątpliwości czy nieścisłości, z którymi niewątpliwie mamy do czynienia

w niniejszej sprawie, należy interpretować na korzyść wykonawców. Zamawiający nie może na obecnym etapie przyznawać punktów tylko jednemu z nich, opierając się na swoim własnym przekonaniu i doświadczeniu, nie zaś na wprost i jednoznacznie wyartykułowanych wymaganiach SWZ.

Mając na względzie powyższe Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części tj. w zakresie w jakim odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie przepisów

art. 16, art. 223 ust. 1 oraz art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 5 postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części. Potwierdzenie się powyższych zarzutów powoduje, że zamawiający, po unieważnieniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Sysmex, ponownie przystąpi do oceny ofert w ramach kryteriów oceny ofert, w wyniku czego nastąpi zmiana punktacji w ramach kryterium „Ocena techniczna (jakość)”. To z kolei spowoduje zmianę w rankingu, gdyż to oferta odwołującego uzyska największą liczbę punktów.

Powyższe wyczerpuje przesłankę opisaną w art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie części zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny ofert w ramach kryteriów opisanych w SWZ, w rezultacie czego dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....