

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 19 listopada 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 25 października 2024 r. przez **wykonawcę Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Opolu**

przy udziale **wykonawcy Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp wycofanego przez odwołującego oraz w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp dotyczącego niewłaściwej punktacji i oceny oferty wykonawcy Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie uwzględnionego przez zamawiającego, wobec którego nie zgłoszono sprzeciwu.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,

3.2. zasądza od wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Regionalnego Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Opolu kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3952/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Opolu - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Dostawa testów do badania markerów wirusologicznych przenoszonych drogą krwi wraz z dzierzwą kompletu aparatury niezbędnej do automatycznego wykonywania badań za pomocą przedmiotowych rodzajów testów”, nr sprawy: 4/2024. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 lipca 2024 r., numer publikacji ogłoszenia: 446588-2024, numer wydania Dz.U. S: 144/2024.

W dniu 25 października 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) wyboru oferty Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Abbott” lub Przystępujący) jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych,
- 4) zaniechania odrzucenia oferty Abbott, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji,
- 5) błędnej oceny oferty Abbott i przyznanie jej zawyżonej liczby punktów w kryterium „Parametry użytkowe”, a w konsekwencji łącznej liczby punktów w całym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp oraz art. 107 ust. 2 ustawy pzp przez jego błędne zastosowanie i niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, a także poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych,

a przez to przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

2) art. 107 ust. 3 ustawy pzp przez błędne zastosowanie na skutek uznania, że pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego oferta Odwołującego podlega odrzuceniu,

3) art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), przez zaniechanie odrzucenia oferty Abbott, pomimo że wykonawca ten podał nieprawdziwe informacje w zakresie parametru „System informatyczny do zarządzania magazynem odczynników oraz materiałów zużywalnych i kontrolnych”, bowiem wbrew zapewnieniom Abbott nie spełnia on wymagań określonych w SWZ,

4) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp przez błędną ocenę oferty Abbott w kryterium jakościowym „Parametry użytkowe” i niezasadne przyznanie tej ofercie 15 punktów za „System informatyczny do zarządzania magazynem odczynników oraz materiałów zużywalnych i kontrolnych”, a w konsekwencji 40 punktów łącznie w kryterium „Parametry użytkowe”, a w efekcie wybranie oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

3) odrzucenia oferty Abbott,

4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert przez:

a. dokonanie ponownej oceny oferty Abbott w kryterium „Parametry użytkowe” i nakazanie Zamawiającemu nieprzyznawania 15 punktów za „System informatyczny do zarządzania magazynem odczynników oraz materiałów zużywalnych i kontrolnych”, a w konsekwencji zmiany punktacji łącznej Abbott w kryterium „Parametry użytkowe” (w sytuacji braku nakazania odrzucenia oferty tego Wykonawcy),

b. nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących przedmiotowych środków dowodowych.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania skierowane do rozpoznania na rozprawie wskazał:

1) Niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp uznając, iż zaoferowany przezeń analizator nie spełnia wymagania określonego w pkt 1.3.5. opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, zgodnie z którym: „Każdy z Analizatorów musi zapewniać wydajność minimum 210 badań każdego rodzaju (4 rodzaje testów) w ciągu 6 godzin, łącznie z wykonaniem badań kontroli oraz czynności konserwacyjnych.” Na podstawie ww. zapisu specyfikacji Zamawiający wywiódł, że minimalna wydajność każdego z analizatorów powinna wynosić 140 testów na godzinę (210 badań x 4 rodzaje = 840 badań w ciągu 6 godzin; $840/6=140$ badań na jedną godzinę). Natomiast z instrukcji obsługi zaoferowanych przez firmę Roche Diagnostics Poland Sp. z o.o. analizatorów Cobas pure e402 ustalił, że mają one wydajność „Do 120 testów/godz.”, co uznał za niezgodne z warunkami zamówienia i powodujące konieczność odrzucenia oferty. Odwołujący wskazał, że przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego została wyinterpretowana przez Zamawiającego z postanowień SWZ, gdyż wprost żadne z nich nie narzuca minimalnej wydajności aparatu na jedną godzinę pracy. Odwołujący w ramach złożonej oferty faktycznie zaoferował analizator Cobas pure integrated solutions <e402>, który zgodnie z informacją znajdującą się na str. 80 instrukcji obsługi zapewnia wykonanie do 120 testów/godzinę. Tej cechy nie można jednak uznać za sprzeczną z SWZ, zwłaszcza, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wprost nie określił jaką ilość badań ma wykonać analizator w ciągu jednej godziny. Analizator zaoferowany przez Odwołującego wykonuje do 720 badań w ciągu 6 godzin, przy wymogu SWZ zapewnienia co najmniej 210 badań w ciągu 6 godzin. Twierdzenie, że w specyfikacji chodziło o 840 badań / 6 h nie ma oparcia w jej literalnym brzmieniu, a już z całą pewnością taka wykładnia nie jest jedyną możliwą na gruncie użytych w SWZ sformułowań. Wymóg „210 badań każdego rodzaju (...) w ciągu 6 godzin” został zrozumiany przez Odwołującego jako konieczność zapewnienia minimalnej ilości 210 badań łącznie dla wszystkich podanych rodzajów testów. Innymi słowy, niezależnie od rodzaju wykonywanych badań (a są ich 4 rodzaje), analizator miał zapewnić ich realizację w tempie 210 badań / 6h. Jeśli w intencji Zamawiającego chodziło o wydajność 140 testów na godzinę (jak to określił dopiero w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego), to nic nie stało na przeszkodzie, aby w taki jasny, niebudzący wątpliwości sposób, zapisać to w SWZ. Co więcej, nawet zachowując obecny układ parametru

można było go wyrazić bardziej zrozumiale, dodając w odpowiednim miejscu wyraz „z”: „Każdy z Analizatorów musi zapewniać wydajność minimum 210 badań z każdego rodzaju (4 rodzaje testów) w ciągu 6 godzin, łącznie z wykonaniem badań kontroli oraz czynności konserwacyjnych”. Odwołujący będąc przekonany co do prawidłowości swojej interpretacji, złożył w postępowaniu ofertę zapewniającą wykonanie łącznie aż 720 badań w ciągu 6 godzin, niezależnie od ich rodzaju (czyli „każdego rodzaju”). Interpretacja przedstawiona przez Zamawiającego ukazała konieczność przeprowadzenia dodatkowych wyliczeń w celu ustalenia wymaganej wydajności urządzenia i to przy jednoczesnym przyjęciu określonych założeń wyjściowych, które ze specyfikacji nie wynikają. Podana w opisie przedmiotu zamówienia wartość 210 badań przy wykładni przyjętej przez Zamawiającego, była niewystarczająca do weryfikacji spełnienia wymagania, powodując konieczność pomnożenia 210 badań przez 4 rodzaje testów i dopiero tak otrzymany wynik 840 badań został zweryfikowany przez Zamawiającego. Badając ofertę Odwołującego Zamawiający dokonał dalej idących kalkulacji ustalając, iż minimalna liczba badań na godzinę winna wynosić 140 (840 badań/6 godzin) pomimo, iż, co już zostało wskazane, nie określił takiego parametru w OPZ. Ocenianą wartość odnosił wyłącznie do wydajności urządzenia w ciągu 6 godzin. Omawiany zapis OPZ „minimum 210 badań każdego rodzaju (...) w ciągu 6 godzin” mógł być i powinien być rozumiany w przyjęty przez Odwołującego sposób, tj. zapewnienie wykonania w ciągu 6 godzin 210 badań łącznie w ramach wszystkich rodzajów testów (w dowolnej ich konfiguracji). Natomiast uznanie prawidłowości przeprowadzonej przez Zamawiającego odmiennej wykładni postanowienia, nie może powodować niekorzystnych skutków dla wykonawcy. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, ale także Sądów powszechnych oraz Sądu Najwyższego wszelkie niejasności i niejednoznaczności SWZ muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji niejednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego. Powołał się na stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w wyroku z 4 lipca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18, w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 28 maja 2020 r., sygn. akt XXIII Ga 1548/19, uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, w wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 660/15. Wobec powyższego, zaferowanie przez Odwołującego analizatora zapewniającego wykonanie 720 badań wszystkich rodzajów (każdego rodzaju) testów w ciągu 6 godzin należy uznać za spełnienie wymagania określonego w pkt 1.3.5. załącznika nr 1 do SWZ i zgodności oferty z warunkami zamówienia. W związku z powyższym odrzucenie oferty Odwołującego nie powinno się ostać.

2) Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia przedmiotowych środków dowodowych

Odwołujący wskazał, że wobec bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, co zostało wyjaśnione w uzasadnieniu zarzutu pierwszego, zasadny jest zarzut zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów, które nie zostały załączone do oferty, a w konsekwencji przedwczesnego odrzucenia oferty Odwołującego za brak niektórych przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający w pkt 8.2. SWZ uregulował wymagania dotyczące przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający przewidział w dokumentach zamówienia procedurę uzupełniania części przedmiotowych środków dowodowych i nie może jej pominąć i jest zobowiązany do wystosowania wezwania w przypadku niekompletności oferty. Zamawiający zdaje się tego nie kwestionować, natomiast zaniechanie tej czynności uzasadnia treścią art. 107 ust. 3 ustawy pzp, który, jednakże nie miał zastosowania wobec bezzasadności odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający w informacji o wyniku postępowania wskazał, iż Odwołujący nie załączył do oferty przedmiotowych środków dowodowych w postaci tłumaczenia na język polski oświadczenia, że oferowane odczynniki nie wymagają wydania przez jednostki notyfikowane certyfikatów, a także Deklaracji Zgodności dla odczynników:

- 1) HBsAg G2 Elecsys E2G 300 V2
- 2) HBsAg G2 AUTO confirmatory Elecsys E2G
- 3) HIV duo Elecsys E2G 300 V2
- 4) Syphilis Elecsys E2G 300 V2
- 5) Anti-HCV G2 Elecsys E2G 300 V2

Wobec stwierdzenia zgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia i brakiem podstaw do jej odrzucenia, zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do złożenia brakujących przedmiotowych środków dowodowych przed rozstrzygnięciem postępowania, należy uznać za naruszenie art. 107 ust. 2 oraz 107 ust. 3 ustawy pzp.

W dniu 13 listopada 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Ponadto, w dniu 13 listopada 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożył Przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania.

Na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania w dniu 19 listopada 2024 r. Odwołujący oświadczył, że wycofuje zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp, natomiast Zamawiający oświadczył, że uwzględni zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp dotyczący niewłaściwej punktacji i oceny oferty wykonawcy Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wykonawca Abbott przystępujący po stronie Zamawiającego nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia powyższego zarzutu.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami oraz dowód złożony przez Zamawiającego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Na wstępie wskazania wymaga, że Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy pzp w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy pzp wycofanego przez Odwołującego na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, ponieważ oświadczenie o cofnięciu zarzutów odwołania uznać należy za oświadczenie najdalej idące złożone przez Stronę, która zainicjowała postępowanie odwoławcze. Złożenie takiego oświadczenia warunkuje zakończenie postępowania odwoławczego wobec wycofanego zarzutu bez konieczności jego rozpoznawania i merytorycznego stanowiska Izby. Odwołujący podejmuje bowiem decyzję o ostatecznym zaniechaniu kontynuowania sporu przed Izbą w odniesieniu do zarzutu wycofanego.

Ponadto, Izba uznała, że w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp dotyczącego niewłaściwej punktacji i oceny oferty wykonawcy Abbott Laboratories Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie uwzględnionego przez zamawiającego na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestnika postępowania zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 522 ust. 4 ustawy pzp, zgodnie z którym *„W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.”* Taka sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym. Zamawiający uwzględnił w części zarzuty odwołania (zarzut dotyczący niewłaściwej oceny oferty Wykonawcy Abbott), natomiast Uczestnik postępowania, który przystąpił po jego stronie do postępowania odwoławczego nie wniósł sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, co wyczerpuje dyspozycję ww. przepisu i obliguje Izbę do umorzenia postępowania odwoławczego w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp. Powyższe powoduje zakończenie postępowania odwoławczego co do tego zarzutu bez jego merytorycznego rozpoznania.

W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „4. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA: 1) Przedmiotem zamówienia jest dostawa testów do badania marker wirusologicznych przenoszonych drogą krwi oraz markerów zakażenia krętkiem kiły tj. testy wirusologiczne w kierunku HBsAg (z testem potwierdzenia), przeciwciał anti-HCV, przeciwciał anti-HIV 1/2 oraz testy w kierunku wykrycia przeciwciał anti-Treponema pallidum i materiały zużywalne, kalibracyjne, kontrolne wraz z dzierżawą kompletnej aparatury niezbędnej do wykonywania badań za pomocą przedmiotowych rodzajów testów dla liczby: 140 000 donacji na okres 48 miesięcy. Zamawiający deklaruje, że minimalny poziom zamówienia, który zostanie zrealizowany w ramach umowy, będzie obejmował dostawę ww. testów i materiałów zużywalnych, kalibracyjnych, kontrolnych do wykonywania badań dla liczby: 70 000 donacji wraz z dzierżawą kompletnej aparatury niezbędnej do wykonywania badań za pomocą przedmiotowych rodzajów testów przez okres 24 miesięcy. Pozostały zakres zamówienia będzie objęty prawem opcji, z którego Zamawiający będzie mógł skorzystać w przypadku zapotrzebowania na wykonanie większej ilości badań czy przedłużenia okresu dzierżawy. Materiałem do badań może być zarówno surowica jak i osocze. 2) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1 do SWZ.”

- „8.2. PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE SKŁADANE WRAZ Z OFERTĄ.

1) Do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne:

a) deklaracje zgodności CE z normami UE potwierdzające oznakowanie oferowanych testów/materiałów pomocniczych/urządzeń znakiem CE lub deklaracje Wytwórcy (Producenta) o spełnieniu wymagań zasadniczych dla wyrobów medycznych (Dz. U. 2022 poz. 974 ze zm.)

b) Certyfikat Jednostki Notyfikowanej, jeśli wymaga tego Ustawa z dnia 7 kwietnia 2022 o wyrobach medycznych (Dz. U. 2022 poz. 974 ze zm.) – jeśli wyrób jest zgodny ze starymi przepisami wymagane jest oświadczenie producenta o spełnieniu przez wyrób okresów przejściowych, o których mowa w art. 110 ust. 2-4 IVDR.

c) oświadczenie, że dla oferowanych wyrobów (nazwa i/lub numer pozycji w formularzu ofertowym) Ustawa z dnia 7 kwietnia 2022 r. (Dz. U. 2022 poz. 974 ze zm.) o wyrobach medycznych nie wymaga wydania przez jednostki notyfikowane certyfikatów, w przypadku, gdy na rynku wyrobów medycznych oferowany asortyment występuje jako niewymagający posiadania ww. certyfikatów

d) specyfikacje techniczne oferowanych produktów potwierdzające spełnianie wymogów zawartych w załączniku nr 1 do SWZ – nie podlegają uzupełnieniu

2) Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych wymienionych wyżej w ppkt a)-c) lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy, wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Na podstawie art. 107 ust. 3 przedmiotowe środki dowodowe wskazane w ppkt d) nie podlegają uzupełnieniu! Należy je złożyć wraz z ofertą!”

- „11. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT: (...) 4) Ofertę należy przygotować według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ (zaleca się po wypełnieniu formularza, zapisanie pliku w formacie PDF, a następnie podpisanie oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym). Wraz z ofertą należy złożyć wycenę analityczną ceny stanowiącą Załącznik nr 2A do SWZ oraz zestawienie aparatury stanowiące Załącznik nr 2B do SWZ – są one integralną częścią oferty – ich uzupełnienie po terminie składania ofert nie będzie możliwe.”

Zgodnie z OPZ:

- „1. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA 1.1. Określenie przedmiotu zamówienia (...) 4. Pod pojęciem „wykonania badania donacji” należy rozumieć wykonanie niezbędnych czynności na aparaturze badawczej do momentu uzyskania ostatecznego wyniku dla identyfikowalnej donacji na podstawie numeru zgodnego ze standardem ISBT 128, z uwzględnieniem wykonania badań powtórkowych w przypadku wyników reaktywnych w pierwszym badaniu. (...) 6. Wykonawca winien wskazać w ofercie ilość testów i materiałów pomocniczych niezbędnych do wykonania badań dla 140 000 donacji w okresie 48 miesięcy z podziałem na zamówienie podstawowe tj. 70 000 donacji w okresie 24 miesięcy oraz zamówienie opcjonalne tj. 70 000 donacji w okresie 24 miesięcy. a) W przypadku testów należy:

- zaoferować taką ilość testów, aby zapewnić wykonanie badań dla określonej w zamówieniu ilości donacji, mając na względzie parametry oferowanych testów, konieczność powtarzania badań w przypadku wyników reaktywnych,

- zaoferować testy potwierdzenia w ilości – 30 testów na rok,

- w przypadku konieczności wykonania powtórnych badań w związku z wystąpieniem zdarzeń niezależnych od Zamawiającego takich jak np. awaria sprzętu, wykonawca dostarczy testy niezbędne do przeprowadzenia ponownych badań nieodpłatnie.

b) W przypadku zestawów kontrolnych należy przyjąć:

- zestawy do codziennej kontroli wewnętrznej w ilości umożliwiającej wykonanie minimum 2 kontroli z każdego parametru w ciągu doby (w dni robocze) na jednym z aparatów,
- w przypadku konieczności wykonania zwiększonej liczby badań, możliwość wykonania kontroli na drugim aparacie w tej samej dobie – do obliczeń należy przyjąć, że taka sytuacja może nastąpić do 3 razy w tygodniu.
- w przypadku konieczności wykonania powtórnych kontroli w związku z wystąpieniem zdarzeń niezależnych od Zamawiającego takich jak np. awaria sprzętu, wykonawca dostarczy materiały niezbędne do przeprowadzenia ponownej kontroli nieodpłatnie.

c) W przypadku pozostałych materiałów pomocniczych należy przyjąć, że:

- badania w ciągu doby (w dni robocze) będą wykonywane na jednym aparacie; szacuje się, że dobowy czas pracy będzie wynosił średnio 7 godzin, w pozostałym czasie aparaty będą pracowały w trybie „STAND BY”;
- aparaty będą wykorzystywane zamiennie za wyjątkiem sytuacji awaryjnych i określonych powyżej,
- w przypadku konieczności wykonania powtórnych badań w związku z wystąpieniem zdarzeń niezależnych od Zamawiającego takich jak np. awaria sprzętu, wykonawca dostarczy pozostałe materiały pomocnicze niezbędne do przeprowadzenia ponownych badań nieodpłatnie.”

1.3. Wymagania techniczne i jakościowe dotyczące aparatury.

1. Wykonawca zapewni dwa w pełni automatyczne aparaty umożliwiające wykonanie badań przy pomocy zaoferowanych testów. Każdy automatyczny aparat zwany dalej „Analizatorem” musi wykonywać automatycznie procedurę oznaczenia każdego z testów tzn. bez konieczności ingerencji operatora w poszczególne etapy badania od momentu załadowania próbek do otrzymania wyników. (...)

3. Wykonawca zapewni prawidłowe dostarczenie, wstawienie, montaż urządzeń (podstawowego i zapewniającego back up), uwzględniając specyfikę budynku i pomieszczeń Pracowni Diagnostyki Czynniki Zakaznych. (...)

5. Każdy z Analizatorów musi zapewniać wydajność minimum 210 badań każdego rodzaju (4 rodzaje testów) w ciągu 6 godzin, łącznie z wykonaniem badań kontroli oraz czynności konserwacyjnych. (...)

7. Metodyka badań na Analizatorze musi obejmować:

- a) możliwość wykonywania badań seryjnych, pojedynczych i „cito” w dowolnym momencie cyklu i osiągnięcia wyniku (jedna donacja- 4 markery) max. 1 godz;
- b) identyfikowanie próbek oznaczonych kodem kreskowym zgodnym ze standardem ISBT 128;
- c) wykonywanie badań z macierzystych próbek bez konieczności przenoszenia materiału (...).”

Izba ustaliła, zgodnie z informacją z otwarcia ofert, że w postępowaniu oferty złożyło dwóch Wykonawców: Odwołujący i wykonawca Abbott.

Odwołujący zaoferował: analizator cobas pure e402, str. 80 instrukcji obsługi dołączonej do oferty wskazuje na wydajność: do 120 testów/godz.

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 października 2024 r. oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „W pkt 1.3.5 opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ Zamawiający postawił wymóg: „Każdy z Analizatorów musi zapewniać wydajność minimum 210 badań każdego rodzaju (4 rodzaje testów) w ciągu 6 godzin, łącznie z wykonaniem badań kontroli oraz czynności konserwacyjnych...”, — wynika z tego, że minimalna wydajność każdego z analizatorów to 140 testów na godzinę (210 badań x 4 rodzaje 840 badań w ciągu 6 godzin; 840/6=140 badań na jedną godzinę), podczas gdy instrukcja obsługi zaoferowanych przez firmę Roche Diagnostics Poland SP, z o.o. analizatorów Cobas pure e402 wskazuje, że mają one wydajność „Do 120 testów/godz.”, co jest niezgodne z warunkami zamówienia i powoduje konieczność odrzucenia oferty. Zamawiający informuje również, że Wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. nie dołączył do oferty Deklaracji Zgodności dla zaoferowanych odczynników: 1. HBsAg G2 Elecsys E2G 300 V2 2. HBsAg G2 AUTO confirmator, Elecsys E2G 3. HIV duo Elecsys E2G 300 V2 4. Syphilis Elecsys E2G 300 V2 5. Anti-HCV G2 Elecsys E2G 300 V Ponadto do złożonego oświadczenia (plik o nazwie IVDD statement_Po/and), że oferowane odczynniki w świetle Ustawy z dnia 07 kwietnia 2022 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. 2022 poz. 974 ze zm.) nie wymagają wydania przez jednostki notyfikowane certyfikatów Wykonawca nie dołączył tłumaczenia na język polski, a przy próbie walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego Zamawiający uzyskał komunikat „plik niekompletnie zweryfikowany”. Z uwagi na fakt, że oferta

podlega odrzuceniu Zamawiający, na podstawie art. 107 ust. 3 odstąpił od wezwania Wykonawcy do złożenia/uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, czy też wyjaśnienia ich treści.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 15 października 2024 r., a dotyczące zaoferowania analizatora o niższej wydajności niż wymagana postanowieniami SWZ. Zdaniem Izby, czynność odrzucenia oferty Odwołującego była właściwa w świetle dokumentów zamówienia, a zarzut odwołania nie potwierdził się.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: *„1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”* Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: *„Ileż w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.”*

Zaznaczenia wymaga, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazania wymaga, że bezspornym było, że Odwołujący zaoferował analizatory o wydajności do 120 testów na godzinę i jak wskazał w odwołaniu: do 720 testów na 6 godzin. Spór sprowadził się wyłącznie do sposobu rozumienia wymagania 1.3.5. OPZ: *„Każdy z Analizatorów musi zapewniać wydajność minimum 210 badań każdego rodzaju (4 rodzaje testów) w ciągu 6 godzin, łącznie z wykonaniem badań kontroli oraz czynności konserwacyjnych.”* Odwołujący wywodził bowiem, że powyższe wymaganie zostało przez niego zrozumiane odmiennie niż chciał tego Zamawiający, a co zostało opisane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Odwołujący argumentował, że możliwość różnych interpretacji pkt 1.3.5. OPZ powinna skutkować wyborem rozumienia na korzyść wykonawcy, co w myśl jednolitego orzecznictwa Izby powoduje brak negatywnych konsekwencji po stronie wykonawcy w postaci odrzucenia oferty. Izba nie podzieliła jednak stanowiska Odwołującego, aby taka sytuacja zaistniała w niniejszym postępowaniu.

Izba zauważa na wstępie, że „wydajność pracy” zgodnie z definicją słownika PWN oznacza: *„sumę produktów wytworzonych lub usług świadczonych przez jednego pracownika w określonej jednostce czasu.”* Wydajność urządzenia będzie zatem stosunkiem ilości wytworzonego dobra do ilości czasu potrzebnego na jego wytworzenie. Zamawiający wymagał więc w pkt 1.3.5 OPZ, aby każdy oferowany analizator w ciągu 6 godzin zrobił minimum 210 badań każdego rodzaju (4 rodzaje testów). Analizator miał więc zrobić 210 czterech rodzajów testów, co niewątpliwie oznacza zrobienie 840 wszystkich testów w ciągu 6 godzin. Zdaniem Izby, sformułowane w pkt 1.3.5. OPZ wymaganie jest jednoznaczne zarówno w świetle jego literalnego brzmienia, jak i wykładni celowościowej – Odwołujący miał świadomość, że celem przeprowadzenia testów jest osiągnięcie wyniku (jedna donacja – 4 markery) i tego nie kwestionował. Wskazują na to także postanowienia dokumentów zamówienia, określenie przedmiotu postępowania, w tym pkt 1.3.7. a) OPZ wskazujący wprost, że jedna donacja to 4 markery. Zamawiający wskazując w pkt 1.3.5. OPZ na „badania każdego rodzaju (4 rodzaje testów)” opisał właściwie pojęcie „donacji”. Odwołujący jako profesjonalny wykonawca działający, jak podnosił na rozprawie, od lat na rynku analizatorów dla Centrów Krwiodawstwa nie powinien mieć problemów z odczytaniem powyższego postanowienia. Zdaniem Izby, argumentacja Odwołującego prezentowana w odwołaniu oraz na rozprawie jest niewiarygodna i sprowadza się do nadinterpretacji postanowienia pkt 1.3.5. OPZ przez dodawanie do niego wyrażen czy usuwanie poszczególnych treści tak aby ukazać treść właściwą interpretacji Odwołującego

niewynikającą jednak z literalnego brzmienia tego punktu OPZ.

Odwołujący w odwołaniu podnosił bowiem, że analizator przez niego oferowany spełnia wymagania pkt 1.3.5. „co najmniej 210 badań w ciągu 6 godzin.” Zamawiający nie określił jednak wydajności w sposób prezentowany przez Odwołującego i nie oczekiwał zrobienia w ciągu 6 godzin 210 badań. Zamawiający wymagał wykonania 210 badań każdego rodzaju (4 rodzaje testów) w ciągu 6 godzin. Odwołujący w odwołaniu wielokrotnie pominął tę treść argumentując, że pkt 1.3.5. OPZ można również rozumieć jako „zapewnienie minimalnej ilości 210 badań łącznie dla wszystkich podanych rodzajów testów. Innymi słowy, niezależnie od rodzaju wykonywanych badań (a są ich 4 rodzaje), analizator miał zapewnić ich realizację w tempie 210 badań / 6h.” Takie brzmienie nie wynika z pkt 1.3.5. OPZ. Zamawiający nie wymagał wykonania 210 badań łącznie dla wszystkich rodzajów testów, czy też zrobienia 210 badań na 6 godzin niezależnie od rodzaju wykonywanych badań. Takich sformułowań, których użył Odwołujący, jak „wszystkich badań”, „badań łącznie dla wszystkich rodzajów testów”, „niezależnie od ich rodzajów”, „w ciągu 6 godzin 210 badań łącznie w ramach wszystkich rodzajów testów (w dowolnej ich konfiguracji)” próżno szukać w treści pkt 1.3.5. OPZ.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego prezentowanego na rozprawie, uznając je za niewiarygodne, że Odwołujący pozostawał w przekonaniu, że Zamawiającemu mogło zależeć na określeniu wydajności rozumianej odrębnie dla danego rodzaju testu, np. z uwagi na możliwość wystąpienia zdarzeń wymagających np. powtórzenia testu, a więc przeprowadzenie tylko jednego z 4 testów. Odwołujący wywodził zatem, że Zamawiający uznał za istotniejsze zabezpieczenie wydajności przy sytuacjach wyjątkowych niż przy sytuacjach standardowych wymagających wykonania dla jednej donacji 4 testów. Takie stanowisko jest nielogiczne zarówno w świetle treści dokumentów zamówienia, jak i celów jakie Zamawiający zamierza osiągnąć udzielając zamówienia (wykonanie 70.000 donacji w okresie 24 miesięcy – zamówienie podstawowe oraz 70.000 donacji w okresie 24 miesięcy – zamówienie opcjonalne). Interpretacja postanowienia pkt 1.3.5. OPZ prezentowana przez Odwołującego prowadziłaby do wniosku, że Zamawiający zakładał bardzo niską wydajność analizatorów przy bardzo dużym zapotrzebowaniu. Niewątpliwie, 210 testów w ciągu 6 godzin dawałoby tylko 35 wykonanych testów na godzinę. Jak wynika z przywołanych w piśmie procesowym Przystępującego przykładowych postępowań u innych Zamawiających jest to wydajność niska i niespotykana: postępowanie RCKiK w Białymstoku – 200 testów na godzinę, RCKiK w Łodzi – 150 testów na godzinę, RCKiK w Raciborzu – 160 testów na godzinę, RCKiK w Szczecinie – 190 testów na godzinę, RCKiK w Warszawie – 200 testów na godzinę, RCKiK w Zielonej Górze – 840 testów na 5 godzin, a więc 168 testów na godzinę. Jak podnosił Przystępujący, a czego Odwołujący nie kwestionował, że Odwołujący brał udział w większości tych postępowań. Odwołujący wskazywał nadto, że jest Wykonawcą, który od 7 lat realizuje analogiczne zamówienia dla Zamawiającego, a więc zna doskonale sposób realizacji zamówienia i potrzeby Zamawiającego co do wydajności analizatorów. Jak wyliczył Przystępujący w piśmie procesowym, przyjęcie wydajności na poziomie 35 testów na godzinę nie pozwoliłoby na realizację zakładanej przez Zamawiającego ilości donacji w podanym w SWZ okresie. Nieracjonalnym byłoby więc zakładanie przez Zamawiającego wydajności urządzenia na poziomie nieodpowiadającym jego zapotrzebowaniu opisanemu w OPZ. Chybiona przy tym okazała się argumentacja Odwołującego, że wyliczenia z pisma procesowego Przystępującego dotyczą jednego analizatora i powinny zostać przyjęte dla dwóch, gdyż taką ilość wymaga Zamawiający. Słusznie bowiem podnosił Zamawiający i Przystępujący, że drugi analizator stanowi back up a testy będą standardowo wykonywane na jednym analizatorze. Wynika to m.in. z postanowień pkt 1.1.6 b) tiret 1 i 2 i pkt 1.1.6 c) tiret 1 OPZ. Co więcej, Odwołujący na rozprawie podnosił, że mając świadomość znacznie większych potrzeb Zamawiającego w tym zakresie zaoferował analizator o wysokiej wydajności do 120 testów na godzinę, a nie 35 testów na godzinę (jak twierdził Odwołujący, że wymagano pkt 1.3.5. OPZ). W świetle powyższego Izba nie dała wiary stanowisku Odwołującego, że dokonał on takiej interpretacji postanowienia pkt 1.3.5. OPZ, która prowadziła do wniosku o bardzo niskiej wymaganej wydajności urządzenia. Z dowodu Zamawiającego – SWZ w poprzednim analogicznym postępowaniu – wynika, że postanowienia pkt 1.3.5 OPZ były tożsame i Odwołujący zaoferował analizator spełniający wymagania. Okoliczność podnoszona na rozprawie przez Odwołującego, że w tym postępowaniu zaoferował nowe analizatory, mając na względzie ryzyko awaryjności poprzednich pozostaje irrelevantna dla rozstrzygnięcia sporu. Odwołujący w przypadku wątpliwości mógł wnosić o wyjaśnienia treści SWZ na etapie ogłoszonego postępowania, w tym wnosić o dopuszczenie analizatora o nieco niższej wydajności niż wymagana pkt 1.3.5. OPZ, czego jednak nie uczynił. Zdaniem Izby, bez znaczenia także pozostają twierdzenia Odwołującego dotyczące braku określenia ilości testów na godzinę, czy też kwestionowane przeliczenia ilości testów dokonane przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty (210 x 4 rodzaje testów = 840 testów w ciągu 6 godzin, co daje 140 testów na godzinę). Skoro instrukcja obsługi analizatora Odwołującego prezentowała parametr wydajności jako „do 120 testów na godzinę” to Zamawiający celem weryfikacji tego parametru musiał dokonać jego dostosowania, aby dokonać porównania merytorycznej treści oferty z postanowieniami dokumentów zamówienia. To porównanie doprowadziło do konstatacji o zaoferowaniu przez Odwołującego analizatorów o wydajności niezgodnej z postanowieniem pkt 1.3.5. OPZ. Irrelevantne są także twierdzenia Odwołującego, że każdy z testów może

zostać przeprowadzony w innym czasie. Skoro wydajność w instrukcji obsługi została podana jako maksymalna to oznacza, że wyższa nie będzie i w ciągu 6 godzin będzie wynosiła maksymalnie 720 testów niezależnie od czasu wykonania poszczególnych testów, co zresztą przyznaje Odwołujący w odwołaniu.

Mając powyższe na względzie, zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp nie potwierdził się, a Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego.

W konsekwencji Zamawiający prawidłowo odstąpił od kierowania do Odwołującego wezwania do złożenia/uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z art. 107 ust. 3 ustawy pzp: „Przepisu ust. 2 nie stosuje się, jeżeli przedmiotowy środek dowodowy służy potwierdzeniu zgodności z cechami lub kryteriami określonymi w opisie kryteriów oceny ofert lub, pomimo złożenia przedmiotowego środka dowodowego, oferta podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.” Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, a więc wezwanie z art. 107 ust. 2 ustawy pzp w świetle dyspozycji art. 107 ust. 3 ustawy pzp nie mogło zostać do Odwołującego skierowane.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego i koszt wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: