

WYROK

Warszawa, dnia 26 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2024 r. przez wykonawcę DiaHem AG Diagnostic Products, Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, Szwajcaria, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa, ul. Bolesława Chrobrego 31; 58-300 Wałbrzych,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - Grifols Polska sp. z o.o.,
ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Grifols Polska sp. z o.o.,
ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa, ponowne badanie i ocenę ofert.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Grifols Polska sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DiaHem AG Diagnostic Products, Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, Szwajcaria, tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę DiaHem AG Diagnostic Products, Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, Szwajcaria, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Grifols Polska sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Grifols Polska sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa rzecz wykonawcy DiaHem AG Diagnostic Products, Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, Szwajcaria kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę DiaHem AG Diagnostic Products, Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, Szwajcaria, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Wałbrzychu- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Dostawa odczynników diagnostycznych do badań immunohematologicznych wykonywanych metodą automatyczną; techniką mikrokolumnową żelową, krwinek wzorcowych, zestawów do codziennej kontroli jakości badań wraz z dzierżawą dwóch analizatorów i zestawu stanowiącego manualny backup (min. 1 wirówka do mikrokart, 1 cieplarka, 1 pipeta automatyczna) przez okres 24 miesięcy”*.

13 czerwca 2024 roku, wykonawca DiaHem AG Diagnostic Products, Schlosserstrasse 4, CH-8180 Bülach, Szwajcaria (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Grifols z postępowania pomimo tego, że oferta Grifols jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. pkt 16 pozycji "Mikrokarty, odczynniki diagnostyczne" OPZ;
 - 2.art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadą uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
- Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie zamawiającemu:
- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty Grifols jako oferty najkorzystniejszej;
 - 2)przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert;
 - 3)odrzucenie oferty Grifols na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że naruszenie przez zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem gdyby zamawiający ich nie naruszył, oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Co, za tym idzie, odwołujący mógłby uzyskać zamówienie objęte postępowaniem. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku

naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia polega na tym, że odwołujący oferuje wykonanie zamówienia w niniejszym postępowaniu, którego wynikiem będzie zawarcie z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania szanse odwołującego na uzyskanie zamówienia znacząco wzrosną - oferta odwołującego zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą. Z kolei naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może wyrządzić odwołującemu szkodę w postaci utraconych korzyści – przychodów z niezyskanego zamówienia. Niezależnie od powyższego odwołujący wskazuje, że jego interes prawny wyraża się również w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołanie wskazał, co następuje.

Zaoferowana przez Grifols w pkt 16 w pozycji "Mikrokarty, odczynniki diagnostyczne" załącznika nr 1 do oferty mikrokarta jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. pkt 16 pozycji "Mikrokarty, odczynniki diagnostyczne" OPZ. Zgodnie z literalnym, dosłownym brzmieniem wyżej przywołanego wymogu z OPZ zamawiający oczekiwał zaoferowania w pkt 16 "mikrokarty z surowicą antyglobulinową monowalentną anti-IgG (Coombs IgG) (liczba mikrokolumn)". Z kolei Grifols zaoferował dostawę mikrokarty o nazwie DG Gel Coombs o numerze katalogowym 210324, która jest kartą poliwalentną zawierającą mieszaninę przeciwciał anti-IgG oraz anti-C3d. Pomiędzy zaoferowanym przez Grifols sposobem wykonania zamówienia, a oczekiwaniami zamawiającego wyartykułowanymi w SWZ zachodzi wyraźna sprzeczność, która implikuje zastosowanie wobec oferty Grifols przesłanki odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Bezpośredni test antyglobulinowy (BTA), do którego będą wykorzystywane zamawiane w postępowaniu mikrokarty, to badanie pozwalające wykryć na powierzchni krwinek czerwonych związane z nimi *in vivo* przeciwciała lub składniki dopełniacza. Badanie polega na dodaniu do zawiesiny krwinek odczynnika antyglobulinowego zawierającego przeciwciała skierowane do ludzkich immunoglobulin i/lub składowych C3d dopełniacza. Przeciwciała te wiążą się do antygenów obecnych na erytrocytach.

W niniejszym postępowaniu wzięły udział dwie firmy będące głównymi dostawcami analizatorów w Polsce. Osoby biorące udział w procesie ofertowym posiadają wiedzę oraz doświadczenie w dostawie odczynników i materiałów do badań. Dla każdego profesjonalnego wykonawcy znane jest rozróżnienie poszczególnych kart, a także ich przeznaczenie. Żaden

z wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu nie miał w tym zakresie żadnych wątpliwości, o czym świadczy fakt niezadawania pytań do treści SWZ dotyczących mikrokart czy też niewniesienie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej na brzmienie cytowanych powyżej postanowień SWZ.

Pojęcie surowicy monowalentnej oraz poliwalentnej jest powszechnie używane w branży medycznej, jak i prasie branżowej. Przykładowo J. Korsak oraz M. Łękowska w publikacji „Transfuzjologia kliniczna” (wyd. 2009 α-medica press) w części - Testy antyglobulinowe, rozróżniają i definiują pojęcia surowica poliwalentna i monowalentna w następujący sposób: „Na ogół stosowana surowica antyglobulinowa zawiera, oprócz przeciwciał anti-IgG, dodatkowo przeciwciała anti-C3. Jest to tzw. surowica wieloswoista – poliwalentna, ułatwiająca wykrycie przeciwciał wiążących dopełniacz. Wśród aloprzeciwciał odpornościowych jest ich niewiele i w metodach automatycznych, w których bada się osocze, stosuje się surowicę anti-IgG, czyli surowicę o pojedynczej swoistości, zwaną też monowalentną”. Abstrahując od tego, że wykonawcy tacy jak odwołujący czy Grifols posiadają wiedzę specjalistyczną odnoszącą się do nomenklatury branżowej, w której odróżnia się surowicę mono- i poli- walentną, to opis przedmiotu zamówienia pozwala zidentyfikować potrzeby i intencje zamawiającego na podstawie analizy (wykładni) literalnego, dosłownego brzmienia wymagań. Nawet osoba nie posiadająca takiej wiedzy jest w stanie odczytać do czego ma służyć analizator, jakie badania mają być wykonywane i jakich materiałów potrzebuje do tego zamawiający.

W OPZ zamawiający wskazał konkretnie z jaką surowicą powinny zostać dostarczone oferowane mikrokarty. W pkt 3 OPZ powinny zostać zaoferowane mikrokarty z surowicą antyglobulinową poliwalentną zawierającą przeciwciała anti-IgG oraz anti-C3d, a w pkt 16 monowalentną – zawierającą wyłącznie przeciwciała anti-IgG. Powyższe wynika wprost z brzmienia OPZ. Nawet osoba nie posiadająca wiedzy medycznej / branżowej posiada możliwość zidentyfikowania wymagań zamawiającego.

Wykonawca Grifols w pkt 16 załącznika nr 1 do oferty zaoferował dostawę mikrokarty DG Gel Coombs niezgodnej z wymaganiami zamawiającego, tj. kartę z surowicą poliwalentną zamiast z surowicą monowalentną. Mikrokarta Grifols DC Gel Coombs zawiera mieszaninę przeciwciał anti-IgG+C3d, a nie wyłącznie anti IgG jak wymagał tego zamawiający. Świadczy o tym dokument dołączony przez Grifols do oferty przetargowej, tj. załącznik nr 6 – Materiały do asortymentu. Dokument ten na stronie 16-25 zawiera instrukcję używania zaoferowanej przez Grifols mikrokarty DG Gel Coombs. Na stronie 16 została zawarta informacja: „Karty DG Gel Coombs składają się z ośmiu mikropróbówek wstępnie wypełnionych buforowanym roztworem żelu, zawierającym mieszaninę przeciwciał poliklonalnych skierowanych

przeciwko ludzkiej globulinie (przeciwciała anti-IgG) oraz przeciwciał monoklonalnych skierowanych przeciwko składnikowi układu dopełniacza, białku C3d (przeciwciała anti-C3d)".

Taka sama informacja została wymieniona w dokumencie pn. „DG Gel Technical Guide typing Grifols” (dalej jako: "Przewodnik") dostępnym w sieci Internet. Wynika z niego, że „AHG: Coombs, buforowany roztwór o niskiej sile jonowej (LISS) o właściwościach polispecyficznych globulina antyludzka. Mieszanina króliczych przeciwciał poliklonalnych anti-IgG i monoklonalnych anti-C3d (przeciwciała IgM pochodzenie mysie, klon 12011 D10)” (dowód: wyciąg z Przewodnika, tj. dokumentu pn. "DG Gel Technical Guide typing Grifols" wraz z tłumaczeniem na język polski (dostępny pod adresem: <https://medisistem.com.ar/pdf/grifols/DG-Gel-Technical-Guide.pdf>).

Zaoferowana mikrokarta DG Gel Coombs zawiera surowicę składającą się z mieszaniny przeciwciał anti-IgG oraz anti-C3d, a więc nie z surowicy monowalentnej zawierającej wyłącznie przeciwciała anti-IgG jak wymagał zamawiający. Oferta Grifols jest zatem niezgodna z warunkami zamówienia.

O tym, że zaoferowana w pkt 16 załącznika nr 1 do oferty Grifols mikrokarta zawiera surowicę poliwalentną świadczy również fakt, że taka sama karta o takim samym numerze katalogowym została przez Grifols zaoferowana w pkt 3 dokumentu, tj. w miejscu, w którym zamawiający wymagał wskazania nazwy i numeru katalogowego mikrokarty antyglobulinowej z surowicą poliwalentną anti-IgG+C3d.

Odwolujący wskazuje, że wedle jego wiedzy Grifols posiada w swoim portfolio produktowym mikrokartę z surowicą antyglobulinową monowalentną anti-IgG, tj. mikrokartę DG Gel Anti-IgG o nr katalogowym 210344. W Przewodniku wskazano bowiem, że „Anti-IgG: Królicze poliklonalne anti-IgG w buforowanym roztworze o niskiej sile jonowej (LISS)” (dowód: wyciąg z Przewodnika, tj. dokumentu pn. "DG Gel Technical Guide typing Grifols" wraz z tłumaczeniem na język polski (dostępny pod adresem: <https://medisistem.com.ar/pdf/grifols/DG-Gel-Technical-Guide.pdf>).

Dostawa kart z surowicą poliwalentną zamiast monowalentną anti-IgG nie pozwoli zamawiającemu na wykonanie planowanych badań. Użycie karty DG Gel Coombs wykrywa zbiorczo bez rozróżnienia przeciwciała klasy IgG, składnik komplementu C3d lub oba składniki równocześnie. Zatem uzyskanie wyniku pozytywnego reakcji nie daje jednoznacznej odpowiedzi co zostało wykryte, w szczególności nie potwierdza występowania przeciwciał klasy IgG. Z kolei wymagany zapisami OPZ odczynnik monowalentny - pkt 16 "mikrokarty z surowicą antyglobulinową monowalentną anti-IgG (Coombs IgG) (liczba mikrokolumn)", tj. karta DG Gel Anti-IgG o nr katalogowym 210344, o której mowa powyżej, pozwala wykryć tylko i wyłącznie przeciwciałami klasy IgG tak jak oczekiwał tego zamawiający. W tym przypadku pozytywny wynik reakcji wprost i jednoznacznie potwierdza obecność przeciwciał klasy IgG.

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z ewidentną, dostrzegalną i wynikającą z przedstawionych przez samego wykonawcę Grifols dokumentów, rozbieżnością pomiędzy wymaganiami zamawiającego określonymi w OPZ a zaoferowanym przez Grifols produktem. Taka sytuacja stanowi podstawę do odrzucenia oferty Grifols na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

„Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ma miejsce w sytuacji, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego

i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom bądź też polega na sporządzeniu

i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego. Zastosowanie ww. podstawy odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania niezgodności oferty

z warunkami zamówienia i nie może budzić wątpliwości” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z 5 lutego 2024 r., KIO 11/24);

„Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego

i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy zaoferowany produkt nie posiada wymaganych w OPZ cech czy parametrów” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 czerwca 2023 r., KIO 1618/23);

„Treść warunków zamówienia, to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia katalog potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 stycznia 2024 r., KIO 36/24).

Zaniechanie odrzucenia oferty Grifols stanowi przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego

traktowania wykonawców określonej w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Każda z ofert złożonych w postępowaniu zawiera w pkt 16 pozycji w pozycji „Mikrokarty, odczynniki diagnostyczne” inny rodzaj oferowanych produktów, co prowadzi do nieporównywalności ofert. Tego rodzaju działania zamawiającego prowadzą do stworzenia Grifols preferencyjnych zasad udziału w postępowaniu przejawiających się tym, że pomimo ewidentnej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia zamawiający uznaje ofertę Grifols za prawidłową.

Odwolujący jednocześnie wskazuje, że zamawiający nie posiada możliwości konwalidacji dostrzeżonego przez odwołującego błędu. W szczególności nie ma możliwości dokonania poprawy oferty Grifols w ramach art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Po pierwsze, do oferty Grifols dołączono karty katalogowe / instrukcje obsługi dostarczanych materiałów. Wśród dokumentów nie ma dokumentów dotyczących karty DG Gel Anti-IgG. Zamawiający nie miał zatem danych zawartych w ofercie, które mogłyby służyć jako podstawa do poprawy oferty.

Po drugie, w sprawie doszłoby do nieuprawnionych negocjacji cenowych – mikrokarty z surowicą monowalentną w ogóle nie zostały zaoferowane w postępowaniu i nie były przedmiotem wyceny.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni zarzuty odwołania w całości. Zamawiający wskazał, iż po dokonaniu szczegółowej analizy oferty Grifols Polska sp. z o.o., pod kątem wskazanych zarzutów stwierdził, że w formularzu złożonym wraz z ofertą (tj. załącznik nr 1 do SWZ) w pozycji „Mikrokarty, odczynniki diagnostyczne” w punkcie 16 przywołanym przez odwołującego, w którym to zamawiający wymagał dostarczenia mikrokart z surowicą antyglobulinową monowalentną anti-IgG (Coombs IgG (liczba mikrokolumn) do wykonania 144 badań, wykonawca oferuje mikrokarty poliwalentne, które zawierają mieszaninę przeciwciał anti-IgG oraz anti-C3d, nie zaś tylko

z surowicą antyglobulinową monowalentną anti-IgG. Zaoferowanie w tym miejscu mikrokarty poliwalentnej zamiast, jak wymagał zamawiający monowalentnej nie powoduje,

że zamawiający zyskuje produkt „lepszy”. Mikrokarty, o których mowa (monowalentne i poliwalentne) nie są takimi, które można wykorzystać zamiennie do wykonania określonego badania, np. bezpośredniego testu antyglobulinowego. Mikrokarty z surowicą antyglobulinową poliwalentną anti-IgG+C3d do wykrywania i identyfikacji przeciwciał (liczba mikrokolumn) do wykonania 14 000 badań, zamawiający wymagał w punkcie 3 zał. nr 1 do SWZ, i w tym punkcie wykonawca Grifols zaoferował właściwe mikrokarty, które zgodnie z przesłanym wraz z ofertą dokumentem „6 Materiały dot. asortymentu” noszą nazwę „DG Gel Coombs” i są tymi, których zamawiający oczekiwał.

Zamawiający opisując przedmiot zamówienia, we wskazywanym punkcie 3 oraz 16, wprost i jednoznacznie wskazał jakich produktów oczekuje, natomiast wykonawca Grifols sp. z o.o.

w punkcie 16 zaoferował produkt inny niż ten, którego wymagał zamawiający.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia, odwołanie wykonawcy DiaHem zasługuje

w całości na uwzględnienie, wobec czego oferta Grifols będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przystępujący wykonawca Grifols Polska sp. z o.o. złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, iż wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości. Przystępujący podniósł, iż odwołujący wskazuje, że zamawiający w OPZ (wymagania dotyczące analizatorów), pkt 5f wymagał dostarczenia analizatorów pozwalających na wykonanie bezpośredniego testu antyglobulinowego w zakresie anti-IgG+anti-C3d oraz wykonanie bezpośredniego testu antyglobulinowego w zakresie anti-IgG. Wymóg ten jest niekwestionowany. Należy zauważyć jednak, że odwołujący nie kwestionuje tego, że zaoferowane przez przystępującego analizatory spełniają to wymaganie. Nie budzi wątpliwości fakt, że Analizatory Erytra i Erytra Eflexis pozwalają na wykonanie bezpośredniego testu antyglobulinowego w zakresie anti-IgG+anti-C3d oraz wykonanie bezpośredniego testu antyglobulinowego w zakresie anti-IgG. Zatem w tym aspekcie oferta Grifols spełnia wymagania SWZ. Należy również zauważyć, że zamawiający postawił szereg wymogów co do możliwości analizatorów. W Opisie Przedmiotu Zamówienia, w Wymaganiach Dotyczących Analizatorów, str. 5 Załącznika nr 1 do SWZ - OPZ, zamawiający określił, jakie możliwości muszą mieć zaoferowane analizatory. Część z wymagań pokrywa się z badaniami wyspecyfikowanymi w tabeli dotyczącej odczynników (załącznik nr 1 OPZ), ze sprecyzowanymi ilościami. Przykładem może być wymaganie określone w lit. „c”, które pokryło się z badaniami z tabeli (pkt. 3).

W opisie powyżej, dotyczącym możliwości analizatorów, pojawiają się także takie badania, które z kolei nie są opisane w tabeli, np. lit. „j”.

Z powyższego wynika, że opis wymagań dotyczących analizatorów nie determinował rodzajów badań, do których w ramach zamówienia konieczne było dostarczenie odczynników. Wnioski odwołującego są w tym zakresie nadinterpretacją zapisów SWZ, które przedstawiane są w sposób intencjonalny. Wymagania dotyczące analizatorów były odrębne od wymagań dotyczących dostarczanych odczynników.

Następnie odwołujący wskazuje na wymaganie zawarte w OPZ (Mikrokarty, odczynniki diagnostyczne), pkt 16 – „Mikrokarta z surowicą antyglobulinową monowalentną anti-IgG (Coombs IgG) (liczba mikrokolumn)”. Odwołujący forsuje wniosek, że w pozycji tej zamawiający wymagał zaoferowania „mikrokarty z surowicą antyglobulinową monowalentną anti-IgG”. Należy jednak zauważyć, że w opisie pozycji wskazane jest określenie – Coombs IgG. Niezrozumiałe jest interpretowanie wymagania zamawiającego z uwzględnieniem jedynie części opisu pozycji.

Przystępujący przygotowując ofertę uznał, że w pozycji 16 zamawiający dopuszczał zaoferowanie mikrokart z surowicą Anti-IgG lub mikrokart Coombs IgG. Należy zauważyć, że w odróżnieniu od pozostałych pozycji, zamawiający w pozycji 16 nie opisał jakie badanie ma być wykonywane. W każdej z pozycji 1-15 i 17 wskazany jest rodzaj oznaczenia. Nawet w cytowanej przez odwołującego pozycji nr 3 zamawiający wskazał, że dostarczane odczynniki mają pozwolić na „wykrywanie i identyfikację przeciwciał”. W pozycji nr 16 brak jest wskazania celu badania. Przystępujący uznał zatem, że jest to pozycja ogólna, w której możliwe jest wskazanie alternatywnych odczynników - surowicy monowalentnej Anti-IgG lub Coombs IgG. Tym samym możliwe było zaoferowanie obydwu sposobów oznaczeń. Przystępujący wpisał kod produktowy dla mikrokart Coombs IgG. Mikrokarty DG GEL Coombs oferowane przez Grifols zawierają surowicę poliklonalną Anti-IgG oraz monoklonalną Anti-C3d. W związku z tym, w poz. 16. tabeli Grifols zaoferował karty DG Gel Coombs, uznając przy tym, że spełniają one wymóg zamawiającego zaoferowania kart do oznaczeń z odczynnikami monoklonalnymi. Grifols do oznaczeń z użyciem surowic/odczynników monoklonalnych standardowo oferuje karty DG Gel Coombs, jednak istnieje możliwość wykonania tych badań na kartach DG Gel AntiIgG.

Przystępujący w swojej ofercie dodał w pozycjach 16 i 17 opis o treści: „wliczone karty do oznaczeń przy pomocy odczynników monoklonalnych” – zaznaczony w ofercie kolorem czerwonym. Jak widać zapis ten w pozycji 17 OPZ nie budzi wątpliwości odwołującego. Zauważyć należy, że w poz. 17 zamawiający sprecyzował cel (rodzaj badania), tj. „do testu enzymatycznego i testu NaCl”. Skutkuje to tym, że jedynie opis poz. 16 pozostawia możliwość różnej interpretacji zapisu SWZ.

Odwołujący próbuje w swoim odwołaniu przekonywać, że zamawiający zamierza wykonywać w ramach pozycji 16 OPZ badanie: test BTA (Bezpośredni Test Antyglobulinowy). Jednak ani w SWZ, ani w OPZ nie ma wskazania na takie badanie jak BTA. Biorąc pod uwagę treść SWZ, jest to tylko i wyłącznie hipoteza odwołującego. W pkt. 16 nie ma zapisu o tym,

że parametr dotyczy BTA na kartach IgG. Dla porównania w pkt. 3 OPZ, na który również powołuje się odwołujący, znajduje się dokładny opis: wykrywanie i identyfikacja przeciwciał.

Zamawiający oczekiwał dostawy odczynników na wykonanie konkretnej ilości badań. Tym samym nie oczekiwał zaoferowania konkretnych odczynników, a jedynie zaoferowania materiałów do wykonania określonej ilości badań. Wskazuje na to wprost Załącznik nr 1 do SWZ – OPZ. W udostępnionym formularzu wskazane były tylko ilości badań do wykonania.

To wykonawca określał odczynniki i ich ilość. Błędne określenie ilości potrzebnych odczynników obciąża wykonawcę. Tym samym zamawiający nie ponosi negatywnych konsekwencji niewłaściwego doboru ilości potrzebnego materiału. Realizując przedmiot zamówienia, wykonawca zobowiązany jest dostarczyć za cenę oferty ilość i rodzaj odczynników niezbędny do wykonania określonej przez zamawiającego ilości badań.

Zgodnie z rozdziałem XVI SWZ, ust. 1 „Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania niezbędne do wykonania zamówienia”. Zamawiający nie określał rodzajów produktów, a jedynie rodzaje badań. Dla części badań konieczne jest zastosowanie różnych składowych odczynników. W ofertach składanych na tego rodzaju zamówienia to zawsze wykonawcy wskazują rodzaje odczynników, gdyż są one różne zależnie od producenta. Przy czym należy zauważyć, że dla każdego z producentów te składowe są indywidualne. To znaczy, że dla części badań dany producent oferuje jeden odczynnik, a inny dwa. Taka sytuacja występuje niemal we wszystkich zamówieniach realizowanych przez Regionalne Centra Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa. Wskazując na konkretne rodzaje i ilości odczynników zamawiający nie byłby w stanie porównać ofert. Stąd we wszystkich zamówieniach RCKiK (nie tylko zamawiającego) wskazywane są badania jakie podlegają wykonaniu w ramach przedmiotu zamówienia. Wykonawca zaś określa ilość niezbędnych odczynników gwarantując, że w ramach ceny oferty zamawiający wykona określoną w OPZ ilość badań.

Wskazanie ceny dla poszczególnych odczynników służy jedynie bieżącym rozliczeniom dostaw. Jednak zamawiający przewiduje wykonanie całości zamówienia za kwotę wynikającą z ceny oferty. Umowa w §10 przewiduje możliwości zmian. Na szczególną uwagę zasługuje ust. 12 i 13 tego paragrafu. Ust 12 zawiera możliwość zmiany asortymentu do wartości całej umowy. Należy tę zmianę odróżnić od zmiany zawartej w ust. 13, gdzie zamawiający przewiduje zmianę ilości zamawianych odczynników, w zależności od ilości badań jakie ma do wykonania. Tym samym zamawiający przewidział możliwość zmiany asortymentu (w zakresie możliwości analizatora), aby dostosować przedmiot zamówienia do swoich potrzeb. Także

w ramach tego postanowienia możliwa jest zamiana mikrokart Dg Gel Coombs i Dg Gel Anti-IgG. Tym samym przedmiotem oferty nie są konkretne odczynniki, a zaoferowanie możliwości wykonania przez zamawiającego określonych badań immunohematologicznych. W związku z tym, ocenie nie podlegają konkretne odczynniki, a możliwość wykonania przedmiotu zamówienia. Z samej treści odwołania wynika wprost, że taką możliwość przystępujący posiada. Sam odwołujący wskazał, że:

- pkt 12 odwołania „W niniejszym Postępowaniu wzięły udział dwie firmy będące głównymi dostawcami analizatorów w Polsce”,

- pkt 22 odwołania „Odwołujący wskazuje, że wedle jego wiedzy Grifols posiada w swoim portfolio produktowym mikrokartę z surowicą antyglobulinową monowalentną anti-IgG, tj. mikrokartę DG Gel Anti-IgG o nr katalogowym 210344”.

Odwołujący upatruje możliwości odrzucenia oferty Grifols w zakresie pozornej wady oferty, wynikającej jedynie z intencjonalnej interpretacji zapisu SWZ przez samego odwołującego. Odwołujący nie ma wszak wątpliwości, że przystępujący może w ramach swojej oferty zrealizować przedmiot zamówienia. Ponadto odwołujący interpretuje treść oferty Grifols

w sposób bardzo wybiórczy. Skupia się na numerze katalogowym, pomijając inne elementy złożonej oferty.

Przystępujący wskazał w treści swojej oferty wprost:

„wliczone karty do oznaczeń przy pomocy odczynników monoklonalnych” – poz. 16 OPZ;

„210344 DG Gel Anti-IgG i 210342 DG Gel Coombs” – załącznik nr 4 CE do oferty, strona 13 (wersja j. angielski), strona 15 (tłumaczenie na j. polski) Deklaracja zgodności UE;

„Oferujemy wykonanie przedmiotu przetargu” – poz. 1 Formularza ofertowego.

Zamawiający w Rozdziale VI SWZ – Przedmiotowe środki dowodowe wskazał, że nie wymaga złożenia przedmiotowych środków dowodowych. Jednak w tym samym rozdziale SWZ określił, że wymaga złożenia wraz z ofertą deklaracji zgodności i certyfikatu zgodności dla przedmiotu zamówienia. W przypadku niezłożenia przedmiotowych środków dowodowych wraz ofertą, zamawiający przewidział możliwość ich uzupełnienia.

Grifols złożył w załączniku nr 4 CE przedmiotowe środki dowodowe potwierdzające, że zaoferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z wymaganiami zamawiającego. Jednocześnie przystępujący zwraca uwagę na kwestię istotności pozycji oferty kwestionowanej przez odwołującego. Wartość tej pozycji to 3.456,00 zł brutto. Stanowi to 0,45% ceny oferty. Tym samym jest to pozycja o znaczeniu marginalnym dla przedmiotu zamówienia. Zwrócić należy uwagę, że przedmiot zamówienia obejmuje badania wykonywane przez okres 2 lat. 144 badania przez okres 24 miesiące to zaledwie 6 badań miesięcznie w sytuacji, gdy łączna ilość wszystkich badań przekracza 100.000, czyli ponad 4000 miesięcznie. Dodatkowo przystępujący pragnie wyjaśnić, że zgodnie z treścią SWZ przedstawiał ofertę na całość przedmiotu zamówienia, tj. ilości badań jakie zamierza wykonać zamawiający. Każdy z wykonawców podawał ilości własnych produktów niezbędne do wykonania zamówienia. Także w ramach produktów oferowanych przez Grifols możliwe jest wykonywanie badań przy użyciu różnych produktów. Ze względu na opis pozycji 16 (alternatywa Anti-IgG lub Coombs IgG), to właśnie te opcjonalne zostały ujęte do określenia wszystkich ilości kart Coombs w wierszu 16, których suma stanowi 10 opakowań. Dla samych badań wskazanych w wierszu 16 (144 badania) wystarczające jest jedno opakowanie o wartość 320 zł, co stanowi 0,045% wartości oferty.

Przystępujący pragnie wyjaśnić, że karty DG Gel Coombs wskazane w pozycji 16 są wykorzystywane także do wykonania badań zawartych w pozycjach 6, 7, 10, 13 i 16.

Czyli z ilości zaoferowanych 10 opakowań, zaledwie 0,36 opakowania stanowi ilość odpowiadająca 144 badaniom.

Dla wykazania powyższego sposobu wyliczenia przystępujący załączył formularz cenowy (załącznik 1 – OPZ) przygotowany w arkuszu Excel, gdzie w komórce stanowiącej określenie ilości opakowań dla poz. 16 widoczna jest formuła wyliczenia ilości.

Przystępujący wskazał, że mikrokarty DG Gel Anti-IgG są oferowane przez Grifols w tej samej cenie co mikrokarty DG Gel Coombs. Na wykazanie powyższego przedstawił dowody z umów zawartych z innymi zamawiającymi, w których niezależnie od zaoferowanej ceny, cena tych dwóch rodzajów materiałów jest zawsze identyczna. Potwierdza to, że w przypadku, gdy zamawiający w poz. 16 będzie oczekiwał dostawy mikrokart DG Gel Anti-IgG, to nie wpłynie to na cenę i warunki realizacji zamówienia:

- Umowa z Centrum Zdrowia Dziecka – na stronie 13, pozycje 3, 4, 5, 6 zawierają mikrokarty DG Gel Coombs w cenie 350 zł za opakowanie, zaś na stronie 14, pozycja 10 zawiera mikrokarty Dg Gel AntylgG w cenie 350 zł za opakowanie.

- Umowa ze Szpitalem Powiatowym w Radomsku – na stronie 9, pozycja 1 tabeli zawiera mikrokarty DG Gel Coombs w cenie 300 zł za opakowanie, zaś pozycja 2 tabeli zawiera mikrokarty Anti-IgG w cenie 300 zł za opakowanie.

- Umowa ze Szpitalem w Puszczkowie – na stronie 10 i 11, w pozycjach 2, 3, 4 i 8 zawiera mikrokarty Dg Gel Coombs w cenie 440 zł za opakowanie, zaś pozycja 5 mikrokarty Dg Gel AntylgG w cenie 440 zł za opakowanie.

Przystępujący powołał się na wyrok KIO z 19.11.2021 r., KIO 3260/21, w którym Izba stwierdziła, że *Sporządzenie dokumentacji przetargowej jest obowiązkiem zamawiającego i to zamawiający ponosi odpowiedzialność za jej wady. Wykonawcy przed złożeniem ofert mają obowiązek zapoznać się z tą dokumentacją i mogą żądać wyjaśnienia jej treści, jak też mogą kwestionować jej treść w drodze odwołania, niemniej jednak nie może to oznaczać przerzucenia odpowiedzialności za prawidłowość wykonania tej dokumentacji na wykonawców*.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

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

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza dzieląc w całości stanowisko odwołującego i zamawiającego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

W OPZ w pkt 5f w pozycji „Wymagania dotyczące analizatorów” wskazano, że dostarczony w ramach zamówienia analizator powinien umożliwiać wykonywanie następujących badań:

- (i) wykonanie bezpośredniego testu antyglobulinowego w zakresie anty-IgG+anty-C3d oraz
- (ii) wykonanie bezpośredniego testu antyglobulinowego w zakresie anty-IgG.

W pozycji „Mikrokarty, odczynniki diagnostyczne” zamawiający wymagał dostarczenia mikrokart, które pozwolą na wykonanie powyższych badań.

W pkt 3 zamawiający wymagał dostarczenia mikrokart z surowicą antyglobulinową poliwalentną anty-IgG+C3d do wykrywania i identyfikacji przeciwciał - w liczbie 14.000 badań; oraz w pkt 16 – dostarczenia mikrokart z surowicą antyglobulinową monowalentną anty-IgG (Coombs IgG) (liczba mikrokolumn) – w liczbie 144 badań.

Wykonawcy byli zobowiązani dołączyć do ofert opis oferowanych produktów zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ – OPZ uzupełniony o takie dane jak nazwy oferowanych materiałów oraz ich numery katalogowe (dowód: SWZ).

Grifols dołączył do oferty uzupełniony załącznik OPZ (załącznik nr 1 do oferty), w którym zaoferował dostawę następujących mikrokart:

(dowód: oferta Grifols).

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Oczywistym jest, co znajduje swoje bogate odzwierciedlenie w orzecznictwie Izby oraz Sądu Okręgowego, iż aby zamawiający mógł odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie wyżej powołanego przepisu, konieczne jest jednoznaczne i niebudzące wątpliwości ustalenie w jakim zakresie treść oferty wykonawcy niezgodna jest z warunkami zamówienia. Przy czym niezgodność ta musi wpływać na treść przyszłego zobowiązania umownego, gdyż niedopuszczalne jest, aby na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego możliwe było zaoferowanie przedmiotu, który następnie nie będzie realizowany czy też zostanie zastąpiony innym przedmiotem. Okoliczność ta wynika bezpośrednio z przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, który zobowiązuje zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Skoro zatem zamawiający w treści dokumentów postępowania, w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia (OPZ) a dalej w załączniku nr 1 do SWZ w pozycji nr 16 wymagał od wykonawców zaoferowania konkretnego produktu, tj. dostarczenia mikrokart z surowicą antyglobulinową monowalentną anty-IgG (Coombs IgG) (liczba mikrokolumn) – w liczbie 144 badań, to na wykonawcy spoczywał obowiązek zaoferowania właśnie tego typu mikrokart.

Jak wynika bezpośrednio z treści oferty przystępującego wykonawcy Grifols oraz oświadczenia pełnomocnika tego wykonawcy złożonego na rozprawie, przedmiotem oferty w poz. 16, nie były mikrokarty monowalentne lecz poliwalentne, co oznacza, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Irrelevantne z punktu widzenia oceny przedmiotu oferty są argumenty przystępującego, że zamawiający nie podał w OPZ do jakich badań będą wykorzystywane rzeczony karty oraz że wykonywanie badania przy użyciu zaoferowanej karty musi być poprzedzone użyciem tej samej mikro karty przy innych badaniach. W omawianym przypadku ocena oferty jest bowiem zero-jedynkowa. Również próby przeforsowania twierdzeń o możliwości zamiany oferowanej mikro karty na mikro kartę właściwą na etapie realizacji zamówienia nie znajdują swojego uzasadnienia, albowiem elementy istotne, tzw. *essentia negotii* przyszłej umowy muszą być ze sobą zgodne, tzn. treść oferty musi być przeniesiona w sposób niezmienny do umowy.

W przypadku uznania twierdzeń przystępującego za zasadne mielibyśmy do czynienia z sytuacją, w której zamawiający zmuszony byłby do podpisania umowy na przedmiot oferty niezgodny z warunkami zamówienia, co jest oczywiście niedopuszczalne w myśl przepisów ustawy Pzp.

Nieistotne z punktu widzenia realizacji postanowienia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp są również twierdzenia przystępującego o nikomej wartości tego elementu zamówienia. O ile wartość ta ma znaczenie np. w przypadku badania rażąco niskiej ceny to pozostaje całkowicie nieistotna z punktu widzenia badania zgodności przedmiotu oferty z wymaganiami zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....