

**WYROK**

Warszawa, dnia 19 lutego 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 stycznia 2024 r. przez wykonawcę Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Fryderyka Chopina w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 2 i 4 i nakazuje zamawiającemu w części nr 2 postępowania:
  - 1.1 Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
  - 1.2 Odrzucenie oferty M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe BOR-POL M.B. w Gliwicach.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża w 1/4 odwołującego i w 3/4 zamawiającego i:
  - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
  - 3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 8 325 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy trzysta dwadzieścia pięć złotych zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kosztów postępowania między stronami.

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**

Uniwersytecki Szpital Kliniczny im. Fryderyka Chopina w Rzeszowie z siedzibą w Rzeszowie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie podstawowym pn.: „Dostawa odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych / eksploatacyjnych wraz z dzierżawą analizatorów” (nr referencyjny ZP.261.34-Z.2023), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 4 grudnia 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem: 2023/BZP 00528747.

29 stycznia 2024 r. wykonawca Biameditek sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie wobec następujących czynności (działań i zaniechań) Zamawiającego podjętych w postępowaniu, tj.:

1. zaniechanie odrzucenia oferty M.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe BOR-POL M.B. w Gliwicach (dalej: BOR-POL) w ramach części nr Postępowania ze względu na niezgodność oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia, tj.:
  - A. brak posiadania parametru automatycznego pobierania próbek i aplikowanie na żel oraz zaoferowanie dwóch analizatorów zamiast jednego analizatora;
  - B. brak posiadania parametru rozdziału elektroforetyczny białek w moczu na 6 frakcji z moczu natywnego bez

konieczności zagęszczania moczu

– co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 Pzp w związku z art. 16 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp;

2.zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BOR-POL w ramach części nr 2 Postępowania mimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę a wykonawca nie podał ciężarowi wyjaśnień, do których został wezwany przez Zamawiającego, co w efekcie stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp

3.zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy oferty złożonej przez BOR-POL, mimo

że oferta ta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk),

co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 3 Uznk w zw. z art. 14 ust. 1 i 2 Uznk w związku z art. 16 i art. 17 Pzp;

4.niezgodna z przepisami Pzp czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BOR-POL w ramach części nr 2 Postępowania, mimo że oferta ta winna być odrzucona przez Zamawiającego,

co w efekcie stanowiło naruszenie art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp w związku z art. 16 i art. 17 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z 24 stycznia 2024 r.;
- 2.odrzucenie oferty BOR-POL;
- 3.przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert z wyłączeniem oferty BOR-POL.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Przedmiotem zamówienia w ramach części nr 2 postępowania jest dostawa odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych / eksploatacyjnych wraz z dzierżawą analizatora do elektroforezy białek w moczu na żelach agarozowych. W ramach tej części postępowania wykonawca BOR-POL zaoferował rozwiązanie z dzierżawą analizatora SAS-1 SP-24 SB Kit producenta H. Biosciences, które nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w treści SWZ.

W zestawieniu parametrów granicznych analizatora do elektroforezy białek w moczu na żelach agarozowych (załącznik nr 4 do SWZ) Zamawiający wymagał m.in. aby oferowany analizator posiadał m.in. następując parametry graniczne:

Poz. 2 „Automatyczne pobieranie próbek i aplikowanie na żel”,

Poz. 5. „Rozdział elektroforetyczny białek w moczu na 6 frakcji z moczu natywnego bez konieczności zagęszczania moczu”.

ZARZUT I.1. A. Brak parametru automatycznego pobierania próbek i aplikowania na żel oraz zaoferowanie dwóch analizatorów zamiast jednego analizatora.

BOR-POL zaoferował dwa analizatory, nie jeden, jak oczekiwał tego Zamawiający. W treści SWZ, Zamawiający wprost wskazał co jest objęte przedmiotem zamówienia i dla części nr 2 wskazał jasno na dzierżawę analizatora (liczba pojedyncza), nie zaś analizatorów (liczba mnoga). Analiza treści oferty BOR-POL wskazuje, że wykonawca zaoferował dwa urządzenia tj. SAS1+ i SAS2, czyli zupełnie odmiennie od tego co wyspecyfikował Zamawiający.

Fakt, że BOR-POL zaoferował SAS1/SAS2 czyli dwa urządzenia, a nie jedno, wynika także

z analizy informacji ogólnodostępnych na stronie internetowej tego wykonawcy, który oferuje na niej „ZAUTOMATYZOWANY SYSTEM DO ELEKTROFOREZY AGAROWEJ SAS-1 PLUS / SAS-2” oparty de facto na wykorzystaniu dwóch urządzeń – analizatorów.

Dowód:

Informacje ze strony internetowej BOR-POL (dostęp 26 stycznia 2024 r. g. 17:23) ELEKTROFOREZA - Aparatura Zautomatyzowany system do elektroforezy agarozowej SAS-1 Plus / SAS-2 - BOR-POL (borpol.com.pl)

Odnosnie do wymaganego parametru „Automatyczne pobieranie próbek i aplikowanie na żel”, to analiza treści oferty oraz wyjaśnień złożonych przez BOR-POL wskazywała jasno,

że wykonawca ten zaoferował dwa analizatory – dwa urządzenia zamiast jednego, tak jak wymagał Zamawiający. Obok tego, analizatory zaoferowane przez tego wykonawcę nie posiadają wszystkich wymaganych paramentów, w tym parametru automatycznego pobierania próbek i aplikowania na żel. Dalej, ciężko o realizację wymogu automatyzmu, skoro Zamawiający otrzyma dwa urządzenia i będzie zmuszony do wykonywania procesu badania na dwóch urządzeniach, czyli manualnie musi nanieść próbkę badanego materiału na żelu zgrozowym a następnie przenieść żel z próbkami z jednego aparatu do drugiego. Takie działanie nie mieści się w definicji „automatyczny” ze Słownika języka

polskiego PWN:  
„automatyczny

- 1.«działający samoczynnie, za pomocą odpowiedniego urządzenia»
- 2.«wykonywany lub regulowany za pomocą automatu»
- 3.«wykonywany lub powstający bez udziału świadomości i woli»
- 4.«będący nieuchronnym następstwem lub naturalną konsekwencją czegoś»

[<https://sjp.pwn.pl/szukaj/automatyczne.html>; dostęp 29 stycznia 2024 r. godz. 11:06]

Zaoferowane przez BOR-POL rozwiązanie wykorzystuje dwa analizatory, co skutkuje tym, że próbki należy rozpipetować manualnie do studzienek (naczyniek, które następnie operator umieszcza na pokładzie analizatora). Pobieranie próbek nie jest zatem automatyczne, ale manualne. Brak zachowania wymogu automatycznego działania potwierdza również „Instrukcja używania SAS-1 Serum Protein SB Nr kat. 200200”.

Dowód:

Instrukcja użytkownika aparatu SAS-1+

W toku oceny ofert (po skierowaniu przez Biomeditek pisma o niezgodnościach oferty BOR-POL z warunkami zamówienia) Zamawiający wezwał pismem z 4 stycznia 2024 r. BOR-POL w trybie art. 223 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia w zakresie powyższego parametru, na które BOR-POL udzielił odpowiedzi 5 stycznia 2024 r. wskazując bardzo lakonicznie i próbując odsunąć niejako od siebie ciężar wyjaśnienia zgodności swojej oferty m.in. przez stwierdzenie, że: „Ponadto, idąc tokiem rozumowania firmy Biomeditek, wymóg stawiany w SWZ spełniłby jedynie analizator, który pobrałby automatycznie próbkę bezpośrednio z ciała pacjenta”.

Wskazane przez BOR-POL w treści wyjaśnień z 5 stycznia 2024 r. „wstawienie na pokład analizatora próbki w dedykowanym naczynku” nie oznacza automatycznego pobrania próbki przez analizator. Naczynka, które wskazał BOR-POL są elementami eksploatacyjnymi oferowanymi przez producenta aparatu i nie są to standardowe naczynka (pojemniki),

do których pobierany jest mocz od pacjenta w laboratorium (czyli nie mają styczności z pacjentem). Do tych naczynek na próbki manualnie operator nanosi mocz pacjenta pipetą 35µl oraz rozpipetowuje Rep Prep.

Również z oświadczenia producenta H. Biosciences z 4 stycznia 2024 r. załączonego

do wyjaśnienia BOR-POL nie wynikało potwierdzenie parametru automatycznego pobierania próbek i aplikowania na żel, bez udziału operatora.

BOR-POL zaoferował dzierżawę na dwa urządzenia tj. SAS-1+ SAS-2, a takie rozwiązanie było nie tylko niezgodne z postanowieniami SWZ, ale także z zasadami uczciwości kupieckiej i przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które to są powiązane z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania na gruncie Prawa zamówień publicznych oraz ogólnych zasad wynikających z przepisów Uznk, bowiem wprowadzanie Zamawiającego w błąd przez profesjonalnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w takich kategoriach należy rozpatrywać.

Zarzut I.1. B. Brak parametru rozdziału elektroforetyczny białek w moczu na 6 frakcji z moczu natywnego bez konieczności zagęszczania moczu

W ramach oferowanego przez siebie produktu BOR-POL zaoferował żele przeznaczone

do badania surowicy i zagęszczonego moczu, co potwierdza także treść Instrukcja używania SAS-1 Serum Protein SB Nr kat. 200200”. Zgodnie z tym dokumentem zaoferowane przez BOR-POL żele przeznaczone są do badania surowicy, natomiast w przypadku badania moczu konieczne jest wykonanie zęszczenia 50 -100 razy co wprost i literalnie zostało potwierdzone w ww. instrukcji. Na żelach zaoferowanych przez BOR-POL nie można więc ominąć etapu zagęszczania – co potwierdził sam producent. Wynika to z niskich stężeń białka w moczu w porównaniu z surowicą, do której przeznaczone są zaoferowane żele.

Co niezwykle istotne, wymaganie postawione przez Zamawiającego jest jasne i stanowi wprost, literalnie, że wymaga on takiego rozwiązania, które umożliwi mu wykonanie rozdziału elektroforetycznego białek w moczu na 6 frakcji z moczu natywnego bez konieczności zagęszczania moczu. Tak więc, zaoferowanie metody która wymaga wykonania zagęszczenia moczu w celu wykonania badania było sprzeczne z SWZ.

Dowód:

Załącznik nr 1 do notatki z wglądu do oferty (w dokumentacji Postępowania)

Informacja ze strony internetowej Merck KGaA <https://www.sigmaaldrich.com/PL/pl/product/mm/9051> (dostęp z 29 stycznia 2024 r. godz.11:31)

Wyjaśnienia BOR-POL z 5 stycznia 2024 r. nie potwierdzały posiadania wymaganego parametru w zakresie rozdziału elektroforetyczny białek w moczu na 6 frakcji z moczu natywnego bez konieczności zagęszczania moczu. W swoich wyjaśnieniach BOR-POL twierdził, że zaoferował standardowe żele, które pozwalają na stosowanie próbek moczu w połączeniu z automatycznym zagęszczaniem próbki wykonanym przez analizator SAS1+ bez jakiegokolwiek wyjaśniania ile razy mocz jest zagęszczany przez aparat (w instrukcji testu num. kat. 200200 wymagane jest 50-100 razy). Jak już było wskazywane, wymagana rozpiętość 50 do 100 razy wynika z faktu, że każdy pacjent posiada inne stężenie białka w moczu i każdą próbkę należy traktować indywidualnie i obliczyć współczynnik zagęszczenia moczu. BOR-POL nie podał jaką wartość można otrzymać dla danej próbki.

W instrukcji brak także informacji jak ten proces zachodzi. W oświadczeniu producenta dołączonym do wyjaśnień BOR-POL z 05 stycznia 2024 r. jest informacja, że:

„Bezpośrednie pobieranie próbek moczu – nie jest konieczne zagęszczenie”

po czym w dalszej części pisma umieszczona jest informacja iż:

„Analizatory SAS 1/ SAS 1+ potrafią automatycznie zagęścić próbki moczu, aby móc użyć ich w połączeniu z żelami Serum Protein 200200 bez konieczności wykorzystywania zewnętrznych urządzeń zagęszczających. Zagęszczenie próbek moczu wymaga wybrania odpowiedniego programu elektroforezy w oprogramowaniu analizatora.”

Taka informacja jest niespójna i niejednoznaczna. Zamawiający wymagał rozdziału bez konieczności zagęszczania moczu zaś BOR-POL zaoferował aparat, który do prawidłowego wykonania badania musi dodatkowo zagęścić mocz.

Dodatkowo ww. oświadczenie producenta dołączone do wyjaśnień BOR-POL było niespójne wewnętrznie i budziło wątpliwości, bowiem, w pierwszej części mowa była o żelach Urine Protein Gel (wygląda na to, że dedykowanych do moczu) i w przypadku tych żeli producent potwierdza, że „Urine Proteine umożliwia firmie H. unikalne i całkowicie elastyczne podejście do badania białka moczu i technik przesiewowych. System z aplikatorem sprawia, że niezagęszczony mocz można aplikować bezpośrednio na żel” natomiast w drugiej części oświadczenia producent odnosi się do żeli Serum Protein 200200 zaoferowanych przez BOR-POL w Postępowaniu, czyli tych które wymagają zagęszczenia.

Dowód:

Wyjaśnienia BOR-POL z 5 stycznia 2024 r. (w aktach Postępowania)

ZARZUT I.2. Rażąco niska cena

Zamawiający 11 stycznia 2024 r. skierował do BOR-POL wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty tego wykonawcy, wskazując w wezwaniu na bardzo wysoką rozbieżność ceny oferty BOR-POL złożonej w ramach części nr 2 w stosunku do szacunków Zamawiającego

jak i średniej arytmetycznej złożonych ofert. W wyjaśnieniach z 12 stycznia 2024 r. BOR-POL wskazał, że szacunkowa wartość zamówienia przygotowana przez Zamawiającego jest „wartością znacznie zawyżoną”.

BOR-POL w swoich wyjaśnieniach wskazał, że możliwość zaoferowania tak korzystnej ceny, wynika m.in. z tego, że: „Wyjątkowo sprzyjającym warunkiem wpływającym na oszczędność wykonania zamówienia jest zaoferowanie używanego – sprawnego technicznie – analizatora „SAS1+/SAS2” z 2016 r.” Odwołujący nie kwestionował możliwości zaoferowania używanego, poleasingowego urządzenia. Jednak wskazał, że zaoferowanie przez BOR-POL pośrednich rozwiązań opisanych w pierwszej części odwołania, czyli dwóch urządzeń zamiast jednego, braku automatyczności pobierania próbki oraz konieczność zagęszczania moczu wbrew wymaganiom postawionym w SWZ oraz obowiązującym standardom mogło wpłynąć na cenę oferty.

W wyjaśnieniach BOR-POL wskazał także, że cena jest dużo niższa, ponieważ zaoferowane:

„rozwiązanie pozwoliło naszej firmie uniknąć zaoferowania wielokrotnie droższych żeli

o tzw. „wyższej rozdzielczości”, które wykorzystują niezagęszczoną próbkę – jak to

jest w przypadku żeli zaoferowanych przez firmę Biameditek”. Odwołujący podkreślił,

że zaoferowanie żeli, które mogą zaburzyć diagnostykę i nie są zgodne z wymaganiami, nie może być okolicznością sankcjonującą zaoferowanie ceny rażąco niskiej.

Wyjaśnienia złożone przez BOR-POL były lakoniczne, niewyczerpujące i nie potwierdzały tak dużej różnicy w cenie oferty Wykonawcy w stosunku do szacunków Zamawiającego. BOR-POL nie podołał obowiązkowi wynikającemu w art. 224 ust. 5 Pzp i nie wykazał, że cena oferty w zakresie części nr 2 Postępowania nie jest rażąco niska, a zatem zmaterializowała się podstawa odrzucenia oferty wynikająca z dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

ZARZUT I.3 Czyn nieuczciwej konkurencji

Mając na uwadze, powyższe argumenty związane z niespójnymi, wprowadzającymi w błąd informacjami przekazanymi przez BOR-POL, należy wskazać, że takie działania nie tylko przeczą ogólnym zasadom na gruncie przepisów Pzp, ale także wypełniają definicję normy czynu nieuczciwej konkurencji wyrażonej w przepisie art. 3 ust. 1 Uznk, który to stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub

narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

ZARZUT I.4. Niezgodny z przepisami Pzp wybór oferty BOR-POL

Powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że Zamawiający dokonał wyboru oferty BOR-POL niezgodnie z obowiązującymi przepisami Pzp, bowiem była to oferta niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawierając rażąco niską cenę.

13 lutego 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał:

I. Zarzut naruszenia art. 239 Pzp w zw. z art. 16 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp

BOR-POL zaoferował analizator modułowy, nie połączony ze sobą. Jeden moduł SAS 1+ wykonuje rozdział elektroforetyczny moczu na żelu. Drugi moduł SAS2 wykonuje suszenie, barwienie i odbarwianie żeli. BOR-POL w załączniku dzierżawa napisał „dzierżawa analizatora” co wskazuje na analizator, a nie analizatory. Zamawiający nie wymagał systemu jednomodułowego i nie określił aby aparat dwumodułowy był ze sobą połączony, nie użył określenia automat. W ocenie zamawiającego oferta spełnia kryteria.

W zakresie zarzutu w zakresie pkt 2, braku posiadania parametru automatycznego pobierania próbek i aplikowanie na żel — Zamawiający nie wymagał aby pobieranie próbek moczu było z próbki pierwotnej. Mocz do laboratorium jest zawsze przynoszony w plastikowych kubkach

i nie ma możliwości w żadnym aparacie wstawienie kubka z moczem. Zawsze mocz należy przełączyć, np. do próbki lub naczynka. Według instrukcji BOR-POL mocz należy odpipetować do naczynka znajdujących się na tacy -/str.8 instrukcja SAS1+/ w ilości 35 ul. Aparat sam automatycznie pobiera z naczynka 3 ul próbki moczu, gdyż tyle jest potrzebne do wykonania badania. Na stronie 3 instrukcji aparatu SAS1+ jest napisane - aparat posiada następujące funkcje: automatyczne nakładanie próbek, rozdział elektroforetyczny i inkubację. Odpipetowanie do naczynka minimum 35 ul jest konieczne aby uwzględnić tzw. przestań martwą próbki czyli aby aparat nie pobrał próbki z powietrzem. Każdy aparat ma tzw. przestrzeń martwą próbki. W ocenie zamawiającego i zgodnie z instrukcją obsługi aparatu oferta spełnia kryteria. Aparat automatycznie pobiera próbkę w ilości potrzebnej do wykonania elektroforezy, automatycznie nakłada próbkę na żel, automatycznie wykonuje rozdział elektroforetyczny itp.

Zamawiający wymagał zautomatyzowanego procesu barwienia, odbarwiania i suszenia żeli. Według podręcznika użytkownika SAS-2 jest aparatem laboratoryjnym do automatycznego suszenia, barwienia, odbarwiania i suszenia żeli agarowych z linii SAS-1 produkcji H. Biosciences Europe”. W ocenie Zamawiającego Oferta spełniała te kryteria.

W zakresie zarzutu wynikającego z opisu parametru pkt 5, tj. braku posiadania parametru rozdziału elektroforetycznego białek z moczu na 6 frakcji z moczu natywnego bez konieczności zagęszczanie moczu, Zamawiający wskazał, że na podstawie złożonych wyjaśnień

i załącznika BOR-POL z 5 stycznia 2024 r. wynikało, że analizator potrafi automatycznie zagęścić próbkę moczu aby móc ich użyć z zaoferowanymi żelami. Zagęszczenie próbek moczu wymaga wybrania odpowiedniego programu elektroforezy oprogramowaniu analizatora. Zamawiający nie ma podstaw aby kwestionować wyjaśnienia BOR-POL i producenta oferowanych produktów, tj. firmy H. Biosciences. W ocenie Zamawiającego oferta spełniała wymagania.

II. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 16 Pzp

12 stycznia 2024 r. BOR-POL złożył wyjaśnienia ceny oferty wskazując, że cena zawiera upusty pozwalające na wykonanie przedmiotu zamówienia w cenie generującej zysk,

a także że proponowana cena nie odbiega od cen rynkowych, jest wiarygodna, realistyczna

i zapewnia należyte wykonanie zamówienia. Wyjaśnienia były w ocenie Zamawiającego prawidłowe – nie było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy BOR-POL

III. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust 1 pkt 7 w zw. z art. 3 Uznk w zw. z art. 14 ust. 1 i

2 Uznk w zw. z art. 16 i art. 17 Pzp

Zamawiający działający z należytą starannością nie dopatrzył się zachowań, które miałyby realizować przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Przede wszystkim działanie BOR-POL w zakresie złożonej oferty nie wykazało aby przedkładano informacje nieprawdziwe czy wprowadzające w błąd. BOR-POL składając wyjaśnienia zrealizowała przesłankę należytej staranności przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego.

IV. Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust 1 pkt 8 Pzp w zw.

z art. 16 i art. 17 Pzp

Brak jest podstaw do odrzucenia oferty Wykonawcy Bor-Pol spełniającej wymagania SWZ

pod względem technicznym, jakościowym i formalnym oraz wydawania pieniędzy publicznych na zdecydowanie droższy aparat Odwołującego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności**

**treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na częściowe uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawcy BOR-POL oraz korespondencji Zamawiającego z tym wykonawcą,
2. dowodów złożonych przez Strony w postępowaniu odwoławczym, za wyjątkiem złożonych przez Odwołującego dokumentów w języku angielskim bez tłumaczenia.

Izba ustaliła, co następuje:

Zarzut nr 1

Przedmiotem zamówienia w ramach części nr 2 Postępowania jest dostawa odczynników, kalibratorów, materiałów kontrolnych i zużywalnych / eksploatacyjnych wraz z dzierżawą analizatora do elektroforezy białek w moczu na żelach agarozowych.

Spór między Stronami sprowadzał się do oceny czy zaoferowany przez tego wykonawcę analizator odpowiada wymogom Zamawiającego określonymi w SWZ.

W formularzu ofertowym, w części dotyczącej analizatora wykonawca BOR-POL wskazał, że oferuje: „SAS1+/SAS2, 2016 r.”.

W załączniku nr 4 do SWZ określone zostały szczegółowe wymagania dotyczące zamawianego analizatora:

1. Analizator do elektroforezy białek w moczu metodą elektroforezy na żelach agarozowych wraz z UPS podtrzymującym pracę w przypadku wyłączenia prądu. Dopuszcza się aparat używany, sprawny technicznie.
2. Automatyczne pobieranie próbek i aplikowanie na żel.
3. Aplikacja próbek za pomocą jednorazowych aplikatorów.
4. Zautomatyzowany proces barwienia, odbarwienia i suszenia żeli.
5. Rozdział elektroforetyczny białek w moczu na 6 frakcji z moczu natywnego bez konieczności zagęszczania moczu.
6. Wbudowany system kontroli jakości.
7. Instrukcja obsługi w języku polskim.
8. Podłączenie analizatora do systemu informatycznego M. - jaki posiada Zamawiający, na koszt Wykonawcy. Dwukierunkowa komunikacja.
9. Szkolenie pracowników w siedzibie Zamawiającego - ul. Szopena 2.

4 stycznia 2024 r. Zamawiający (po otrzymaniu informacji od Odwołującego) zwrócił

się do wykonawcy BOR-POL o wyjaśnienie treści oferty w zakresie zgodnym z tym wynikającym z zarzutu nr 1 odwołania.

W złożonych w odpowiedzi wyjaśnieniach z 5 stycznia 2024 r. wykonawca BOR-POL wskazał: „Oświadczamy, że w oferowanym przez naszą firmę analizatorze SAS 1+ następuje automatyczne pobranie próbki z dedykowanego naczynka, tym samym spełnia on w pełni wymogi SWZ.

Mocz, który jest próbką w przedmiotowym postępowaniu zawsze jest pobierany od pacjenta do stosownych pojemników.

Żaden z dostępnych na rynku aparatów nie pozwala

na wstawienie pojemnika np. do dobowej zbiórki moczu na pokład analizatora.

Nigdzie w SWZ Zamawiający nie sprecyzował, że próbka ma być pobierana z pojemnika pierwotnego (pojemnika do którego został pobrany materiał pacjenta), tym samym nie wykluczył możliwości wstawienia na pokład analizatora próbki w dedykowanym naczynku

(...).

Oświadczamy, że w oferowanym przez naszą firmę analizatorze SAS 1+ następuje automatyczne zagęszczenie próbki moczu, tym samym spełnia on w pełni wymogi SWZ.

W celu rozwiania wszelkich wątpliwości Zamawiającego, przesyłamy oświadczenie producenta oferowanego asortymentu firmy H. Biosciences, które z pełną odpowiedzialnością prawną potwierdza, że zaoferowany analizator SAS

1+ potrafi automatycznie zagęścić próbki moczu, aby móc użyć ich w połączeniu z zaoferowanymi żelami o nr kat. 20200 bez konieczności wykorzystywania zewnętrznych urządzeń zagęszczających (...)."

Na potwierdzenie wyjaśnień BOR-POL załączył dowody, z których wynikało m. in.,

że oferowane urządzenie wykonuje 10 aplikacji w celu automatycznego zagęszczenia moczu.

Ze złożonych przez Odwołującego dowodów z podręczników użytkownika urządzeń SAS 1+ oraz SAS 2 wynika:

1.SAS-1Plus jest aparatem laboratoryjnym zaprojektowanym do wykonywania rozdzielów elektroforetycznych na żelach agarowych firmy H. BioSciences Europe. Aparat posiada następujące funkcje: automatyczne nakładanie próbek, rozdział elektroforetyczny i inkubacje.

2.SAS-2 jest aparatem laboratoryjnym zaprojektowanym do automatycznego suszenia, barwienia, odbarwienia i suszenia żeli agarowych z linii SAS-1 produkcji H. BioSciences Europe. SAS-2 posiada 10 programów ustawionych fabrycznie, które pozwalają używać aparat do standardowych żeli. Można również zapamiętać do 9 programów o parametrach zdefiniowanych przez użytkowników.

Między Stronami nie było sporu co do faktu, że aparat SAS-1+ oraz SAS-2 są fizycznie odrębnymi urządzeniami, przy czym Odwołujący twierdził, że są to dwa analizatory (zamiast jednego), a Zamawiający, że to jeden, dwumodułowy analizator, dopuszczalny w świetle wymogów SWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że zarzut nr 1 potwierdził się.

Urządzenia SAS-1+ oraz SAS-2, mimo, że łącznie realizują całość wymaganych przez Zamawiającego funkcji stanowią w sposób niewątpliwy dwa, odrębne analizatory. Oba

te urządzenia w zakresie realizowanych funkcji działają automatycznie, ale realizacja całego procesu wymaganego przez Zamawiającego wymaga ręcznego przełożenia próbek

z urządzenia SAS-1+ do SAS-2. Dowodzi to faktu, że są to dwa, niezależne analizatory, zdolne do samodzielnego działania i realizowania własnych funkcji. Ponadto, zaoferowanie ich przez wykonawcę BOR-POL jako jednego urządzenia stoi w sprzeczności z wymogiem automatycznego działania.

W świetle przytoczonych wyżej wyjaśnień wykonawcy BOR-POL oczywiste jest też

to, że zaoferowane analizatory nie spełniają wymogu rozdziału elektroforetycznego białek

w moczu na 6 frakcji z moczu natywnego bez konieczności zagęszczania moczu. Fakt,

że urządzenie SAS-1+ realizuje proces zagęszczania w sposób automatyczny nie ma

w sprawie znaczenia – wymóg Zamawiającego był w tym zakresie jasny. Nie daje on podstawy do uznania, że automatyczna realizacja procesu zagęszczania była z nim zgodna. W ocenie Izby przytoczony wymóg należy interpretować jako wyłączenie z postępowania każdego urządzenia działającego w oparciu o zagęszczanie moczu, niezależnie od sposobu realizacji tego procesu.

Zarzut nr 2

11 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BOR-POL do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty. W wezwaniu Zamawiający wskazał:

„Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp I, w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp zwraca się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia zaoferowanej ceny, w szczególności dotyczących:

a)zarządzania procesem produkcji,

b)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw,

np. rozwiązań logistycznych lub innych wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla Wykonawcy wpływających na oszczędność wykonania zamówienia,

c)zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta

do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia

10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,

d)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,

e)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,

f)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Ponadto Zamawiający wzywa do udzielenia odpowiedzi na następujące pytania mogące mieć wpływ na wysokość zaoferowanej ceny:

1.Czy zaoferowana cena zawiera określone upusty, rabaty pozwalające na zaoferowanie przedmiotu zamówienia w cenie jak w ofercie i wygenerowanie zysku dla Wykonawcy?

2.Czy zaoferowana cena odbiega od cen rynkowych, czy jest zbliżona i wiarygodna oraz realistyczna zapewniająca należyte wykonanie zamówienia?.

Wraz z wyjaśnieniami Wykonawca winien złożyć dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przedmiotu zamówienia (...).

W odpowiedzi z 12 stycznia 2024 r. wykonawca BOR-POL wyjaśnił:

„Zaoferowana przez naszą firmę cena zawiera upusty pozwalające na wykonanie przedmiotu zamówienia w cenie generującej dla nas zysk. Zaoferowana przez naszą firmę cena nie odbiega od cen rynkowych, jest wiarygodna, realistyczna i zapewnia należyte wykonanie zamówienia.

Na cenę oferty w zakresie części nr 2 składają się wszystkie koszty, jakie nasza firma musi ponieść należycie realizując zamówienie (m. in. koszt towaru i jego sprowadzenia, koszt opakowania, możliwe wahania kursów walut, koszt pracowników, transport zamówionego asortymentu na koszt i ryzyko naszej firmy), gwarantując przy tym odpowiedni zysk z realizacji zamówienia.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 189 532,32 zł, co naszym zdaniem jest wartością znacznie zawyżoną.

W przypadku, gdyby Zamawiający określił wartość zamówienia na podstawie oferty szacunkowej naszej firmy z dnia 06.09.2023 r. wynoszącej 59 276,64 zł, oferta

w przedmiotowym postępowaniu nie była by niższa niż 7%.

Dowód: Oferta szacunkowa firmy BOR-POL na przedmiot zamówienia z części nr 2 z dnia 06.09.2023r. (Załącznik nr 1) (...).

Wyjątkowo sprzyjającym warunkiem wpływającym na oszczędność wykonania zamówienia jest zaoferowanie używanego — sprawnego technicznie — analizatora „SAS 1+/SAS2”

z 2016 r. Ten konkretny egzemplarz był już przedmiotem dzierżawy trzech należycie zrealizowanych umów przetargowych. Został zgodnie ze stosownymi przepisami o środkach trwałych w 100% zamortyzowany, a jego wartość rynkowa stanowi zaledwie „ułamek” wartości nowego urządzenia. Pozwoliło to naszej firmie na znaczącą oszczędność, gdyż pominięto wysoki koszt analizatora.

Dowód: Formularz cenowo — ofertowy dla Części nr 2 wskazujący rok produkcji oferowanego analizatora (w posiadaniu Zamawiającego)

Kolejnym warunkiem wpływającym na oszczędność wykonania zamówienia jest zaoferowanie wyjątkowo korzystnego terminu dostawy przedmiotu zamówienia wynoszącego 2 dni robocze.

Pozwoliło to naszej firmie na skorzystanie ze standardowych usług kurierskich firmy DHL, która w ciągu 2 dni roboczych (uwzględniając działania po stronie firmy jak pakowanie, fakturowanie) jest w stanie dostarczyć towar z naszego magazynu w Sośnicowicach

do Zamawiającego mieszczącego się w Rzeszowie.

Firma Biameditek zagwarantowała termin dostawy wynoszący 1 dzień roboczy co wymaga skorzystania z usług bardzo drogiego i zindywidualizowanego transportu z magazynu

w Białymstoku do Rzeszowa. Zakładając dostawę średnio raz w tygodniu, otrzymujemy

156 usług znacząco zwiększających ich wartość oferty, tym samym zwiększających różnicę cenową między naszymi ofertami.

Dowód: Zestawienie z otwarcia ofert wskazujące zaoferowany przez Wykonawców termin dostawy (w posiadaniu Zamawiającego)

Nasza firma zaoferowała rozwiązania techniczne znacząco wpływające na oszczędność wykonania zamówienia. Wyceniliśmy, żele do wykonywania badań elektroforetycznych „SAS-I SP-24 SB Kit” o nr kat. 200200, które pozwalają na jednej płytce żelu wykonać 24 oznaczenia. Działanie takie dało nam znaczące zmniejszenie kosztów przez możliwość wyceny niemal dwukrotnie mniejszej liczby opakowań żeli względem konkurencji. Żele zaoferowane przez Biameditek pozwalają wykonać jedynie 13 oznaczeń na analogicznej płytce.

Dowód: Formularz cenowo — ofertowy dla Części nr 2 wskazujący wielkość i liczbę zaoferowanych opakowań żeli agarozowych (w posiadaniu Zamawiającego)

Ponadto zaoferowaliśmy standardowe żele do wykonywania badań elektroforetycznych „SAS-I SP-24 SB Kit” o nr kat. 200200, które pozwalają na stosowanie próbek moczu, w połączeniu z automatycznym zagęszczaniem próbki wykonywanym przez analizator SAS 1+.

Zaproponowane rozwiązanie, jego funkcjonalność, wyjątkowość i ekonomiczność zostało szczegółowo opisane w „Wyjaśnieniach” przesłanych przez naszą firmę dnia 5.01.2024 r. Powyższe rozwiązanie pozwoliło naszej firmie uniknąć zaoferowania wielokrotnie droższych żeli o tzw. „wyższej rozdzielczości”, które wykorzystują niezagęszczoną próbkę — jak to jest w przypadku żeli zaoferowanych przez firmę Biameditek.

Dowód: Wyjaśnienia firmy BOR-POL z dnia 5.01.2024r. (w posiadaniu Zamawiającego)

Cena zaoferowana przez naszą firmę w żaden sposób nie odbiega od realiów rynkowych i nie jest ceną niewiarygodną.

Dowodem jest m.in. postępowanie w Szpitalu Specjalistycznym

w Chorzowie, ul. Zjednoczenia 10, z dnia 26.09.2023r, gdzie zaoferowaliśmy niemal identyczny asortyment do omawianego i należycie realizujemy zamówienie w analogicznej cenie.

Dowód: Umowa dzierżawy dla Pakietu 20 (Załącznik nr 1)

Cena oferty została skalkulowana z uwzględnieniem kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalania ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r.

o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Z 2015 poz. 2008 oraz z 2016r poz. 1265)".

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że wyjaśnienia dotyczące ceny oferty były niewystarczające oraz nie zostały należycie udowodnione. Zamawiający wprost zapytał „czy zaoferowana cena zawiera określone upusty, rabaty pozwalające na zaoferowanie przedmiotu zamówienia w cenie jak w ofercie i wygenerowanie zysku dla Wykonawcy”. W odpowiedzi wykonawca BOR-POL jedynie potwierdził fakt korzystania z upustów, ale nie wyjaśnił

tej kwestii w żaden sposób, a co za tym idzie nie złożył na tą okoliczność żadnych dowodów. O ile wezwanie do wyjaśnień ceny miało ogólny charakter i pokrywało się co do zakresu

z dyspozycją art. 224 ust. 3 Pzp, to Zamawiający zadał dodatkowo pytanie o zastosowane upusty i rabaty. W tej sytuacji obowiązkiem wykonawcy BOR-POL było udzielenie odpowiedzi na nie, pod rygorem odrzucenia jego oferty na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp (Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu).

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut nr 1 potwierdził się.

Zarzut nr 3

Zarzut ten podlegał oddaleniu. Został on podniesiony jako zarzut wynikowy wobec obu powyższych, przede wszystkim zarzutu nr 1. Izba uznała, że samo złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia nie może zostać automatycznie uznane za dopuszczenie się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał przy tym, by doszło do wypełnienia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji określonych w przepisach ustawy Uznk.

Zarzut nr 4 jako wynikowy wobec zarzutów podstawowych odwołania, wobec uwzględnienia zarzutów nr 1 i 2 podlegał uwzględnieniu. Czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BOR-POL w ramach części nr 2 postępowania nie powinna zaistnieć. Z przyczyn opisanych wyżej oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu z postępowania, nie powinna więc zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....