

Sygn. akt: KIO 2029/23

## WYROK

z dnia 31 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lipca 2023 r. przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie**,

przy udziale wykonawcy **Grifols Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

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

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2029/23

## Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Rzeszowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawę odczynników pozwalających na jednoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów: DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV w pulach osocza metodą całkowicie automatyczną, wraz z wymaganymi kontrolami/kalibratorami i niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi oraz dzierżawa kompletu aparatury wraz z całkowitym niezbędnym dla metodyki oprzyrządowaniem oraz z podłączeniem tej aparatury do posiadanego przez Zamawiającego systemu komputerowego na okres 36 miesięcy”, nr referencyjny DTZ.261.5 ZP.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03 marca 2023 r. pod nr 2023/S 045-132041.

W dniu 12 lipca 2023 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

podniósł niezgodność z ustawą czynności Zamawiającego polegających na:

1. Wyborze oferty Grifols Polska sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa;
2. Odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w związku z art. 239 Pzp i art. 16 pkt 1) -3) Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji bezzasadny wybór oferty wykonawcy Grifols Polska sp. z o.o.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. Dokonanie ponownej oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że:

### I. Stan faktyczny

1. Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników pozwalających na jednoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów: **DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV** w pulach osocza metodą całkowicie automatyczną, wraz z wymaganymi kontrolami/kalibratorami i niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi **oraz dzierżawa kompletu aparatury** na okres 36 miesięcy. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załączniku nr 1 do SWZ.

2. W dniu 13 marca 2023 r. Odwołujący wniósł pierwsze odwołanie w przedmiotowym Postępowaniu zarzucając Zamawiającemu naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania poprzez taki opis przedmiotu zamówienia, który uniemożliwia złożenie oferty spółce Roche Diagnostics Polska.

3. Na skutek odwołania Zamawiający usunął kwestionowane postanowienia SWZ, zarazem jednak dodał do specyfikacji nowe zapisy, które miały uprzywilejować urządzenia Grifols Polska sp. z o.o. Najwyżej punktowanym pozacenenym kryterium wyboru uczyniono bowiem wagę analizatora, czyli elementu całkowicie nieistotnego z punktu widzenia jakości badań realizowanych na dzierżawionym sprzęcie.

4. W dniu 4 kwietnia 2023 r. Odwołujący wniósł kolejne odwołanie, podważając nowe postanowienia SWZ, a wyrokiem z dnia 18 kwietnia 2023 r. (KIO 963/23) tutejsza Izba nakazała Zamawiającemu wykreślenie z SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu kryterium wagi analizatora.

Dowód: załączniki do protokołu postępowania (w aktach);

5. Na podstawie ostatecznie ukształtowanej SWZ oferty złożyło dwóch wykonawców – Odwołujący i Grifols Polska sp. z o.o. (dalej „Grifols”).

6. W dniu 5 lipca 2023 r. Zamawiający odrzucił ofertę Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z powodu niezłożenia przedmiotowych środków dowodowych, a także zaniechania złożenia przed terminem składania ofert planów remontowych.

7. Zdaniem Odwołującego żaden z powodów odrzucenia jego oferty nie zasługuje na uwzględnienie.

## **II. Zarzut niezłożenia wymaganych przedmiotowych środków dowodowych**

1. Zamawiający na drugiej stronie pisma z dnia 5 lipca 2023 r. przywołał relewantne wymagania SWZ odnoszące się do przedmiotu zamówienia oraz przedmiotowych środków dowodowych, natomiast na stronie trzeciej dokonał ich wykładni, w efekcie której odrzucił ofertę Odwołującego. Z tą interpretacją nie zgadza się Odwołujący, bowiem nie ma odzwierciedlenia w treści specyfikacji.

2. Zamawiający stwierdził, że „Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów z powyższych ppkt. b-d)”, czyli: b) metodyki (opisu, materiałów informacyjnych) dla **testu DPX** c) metodyki (opisu, materiałów informacyjnych) dla **testu multipleksowego do oznaczania 4 wirusów**: HIV, HCV, HBV, HEV – wykorzystanie jednocześnie materiału genetycznego RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV, RNA HEV; **opinii IHIT** dla zaoferowanego systemu cobas 5800. Odnosząc się do powyższego Odwołujący stwierdza co następuje:

### **Brak metodyki dla testu DPX**

3. Test DPX2 nie jest przedmiotem postępowania, więc żądanie przedmiotowych środków dowodowych dotyczących tego produktu było bezpodstawne.

4. Zgodnie z rozdziałem V ust. 1 pkt c) SWZ Zamawiający wymagał przedmiotowych środków dowodowych w postaci opisów (materiałów informacyjnych), katalogów, ulotek informacyjnych – w języku polskim **oferowanego przedmiotu zamówienia** – potwierdzające spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego.

5. Zgodnie z pkt 3.6 załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) **oferowane urządzenia** musiały umożliwiać wykonywanie badań w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19. Jednocześnie stosownie do treści pkt 2.1 wspomnianego OPZ (proponowane wymagania dotyczące odczynników) „*Oferowane odczynniki muszą umożliwiać jednoczesne wykrywanie **RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV** zwolnienia 250-300 donacji dziennie w regulaminowym czasie pracy (7.00-14.35)*”.

6. Natomiast w punkcie 2.16 stoi że: „*Cenę całkowitą oferty stanowi: dzierżawa urządzeń, całość odczynników, materiałów zużywalnych wymaganych przez oferowaną technologię i innego asortymentu niezbędnego do prawidłowego przeprowadzenia badań **RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV** całkowicie automatycznymi metodami biologii molekularnej wraz z kosztami archiwizacji każdej donacji.*”

7. Z powyższego jasno wynika, że:

- przedmiotem postępowania nie są odczynniki do badań w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19 (test DPX);
- Zamawiający wymagał jedynie, aby oferowana aparatura była na tyle uniwersalna, aby umożliwiała wykonywanie badań w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19.

W tych okolicznościach żądanie metodyki (opisu, materiałów informacyjnych) dla testu DPX jest nieuzasadnione.

8. Zamawiający w drugim akapicie na stronie 3 pisma z dnia 5 lipca 2023 r. argumentuje, że „*sam zapis w instrukcji urządzenia o możliwości wykonania badania nie jest wystarczający.*” Kolejno podnosi, że skoro wykonawca nie posiada testów, które mają gotową procedurę przeprowadzania badania w oferowanym systemie to oferowane urządzenia w rzeczywistości nie posiadają możliwości wykonywania powyżej opisanych badań.

9. Zamawiający bezpodstawnie łączy wymóg pkt 3.6 OPZ, referujący do technicznych możliwości aparatury, z deklaracją posiadania dodatkowych odczynników (innych, niż objęte przedmiotem zamówienia). Z żadnego postanowienia SWZ nie wynika, iż przedmiotem oferty muszą być nie tylko urządzenia pozwalające wykonać badania RNA HAV i DNA Parvo B19 (a bezspornie system Roche ma takie możliwości), ale również zapewnienie (swego rodzaju „ekspektatywa”)

dostępności odpowiednich odczynników. Wykonawcy nie musieli posiadać w ofercie takich testów. **Nie istnieje bowiem żadna podstawa umowna lub ustawowa, w oparciu o którą Zamawiający mógłby egzekwować dostawę tych odczynników.** Sprzedaż wymagała by zastosowania odpowiedniego trybu przewidzianego w Pzp. W rezultacie deklaracja posiadania wspomnianych odczynników pozostawała by bez znaczenia dla oceny ofert, które nadal obejmują wyłącznie odczynniki do jednoczesnego wykrywania RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV. Zarazem potencjalna dostępność RNA HAV i DNA Parvo B19 na dzień składania ofert nie obligowała by wykonawcy do utrzymania gotowości dostaw w okresie obowiązywania umowy. Zamawiający nie mógł zatem zdyskwalifikować oferty wykonawcy z powodu braku przedmiotowego środka dowodowego odnoszącego się do elementów wykraczających poza opis przedmiotu zamówienia. Doszło więc do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez ich bezpodstawne zastosowanie.

#### **Brak metodyki dla testu multipleksowego do oznaczania 4 wirusów: HIV, HCV, HBV, HEV – wykorzystanie jednocześnie materiału genetycznego RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV, RNA HEV**

10. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu braku ww. metodyki w odniesieniu do testu, który również nie jest przedmiotem zamówienia, a ponadto w zakresie elementu podlegającego jedynie ocenie punktowej (nie stanowiącego wymagań granicznych OPZ). Nawet gdyby uznać, że postanowienia w zakresie kryteriów oceny wymagały złożenia metodyki dla wspomnianego testu multipleksowego (z czym nie można się zgodzić), to konsekwencją zaniechania w tym zakresie byłby wyłącznie brak przyznania punktów w ramach ceny ofert. Co więcej, przy takim podejściu w ogóle żądanie uzupełnienia metodyki byłoby niezgodne z art. 107 ust. 3 Pzp. Wydaje się natomiast oczywistym, że skoro brak metodyki nie dotyczy elementu obligatoryjnego oferty, to pozostaje ona zgodna z treścią SWZ.

11. Zamawiający, podobnie jak w przypadku testu DPX, bezpodstawnie rozciąga „*Możliwość zastosowania testu multipleksowego do oznaczania 4 wirusów*” na konieczność posiadania w ofercie takiego testu. Powyższa właściwość dotyczy bowiem wyłącznie aparatury, a Zamawiający nie kwestionuje faktu, iż urządzenia zaoferowane przez Roche taką możliwość posiadają (cyt. „*Z załączonych do oferty dokumentów wynika jedynie, że zaoferowane urządzenia posiadają możliwość zastosowania testu, jednak sam test jest w opracowaniu*”). Pozostaje zatem poza sporem okoliczność, iż aparaty mają zadeklarowaną możliwość zastosowania testu multipleksowego, oraz że zostało to wykazane dokumentami załączonymi do oferty. Strony różnią się jedynie co do wykładni SWZ – Zamawiający stoi na stanowisku, że „*Możliwość zastosowania testu multipleksowego*” jest równoznaczna z obowiązkiem istnienia takowego testu na dzień składania ofert, natomiast zdaniem Odwołującego postanowienia SWZ, odnoszące się wyłącznie do aparatury, nie mogą być rozszerzane o konieczność posiadania w ofercie tego typu asortymentu.

12. Interpretacja zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie nie tylko ze względów językowych, ale również przez pryzmat ograniczeń ustawowych dotyczących sposobu oceny ofert. Zgodnie z art. 241 ust. 1 Pzp kryteria oceny ofert **muszą być związane z przedmiotem zamówienia.** Skoro test multipleksowy nie stanowi przedmiotu zamówienia, to nie można kojarzyć z nim omawianego kryterium. Doszłoby bowiem do niedającej się zaakceptować sytuacji, w której Zamawiający wyraża gotowość zapłaty wyższej ceny za zamówienie podstawowe w zamian nie otrzymując żadnego konkretnego świadczenia (np. towaru o lepszych właściwościach w stosunku do minimalnie wymaganych). Nawet w przypadku zadeklarowania posiadania odpowiednich odczynników w przyszłości wcale nie muszą być one dostępne, tudzież wykonawca może stawiać zaporowe warunki na jakich ewentualnie sprzeda je Zamawiającemu.

13. Jednocześnie bezprzedmiotowe pozostają dywagacje na temat braku procedury przeprowadzenia badania itp. bowiem jak zostało powiedziane, test multipleksowy nie jest przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie zawarł w SWZ żadnych wymagań w odniesieniu do tego rodzaju odczynników (w szczególności przemilczał kwestię procedury przeprowadzenia badania).

14. Podsumowując, **metodyka dla testu multipleksowego nie była wymaganym przedmiotowym środkiem dowodowym**, zatem zaniechanie jej złożenia nie stanowi naruszenia SWZ uzasadniającego zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy, czy też art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

#### **Brak opinii IHiT dla zaoferowanego systemu Cobas 5800**

15. Zgodnie z rozdziałem XV ust. 2 pkt 5 SWZ Zamawiający punktował: „*Ad.2.5Automatyczny system dopuszczony do badań w publicznych jednostkach służby krwi u dawców krwi (opinia IHiT w Warszawie) – należy załączyć odpowiedni dokument do oferty - 10 pkt*”.

16. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia lakonicznie stwierdził, że wykonawca „*nie złożył wymaganego dokumentu*”. Przy czym zdaje się stać na stanowisku, że jedynym dokumentem potwierdzającym dopuszczenie oferowanego systemu do badań w publicznych jednostkach służby krwi jest opinia IHiT. Tymczasem z treści SWZ wynikało, że należy załączyć „**odpowiedni dokument**”. Wspomniana opinia IHiT nie jest takim „odpowiednim dokumentem”, gdyż nie zależy od niej możliwość używania aparatury w RCKiK. Urządzenia nie posiadające tej opinii również mogą być całkowicie legalnie eksploatowane w regionalnych centrach krwiodawstwa. Zgodnie z obwieszczeniem Ministra Zdrowia z dnia 30 marca 2021 r. w sprawie wymagań dobrej praktyki pobierania krwi i jej składników, badania, preparatyki, przechowywania,

wydawania i transportu dla jednostek organizacyjnych publicznej służby krwi (Dz.Urz.MZ.2021.28) – zarówno testy, jak i aparatura używane do prowadzenia badań przeglądowych powinny posiadać oznakowanie CE (wymagany certyfikat zgodności CE IVD dla HBV, HCV i HIV – por. punkt 1.16.4). Żadne przepisy powszechnie obowiązującego prawa nie warunkują użycia wyrobu medycznego od uzyskania opinii IHiT. W związku z powyższym **właściwym dokumentem potwierdzającym dopuszczenie urządzenia do badań w publicznych jednostkach służby krwi jest załączony do oferty certyfikat zgodności CE IVD.**

17. Niemniej dodatkowo Odwołujący podnosi, że wraz z ofertą złożył również opinię IHiT. Co prawda opinia literalnie odnosi się do systemów cobas 6800/8800, jednakże ma zastosowanie także do cobas 5800, który należy do tej samej serii urządzeń (cobas 5800/6800/8800) służących do całkowicie automatycznej izolacji kwasów nukleinowych, ich amplifikacji oraz detekcji z wykorzystaniem reakcji PCR w czasie rzeczywistym (co zostało szczegółowo objaśnione w OŚWIADCZENIU O RÓWNOWAŻNOŚCI SYSTEMÓW COBAS 5800 i COBAS 6800 ORAZ OZNACZENIA COBAS 5800 MPX – złożonym wraz z ofertą). IHiT pozytywnie zatem zaopiniował rodzinę systemów Cobas, do której należy zaferowany cobas 5800.

18. Akcesoryjnie należy także nadmienić, że nawet w przypadku stwierdzenia (wbrew treści SWZ), że jedynie opinia IHiT o oczekiwanej przez Zamawiającego - bliżej nieokreślonej zawartości, umożliwiła uzyskanie 10 pkt, to skutkiem zaniechania jej

złożenia mogło być wyłącznie nie przyznanie tych punktów, nie zaś odrzucenie oferty w trybie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp.

### III. Zarzut nie złożenia planów remontowych

1. Ostatnia przyczyna odrzucenia oferty Odwołującego dotyczy zaniechania przedstawienia przynajmniej na dwa dni przed złożeniem ofert planów remontowych. Zamawiający zdaje się zatem zarzucać niezgodność oferty Odwołującego z postanowieniami pkt 3.8.2 tiret drugie OPZ przewidującymi, że: „*Ewentualne zmiany i plany remontowe muszą zostać przedstawione Zamawiającemu przynajmniej na dwa dni przed złożeniem oferty i być zaakceptowane przez Zamawiającego.*”

2. Cytowane zapisy specyfikacji nie kreują szczególnych wymagań względem sposobu przygotowania oferty. Dotyczą notyfikacji rozwiązań technicznych, jednak zaniechanie jej przeprowadzenia nie zostało obarczone żadną sankcją. Brak konsultacji planów remontowych nie może zatem skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp (tym bardziej art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c). Idąc dalej należy wyrazić przekonanie, że uzależnienie możliwości złożenia oferty od autorytarnej decyzji Zamawiającego (której nie musiał nawet podejmować ani uzasadniać, bo nie obligowała go do tego żadna norma) naruszałoby fundamentalne zasady Pzp – uczciwej konkurencji, równego traktowania oraz przejrzystości. Tak więc oferta pochodząca od wykonawcy, który odpowiednio wcześniej nie przedstawił wspomnianych planów nie może być ofertą *per se* sprzeczną z SWZ. Nadal bowiem może obejmować (i tak jest w tym przypadku) świadczenie odpowiadające specyfikacji w każdym aspekcie.

3. Dodatkowo należy podkreślić, że SWZ w omawianym zakresie nie była konsekwentna (podobnie zresztą jak Zamawiający, o czym dalej). W pkt 3.9 OPZ zawiera bowiem postanowienia przewidujące konieczność zaproponowania w ofercie rozwiązania zwiększającego nośność stropu zgodnie z przedstawioną przez zamawiającego ekspertyzą techniczną dotyczącą określenia nośności stropu w budynku RCKiK w Rzeszowie. Specyfikacja nie precyzowała jednak w jaki sposób owe „rozwiązanie” ma być „zaproponowane”. Nie wynikało z niej, że należy załączyć jakieś konkretne opracowanie prezentujące techniczne kwestie wzmocnienia stropu, czy też wystarczyło uwzględnić w ofercie konieczność wykonania wszystkich koniecznych prac.

4. Jednocześnie Zamawiający w toku oceny ofert, za pismem z dnia 13.06.2023 r. wezwał Odwołującego do złożenia rozwiązania zwiększającego nośność stropu zgodnie z pkt 3.9 załącznika nr 1 do SWZ. Zamawiający zatem zakwalifikował to rozwiązanie jako przedmiotowy środek dowodowy, tudzież „*inne dokumenty składane w postępowaniu*”. (o których mowa w art. 128 ust. 1 Pzp). Otrzymany w odpowiedzi **opis rozwiązania nie jest kwestionowany** (zwłaszcza, że zgodnie z SWZ Zamawiający zakłada, że prace remontowe ograniczą się do rozbiórki ściany działowej pomiędzy pomieszczeniami pracowni).

5. Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że Zamawiający, w trybie zgodnym z SWZ oraz Pzp, otrzymał opis rozwiązania zwiększającego nośność stropu. „*Zmiany i plany remontowe*”, które należało przedstawić przed terminem złożenia oferty miały charakter „ewentualny” oraz nie kreowały treści oferty, z której wykonawcy byli rozliczani na etapie ich oceny.

6. Treścią oferty na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy jest **zobowiązanie do określonego świadczenia** po zawarciu umowy. Zakresu tego zobowiązania nie może determinować jakiegokolwiek zachowanie (tudzież zaniechanie) poprzedzające jej złożenie w odpowiedniej formie. Zamawiający nie ma podstaw do badania oferty przez pryzmat okoliczności mających miejsce przed terminem jej złożenia. Jedyny wyjątek stanowi art. 226 ust. 1 pkt 18) Pzp (kwalifikowany brak odbicia wizji lokalnej), który jednakże nie zachodzi w niniejszej sprawie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 lipca 2023 r. (pismo z dnia 20 lipca 2023 r.) wniósł o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie lub oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający wskazał, że:

**1. Odwołujący nie wykazał interesu we wniesieniu odwołania.**

Odwołujący nie wykazał wypełnienia łącznie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody. Tymczasem Odwołujący w treści odwołania nie powołał się na przesłankę szkody, nawet nie wskazał, że on jako Odwołujący ma interes w złożeniu niniejszego odwołania, nie podniósł, że w razie uwzględnienia odwołania jego oferta będzie ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący nie wskazał jednej z określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanek, tj. poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy.

Samo posiadanie statusu wykonawcy - podmiotu który złożył ofertę w postępowaniu nie jest wystraszające do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej określonych ustawą i w zasadzie nie rodzi żadnych skutków procesowych.

Należy zaznaczyć, że nawet dokonanie ponownej oceny ofert przez Zamawiającego nie pozwoli Odwołującemu na uzyskanie zamówienia, gdyż w zakresie ustalonych w SWZ kryteriów oceny ofert, oferta firmy Grifols będzie w dalszym ciągu ofertą najkorzystniejszą. Poniżej symulacja oceny ofert z uwzględnieniem oferty Roche:

OFERENT/ Nazwa	Cena 60%	Odczynniki, kalibratory /kontrola gotowe do użycia 10 %	Enzymatyczne zabezpieczenie przed kontaminacją 5 %	Automatyczny system dopuszczony do badań w publicznych jednostkach służby krwi u dawców krwi (opinia IriIT w Warszawie) - należy załączyć odpowiedni dokument do oferty 10 %	Pojemność pojemnika na odpady stałe 5 %	Możliwość zastosowania testu multiplexowego do oznaczania 4 wirusów: HIV, HCV, HBV, HEV - wykorzystanie jednocześnie materiału genetycznego o RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV, RNA HEV - 10°/o	Razem
ROCHE DIAGNOSTICS POLSKA Sp. z o.o., ul. Bobrowiecka 8, 01-531 Warszawa NIP: PL 5272322068	60	10	5	0	3	0	78
Grifols Polska Sp. z o.o, Grzybowska 87, 00-844 Warszawa NIP: PL 5262746909	56,72	0	0	10	5	10	81,72

**2. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.**

a) Odwołujący podnosi, że „Test DPX nie jest przedmiotem postępowania, więc żądanie przedmiotowych środków dowodowych dotyczących tego produktu było bezpodstawne” Zamawiający po otrzymaniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 107 ust. 2 Pzp wystosował do Odwołującego (Wykonawcy) wezwanie do uzupełnienia

przedstawionych środków dowodowych poprzez wykazanie, że zaofertowane urządzenie posiada możliwość wykonania testów w zakresie RNAHAV i DNA Parvo B19. Odwołujący po otrzymaniu wezwania nie kwestionował jego zasadności i nie podjął w tym zakresie żadnych środków ochrony prawnej. Termin na wniesienie odwołania w tym zakresie minął zatem w dniu 12.06.2023r. Ponadto należy zaznaczyć, że możliwość wykonania badań w zakresie RNA HAV i DNA Parvo B19 było jednym z koniecznych wymogów dla oferowanych urządzeń już na etapie ogłoszenia o zamówieniu (tj. 03.03.2023 r.). Odwołujący nie kwestionował powyższych zapisów SWZ, ani w uprzednich odwołaniach ani w zapytaniach. Jako, że podniesione obecnie zarzuty są spóźnione odwołanie w tym zakresie winno zostać odrzucone.

Z ostrożności, gdyby Izba nie uznała za zasadne odrzucenie odwołania w tym zakresie Zamawiający podnosi, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że zaofertowane urządzenie spełnia wymagania zawarte w SWZ pkt 3.6 w brzmieniu „Oferowane urządzenia muszą umożliwiać wykonywanie badań w kierunku RNAHAV i DNAParvo B19 „ Wymaganie to odnosi się do przedmiotu zamówienia, które obejmuje dostawę odczynników i dzierżawę urządzeń (analityzatorów)”. Możliwość wykonywania badań zawarta w SWZ winna istnieć już na dzień składania oferty i polega na technicznej (rzeczywistej) zdolności urządzenia oraz istnieniu dopuszczonego do stosowania testu diagnostycznego umożliwiającego wykonanie tego typu badania na zaofertowanych urządzeniach Cobas 5800. Jak wynika z przedłożonych przez Odwołującego dokumentów test DPX jest w opracowaniu. Nie ma zatem obecnie i na dzień składania oferty możliwości wykonania przedmiotowego badania na zaofertowanym urządzeniu Cobas 5800, bowiem sam zapis w instrukcji urządzenia o możliwości wykonania badania nie jest wystarczający, ponieważ przeprowadzenie takiego badania nie jest możliwe bez opracowanych testów gotowych do użycia (przez gotowy do użycia test należy rozumieć test posiadający opracowaną gotową metodykę/ procedurę wykonania badania). Test DPX według nazewnictwa Odwołującego jest testem na obecność wirusów RNAHAV i DNAParvo B19. Instrukcja testu DPX została przedstawiona przez Przystępującego. Wynika z niej, że możliwość wykonania takiego testu istnieje tylko na urządzeniach Odwołującego oznaczonych jako Cobas 6800 System i Cobas 8800 System. Nie ma obecnie możliwości wykonania takich badań na zaofertowanym urządzeniu Cobas 5800.

Dodatkowo podnieść należy, że Zamawiający będący jednostką publicznej służby krwi ma możliwość sprzedaży osocza jednostkom zewnętrznym. Biorąc pod uwagę fakt, iż postępowanie kończy się zawarciem umowy na okres 36 miesięcy Zamawiający musi brać pod uwagę wiele aspektów/ warunków współpracy z potencjalnymi odbiorcami/ frakcjonatorami m. in. możliwość wykonywania badań % sprzedawanego osocza w swojej siedzibie. Obecnie jeden z podmiotów zainteresowany jest zakupem osocza, firma Tekada, jako warunek współpracy podaje obowiązek przebadania osocza pod kątem RNA HAV i DNA Parvo B19. Kwestionariusz firmy Tekada został przesłany do wszystkich jednostek publicznej służby krwi w Polsce i został przedstawiony jako załącznik nr 4 do stanowiska Zamawiającego. Powyższe oznacza, że Zamawiający ma obiektywną potrzebę pozyskania sprzętu, który będzie dysponował możliwością wykonywania badań pod kątem parwowirusa B19. Jednocześnie dla Zamawiającego korzystne jest, by wszystkie konieczne badania wykonywać za pomocą jednego analizatora - wykluczy to bowiem konieczność poniesienia dodatkowych kosztów pozyskania kolejnego analizatora, wydzielenia dla niego odpowiedniego pomieszczenia (obecnie Zamawiający nie posiada możliwości ulokowania kolejnego analizatora), albo też - konieczność przenoszenia donacji do innego podmiotu celem wykonania odpowiednich badań, których nie zapewni dostarczony analizator. Zaofertowane urządzenie Cobas 5800 wobec braku możliwości wykonania testów RNAHAV i DNAParvo B19 uniemożliwia Zamawiającemu podjęcie takiej współpracy. Zaofertowane urządzenie Cobas 5800 nie jest zatem zgodne z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SWZ.

b) Odwołujący podnosi, że posiada opinię uprawniającą go do uzyskania dodatkowych punktów w kryterium oceny ofert. Żadna ze stron nie kwestionuje, że do użytkowania analizatorów i testów stosowanych do tych urządzeń wymagane jest posiadanie certyfikatu CE IVD. Jest to oczywisty dokument niezbędny by urządzenia i testy mogły w ogóle być stosowane. Wymaganie zawarte w pkt 4 kryteriów w formularzu ofertowym, a polegające na posiadaniu opinii IHiT (Instytutu Hematologii i Transfuzjologii) jest wymaganiem dodatkowo punktowanym, a nie wymaganiem niezbędnym. Odwołujący w trakcie postępowania przedstawił opinię IHiT dla urządzenia Cobas 6800 oraz własne oświadczenie o równoważności systemów Cobas 6800 i oferowanego Cobas 5800. Skoro jednak opinia IHiT została wydana w dniu 30.10.2015r. a system Cobas 5800 został wprowadzony do użytkowania w 2019, to nie można przyjąć że system Cobas 5800 po pierwsze posiadał opinię IHiT, a po drugie by był to system równoważny z systemem Cobas 6800 na którego użytkowanie Odwołujący posiada opinię IHiT. Należy zauważyć, że oświadczenie o równoważności systemów Cobas 5800 i Cobas 6800 jest tylko oświadczeniem własnym Odwołującego, nie można zatem

porównywać go z dokumentem wydanym przez Instytut Hematologii i Transfuzjologii. Tylko sam Instytut może dokonać takiej oceny równoważności i wydania pozytywnej opinii na cały system 5800 (analyzer Cobas5800 wraz z wszystkimi testami do badań).

c) Odwołujący podnosi, że „test multiplexowy do oznaczania 4 wirusów: HIV, HCV, HBV, HEV-wykorzystanie jednocześnie materiału genetycznego RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV, RNA HEV” nie jest przedmiotem postępowania, więc żądanie dokumentów/dowodów dotyczących potwierdzenia jego posiadania przez Odwołującego było bezpodstawne. Zamawiający ustanowił jako kryterium oceny ofert możliwość zastosowania testu multiplexowego do oznaczania 4 wirusów: HIV, HCV, HBV, HEV-wykorzystanie jednocześnie materiału genetycznego RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV, RNA HEV na oferowanych urządzeniach. Jest ono związane z dostarczaniem w ramach zamówienia analizatorami. Należy zauważyć, że w ramach kryterium oceny ofert Zamawiający może ustalać dowolne aspekty związane z przedmiotem zamówienia, nawet jeżeli nie są istotne. Zgodnie z art. 241 ust. 2 ustawy Pzp, związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą dostaw, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

Punktowany parametr dotyczy dzierżawionych analizatorów, ich cech funkcjonalności pozwalających na rozszerzenie panelu badań w przyszłości przy nie zwiększaniu kosztów kolejnej dzierżawy, itd., które wiązałyby się z przeprowadzeniem nowego postępowania i koniecznością zapewnienia miejsca na kolejne analizatory.

Odwołujący chce zdyskredytować ustalone w SWZ kryterium oceny ofert. Odwołujący nie kwestionował powyższych zapisów SWZ, ani w przednich odwołaniach do KIO, ani w zapytaniach do treści SWZ skierowanych do Zamawiającego w przewidywanym ustawowo terminie. Jako, że podniesione obecnie zarzuty są spóźnione odwołanie w tym zakresie winno zostać odrzucone.

Abstrahując od powyższego, Odwołujący usiłował wprowadzić Zamawiającego w błąd oświadczając, iż zaoferowany system posiada możliwość zastosowania testu multiplexowego dla 4 wirusów (HIV, HCV, HBV, HEV jednocześnie). Z załączonych do oferty dokumentów wynika jedynie, że zaoferowane urządzenia posiadają możliwość zastosowania testu, **jednak sam test jest w opracowaniu**. Tak więc taki zapis nie potwierdza rzeczywistej technicznej „możliwości”, gdyż Wykonawca nie posiada testów multiplexowych do oznaczania 4 wirusów: HIV, HCV, HBV, HEV-wykorzystującego jednocześnie materiał genetyczny RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV, RNA HEV które mają **gotową** opracowaną procedurę przeprowadzenia badania w oferowanym systemie. Sam zapis w instrukcji urządzenia nie jest potwierdzeniem spełnienia kryterium o możliwości zastosowania testu multiplexowego, tym bardziej- jak zaznaczono w samej instrukcji test pozostaje w opracowaniu.

Potwierdzenie spełnienia tego Kryterium oceny ofert wynika jedynie z oświadczenia własnego Roche-brak jest potwierdzenia w dokumentacji dla systemu Cobas5800.

### **3. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego.**

Zamawiający po wyroku KIO na skutek wcześniejszego odwołania Roche Diagnostics Polska Sp z o.o. zmienił zapis w załączniku nr 1 do SWZ i opierając się na posiadanej ekspertyzie w zakresie maksymalnej nośności stropu w pomieszczeniach, gdzie będą pracować oferowane urządzenia w pkt. 3.9 Załącznika nr 1 do SWZ- OPZ określił, że „dopuszcza możliwość zaoferowania analizatora, którego masa wraz z maksymalnym dopuszczalnym ładunkiem przekroczy 400 kg, a nie przekroczy 640 kg pod warunkiem zaproponowania w ofercie rozwiązania zwiększającego nośność stropu. Zgodnie z dokumentacją przedstawioną przez Odwołującego masa zaoferowanego urządzenia Cobas 5800 wynosi 623 kg. Maksymalny dopuszczalny ładunek wynosi ok. 20 kg. Zatem łącznie z masą urządzenia przekracza maksymalną dopuszczoną przez Zamawiającego wartość tj. 640 kg. I już tylko ta okoliczność pozwalała na odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Dodatkowo podnieść należy, że w przypadku zaoferowania urządzenia, którego masą wraz z maksymalnym dopuszczalnym ładunkiem wynosi ponad 400 kg a nie przekracza 640 kg, Zamawiający wymagał zaproponowania w ofercie rozwiązania zwiększającego nośność stropu. Takiej propozycji Odwołujący wraz z ofertą nie złożył. Zgodnie z wymogami Zamawiającego **na dwa dni przed terminem składania ofert**

Odwołujący winien przedstawić proponowany sposób zwiększenia nośności stropu i uzyskać w tym\* zakresie akceptację Zamawiającego. Odwołujący tego nie uczynił, nie kwestionował także takiego wymogu Zamawiającego. Dopiero w wyjaśnieniach z dnia 15.06.2023r. przedstawił wariantowe rozwiązania w tym zakresie. Kwestionowanie obecnie tego wymogu Zamawiającego jest spóźnione i jako takie winno zostać odrzucone.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający wziął pod uwagę rozbieżność dotyczącej wagi w uzupełnionej dokumentacji przesłanej na wezwanie z dnia 02.06.2023r. i wezwał Odwołującego do przedstawienia rozwiązania zwiększającego nośność stropu. W udzielonej odpowiedzi z dnia 15.06.2023r., Odwołujący poinformował, że założył prace remontowe zwiększające nośność stropu zgodnie z przedstawioną przez Zamawiającego ekspertyzą techniczną, polegającą na rozbiórce ścianki działowej pomiędzy pomieszczeniami pracowni oraz zaproponował rozwiązanie polegające na wzmocnieniu stropu od dołu przy użyciu taśm z włókna węglowego. Zgodnie z pkt 3.8.2 Załącznika nr 1 do SWZ- OPZ Zamawiający dopuszczał: „niezbędne prace remontowe ograniczające się do rozbiórki ściany działowej pomiędzy pomieszczeniami pracowni ujętymi w OPZ jako Nr 1 i Nr 2 wraz z pracami wykończeniowymi tj. przeniesienie wszelkich istniejących instalacji, uzupełnienie brakujących elementów na ścianach, posadzkach, sufitach jak również kompleksowe sprzątnięcie pomieszczeń po remoncie. Prace remontowe nie mogą naruszać części konstrukcyjnej budynku. Obowiązkiem Wykonawcy będzie dostosowanie pomieszczeń do standardów laboratorium. **Ewentualne zmiany i plany remontowe miały być przedstawione Zamawiającemu przynajmniej na dwa dni przed złożeniem oferty i zostać przez niego zaakceptowane**".

Nadmienić także należy, że przedstawione przez Odwołującego rozwiązanie nie jest jasne i wyczerpujące. Jest ogólnikowe i nie pozwala Zamawiającemu ocenić w jaki sposób nastąpi wzmocnienie stropu i o ile zwiększy się jego nośność.

Zamawiający nie uzyskał precyzyjnej informacji jakie działania w zakresie wzmocnienia nośności stropu Odwołujący zamierza przeprowadzić, brak jest konkretnego planu działania Odwołującego, terminu wykonania, szczegółowego opisu planowanych prac remontowych czy alternatywnej propozycji wykonywania rutynowych przeglądowych badań dawców krwi. Sam Odwołujący nie wie w jakim zakresie powinien i w jakim zakresie dokona wzmocnienia nośności stropu.

Z powyższych faktów nasuwa się wniosek, że zaoferowane przez Odwołującego urządzenia nie spełniają wymagania opisanego w SWZ, a Odwołujący próbuje doprowadzić do potwierdzenia, że jego oferta jest zgodna z treścią SWZ oraz do zmiany wymagań po terminie otwarcia ofert.

#### **Stan faktyczny ustalony przez Izbę:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03 marca 2023 r. pod nr 2023/S 045-132041.

W dniu 12 lipca 2023 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

podniósł niezgodność z ustawą czynności Zamawiającego polegających na:

1. Wyborze oferty Grifols Polska sp. z o.o., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa;
2. Odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w związku z art. 239 Pzp i art. 16 pkt 1) -3) Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, a w konsekwencji bezzasadny wybór oferty wykonawcy Grifols Polska sp. z o.o.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Zamawiający wnosił o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie lub oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Grifols Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2023 r. (pismo z dnia 17 lipca 2023 r.) wnosił o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie lub ewentualnie o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego. W piśmie z dnia 21 lipca 2023 r. Przystępujący podtrzymał stanowisko zawarte przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania.

### **Stan prawny ustalony przez Izbę:**

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 239 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

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

Zgodnie z art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

**Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:**

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałooby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności, Izba odniesie się do wniosku Zamawiającego, jak również Przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy PZP. Izba zważa, że zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy PZP, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Izba nie popiera argumentacji Przystępującego, iż: „Jeśli Odwołujący uważał czynność Zamawiającego za niezgodną z przepisami ustawy PZP i dokumentacją postępowania, mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej”, a termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego żądania przedmiotowych środków dowodowych dotyczących możliwości wykonania badań RNA HAV i DNA Parvo B19 upłynął w dniu 12.06.2023 r.; w zakresie zarzutu dotyczącego braku związania z przedmiotem zamówienia wymagania zaoferowania urządzenia umożliwiającego wykonanie badań RNA HAV i DNA Parvo B19 oraz w zakresie oferowania urządzenia posiadającego możliwość wykonania testu multiplexowego do oznaczania 4 wirusów HIV, HCV, HBV, HEV przy wykorzystaniu jednocześnie materiału genetycznego RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV i RNA HEV upłynął w dniu 08.05.2023 r. oraz w zakresie kwestionowania obowiązku uzgodnienia proponowanych prac remontowych na 2 dni przed terminem składania ofert, upłynął w dniu 08.05.2023 r., ze względu na to, iż w ocenie Izby podstawą wniesionego odwołania przez Odwołującego była czynność Zamawiającego z dnia 5 lipca 2023 r., w której to Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i to od tej czynności Odwołujący miał 10 dni na wniesienie odwołania zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy PZP.

Z kolei odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego, jak i Przystępującego, że „Odwołujący nie wykazał interesu w wniesieniu odwołania”, Izba zważa, że zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy PZP, Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w

uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że zgodnie z orzecznictwem i poglądami doktryny, po pierwsze interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie to każdy interes, tj. interes faktyczny i prawny w uzyskaniu zamówienia lub nagrody, co oznacza, że wiąże się on z chęcią uzyskania zamówienia, a po drugie musi pojawić się szkoda poniesiona lub możliwa do poniesienia przez wykonawcę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Tym samym stwierdzenie Odwołującego, że: „oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza w świetle kryteriów oceny, a tym samym Odwołujący został narażony na szkodę” jest w ocenie Izby wystarczające dla wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia.

Przechodząc do warstwy merytorycznej, Izba zważa, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 5 lipca 2023 r., Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy PZP w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP, stwierdzając pod uzasadnieniem prawnym i faktycznym m.in. że: „(..)złożone do oferty przedmiotowe środki dowodowe nie zawierały informacji wskazujących wagę oferowanych urządzeń, w dniu 2 czerwca 2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentacji (materiałów informacyjnych/ katalogów / ulotek informacyjnych), zawierającej informację o wadze oferowanych analizatorów”; „w dniu 13.06.2023 r. ponownie wezwał Wykonawcę do złożenia rozwiązania zwiększającego nośność stropu zgodnie z pkt. 3.9 Załącznika nr 1 do SWZ”; „Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów z powyższych ppkt. b-d)”, przy czym poszczególne punkty dotyczyły: b) metodyki (opisu, materiałów informacyjnych) dla testu DPX; c) metodyki (opisu, materiałów informacyjnych) dla testu multipleksowego do oznaczania 4 wirusów: HIV, HCV, HBV, HEV – wykorzystanie jednocześnie materiału genetycznego RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV, RNA HEV; d) opinii IHIiła zaoferowanego systemu cobas 5800. W dalszej części zawiadomienia z dnia 5 lipca 2023 r., Zamawiający wskazał, iż „w udzielonej odpowiedzi z dnia 15.06.2023 r., Wykonawca poinformował, że założył prace remontowe zwiększające nośność stropu zgodnie z przedstawioną przez Zamawiającego ekspertyzą techniczną, polegającą na rozbiórce ścianki działowej pomiędzy pomieszczeniami pracowni oraz zaproponował rozwiązanie polegające na wzmocnieniu stropu od dołu przy użyciu taśm z włókna węglowego”. Zamawiający powołał się również na zapis pkt 3.8.2 Załącznika nr 1 do SWZ, oświadczając, iż: „Zgodnie z cytowanym zapisem zaproponowane rozwiązanie przez Wykonawcę winno być zostać przedstawione Zamawiającemu przynajmniej na 2 dni przed złożeniem ofert i zostać przez niego zaakceptowane”.

Izba wskazuje, że zgodnie z rozdziałem V ust. 1 pkt d) SWZ, Wykonawca był zobowiązany złożyć do oferty przedmiotowe środki dowodowe w postaci: „Opisy (materiały informacyjne), katalogi, ulotki informacyjne – w języku polskim oferowanego przedmiotu zamówienia – potwierdzające spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego”, natomiast w myśl pkt 3.6 Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ: „Oferowane urządzenia muszą umożliwiać wykonywanie badań w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19”. Z kolei w rozdziale V ust. 2 SWZ, Zamawiający wskazał, że: „Jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie”.

Biorąc pod uwagę powyższe postanowienia SWZ, Izba zważa, że po pierwszobadania w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19 odnoszą się bezsprzecznie do przedmiotu zamówienia, a po drugie zaoferowane przez Odwołującego urządzenie cobas 5800 powinno było umożliwiać wykonanie badań w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19a dzień składania ofert (potwierdza to wymóg złożenia przedmiotowych środków dowodowych w postaci materiałów informacyjnych, katalogów, ulotek informacyjnych, które zgodnie z art. 107 ust. 1 ustawy PZP składa się wraz z ofertą), przy czym test DPX według nazewnictwa Odwołującego dotyczy wykonania badań wirusów RNA HAV i DNA Parvo B19. Co istotne z instrukcji testu DPX znajduje się stwierdzenie: „Test cobas® DPX to test dupleksowy, który jest wykonywany z użyciem cobas® 6800 System oraz cobas® 8800 System. Test cobas® DPX umożliwia jednocześnie ilościowe oznaczanie DNA genotypów 1, 2 i 3 parwowirusa B19 i wykrywanie jakościowe RNA genotypów I, II i III wirusa zapalenia wątroby typu A (HAV) w ludzkim osoczu”. Tym samym, w ocenie Izby, z instrukcji tej wynika możliwość wykonania powyższych badań na urządzeniu cobas 6800/8800, a nie na urządzeniu cobas 5800.

Nadto z załączonej do oferty karty katalogowej urządzenia zaoferowanego przez Odwołującego cobas 5800 wynika, że test DPX jest w „opracowaniu” (nie znajduje się słowo „dostępne”), a zatem w ocenie Izby, na dzień składania ofert urządzenie cobas 5800 nie dawało możliwości wykonania przedmiotowego badania.

Należy w tym miejscu zwrócić również uwagę, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 czerwca 2023 r. do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy PZP, jak również na wezwanie z dnia 13 czerwca 2023 r. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, nie złożył wymaganych dokumentów, które potwierdzałyby, że zaoferowany przedmiot zamówienia w powyższym zakresie jest zgodny z SWZ.

Odnosnie metodyki (opisu, materiałów informacyjnych) dla testu multipleksowego do oznaczania 4 wirusów: HIV, HCV, HBV, HEV – wykorzystanie jednocześnie materiału genetycznego RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV, RNA HEV, Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę, że parametr ten podlegał ocenie w ramach kryterium oceny ofert, zgodnie z

rozdziałem XV ust. 2 pkt 6 SWZ: „Możliwość zastosowania testu multipleksowego do oznaczania 4 wirusów: HIV, HCV, HBV, HEV – wykorzystanie jednocześnie materiału genetycznego o RNA HIV, RNA HCV, DNA HBV, RNA HEV – 10%”.

Izba zważyła, że Odwołujący potwierdził spełnienie powyższego kryterium oceny ofert przez złożenie oświadczenia w pkt 6 kryteriów formularza ofertowego poprzez wpisanie słowa: „Tak”.

Jednakże Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż z folderu ulotki metodyczne dotyczące urządzenia cobas 5800 (dołączona do oferty Odwołującego) znajduje się objaśnienie testu: „*Test cobas® MPX to jakościowy test multipleksowy, który jest wykonywany z użyciem w systemach cobas® 5800/6800/8800. Test cobas® MPX umożliwia jednoczesne wykrycie i rozróżnienie RNA wirusa HIV, RNA wirusa HCV oraz DNA wirusa HBV, a także kontrolę wewnętrzną w ramach jednego oznaczenia pojedynczej, zakażonej donacji lub puli osocza z poszczególnych donacji. Test nie umożliwia rozróżnienia pomiędzy wirusem HIV-1 grupy M, HIV-1 grupy O oraz HIV-2*”; tym samym w ocenie Izby z powyższego wynika, że test MPX dotyczy tylko wirusów HIV, HCV i HBV, a nie obejmuje wirusa HEV. Należy również zauważyć, że w samej instrukcji urządzenia cobas 5800 wynika również, iż test MPX dla wirusa HEV jest w „opracowaniu”, a nie „dostępny”.

Izba zważyła, że Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu chcąc uzyskać punkty w ramach kryterium oceny ofert powinien był złożyć metodykę, instrukcję, broszurę dla testu MPX wraz z ofertą, tak aby Zamawiający mógł ocenić możliwość przyznania punktów Odwołującemu (z ulotki metodycznej dołączonej do oferty nie wynika możliwość wykonania testu MPX na wirusie HEV).

Nadto Izba zważyła, że dopiero na wezwanie Zamawiającego z dnia 2 czerwca 2023 r., Odwołujący złożył broszurę (instrukcję urządzenia cobas 5800) z której jednak wynika, iż test MPX dla wirusa HEV jest w „opracowaniu”, a nie „dostępny”. Oznacza to, zdaniem Izby, że Odwołujący nie dysponował testem multipleksowym do urządzenia cobas 5800 w „rzeczywistości”, lecz w niewiadomej jakiej „przyszłości”.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy PZP, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, z kolei w myśl ust. 3, 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.

Biorąc powyższe pod uwagę, w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie złożył wraz z ofertą metodyki dla testu MPX, a tym samym metodyka dla testu MPX nie podlegała uzupełnieniu, ze względu na to, iż dotyczyła ona kryterium oceny ofert. Samo zaś wezwanie Zamawiającego z dnia 2 czerwca 2023 r. nie zmieniło nic, co do możliwości przeprowadzenia testów MPX na wirusie HEV.

Odnosnie zaś opinii IHiT (Instytutu Hematologii i Transfuzjologii) dla zaoferowanego systemu cobas 5800, Izba zwraca uwagę, że zgodnie z rozdziałem XV ust. 2 pkt 4 SWZ, Zamawiający wymagał: *Automatyczny system dopuszczony do badań w publicznych jednostkach służby krwi u dawców krwi (opinia IHiT w Warszawie) – należy załączyć odpowiedni dokument do oferty - 10 %*. Tym samym, opinia IHiT podlegała ocenie i punktacji w ramach kryterium oceny ofert.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, iż nie zgadza się z Odwołującym, że „właściwym dokumentem potwierdzającym dopuszczenie urządzenia do badań w publicznych jednostkach służby krwi jest załączony do oferty certyfikat zgodności CE IVD”, ponieważ jak słusznie zauważył Zamawiający „Jest to oczywisty dokument niezbędny by urządzenia i testy mogły w ogóle być stosowane”, czy też Przystępujący „Bez tego certyfikatu urządzenia nie mogłyby zostać dopuszczone do użytkowania na terenie UE”. Niezależnie od powyższego, zdaniem Izby, Zamawiający jednoznacznie wymagał dołączenia do oferty opinii IHiT, a potwierdzeniem powyższego stanowi zapis: „(opinia IHiT w Warszawie) - należy załączyć odpowiedni dokument do oferty”. Poza tym, w ocenie Izby, przez „odpowiedni dokument” należy rozumieć odniesienie właśnie do „opinii IHiT” (notabene Odwołujący złożył taką opinię IHiT do oferty).

Izba zważyła, że co prawda, Odwołujący wraz z ofertą złożył opinię IHiT, jednakże należy zauważyć, że przedstawiona przez Odwołującego opinia IHiT dotyczyła systemu cobas 6800 i wydana została 30.10.2015 r., z kolei system cobas 5800 został wprowadzony do użytkowania w roku 2019, na co zwrócił uwagę Zamawiający i Przystępujący, a powyższemu nie zaprzeczył Odwołujący na rozprawie.

Nadto nie można tracić z pola widzenia, że przedstawiona opinia IHiT przez Odwołującego wskazuje na analizator cobas 6800 wraz ze stacją pulującą p680, co potwierdza również dowód wniesiony przez Przystępującego w postaci odpowiedzi Instytutu Hematologii i Transfuzjologii z dnia 2 czerwca 2023 r.: „opinia wydana 30.10.2015 r. przez Instytut dotyczy testu cobas MPX wraz z analizatorem cobas 6800 oraz aparatem p 680”. W tym miejscu należy również zwrócić uwagę, że Przystępujący wskazywał w piśmie procesowym, iż testy na urządzeniu cobas 6800 wykonywane są na płytkach 96-polowych, co potwierdza instrukcja testu DPX, gdzie wskazany jest test cobas DPX-96, natomiast testy na urządzeniu cobas 5800 wykonywane są na płytkach 24-polowych.

Biorąc powyższe pod uwagę, jak również oświadczenie własne Odwołującego o równoważności systemów cobas 5800 i

cobas 6800 oraz oznaczenia Cobas® MPX, Izba doszła do przekonania, że system cobas 6800 i system cobas 5800 są to różne systemy.

Odnosnie zarzutu niezłożenia planów remontowych, zdaniem Izby zarzut ten jest niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z postanowieniami pkt 3.8.2 OPZ, stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, Zamawiający wskazał, że: „Dopuszcza niezbędne prace remontowe ograniczające się do rozbiórki ściany działowej pomiędzy pomieszczeniami pracowni ujętymi w OPZ jako Nr 1 i Nr 2 wraz z pracami wykończeniowymi tj. przeniesienie wszelkich istniejących instalacji, uzupełnienie brakujących elementów na ścianach, posadzkach, sufitach jak również kompleksowe sprzątnięcie pomieszczeń po remoncie. Prace remontowe nie mogą naruszać części konstrukcyjnej budynku. Obowiązkiem Wykonawcy będzie dostosowanie pomieszczeń do standardów laboratorium. Ewentualne zmiany i plany remontowe muszą zostać przedstawione Zamawiającemu przynajmniej na dwa dni przed złożeniem oferty i być zaakceptowane przez Zamawiającego”, natomiast zgodnie z pkt 3.9 OPZ: „Zamawiający dopuszcza możliwość zaoferowania analizatora, którego masa wraz z maksymalnym dopuszczalnym załadunkiem przekroczy 400 kg, a nie przekroczy 640 kg pod warunkiem zaproponowania w ofercie rozwiązania zwiększającego nośność stropu zgodnie z przedstawioną przez zamawiającego ekspertyzą techniczną dotyczącą określenia nośności stropu w budynku RCKiK w Rzeszowie” (notabene Odwołujący również powołuje się na pkt 3.9 OPZ).

Izba w pierwszej kolejności chciałaby zwrócić uwagę, że Odwołujący zaoferował urządzenie cobas 5800, gdzie z jednej strony z broszury (specyfikacja systemu) wynika, iż waga aparatu wynosi 623 kg (specyfikacja systemu), z drugiej strony w asystencji użytkownika cobas 5800 wskazana została waga 620 kg (+ około 20 kg w przypadku pełnego załadowania). W związku powyższym, Izba doszła do przekonania, że masa urządzenia wraz z maksymalnym dopuszczalnym załadunkiem przekracza wartość 640 kg (Odwołujący na rozprawie w ogóle nie odniósł się do rozbieżności w zakresie wagi aparatu), co skutkowało w ocenie Izby, że Odwołujący zgodnie z postanowienia pkt. 3.8.2 OPZ w zw. z pkt 3.9 OPZ, na dwa przed terminem składania ofert, obowiązany był przedstawić proponowany sposób zwiększenia nośności stropu i uzyskać w tym zakresie akceptację Zamawiającego, a czego Odwołujący nie uczynił w przedmiotowym postępowaniu.

Izba wskazuje, że dopiero na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 czerwca 2023 r. do złożenia rozwiązania zwiększającego nośność stropu zgodnie z pkt. 3.9 Załącznika nr 1 do SWZ, Odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 15 czerwca 2023 r. wskazując na przyjęte przez siebie rozwiązanie, przy czym Izba nie zgadza się z argumentacją Odwołującego, że Zamawiający „otrzymał opis rozwiązania zwiększającego nośność stropu”.

Izba zważa, że Odwołujący wskazał de facto dwa rozwiązania, tj. rozebranie ścianki działowej, uzupełnienie posadzki po demontażu ścianki, uzupełnienie sufitu w miejscu po demontażu ścianki, prace porządkowe oraz uzupełniająco rozwiązanie polegające na wzmocnieniu stropu od dołu przy użyciu taśm z włókna węglowego Sika CarboDur, jeśli rozbiórka ścianki działowej nie będzie wystarczająca, wskazując m.in. „Odkucie tynków (w przypadku, jeśli nie ma sufitu podwieszanego lub demontaż istniejącego sufitu) w miejscach przeznaczonych do montażu taśm. W przypadku sufitu podwieszanego- demontaż konstrukcji ”; „Montaż jednej warstwy przy pomocy kleju”; „Ewentualny montaż kolejnych warstw przy pomocy kleju oraz próby wytrzymałości po nałożeniu każdej warstwy – nałożenie kolejnych warstw wymaga przerw technologicznych pomiędzy nakładaniem kolejnych warstw taśm”; „Odtworzenie sufitów (zabudowy)”, co w ocenie Izby nie powoduje, iż Zamawiający otrzymuje precyzyjną informację, o ile zwiększy się nośność stropu.

Jak wskazał Przystępujący w piśmie procesowym „samo usunięcie ściany działowej nie zwiększa nośności stropu. Nośność stropu wynika z jego konstrukcji i jest określona. Umieszczenie na stropie mniejszego czy większego obciążenia nie zmienia nośności stropu”, Izba uznała powyższe stwierdzenia Przystępującego za wiarygodne, tym bardziej, że z ekspertyzy technicznej nie wynika, że zburzenie ścianki doprowadzi do odciążenia stropu, na co zwrócił uwagę Zamawiający na rozprawie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....