Sygn. akt: KIO 2867/23

Sygn. akt: KIO 2869/23

WYROK

z dnia 16 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Magdalena Rams
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2023 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 29 września 2023 r. przez wykonawcę **Grifols Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawa,**
B.w dniu 29 września 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 Krakowie,**

przy udziale:

A.wykonawcy **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2867/23 po stronie zamawiającego,
B.wykonawcy **Grifols Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie**zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2869/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 2867/23 oraz uwzględnia odwołanie o sygn. akt: KIO 2869/23 i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnić czynność unieważnienia postępowania; (ii) unieważnić czynność odrzucenia oferty wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie i wezwać wykonawcęGrifols Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących pkt 3, ppkt 3.9 załącznika nr 3 do SWZ, część II, Wymagania Funkcjonalno – Użytkowe(ii) unieważnić czynność odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie; (iii)dokonać ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.
2.kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr
(słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania,
2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy Grifols Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego,
2.3.zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 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 2867/23

Sygn. akt: KIO 2869/23

UZASADNIENIE

Sygn. akt: KIO 2867/23

W dniu 4 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Grifols Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie ("Odwołujący 1" lub "Grifols"), na niezgodne z ustawą czynności i zaniechania czynności w postępowaniu ("Postępowanie") o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej progi unijne pn.: „Dostawa odczynników do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów HBV, HCV,HIV w pulach osocza metodą automatyczną

wraz ze wszystkimi niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi, archiwizacją materiału badanego oraz dzierżawą niezbędnej aparatury z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem” przez Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie ("Zamawiający").

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami Zamówienia; (2) art. 255 pkt 2 p.z.p. poprzez niezasadne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, podczas gdy nie zaszła wskazana w tym przepisie i powołana przez Zamawiającego sytuacja, że wszystkie oferty podlegały odrzuceniu, albowiem oferta Odwołującego 1 nie podlega odrzuceniu, gdyż jest zgodna z warunkami zamówienia; (3) art. 239 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego 1, to jest zaniechanie wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia; a ewentualnie również: (4) art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt. 3 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego 1 do udzielenia wyjaśnień co do treści złożonej przez niego oferty, w zakresie podnoszonych przez Zamawiającego wątpliwości co do zaoferowania przez Odwołującego 1 dostarczenia w ramach zamówienia urządzenia chłodniczego, w sytuacji, w której wskazane wątpliwości podnoszone przez Zamawiającego były podstawą odrzucenia oferty Odwołującego 1, co ponadto było nieproporcjonalnym działaniem w stosunku do wagi podnoszonych przez Zamawiającego wątpliwości.

Odwołujący 1 wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie Zamówienia, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego 1, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wyboru oferty Odwołującego 1.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący 1 wskazał, że Zamawiający niezasadnie unieważnił Postępowanie na skutek niezasadnego przyjęcia, że wszystkie złożone oferty na realizację zamówienia podlegały odrzuceniu. Odwołujący 1 wykazał, że złożona przez niego oferta spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Wobec tego, jako jedyna oferta, która nie podlegała odrzuceniu, powinna zostać wybrana przez Zamawiającego.

Odwołujący 1 wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników do przeprowadzania badań genetycznych (wykrywania wirusów HBV, HCV, HIV) wraz z niezbędnymi materiałami, oraz dzierżawa aparatury do przeprowadzania badań genetycznych. Oznacza to, że w ramach Zamówienia wykonawca dostarcza: 1) odczynniki do przeprowadzania badań, 2) sprzęt (aparaturę) niezbędny do przeprowadzenia badań z wykorzystaniem dostarczanych odczynników. Głównym składnikiem aparatury jest tzw. analizator, którego parametry zostały określone przez Zamawiającego w Załączniku nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Zamawiający w zawiadomieniu z 19 września 2023 r. o unieważnieniu postępowania ("Zawiadomienie") wskazał, że oferta Odwołującego 1 została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 p.z.p., to jest ze względu na to, że jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wskazał, że "nie jest w stanie w sposób jednoznaczny stwierdzić czy dla prawidłowego przechowywania odczynników i materiałów poza pokładem analizatora konieczne jest zastosowanie urządzenia chłodniczego/mroźniczego". Zamawiający wskazał ponadto, że "nie jest w stanie samodzielnie stwierdzić czy i jakie urządzenie chłodnicze/mroźnicze jest konieczne do przechowywania odczynników poza pokładem analizatora, a także czy wykonawca uwzględnił powyższe w cenie oferty".

W ocenie Odwołującego 1 złożona przez niego oferta spełniała wszelkie wymagania określone przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Poniżej Odwołujący 1 odniósł się do argumentów Zamawiającego.Wszystkie podane przez Zamawiającego w zawiadomieniu z 19 września 2023 r. przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego 1 mają związek z następującymi wymaganiami wskazanymi w Załączniku nr 3 do Specyfikacji Warunków Zamówienia.

W "Część II – WYMAGANIA FUNKCJONALNO – UŻYTKOWE", punkcie 3 "Wymagania dotyczące odczynnik materiałów zużywalnych.", podpunkcie 3.9 Zamawiający wskazał (pogrubienie własne): Wykonawca wraz z ofertą określi objętość (m3) jaka jest wymagana do przechowywania odczynników poza pokładami analizatorów/systemów przez Zamawiającego do zbadania minimum 10 000 pojedynczych donacji (ok. 1660 pul składających się maksymalnie z 6 donacji), uwzględniając temperaturę inną niż pokojową. W przypadku konieczności przechowywania większości odczynników w temperaturze lodówki, wykonawca zapewni urządzenie chłodnicze, wraz z wykonaniem kwalifikacji instalacyjnej, operacyjnej oraz podpięciem urządzenia na własny koszt do systemu monitoringu temperatur w siedzibie Zamawiającego.

Przy tym wspomniane powyżej "zapewnienie urządzenia chłodniczego" wraz z kwalifikacją i podpięciem nie zostało wyszczególnione jako odrębny punkt przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wskazał również żadnych szczególnych parametrów wymaganych wobec zapewnianego przez wykonawcę urządzenia chłodniczego. Zdaniem Odwołującego 1 świadczy to o tym, że o ile zaoferowane przez wykonawcę odczynniki ("większość" odczynników, jak wskazał Zamawiający) wymagałyby przechowywania "w temperaturze lodówki", to wykonawca powinien:

(1)zadeklarować zapewnienie, kwalifikację i podpięcie urządzenia chłodniczego,

(2)uwzględnić niezbędny koszt zapewnienia, kwalifikacji i podpięcia urządzenia chłodniczego w zaoferowanej cenie za

przedmiot zamówienia.

W ocenie Odwołującego 1, Zamawiający słusznie podkreślił, że Odwołujący 1 wskazał objętości oraz temperatury przechowywania odczynników zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt. 3.9. Załącznika nr 3 do SWZ – w załączonym do oferty dokumencie "Objętości przechowywania odczynników z uwzględnieniem temperatury" ("Dokument 12"). Ponadto, prawidłowo Zamawiający zauważył, że "większość wymienionych w nim odczynników i materiałów wymaga przechowywania w temperaturze innej niż pokojowa". Jednak w kolejnych wywodach zawartych w zawiadomieniu Zamawiającego z 19 września 2023 r. o unieważnieniu Postępowania Zamawiający doszedł do nieprawidłowej konkluzji: Na podstawie załączonego zestawienia zamawiający nie jest w stanie w sposób jednoznaczny stwierdzić czy dla prawidłowego przechowywania odczynników i materiałów poza pokładem analizatora konieczne jest zastosowanie urządzenia chłodniczego/mroźniczego.

W ocenie Odwołującego 1, powyższa konkluzja jest nieuzasadniona, albowiem nawet bez specjalistycznej wiedzy, już na podstawie ww. Dokumentu 12 przedstawionego przez Odwołującego 1 wraz z ofertą każdy odbiorca może stwierdzić, że dla prawidłowego przechowywania odczynników i materiałów poza pokładem analizatora jest konieczne zastosowanie urządzenia chłodniczego. Dokument 12 wskazuje nazwę każdego poszczególnego oferowanego odczynnika oraz temperaturę jego przechowywania – w rozbiciu na temperaturę przechowywania opakowania zamkniętego oraz opakowania otwartego.

W Dokumencie 12 wskazano trzy zakresy temperatur:

1)"przechowywanie w temperaturze pokojowej" – przy czym w dokumencie wyjaśniono, że temperatura pokojowa to "temperatura mieszcząca się w zakresie 15 - 30 stopni Celsjusza",

2)"od 2°C do 8°C",

3)"-35°C do -15°C".

Z przywołanych powyżej wywodów Zamawiającego wynika, że nie miał on wątpliwości, że większość odczynników wymaga przechowywania w temperaturze innej niż pokojowa. Z drugiej jednak strony Zamawiający wskazał na niezasadny wniosek, że nie jest w stanie stwierdzić, czy niezbędne jest zastosowanie urządzenia chłodniczego. Tymczasem, w ocenie Odwołującego 1, nawet osoba bez specjalistycznej wiedzy powinna nie mieć wątpliwości, że skoro temperatura pokojowa została zdefiniowana przez Odwołującego 1 jako temperatura 15-30°C, to skoro większość z odczynników wymaga przechowywania w temperaturach niższych, tj. "od 2°C do 8°C" albo "-35°C do -15°C", to niezbędne jest przechowywanie tych odczynników w urządzeniu chłodniczym.

Wobec powyższego Odwołujący 1 stoi na stanowisku, że z treści jego oferty jednoznacznie można stwierdzić, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego niezbędne jest zapewnienie przez Odwołującego 1 urządzenia chłodniczego. Odmienne wnioski Zamawiającego zdają się być pozorne, tym bardziej, że Zamawiający jest specjalistycznym podmiotem, który nie powinien mieć problemów z odczytaniem Dokumentu 12.

Dalej w Zawiadomieniu wskazano: Ponadto Wykonawca nie zadeklarował w sposób nie budzący wątpliwości zamawiającego czy w cenie oferty zapewni, zainstaluje i przeprowadzi kwalifikację instalacyjną i operacyjną urządzenia chłodniczego/mroźniczego,

W ocenie Odwołującego 1, powyższe stanowisko nie jest zasadne. Odwołujący 1 w swojej ofercie – wypełnionym Załączniku nr 3 do SWZ, w ppkt 3.9 wprost wskazał: (…) W przypadku konieczności przechowywania większości odczynników w temperaturze lodówki, wykonawca zapewni urządzenie chłodnicze, wraz z wykonaniem kwalifikacji instalacyjnej, operacyjnej oraz podpięciem urządzenia na własny koszt do systemu monitoringu temperatur w siedzibie Zamawiającego. Po pierwsze, w powyższym fragmencie oferty Odwołujący 1 wprost wskazał, że zapewni, zainstaluje i przeprowadzi kwalifikację instalacyjną i operacyjną urządzenia chłodniczego "na własny koszt", tj. że koszt tych czynności jest "w cenie oferty" – jak wskazano w ww. fragmencie Zawiadomienia. Ponadto na samym początku odpowiedzi na pytanie Zamawiającego w punkcie 3.9 Odwołujący wprost napisał "TAK". Po drugie, sam Zamawiający we fragmencie Zawiadomienia wskazanym w poprzednim podpunkcie odwołania doszedł do wniosku, że większość odczynników wymaga przechowywania w temperaturze innej niż pokojowa. Zestawiając te dwie okoliczności, a także wspomniany wcześniej fakt, że zapewnienie urządzenia chłodniczego nie zostało wyszczególnione jako odrębny punkt przedmiotu Zamówienia, nie sposób mieć jakichkolwiek wątpliwości, że Odwołujący 1 zaoferował zapewnienie odpowiedniego urządzenia chłodniczego w cenie oferty.

Zamawiający wskazał również w Zawiadomieniu: Wykonawca nie podał również żadnych danych odnoszących się do urządzenia chłodniczego/mroźniczego poprzestając jedynie na skopiowaniu do kolumny „parametr ofertowany” treści z kolumny „parametr wymagany”. W konsekwencji zamawiający nie jest w stanie samodzielnie stwierdzić czy i jakie urządzenie chłodnicze/mroźnicze jest konieczne do przechowywania odczynników poza pokładem analizatora, a także czy wykonawca uwzględnił powyższe w cenie oferty.

W ocenie Odwołującego 1, również powyższe zarzuty Zamawiającego co do oferty Odwołującego 1 nie są zasadne. Zamawiający nie wskazał żadnych szczególnych parametrów wymaganych wobec zapewnianego przez wykonawcę

urządzenia chłodniczego. Nie zawarł wymogu przedstawienia parametrów urządzenia chłodniczego w ofercie, jak również nie wymagał w tym zakresie przedmiotowych środków dowodowych (jak zostanie wykazane poniżej, również w odniesieniu do innego sprzętu dostarczanego w ramach Zamówienia). Jest to uzasadnione tym, że każdy z wykonawców może zaoferować w ramach Zamówienia różne dostępne na rynku odczynniki i materiały, które mogą mieć różnorakie wymagane temperatury przechowywania. Tym samym nie budzi wątpliwości, że jeżeli wykonawca prezentuje w ramach oferty odczynniki wymagające przechowywania w określonej temperaturze niższej niż pokojowa, to zgodnie z wymogami Zamówienia powinien zapewnić takie urządzenie chłodnicze, które zapewni przechowywanie odczynników i materiałów w przedstawionej przez siebie wymaganej temperaturze.

Odwołujący 1 wskazał, że Załącznik 3 do SWZ został skonstruowany przez Zamawiającego tożsamo również w innych miejscach. Przykładem jest ppkt 2.6, dotyczący dostarczenia przez wykonawcę dodatkowego zestawu komputerowego. Odwołujący 1 w odpowiedzi na ppkt 2.6 zawarł odpowiedź sformułowaną analogicznie jak odpowiedź na ppkt 3.9. Tymczasem Zamawiający nie podniósł żadnych wątpliwości co do dostarczenia przez Odwołującego dodatkowego zestawu komputerowego. Nie sformułował również zastrzeżeń co do tego, że Odwołujący (jak wskazano w powyższym cytacie z Zawiadomienia) "nie podał również żadnych danych odnoszących się do" – tym razem dodatkowego zestawu komputerowego. To również pokazuje, że podnoszone przez Zamawiającego na tym etapie wątpliwości w sprawie dostarczenia przez Odwołującego 1 urządzenia chłodniczego nie mogą stanowić powodu odrzucenia oferty, bo nie powinny wystąpić w świetle jasnych sformułowań w ofercie Odwołującego 1.

Uzasadnienie zarzutu z art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Zdaniem Odwołującego 1, biorąc powyższe pod uwagę, przedstawione przez Zamawiającego w Zawiadomieniu powody odrzucenia oferty Odwołującego 1 są niezasadne. Oferta złożona przez Odwołującego 1 nie budziła żadnych wątpliwości w zakresie tego, że: (1) zaoferowane przez Odwołującego 1 odczynniki wymagają przechowywania w urządzeniu chłodniczym; (2) Odwołujący 1 w ramach oferty zadeklarował zapewnienie, zainstalowanie i przeprowadzenie kwalifikacji instalacyjnej i operacyjnej odpowiedniego urządzenia chłodniczego; (3) koszt powyższych czynności Odwołującego 1 został uwzględniony przez Odwołującego 1 w cenie oferty. Tym samym nie zaszły żadne przyczyny do odrzucenia oferty Odwołującego 1 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Odrzucając bez uzasadnionych podstaw ofertę Odwołującego 1 Zamawiający naruszył ww. przepis.

Uzasadnienie zarzutu z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt. 3 p.z.p.

Zdaniem Odwołującego 1, wszystkie wskazywane przez Zamawiającego kwestie w Zawiadomieniu, dotyczące oferty Odwołującego 1 są w praktyce wątpliwościami Zamawiającego co do treści oferty (jednak, jak zostało wykazane powyżej, takie wątpliwości w ogóle nie powinny wystąpić), które mogły być wyjaśnione w ramach procedury odbierania wyjaśnień, wskazanej w art. 223 ust. 1 p.z.p. W dotychczasowym orzecznictwie Izba podkreślała, że choć art. 223 ust. 1 p.z.p. statuuje prawo zamawiającego do żądania wyjaśnień, to w sytuacji, gdy brak odebrania takich wyjaśnień od wykonawcy doprowadziłby do odrzucenia oferty, zamawiający powinien skorzystać z prawa do żądania wyjaśnień. Odwołujący 1 powołał się na orzeczenie o sygn. KIO 1079/13).

W tym stanie rzeczy Odwołujący 1 podnosi, że nie występowały żadne niejasności co do treści złożonego przez niego oferty, a nawet gdyby uznać (z czym odwołujący się nie zgadza), że takie wątpliwości po stronie Zamawiającego wystąpiły, Zamawiający powinien być wezwać Odwołującego 1 do złożenia wyjaśnień co do treści oferty. Przyjmując zatem, że Zamawiający mógł mieć wskazane wątpliwości co do treści oferty Odwołującego 1, Zamawiający nie korzystając z procedury odebrania wyjaśnień naruszył art. art. 223 ust. 1 p.z.p., szczególnie ze względu na to, że pozostawienie wątpliwości Zamawiającego niewyjaśnionych doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego 1.

Wskazany przepis został zdaniem Odwołującego 1 naruszony również w związku z wyrażoną w art. 16 pkt. 3 p.z.p. zasadą proporcjonalności, albowiem działanie Zamawiającego odznaczało się brakiem proporcjonalności reakcji Zamawiającego odnośnie wskazywanych wątpliwości co do oferty Odwołującego 1. W ocenie Odwołującego 1 nie można zaakceptować w świetle zasady proporcjonalności, aby wskazywane przez Zamawiającego wątpliwości co do urządzenia chłodniczego, które jest dodatkowym sprzętem w stosunku do głównego urządzenia (analizatora) i co do którego Zamawiający nie sformułował szczególnych wymagań w dokumentach Zamówienia, miały skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy zainteresowanego realizacją Zamówienia.

Uzasadnienie zarzutu z art. 255 pkt 2 p.z.p.

W ocenie Odwołującego 1, skoro oferta Odwołującego 1 nie podlegała odrzuceniu, nie zaszła wskazana w przepisie art. 255 pkt 2 p.z.p. podstawa unieważnienia Postępowania. W takim przypadku Zamawiający naruszył ww. przepis poprzez dokonanie czynności unieważnienia Postępowania, podczas gdy brak było ku temu podstaw.

Uzasadnienie zarzutu z art. 239 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący 1 wskazał, że skoro oferta Odwołującego 1 nie podlegała odrzuceniu i tym samym nie było podstaw do unieważnienia Postępowania, Zamawiający dopuścił się naruszenia p.z.p. poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego 1 jako najkorzystniejszej.

Sygn. akt: KIO 2869/23

W dniu 4 października 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wypłynęło odwołanie wykonawcy Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. (dalej „Odwołujący 2") zarzucają Zamawiającemu naruszenie: (1) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego 2 podczas gdy treść oferty Odwołującego 2 jest zgodna z warunkami zamówienia, a jednocześnie naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania; (2) art. 255 pkt 2) Pzp poprzez unieważnienie Postępowania, pomimo że nie wszystkie oferty podlegały odrzuceniu (ta czynność została bezzasadnie zastosowana wobec oferty Odwołującego 2).

Odwołujący 2 wniósł o unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2, powtórzenia czynności badania i oceny oferty Odwołującego 2.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący 2 wskazał, że przedmiotem postępowania, którego dotyczy niniejsze odwołanie jest dostawa odczynników do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów HBV, HCV, HIV w pulach osocza metodą automatyczną wraz ze wszystkimi niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi, archiwizacją materiału badanego oraz dzierżawą niezbędnej aparatury z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem (nr ZP-17/23). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załączniku 3 do SWZ, który zawiera zestawienie zarówno parametrów granicznych jak i parametrów ocenianych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołanie dotyczy czynności z dnia 19.09.2023 r., tj. odrzucenia oferty Odwołującego 2 i unieważnienia Postępowania (jako pochodnej odrzucenia wszystkich ofert). Aby jednak prawidłowo ocenić okoliczności sprawy (zwłaszcza w kontekście właściwego rozumienia postanowień SWZ) należy przedstawić pełną historię przedmiotowego zamówienia.

Postępowanie zostało ogłoszone 21 czerwca br., na skutek unieważnienia poprzedniego przetargu dotyczącego tego samego zakresu. Chodzi o postępowanie nr ZP-09/23 na: „Dostawę odczynników do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV w pulach osocza metodą automatyczną wraz ze wszystkimi niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi, archiwizacją materiału badanego oraz dzierżawą niezbędnej aparatury z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem". W opisie przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, w pkt 1.3 znajdowało się wymaganie w brzmieniu: Maksymalna masa systemu diagnostycznego nie może przekroczyć 700 kg.

Jest to identyczny parametr, co w aktualnym postępowaniu (cyt.: Maksymalna masa systemu diagnostycznego nie może przekroczyć 700 kg). Dowód: SWZ do sprawy ZP-09/23; załącznik nr do SWZ – OPZ;

W odpowiedzi na tak sformułowane wymaganie Grifols Polska sp. z o.o. (będąca uczestnikiem obecnego jak i poprzedniego postępowania) złożyła ofertę oświadczając, że masa systemu diagnostycznego wynosi 363 kg. Dowód: oferta Grifols Polska sp. z o.o. w przetargu ZP-09/23 (strona 2 pliku o nazwie: „2 Obowiązujący Załącznik nr 3 do SWZ"). Jednocześnie w tej samej ofercie znajduje się ekspertyza budowlana (do której nawiązuje ww. fragment formularza), z której wynika, że 363 kg to waga wyłącznie jednego analizatora Panther. Dowód: ekspertyza budowalna – załącznik do oferty Grifols Polska sp. z o.o. w przetargu ZP-09/23 (strona 4 pliku o nazwie: 9 Ekspertyza budowlana_PANTHER+II pietro_pom.3.6).

Odwołujący 2 wskazał, że w ofercie Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. zadeklarowana masa systemu diagnostycznego (analizatora) wynosiła 623 kg (odnosi się wyłącznie do analizatora, co wynikało z całokształtu oferty). Zamawiający w powyższym elemencie uznał obydwie oferty za zgodne z SWZ, a postępowanie unieważnił w trybie art. 255 pkt 3 Pzp.

W tym miejscu Odwołujący 2 przechodzi do postanowień SWZ i czynności podejmowanych w przedmiotowym Postępowaniu - którego bezpośrednio dotyczy odwołanie. Otóż w dniu 27.07.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Grifols jako najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego 2 została sklasyfikowana na drugim miejscu (żadna oferta nie została odrzucona). Dowód: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 27.07.2023 r. (w aktach, dodatkowo w załączonym katalogu „PRZTARG AKTUALNY"). Na skutek odwołania Odwołującego 2 (które zostało uwzględnione przez Zamawiającego, a przystępujący wówczas Grifols nie wniósł sprzeciwu) wynik Postępowania został unieważniony, a Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert. W ślad za nią, wcześniej pozytywnie ocenioną ofertę Odwołującego 2 (która po weryfikacji punktów była najkorzystniejsza – istotą odwołania była bowiem kwestia błędnej/zawyżonej oceny oferty Grifols Polska sp. z o.o.) Zamawiający odrzucił jako niezgodną z warunkami zamówienia. Jedną z przyczyn była masa systemu diagnostycznego. Dowód: pismo z dnia 21.08.2023 r. (w aktach, dodatkowo w załączonym katalogu „PRZETARG AKTUALNY").

W odwołaniu z dnia 31 sierpnia 2023 r. Odwołujący 2 podważył wszystkie podstawy odrzucenia oraz zarzucił Zamawiającemu nierówne traktowanie wykonawców, bowiem częściowo takie same jak rzekome wady oferty Odwołującego 2 (w tym związane z wagą systemu diagnostycznego) występowały w ofercie drugiego wykonawcy, która została wybrana. W dniu 11 września 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a w

ślad za tym tut. Izba umorzyła postępowanie odwoławcze (por. postanowienie KIO 2568/23).
W dniu 19 września 2023 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o odrzuceniu obydwu ofert i unieważnieniu Postępowania. W stosunku do oferty Odwołującego 2 stwierdził: „(…) nieusuwalną niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia określonymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia polegającą na zaoferowaniu systemu diagnostycznego o wadze przekraczającej maksymalny poziom wskazany w pkt. 1.3. Załącznika nr 3 do SWZ – Kalkulacja Cenowa – Opis Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający wymagał bowiem zaoferowania systemu diagnostycznego, którego masa będzie wynosiła maksymalnie 700 kg. W odpowiedzi na pytanie nr 18 z dnia 11.07.2023 r. Zamawiający potwierdził, że przez system diagnostyczny należy rozumieć wszystkie urządzenia wraz z przynależnościami dostarczane przez wykonawcę, które mają zostać zainstalowane. Wykonawca zaoferował system diagnostyczny składający się z następujących urządzeń: cobas® 5800 System standalone x2 numer katalogowy 0.; X800 Data Manager Software x2 numer katalogowy 0. / Hamilton Mi-crolab STAR IVD Instrument x2 numer katalogowy 0. cobas Synergy Server x2 numer katalogowy 0.; cobas Synergy Workstation x2 numer katalogowy 0. / Eaton Zasilacz awaryjny 5PX 2200i RT3U G2 2200VA - 2200W x2 numer katalogowy 0. / UPS Eaton 9135 5000VA 230V x2 numer katalogowy 0. / APC Zasilacz awaryjny SMT1500IC 1500VA/1kW Tower SmartConnect x2 numer katalogowy 0. / HP Inc Notebook 250 G9 i5-1235U 512GB/8GB/W11P/15.6 6F2C7EA x2 numer katalogowy 0. / HP Inc. Drukarka LaserJet Pr 4002dn 2Z605F x2 numer katalogowy 1. / numery seryjne zostaną podane przy realizacji umowy. Sumując masę zaoferowanego systemu diagnostycznego na podstawie danych zawartych w ekspertyzie uzyskujemy wynik 1092,50 kg, a więc znacznie powyżej dopuszczalnego limitu 700 kg. W ocenie zamawiającego powyższa niezgodność nie może sanowana na podstawie przepisu art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy i stanowi podstawę do odrzucenia oferty powyższego wykonawcy na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy w brzmieniu: „Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.” (podkr. własne Odwołującego). Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 19.09.2023 r. (w aktach, dodatkowo w załączonym katalogu „PRZETARG AKTUALNY”).
Odwołujący 2 wskazał, że jedynym powodem odrzucenia oferty Odwołującego 2 jest waga systemu diagnostycznego przez który Zamawiający, z powołaniem na odpowiedź na pytanie nr 18 z dnia 11.07.2023 r. rozumie wszystkie urządzenia wraz z przynależnościami dostarczane przez wykonawcę, które mają zostać zainstalowane. Zgodnie z tym co wcześniej zostało przedstawione w odniesieniu do poprzedniego postępowania - przez masę systemu diagnostycznego Zamawiający, Odwołujący 2 i Grifols rozumieli wyłącznie wagę analizatora. Idąc dalej – nawet w obecnym przetargu, po pierwszej ocenie ofert w wyniku której dokonano wyboru oferty Grifls Polska – Zamawiający nadal utożsamiał masę systemu diagnostycznego z wagą analizatora. Zmienił zdanie dopiero w momencie, w którym najkorzystniejsza okazała się oferta Odwołującego 2, do czego nie miał podstaw, a w szczególności nie dawała mu jej wspomniana odpowiedź.
Odwołujący 2 wskazał, że zgodnie z pkt 1.3 Załącznika nr 3 do SWZ (Kalkulacja cenowa – Opis przedmiotu zamówienia), ostatnie zdanie – „Maksymalna masa systemu diagnostycznego nie może przekroczyć 700 kg”. W tym samym punkcie OPZZamawiający zaznaczył, że „wymaga, by masa każdego z gotowych do pracy analizatorów/systemów wraz z maksymalnym dopuszczalnym załadunkiem nie przekraczała dopuszczalnego obciążenia stropów (200kg/m2). Zamawiający dopuszcza zaoferowanie systemu diagnostycznego (analizatora) o masie przekraczającej dopuszczalne obciążenie użytkowe stropów jedynie w przypadku złożenia wraz z ofertą ekspertyzy konstrukcyjnej, wykonanej przez podmiot wskazany przez Zamawiającego, potwierdzającej możliwość posadowienia wszystkich oferowanych przez Wykonawcę urządzeń w pomieszczeniu wskazanym przez Zamawiającego (pomieszczenie nr 3.6 położone na III piętrze budynku Zamawiającego) bez konieczności wykonywania jakichkolwiek przeróbek wskazanych wyżej pomieszczeń bądź innych pomieszczeń lub elementów konstrukcyjnych znajdujących się w budynku stanowiącym siedzibę Zamawiającego.” (podkr. własne)
Mając na uwadze ww. kontekst wymagań związanych z wagą, Zamawiający przez system diagnostyczny rozumiał jedynie analizator. Natomiast powołane w uzasadnieniu odrzucenia oferty pytanie nr 18 z 11.07.2023 r. dotyczyło pkt 1.2, a nie pkt 1.3. Zamawiający potwierdził w nim, że pod pojęciem analizatora/systemu należy rozumieć wszystkie urządzenia wraz z przynależnościami, które wykonawca zamierza zainstalować w celu realizacji świadczenia, lecz nie miało to związku z ich wagą (pkt 1.2 nie odnosi się do wagi, lecz kompletności systemu z punktu widzenia możliwości wykonania określonych badań).
W ocenie Odwołującego 2, odpowiedź na pytanie nr 18 nic zatem nie wnosi do sprawy z punktu widzenia wymagań zawartych w pkt 1.3. Postanowienia pkt 1.3 dotyczące wagi systemu są zasadniczo nie zmienne w obecnym jak i poprzednim postępowaniu i zawsze były intepretowane jako odnoszące się do analizatora. Założenie, iż Zamawiający ograniczył możliwość złożenia oferty z tego powodu, że waga wszystkich urządzeń przekracza 700 kg – pomimo że cały ten sprzęt jest możliwy do posadowienia we wskazanym pomieszczeniu (co wynika z ekspertyzy wykonanej przez podmiot wskazany przez Zamawiającego) – stanowiłoby nieuzasadnione ograniczenie konkurencji w niniejszym postępowaniu.

Dodatkowo Odwołujący 2 podniósł, że zgodnie z treścią ekspertyzy Grifols, waga wszystkich urządzeń wraz z przynależnościami, które wykonawca ten zamierza zainstalować w celu realizacji badań również przekracza 700 kg. Powyższe oznacza, że tak jak w poprzednim przetargu, tak obecnie – Grifols konsekwentnie utożsamia wagę systemu z wagą analizatora.

W swojej ofercie Grifols oświadczył:

Dowód: oferta Grifols (w aktach, dodatkowo w załączonym katalogu „PRZETARG AKTUALNY").

Zgodnie natomiast z powołaną ekspertyzą dołączoną do oferty, która ma potwierdzać nie przekroczenie ww. limitu, analizator waży mniej niż 700 kg, ale już gdyby przyjąć za odpowiedzią na pytanie nr 18, że chodzi o urządzenia wraz z przynależnościami dostarczane przez wykonawcę, które mają zostać zainstalowane, to waga systemu Grifols istotnie przekracza 700 kg.

Z ekspertyzy Grifols załączonej do oferty wynikają bowiem następujące masy:

Łączna waga urządzeń zaoferowanych przez Grifols wynosi zatem 1975,6 kg, czyli ponad 900 kg na jedną linię. Dowód: ekspertyza budowlana Grifols (w aktach, dodatkowo w załączonym katalogu „PRZETARG AKTUALNY").

Zdaniem Odwołującego 2, począwszy od pierwszego postępowania wszyscy zainteresowani (Zamawiający, Grifols i Odwołujący 2) konsekwentnie stali na stanowisku, że waga 700 kg dotyczy wyłącznie analizatora. Dopiero po zakwestionowaniu przez Odwołującego 2 wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27.07.2023 r., pojawiła się interpretacja, że ww. masa odnosi się do wszystkich urządzeń wraz z przynależnościami. Widać wyraźnie, że taka wykładnia została opracowana wyłącznie na potrzeby odrzucenia oferty Odwołującego 2 i nie ma uzasadnienia w treści SWZ oraz jej utrwalonej historycznie wykładni. Odwołujący 2 podkreślił, że w odniesieniu do wszystkich oferowanych urządzeń każdy wykonawca załączył ekspertyzę budowlaną potwierdzającą możliwość posadowienia w pomieszczeniach Zamawiającego. Nie ma zatem żadnego obiektywnego powodu, aby dyskryminować aparaturę globalnie cięższą niż 700 kg, ale mieszczącą się w laboratorium. W sytuacji gdy analizator Roche waży ok. 630 kg takie podejście jak prezentuje Zamawiający (uznaje, że system Grifols mu odpowiada bo jest lżejszy) miałoby na celu wyłącznie dyskryminację Odwołującego 2 z trudnych do zrozumienia powodów, ale na pewno nie zasługujących na ochronę prawną. W tych okolicznościach Zamawiający naruszył przepis art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, bowiem odrzucenie oferty, która jest zgodna z warunkami zamówienia, w warunkach skrajnie tendencyjnie i błędnie intepretowanej SWZ jestsprzeczne jest z zasadą uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Wynikowo zaś, Zamawiający bezpodstawnie unieważnił przetarg w trybie art. 255 pkt 2 Pzp, bowiem w Postępowania została złożona oferta nadająca się do wyboru.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest dostawa odczynników do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów HBV, HCV, HIV pulach osocza metodą automatyczną wraz ze wszystkimi niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi, archiwizacją materiału badanego oraz dzierżawą niezbędnej aparatury z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem.

Izba ustaliła, że w Rozdziale IV – Opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał m.in.

3. Szczegółowe wymagania przedmiotu zamówienia dotyczące przewidywanych ilości, parametrów jakościowych zawiera Załącznik nr 3 do SWZ – Formularz Kalkulacja Cenowa – Opis Przedmiotu Zamówienia.
4. Zamawiający informuje, że maksymalne obciążenie użytkowe stropów w pomieszczeniu nad II piętrem, w którym system diagnostyczny będzie posadowiony wynosi 200kg/m2. Zamawiający dopuszcza zaoferowanie systemu diagnostycznego (analizatora) o masie przekraczającej dopuszczalne obciążenie użytkowe stropów jedynie w przypadku złożenia wraz z ofertą ekspertyzy budowlanej sporządzonej przez PROBADEX-KRAKÓW Sp. z o.o Sp. k., z siedzibą w Niepołomicach ul. Mokra 20, poczta 32-005 Niepołomice, e-mail: k. . Treść ekspertyzy musi wskazywać na możliwość posadowienia systemu diagnostycznego (analizatora) we wskazanym pomieszczeniu. Ekspertyza nie może mieć charakteru warunkowego, wariantowego czy wprowadzać jakichkolwiek warunków co do okoliczności przyszłych i niepewnych.
5. Zamawiający wskazuje następujące miejsca posadowienia systemu diagnostycznego (analizatorów): pok. 3.10 III p., Budynek przy ul. Rzeźniczej 11 w Krakowie.

Izba ustaliła, że w Załączniku nr 3 do SWZ, Zamawiający określił szczegółów wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia.

W zakresie podniesionych zarzutów, Izba ustaliła, że w pkt 1.3 Załącznika nr 3, Zamawiający wskazał: „Zamawiający wymaga, by masa każdego z gotowych do pracy analizatorów/systemów wraz z maksymalnym dopuszczalnym załadunkiem nie przekraczała dopuszczalnego obciążenia stropów (200kg/m2). Zamawiający dopuszcza zaoferowanie systemu diagnostycznego (analizatora) o masie przekraczającej dopuszczalne obciążenie użytkowe stropów jedynie w przypadku złożenia wraz z ofertą ekspertyzy konstrukcyjnej, wykonanej przez podmiot wskazany przez Zamawiającego, potwierdzającej możliwość posadowienia wszystkich oferowanych przez Wykonawcę urządzeń w pomieszczeniu wskazanym przez Zamawiającego (pomieszczenie nr 3.6 położone na III piętrze budynku Zamawiającego) bez

konieczności wykonywania jakichkolwiek przeróbek wskazanych wyżej pomieszczeń bądź innych pomieszczeń lub elementów konstrukcyjnych znajdujących się w budynku stanowiącym siedzibę Zamawiającego. Treść ekspertyzy musi wskazywać na możliwość posadowienia systemu diagnostycznego (analizatora) we wskazanym pomieszczeniu. Ekspertyza nie może mieć charakteru warunkowego, wariantowego czy wprowadzać jakichkolwiek warunków co do okoliczności przyszłych i niepewnych. Zamawiający udostępni potencjalnym wykonawcom odpowiednie konieczne dane i plany pomieszczeń, w których mają zostać posadowione systemy/analizatory. Maksymalna masa systemu diagnostycznego nie może przekroczyć 700 kg."

Ponadto Izba ustaliła, że w punkcie poprzedzającym tj. pkt 1.2 Zamawiający wskazał: „Możliwość wykonania badań, zautoryzowanie wyników, wydanie list kwalifikacyjnych – w ilości pozwalającej na wykonywanie średnio 500-700 donacji dziennie w czasie nie dłuższym niż 10 godzin, bez przekroczenia regulaminowego czasu pracy laboratorium określonego przez Zamawiającego oraz bez zmiany organizacji pracy laboratorium, przy zapewnieniu jednego analizatora w systemie back up. Przez analizator/system rozumie się urządzenie lub zestaw urządzeń wraz z przynależnościami, jeżeli są niezbędne do pracy analizatora/systemu (w tym np. komputerami, systemami podtrzymywania napięcia, oprogramowaniem itp.), które służą do samodzielnego i automatycznego wykonywania diagnostyki określonej w pkt. 1. Części I."

Izba ustaliła, że ani SWZ, ani w jej załącznikach Zamawiający nie wprowadził jednej definicji systemy diagnostycznego/analizatora. Izba ustaliła, że w Załączniku nr 3 do SWZ Zamawiający posługuje się pojęciami: analizator, system diagnostyczny, urządzenie, analizator diagnostyczny.

W części 3 Załącznika nr 3 do SWZ, Zamawiający opisał wymagania dotyczące odczynników. W pkt 3.9, Zamawiający wskazał: „Wykonawca wraz z ofertą określi objętość (m3) jaka jest wymagana do przechowywania odczynników poza pokładami analizatorów/systemów przez Zamawiającego do zbadania minimum 10000 pojedynczych donacji (ok. 1660 pul składających się maksymalnie z 6 donacji), uwzględniając temperaturę inną niż pokojową. W przypadku konieczności przechowywania większości odczynników w temperaturze lodówki, wykonawca zapewni urządzenie chłodnicze, wraz z wykonaniem kwalifikacji instalacyjnej, operacyjnej oraz podpięciem urządzenia na własny koszt do systemu monitoringu tempera-tur w siedzibie Zamawiającego."

Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostały złożone dwie oferty: oferta Odwołującego 1 i oferta Odwołującego 2.

Izba ustaliła, że Odwołujący 1 zaoferował analizator o masie 363 kg, Panther. Wraz z ofertą, Odwołujący 1 złożył ekspertyzę budowalną. Izba ustaliła, że masa systemu diagnostycznego (analizatora) zaoferowana przez Odwołującego 2 wynosiła 623 kg. Potwierdza to złożona wraz z ofertą ekspertyza budowlana.

Izba ustaliła, że w dniu 27 lipca 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Odwołującego 1 jako najkorzystniejszej. Oferta Odwołującego 2 została sklasyfikowana na drugim miejscu (żadna oferta nie została odrzucona). Izba ustaliła, że na skutek odwołania Odwołującego 2 (które zostało uwzględnione przez Zamawiającego, a przystępujący wówczas Odwołujący 1 nie wniósł sprzeciwu) wynik Postępowania został unieważniony, a Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert. W jej wyniku, zamawiający odrzucił jako niezgodną z warunkami zamówienia ofertę Odwołującego 2. Jedną z przyczyn była masa systemu diagnostycznego (pismo Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2023 r.).

Izba ustaliła, że Odwołujący 2 w odwołaniu z dnia 31 sierpnia 2023 r. zaskarżył wszystkie podstawy odrzucenia. Izba ustaliła, że w dniu 11 września 2023 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, a w ślad za tym Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze (por. postanowienie KIO 2568/23).

Izba ustaliła, że w dniu 19 września 2023 r. Zamawiający powiadomił wykonawców o odrzuceniu obydwu ofert i unieważnieniu Postępowania. W piśmie tym Zamawiający wskazał: „(…) Do upływu wyznaczonego terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu tj. do dnia 24.07.2023r. do godz. 10:00 wpłynęły do zamawiającego dwie oferty: oferta nr 01 złożona przez Grifols Polska Sp. z o.o., oferta nr 02 złożona przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.

Na podstawie przeprowadzonych czynności badania i oceny złożonych ofert, zamawiający stwierdził niżej wymienione nieusuwalne niezgodności treści złożonych ofert z warunkami zamówienia: W załączonym do oferty nr 01 dokumencie oznaczonym jako Objętość przechowywania odczynników z uwzględnieniem temperatury wykonawca wskazał objętości oraz temperatury przechowywania zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt. 3.9. Załącznika nr 3 do SWZ – Kalkulacja Cenowa – Opis Przedmiotu Zamówienia. Z treści przedmiotowego dokumentu wynika, że większość wymienionych w nim odczynników i materiałów wymaga przechowywania w temperaturze innej niż pokojowa. Treść dokumentu wskazuje poza tym na różne temperatury przechowywania odczynników i materiałów w opakowaniach zamkniętych i otwartych. Na podstawie załączonego zestawienia zamawiający nie jest w stanie w sposób jednoznaczny stwierdzić czy dla prawidłowego przechowywania odczynników i materiałów poza pokładem analizatora konieczne jest zastosowanie urządzenia chłodniczego/mroźniczego. Ponadto Wykonawca nie zadeklarował w sposób nie budzący wątpliwości zamawiającego czy w cenie oferty zapewni, zainstaluje i przeprowadzi kwalifikację instalacyjną i operacyjną urządzenia chłodniczego/mroźniczego, Wykonawca nie podał również żadnych danych odnoszących się do urządzenia chłodniczego/mroźniczego poprzestając jedynie na skopiowaniu do kolumny „parametr ofertowany" treści z kolumny

„parametr wymagany". W konsekwencji zamawiający nie jest w stanie samodzielnie stwierdzić czy i jakie urządzenie chłodnicze/mroźnicze jest konieczne do przechowywania odczynników poza pokładem analizatora, a także czy wykonawca uwzględnił powyższe w cenie oferty. W ocenie zamawiającego powyższa niezgodność nie może sanowana na podstawie przepisu art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy i stanowi podstawę do odrzucenia oferty powyższego wykonawcy na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy w brzmieniu: „Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia." W ofercie nr 02, Zamawiający stwierdził zamawiający stwierdził nieusuwalną niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia określonymi przez zamawiającego w dokumentach zamówienia polegającą na zaoferowaniu systemu diagnostycznego o wadze przekraczającej maksymalny poziom wskazany w pkt. 1.3. Załącznika nr 3 do SWZ – Kalkulacja Cenowa – Opis Przedmiotu Zamówienia. Zamawiający wymagał bowiem zaoferowania systemu diagnostycznego, którego masa będzie wynosiła maksymalnie 700 kg. W odpowiedzi na pytanie nr 18 z dnia 11.07.2023 r. Zamawiający potwierdził, że przez system diagnostyczny należy rozumieć wszystkie urządzenia wraz z przynależnościami dostarczane przez wykonawcę, które mają zostać zainstalowane. Wykonawca zaoferował system diagnostyczny składający się z następujących urządzeń: cobas® 5800 System standalone x2 numer katalogowy 0.; X800 Data Manager Software x2 numer katalogowy 0. / Hamilton Microlab STAR IVD Instrument x2 numer katalogowy 0.; cobas Synergy Server x2 numer katalogowy 0.; cobas Synergy Workstation x2 numer katalogowy 0. / Eaton Zasilacz awaryjny 5PX 2200i RT3U G2 2200VA - 2200W x2 numer katalogowy 0. / UPS Eaton 9135 5000VA 230V x2 numer katalogowy 0. / APC Zasilacz awaryjny SMT1500IC 1500VA/1kW Tower Sm0artConnect x2 numer katalogowy 0. / HP Inc. Notebook 25(G9 i5-1235U 512GB/8GB/W11P/15.6 6F2C7EA x2 numer katalogowy 0. / HP Inc. Drukarka LaserJet Pro 4002dn 2Z605 x2 numer katalogowy 1. / numery seryjne zostaną podane przy realizacji umowy. Sumując masę zaoferowanego systemu diagnostycznego na podstawie danych zawartych w ekspertyzie uzyskujemy wynik 1092,50 kg, a więc znacznie powyżej dopuszczalnego limitu 700 kg. W ocenie zamawiającego powyższa niezgodność nie może sanowana na podstawie przepisu art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy i stanowi podstawę do odrzucenia oferty powyższego wykonawcy na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy w brzmieniu: „Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia."

Izba zważyła co następuje:

Sygn. akt: KIO 2867/23

W ocenie Izby Odwołujący 1 zasadnie wykazał, że Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanych przez Zamawiającego niejasności co do treści oferty Odwołującego 1 w decyzji o unieważnieniu Postępowania z dnia 19 września 2023 r. Tym samym potwierdził się zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zdaniem Izby czynność Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego 1 była co najmniej czynnością przedwczesną, bowiem Zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zaoferowanych odczynników oraz warunków ich przechowywania.

Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 223 ust 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym, a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Ustawodawca przyznaje zamawiającemu uprawnienie do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnienie treści złożonej oferty. Przepis ten należy interpretować łącznie z uregulowaniem zawartym w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który określa przesłankę odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia. W sytuacji istnienia wątpliwości co do treści oferty wykonawcy z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, zamawiający winien takie wątpliwości wyjaśnić z wykonawcą przed dokonaniem odrzucenia jego oferty.

W analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający uznał, że treść oferty Odwołującego 1 jest w sposób jednoznaczny i nieusuwalny niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji odrzucił ofertę Odwołującego 1. Zdaniem Izby, już z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego 1 z dnia 19 września 2023 r. wynika, że Zamawiający miał wątpliwości co do zgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia. Zatem, przed ewentualnym jej odrzuceniem, Zamawiający był zobowiązany wyjaśnić kwestie wątpliwe z wykonawcą. Zaniechanie dokonania tej czynności stanowiło naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że w piśmie z dnia 19 września 2023 r., Zamawiający wskazał, że nie jest w stanie w sposób jednoznaczny stwierdzić czy dla prawidłowego przechowywania odczynników i materiałów poza pokładem analizatora konieczne jest zastosowanie urządzenia chłodniczego/mroźniczego oraz, że nie może samodzielnie stwierdzić czy i jakie urządzenie chłodnicze/mroźnicze jest konieczne do przechowywania odczynników. Zdaniem Izby, okoliczności te mogły być i powinny były być przedmiotem wyjaśnienia ze strony Odwołującego 1 w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym zakresie, Izba wskazuje po pierwsze, że nie było sporne w sprawie, że w załączniku nr 3, część II – Wymagania funkcjonalno - użytkowe, punkcie 3 "Wymagania dotyczące odczynników, materiałów zużywalnych", podpunkcie 3.9

Zamawiający wskazał: Wykonawca wraz z ofertą określi objętość (m3) jaka jest wymagana do przechowywania odczynników poza pokładami analizatorów/systemów przez Zamawiającego do zbadania minimum 10 000 pojedynczych donacji (ok. 1660 pul składających się maksymalnie z 6 donacji), uwzględniając temperaturę inną niż pokojową. W przypadku konieczności przechowywania większości odczynników w temperaturze lodówki, wykonawca zapewni urządzenie chłodnicze, wraz z wykonaniem kwalifikacji instalacyjnej, operacyjnej oraz podpięciem urządzenia na własny koszt do systemu monitoringu temperatur w siedzibie Zamawiającego.

Po drugie, bezsporne jest to, że Odwołujący 1 w dokumencie pn. "Objętości przechowywania odczynników z uwzględnieniem temperatury", wskazał objętości oraz temperatury przechowywania oferowanych odczynników. Potwierdził to sam Zamawiający w piśmie z dnia 19 września 2023 r. oświadczając cyt.: *„(…) W załączonym do oferty nr 01 dokumencie oznaczonym jako Objętość przechowywania odczynników z uwzględnieniem temperatury wykonawca wskazał objętości oraz temperatury przechowywania zgodnie z wytycznymi zawartymi w pkt. 3.9. Załącznika nr 3 do SWZ – Kalkulacja Cenowa – Opis Przedmiotu Zamówienia. Z treści przedmiotowego dokumentu wynika, że większość wymienionych w nim odczynników i materiałów wymaga przechowywania w temperaturze innej niż pokojowa.”.*

Odwołujący 1 zatem sprecyzował przedmiot swojej oferty oraz temperatury przechowywania poszczególnych odczynników. Co prawda w złożonym zestawieniu Odwołujący 1 nie określił wprost czy większość oferowanych odczynników i materiałów wymaga zastosowania urządzenia chłodniczego, jednakże, zdaniem Izby, to uchybienie wykonawcy nie może skutkować automatycznym odrzuceniem jego oferty z postępowania. Przedmiot świadczenia został bowiem jednoznacznie określony w treści oferty, jak również w sposób jednoznaczny zostały określone temperatury przechowywania oferowanego przedmiotu zamówienia. Tym samym, w warstwie merytorycznej, wykonawca sprecyzował przedmiot swojego świadczenia. Uchybienie wykonawcy polega wyłącznie na braku wskazania czy tak zaoferowany przedmiot świadczenia wymaga przechowywania w temperaturze innej niż pokojowa. Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający takie niedookreślenie treści oferty winien wyjaśnić w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Skoro przedmiot świadczenia jest znany Zamawiającemu, jego temperatury przechowywania, rodzaj odczynników i materiałów jakie oferuje Odwołujący 1, to Zamawiający winien wystąpić do wykonawcy o wyjaśnienia czy do tak sprecyzowanego przedmiotu świadczenia konieczne będzie zapewnienie urządzenia chłodniczego, a jeśli tak, to czy koszt taki został uwzględniony w kosztach realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, chodzi w tym zakresie wyłącznie do doprecyzowania sposobu wykonania świadczenia, które to świadczenie zostało pierwotnie jednoznacznie określone w treści oferty przez wykonawcę. Dokonując wyjaśnień w tym zakresie, nie może oczywiście dojść do zmiany merytorycznej treść oferty i wskazania innych odczynników czy innych temperatur przechowywania. W tym zakresie, Odwołujący 1 jest związany treścią oświadczenia zawartego w ofercie.

Po trzecie, odnosząc się do stwierdzenia Zamawiającego o braku jednoznacznego wskazania w treści oferty czy Odwołujący 1 zaoferował urządzenie chłodnicze oraz braku wskazania jakie jest to urządzenie, o jakich parametrach, Izba wskazuje, że dokonując badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, Zamawiający jest związany treścią dokumentów zamówienia, które sam sporządził. W dokumentach zamówienia, Zamawiający nie wymagał wskazania ani nazwy urządzenia chłodniczego ani jego parametrów. Zamawiający wymagał wyłącznie złożenia deklaracji, że w przypadku konieczności przechowywania większości odczynników w lodówce, wykonawca zapewni taką lodówkę w ramach realizowanego na rzecz Zamawiającego zamówienia. Odwołujący 1 takie zapewnienie/deklarację złożył. W ofercie, w ppkt 3.9 Odwołujący jednoznacznie wskazał „Tak”. Izba podkreśla, że Zamawiający nie wyszczególnił urządzenia chłodniczego jako odrębnego punktu w opisie przedmiotu zamówienia, poprzestając w tym zakresie na złożeniu przez wykonawcę deklaracji w treści oferty, co do zapewnienia takiego urządzenia, jeśli będzie taka konieczność. Odwołujący 1 uczynił zadość wymaganiu Zamawiającego. Zdaniem Izby, Zamawiający dokonując oceny oferty Odwołującego 1 powołuje się na wymagania, które nie zostały zawarte w SWZ, a tym samym nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego 1. Zamawiający nie wskazał w SWZ żadnych szczególnych parametrów wobec urządzenia chłodniczego, jak również nie zawarł wymogu przedstawienia parametrów urządzenia chłodniczego w ofercie. Nie wymagał w tym zakresie przedmiotowych środków dowodowych. Zatem odrzucenie oferty Odwołującego 1 na podstawie wymagań, które nie są zawarte w SWZ było nieuprawnione.

W konsekwencji, Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, z okoliczności faktycznych sprawy wynika, po pierwsze, że wątpliwości Zamawiającego co do konieczności przechowywania odczynników w urządzeniu chłodniczym nie zostały w sposób prawidłowy wyjaśniony z wykonawcą. Po drugie, zdaniem Izby, Zamawiający ustalił niezgodność oferty Odwołującego 1 z wymaganiami, które nie były wskazane w SWZ. Zamawiający nie wymagał ani określenia rodzaju urządzenia chłodniczego ani podania jego parametrów. Zamawiający winien wezwać Odwołującego 1 do złożenia wyjaśnień w zakresie wymogu wskazanego w ppkt 3.9, pkt 3 części II Załącznika nr 3 do SWZ i doprecyzowania treści załącznika nr 3 w/w zakresie, tak aby Zamawiający miał pełną wiedzę co do sposobu przechowywania zaoferowanych odczynników. Jeśli Zamawiający ma wątpliwości co do uwzględnienia kosztów ewentualnego zapewnienia urządzenia chłodniczego w kosztach realizacji zamówienia, ten element wyceny

również winien być wyjaśniony z wykonawcą.
Wobec potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, czynność odrzucenia oferty Odwołującego 1 na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp była czynnością nieprawidłową, bowiem Zamawiający nie wyjaśnił treści oferty wykonawcy. Dopiero złożenie wyjaśnień przez Odwołującego 1 i ich ocena przez Zamawiającego pozwoli na dokonanie oceny oferty Odwołującego 1. Również zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Unieważnienie postępowania było czynnością przedwczesną. Zamawiający nie dokonał bowiem prawidłowej oceny oferty Odwołującego 1 dokonując jej odrzucenia z pominięciem procedury wyjaśnienia jej treści.
Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Sygn. akt: KIO 2869/23

Izba uznała, że zarzuty podniesione przez Odwołującego 2 są zasadne, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.
Na wstępie wskazać należy, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Izba wielokrotnie wskazywała w swoim orzecznictwie, że zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wymaga ustalenia na czym konkretnie niezgodność oferty z warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru. Zatem, dokonanie odrzucenia oferty danego wykonawcy wymaga w pierwszej kolejności wskazania jednoznacznego postanowienia SWZ, określającego w sposób jasny, precyzyjny i konkretny wymaganie, które miało znaleźć swoje odzwierciedlenie w ofercie złożonej w postępowaniu.
Należy zaznaczyć, że art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest ściśle skorelowany z wcześniejszym etapem postępowania tj. etapem przygotowania SWZ przez zamawiającego. Nie budzi wątpliwości, że autorem dokumentacji postępowania, w tym SWZ, jest zamawiający. To zamawiający jest odpowiedzialny są prawidłowy opis przedmiotu zamówienia, precyzyjne określenie swoich wymagań względem wykonawców, jak i jednoznaczne sprecyzowanie sposobu spełnienia takich wymagań na etapie składania ofert. To zamawiający wszczynając postępowanie jest zobligowany do dokonania analizy potrzeb publicznych, które zamierza zrealizować w ramach postępowania przetargowego i to zamawiający, działając z należytą starannością, jest zobowiązany w sposób jasny, jednoznaczny i wyczerpujący opisać takie potrzeby w SWZ. Nie zwalnia zamawiającego z tego obowiązku możliwość występowania przez wykonawców z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, uregulowana w art. 135 ustawy Pzp. Uprawnienie z art. 135 ustawy Pzp przysługuje wykonawcy i jest odrębną regulacją adresowaną do wykonawców, nie zaś do zamawiającego. Regulacja ta nie zwalnia zamawiającego z obowiązku wynikającego z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp.
Mając na uwadze powyższe, Izba wskazuje po pierwsze, że w analizowanym stanie faktycznym, Zamawiający nie wprowadził jednej definicji systemu diagnostycznego. Izba ustaliła, że Zamawiający w Załączniku nr 3 do SWZ, posługuje się zamiennie pojęciem analizatora/systemu diagnostycznego, analizatora gotowego do pracy. Zamawiający również używa pojęcia urządzenie, analizator diagnostyczny.
Po drugie, zdaniem Izby, w pkt 1.3 Załącznika 3 do SWZ, Zamawiający sam zdefiniował na potrzeby tego konkretnego wymagania co rozumie pod pojęciem systemu diagnostycznego. Zamawiający wprost wskazał w nawiasie, że system diagnostyczny to analizatora. Z literalnej wykładni tego postanowienia i przyjętych przez Zamawiającego zapisów wynika, że system diagnostyczny należy utożsamiać z analizatorem.
Po trzecie, gdyby celem Zamawiającego było wprowadzenia jednej, ogólnej definicji „systemu diagnostycznego", obowiązującej w całym Załączniku nr 3, to zbędne byłoby definiowanie pojęć w poszczególnych podpunktach. Skoro zatem Zamawiający nie prowadził w SWZ, ani w Załączniku nr 3 ogólnej definicji systemu diagnostycznego, to zasadne jest przyjęcie, że Zamawiający określając poszczególne funkcjonalności przedmiotu zamówienia przyjmował odmienne zakres definicyjny systemu diagnostycznego. Zdaniem Izby, Zamawiający nie wskazał logicznych i zasadnych przesłanek uzasadniających twierdzenie, że wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w zakresie pkt 1.2 (pytanie nr 18 z 11.07.2023 r.) należy odnosić również do pkt 1.3. Słusznie wskazał w tym zakresie Odwołujący 2, że pkt 1.2. i 1.3. odnoszą się do innych aspektów realizacji zamówienia. Postanowienie z pkt 1.3 dotyczy wagi systemu diagnostycznego - wagi analizatora oraz innych urządzeń, które będą zamontowane w pomieszczeniu i reguluje obciążenie stropów pomieszczenia. Zamawiający wprost wprowadza rozróżnienie pomiędzy systemem diagnostycznym (analizatorem), a pozostałymi urządzeniami, jakie wykonawca planuje zainstalować w pomieszczeniu. Z kolei punkt 1.2 dotyczy sposobu wykonywania badań oraz urządzeń wymaganych do osiągnięcia wyników badań w sposób opisany w SWZ – Załączniku nr 3. Zatem odpowiedź na pytanie nr 18 należy odnosić wyłącznie do tego aspektu zamówienia tj. zakresu urządzeń wymaganych do wykonania badań w sposób opisany w SWZ. Izba nie widzi racjonalnych podstaw, aby łączyć te elementy razem. W obu punktach Zamawiający odmiennie określił zakres definicyjny systemu diagnostycznego, określając jego odmienne elementy ze względu na cel jakiemu służy dane wymaganie zawarte w Załączniku nr 3. Izba wskazuje, że Zamawiający mógł w sposób jednoznaczny zdefiniować pojęcia, jakimi posłużył się w SWZ. Zaniechał

takiego działania. Co więcej, wprowadził do SWZ różne zakresy definicyjne tego samego pojęcia. Nie ma żadnych podstaw, aby na etapie badania i oceny ofert umożliwić Zamawiającego sanowanie swoich własnych błędów kosztem Odwołującego 2 poprzez wyeliminowanie jego oferty w postępowania. Skoro Zamawiający był pewny, że system diagnostyczny rozumiany jako analizator i bliżej niesprecyzowane w SWZ urządzenia pomocnicze miał nie przekraczać wagi 700 kg, to winien taki zapis wprowadzić w SWZ. Tymczasem, Zamawiający w pkt 1.3 sam definiuje system diagnostyczny jako analizator.

Po czwarte, Izba wskazuje, że czynność Zamawiającego dokonana w dniu 27 lipca 2023 r. pośrednio potwierdza, że sam Zamawiający przyjął rozumienie zapisów z pkt 1.3 w taki sposób, jak rozumie je Odwołujący 2. Zamawiający bowiem wybrał wówczas jako najkorzystniejszą ofertę Odwołującego 1. Na miejscu drugim została sklasyfikowana oferta Odwołującego 2. Żadna oferta nie została odrzucona, a zatem Zamawiający uznała, że oba urządzenia spełniają wymagania wskazane w pkt. 1.3. Obecnie zaś Zamawiający przyjmuje diametralnie odmienne stanowisko. Takie działanie nie zasługuje na aprobatę. Rodzi się pytanie czy Zamawiający wszczynając postępowanie wiedział w ogóle jakie urządzenie, o jakich parametrach ma spełniać jego wymagania skoro w okresie dwóch miesięcy zmienia swoje stanowisko w kwestii zasadniczej dla wykonawców? Izba stoi na stanowisku, że nie ma żadnych logicznych i racjonalnych podstaw do obarczania Odwołującego 2 niekonsekwencjami w działaniu Zamawiającego. Jak Izba wskazała powyższej, to Zamawiający jest autorem SWZ, to Zamawiający winien wiedzieć co chce nabyć w ramach zamówienia i w sposób jasny i precyzyjny określić to w SWZ. Tymczasem, w analizowanym stanie faktyczny, to co chce Zamawiający zmienia się w zależności od argumentów i pism przedkładanych przez wykonawców.

Izba uznała, że Zamawiający nieprawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego 2. Zamawiający nie wskazał na jednoznaczne postanowienie SWZ, z którym oferta Odwołującego 2 jest niezgodna. Przywołany w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego 2 Załącznik nr 3 pkt 1.3. definiuje system diagnostyczny jako analizator. W ofercie Odwołujący 2 zaoferował analizator, którego waga nie przekracza 700 kg, zatem oferta jest zgodna z warunkami zamówienia.

W konsekwencji potwierdził się zarzutu naruszenia art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro oferta Odwołującego 2 została nieprawidłowo odrzucona przez Zamawiającego, nie ziściły się przesłanki do unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……