

Poznań, dnia 15 listopada 2021 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: **Argenta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa**, ul. Polska 114, 60-401 Poznań, KRS: 0000436487, email: a.chelminiak@argenta.com.pl, tel. 504 877 840, NIP: 781-10-11-656, REGON: 630340260 (dalej także jako „**Argenta**” lub „**Odwołujący**”),

Zamawiający: **Świętokrzyskie Centrum Psychiatrii w Morawicy**, ul. Spacerowa 5, 26-026 Morawica, KRS: 0000009702, email: a.kalita@morawica.com.pl, tel. 41 36 41 378, NIP: 657-21-87-534, (dalej także jako „**Zamawiający**”),

Przedmiot zamówienia: Zakup analizatora immunochemicznego z komputerem sterującym, monitorem LCD i drukarką laserową do metody CLIA w celu ilościowego oznaczenia przeciwciał IgM i IgG wirusa SARS-CoV-2 w Świętokrzyskim Centrum Psychiatrii w Morawicy. Realizacja zadania w ramach „Inwestycje w lecznictwie psychiatrycznym” oraz dostawa odczynników do siedziby Zamawiającego zgodnie z opisem i wymaganiami zawartymi w załącznikach nr 2, 2a do niniejszej specyfikacji.

Dotyczy: postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: „**Zakup analizatora immunochemicznego oraz dostawa odczynników**”.

Strona internetowa Zamawiającego: www.morawica.com.pl

Oznaczenie postępowania znakiem: [EZP-252-11/2021](#).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 września 2021 pod numerem 2021/BZP 00188150.

Odwołanie składane jest w postępowaniu, w którym wartość Zamówienia nie jest wyższa niż tzw. progi unijne.

ODWOŁANIE

1. Niniejszym, działając na podstawie art. 513 pkt. 1) i pkt. 2) w związku z art. 505 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej także „Nowe PZP”), w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego **Świętokrzyskie Centrum Psychiatrii w Morawicy** (zwanym dalej „Zamawiającym”) w trybie podstawowym bez negocjacji pod nazwą: „**Zakup analizatora immunochemicznego oraz dostawa odczynników**”, którego przedmiotem jest zakup analizatora immunochemicznego z komputerem sterującym, monitorem LCD i drukarką laserową do metody CLIA w celu ilościowego oznaczenia przeciwciał IgM i IgG wirusa SARS-CoV-2 w Świętokrzyskim Centrum Psychiatrii w Morawicy. Realizacja zadania w ramach „Inwestycje w lecznictwie psychiatrycznym” oraz dostawa odczynników do siedziby Zamawiającego zgodnie z opisem i wymaganiami zawartymi w załącznikach nr 2, 2a do

niniejszej specyfikacji prowadzonego pod znakiem EZP-252-11/2021 (dalej jako „Postępowanie”), a ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22-09-2021 pod numerem 2021/BZP 00188150 zmienionego ogłoszeniem nr 2021/BZP 00194319 z dnia 28.09.2021, **składam odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy działań i zaniechań Zamawiającego w zakresie całego Postępowania, polegających na:** braku jednoznacznego, precyzyjnego i wyczerpującego sformułowania SWZ, w szczególności w zakresie określenia przedmiotowych środków dowodowych, co utrudniło kwestię porównania treści oferty BioMaxima S.A. (z siedzibą w Lublinie, ul. Vetterów 5, 20-277, KRS: 0000313349, NIP: 9462360625, REGON: 432519331, dalej także jako „BioMaxima”), z warunkami Postępowania i w konsekwencji nieodrzućenie oferty BioMaxima,

2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy BioMaxima, a w konsekwencji nie odrzucenia oferty BioMaxima z tego powodu,
3. dokonaniu nieprawidłowego badania i oceny oferty BioMaxima skutkujących nieodrzućeniu tej oferty,
4. zaniechaniu odrzucenia oferty BioMaxima pomimo jej niezgodności z warunkami zamówienia,
5. dokonaniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty BioMaxima (będące konsekwencją zaniechań opisanych w pkt. 1 lub w pkt. 2),
6. braku dokonania czynności unieważnienia Zamówienia,

Zaskarżonym czynnościami jak i zaniechaniom czynności zarzucam naruszenie:

1. art. 99 w zw. z art. 104-106 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 nowego PZP poprzez zaniechanie żądania przedłożenia przez wykonawców jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania zgodności oferowanych produktów z warunkami Postępowania, co znacząco utrudniło proces dokonania porównania treści oferty BioMaxima z warunkami zamówienia i w konsekwencji doprowadziło do błędnego nieodrzućenia oferty BioMaxima,
2. art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 nowego PZP w zw. z art. 5 K.c. poprzez zaniechanie wykluczenia BioMaxima z Postępowania, pomimo faktu, że BioMaxima w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje dotyczące oferowanego produktu wprowadzające w błąd Zamawiającego (co do spełniania przez ten produkt warunków produktowych określonych w SWZ), co nie tyle mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale musiało mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego,
3. art. 109 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 nowego PZP w zw. z art. 5 K.c. poprzez zaniechanie wykluczenia BioMaxima z Postępowania, pomimo faktu, że BioMaxima w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie oferowanego produktu i spełniania przez ten produkt warunków Postępowania, co nie tyle mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co musiało mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego,
4. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 nowego PZP poprzez zaniechania żądania przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert, wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez BioMaxima oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń, pomimo, że produkt oferowany przez

BioMaxima nie spełnia podstawowego (i tytułowego) warunku Postępowania, chociaż Zamawiający zastosował taką procedurę w stosunku do Odwołującego,

5. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 nowego PZP w zw. z Załącznikiem nr 2 do SWZ – tabeli I lp. 1 i 2 poprzez zaniechania przeprowadzenia w sposób prawidłowy porównania treści oferty BioMaxima z warunkami Postępowania i w konsekwencji nieodrzućenie oferty BioMaxima,
6. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 nowego PZP w zw. z Załącznikiem nr 2 do SWZ – tabeli I lp. 1 i 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BioMaxima, pomimo okoliczności, że oferta nie odpowiadała specyfikacji warunków zamówienia, gdyż oferowane przez BioMaxima testy nie są testami ilościowymi a testami jakościowymi, co stanowi dodatkowo naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
7. art. 255 pkt. 2 nowego PZP poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania wskutek odrzucenia wszystkich ofert w Postępowaniu.

Wskazując na powyższe naruszenia, wnoszę o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako „KIO) niniejszego Odwołania i jego uwzględnienie,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania,
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia:
 - a. czynności oceny i badania oferty BioMaxima,
 - b. czynności polegającej na wyborze oferty BioMaxima S.A. jako najkorzystniejszej,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert, a w związku z czym odrzucenia oferty BioMaxima S.A.,
5. ewentualnie, w przypadku nieprzychylenia się Izby do wniosku zawartego w pkt. 4, o nakazanie wykluczenia BioMaxima S.A. z udziału w Postępowaniu,
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący wskazuje, iż jest uprawniony do wniesienia Odwołania z uwagi na spełnione przesłanki określone w art. 505 ust. 1 Nowe PZP. Odwołujący ma interes we wniesieniu Odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowych działań Zamawiającego Odwołujący doznał uszczerbku związanego z niemożliwością realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji osiągnięcia z tego tytułu zysku (co jest szkodą). Zamawiający w konsekwencji oceny ofert dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, lecz zaniechał odrzucenia oferty BioMaxima i dokonał wyboru oferty BioMaxima jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP zamówienie zostanie udzielone BioMaxima, podczas gdy odrzucenie oferty BioMaximy skutkowałoby unieważnieniem całego Postępowania oraz obligowało Zamawiającego do ponownego przeprowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego i umożliwiło Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego (tym bardziej, że pierwotna oferta Odwołującego było korzystniejsza od oferty BioMaxima). W wyniku błędnych czynności Zamawiającego (w tym jego zaniechań) Odwołujący został pozbawiony możliwości wykonywania zamówienia, co oznacza oczywistą konstatację o naruszeniu jego interesu w uzyskaniu zamówienia publicznego, jak i o powstaniu po jego stronie szkody (niemożliwości osiągnięcia zysku z tytułu realizacji zamówienia publicznego). Podkreślić należy, że zgodnie z orzecznictwem KIO utrata możliwości uzyskania

zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej (wyrok KIO z dnia 25 marca 2019 r. KIO 410/19). Przy tym szkodą są zarówno straty poniesione przez poszkodowanego (*damnum emergens*), oznaczające każde realne pogorszenie się jego sytuacji majątkowej, jak i utracone przez niego korzyści (*lucrum cessans*), stanowiące stratę tego, co poszkodowany by uzyskał, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

TERMIN WNIESIENIA ODWOŁANIA I UISZCZENIE WPISU

Zamawiający poinformował Odwołującego o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu 10 listopada 2021 r., gdy zamieścił informację na Platformie internetowej. Tym samym tego dnia Odwołujący uzyskał informację o dokonanych przez Zamawiającego czynnościach, jak i fakcie wystąpienia zaniechań po stronie Zamawiającego, które stanowią podstawę do wniesienia niniejszego odwołania. Mając na uwadze treść art. 515 pkt. 2) lit. a) oraz 509 ust. 2 Nowe PZP Odwołujący w przypadku zamówień, których wartość nie przekracza tzw. progów unijnych może wnieść odwołanie w ciągu 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, tj. do dnia 15 listopada 2021 r.

Dowód: *wydruk z Platformy internetowej zamawiającego oraz pismo informujące o wyborze.*

Ponadto Odwołujący uiszczył w dniu 15 listopada 2021 r. wymagany wpis od odwołania, a Zamawiający otrzymał kopię odwołania, a tym samym Odwołujący poinformował Zamawiającego o wniesieniu odwołania, zgodnie z art. 514 ust. 2 i ust. 3 Nowe PZP.

Dowód: *1. potwierdzenie dokonania przelewu kwoty wpisu w wysokości 7.500,00 zł.,
2. potwierdzenie przesłania niniejszego odwołania Zamawiającemu.*

UZASADNIENIE

I. Stan faktyczny

W dniu 22 września 2021 r. ogłoszone zostało przez Zamawiającego, Świętokrzyskie Centrum Psychiatrii w Morawicy, zamówienie publiczne „Zakup analizatora immunochemicznego oraz dostawa odczynników”. Otwarcie ofert nastąpić miało 30 września 2021 r. o godzinie 10:15.

Dowód: *1. Ogłoszenie o zamówieniu,
2. Specyfikacja warunków zamówienia.*

Wartość zamówienia nie przekraczała tzw. progów unijnych, ale komunikacja pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego odbywała się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Z uwagi na powyższe, w treści SIWZ Zamawiający wskazał (w rozdziale XIII, punkt 3), że w przedmiotowym postępowaniu strony przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje elektronicznie za pośrednictwem Platformy znajdującej się pod adresem: <https://platformazakupowa.pl/pn/morawica>.

Dowód: *1. Ogłoszenie o zamówieniu,
2. Specyfikacja warunków zamówienia.*

W dniu 28 września 2021 r. Zamawiający przesunął termin składania i otwarcia ofert do dnia 4 października 2021 r. Jednocześnie przesłał odpowiedzi na zadane przez przystępujących do postępowania wykonawców.

Dowód: 1. *Odpowiedź nr 1 z dnia 28.09 2021 r.,*
2. *Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia.*

Otwarcie ofert nastąpiło 4 października 2021 r. W postępowaniu wzięły udział jedynie **dwa** podmioty: Odwołującego (Argenta sp. z o.o. sp. k.) z wartością oferty na 270.224,96 zł oraz BioMaxima S.A. z wartością oferty na kwotę 283.348,80 zł. Najkorzystniejsza oferta zgodnie z wymaganiami SIWZ należała do Odwołującej, lecz Zamawiająca zamiast dokonać wyboru, pismem z dnia 13 października 2021 r. wezwała Argentę do złożenia wyjaśnień treści złożonej ofert. Wskazania wymaga, iż podobne czynności nie zostały skierowane w stronę BioMaxima S.A., choć powinny, a odstąpienie od nich winno skutkować odrzuceniem oferty BioMaxima S.A.

Dowód: 1. *Informacja z otwarcia ofert,*
2. *Pismo Zamawiającego z 13.10.2021 r.*

Odwołujący niezwłocznie udzielił wyjaśnień, niemniej w dniu 19 października 2021 r. Zamawiający ponownie wezwał ją do wyjaśnień, które zostały udzielone jeszcze tego samego dnia. Dodatkowo w dniu 26 października 2021 r. Zamawiający zwrócił się z prośbą do Odwołującej o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do 2 grudnia 2021 r., co też Argenta uczyniła tego samego dnia.

Dowód: 1. *Odpowiedź na wezwanie z dnia 14.10.2021 r.*
2. *Pismo Zamawiającego z dnia 19.10.2021 r.*
3. *Odpowiedź na wezwanie z dnia 19.10.2021 r.*
4. *Prośbą Zamawiającego z 26.10.2021 r.*
5. *Przedłużenie terminu z 26.10.2021 r.*

Ostatecznie pismem z dnia 10 listopada 2021 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, jako niezgodną z warunkami zamówienia, jednocześnie informując o wyborze oferty firmy BioMaxima S.A., jako jedyne pozostałego podmiotu, który brał udział w postępowaniu. Ponownie wskazania wymaga, iż tego drugiego wykonawcy Zamawiający nie wezwał do udzielenia jakichkolwiek wyjaśnień, choć działania takie powinny zostać podjęte (o czym niżej).

Podkreślić należy, iż w przypadku odrzucenia oferty BioMaxima S.A. Postępowanie musiałyby zostać unieważnione i ponownie przeprowadzone, co uzasadnia interes Odwołującego do wniesienia tego odwołania.

Dowód: *Pismo Zamawiającego z dnia 10.11.2021 r.*

II. Niezgodność oferty z warunkami postępowania

Fundamentem niniejszego Odwołania jest niezgodność oferty BioMaxima z treścią dokumentów przetargowych przygotowanych przez Zamawiającego (podstawowych i kluczowych wymagań w zakresie oczekiwanych przez Zamawiającego dostaw.

1. Zaoferowanie testów jakościowych w miejsce testów ilościowych.

Przedmiotem postępowanie był: „Zakup analizatora immunochemicznego z komputerem sterującym, monitorem LCD i drukarką laserową do metody CLIA w celu ilościowego oznaczenia przeciwciał IgM i IgG wirusa SARS-CoV-2 w Świętokrzyskim Centrum Psychiatrii w Morawicy. Realizacja zadania w ramach „Inwestycje w leczeniu psychiatrycznym” oraz dostawa odczynników do siedziby Zamawiającego zgodnie z opisem i wymaganiami zawartymi w załącznikach nr 2, 2a do niniejszej specyfikacji” (vide: skrócony opis przedmiotu Zamówienia – vide str. 4 rozdział IV pkt. 1 SWZ).

Podobny wymóg określony został także na str. 4 w rozdziale V „Wymagany termin i warunki realizacji zamówienia”, pkt. 1) ppkt. 1.2. SWZ „Wykonawca zobowiązany jest zrealizować przedmiot zamówienia: zakup analizatora immunochemicznego z komputerem sterującym, monitorem LCD i drukarką laserową do metody CLIA w celu ilościowego oznaczenia przeciwciał IgM i IgG wirusa SARS-CoV-2 w Świętokrzyskim Centrum Psychiatrii w Morawicy – klp w terminie do 30 dnia od data zawarcia umowy”.

Także Tabela I zawarta w Załączniku nr 2 do SWZ w pozycjach 1 i 2 jasno określa przedmiotowy wymóg:

1. „Przeciwciała przeciw wirusowi SARS-CoV-2 w klasie IgG neutralizujące anty-S, ilościowe”,
2. „Przeciwciała przeciw wirusowi SARS-CoV-2 w klasie IgM ilościowe”.

Dowód: SWZ wraz Załącznikiem nr 2.

Tymczasem BioMaxima zaoferowała odpowiednio:

1. test YHLO Biotech C86109 - iFlash-2019-nCoV Nab (nr katalogowy C86109),
2. test YHLO Biotech C86095M - iFlash-SARS-CoV-2 IgM(iFlash-2019-nCoV IgM), (nr katalogowy C86095M),

które to testy (obydwa!), zgodnie z materiałami dostępnymi na stronie internetowej, są testami jakościowymi, a nie ilościowymi.

Dowód: 1. ulotka YHLO Biotech C86109 - iFlash-2019-nCoV Nab (nr katalogowy C86109): z wyraźnym zaznaczeniem, że jest to test jakościowy,
2. instrukcja testy YHLO Biotech C86109 - iFlash-2019-nCoV Nab (nr katalogowy C86109):– choć w przeznaczeniu test (sekcja Intended use) wskazane jest, iż jest to test ilościowy, informacje znajdujące się w dalszej części dokumentu temu przeczą, z sekcji Interpretacja wyniku (Interpretation on results) jednoznacznie wynika, iż jest to test jakościowy. zastosowane jednostki wskazują na to że test jest jakościowy (powyżej 10AU/ml wynik dodatni, <10 AU/ml wynik ujemny).
3. ulotka testu SARS-CoV-2 IgM (nr katalogowy: C86095M) z wyraźnym zaznaczeniem, że jest to test jakościowy,
4. oferta BioMaxima.

Różnice w podejściu do wykrywania przeciwciał metodą jakościową i ilościową jest niebagatelne i nie może być przez Zamawiającego pominięte.

„Wyniki pomiarów w metodach jakościowych są podawane w skali nominalnej (wynik klasyfikacji TAK/NIE, 0/1). W teście jakościowym istotna jest granica mierzalności, czyli minimalne stężenie, jakie może być mierzone i stężenie punktu odcięcia.” Punkt odcięcia w przypadku tego testu 10 AU/ml daje tylko odpowiedź na pytanie, czy materiał biologiczny zawiera daną substancję, której w

warunkach fizjologicznych nie powinno być? W metodzie ilościowej wykorzystuje się wyniki ilościowe pomiarów.

Dowód: K. Sztefko, *Medyczne Laboratorium Diagnostyczne, PZWL*

Uznać należy zatem, że Zamawiający celowo określił wymagania zamówienia w kierunku oznaczania ilościowego, a nie jakościowego. Oznacza to, że wykonawca nie może oferować rozwiązania sprzecznego, z tym jakiego wymaga Zamawiający, gdyż w przeciwnym razie, cele zamówienia nie zostaną zrealizowane.

Co więcej, integralną treścią SWZ są pytania i odpowiedzi na SWZ. W ramach pytania nr 4., jeden z potencjalnych wykonawców pytał wyraźnie o to, czy może zaoferować test jakościowy, lecz uzyskał odpowiedź negatywną (Zamawiający odpowiedział – „zgodnie z SWZ”).

Powyższe potwierdza wyraźnie zasadność stanowiska Odwołującego w przedmiocie konieczności odrzucenia oferty BioMaxima przez Zamawiającego.

Dowód: 1. *Odpowiedź nr 1 z dnia 28.09 2021 r.,*

2. Zaoferowanie Troponiny I zamiast Troponiny hs

Zgodnie z Tabelą I zawartą w Załączniku nr 2 do SWZ w pozycji 4 Zamawiający wymagał „Troponiny hs”.

Tymczasem BioMaxima zaoferowała Troponinę I, która charakteryzuje się dużo mniejszą czułością i nie jest klasyfikowana jako Troponina hs.

Dowód: 1. *ulotka iFlash-Troponin-I (nr katalogowy C89243),*
2. *oferta BioMaxima,*

3. Zaoferowanie komputera posiadającego złącza USB generacji 3.1. zamiast 3.2.

Zgodnie z tabelą dotyczącą komputerów zawartą w Załączniku nr 2a do SWZ w pozycji odnoszącej się do złączy USB Zamawiający wymagał posiadania przez zamawiany komputer złączy USB generacji 3.2. (a więc nowszych), podczas gdy komputer zaoferowany przez BioMaxima (zgodnie z ofertą Biomaximy jest to komputer Dell Vostro Model: 3681 SFF i5-10400/8GB/512+1TB/Win10P), który posiada cztery złącza USB, ale jednak w standardzie 3.1. (starszej generacji).

Dowód: 1. *Charakterystyka sprzętowa komputera - <https://www.x-kom.pl/p/593240-desktop-dell-vostro-3681-sff-i5-10400-8gb-512tb-win10p.html>,*
2. *oferta BioMaxima,*

4. Zaoferowanie nieprawidłowego monitora LCD

Zgodnie z tabelą dotyczącą monitora LCD zawartą w Załączniku nr 2a do SWZ w pozycji odnoszącej się do maksymalnego dopuszczalnego przez Zamawiającego rozmiaru plamki, taki maksymalny rozmiar wynosi 0,248 x 0,248 mm. Tymczasem monitor zaoferowany przez BioMaxima

(zgodnie z ofertą Biomaximy jest to monitor BenQ Model: GL2480E), który parametr płamki wynosi 0,277 x 0,277 mm., a więc większy niż maksymalny dopuszczalny.

Po wtóre, rzeczony monitor LCD, którego wymagał Zamawiający, posiadać miał złącze Display Port (Załącznika nr 2a do SWZ, tabela dot. monitora LCD, poz. 8,), jednakże monitor oferowany przez BioMaxima (o, którym mowa wyżej), takiego złącza nie posiada.

Dowód: 1. *Charakterystyka sprzętowa monitora LCD* - <https://www.x-kom.pl/p/583697-monitor-led-24-benq-gl2480e-czarny.html>,
2. *oferta BioMaxima*.

5. Zaoferowanie nieprawidłowej drukarki

Zgodnie z tabelą dotyczącą drukarki laserowej zawartą w Załączniku nr 2a do SWZ w pozycji odnoszącej się do oczekiwanego zakresu obsługiwanych gramatur, Zamawiający oczekiwał drukarki, która obsługuje zakres gramatur 60 g/m² - 200 g/m². Tymczasem BioMaxima zaoferowała drukarkę obsługującą jedynie gramatury od 60 ale jedynie do 175 g/m².

Dowód: 1. *Charakterystyka sprzętowa* - https://drukson.pl/drukarki-/9221-drukarka-laserowa-hp-laserjet-pro-m404dn-w1a53a-192018902855.html?utm_source=ceneov1&utm_medium=pricewars2&utm_campaign=drukarka-laserowa-hp-laserjet-pro-m404dn-w1a53a,
2. *oferta BioMaxima*.

III. Uzasadnienie prawne

Na wstępie wskazać należy, iż zgodnie z art. 17 ust. 2 PZP „Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”. W ocenie Odwołującego, w przypadku wyboru oferty BioMaxima, wybór ten nastąpił w sprzeczności z przepisami ustawy PZP, z uwagi na okoliczności faktyczne oceniane przez pryzmat przedmiotowej ustawy, co do których Odwołujący przedstawia swoje stanowisko na łamach przedmiotowego Odwołania.

Kluczowym zagadnieniem w ocenie Odwołującego jest naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP, zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę, (...) jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”.

Jak wskazano wyżej, oferta BioMaxima jest niezgodna z warunkami Postępowania określonymi przez Zamawiającego w kluczowych i fundamentalnych kwestiach. Na pierwszy plan wysuwa się oczywiście zaoferowanie testów na przeciwciała przeciwko wirusowi SARS-CoV-2 w klasie IgG oraz klasie IgM, które są testami jakościowymi, a nie ilościowymi. Tymczasem Zamawiający wymagał zaoferowania testów ilościowych, co zaznaczone było już w samym skróconym opisie przedmioty zamówienia (str. 4, rozdział IV, pkt. 1.), brzmiącym następująco „Zakup analizatora immunochemicznego z komputerem sterującym, monitorem LCD i drukarką laserową do metody CLIA w celu **ilościowego** oznaczenia przeciwciał IgM i IgG wirusa SARS-CoV-2 w Świętokrzyskim Centrum Psychiatrii w Morawicy. Realizacja zadania w ramach «Inwestycje w leczeniu psychiatrycznym» oraz dostawa odczynników do siedziby Zamawiającego zgodnie z opisem i wymaganiami zawartymi w załącznikach nr 2, 2a do niniejszej specyfikacji”.

Podkreślić należy także, że kluczowość owego ilościowego oznaczania przeciwiań potwierdzona została także na str. 4 w rozdziale V pkt. 1) ppkt. 1.2. SWZ oraz w Tabeli I, lp. 1 i 2 Załącznika nr 2 do SWZ.

W świetle powyższego nie może ulegać wątpliwości, że ilościowe oznaczanie przeciwiań było celem, jakim przyświecał Zamawiającemu przy wszczynaniu Postępowania. Zaoferowanie zatem testów jakościowych jest niezgodne z tym fundamentalnym celem i spełnia hipotezę stosowania normy zawartej w art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP.

W pierwszej kolejności przytoczyć należy pogląd doktryny A. Gawrońska-Baran (w: Gawrońska-Baran Andrzel i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, Warszawa 2021, art. 226), zgodnie z którym: „*W ust. 1 pkt 5 komentowanego przepisu ustawodawca określa, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający dokonuje zatem oceny oferty pod względem jej zgodności z warunkami zamówienia, a nie – jak na mocy przepisów Prawa zamówień publicznych z 2004 r. – z SIWZ. Dokonując analizy komentowanego pkt 5 przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 p.z.p., należy przyjąć, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z ust. 1 pkt 5 konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia”.*

Zbieżny z powyższym jest także pogląd M. Jaworskiej (w: red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stójek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis, 2021), zgodnie z którym „*Odrzucenie oferty na podstawie tego przepisu może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (**zawartość merytoryczna oferty**), nie odpowiada warunkom zamówienia opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia¹ lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia. Zamawiający, badając wystąpienie omawianej przesłanki, weryfikuje **zawartość merytoryczną oferty**, a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Odrzucenie oferty na podstawie tej przesłanki nie może mieć miejsca w przypadku, kiedy niezgodność treści oferty dotyczy warunków (wymagań) proceduralnych, w tym co do formy oferty, sposobu jej sporządzenia czy przekazania”.*

Ta sama autorka (M. Jaworska) przywołuje także dwa orzeczenia KIO, które zachowują aktualność także na gruncie nowej ustawy PZP. Pierwszym jest wyrok KIO z 15.04.2019 r. (KIO 592/19 Legalis), który wskazuje, że „*zgodnie z utrwalonym poglądem w orzecznictwie – podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności jej treści ze specyfikacją może być tylko rzeczywista treść*

¹ Pogrubienia oryginalne, podkreślenie autora Odwołania.

oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w niej określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania **przyszłego świadczenia – przedmiotu umowy**”.

Podobnie należy interpretować wyrok KIO z 4.05.2021 (KIO 1028/21, Legalis), zgodnie z którym „Na gruncie wykładni art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych aktualne pozostają tezy orzecznictwa i stanowisko doktryny dotyczące art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzedniej ustawy. Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu, **jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia** (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 Kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. **Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom**”.

O tym, że w zamówieniach dotyczących wyrobów medycznych czy farmaceutyków obowiązują inne, jeszcze surowsze wymagania w zakresie staranności i skrupulatności (zgodności oferty z warunkami zamówienia) mowa chociażby w wyroku KIO z 27 maja 2021 r. (KIO 942/21, Legalis).

W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, że spełnione zostały wszystkie podnoszone w doktrynie i orzecznictwie przesłanki odrzucenia oferty BioMaxima na gruncie art. 226 ust. 1 pkt. 5 PZP, a mianowicie:

1. oferta BioMaxima nie odpowiada treści dokumentów przetargowych przygotowanych przez Zamawiającego, tj. w zakresie:
 - a. zaoferowanie testów wykonujących jakościowe, a nie ilościowe oznaczenia przeciwciała Covid-19 – vide: str. 4 rozdział V pkt. 1) ppkt. 1.2. SWZ, str. 4 rozdział IV pkt. 1 SWZ, Tabela I, lp. 1 i 2 Załącznika nr 2 do SWZ,
 - b. zaoferowanie testów wykorzystujących nieprawidłowy rodzaj Troponiny, tj. Troponiny I, zamiast Troponiny hs – vide: Tabela I, lp. 4 Załącznika nr 2 do SWZ,
 - c. zaoferowanie komputera posiadającego złącza USB generacji 3.1. zamiast 3.2. jakich oczekuje Zamawiający – vide Załącznika nr 2a do SWZ, tabela dot. komputera, poz. USB,
 - d. zaoferowanie monitora LCD, którego rozmiar plamki wynosi 0,277 x 0,277 mm., a więc przekracza maksymalny dopuszczalny przez Zamawiającego rozmiar 0,248 x 0,248 mm. – vide Załącznika nr 2a do SWZ, tabela dot. monitora LCD, poz. 4,
 - e. zaoferowanie monitora LCD, nieposiadającego wymaganego złącza Display Port – vide Załącznika nr 2a do SWZ, tabela dot. monitora LCD, poz. 8,
 - f. zaoferowanie drukarki, nieobsługującej nośników o gramaturze pow. 175 g/m², podczas gdy Zamawiający oczekiwał obsługi gramatur z zakresu 60 g/m² - 200 g/m²,
2. wszystkie warunki postępowania, których BioMaxima niespełna swoją ofertą zostały wprost wyartykułowane w dokumentacji przetargowej – głównej treści lub załącznika do SWZ,

3. warunki, jakich oferta BioMaxima nie spełnia są elementami merytorycznymi i istotnymi dla treści świadczenia wykonawcy (zwłaszcza rodzaj oznaczeń oferowanych testów).

Przywołując ponownie wyrok KIO z 4.05.2021 (KIO 1028/21, Legalis) zwrócić należy uwagę KIO na wielokrotnie powtarzającą się kwestie (powtarzającą się zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie), że bezwzględny obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie analizy porównawczej treści oferty z wymaganiami zamówienia. Mając świadomość ciężącego na nim obowiązku, Zamawiający powinien tak skonturować warunki postępowania, żeby wynikiem owego porównywania było odrzucenie wszystkich ofert, które nie spełniają fundamentalnych celów zamówienia. Nie może zatem Zamawiający bronić się tym, że porównując treść oferty wykonawcy, która złożona była w formie prostych informacji umieszczanych w tabeli (zgodnie z wymaganiami formalnymi postępowania) nie mógł Zamawiający takich rozbieżności zauważyć. Błędem i winą Zamawiającego jest brak żądania jakichkolwiek, najprostszych chociaż, przedmiotowych środków dowodowych (np. ulotek wyrobów medycznych), które pozwoliłyby na zweryfikowanie czy oferowane testy w kierunku przeciwciał SARS-CoV-2 są testami ilościowymi czy jakościowymi.

Stąd właśnie Odwołujący podnosi zarzut naruszenia art. 99 w zw. z art. 104-106 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 PZP, gdyż to zaniechanie przez Zamawiającego żądania przedłożenia przez wykonawców jakichkolwiek przedmiotowych środków dowodowych w zakresie wykazania zgodności oferowanych produktów z warunkami Postępowania utrudniło proces dokonania porównania treści oferty BioMaxima z warunkami zamówienia i w konsekwencji doprowadziło do błędnego nieodrżucenia oferty BioMaxima.

Zamawiający jest zresztą podmiotem profesjonalnym, który ma przedmiotowe testy stosować w praktyce na próbkach pobranych od pacjentów. Oznacza to, że Zamawiający powinien mieć minimum wiedzy zarówno medycznej, jak i produktowej, która powinna mu pozwolić na zweryfikowanie poprawności oferty na omawianym odcinku. Potwierdza to zresztą wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2012 r. (KIO 1257/12), zgodnie z którym *„Zamawiający ma obowiązek każdorazowo badania czy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia złożył informacje prawdziwe. Zamawiający dokonuje tego na podstawie dostępnych mu danych i nie ma obowiązku przeprowadzenia postępowania dochodzeniowego w celu sprawdzenia, czy **wszystkie** informacje są zgodne z rzeczywistością. Jednak, jeśli dysponuje informacjami znanymi mu np. z **urzędu** (z innych prowadzonych przez niego postępowań, czy z racji nałożonych ustawowo kompetencji), z informacji pozyskanych od innych zamawiających czy wykonawców, to ma obowiązek tę wiedzę zweryfikować i zbadać wpływ złożonej i niezgodnej z rzeczywistością informacji na wynik prowadzonego postępowania”*.

Pomimo powyższego uchybienia Zamawiający miał jeszcze możliwość należytego dokonania porównania ofert z wymaganiami zamówienia, poprzez zastosowanie procedury określonej w art. 233 ust. 1 PZP chociażby tylko co do podstawowej kwestii zamówienia – rodzaju oferowanych testów. Odwołujący uznaje, że taka procedura w ogóle nie znalazła zastosowania lub nie została należyście przeprowadzona, gdyż jej zastosowanie **musiałoby** doprowadzić do konstatacji, że BioMaxima oferuje testy wykonujące oznaczenia jakościowe, a nie ilościowe, co jest sprzeczne z fundamentalnym warunkiem (celem) postępowania.

Powyższe potwierdza opinia doktryny, a mianowicie A. Wiktorowskiego (w: Gawrońska-Baran Andrzeła i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, Warszawa 2021, art. 16), który słusznie zauważa, że *„Jednym z przejawów zasady przejrzystości jest ugruntowana w orzecznictwie reguła, zgodnie z którą wszelkiego rodzaju nieprecyzyjności w zapisach dokumentów zamówienia lub*

stosowane dorozumienia, które nie znajdują wprost potwierdzenia w ich treści, nie mogą obciążać wykonawców poprzez wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec nich.”

Stąd też zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 PZP.

Odwołujący podkreśla, że sformułowanie zarzutów opartych o art. 109 ust. 1 pkt. 8. lub 10. PZP nie jest przypadkowe (choć znana jest Odwołującemu treść ust. 2). Odwołujący pragnie bowiem podkreślić celowość działania BioMaxima i wagę tego naruszenia. Odwołujący rozumie, że w zakresie monitorów czy komputerów mogą pojawiać się pewne nieścisłości między ofertą a wymaganiami zamówienia, gdyż dostawa takiego sprzętu elektronicznego nie jest głównym przedmiotem działalności wykonawców. Takie błędy mogą wynikać chociażby z niezrozumienia parametrów technicznych sprzętu elektronicznego czy nieznajomości produktowej. Wszakże oferta Odwołującego została odrzucona z powodu takich właśnie omyłek. Sytuacja taka nie dotyczy jednak tej części oferty, która odnosi się do wyposażenia medycznego (wyrobów medycznych), których dystrybucja (a zatem znajomość i zrozumienie) jest podstawowym przedmiotem działalności wykonawców. Jeśli zatem przedmiotem zamówienia jest dostarczenie testów dokonujących oznaczenia ilościowego, a wykonawca widzący, że nie ma obowiązku przedkładania dokumentów na spełnianie takiego warunku, oferuje testy jakościowe, to musi robić to celowo. Takie nierzetelne zachowanie wykonawcy nie zasługuje na ochronę w kontekście art. 5 K.c.

Zarzucane konsekwentnie przez Odwołującego naruszenia z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 PZP odnoszą się także do tego, że Zamawiający nie sprostął obowiązkowi przygotowania, ale przede wszystkim przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie, a także zapewniający najlepszą jakość dostaw. Podczas bowiem, gdy oferta Odwołującego budziła wątpliwości Zamawiającego w zakresie np. worków na odpady (vide: pismo Zamawiającego z 19.10.2021 r.), to nie wzbudziła zainteresowania Zamawiającego niezgodność BioMaximy co do oferowania testów jakościowych w miejsce ilościowych. Trudno w takiej sytuacji mówić o równości traktowania, proporcjonalności środków czy zachowaniu uczciwej konkurencji.

Przed wszystkim jednak postępowanie nie zostało przygotowane i przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy.

Jedynie na marginesie należy wskazać, że przedmiotem Postępowania są między innymi testy na obecność SARS-CoV-2, co w świetle nadchodzącej (lub trwającej) czwartej fali epidemii, powinno motywować Zamawiającego do postępowania szybkiego, a przede wszystkim skrupulatnego i dokładnego, jeśli epidemię ma się udać kiedykolwiek pokonać.

Na podstawie pełnomocnictwa
Ariana Chełminiak

Załączniki:

1. *KRSy Odwołującego,*
2. *pełnomocnictwo podpisującego,*
3. *potwierdzenie dokonania przelewu kwoty opłaty skarbowej w wysokości 17 zł,*
4. *potwierdzenie dokonania przelewu kwoty wpisu w wysokości 7.500,00 zł,*
5. *potwierdzenie przesłania odpisu niniejszego odwołania Zamawiającemu,*
6. *wydruk z platformy internetowej zamawiającego oraz pismo informujące o wyborze,*
7. *wyciąg z oferty BioMaxima,*
8. *wyciąg z oferty Odwołującego,*
9. *Ogłoszenie o zamówieniu,*
10. *Specyfikacja warunków zamówienia,*
11. *Odpowiedź nr 1 z dnia 28.09 2021 r.,*
12. *Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia,*
13. *Informacja z otwarcia ofert,*
14. *Pismo Zamawiającego z 13.10.2021 r.,*
15. *Odpowiedź na wezwanie z dnia 14.10.2021 r.,*
16. *Pismo Zamawiającego z dnia 19.10.2021 r.,*
17. *Odpowiedź na wezwanie z dnia 19.10.2021 r.,*
18. *Prośbą Zamawiającego z 26.10.2021 r.,*
19. *Przedłużenie terminu z 26.10.2021 r.,*
20. *Pismo Zamawiającego z dnia 10.11.2021 r.*
21. *ulotka YHLO Biotech C86109 - iFlash-2019-nCoV Nab (nr katalogowy C86109): z wyraźnym zaznaczeniem, że jest to test jakościowy – źródło: [STRONA INTERENTOWA],*
22. *instrukcja testu YHLO Biotech C86109 - iFlash-2019-nCoV Nab (nr katalogowy C86109): choć w przeznaczeniu test (sekcja Intended use) wskazane jest, iż jest to test ilościowy, informacje znajdujące się w dalszej części dokumentu temu przeczą, z sekcji Interpretacja wyniku (Interpretation on results) jednoznacznie wynika, iż jest to test jakościowy – źródło: [STRONA INTERENTOWA],*
23. *ulotka testu SARS-CoV-2 IgM (nr katalogowy: C86095M) z wyraźnym zaznaczeniem, że jest to test jakościowy,*
24. *ulotka iFlash-Troponin-I (nr katalogowy C89243),*
25. *Charakterystyka sprzętowa komputera - <https://www.x-kom.pl/p/593240-desktop-dell-vostro-3681-sff-i5-10400-8gb-5121tb-win10p.html>,*
26. *Charakterystyka sprzętowa monitora LCD - <https://www.x-kom.pl/p/583697-monitor-led-24-benq-gl2480e-czarny.html>,*
27. *Charakterystyka sprzętowa - https://drukson.pl/drukarki-/9221-drukarka-laserowa-hp-laserjet-pro-m404dn-w1a53a-192018902855.html?utm_source=ceneov1&utm_medium=pricewars2&utm_campaign=drukarka-laserowa-hp-laserjet-pro-m404dn-w1a53a.*