

Warszawa, dnia 28 marca 2022 r.

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

**Zamawiający: Zespół Opieki Zdrowotnej w Lidzbarku
Warmińskim**
ul. Kardynała Stefana Wyszyńskiego 37
11-100 Lidzbark Warmiński
e-mail: zamowienia.publiczne@zozlw.pl

Odwołujący: Grifols Polska Sp. z o.o.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
zastępowany przez:
adwokata Jana Rolińskiego
radcę prawnego Piotra Wojdaka
WKB Wierciński, Kwieciński, Baehr sp. k.
pl. Małachowskiego 2, 00-066 Warszawa
tel.: 22 201 00 00, faks: 22 201 00 99
e-mail: piotr.wojdak@wkb.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa odczynników laboratoryjnych wraz z dzierżawą analizatorów do Medycznego Laboratorium Diagnostycznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Lidzbarku Warmińskim”, nr ref.: ZOZ.V.260-8/ZP/22, ogłoszenie o zamówieniu publicznym zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 stycznia 2022 r. pod nr. 2022/BZP 00027659/01

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy **Grifols Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej jako „**Odwołujący**” lub „**Grifols**”), w oparciu o załączone pełnomocnictwo, na podstawie art. 513 pkt. 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 19 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej jako „**PZP**”), wnoszę odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego **Zespołu Opieki Zdrowotnej w Lidzbarku Warmińskim** (dalej jako „**Zamawiający**”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Dostawa odczynników laboratoryjnych wraz z dzierżawą analizatorów do Medycznego Laboratorium*



Diagnostycznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Lidzbarku Warmińskim”, nr postępowania ZOZ.V.260-8/ZP/22, w zakresie części 10 (dalej jako „**Postępowanie**”), tj. wobec:

- 1) odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
- 2) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, spośród ofert złożonych w Postępowaniu, i błędnego wyboru oferty złożonej przez DiaHem AG Diagnostic Products (dalej jako „**DiaHem**”);

oraz, lecz jedynie z ostrożności i na wypadek uznania, że treść oferty Odwołującego mogła budzić wątpliwości odnośnie zgodności z treścią SWZ, również wobec:

- 3) zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanych elementów zestawu do badań.

Wobec powyższego zarzucam Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) **art. 226 § 1 pkt 5 w zw. art. 266 PZP** poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia, w tym zakresie wymogów dotyczących dostaw sprzętu i jego producentów;
- 2) **art. 253 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. art. 266 PZP** poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego i wybór oferty DiaHem jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy powinna być zostać sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert;

oraz, lecz jedynie z ostrożności i na wypadek uznania, że treść oferty Odwołującego mogła budzić wątpliwości odnośnie zgodności z treścią SWZ, również wobec:

- 4) **art. 223 ust. 1 w zw. z art. 266 PZP** poprzez zaniechanie wezwania zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanych elementów zestawu do badań, ich funkcjonalności i producentów.

W związku z powyższym wnoszę o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 554 ust. 3 pkt 1 PZP:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. dokonania ponownego wyboru ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów



postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący jest wykonawcą, który spełnia warunki udziału w Postępowaniu i nie podlega wykluczeniu w Postępowaniu, zaś złożona przez niego oferta powinna zostać sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert w świetle przyjętych kryteriów ich oceny.

Natomiast w wyniku bezzasadnego odrzucenia jego oferty i wyboru oferty DiaHem (która powinna być sklasyfikowana na drugim miejscu) Odwołujący utraci szansę na uzyskanie zamówienia.

Powyższe przesądza, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu udzielanego obecnie zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, polegającą na nieuzyskaniu tego zamówienia.

Wpływ naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP na wynik Postępowania

Naruszenie zarzuczanych wyżej przepisów PZP miało bezpośredni wpływ na wynik Postępowania, bowiem doprowadziło do odrzucenia oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty, która powinna zostać sklasyfikowana na dalszym miejscu w rankingu ofert.

Termin na wniesienie odwołania

Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wynikach Postępowania, w tym o odrzuceniu jego oferty, w dniu 23 marca br., wobec czego odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie określonym w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP.

Uzasadnienie

1. Przedmiotem części 10 zamówienia udzielanego w ramach Postępowania jest dostawa odczynników do badań serologicznych wraz z dostawą systemu do oznaczeń serologicznych mikrometodą kolumnowo-żelową (dzierzawy urządzenia do wykonywania tych badań).
2. W przypadku części 10, na realizację której Odwołujący złożył ofertę, opis przedmiotu zamówienia został określony w Załączniku nr 1 do SWZ – „Formularz cenowy” oraz Załączniku nr 4 do SWZ – „Tabela nr 3 – System do oznaczeń serologicznych mikrometodą kolumnowo-żelową – wymagania” (dalej jako „**Wymagania**”).



3. Zamawiający w pkt. 8 Wymagań zastrzegł następujący wymóg: „*Wymagane jest, aby odczynniki były gotowe do użycia (krwinki wzorcowe zawieszane w odczynniku o niskiej sile jonowej – poniżej 1% i pochodziły od jednego producenta (tego samego co oferowany sprzęt), a karty wypełnione nieprzelewającym podłożem separującym*”.
4. Wymóg *jednego producenta* jest uzasadniony tym, że wykorzystywane do badań odczynniki w postaci mikrokart muszą być kompatybilne z urządzeniem, w którym jest realizowane badanie. Wówczas proces wirowania i inkubacji odczynnika przebiega prawidłowo, zaś otrzymany wynik badania próbki może być uznany za wiarygodny. Jednakże w przypadku urządzeń takich jak pipeta, końcówki do pipety czy dozownik kwestia ta pozostaje bez znaczenia, bowiem urządzenia te służą jedynie do pobrania odpowiedniej ilości odczynnika, ale już nie uczestniczą w dalszym procesie badania próbki.
5. Dlatego dwa z pytań wykonawców dotyczyły właśnie kwestii tożsamości producenta w odniesieniu do elementów służących do pobierania czy dozowania odczynników. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 18 zawartej w wyjaśnieniach do SWZ z 31 stycznia br. wskazał, że: „*wszystkie oferowane karty, krwinki, kontrole (z wyłączeniem kontroli zewnątrzlaboratoryjnej) i sprzęt (z wyłączeniem pipet, końcówek do pipet oraz nakłuwaczy drenów) muszą pochodzić od tego samego producenta*”. Z kolei odpowiedź na analogiczne pytanie nr 31 (udzielona w dniu 2 lutego br.) odsyłała do wyżej zacytowanej odpowiedzi.
6. Dzięki tym wyjaśnieniom możliwe było zaoferowanie większej liczby rozwiązań (pochodzących od różnych producentów), co niewątpliwie przełożyło się na większą konkurencyjność postępowania – a jednocześnie pozwoliło Zamawiającemu osiągnąć cel opisany w pkt. 4 powyżej.
7. Co jednak istotne, zarówno w treści SWZ, jak i później udzielonych wyjaśnień, nie przedstawiono definicji sprzętu, czy też bardziej sprecyzowanych wymagań co do jego cech, w tym odnośnie poszczególnych elementów, które się na niego składają. Tym samym zapewniono wykonawcom odpowiednią swobodę w doborze oferowanych urządzeń. W przypadku jednak, gdy Zamawiający – w udzielonych wyjaśnieniach – dopuścił możliwość zaoferowania elementów systemu od różnych producentów, konieczne stało się funkcjonalne spojrzenie na wymagania dotyczące takich elementów, jak pipety czy dozowniki.
8. Wyjaśnić bowiem należy, że na rynku dostępne są różne rozwiązania w zakresie konstrukcji i funkcjonowania zestawów do badań serologicznych. Niektóre z nich zakładają, że każdy z elementów, tj. wirówka, dozownik, pipety, są od siebie niezależne. **Jednocześnie spotykane są rozwiązania, takie jak przyjęte w ofercie Odwołującego, w których dany**



element odgrywa podwójną rolę, tj. jest pipetą, która również może pełnić funkcję dozownika (pozwala odmierzyć odpowiednią ilość odczynnika do badania). Ponieważ Zamawiający nie wykluczył takiego rozwiązania, zatem niewątpliwie dopuszczalne było jego zaoferowanie.

9. Łączenie w jednym elemencie funkcji pipety i dozownika jest powszechnie znane i stosowane. **Skoro rozwiązanie polegające na połączeniu obu tych funkcji było dopuszczalne, tj. możliwe było zaoferowanie pipety posiadającej wszystkie wymagane funkcjonalności dozownika, a jednocześnie pipeta zgodnie z wyjaśnieniami treści SWZ mogła pochodzić od innego producenta, zatem zaoferowanie przez Grifols pipety (pełniącej funkcję dozownika) było w pełni dopuszczalne w świetle udzielonych wyjaśnień.**
10. Natomiast argumenty przedstawione w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego byłyby aktualne jedynie wówczas, gdyby jego oferta przewidywała dostawę dozownika – innego niż pipeta – pochodzącego od innego producenta, co jednak w przypadku oferty Grifols bezsprzecznie nie miało miejsca. W rezultacie Zamawiający niezasadnie odrzucił ofertę Odwołującego w sytuacji, gdy była ona zgodna z treścią SWZ i udzielonymi wyjaśnieniami.
11. Nawet bowiem gdyby przyjąć, że treść specyfikacji była w omawianym zakresie nieprecyzyjna, to zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej tego rodzaju rozbieżności należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy i złożonej przez niego oferty¹, której odrzucenie powinno być ostatecznością, poprzedzoną wezwaniem do udzielenia stosownych wyjaśnień² – czego również zabrakło w czynnościach Zamawiającego wobec oferty Grifols.

Wobec powyższego wnosimy jak na wstępie.

Jan Roliński
adwokat

Piotr A. Wojdak
radca prawny

¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 września 2021 r., KIO 2359/21

² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2018 r., KIO 2503/18: „W sytuacji, gdy zamawiający ma wątpliwości co do zgodności treści oferty z treścią SIWZ, może zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [obecnie art. 223 ust. 1 PZP – przyp. własny] wyjaśnić treść oferty, oczekiwać potwierdzenia spełnienia parametrów, czy też zażądać materiałów, potwierdzających zgodność z wymaganiami SIWZ. **Zaniechanie dokonania czynności wyjaśnienia stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych publicznych [obecnie: art. 223 ust. 1 PZP – przyp. własny], gdy zamawiający odrzuci ofertę odwołującego, nie mając jednoznacznego potwierdzenia, że oferta odwołującego jest niezgodna z wymaganiami SIWZ**”.



Załączniki:

1. Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. Odpis z KRS Odwołującego;
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
4. Dowód przesłania Zamawiającemu kopii odwołania wraz z załącznikami.