

WYROK
z dnia 22 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2021 roku przez wykonawcę **Bioanalytic Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie**

przy udziale: wykonawcy **Polygen Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie części zarzutu opisanego w punkcie 3 odwołania w zakresie dotyczącym wprowadzenia wymogu odnoszącego się do konkretnego producenta i jego instrukcji.
2. Uwzględni odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu - **Uniwersyteckiemu Szpitalowi Dziecięcemu w Krakowie:**
 - 2.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
 - 2.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
 - 2.3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Polygen Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawcę **Bioanalytic Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, tytułem wpisu od odwołania;

- 3.2. zasądza od wykonawcy **Polygen Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach** na rzecz odwołującego **Bioanalytic Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** kwotę **9 802,50 zł** (słownie: dziewięć tysięcy osiemset dwa złote pięćdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Uniwersytecki Szpital Dziecięcy w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na realizację zadania pn: „Dostawa odczynników i materiałów kontrolnych do oznaczeń katecholamin i ich pochodnych oraz witaminy 25(OH)D3 metodą HPLC” na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, z późn. zm.) – zwanej dalej: „ustawą Pzp”.

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 11 sierpnia 2021 roku pod numerem: 2021/BZP 00145318/01.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 6 października 2021 roku wykonawca Bioanalytic Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań czynności Zamawiającego, a polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Polygen Sp. z o.o.;
- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 3) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 4) zaniechaniu i pominięciu wyjaśnień Odwołującego co skutkowało odrzuceniem jego oferty;
- 5) prowadzeniu postępowania przez Zamawiającego z rażącym naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie wadliwej czynności i przeświadczenia Zamawiającego o niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w zakresie spełnienia wymagania, iż ilość surowicy wymagana do oznaczenia witaminy D ma być nie większa niż 400 µl, podczas gdy oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia oraz spełnia powyższy wymóg, co Odwołujący wykazał w postępowaniu w tym na podstawie dowodów przedłożonych w efekcie wyjaśnień,
- 2) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez podejmowanie przez Zamawiającego czynności w postępowaniu, które naruszają zasadę równego

traktowania wykonawców oraz zasadę zachowania uczciwej konkurencji poprzez uznanie, że Odwołujący, składając wyjaśnienia, nie dostarczył protokołu walidacji dla przedstawionej metody oznaczania witaminy D2/D3, podczas gdy Zamawiający nie żądał w swoich wezwaniach protokołu walidacji a dostarczenia dowodów, co skutkowało nieuwzględnieniem wyjaśnień i odrzuceniem oferty Odwołującego,

- 3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego oraz wprowadzenia wymogu odnoszącego się do konkretnego producenta i jego instrukcji.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto, wnosił o:

- 1) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty szczegółowo opisane w uzasadnieniu;
- 2) obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił co następuje.

1. Uzasadnienie zarzutu nr 1 dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wyjaśnił, iż zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ do postępowania Zamawiający wskazał: „*WYMAGANIA: 1) Ilość surowicy wymagana do oznaczenia witaminy D powinna być nie większa niż 400 µl.*”, które to jego oferta spełnia.

Zamawiający wezwał go do wyjaśnień oraz przedstawienia stosownych dowodów w zakresie jednego z zaoferowanych produktów, tj. określonego w pkt 9 załącznika nr 3 do SWZ – Zestawu do 25-(OH) D2/D3, wskazując, iż z ogólnodostępnej, przedstawionej przez producenta procedury przeprowadzenia testu ilość materiału potrzebnego do wykonania analizy to 500 µl. Odwołujący podkreślił przy tym, że Zamawiający nie określił jaki dowód ma dostarczyć Odwołujący, a co więcej nie wskazał, że musi być to protokół walidacji (stosowany tylko przed urzędami rejestracyjnymi w postępowaniu rejestrowym) oraz nie wskazał jakie stężenia witaminy D3 mają zostać przedstawione. Wobec czego Odwołujący mógł przedstawić dowolny dowód wynikający z obowiązujących standardów

w branży. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Odwołujący przesłał oficjalny dokument producenta wraz z tłumaczeniem, w którym producent oświadczył, iż do oznaczeń witaminy D3/D2 w surowicy można użyć mniejszej objętości surowicy niż 500 µl uzupełniając próbkę do 500 µl za pomocą wody destylowanej. Z pisma producenta wynika m.in., iż „wyniki dla zmodyfikowanego przygotowania próbki z użyciem 400 µl próbki i 100 µl wody są porównywalne do wyników normalnego przygotowania próbki w odpowiednim zakresie stężenia. Dokładność i precyzja są dopuszczalne”. Następnie Zamawiający zobowiązał Odwołującego do ponownego dostarczenia dowodów tym razem „w procesie walidacji”. W odpowiedzi Odwołujący dostarczył informacje potwierdzające (dowody), że można oznaczyć witaminę D2/D3 w mniejszej objętości próbki. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie sprecyzował jakie konkretnie dowody w procesie walidacji uzna za przemawiające, dlatego też Odwołujący przedstawił takie informacje i dowody, które jego zdaniem udowadniają skuteczność metody, w tym pismo pochodzące od producenta, zgodnie z którym można oznaczać witaminę D2/D3 w mniejszej objętości niż podana w instrukcji 500 µl surowicy/osocza. W takim przypadku należy uzupełnić brakującą objętość za pomocą wody destylowanej, aby procedura przygotowania próbki rozpoczynała się z próbką o objętości 500 µl. Na końcu stężenia witaminy D3/D2 (µg/l), z uwzględnieniem możliwych współczynników rozcieńczenia, oblicza się automatycznie lub, w przypadku gdy konieczne jest zrobienie tego w sposób manualny, należy przestrzegać specyfikacji zawartej w załączniku II do Instrukcji Obsługi Chromsystems (IFU 38038). Odwołujący wskazał, że przedstawił ocenę parametrów Precyzji i Dokładności, ponieważ w jego ocenie są to najlepsze wielkości charakteryzujące metodę analityczną pod kątem poprawności ilościowego wyniku analitycznego.

Odwołujący zauważył, że nie jest prawidłowe używanie przez Zamawiającego sformułowania „w warunkach powtarzalności czy odtwarzalności”. Wyniki dokładności i precyzji podawane są zawsze dla konkretnych wartości stężeń nie dla zakresu stężeń. Odwołujący wybrał konkretne stężenia 30 µg/l (mikrogramów/litr) oraz 60 µg/l (mikrogramów/litr), ponieważ mieszczą się w zakresie wartości referencyjnych niedoboru oraz prawidłowego stężenia witaminy w badanej matrycy biologicznej. Zamawiający w swoim wezwaniu nie wskazał natomiast jakie stężenie ma obrać Odwołujący, a tym samym dowód przedstawiony przez Odwołującego – od producenta – powinien być wystarczający dla Zamawiającego i nie skutkować odrzuceniem oferty. Ponadto podano w jaki sposób były przeprowadzone badania: „according 38038 IFU”, czyli zgodnie z „Instrukcją Obsługi” zestawu odczynnikowego o numerze katalogowym 38038, która to Instrukcja jest znana Zamawiającemu (na nią się powoływał w piśmie z 20.09.2021 r.). Zdaniem Odwołującego, powyższe oznacza, że Zamawiający posiadał dokumenty dotyczące wyników walidacji,

a Odwołujący przedstawił dodatkowe dowody poniekąd stanowiące dodatkowe wyjaśnienie do posiadanej przez Zamawiającego dokumentacji walidacji. Odwołujący podkreślił, iż standardem jest publikowanie wyników uzyskanych podczas walidacji. Natomiast tylko przy rejestracji produktów farmaceutycznych przedstawia się pełne protokoły walidacji, a Zamawiający był w posiadaniu stosownej instrukcji. Wyjaśnił też, że sprawdził dla dwóch wartości 30 µg/l i 60 µg/l – modelowe roztwory. Ponadto Odwołujący wskazał, że w tabeli zawartej w piśmie producenta załączonym jako dowód do swojego pisma zawarł wyniki zarówno dla witaminy D3 jak i D2, dlatego niezrozumiały jest zarzut Zamawiającego, że „Nie ma żadnych dowodów, że wyniki będą porównywalne dla witaminy D2 w próbce rozcieńczonej”.

Reasumując swoje stanowisko w powyższym zakresie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie podał czego oczekuje od Odwołującego i dla jakich stężeń, w związku z czym Odwołujący przedstawił dowody wg standardów. Wobec braku precyzji w wezwaniach Zamawiającego, Odwołujący przedstawił modelowe wartości i udokumentował je dowodami pochodzącymi od producenta zestawów odczynnikowych.

Odwołujący udowodnił, że jego oferta jest zgodna z SWZ za pomocą złożonych terminowo wyjaśnień popartych dowodami od producenta zestawów odczynnikowych, a tym samym czynność Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp powinna zostać unieważniona jako wadliwa.

2. Uzasadnienie zarzutu nr 2 dot. naruszenia art. 223 ust. 1 i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podnosił, że składając wyjaśnienia kierował się zakresem podanym w pismach Zamawiającego, które zakładały dowolność w zakresie dowodów i wyjaśnień, a tym samym nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z braku precyzji wezwań Zamawiającego. W tym zakresie powołał się na następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2098/16; z dnia 24 czerwca 2019 r., sygn. akt: KIO 1053/19; z dnia 13 czerwca 2019 r., sygn. akt: KIO 985/19.

3. Uzasadnienie zarzutu nr 3 dot. naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazywał, że przy ocenie ofert Zamawiający powinien zapewnić uczciwą konkurencję, m.in. poprzez sprawdzenie, czy składana oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo czy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podkreślił, że obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu spoczywa na Zamawiającym, a nie na wykonawcach. Powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 2734/14, a także na komentarz Urzędu Zamówień Publicznych do nowego Pzp, w którym wskazano na: „konieczność eliminacji z opisu

przedmiotu zamówienia wszelkich sformułowań, które mogłyby wskazywać na konkretnego wykonawcę bądź też które eliminowałyby konkretnych wykonawców, uniemożliwiając im złożenie oferty, lub powodowałyby sytuację, w której jeden z zainteresowanych wykonawców byłby bardziej uprzywilejowany od pozostałych. Nie jest dopuszczalne opisywanie przedmiotu zamówienia na podstawie katalogów jednego producenta, opis taki bowiem narusza zasadę konkurencyjności i równego dostępu do zamówienia”.

W ocenie Odwołującego wymóg Zamawiającego dot. 400 µl odnosi się do instrukcji producenta, którego produkty oferuje Polygen Sp. z o.o.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Zamawiający w dniu 7 października 2021 roku zamieścił na swojej platformie zakupowej zawiadomienie o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią.

W dniu 8 października 2021 roku wykonawca Polygen Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (zwany dalej: „Przystępującym”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Jednocześnie w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego Przystępujący oświadczył, iż wnosi sprzeciw na podstawie art. 523 w zw. z art. 508 ustawy Pzp w sytuacji, gdyby Zamawiający uznał w całości lub w części zarzuty odwołania.

Izba ustaliła, że zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego ww. wykonawcy spełnia wymogi określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym wykonawca ten stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 20 października 2021 roku Zamawiający przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni w całości zarzuty nr 1 i 2 odwołania, a także w części zarzut nr 3 odwołania.

W dniu 21 października 2021 roku Odwołujący przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo, w którym oświadczył, iż cofa zarzut nr 3 w części nie uwzględnionej przez Zamawiającego, tj. w zakresie dotyczącym wprowadzenia wymogu odnoszącego się do konkretnego producenta i jego instrukcji.

Mając na uwadze okoliczność, że Przystępujący w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 8 października 2021 roku oświadczył, iż wnosi sprzeciw na podstawie art. 523 w zw. z art. 508 ustawy Pzp w sytuacji, gdyby Zamawiający uznał w całości lub w części zarzuty odwołania, Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie zarzuty odwołania w części uwzględnionej przez Zamawiającego, pomimo braku obecności pełnomocnika Przystępującego na wyznaczonym terminie posiedzenia/rozprawy (przy czym Izba ustaliła, że o terminie

i miejscu posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego Przystępujący został prawidłowo powiadomiony).

Natomiast w zakresie części zarzutu nr 3, w jakim nie został on uwzględniony przez Zamawiającego, a Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania w tym zakresie, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 522 ust. 4 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 22 października 2021 roku, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej zwanej: „SWZ”), korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z Odwołującym, zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego oraz protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w odwołaniu, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, piśmie Przystępującego oraz stanowisko Odwołującego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 22 października 2021 roku.

Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników i materiałów kontrolnych do oznaczeń katecholamin i ich pochodnych oraz witaminy 25(OH)D3 metodą HPLC.

W załączniku nr 3 do SWZ *Kalkulacja cenowa – Opis Przedmiotu Zamówienia* w pkt 9 tabeli Zamawiający wskazał, że wymaga dostarczenia 120 zestawów do 25-(OH) D2/D3. Jednocześnie pod tabelą opisał wymaganie, aby:

„WYMAGANIA:

1) *Ilość surowicy wymagana do oznaczenia witaminy D powinna być nie większa niż 400 µl.*”.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2021 roku Zamawiający – na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp - zwrócił się do Odwołującego o: *„wyjaśnienie rozbieżności między treścią formularza cenowego (załącznik nr 3 do SWZ) poz. 9 – Zestaw do 25-(OH) D2/D3, a ogólnodostępną, przedstawioną przez producenta procedury przeprowadzenia w/w testu ilość materiału potrzebnego do wykonania analizy to 500 µl. Wymaganiem Zamawiającego zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ objętość ta nie może być większa niż 400 µl. W związku z powyższym Zamawiający prosi o wyjaśnienie oraz przedstawienie stosownych dowodów”.*

W odpowiedzi Odwołujący przekazał oficjalny dokument producenta wraz z tłumaczeniem, w którym producent oświadczył, że do oznaczeń witaminy D3/D2 w surowicy można użyć mniejszej objętości krwi niż 500 µl uzupełniając próbkę do 500 µl za pomocą wody destylowanej.

Ponadto w dniu 20 września 2021 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego – na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp – o: *„dostarczenie dowodów w procesie walidacji potwierdzających, że można oznaczać witaminę D2/D3 w mniejszej objętości niż podana w instrukcji 500 µl surowicy/osocza”.*

W odpowiedzi Odwołujący przedłożył oficjalny dokument producenta potwierdzający, że można oznaczać witaminę D2/D3 w mniejszej objętości niż podana w instrukcji 500 µl surowicy/osocza.

W dniu 1 października 2021 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty wykonawcy Polygen Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że: *„Oferta nie spełnia wymagań „Ilość surowicy wymagana do oznaczenia witaminy D powinna być nie większa niż 400 µl”.*

Firma nie dostarczyła protokołu walidacji dla przedstawionej metody oznaczania witaminy D₂/D₃ z objętości materiału 400 µl w całym zakresie stężeń dla proponowanej metody. Została przedstawiona jedynie możliwość wykonywania oznaczeń w próbce rozcieńczonej do objętości 500 µl dla określonych stężeń. Otrzymano tylko ocenę precyzji i dokładności dla dwóch poziomów stężeń w rozcieńczonych próbkach, nie wiadomo nawet, czy była to ocena precyzji w warunkach powtarzalności, czy odtwarzalności, oraz jak została określona wartość rzeczywista (target value). Jako podsumowanie i wnioski podano, że „Wyniki dla zmodyfikowanego przygotowania próbki z użyciem 400 µl próbki i 100 µl wody są porównywalne do wyników normalnego przygotowania próbki w odpowiednim zakresie stężenia. Dokładność i precyzja są dopuszczalne”. Można stąd wnioskować, że tylko dla stężenia witaminy D₃ 30 µl i 60 µl w surowicy wyniki są porównywalne w próbce wykonanej z 500 µl oraz 400 µl. Nie ma żadnych dowodów, że wyniki będą porównywalne dla witaminy D₂ w próbce rozcieńczonej”.

Na powyższą czynność Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 6 października 2021 roku.

Izba zważyła co następuje:

Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów, które podlegały rozpoznaniu na rozprawie, tj. w zakresie zarzutów nr 1, 2 i części zarzutu nr 3 odwołania (w zakresie w jakim Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania).

Natomiast wobec złożenia oświadczenia przez Odwołującego o cofnięciu zarzutu nr 3 odwołania w zakresie dotyczącym wprowadzenia wymogu odnoszącego się do konkretnego producenta i jego instrukcji, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie (pkt 1 sentencji wyroku).

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

Stosownie do 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 jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Izba podzieliła argumentację przedstawioną przez Odwołującego.

W pierwszej kolejności należy podkreślić, że w ocenie Izby Odwołujący zadośćuczynił wezwaniom Zamawiającego do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów, potwierdzając, że ilość surowicy wymagana do oznaczenia witaminy D jest nie większa niż 400 µl w oferowanych przez niego zestawach do 25-(OH) D₂/D₃). Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego i pism producenta tychże zestawów wynika, że do oznaczeń witaminy D w surowicy można użyć mniejszej objętości krwi niż 500 µl (także 400 µl i mniej) uzupełniając próbkę do 500 µl za pomocą wody destylowanej. Słusznie wskazywał Odwołujący, powołując się przy tym na szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, że nie może ponosić negatywnych konsekwencji wynikających z braku precyzji wezwań Zamawiającego. Tymczasem Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego odnosił się do kwestii, które uprzednio nie były objęte zakresem wezwań.

Jedną z kwestii podnoszoną przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego było to, że *„Firma nie dostarczyła protokołu walidacji dla przedstawionej metody oznaczania witaminy D₂/D₃ z objętości materiału 400 µl w całym zakresie stężeń dla proponowanej metody”*.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że Zamawiający w wezwaniach nie żądał dostarczenia protokołów walidacji. W pierwszym z wezwań była mowa tylko o: *„stosownych dowodach”*. W drugim z wezwań Zamawiający już żądał *„dostarczenia dowodów w procesie walidacji”*, ale wciąż nie sprecyzował, że chodzi o *„protokół walidacji”*. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego, w braku twierdzeń przeciwnych, że pojęć: *„protokół walidacji”* i *„dowody w procesie walidacji”* nie należy utożsamiać. Są to odrębne pojęcia, przy czym *„dowody w procesie walidacji”* jest pojęciem szerszym znaczeniowo i obejmuje swoim zakresem *„protokół walidacji”*, który jest stosowany przed urzędami rejestracyjnymi w postępowaniu rejestrowym. Słusznie wskazywał Odwołujący, że gdyby Zamawiający w inny sposób sformułował swoje wezwanie, to inna być może byłaby odpowiedź jego jako wykonawcy. Tymczasem dowody dostarczone przez Odwołującego, pochodzące od producenta, według jego wyjaśnień, są używane w procesie walidacji i potwierdzają, że do oznaczeń witaminy D w surowicy można użyć mniejszej objętości krwi niż 500 µl.

Ponadto, niezasadne jest odwoływanie się przez Zamawiającego, że Odwołujący nie dostarczył dowodów dla przedstawionej metody oznaczania witaminy D₂/D₃ z objętości

materiału 400 µl w całym zakresie stężeń dla proponowanej metody, a tylko możliwość wykonywania oznaczeń w próbce rozcieńczonej do objętości 500 µl dla określonych stężeń.

Zamawiający bowiem w swoich wezwaniach w ogóle nie określił dla jakich stężeń (dla jakiego zakresu) wykonawca ma przedłożyć informacje i dowody. Oczekiwał jedynie potwierdzenia, że jest spełnione wymaganie, iż: „*można oznaczać witaminę D₂/D₃ w mniejszej objętości niż podana w instrukcji 500 µl surowicy/osocza*”. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości czy proponowana przez Odwołującego metoda oznaczania witaminy D₂/D₃ z objętości materiału 400 µl obejmuje określone stężenia powinien ewentualnie w tym zakresie prowadzić dalsze postępowanie wyjaśniające, nie zaś podejmować decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy.

Co do stwierdzenia, że „*Nie ma żadnych dowodów, że wyniki będą porównywalne dla witaminy D₂ w próbce rozcieńczonej*”, to słusznie wskazywał Odwołujący, że załączony przez niego dowód do wyjaśnień obejmuje również wyniki badań dla oznaczeń witaminy D₂.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty nr 1 i 2 odwołania oraz zarzut nr 3 w części w jakiej został skierowany do rozpoznania na rozprawie.

W konsekwencji Izba uwzględniła odwołanie w powyższym zakresie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 9 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie części zarzutu nr 3 odwołania oraz uwzględnienia odwołania w pozostałej części zarzutów, biorąc pod uwagę powyżej powołane przepisy ustawy Pzp i rozporządzenia, Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od wykonawcy wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez Zamawiającego, tj. wykonawcy Polygen Sp. z o.o. na rzecz Odwołującego kwotę 9 802,50 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (7 500,00 zł) wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego (w wysokości 2 152,50 zł brutto) oraz z tytułu dojazdu na wyznaczone posiedzenie (w wysokości 150 zł), na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący: