

**WYROK**

**z dnia 20 kwietnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolantka: Klaudia Kwadrans**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę **DIAG-MED G. K., ul. Modularna 11a bud. H3, 02-238 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach, ul. Poniatowskiego 15, 40-055 Katowice**

przy udziale wykonawcy **bioMérieux Polska Sp. z o.o., ul. Generała Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie.
  
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę i wykonawcę **DIAG-MED G.K., ul. Modularna 11a bud. H3, 02-238 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **DIAG-MED G. K., ul. Modularna 11a bud. H3, 02-238 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.1. zasądza od wykonawcy **DIAG-MED G. K., ul. Modularna 11a bud. H3, 02-238 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą zwrot poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący .....

**Sygn. akt: 926/23**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach ul. Poniańskiego 15, 40-055, Katowice prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pod nazwą: „Dostawa urządzeń na rzecz Zamawiającego”. Znak sprawy: RZP/PN/109/22

Pakiet nr 1 – System spektrometrii masowej do identyfikacji drobnoustrojów – 1 szt. System do ilościowej i jakościowej oceny drobnoustrojów – 1 szt.

Ogłoszenie opublikowano w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich, Dz.U./S S201 18/10/2022571265-2022-PL

Odwołujący: Diag – Med G. K. z/s w Warszawie, wniósł dnia 3 kwietnia 2023 r., odwołanie od czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty nie przedstawiającej najkorzystniejszego bilansu kryteriów oceny oferty oraz podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wobec powyższego zarzucił Zamawiającemu naruszenie

1. Art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w następstwie zaniechania czynności odrzucenia oferty i dokonania jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej.
2. Art. 17 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy
3. Art. 204 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia;
4. Art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty firmy bioMerieux Polska Sp. z o.o. gdyż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;

Wskazując na powyższe wnosi o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach Pakietu nr 1, dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem informacji podanych przez w dalszej treści Odwołania, dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przedstawiającej najkorzystniejszy bilans kryteriów spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie zinterpretował we właściwy sposób informacji przedstawianych przez firmę bioMerieux Polska Sp. z o.o. zarówno w treści złożonej oferty jak i na etapie wyjaśniania jej zakresu, a które powinny skutkować innym bilansem kryteriów oceny ofert lub odrzuceniem oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Na powyższe twierdzenie składają się dwa argumenty, które Odwołujący przedstawia poniżej:

#### Pierwszy argument

Zamawiający wymagał od Wykonawców zaoferowania urządzeń, spełniających wymagane parametry techniczne, opisane treścią Załącznika nr 2.1 do SWZ. Zamawiający opisał zarówno parametry wymagane jak i podlegające ocenie dla systemu spektrometrii masowej do identyfikacji drobnoustrojów techniką MALDI-TOF (I) i dla systemu do ilościowej i jakościowej oceny drobnoustrojów (II). W treści punkt nr 27 dla systemu spektrometrii masowej do identyfikacji drobnoustrojów techniką MALDI-TOF Zamawiający przyznawał dodatkowe punkty dla systemu, w którym jest wymagana kalibracja płytki. Zarówno Odwołujący jak i bioMerieux Polska Sp. z o.o. uzyskali maksymalną punktację za powyższy parametr:

|                               |       |   |   |
|-------------------------------|-------|---|---|
| 27 Wymagana kalibracja płytki | 2 pkt | 2 | 2 |
|-------------------------------|-------|---|---|

Na uwagę zasługuje fakt, iż 24 listopada 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi:

#### **Pytanie 27:**

Pkt 26. Czy Zamawiający wymaga aby kalibracja płytki była wykonana za pomocą gotowego do użycia zestawu kalibracyjnego, bez konieczności hodowli szczepu wzorcowego?

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający informuje, że uzna za spełniony punkt 26 specyfikacji w przypadku, gdy zaoferowany aparat umożliwi kalibrację płytki za pomocą gotowego do użycia zestawu kalibracyjnego, bez konieczności hodowli szczepu wzorcowego.

Uwzględniając odpowiedź firma bioMerieux Polska Sp. z o.o. nie powinna otrzymać punktacji za opisany parametr, gdyż zgodnie z informacjami przedstawionymi w dokumencie VITEK MS PRIME OPIS APARATU 2022 SUM który został złożony wraz z ofertą, do kalibracji płytek konieczna jest hodowla szczepu wzorcowego Escherichia coli ATCC®8739, co wynika ze wskazania niezbędnych odczynników i materiałów dodatkowych:

W związku z powyższym punktacja przyznana przez Zamawiającego nie powinna uwzględniać 2 punktów za wymaganą kalibrację płytek, gdyż odbywa się ona przy wykorzystaniu metody, którą Zamawiający uznał na etapie zadawania pytań w odpowiedzi nr 27 za jednoznacznie niespełniającą wymogu, zapisanego w pkt 26. Punktacja przyznana firmie bioMerieux Polska powinna zostać obniżona o 2 punkty i finalnie wynosić 86 punktów w ogólnej ocenie bilansu kryteriów, co również powinno skutkować zmianą pozycji oferty

Wykonawcy w klasyfikacji ofert w ramach Pakietu 1 z pierwszej na drugą pozycję. Tym samym przedmiotowe zamówienie publiczne powinno zostać udzielone Odwołującemu.

Drugi argument

Zamawiający wymagał zaoferowania urządzeń, spełniających wymagane parametry techniczne, opisane treścią Załącznika nr 2.1 do SWZ. W ramach załącznika Zamawiający opisał zarówno parametry wymagane dla systemu spektrometrii masowej do identyfikacji drobnoustrojów techniką MALDI-TOF (I) jak i dla systemu do ilościowej i jakościowej oceny drobnoustrojów (II) i w przypadku obu systemów wymagał zaoferowania funkcjonalności, opisanej parametrami zwartymi w pkt 6 obu tabel:

„Pełna integracja systemu do szybkiej identyfikacji drobnoustrojów techniką MALDI-TOF (technika badania drobnoustrojów) z systemem do oceny lekowrażliwości drobnoustrojów poprzez dostarczone pośrednie oprogramowanie wspomagające w języku polskim z certyfikatem CE IVD lub równoważnym (równoważność opisana w zasadach równoważności na końcu tabeli) umożliwiające: zlecenie badań identyfikacji i oceny lekowrażliwości z jednego stanowiska pracy/komputera, integrację wyników badań z obu systemów w oprogramowaniu pośrednim, podgląd do wyników w czasie rzeczywistym, przygotowanie wyniku dla zleceniodawcy badania, kontrolę jakości badań oraz tworzenie raportów statystycznych”

oraz

”Pełna integracja systemu do oceny lekowrażliwości drobnoustrojów z systemem do szybkiej identyfikacji drobnoustrojów MALDI-TOF (technika badania drobnoustrojów) poprzez dostarczone oprogramowanie wspomagające w języku polskim z certyfikatem CE IVD lub równoważnym (równoważność opisana w zasadach równoważności na końcu tabeli) umożliwiającym minimum: zlecenie badań identyfikacji i oceny lekowrażliwości drobnoustrojów z jednego stanowiska pracy/komputera, integrację wyników badań z obu systemów w oprogramowaniu pośrednim, podgląd do wyników w czasie rzeczywistym, przygotowanie wyniku dla zleceniodawcy badania, kontrolę jakości badań oraz tworzenie raportów statystycznych,„

BioMerieux Polska Sp. z o.o. potwierdził zaoferowanie wymaganej konfiguracji oprogramowania wspomagającego ale, zgodnie z wiedzą Odwołującego, w ofercie Wykonawcy nie występuje tego typu oprogramowanie w polskiej wersji językowej. To zastrzeżenie zostało wniesione przez Odwołującego w formie protokołu z przeglądania oferty bioMerieux Polska Sp. z o.o., przesłanego do Zamawiającego w dniu 19 grudnia 2022 roku. 5 stycznia 2023 roku Zamawiający wystąpił do bioMerieux Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień treści oferty w stosunku do wymagań wskutek czego Wykonawca 10 stycznia 2023 roku przestawił wyjaśnienia:

„Oprogramowaniem integrującym spektrometr masowy z systemem do oznaczania lekowrażliwości jest oprogramowanie MYLA w języku polskim - VITEK MS PRIME OPIS APARATU 2022 SUM, strona 2,3 i 4. Zatem zarzut, że Wykonawca nie podaje w treści oferty informacji jakie oprogramowanie łączy system do identyfikacji w oparciu o metodę spektrometrii mas z analizatorem do oceny lekowrażliwości nie jest prawdziwy. W tymże opisie aparatu jest również mowa o tym, że oprogramowania pośredniczącego MYLA® posiada certyfikat IVD.”

Na uwagę zasługuje fakt, że Wykonawca nie nawiązuje w treści wskazanego dokumentu VITEK MS PRIME OPIS APARATU 2022 SUM do wymogu zaoferowania polskojęzycznej wersji oprogramowania wspomagającego. Ten fakt nie znajduje również potwierdzenia w dokumentach, dołączonych do wyjaśnień składanych 10 stycznia 2023 r. Efektem wyjaśnień, które dotyczyły szerszego zakresu treści oferty niż powyżej wskazany, była decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty bioMerieux Polska Sp. z o.o. która została zakomunikowana Wykonawcom przez Zamawiającego w dniu 31 stycznia 2023 roku z jednoczesnym poinformowaniem o wyborze oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. W dniu 10 lutego 2023 roku Zamawiający poinformował o ponownym badaniu i ocenie ofert. Dokonując ponownych czynności ponownie zwrócił się 23 lutego 2023 r. do bioMerieux Polska Sp. z o.o. o wyjaśnienie treści oferty, zadając następujące pytanie:

„Czy pełny zakres funkcjonalności oprogramowania MYLA (integrującego spektrometr masowy z systemem do oznaczania lekowrażliwości) jest w języku polskim?”

Na to pytanie Wykonawca udzielił odpowiedzi potwierdzającej, odwołując się do potwierdzenia treści punktów nr 6 załącznika nr 2.1 do SWZ (parametry wymagane i oceniane oferowanego przedmiotu zamówienia) – składanego wraz z ofertą przetargową. Warto przypomnieć, iż treść powyższego potwierdzenia, na którą powołał się w powyższych wyjaśnieniach Wykonawca, stanowiła podstawę do dodatkowej weryfikacji oferty bioMerieux Polska Sp. z o.o., dokonanej przez Zamawiającego pismem z dnia 05 stycznia 2023 roku.

W opinii Odwołującego, dodatkowo popartej wiedzą o produkcie którym dysponuje bioMerieux Polska Sp. z o.o., oprogramowanie Myla® nie występuje w polskiej wersji językowej.

W konsekwencji, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy ustawy Pzp należy uznać odwołanie za zasadne i konieczne.

Zamawiający: Śląski Uniwersytet Medyczny w odpowiedzi na odwołanie wniósł o:

oddalenie odwołania w całości uznając zarzuty za bezzasadne. Za przyjęciem takiego zapatrywania przemawiają następujące argumenty.

Wyjaśnienia wymaga, że w odniesieniu do kryteriów oceny ofert w Specyfikacji Warunków zamówienia (SWZ lub specyfikacja) w części XIX. ROZDZIAŁ. OPIS KRYTERIÓW OCENY

OFERT, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM ZNACZENIA TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT Zamawiający sprecyzował m. in., że:

Przy wyborze oferty będzie kierował się następującym kryteriami oceny ofert: Pakiet nr 1:

A. Cena – waga 60 pkt (poza sporem, przypisek KIO)

B. Parametry techniczne – waga 40 pkt

Kryterium B „Parametry techniczne” będą stosowane wyłącznie w oparciu o treść informacji zamieszczonych w odpowiednich wierszach Specyfikacji technicznej wskazanych przy opisie kryterium. Wykonawca, który zaoferuje niższe parametry otrzyma odpowiednią ilość punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert (max. 40 pkt.):

I. System spektrometrii masowej do identyfikacji drobnoustrojów techniką MALDI-TOF

| Nr wiersza Spec. tech. | Parametry punktowane       | Ilość punktów             |
|------------------------|----------------------------|---------------------------|
| 26                     | Wymagana kalibracja płytki | TAK - 2 pkt / NIE – 0 pkt |

Nadto w formularzu Specyfikacji technicznej dla Pakietu 1, stanowiącej załącznik nr 2.1. do SWZ w tabeli - w części, w której należało podać parametry punktowane, w której w wierszu pod poz. 26 znajdował się parametr „Wymagana kalibracja płytki” - Zamawiający wskazał jednoznacznie „w przypadku zaoferowania dodatkowego parametru wpisujemy odpowiedź „TAK” w kolumnie „parametr oferowany”. Odmienne niż przy parametrach wymaganych Zamawiający nie oczekiwał podania jakichkolwiek innych danych, chociażby w postaci nazwy modeli i producenta, czy też podania danych cech oferowanego produktu.

Z powyższego należy wyprowadzić wniosek, że Zamawiający był zainteresowany jedynie tym, aby oferowany produkt posiadał funkcję kalibracji płytki i bez znaczenia była kwestia związana z tym, w jaki sposób kalibracja płytki będzie się odbywała.

Odwołujący z treści odpowiedzi na pytanie nr 27 udzielonej pismem z 24 listopada 2022 r. wyciąga błędny wniosek, iż w ten sposób Zamawiający narzucił wykonawcom konkretną metodę kalibracji płytki. Nic bardziej mylnego. Niemniej jednak, aby uchwycić istotę omawianego zagadnienia Zamawiający jeszcze raz przywołuję wspomniane pytanie zadane w toku prowadzonego Postępowania wraz z udzieloną odpowiedzią:

Pytanie 27: Pkt 26. Czy Zamawiający wymaga aby kalibracja płytki była wykonana za pomocą gotowego do użycia zestawu kalibracyjnego, bez konieczności hodowli szczepu wzorcowego?

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że uzna za spełniony punkt 26 specyfikacji w przypadku, gdy zaoferowany aparat umożliwi kalibrację płytki za pomocą gotowego do użycia zestawu kalibracyjnego, bez konieczności hodowli szczepu wzorcowego.

Z treści odpowiedzi jednoznacznie wynika, że Zamawiający dopuszcza jedynie tego rodzaju rozwiązanie, co wcale nie oznacza, że rozwiązanie to jest jedynym wymaganym, które można zastosować. Gdyby Zamawiający rzeczywiście chciał wykonawcom narzucić

rozwiązanie oparte o kalibrację płytki za pomocą gotowego do użycia zestawu kalibracyjnego, bez konieczności hodowli szczepu wzorcowego, wyłączając wszystkie inne to powinien posłużyć się stwierdzeniem typu: „Zamawiający wymaga, aby kalibracja płytki była wykonana za pomocą gotowego do użycia zestawu kalibracyjnego, bez konieczności hodowli szczepu wzorcowego” lub też udzielić na zadane pytanie prostej odpowiedzi - „TAK”. Tymczasem Zamawiający nie tylko nie udzielił żadnej z ww. odpowiedzi, a za pomocą stwierdzenia „uzna za spełniony” dopuścił jedynie zaoferowanie produktu o który pytał wykonawca, nie przesądzając przy tym, że jest to jedyny oczekiwany przez Zamawiającego sposób kalibracji płytki. W ocenie Zamawiającego z udzielonej przez niego odpowiedzi nie sposób wyprowadzić wniosku, który formułuje Odwołujący, za pomocą, którego w sposób nieuprawniony próbuje nadać SWZ brzmienie, którego brak w jej treści.

Dostrzeżenie również wymaga, że z punktu widzenia Zamawiającemu nie ma takiej potrzeby, aby zawęzać wymaganą kalibracji płytki wyłącznie do jednej metody. Byłoby to niekorzystne, a nawet mogłoby prowadzić do zarzutu o wadliwe ukształtowanie postanowień SWZ przez postawienia takich wymogów, które nie są adekwatne i uzasadnione potrzebami.

W treści oferty złożonej przez wykonawcę bioMerioux Polska Sp. z o. o. (bioMerioux lub „Przystępujący) we wspomnianym formularzu Specyfikacji technicznej dla Pakietu 1, stanowiącej załącznik nr 2.1. do SWZ w tabeli w poz. 26 ww. wykonawca wskazał, że produkt posiada wymagany parametr kalibracji płytki, bowiem wpisał słowo „TAK”.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający dokonując badania i oceny oferty Przystępującego zasadnie przyznał wykonawcy odpowiednią ilość punktów – 2 pkt, bowiem bez znaczenia jest, że w przypadku produktu Przystępującego kalibracja płytki wymaga konieczności hodowli szczepu wzorcowego, ponieważ Zamawiający dopuścił wszystkie metody kalibracji płytki, w tym tą odbywającą się z udziałem hodowli szczepu wzorcowego.

Zarzut nr 2 - dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty firmy bioMerioux, gdyż treść oferty ww. wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia

Podniesiony zarzut powinien zostać oddalony jako bezzasadny. W tym miejscu wyjaśnienia wymaga, że w formularzu Specyfikacji technicznej dla Pakietu 1, stanowiącej załącznik nr 2.1. do SWZ w tabeli w kolumnie „wymagany parametr” w obu przypadkach pod poz. 6 Zamawiający sprecyzował:

I. System spektrometrii masowej do identyfikacji drobnoustrojów techniką MALDI-TOF: Pełna integracja systemu do szybkiej identyfikacji drobnoustrojów techniką MALDI-TOF (technika badania drobnoustrojów) z systemem do oceny lekowrażliwości drobnoustrojów



poprzez dostarczone pośrednie oprogramowanie wspomagające w języku polskim z certyfikatem CE IVD lub równoważnym (równoważność opisana w zasadach równoważności na końcu tabeli) umożliwiające: zlecenie badań identyfikacji i oceny lekowrażliwości z jednego stanowiska pracy/komputera, integrację wyników badań z obu systemów w oprogramowaniu pośrednim, podgląd do wyników w czasie rzeczywistym, przygotowanie wyniku dla zleceniodawcy badania, kontrolę jakości badań oraz tworzenie raportów statystycznych

II. System do ilościowej i jakościowej oceny drobnoustrojów:

Pełna integracja systemu do oceny lekowrażliwości drobnoustrojów z systemem do szybkiej identyfikacji drobnoustrojów MALDI-TOF (technika badania drobnoustrojów) poprzez dostarczone oprogramowanie wspomagające w języku polskim z certyfikatem CE IVD lub równoważnym (równoważność opisana w zasadach równoważności na końcu tabeli) umożliwiającym minimum: zlecenie badań identyfikacji i oceny lekowrażliwości drobnoustrojów z jednego stanowiska pracy/komputera, integrację wyników badań z obu systemów w oprogramowaniu pośrednim, podgląd do wyników w czasie rzeczywistym, przygotowanie wyniku dla zleceniodawcy badania, kontrolę jakości badań oraz tworzenie raportów statystycznych.

Potwierdzenie spełnienia ww. wymogów była koniecznością zaznaczenia w kolumnie „parametr oferowany” w poz. 6 właściwej odpowiedzi („TAK” lub „NIE”). Zamawiający nie żądał żadnych innych dokumentów na potwierdzenie spełnienia ww. wymogu.

Przystępujący w złożonej ofercie w formularzu Specyfikacji technicznej dla Pakietu 1, stanowiącej załącznik nr 2.1. do SWZ w tabeli w odniesieniu do obu Systemów w poz. 6 wybrał odpowiedź „TAK”. Dowód: - załącznik nr 2.1. do SWZ w ofercie Przystępującego.

Kwestia zaoferowanego przez Przystępującego oprogramowania wspomagającego w języku polskim była przedmiotem badania Zamawiającego, który zwrócił się do ww. wykonawcy 5.01.2023 r. o udzielenie wyjaśnień. W odpowiedzi Wykonawca udzielił następujących wyjaśnień: Zgodnie z wymogiem: Pełna integracja systemu do szybkiej identyfikacji drobnoustrojów techniką MALDI-TOF (technika badania drobnoustrojów) z systemem do oceny lekowrażliwości drobnoustrojów poprzez dostarczone pośrednie oprogramowanie wspomagające w języku polskim z certyfikatem CE IVD lub równoważnym (równoważność opisana w zasadach równoważności na końcu tabeli) umożliwiające: zlecenie badań identyfikacji i oceny lekowrażliwości z jednego stanowiska pracy/komputera, integrację wyników badań z obu systemów w oprogramowaniu pośrednim, podgląd do wyników w czasie rzeczywistym, przygotowanie wyniku dla zleceniodawcy badania, kontrolę jakości badań oraz tworzenie raportów statystycznych - firma bioMerieux spełniła ten parametr. Oprogramowaniem integrującym spektrometr masowy z systemem do oznaczania

lekowrażliwości jest oprogramowanie MYLA w języku polskim - VITEK MS PRIME OPIS APARATU 2022 SUM, strona 2,3 i 4. Zatem zarzut, że Wykonawca nie podaje w treści oferty informacji jakie oprogramowanie łączy system do identyfikacji w oparciu o metodę spektrometrii mas z analizatorem do oceny lekowrażliwości nie jest prawdziwy. W tymże opisie aparatu jest również mowa o tym, że oprogramowania pośredniczącego MYLA® posiada certyfikat IVD.

Następnie pismem z dnia 23.02.2023 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z pytaniem: Czy pełny zakres funkcjonalności oprogramowania MYLA (integrującego spektrometr masowy z systemem do oznaczania lekowrażliwości) jest w języku polskim? W odpowiedzi Przystępujący potwierdził, że: bioMérieux potwierdza, iż najnowsze oprogramowanie integrujące MYLA łączące spektrometr masowy z systemem do oznaczania lekowrażliwości, które zostało zaproponowane w postępowaniu przetargowym jest w języku polskim. Zostało to potwierdzone w dniu złożenia oferty zgodnie z punktem 6 specyfikacji technicznej do pakietu nr 1.

Zamawiający stoi na stanowisku, że zarówno treść złożonej oferty, jak również wyjaśnienia złożone przez Przystępującego nie dają podstaw do tego, aby stwierdzić, że jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako niespełniająca wymagań Zamawiającego.

Podkreślenia również wymaga, że ciężar dowodu w tej sprawie spoczywa na Odwołującym, który poza gołosłownymi stwierdzeniami, iż z jego wiedzy wynika, że produkt którym dysponuje bioMérieux Polska Sp. z o.o., oprogramowanie Myla® nie występuje w polskiej wersji językowej nie tylko nie przedstawił żadnego dowodu ale nawet nie wskazał na jakąkolwiek wiarygodną okoliczność, która mogłaby przesądzić o zasadności zaprezentowanej tezy. W kontekście powyższego stwierdzić należy, że zgłoszony zarzut jest nie tylko chybiony, ale również nieudowodniony i jako taki powinien podlegać oddaleniu.

Podsumowując, że Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp i w sposób prawidłowy dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, w zakresie Pakietu 1, za którą została uznana oferta bioMérieux. W związku z powyższym wnoszę jak w petitum.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca bioMérieux Polska sp. z o.o. z/s w Warszawie wnosząc o oddalenie odwołania. Wykonawca przedstawił stanowisko w piśmie procesowym.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie.

Odwołujący poparł odwołanie wraz ze stanowiskiem przedstawionym w dodatkowo złożonym piśmie. Neguje interpretację Zamawiającego w treści odpowiedzi na pytanie 27 dot.

pkt 26 specyfikacji technicznej (cytuje treść pytania i odpowiedzi). Wskazał, jak w piśmie, na przykładowe analogiczne sformułowania odpowiedzi Zamawiającego ze zwrotem „uzna za spełnione”. Sformułowanie wskazane i oceniane w niniejszej sprawie jest odmiennie rozumiane przez Zamawiającego niż w pozostałych podobnych treściach zawartych w odpowiedziach na pytania przypomniane w piśmie, a także np. pytanie 28. Podtrzymał w pozostałym zakresie odwołanie, tj. zarzut kolejny dot. języka oprogramowania wymaganego jako polski. Zauważył, że z prezentacji Przystępującego wynika, iż pulpit operatora jest dostępny z użyciem języka polskiego, natomiast jest przekonany także, że oprogramowanie jest w języku maszynowym.

Zamawiający podtrzymał stanowisko z odpowiedzi na odwołanie.

Odnosnie zarzutu 2 wskazał na dowody złożone przez Przystępującego, które uzasadniają stwierdzenie, że zarzut ten jest bezzasadny i nieudowodniony.

Odnosnie zarzutu 1 wskazał, że odwołanie nie zawiera zarzutu zaniechania odrzucenia oferty. Zauważył, że nie opisywał w specyfikacji technicznej metod kalibracji i nie są one przedmiotem sporu w sprawie. Przytoczone przez Odwołującego pytania i odpowiedzi powinny być pominięte, ewentualnie wywodzona z nich argumentacja uznana za bezzasadną.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Stwierdził, że przedmiotowa odpowiedź na pytanie nie modyfikowała wymogów specyfikacji technicznej. Wskazał na spełnienie wymogu dot. języka polskiego. Zaprezentował półminutowy film na poparcie tej informacji (film firmy Przystępującego, na którym są przedstawione opisy w języku polskim określonych funkcji).

**Krajowa Izba Odwoławcza** po rozpatrzeniu na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nr 1 dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu ustawy przez wybór najkorzystniejszej oferty, która nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia, a w istocie dotyczący kryterium parametrów technicznych, odnosi się kryterium pozacenowego, co do którego w toku postępowania zostało sformułowane pytanie wynikające ze sformułowanego w pkt 26

specyfikacji technicznej wymogu kalibracji płytki, gdzie pozytywna odpowiedź skutkowałą przyznaniem 2 punktów, negatywna zaś – 0 punktów.

W specyfikacji Zamawiający nie oczekiwał podania w tym względzie jakichkolwiek innych danych, co powinno oznaczać, że zamawiający był zainteresowany jedynie tym, aby oferowany produkt posiadał funkcję kalibracji płytki i bez znaczenia była kwestia związana z tym, w jaki sposób kalibracja płytki będzie się odbywała.

Rozważenia i oceny wymaga jednak kwestia, iż w toku postępowania w treści odpowiedzi na pytanie nr 27 udzielonej pismem z 24 listopada 2022 r. : „Pytanie 27: Pkt 26. Czy Zamawiający wymaga aby kalibracja płytki była wykonana za pomocą gotowego do użycia zestawu kalibracyjnego, bez konieczności hodowli szczepu wzorcowego? Odpowiedź: Zamawiający informuje, że uzna za spełniony punkt 26 specyfikacji w przypadku, gdy zaoferowany aparat umożliwia kalibrację płytki za pomocą gotowego do użycia zestawu kalibracyjnego, bez konieczności hodowli szczepu wzorcowego.”

W ocenie składu orzekającego z treści odpowiedzi wynika, że Zamawiający dopuszcza tego rodzaju rozwiązanie, co wcale nie oznacza, że rozwiązanie to jest jedynym wymaganym, które można zastosować. Innymi słowy, brak jest podstaw do twierdzenia, że zamawiający ograniczył metodę kalibracji płytki do jednego sposobu. W rzeczywistości potwierdził wymóg kalibracji nie ograniczając metody, a tym samym de facto potwierdził zapis formularza w punkcie 26 bez narzucania jakiegokolwiek metody, sposobu, czy rozwiązania skutkującego kalibracją płytki. Tym samym nie przesądził, a w szczególności nie ograniczył dostępu do zamówienia wykonawców oferujących jakąkolwiek metodę.

W treści oferty złożonej przez wykonawcę bioMerieux Polska Sp. z o. o. w formularzu Specyfikacji technicznej dla Pakietu 1, stanowiącej załącznik nr 2.1. do SWZ w tabeli w poz. 26 ww. wykonawca wskazał, że produkt posiada wymagany parametr kalibracji płytki, jako że wpisał słowo „TAK”. Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający dokonując badania i oceny oferty Przystępującego zasadnie przyznał wykonawcy odpowiednią liczbę punktów – 2 pkt mając na uwadze, że bez znaczenia jest, że w przypadku produktu przystępującego kalibracja płytki wymaga konieczności hodowli szczepu wzorcowego. Taka metoda nie była wykluczona w postępowaniu.

Zarzut nr 2 - dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty firmy bioMerieux, gdyż treść oferty ww. wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia

Kwestia zaoferowanego przez przystępującego oprogramowania wspomagającego w języku polskim była przedmiotem badania Zamawiającego, potwierdzonego w dokumentacji postępowania. Przystępujący potwierdził, że najnowsze oprogramowanie integrujące MYLA łączące spektrometr masowy z systemem do oznaczania lekowrażliwości, które zostało

zaproponowane w postępowaniu przetargowym jest w języku polskim. Zostało to potwierdzone w dniu złożenia oferty zgodnie z punktem 6 specyfikacji technicznej do pakietu nr 1.

Zatem zarówno treść złożonej oferty, jak również wyjaśnienia przystępującego nie dają podstaw do tego, aby stwierdzić, że jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako niespełniająca wymagań Zamawiającego.

Należy również zauważyć, ciężar dowodu na okoliczność zarzucaną spoczywa na odwołującym, który powołał się na swoją wiedzę w tym względzie bez przedstawienia stosownych dowodów, w odróżnieniu od przystępującego, którego stanowisko przedstawione na piśmie i w prezentacji filmowej (w aktach sprawy) potwierdza spełnienie wymogu.

W świetle dokonanych ustaleń skład orzekający stwierdza, iż nie dopatrył się w rozpatrywanej sprawie, w zakresie podniesionych zarzutów, naruszenia przez zamawiającego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazanych w petitum odwołania.

Wobec powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....