

**WYROK**  
**z dnia 5 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2021 r. przez wykonawcę Argenta sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zespół Opieki Zdrowotnej w Dąbrowie Tarnowskiej

przy udziale wykonawcy AMP Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1469/21 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Zespołowi Opieki Zdrowotnej w Dąbrowie Tarnowskiej unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy AMP Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w zakresie pakietu nr 28 oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy AMP Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w zakresie pakietu nr 28, a także nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty tego wykonawcy w zakresie pakietu nr 28,

2. kosztami postępowania obciąża Zespół Opieki Zdrowotnej w Dąbrowie Tarnowskiej i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Argenta sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zespołu Opieki Zdrowotnej w Dąbrowie Tarnowskiej na rzecz wykonawcy Argenta sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz 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: Zespół Opieki Zdrowotnej w Dąbrowie Tarnowskiej wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zakup wraz z dostawą materiałów zużywalnych z zakresu mikrobiologii”, w tym w zakresie pakietu 28 oznaczenie postępowania znakiem: 25/20/ZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 grudnia 2020 r. pod nr OJ/S:2020/S 239-5902333.

W dniu 7 maja 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego: Argenta spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu 28 postępowania, gdzie wybrana została oferta AMP Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 17 maja 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy działań i zaniechań Zamawiającego w zakresie części Postępowania (Pakietu 28), polegających na:

1. dokonaniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej, w zakresie pakietu 28 Postępowania, oferty AMP Polska sp. z o.o.,
2. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy oraz dokonaniu czynności wyboru jako najkorzystniejszej, oferty AMP Polska sp. z o.o. (w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty) w zakresie pakietu 28 Postępowania,
3. zaniechaniu wykonania żądania zawartego w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2021 r., zgodnie z dyspozycją z art. 522 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub Nowe PZP (art. 186 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej dawną lub stara ustawą Pzp lub PZP), polegającego na:
  - a. dokonaniu ponownej czynności oceny i badania ofert w zakresie pakietu 28 Zamówienia,
  - b. wykluczeniu AMP Polska sp. z o.o. z Postępowania w zakresie pakietu 28 Postępowania (w konsekwencji odrzucenia jej oferty), pomimo uznania odwołania przez Zamawiającego odwołania w całości i umorzenia przez KIO postępowania odwoławczego

postanowieniem z dnia 14 kwietnia 2021 r.

Zaskarżonym czynnościom jak i zaniechaniom czynności zarzucił naruszenie:

1. art. 2 pkt. 7a w zw. z art. 7 ust. 1 oraz 3 PZP poprzez ich niezastosowanie i odmowę dokonania przez Zamawiającego czynności samokontroli mimo otrzymania od Argenta sp. z o.o. sp. k. stosownego wezwania, a w konsekwencji brak unieważnienie swoich wadliwych czynności, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z Postępowania w zakresie Pakietu 28, mimo faktu, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, w zakresie spełniania przez test wytycznych WHO odnośnie wykrywania antygenu w diagnozie Sars CoV 2 i posiadania statusu EUL WHO,

3. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP przez zaniechanie wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z udziału w Postępowaniu w zakresie pakietu 28, mimo faktu, iż wykonawca ten lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to związane z przedstawieniem informacji (złożenia przez wykonawcę oświadczenia) w zakresie spełniania przez test wytycznych WHO odnośnie wykrywania antygenu w diagnozie Sars CoV 2 i posiadania statusu EUL WHO,

4. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 PZP w zw. z Załącznikiem nr 2 do SIWZ - tabeli „Pakiet nr 28 Testy wykrywające antygen SarsCoV 2” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AMP Polska sp. z o.o. w zakresie pakietu 28 Postępowania, pomimo okoliczności, że jej oferta nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż oferowane przez nią testy nie posiadają statusu EUL WHO, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

5. art. 522 ust. 1 Nowe PZP (186 ust. 2 PZP) w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wykonania żądania zawartego w odwołaniu do Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 marca 2021 r., postępowanie toczące się pod sygn. akt KIO 889/21, polegającego na:

a. dokonaniu ponownej czynności oceny i badania ofert w zakresie pakietu 28 Zamówienia,

b. wykluczeniu AMP Polska sp. z o.o. z Postępowania w zakresie pakietu 28 Postępowania (w konsekwencji odrzucenia jej oferty), pomimo uznania odwołania przez Zamawiającego odwołania w całości i umorzenia przez KIO postępowania odwoławczego postanowieniem z dnia 14 kwietnia 2021 r.

Wskazując na powyższe naruszenia, wnosił 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. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt postępowania toczącego się przed KIO o sygn. akt: 889/21, a w szczególności: i) pism procesowych stron, ii) protokołu z posiedzenia, iii) postanowienia kończącego sprawę i jego uzasadnienia - na okoliczności dotyczące uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania Odwołującego z 19.03.2021 r. i zakresu związania Zamawiającego takim uznaniem,
4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia:
  - a. czynności oceny i badania ofert w zakresie pakietu 28 Postępowania,
  - b. czynności polegającej na wyborze oferty AMP Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu 28 Postępowania,
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert, a w związku z czym wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z Postępowania w zakresie pakietu 28 Postępowania (w konsekwencji odrzucenia jej oferty),
6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący wyjaśnił, że w zakresie Postępowania Odwołujący w dniu 20 marca 2021 r. wniósł do KIO odwołanie, a na posiedzeniu w dniu 14 kwietnia 2021 r. pełnomocnik Zamawiającego, prawidłowo umocowany, złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, a więc w szczególności względem wyboru oferty AMP Polska sp. z o.o. w pakiecie 28 Postępowania.

Jednakże pomimo zobowiązania wynikającego z uwzględnienia zarzutów, Zamawiający ponownie wybrał ofertę AMP Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszą w zakresie wykonania pakietu 28 Postępowania.

Wobec niezrozumiałości dla Odwołującego takiego działania, w dniu 11 maja 2021 r., zwrócił się pisemnie do Zamawiającego z wnioskiem o uzasadnienie wyboru oferty.

Stwierdził, że do dnia złożenia niniejszego odwołania, Odwołujący nie uzyskał odpowiedzi.

Zdaniem Odwołującego - kluczowe znaczenie dla przedmiotowej sprawy ma fakt, że pierwotnie Postępowanie zostało zakończona czynnościami Zamawiającego dokonanymi dnia 10 marca 2021 r.

Zwrócił uwagę, że w ramach dokonanych wtedy czynności Zamawiający (między innymi) również dokonał wyboru oferty AMP Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w zakresie pakietu 28.

Odwołujący wskazał, że wskutek nieprawidłowości dokonanych przez Zamawiającego przy wyborze oferty AMP Polska sp. z o.o., wniósł dnia 19 marca 2021 r. odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt KIO 889/21, twierdząc, że oferta AMP Polska nie spełnia wymagań określonych w SIWZ.

Zauważył, że Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania nr 25/20/ZP poszukiwał dostawcy materiałów zużywalnych z zakresu mikrobiologii w tym Pakietu 28, gdzie zgodnie z SIWZ Zamawiający oczekiwał dostawy następującego przedmiotu zamówienia w zakresie Pakietu 28: „Test kasetkowy immunochromatograficzny do wykrywania Sars CoV 2 bez konieczności użycia czytnika. W zestawie wymazówki do poboru z nosogardzieli fagigce się w łatwy sposób umożliwiając umieszczenie wymazówki w próbówce. Kontrola dodatnia i ujemna w zestawie. Czułość testu minimum 90 % swoistość testu minimum 99 % we wszystkich badaniach wskazanych w metodyce. Test musi spełniać wytyczne WHO odnośnie wykrywania antygeny w diagnozie Sars CoV 2 i posiadać status EUL WHO. Brak reaktywności krzyżowej z koronawirusem HKU1 udokumentowany w metodyce. Możliwość odczytu wyniku po 15 minutach Brak konieczności wyjmowania wymazówki z próbką z próbówki ekstrakcyjnej. Możliwość stosowania w środowisku laboratoryjnym i poza laboratoryjnym”.

Zaznaczył przy tym, że po udzieleniu przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania oferentów w dniu 30 grudnia 2020 r. w zakresie Pakietu 28 Zamawiający dopuścił test cechujący się b. wysoką czułością i swoistością (odpowiednio 96,52% i 99,68%), spełniając tym samym wymagania zarówno WHO, jak i zgodne ze Stanowiskiem Zarządu Głównego Polskiego Towarzystwa Epidemiologów i Lekarzy Chorób Zakaźnych w sprawie wartości diagnostycznej testów antygenowych wykorzystywanych w rozpoznawaniu zakażeń SARS-CoV-2, który spełniający łącznie następujące warunki

1. nie poddano go badaniom pod kątem braku reakcji krzyżowej z HSV 1, podanym przez Zamawiającego w specyfikacji, natomiast udowodniono w badaniach brak reakcji krzyżowej z innymi korona wirusami takimi jak 229E, OC43 i NL63,
2. posiada wewnętrzną kontrolę poprawności wykonania badania,
3. procedura ekstrakcji materiału po wymazie nie przewiduje pozostawienia wymazówki w próbówce z buforem ekstrakcyjnym,
4. wyposażony jest w:
  - a. płytki testowe w indywidualnym foliowym opakowaniu zawierającym środek

pochłaniający wilgoć,

- b. próbki ekstrakcyjne z odpipetowanym buforem ekstrakcyjnym (brak konieczności jego dozowania),
- c. zatyczki dozujące w opakowaniu będącym statywem na próbki z buforem,
- d. sterylne wymazówki do pobierania wymazu z nosogardzieli,
- e. instrukcję stosowania.

Odwołujący nie zgodził się z wyborem wyżej wskazanej oferty AMP Polska sp. z o.o. z uwagi na fakt, iż nie jest ona zgodna z wymogami opisanymi w SIWZ oraz warunkami, jakie postawił Zamawiający wszystkim uczestnikom postępowania. Ponadto warunki te zostały jasno wskazane przez Zamawiającego, a ewentualne wątpliwości zostały rozwiane w odpowiedziach udzielonych do SIWZ. Zamawiający wyraźnie wskazał, że test winien spełniać wytyczne WHO odnośnie wykrywania antygenu w diagnozie SARS-CoV-2 i posiadać status EUL WHO (warunek łączny).

Odwołujący wskazał, że test oferowany przez AMP Polska sp. z o.o. nie spełnia tego warunku i nie posiada statusu EUL WHO, na dowód czego załączył wydruk ze strony internetowej WHO z wyszczególnieniem testów posiadających wspomniany wyżej status i stanowisko Zarządu Głównego Polskiego Towarzystwa Epidemiologów i Lekarzy Chorób Zakaźnych w sprawie wartości diagnostycznej testów antygenowych wykorzystywanych w rozpoznawaniu zakażeń SARS-CoV-2.

Podkreślił przy tym, że rekomendacje WHO spełniają jedynie 3 testy na świecie, w tym test dystrybuowany przez Odwołującego. Każdy z takich testów dystrybuowany jest przez wyłącznego przedstawiciela w Polsce. AMP Polska sp. z o.o. nie jest takim przedstawicielem, nie posiada w swojej ofercie takiego towaru, a zatem nie ma możliwości spełnienia wymogów SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że w dniu 19 stycznia 2021 r. poinformował Zamawiającego o wskazanej wyżej niezgodności oferty wybranej przez Zamawiającego w zakresie Pakietu 28 i wezwał go do podjęcia właściwych czynności, tj. zbadania ofert w sposób jednoznaczny i wyczerpujący oraz do wezwania do okazania dokumentów poświadczających spełnienie wymagań przez AMP Polska sp. z o.o.

Podniósł, że już na etapie pierwszego postępowania przed KIO, dnia 08.02.2021 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 PZP do AMP Polska sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w Załączniku nr 2 do SIWZ-tabeli „Pakiet nr 28 Testy wykrywające antygen SarsCoV 2”, a zatem udzielając

odpowiedzi, AMP Polska sp. z o.o. miał pełną wiedzę, że oferowany przez niego test, a mianowicie AMP Rapid Test SARSCoV-2 Ag, nie posiada statusu EUL WHO (przede wszystkim test oferowany przez AMP Polska sp. z o.o. nie znajduje się na liście testów rekomendowanych przez WHO).

Oczywistym jest dla Odwołującego, że udzielając odpowiedzi na pytania zadawane przez Wykonawców, Zamawiający nie ustanowił żadnych wyjątków od zasad określonych w SIWZ. Przede wszystkim Zamawiający nie dopuścił do udziału w Postępowaniu ofert dotyczących testów, które nie spełniają wymagania posiadania statusu EUL WHO. Zarówno Firma nr 4. w swoim pytaniu nr 5., jak i Firma nr 2. w swoich pytaniach nr 2. oraz nr 3. wprost pytały o taką możliwość i uzyskały klarowną odpowiedź przeczącą Zamawiającego (co więcej pytanie nr 2. Firmy nr 2. dotyczyło możliwości oferowania testów wyższej jakości niż te oferowane przez AMP Polska sp. z o.o.). Nie sposób zatem przyjąć – jak stwierdził Odwołujący, żeby odpowiedź na pytanie nr 1. Firmy 6. ustanowiła wyjątek i zmieniała całkowicie zasady Postępowania wyrażone w SIWZ i odpowiedziach na pozostałe pytania.

Przyznał, że Zamawiający zgodził się w całości na propozycję Firmy 6. przedstawioną w pytaniu nr 1 i zgodził się na dopuszczenie testu, który cechuje się b. wysoką czułością i swoistością (odpowiednio 96,52% i 99,68%), spełniając tym samym wymagania zarówno WHO, jak i zgodne ze Stanowiskiem Zarządu Głównego Polskiego Towarzystwa Epidemiologów i Lekarzy Chorób Zakaźnych w sprawie wartości diagnostycznej testów antygenowych wykorzystywanych w rozpoznawaniu zakażeń SARS-CoV-2 i spełnia łącznie następujące warunki

1. nie poddano go badaniom pod kątem braku reakcji krzyżowej z HSV 1, podanym przez Zamawiającego w specyfikacji, natomiast udowodniono w badaniach brak reakcji krzyżowej z innymi korona wirusami takimi jak 229E, OC43 i NL63,
2. posiada wewnętrzną kontrolę poprawności wykonania badania,
3. procedura ekstrakcji materiału po wymazie nie przewiduje pozostawienia wymazówki w probówce z buforem ekstrakcyjnym,
4. wyposażony jest w:
  - a. płytki testowe w indywidualnym foliowym opakowaniu zawierającym środek pochłaniający wilgoć,
  - b. próbki ekstrakcyjne z odpipetowanym buforem ekstrakcyjnym (brak konieczności jego dozowania),
  - c. zatyczki dozujące w opakowaniu będącym statywem na próbki z buforem,
  - d. sterylne wymazówki do pobierania wymazu z nosogardzieli,
  - e. instrukcję stosowania.



Zauważył, że Firma nr 6. nigdy nie zapytała o to, czy podane przez nią parametry mogą zastąpić wymagania stawiane przez SIWZ w zakresie statusu EUL WHO. Takie pytania sformułowały natomiast Firma nr 2. w pytaniu nr 2. „Prosimy o wykreślenie wymagania: Test musi posiadać status EUL WHO” oraz Firma 4. w pytaniu nr 5. „Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie testu, który nie spełnia wymagań WHO? Wymaganie, aby test posiadał status EUL WHO jest niezgodne z: (...)”.

Zaznaczył, że w każdym z tych pytań chodziło zatem o to, żeby zastąpić wymóg przewidziany w SIWZ w zakresie posiadania statusu EUL WHO innymi parametrami, sugerowanymi przez wykonawców. Za każdym jednak razem odpowiedź Zamawiającego była odmowna. Tymczasem w pytaniu nr 1. firmy 6. nie pojawia się w ogóle kwestia zamiany wymogu statusu EUL WHO na inny.

W związku z powyższym zakwestionował stanowisko AMP Polska sp. z o.o. wyrażone w piśmie z 08.02.2021 r., że posiadanie przez testy na Covid statusu EUL WHO „należy potraktować jako wartość wyłącznie dodatkową”, skoro to właśnie z powodu braku spełniania tej przesłanki (posiadania statusu EUL WHO) Zamawiający odmówił innym wykonawcom udziału w postępowaniu uznając ją za fundamentalną.

Wywodził, że nie jest także prawdziwe stanowisko AMP Polska sp. z o.o., że gdyby Zamawiający nie chciał zmienić warunków SIWZ, to udzieliłby odpowiedzi o treści „Zamawiający dopuszcza, przy jednoznacznym spełnieniu pozostałych wymagań określonych w pierwotnym opisie przedmiotu zamówienia”. Wszakże przepisy prawa nie narzucają Zamawiającemu określonej treści odpowiedzi na pytania wykonawców i może ona samodzielnie decydować w tym zakresie. Zamawiający ani razu nie posłużył się podobnym wyrażeniem, a wręcz przeciwnie, gdy Zamawiający zamierzał zmienić treść SIWZ poprzez rezygnację z jakiegoś wymagania Postępowania, posługiwał się zwrotem „Zamawiający nie wymaga, dopuszcza” jak miało to miejsce w przypadku Firmy nr 1 i jej pytania nr 9. Natomiast właśnie w sytuacjach gdy SIWZ nie rezygnowano z wymogów SIWZ, lecz rozwiewano wątpliwości interpretacyjne, Zamawiający posługiwał się zwrotem „Zamawiający dopuszcza” (tak bp. Firma nr 4 i pytanie nr 1).

Odwołujący zadał pytanie retoryczne dla przedmiotowej sprawy - jaki był sens pytania Firmy nr 6, jeśli nie wyłączenie wymogu posiadania statusu EUL WHO?

Według Odwołującego - odpowiedzi na to zagadnienia należy udzielić wskazując na ten fakt, że Firma nr 6 to nie AMP Polska sp. z o.o. tylko była to (z prawdopodobieństwem bliskim pewności) Roche Polska sp. z o.o., która oferuje dokładnie te same testy co

Odwołujący - a więc testy, które posiadają status EUL WHO. Tym samym, wobec spełniania wymogu posiadania Statusu EUL WHO, sens pytania Firmy nr 6. dotyczy możliwość zaferowania testu, który wbrew wymogom SIWZ:

1. nie został poddany badaniom pod kątem braku reakcji krzyżowej z HSV 1, podanym przez Zamawiającego w specyfikacji, natomiast udowodniono w badaniach brak reakcji krzyżowej z innymi koronawirusami takimi jak 229E, OC43 i NL63,
2. posiada wewnętrzną kontrolę poprawności wykonania badania (ale wbrew wymogom SIWZ nie posiada kontroli dodatniej i ujemnej),
3. procedura ekstrakcji materiału po wymazie nie przewiduje pozostawienia wymazówki w probówce z buforem ekstrakcyjnym (a takie były wymagania SIWZ).

Zdaniem Odwołującego – na te pytania Zamawiający udzielił odpowiedzi pozytywnej, dopuszczając test oferowany przez Roche sp. z o.o. oraz przez Odwołującego.

Dodatkowo, wskazał przy tym, iż wobec uwzględnienia w całości zarzutów odwołania do KIO z dnia 20 marca 2021 r., Zamawiający związany był żądaniem tego odwołania. Wobec tego zobowiązał się do wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z Postępowania w zakresie pakietu 28 Postępowania (w konsekwencji odrzucenia jej oferty).

Odwołujący przypomniał, że żądał w pierwszym swoim odwołaniu, ale tylko ze skutkiem ewentualnym, wezwania AMP Polska sp. z o.o. przez Zamawiającego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 PZP dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w Załączniku nr 2 do SIWZ - tabeli „Pakiet nr 28 Testy wykrywające antygen SarsCoV 2”. Skoro jednak, jak się okazało wskutek wstąpienia przez AMP Polska sp. z o.o. do postępowania przed KIO (vide: pismo z dnia 23.03.2021 r.) Zamawiający wystąpił już wcześniej w tym trybie do wykonawcy, to żądanie w tym zakresie stało się bezpodmiotowe. Tym samym, wskutek uznania odwołania w całości, Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z Postępowania w zakresie pakietu 28 Postępowania (w konsekwencji odrzucenia jej oferty).

W ocenie Odwołującego – w przedstawionym powyżej stanie faktycznym nie można uznać, że oferta AMP Polska sp. z o.o. spełnia wymogi wskazane przez Zamawiającego, a tym samym jest niezgodna z treścią SIWZ i wobec tego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP powinna zostać odrzucona.

Wskazał, iż Zamawiający nie poinformował Odwołującego dlaczego ponownie wybrał ofertę AMP Polska sp. z o.o. jako najkorzystniejszą, mimo ciążącego na nim obowiązku wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z udziału w Postępowaniu (i w konsekwencji odrzucenie

oferty) wynikającego z uwzględnienia w całości odwołania do KIO z 20 marca 2021 r. Wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień z 11 maja 2021 r. pozostało bez odpowiedzi.

Stanął na stanowisku, że AMP Polska sp. z o.o. złożył ofertę niezgodną z prawdą (ofertę sugerującą, że oferowany towar spełnia warunki Postępowania, podczas gdy oczywistym jest, że ich nie spełnia), a zatem sytuacja ta wypełnia przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 PZP.

Według Odwołującego - składając ofertę AMP Polska sp. z o.o. miał świadomość (a przynajmniej powinna mieć), że jej towar nie spełnia wymogów SIWZ. Tym samym AMP Polska w wyniku zamierzonego działania (lub rażącego niedbalstwa) wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt. 16 PZP) albo chociaż, że przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt. 17 PZP).

Zważywszy, że AMP Polska sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego udzielił informacji o tym, że oferowany przez niego towar spełnia wymogi SIWZ (a wymóg posiadania statutu EUL WHO jest jedynie wymogiem dodatkowym), to sankcja z art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 PZP, tym bardziej powinna znaleźć zastosowanie.

Zwrócił uwagę, że w toku rozprawy, pełnomocnik Zamawiającego złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wobec tego KIO umorzyła postępowanie odwoławcze postanowieniem z dnia 14 kwietnia 2021 r.

Zgodnie natomiast z art. 522 ust. 1 Nowej PZP w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Zdaniem Odwołującego - wyżej powołany przepis wskazuje na fakt związania Zamawiającego treścią żądań odwołania z dnia 20 marca 2021 r., których to żądań

częściowo nie wypełnił, a które stanowią przyczynek do złożenia niniejszego odwołania i wymienione zostały w petitum pisma.

Pismem z dnia 21 maja 2021 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca AMP Polska sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zwanego dalej Przystępującym.

Pismem z dnia 25 czerwca 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców do treści SIWZ z dnia 30 grudnia 2020 r., odwołania, oferty Przystępującego, wezwania Zamawiającego z dnia 8 lutego 2021 r. skierowanego do Przystępującego o wyjaśnienie informacji odnośnie spełniania przez test wytycznych WHO odnośnie wykrywania antygenu w diagnozie Sars CoV 2 i posiadania statusu EUL WHO, odpowiedzi Przystępującego na to wezwanie wraz oświadczeniem o braku posiadania przez zaoferowany produkt statusu EUL WHO z dnia 8 lutego 2021 r., zawiadomienia Zamawiającego o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o przeprowadzeniu ponownej czynności oceny ofert w pakietach...28 z dnia 7 maja 2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 25 czerwca 2021 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 28 czerwca 2021 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1 i 3 oraz art.89 ust.1 pkt 2 dawnej ustawy Pzp, art.522 ust.1 ustawy Pzp. Izba nie stwierdziła przy tym naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.24 ust.1 pkt 16 i 17 dawnej ustawy Pzp

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Odwołującego z tego powodu, że treść jego oferty pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający ustanowił w załączniku nr 2 do SIWZ wymagania dla Pakietu nr 28 Testy wykrywające antygen Sars CoV 2 i postanowił, co następuje:

Test kasetkowy immunochromatograficzny do wykrywania Sars CoV 2 bez konieczności użycia czytnika.

W zestawie wymazówki do poboru z nosogardzieli łamiące się w łatwy sposób umożliwiając umieszczenie wymazówki w próbówce.

Kontrola dodatnia i ujemna w zestawie.

Czułość testu minimum 90 % swoistość testu minimum 99 % we wszystkich badaniach wskazanych w metodyce.

Test musi spełniać wytyczne WHO odnośnie wykrywania antygeny w diagnostyce Sars CoV 2 i posiadać status EUL WHO.

Brak reaktywności krzyżowej z koronawirusem HKU1 udokumentowany w metodyce.

Możliwość odczytu wyniku po 15 minutach

Brak konieczności wyjmowania wymazówki z próbką z próbki ekstrakcyjnej.

Możliwość stosowania w środowisku laboratoryjnym i poza laboratoryjnym.

Izba również stwierdziła, że Zamawiający w piśmie z dnia 30 grudnia 2020 r. udzielił odpowiedzi na następujące pytania poszczególnym wykonawcom:

Firma 2

2. Prosimy o wykreślenie wymagania: Test musi posiadać status EUL WHO.

Powyższy warunek spełniają tylko dwa wyroby na świecie tj. Panbio COVID-19 Ag Rapid Test Device (NASOPHARYNGEAL) firmy Abbott Rapid Diagnostics Jena GmbH oraz STANDARD Q COVID-19 Ag Test firmy Biosensor, dlatego wnosimy o wykreślenie w/w wymagania z uwagi na naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz narusza ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Światowa Organizacja Zdrowia WHO nie zajmuje się dopuszczeniem do obrotu testów do wykrywania SARS-CoV-2, a posiadanie statusu EUL WHO nie oznacza, że tylko testy które ten status posiadają mogą być wprowadzone do obrotu i używania w krajach UE. Wymaganie w/w statusu pozbawia możliwości złożenia ofert przez innych producentów, którzy również są w stanie zaoferować testy o podobnych a nawet lepszych parametrach niż określone przez Zamawiającego.

Ponadto warunek postawiony przez Zamawiającego eliminuje z postępowania wykonawców oferujących wyroby spełniające wymagania WHO wprowadzone do obrotu i używania zgodnie z dyrektywą IVD 98/79/WE.

Zamawiający w ten sposób narusza:

-art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,

-art. 29 ust. 1, 2, i 3 ustawy poprzez określenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, a jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy

-art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt. 3 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję a jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na zróżnicowanym traktowaniu klienta oraz wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy-naruszenie art. 17 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 nr 14, poz. 114 z późn. zm.).”

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Firma 4

5.Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zaoferowanie testu, który nie spełnia wymagań WHO? Wymaganie, aby test posiadał status EUL WHO jest niezgodne z:

a) Ustawą o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r. (Dz.U. 2010 nr 107 poz. 679),

b) Wskazaniami Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych w Warszawie jako jednostki nadzorującej obrót towarami na terenie RP w imieniu Ministerstwa Zdrowia,

c)Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia,

d) Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 12 stycznia 2011 r. w sprawie wymagań zasadniczych dla wyrobów medycznych do diagnostyki In vitro (Dz.U. 2011 nr 16 poz. 75),

e) art. 7, art. 30 art. 29 Ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz U z 2012 r poz. 769 ze zm.),

f) Dyrektywą 98/79/WE z dnia 27 października 1998 r. w sprawie wyrobów medycznych używanych do diagnozy in vitro,

g) Wytycznymi krajowymi dotyczącymi testów wykrywających antygen SARS-CoV-2 w diagnostyce COVID-19 w Polsce, które są nadrzędne do zaleceń WHO,

h) Z ustawą z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. Nr 153, poz. 1503 z późniejszymi zmianami). Dyrektywa 98/79/WE oraz ustawa o wyrobach medycznych z dnia 20 maja 2010 r. wprost wskazują, że w obrocie gospodarczym mogą znajdować się wyroby posiadające znak CE, a nie rekomendowane przez jednostkę nie posiadającą możliwości i uprawnień do zwalniania wyrobów do obrotu gospodarczego na terenie UE. Ponieważ WHO jest organizacją działającą w ramach ONZ i zajmuje się ochroną zdrowia jej rekomendacje mogą być wiążące dla obszaru gospodarczego poza UE. Jednak kraje UE mają odrębne przepisy i do obrotu można wprowadzać wyroby zgodne z Dyrektywą 98/79/WE tj. oznakowane CE, spełniające wymagania norm w tym jakościowych. Polska może wprowadzić dodatkowe wymagania dla wymaganej jakości i takie wprowadziła w odpowiednich wytycznych, które wymagają, aby testy były wyższej czułości diagnostycznej niż rekomendowane przez WHO. Obowiązującym dokumentem są rekomendacje Zespołu do spraw koordynacji sieci laboratoriów COVID w sprawie możliwości wykorzystania wykrywających antygen SARS-CoV-2 w diagnostyce COVID-19 w Polsce z dnia 03-11- 2020 (1). Zatem wymaganie statusu EUL WHO jest niezgodne z przepisami krajowymi oraz UE

Odpowiedź: Zgodnie z SIWZ.

Firma 6

Dotyczy zadania nr 28:

1.Z racji, że sformułowane warunki postępowania przetargowego na zakup testów antygenowych ograniczają konkurencję i dopuszczają tylko jednego wykonawcę, zwracamy się z prośbą wyrażenie zgody przez Zamawiającego na zaoferowanie testu, który cechuje się b. wysoką czułością i swoistością (odpowiednio 96.52% i 99.68%), spełniając tym samym wymagania zarówno WHO jak i wymagania zgodne ze Stanowiskiem Zarządu Głównego Polskiego Towarzystwa Epidemiologów i Lekarzy Chorób Zakaźnych w sprawie wartości diagnostycznej testów antygenowych wykorzystywanych w rozpoznawaniu zakażeń SARS-CoV-2, odnośnie tych parametrów? Oferowany test nie poddano badaniom pod kątem braku reakcji krzyżowej z HSV 1 podanym przez Zamawiającego w specyfikacji, natomiast udowodniono w badaniach brak reakcji krzyżowej z innymi koronawirusami takimi jak 229E, OC43 i NL63.

Oferowany test posiada wewnętrzną kontrolę poprawności wykonania badania a dodatkowo procedura ekstrakcji materiału po wymazie, nie przewiduje pozostawienia wymazówki w probówce z buforem ekstrakcyjnym. Oferowany zestaw diagnostyczny wyposażony jest w:

a) płytki testowe w indywidualnym foliowym opakowaniu zawierającym środek pochłaniający wilgoć,

b) próbówki ekstrakcyjne z odpipetowanym buforem ekstrakcyjnym (brak konieczności jego dozowania),

c) zatyczki dozujące w opakowaniu będącym „statywem” na próbówki z buforem,

d) sterylne wymazówki do pobierania wymazu z nosogardzieli,

e) instrukcję stosowania

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza.

Dalej, Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 8 lutego 2021 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz działem VI SIWZ wezwał Przystępującego do uzupełnienia brakujących informacji, gdyż w przesłanej przez Przystępującego ulotce dotyczącej pakietu nr 28 Testy wykrywające antygen Sars CoV 2 brak jest informacji spełniania przez test wytycznych WHO odnośnie wykrywania antygeny w diagnozie Sars CoV 2 i posiadania statusu EUL WHO. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł w tym piśmie, że nie uzupełnienie w/w dokumentów skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z prowadzonego postępowania.

W wykonaniu powyższego wezwania Przystępujący pismem z dnia 8 lutego 2021 r. dokonał wyjaśnienia treści złożonej oferty i oświadczył, że oferowany test nie posiada statusu EUL WHO.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, Izba uznała, że motywacja Zamawiającego przyjmująca, że Przystępujący może zaoferować wyrób medyczny nie posiadający statusu EUL WHO – w przekonaniu Izby – nie jest poprawna.

Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie nie jest spójne i pozostaje w kolizji z powołanym wyżej unormowaniem załącznika nr 2 do SIWZ, które określało, że test musi spełniać wytyczne WHO odnośnie wykrywania antygeny w diagnozie Sars CoV 2 i posiadać status EUL WHO.

Bezspornym jest, że Przystępujący w oświadczeniu z dnia 8 lutego 2021 r. w sposób jednoznaczny przyznał, że oferowany przez niego test nie posiada statusu EUL WHO.

Pogląd Izby w tej materii wzmacnia dowód w postaci cyt. wyżej pisma Zamawiającego z dnia 8 lutego 2021 r., gdzie zwrócił on uwagę, że Przystępujący w ulotce dotyczącej pakietu nr 28 Testy wykrywające antygen Sars CoV 2 nie zawarł informacji spełniania przez test wytycznych WHO odnośnie wykrywania antygeny w diagnozie Sars CoV 2 i posiadania statusu EUL WHO.



Zdaniem Izby – treść tego pisma potwierdza w sposób pewny, że Zamawiający poszukiwał dowodu na potwierdzenie okoliczności posiadania przez Przystępującego statusu EUL WHO, która musiała mieć dla niego istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia kwestii spełniania powyższego wymogu SIWZ

Nadto, wymaga również wskazania, że zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący pominęli w swoim rozumowaniu treść pytań i odpowiedzi Zamawiającego na wskazane wyżej pytania firmy 2 i 4, gdzie wykonawcy otrzymali jednoznaczne odpowiedzi od Zamawiającego odsyłające na gruntu SIWZ, którego brzmienie – według Izby – nie wymagało dodatkowych zabiegów interpretacyjnych, w warunkach, gdy wykonawcy ci wnioskowali o zrezygnowanie przez Zamawiającego z wymogu posiadania statusu EUL WHO.

Izba zauważyła, że w tamtej sytuacji Zamawiający nie uczynił żadnych ustępstw wobec tych wykonawców i nie zrezygnował z wymagania posiadania statusu EUL WHO.

Natomiast, obecnie – w przekonaniu Izby – Zamawiający opiera się na błędnym wnioskowaniu wyprowadzonym z treści odpowiedzi na pytanie firmy 6, że samo spełnianie wymagań zarówno WHO, jak i wymagania zgodnego ze Stanowiskiem Zarządu Głównego Polskiego Towarzystwa Epidemiologów i Lekarzy Chorób Zakaźnych, jest równoznaczne z posiadaniem statusu EUL WHO.

Powyższe potwierdził na rozprawie w dniu 29 czerwca 2021 r. sam Przystępujący przyznając, że czym innym są wymagania WHO, a czym innym jest posiadanie statutu EUL WHO.

Wobec tego Izba nie miała żadnych wątpliwości, że Zamawiający był zobowiązany do zastosowania przepisu art.89 ust.1 pkt 2 dawnej ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Jednocześnie Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art.24 ust.1 pkt 16 i pkt 17 dawnej ustawy Pzp z tego powodu, że Przystępujący ekskulpował się w oświadczeniu z dnia 8 lutego 2021 r., w którym w sposób jednoznaczny przyznał, że oferowany przez niego test nie posiada statusu EUL WHO.

Z powyższych względów nie można uznać – według zapatrywania Izby, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji lub, że zataił te informacje, a także, że Przystępujący przedstawił informacje wprowadzające w błąd

Zamawiającego, skoro nastąpiło powyższe jego przyznanie w warunkach winy zarówno zwykłej, jak i kwalifikowanej.

Ostatecznie, Izba ustaliła, że Odwołujący wniósł już w tej sprawie pierwsze odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2021 r. w zakresie części dotyczącej pakietu 28 zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z Postępowania w zakresie Pakietu 28, mimo faktu, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, w zakresie spełniania przez test wytycznych WHO odnośnie wykrywania antygeny w diagnozie Sars CoV 2 i posiadania statusu EUL WHO,

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP przez zaniechanie wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z udziału w Postępowaniu w zakresie pakietu 28, mimo faktu, iż wykonawca ten lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a to związane z przedstawieniem informacji (złożenia przez wykonawcę oświadczenia) w zakresie spełniania przez test wytycznych WHO odnośnie wykrywania antygeny w diagnozie Sars CoV 2 i posiadania statusu EUL WHO,

3. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 PZP w zw. z Załącznikiem nr 2 do SIWZ – tabeli "Pakiet nr 28 Testy wykrywające antygen SarsCoV 2" poprzez zaniechanie odrzucenia oferty AMP Polska sp. z o.o. w zakresie pakietu 28 Postępowania, pomimo okoliczności, że jej oferta nie odpowiadała specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż oferowane przez nią testy nie spełniają wytycznych WHO odnośnie wykrywania antygeny w diagnozie Sars CoV 2 i nie posiadają statusu EUL WHO, co stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

4. ewentualnie w przypadku braku uznania któregośkolwiek z powyższych zarzutów niniejszym zarzucam naruszenie art. 26 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez zaniechanie wezwania AMP Polska sp. z o.o. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 PZP dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w Załączniku nr 2 do SIWZ – tabeli "Pakiet nr 28 Testy wykrywające antygen SarsCoV 2" w postaci spełniania przez test wytycznych WHO odnośnie wykrywania antygeny w diagnozie Sars CoV 2 i posiadania statusu EUL WHO, mimo wezwania Zamawiającego do dokonania takiej czynności przez Argenta i poinformowania Zamawiającego o braku spełniania przez AMP Polska sp. z o.o. warunków SIWZ.

Wskazując na powyższe naruszenia, wnosił w tamtej sprawie 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 ofert w zakresie pakietów 9, 12, 13, 18, 19, 21, 24, 25, 27, 28 Postępowania,
  - b. czynności wykluczenia Argenta sp. z o.o. sp. k. z udziału w Postępowaniu w zakresie pakietów 9, 12, 13, 18, 19, 21, 24, 25, 27, 28 Zamówienia (a w konsekwencji odrzucenia) oferty Argenta sp. z o.o. sp. k.,
  - c. czynności polegającej na wyborze oferty:
    - i. BioMaxima S.A. jako najkorzystniejszej, w zakresie pakietu 9, 19 i 25 Postępowania,
    - ii. Z. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Graso Z. S.” jako najkorzystniejszej, w zakresie pakietów 21, 24 Postępowania,
    - iii. AMP Polska sp. z o.o. w zakresie pakietu 28 Postępowania, oferty AMP Polska sp. z o.o.,
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert w zakresie pakietów 9, 12, 13, 18, 19, 21, 24, 25, 27, 28 Zamówienia, a w związku z czym wezwanie Argenta sp. z o.o. sp. k. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 1 PZP. dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP,
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert, a w związku z czym wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z Postępowania w zakresie pakietu 28 Postępowania (w konsekwencji odrzucenia jej oferty),
6. ewentualnie, w braku podstaw do wykluczenia AMP Polska sp. z o.o. z Postępowania w zakresie pakietu 28 Postępowania o nakazanie Zamawiającemu wezwania AMP Polska sp. z o.o. do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 PZP dokumentów potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w Załączniku nr 2 do SIWZ – tabeli ”Pakiet nr 28 Testy wykrywające antygen SarsCoV 2”, a następnie po dokonaniu ponownej oceny nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty AMP Polska sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP jako niezgodnej z SIWZ,
7. ewentualnie, na wypadek uznania że zachodziły przesłanki do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, wnoszę o nakazanie Zamawiającemu zwrócenia Argenta sp. z o.o. sp. k. otrzymanego wadium w całości,
8. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Izba stwierdziła, że postanowieniem z dnia 14 kwietnia 2021 r. Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 889/21 postępowanie odwoławcze zostało umorzone, wskutek uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości.

Stosownie do art.522 ust.1 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę, że w powołanym wyżej pkt 6 żądania(wniosku) w pierwotnym odwołaniu Odwołujący wnioskował o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty AMP Polska sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP jako niezgodnej z SIWZ należało przyjąć, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego dyspozycji przepisu art.522 ust.1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**