

**Sygn. akt KIO 2674/20**

**WYROK**  
**z dnia 4 listopada 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2020 r. przez wykonawcę J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą IMOGENA J. N. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie

przy udziale wykonawcy BioMaxima S.A. w Lublinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiemu Szpitalowi Zakaźnemu w Warszawie unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w pakiecie nr 1 oraz powtórzenie czynności badania oferty BioMaxima S.A. w Lublinie z uwzględnieniem uzyskania wyjaśnień dotyczących możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz za cenę podaną w ofercie na podstawie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 ust. 1 Pzp;
2. kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą IMOGENA J. N. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Szpitala Zakaźny w Warszawie na rzecz J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą IMOGENA J. N. w Poznaniu kwotę 18.600 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” zamówienia, którego przedmiotem są dostawy odczynników oraz zestawów transportowych do diagnostyki SARS-CoV-2. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S136-334294. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania w związku z czym wykonawca J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą IMOGENA J. N. w Poznaniu 16 października 2020 r. wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez dopuszczenie do dalszego etapu oceny ofert i wyboru oferty wykonawcy BioMaxima S.A. w Lublinie, który nie uzasadnił spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie pakietu nr 1 ww. postępowania przez brak wykazania przez BioMaxima S.A. z siedzibą w Lublinie, że jest w stanie wykonać zamówienie, pomimo złożenia przez producenta oferowanego testu trójgenowego o nr katalogowym CAV2/GP/100 oraz przez odwołującego jako autoryzowanego dystrybutora tego produktu na terenie RP, pisemnych oświadczeń, iż nie współpracują z BioMaxima S.A i nie będą współpracować z BioMaxima S.A. przy realizacji zamówienia, a to w związku z treścią art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 186 - dalej: „ustawa o wyrobach medycznych”), zgodnie z którym nie jest dopuszczalne dostarczanie i udostępnianie stanowiącego wyrób medyczny przedmiotu zamówienia osobom, które nie są profesjonalnymi użytkownikami,
2. art. 87 ust. 1 zd. pierwsze Pzp przez zaniechanie zażądania przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w postaci dowodów zdolności do realizacji długoterminowej umowy dostawy testu trójgenowego o nr katalogowym CAV2/GP/100 - pomimo przedstawionych przez odwołującego dowodów braku możliwości zgodnej z prawem realizacji zamówienia przez BioMaxima S.A.
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybór oferty, której treść nie odpowiada specyfikacji

istotnych warunków zamówienia,

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010) przez nie odrzucenie oferty noszącej cechy manipulacji ceną w celu zawyżenia punktacji, oferowania ceny sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia - a to w świetle okoliczności, iż BioMaxima S.A. złożył ofertę cenową o ok. 28% niższą niż autoryzowany przedstawiciel producenta oferowanego odczynnika GeneProof a.s., co wskazuje na intencjonalne działanie, nakierowanie na eliminację z rynku innych oferentów, jak również wskazuje na sprzedaż towaru poniżej kosztów wytworzenia, względnie odprzedaż poniżej kosztów zakupu,
5. art. 89 ust. 1 pkt 7 lit. d Pzp w związku z art. 6 ustawy o wyrobach medycznych - przez wybór oferty na dostawę odczynników medycznych do diagnostyki SARS-CoV-2 z pominięciem np. w ramach kryterium jakości/zweryfikowania źródła pochodzenia przedmiotu zamówienia oraz z pominięciem elementu doradztwa i wsparcia ze strony producenta testu w celu zapewnienia prawidłowości procesu testowania i uniknięcia zafałszowanych wyników - co stanowi zagrożenie bezpieczeństwa publicznego w obszarze ochrony zdrowia - w sytuacji panującego stanu epidemii COVID-19;

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty w pakiecie nr 1 i odrzucenie oferty BioMaxima S.A. jako niespełniającej warunki udziału w postępowaniu, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Wniósł również o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania i zasądzenie na swoją rzecz kwoty poniesionych kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz pozostałych dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający nie dochował należytej staranności zmierzającej do uzyskania dowodu, że BioMaxima S.A. jest w stanie zrealizować zamówienie, nie wystąpił do BioMaxima S.A., aby ten co najmniej uprawdopodobnił twierdzenia przedstawione w ofercie, do czego zamawiający był uprawniony w świetle art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy. Podniósł, że wezwanie do wyjaśnień treści oferty jest uprawnieniem zamawiającego, ale w tej szczególnej sytuacji stanu epidemii COVID-19, obowiązkiem zamawiającego była dodatkowa weryfikacja oferty BioMaxima S.A., chociażby ze względu na dobro i bezpieczeństwo publiczne. Niezwykle istotne jest także doradztwo co do prawidłowej obsługi procesu testowania, które może zapewnić tylko producent testu i osoby przez niego upoważnione, tj. na obszarze Polski wyłącznie odwołujący. Tylko w ten sposób otrzymane wyniki testów będą rzetelne i prawidłowe, a tylko taki stan jest pożądanym z punktu widzenia

dobra i bezpieczeństwa publicznego. Zarzucił, że zamawiający nie wezwał BioMaxima S.A., aby ten przedstawił chociażby oświadczenie producenta albo autoryzowanego dystrybutora oferowanego produktu o nr katalogowym CAV2/GP/100, że będzie w stanie dostarczyć produkt na żądanie wykonawcy. Odwołujący wywiódł, że zamawiany produkt należy do grupy wyrobów medycznych, co do których należy stosować najwyższe standardy bezpieczeństwa i wymogi jakościowe. W związku z tym, że postępowanie dotyczyło dostaw produktu przez okres 24 miesięcy, w interesie zamawiającego oraz bezpieczeństwa publicznego było uzyskanie dowodów potwierdzających zdolność do realizacji zamówienia, a nie poprzestawanie wyłącznie na głośnych deklaracjach BioMaxima S.A. o posiadaniu takiej zdolności.

Odwołujący zarzucił, że skoro autoryzowany przedstawiciel firmy Gene Proof a.s. producenta oferowanego przez BioMaxima S.A. testu trójgenowego o nr katalogowym CAV2/GP/100 oraz Gene Proof a.s. złożyli pisemne oświadczenia, że nie współpracują i nie będą współpracować przy realizacji zamówienia z BioMaxima S.A. zamawiający powinien wykazać szczególną ostrożność w tym zakresie. Podkreślił, że przedmiot zamówienia - w zakresie pakietu nr 1 dotyczył odczynników - testów trójgenowych. tj., wyrobu medycznego, będącego przedmiotem uregulowania w ustawie o wyrobach medycznych. Zgodnie z art. 10 ust. 2 tej ustawy zabronione jest dostarczanie i udostępnianie stanowiącego wyrób medyczny przedmiotu zamówienia przez producenta, względnie dystrybutora osobom, które nie są profesjonalnymi użytkownikami tych wyrobów. W konsekwencji oczywistym jest, że BioMaxima S.A. złożyła ofertę na produkt, którego nie jest w stanie dostarczyć w wymaganym ustawą o wyrobach medycznych systemie dystrybucji, z niezbędną gwarancją bezpieczeństwa dla pacjentów oraz personelu medycznego. To wyłącznie odwołujący daje gwarancję prawidłowej realizacji zamówienia, będąc upoważnionym i zweryfikowanym przez producenta autoryzowanym dystrybutorem produktu producenta na terenie RP. Zgodnie treścią art. 17 i 18 ustawy o wyrobach medycznych na odwołującym jako na autoryzowanym dystrybutorze testu trójgenowego o nr katalogowym CAV2/GP/100 ciąży szereg obowiązków i wymagań związanych z bezpieczeństwem obrotu wyrobami medycznymi, obowiązek dbałości o prawidłowe wykorzystanie u użytkowników końcowych sprzedawanych odczynników, przejawiający się m.in. w przeprowadzaniu szkoleń i udzielaniu wszelkiego wsparcia laboratoriom korzystającym z produktów Gene Proof a.s. Wyrób medyczny jakim jest test trójgenowy nie może być traktowany jak każdy inny produkt, np. aparat lub urządzenie techniczne, a sposób dystrybucji wyrobów medycznych winien uwzględniać mechanizmy skutecznego nadzoru nad wprowadzaniem do obrotu, jak również gwarantować wysoki poziom bezpieczeństwa użytkownikom i pacjentom. Dystrybucja wyrobów medycznych musi cechować się szczególną dbałością o zachowanie jakości wyrobu

medycznego. Przez wyznaczenie autoryzowanego dystrybutora odpowiedzialny producent monitoruje obrót odczynnikami medycznymi oraz monitoruje ich prawidłowe stosowanie, ma możliwość monitorowania ewentualnych zagrożeń w obrocie wyrobami medycznymi i zapewnienia bezpieczeństwa użytkowników. Wyłącznie odwołujący posiada pełną dokumentację i wiedzę dotyczącą wyrobu medycznego, jakim jest test trójgenowy o nr katalogowy m CAV2/GP/100, prowadzi szkolenia dla personelu laboratoriów, zapewnia wsparcie techniczne.

Odwołujący wyjaśnił, że zarzuty skierowane przeciwko odwołującemu w piśmie pełnomocnika przez BioMaxima S.A. co do naruszania przepisów dotyczących ochrony konkurencji i konsumentów są nieuzasadnione zarówno ze względu na specyfikę obrotu wyrobami medycznymi, jak i ze względu na fakt, że odwołujący zajmuje się sprzedażą wyłącznie na rzecz ostatecznych użytkowników, co eliminuje jakiegokolwiek zarzuty naruszenia prawa konkurencji.

Podniósł, że w świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający dokonując badania i oceny ofert miał obowiązek ustalić, czy złożenie oferty przez BioMaxima S.A. nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający zupełnie zaniechał zbadania oferty BioMaxima S.A. w tym aspekcie, pomimo iż zamierza zawrzeć długoterminową, 24-miesięczną umowę na dostawę odczynnika absolutnie niezbędnego, w związku z udzielaniem przez zamawiającego świadczeń zdrowotnych.

Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia przesądza, że aktualnie tylko jeden dostępny na rynku produkt spełnia postawione w SIWZ warunki i produktem tym jest trójgenowy test o numerze katalogowym CAV2/GP/100 produkcji Gene Proof a.s.. Skoro producent, a więc oświadczył, że nie będzie współpracował na terenie Polski z innym podmiotem niż odwołujący - a zasadność tego twierdzenia potwierdzają przepisy statuujące wymogi dotyczące obrotu wyrobami medycznymi - bezpośrednio potwierdza niespełnienie przez BioMaxima S.A. warunku, że zakres świadczenia tego oferenta wynikający z treści złożonej oferty odpowiada SIWZ. W tej sytuacji brak odrzucenia oferty BioMaxima S.A. stanowi naruszenie ustawy.

Odwołujący podniósł, że zarzuty są również zasadne w świetle coraz liczniejszych sygnałów, nie tylko medialnych, dotyczących wątpliwych wyników i zafałszować testów w kierunku SARS-CoV-2. Tym bardziej, więc w tym szczególnym okresie stanu epidemii testy powinny być pozyskiwane z najwyższą ostrożnością, z bezpiecznych i sprawdzonych źródeł, jak również sam proces testowania powinien zostać poparty doradztwem i konsultacjami z producentem, którego to wsparcia nie zapewnia wybór oferty BioMaxima S.A.

Wykonawca BioMaxima S.A. w Lublinie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiot sporu dotyczy pakietu nr 1, w którym zamawiający opisał dwa testy:

1. Diagnostyka molekularna SARS-CoV-2- test dwugenowy w ilości 375 op. a' 96 oznaczeń;
2. Diagnostyka molekularna SARS-CoV-2- test trójgenowy 12 op. a' 100 oznaczeń.

Zestaw warunków koniecznych, które odczynniki powinny spełniać został opisany w załączniku nr 6 do SIWZ.

Zamawiający w pkt 5.1 SIWZ ustalił warunki udziału w postępowaniu, wymagając:

- 5.1.1 posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 5.1.2 posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 5.1.3 dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 5.1.4 sytuacji ekonomicznej i finansowej;

Zamawiający ustalił, że warunki zostaną spełnione, jeżeli wykonawca złoży oświadczenie w trybie art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pkt 6.3.5 SIWZ zamawiający wymienił dokumenty, których złożenia wraz z ofertą żądał w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają opisanym wymaganiom:

- 6.3.5.1. kopie deklaracji zgodności CE dla wszystkich odczynników;
- 6.3.5.2. oświadczenie na formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ dla wyrobów medycznych lub oświadczenie, że oferowane produkty nie są wyrobami medycznymi w myśl ustawy o wyrobach medycznych;
- 6.3.5.3 instrukcje/ulotki metodyczne wykonywania w języku polskim dla wszystkich odczynników.

Zamawiający wymagał również złożenia oświadczeń, że:

1. oferowane odczynniki:
  - a) posiadają deklarację zgodności CE;

b) są dopuszczone do obrotu i do używania, zgodnie z wymogami ustawy o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107 poz.679 z dnia 20.05.2010).

2. istnienia podstaw wykluczenia spośród wymienionych w art. 24 ust. 1 pkt 13-14, 16-20 Pzp;

3. wszystkie informacje podane oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji.

W pkt 14.1 jako kryteria oceny ofert zamawiający wskazał:

- cenę - 60%;
- jakość odczynników – 40%

W odpowiedzi BioMaxima S.A. złożył ofertę z łączną ceną 1.469.016,00 zł, przy czym jako test dwugenowy wskazał - PCR 5008 o wartości 1.405.512 zł, jako test trójgenowy COV2/GP/100 o wartości 63.504,00 zł. Odwołujący złożył ofertę z łączną ceną 2.036.340,00 zł, przy czym jako test dwugenowy wskazał - 7091046 o wartości 1.984.500 zł, jako test trójgenowy COV2/GP/100 o wartości 51.840 zł. Producentem odczynnika COV2/GP/100 jest firma GeneProof a.s. w Brnie (Republika Czeska). Złożył też wszystkie wymagane przez zamawiającego oświadczenia.

Pismem z 2 września 2020 r. odwołujący skierował do zamawiającego pismo, w którym wskazał, że jest jedynym i wyłącznym na Polskę dystrybutorem produktów oferowanych przez firmę GeneProof, w związku z czym BioMaxima zaoferowała produkt, którego nie posiada w sprzedaży. Załączył oświadczenie, że IMOGENA jest autoryzowanym dystrybutorem produktów firmy GeneProof na terenie Polski. W drugim piśmie z tej samej daty odwołujący zwrócił się do zamawiającego o wskazanie, w jaki sposób BioMaxima ma zamiar dostarczyć produkt Gene Proof o numerze katalogowym COV2/GP/100. Oświadczył, że nie oferował tego produktu BioMaxima i nie odsprzedaje produktów pośrednikom. Wskazał, że nie jest możliwe, aby BioMaxima mogła dostarczyć produkt GeneProof numerze katalogowym COV2/GP/100, ani żaden inny produkt firmy GeneProof.

Pismem z 15 września 2020 r. zamawiający zwrócił się do BioMaxima z prośbą o ustosunkowanie się do pism odwołującego, które przekazał w załączeniu. W odpowiedzi pełnomocnik ustanowiony przez BioMaxima oświadczył, że:

1) Spółka BIOMAXIMA S.A. z siedzibą w Lublinie potwierdza i ponownie oświadcza, że posiada zdolność wykonania całego zamówienia objętego przetargiem nieograniczonym PN/130L/06/2020, w tym dokonania dostawy testów trzygenowych, objętych w pozycji 2 (COV2/GP/100); oświadczenie takie, świadoma odpowiedzialności za jego treść, BIOMAXIMA S.A. złożyła w dokumentacji przetargowej;



2) Zgodnie z art. 101 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 6 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami umów, których celem byłby podział rynków lub źródeł zaopatrzenia; fakt, że pan J. N., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Imogena J. N.” jest „wyłącznym dystrybutorem” produktów GeneProof a.s. z siedzibą w Brnie, Republika Czeska, nie powoduje niemożności dostarczenia produktu tej spółki przez innego dostawcę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i nabycia tegoż przez BIOMAXIMA S.A. od innego podmiotu aniżeli J. N. . Zgodnie z postanowieniem art. 4 lit. (b) rozporządzenia Komisji (UE) nr 330/2010 z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 TFUE, umowa o wyłącznej dystrybucji na określonym terytorium nie może ograniczać sprzedaży biernej także spoza terytorium dla którego dystrybutorowi przyznano wyłączność na podstawie takiej umowy.

W związku z faktem wystosowania przekazanego nam pisma oraz treści załączonych doń dokumentów, pochodzących od spółki GeneProof a.s. z siedzibą w Brnie w Republice Czeskiej, stanowiących przesłankę uprawdopodobniającą fakt podjęcia przez te podmioty działań, mających na celu ograniczenie możliwości sprzedaży biernej produktów związanych z diagnostyką COVID-19, informujemy także, że BIOMAXIMA S.A. upoważniła naszą kancelarię do złożenia zawiadomienia do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dotyczącego możliwości naruszenia art. 101 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, na szkodę polskiego systemu finansowania opieki medycznej ze środków publicznych.

Zamawiający 7 października 2020 r. za najkorzystniejszą w pakiecie nr 1 uznał ofertę BioMaxima S.A.

Odwołujący złożył również oświadczenie GeneProof z 7 października 2020 r., zgodnie z którym, ani firma, ani osoba fizyczna, inna niż odwołujący będący wyłącznym dystrybutorem produktów GeneProof a.s. w Polsce nie jest upoważniona do promowania oraz sprzedaży naszych produktów na terytorium Polski. Wszelkie czynności wykonywane przez inne firmy lub osoby fizyczne są niedopuszczalne i GeneProof a.s. nie zgadza się z reprezentowaniem naszych produktów przez kogokolwiek innego. GeneProof a.s. nie udziela żadnej gwarancji na obsługę produktów sprzedawanych przez kogokolwiek innego niż Imogena.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść

szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, a tym samym utraty korzyści wynikających z uzyskania i wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty Izba uznała za potwierdzone.

Na rozprawie stanowisko zamawiającego koncentrowało się na korzyściach ekonomicznych, które zamawiający spodziewa się uzyskać w związku z wyborem tańszej oferty BioMaxima. W świetle zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasady przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji oraz celu przekraczającego interes ekonomiczny zamówienie, dla którego udzielane jest badane zamówienie, stanowisko takie niewystarczające dla rozproszenia wątpliwości co do możliwości prawidłowego wykonania zamówienia przez BioMaxima.

Odwołujący, składając oświadczenie własne – oświadczenie autoryzowanego przedstawiciela GeenProof oraz oświadczenie GeenProof o braku współpracy z przystępującym poddał w wątpliwość możliwość prawidłowego wykonania zamówienia przez BioMaxima. Zamawiający w istocie nie wyjaśnił tych wątpliwości, gdyż w odpowiedzi na pismo z 15 września 2020 r. oprócz zapowiedzi wystąpienia przeciw odwołującemu do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, uzyskał tylko potwierdzenie oświadczeń złożonych przez BioMaxima. Jest wystarczające dla uznania, że przystępujący złożył ofertę realną, możliwą do wykonania.

Zdaniem Izby sama czynność wezwania BioMaxima była wykonana nieprawidłowo. W świetle tego, że GeenProof i odwołujący będący jego wyłącznym dystrybutorem na terenie Polski w dacie złożenia oferty nie współpracowały z BioMaxima, co więcej zadeklarowały brak woli współpracy, zamawiający nie powinien koncentrować się wyłącznie na tym, że BioMaxima złożył oświadczenia wymagane w SIWZ. Zobowiązanie do wykonania umowy, które wykonawca przyjmuje na siebie przez złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powstaje w dacie złożenia oferty i w tej dacie wykonawca powinien być zdolny do jego prawidłowego wykonania. Wyjaśnienia udzielone przez BioMaxima nie mówią o możliwości prawidłowego wykonania długoterminowej umowy dostawy testu.

Wezwanie do wyjaśnień treści oferty, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp, stanowi uprawnienie zamawiającego do wyjaśniania wszystkich wątpliwości, które powstają w toku badania i oceny ofert. Zaniechanie zamawiającego wezwania BioMaxima do wyjaśnień dotyczących zdolności wykonawcy do prawidłowego wykonania umowy narusza prawo.

Na rozprawie zamawiający i BioMaxima wyjaśniali, że możliwa jest dostawa testu zakupionego w innym kraju Unii Europejskiej, nie bezpośrednio u producenta. Należy jednak

zauważyć, po pierwsze, że Izba ocenia czynności zamawiającego dokonane w toku postępowania, a wskazane wyjaśnienia nie zostały udzielone zamawiającemu przez Biomaxima w odpowiedzi na pismo z 15 września 2020 r. Po drugie, nawet gdyby wyjaśnienia takie Biomaxima złożył zamawiającemu, to w świetle logiki i doświadczenia życiowego byłyby one niewystarczające. Testy do diagnostyki są specyficznym przedmiotem dostawy wymagającym m.in. określonych warunków transportu, co ma znaczenie również dla ceny oferty. W tej sytuacji należałoby wyjaśnić, czy za cenę podaną w ofercie realizacja dostawy odczynników trójgenowych jest możliwa.

Z tych powodów Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wyjaśnienie oferty BioMaxima na podstawie art. 87 ust. 1 oraz 90 ust. 1 Pzp. Istotne znaczenie ma też ustalenie, że stan rzeczy opisany w ewentualnych wyjaśnieniach, istniał w dacie złożenia oferty przez BioMaxima. W ocenie składu orzekającego brak wykazania przez BioMaxima, że w dniu składania oferty wykonawca był gotowy do wykonania zamówienia przez cały czas jego trwania i za cenę podaną w ofercie może stanowić podstawę do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 Pzp. Złożenie oferty w sytuacji, gdy wykonawca nie jest w stanie przedmiotowo wykonać zaoferowanego świadczenia i zdolność tę uzyskuje następczo, po wyborze swojej oferty, może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Działanie takie nie odpowiada przepisom ustawy, jest rażąco sprzeczne z dobrymi obyczajami, a także narusza interes konkurującego przedsiębiorcy i może powodować negatywne konsekwencje dla zamawiającego udzielającego świadczeń medycznych. Ważność tak złożonej oferty powinna podlegać ocenie na gruncie przepisów kodeksu cywilnego w związku z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Reasumując, zamawiający nie wykonał prawidłowo czynności badania oferty BioMaxima, nie uzyskał informacji pozwalających na racjonalne uznanie, że wykonawca prawidłowo wykona swoje zobowiązanie. Zarzuty podnoszone przez BioMaxima dotyczące naruszenia prawa wspólnotowego nie podlegają kognicji Izby. Podlegają badaniu w innym postępowaniu prowadzonym przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odsyła bowiem wyłącznie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i Izba może oceniać czynności zamawiającego powzięte w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyłącznie w granicach przepisów tej ustawy.

Pozostałe zarzuty odwołania nie znalazły potwierdzenia.

Ocena spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu następuje wyłącznie w granicach opisanych w SIWZ. Odwołujący nie wykazał, którego z wymagań zamawiającego wykonawca nie jest w stanie spełnić, zatem brak jest podstaw do

wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp lub odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Brak wiedzy na temat, w jaki sposób BioMaxima ma zamiar wykonać dostawę odczynników do testu trójgenowego, nie pozwala na odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7d Pzp. Czynność odrzucenia oferty nie może opierać się na domniemaniu konkurenta w postępowaniu, lecz powinna znajdować uzasadnienie w ustaleniach faktycznych i ich racjonalnej ocenie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 poz. 972).

**Przewodniczący:** .....