

Sygn. akt: KIO 2203/20

## WYROK

z dnia 15 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**

Protokolant: **Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 07 września 2020 r. przez Odwołującego **G. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DIAG - MED G. K. (ul. Stanisława 50, 05-800 Pruszków)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński (ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków)** przy udziale Wykonawcy **Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. (ul. Osmańska 14, 02-823 Warszawa)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego

### orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **G. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DIAG - MED G. K. (ul. Stanisława 50, 05-800 Pruszków)** i
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **G. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DIAG - MED G. K. (ul. Stanisława 50, 05-800 Pruszków)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego **G. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DIAG - MED G. K. (ul. Stanisława 50, 05-800 Pruszków)** na rzecz Zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński (ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków)** kwotę **488,06 zł 00 gr** (słownie: czterysta osiemdziesiąt osiem złotych sześć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

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

Przewodniczący: .....

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający Uniwersytet Jagielloński prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wyłonienie Wykonawcy w zakresie dostawy cytometru cyfrowego dla Zakładu Mikrobiologii Wydziału Biochemii, Biofizyki i Biotechnologii Uniwersytetu Jagiellońskiego, przy ul. Gronostajowej”. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z 01 lipca 2020 roku pod numerem 550528-N.

Odwołujący G. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą DIAG-MED. G. K. wniosła odwołanie, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na zaoferowanie urządzenia z zabezpieczeniem antyskażeniowym nieodpowiadającym wymogom SIWZ, podczas gdy urządzenie zaoferowane przez Odwołującego wyposażone jest w zabezpieczenie antyskażeniowe odpowiadające wymogom SIWZ, a wymogi podane przez Zamawiającego w ramach uzasadnienia do czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie znajdowały się pierwotnie w SIWZ, lecz zostały do niej wprowadzone przy naruszeniu zakazu modyfikacji SIWZ po terminie składania ofert, dopiero w ramach czynności odrzucenia oferty Odwołującego; art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na zaoferowanie urządzenia nie zapewniającego funkcjonalności jednoczesnego pomiaru co najmniej trzech wielkości charakteryzujących mierzony sygnał tj. szerokość sygnału, wysokość sygnału oraz pole powierzchni pod krzywą sygnału dla wszystkich parametrów, podczas gdy urządzenie zaoferowane przez Odwołującego zapewnia funkcjonalności jednoczesnego pomiaru co najmniej trzech wielkości charakteryzujących mierzony sygnał charakteryzujących mierzony sygnał tj. szerokość sygnału, wysokość sygnału oraz pole powierzchni pod krzywą sygnału dla wszystkich parametrów; art. 38 ust. 4 Pzp - poprzez zmianę treści SIWZ, po terminie składania ofert w postępowaniu, w ramach czynności odrzucenia oferty Odwołującego; art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, podczas gdy oferta ta nie podlega odrzuceniu oraz przedstawia najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia w kryteriach oceny ofert; ewentualnie innych przepisów.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w wyniku przeprowadzonej punktacji.

W załączniku A do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - specyfikacja

techniczna” pkt 11 i 14.1.C Zamawiający określił m.in. następujące wymogi w stosunku do Cytometru cyfrowego dotyczące odpowiednio funkcjonalności jednoczesnego pomiaru co najmniej trzech wielkości charakteryzujących mierzony sygnał, tj. szerokość sygnału, wysokość sygnału oraz pole powierzchni pod krzywą sygnału dla wszystkich parametrów, jak również zabezpieczenia antyskażeniowego:

Cytometr oraz oprogramowanie do niego przeznaczone powinien mieć możliwość jednoczesnego pomiaru co najmniej trzech wielkości charakteryzujących mierzony sygnał tj. szerokość sygnału, wysokość sygnału oraz pole powierzchni pod krzywą sygnału dla wszystkich parametrów.

#### 14.1. Stacja podawania płynów i odprowadzania zlewek

- a. możliwość wyboru przez użytkownika pracy w co najmniej trzech prędkościach przepływu, przy czym różnica między największą i najmniejszą powinna różnić się pięciokrotnie szybkością przepływu.
- b. automatyczne podawanie płynów do cytometru
- c. zbiorniki na płyny doprowadzane do cytometru o pojemności co najmniej 20 litrów i odprowadzane zlewki o pojemności co najmniej 10 litrów z zabezpieczeniem antyskażeniowym oraz systemem powiadamiania o niskim poziomie buforów oraz wysokim poziomie zlewek w pojemniku
- d. możliwość zakupu buforów do cytometru w pojemnikach bezpośrednio pasujących do urządzenia (ready-to-use),

W ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 9.07.2020 r. Zamawiający dokonał zmiany postanowienia pkt 14.1 załącznika A do SIWZ, „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - specyfikacja techniczna”:

Odpowiedź:

Zamawiający obniża próg tego parametru dotyczącego pojemności i nadaje punktowi 14. I Załącznika A do SIWZ następujące brzmienie: *„zbiorniki na płyny doprowadzane do cytometru o pojemności co najmniej 10 litrów i odprowadzam zlewki o pojemności co najmniej 10 litrów z zabezpieczeniem anty-skażeniowym oraz systemem powiadamiania o niskim poziomie buforów oraz wysokim poziomie zlewek w pojemniku.”*

Jak wskazał Odwołujący, po zmianie treści SIWZ z dnia 9.07.2020 r. pkt 11 załącznika A do SIWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - specyfikacja techniczna” dotyczący funkcjonalności jednoczesnego pomiaru co najmniej trzech wielkości charakteryzujących mierzony sygnał, tj. szerokość sygnału, wysokość sygnału oraz pole powierzchni pod krzywą sygnału dla wszystkich parametrów - nie został zmieniony.

Z kolei brzmienie pkt 14.1.c przybrało następujący kształt:

#### 14.1. Stacja podawania płynów i odprowadzania zlewek

- a. możliwość wyboru przez użytkownika pracy w co najmniej trzech prędkościach przepływu, przy czym różnica między największą i najmniejszą powinna różnić się pięciokrotnie szybkością przepływu.
- b. automatyczne podawanie płynów do cytometru
- c. zbiorniki na płyny doprowadzane do cytometru o pojemności co najmniej 10 litrów i odprowadzane zlewki o pojemności co najmniej 10 litrów z zabezpieczeniem antyskażeniowym oraz systemem powiadamiania o niskim poziomie buforów oraz wysokim poziomie zlewki w pojemniku
- d. możliwość zakupu buforów do cytometru w pojemnikach bezpośrednio pasujących do urządzenia (ready-to-use),

Zamawiający poinformował o wynikach postępowania. Za ofertę najkorzystniejszą uznano ofertę Wykonawcy Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wynikało, że Odwołujący zaoferował urządzenie z zabezpieczeniem antyskażeniowym nieodpowiadającym wymogom SIWZ.

Zamawiający wskazał, że urządzenie Odwołującego nie odpowiadało wymogowi zapewnienia zabezpieczenia antyskażeniowego z uwagi na okoliczność, że z treści dokumentów udostępnionych przez Odwołującego w ramach wyjaśnień z dnia 19.08.2020 r. wynika, że zaoferowane rozwiązanie polega na tym, iż użytkownik sam musi dodawać środek antyskażeniowy, tj. podchloryn sodu, czyli NaOCl (CAS 7681-52-9), który jest środkiem silnie utleniającym, drażniącym, o działaniu korodującym na metale i niebezpiecznym dla zdrowia.

W zakresie drugiej podstawy faktycznej odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że Odwołujący zaoferował urządzenie niezapewniające funkcjonalności jednoczesnego pomiaru co najmniej trzech wielkości charakteryzujących mierzony sygnał tj. szerokość sygnału, wysokość sygnału oraz pole powierzchni pod krzywą sygnału dla wszystkich parametrów.

W tej mierze Zamawiający wyjaśnił, że na podstawie dokumentacji udostępnionej przez Odwołującego w ramach wyjaśnień z dnia 19.08.2020 r. oraz dnia 3.08.2020 r., jak również dokumentów znalezionych przez Zamawiającego we własnym zakresie łącznie wynikało, że oferowane urządzenie nie ma możliwości określania szerokości mierzonego sygnału (z ang. signal width) dla wszystkich parametrów, a jedynie dla jednego.

W związku z powyższymi okolicznościami Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego

rozszerzył przedmiotowy wymóg o wskazanie, że zabezpieczenie antyskażeniowe urządzenia nie może polegać na tym, że użytkownik sam musi dodać środek antyskażeniowy oraz że zabezpieczeniem antyskażeniowym urządzenia nie może być podchloryn sodu, czyli NaOCl (CAS 7681-52-9) ani jakikolwiek inny środek silnie utleniający, drażniący, o działaniu korodującym na metale i niebezpieczny dla zdrowia:

„W wyjaśnieniach Wykonawcy Diag-med G. K. z dnia 19.08.2020 r oraz zgodnie z opisem zawartym w załączonym do wyjaśnień dokumencie numer B49006AA13 w rozdziale nr 10, dotyczącym procedur czyszczenia, na stronach od 10-1 do 10-11 znajduje się informacja na temat czyszczenia i zapewnienia bezpiecznej pracy na urządzeniu Cytoflex. W wyniku analizy powyższych informacji, stwierdzono, iż oryginalnie dostarczane przez Producenta bufory nie zawierają żadnych substancji zabezpieczających przed skażeniem, a jedyne zabezpieczenie antyskażeniowe stanowi samodzielne dodanie przez Użytkownika podchlorynu sodu i dokładne jego rozmieszanie w zbiorniku.

Zatem zgodnie z informacją podaną przez firmę Diag-med G. K. oraz informacją we wskazanym wyżej dokumencie, oferowane urządzenie nie posiada wymaganego w SIWZ zabezpieczenia anty-skażeniowego. Zostało zaoferowane rozwiązanie polegające na tym, iż użytkownik sam musi dodawać środek anty-skażeniowy, tj. podchloryn sodu, czyli NaOCl (CAS 7681-52-9), który jest środkiem silnie utleniającym, drażniącym, o działaniu korodującym na metale i niebezpiecznym dla zdrowia. Takie rozwiązanie jest niezgodne z ww. zapisami Specyfikacji"

„Wymaganie to jest dla Zamawiającego bardzo istotne, ze względu na specyfikę pracy na Uniwersytecie Jagiellońskim. W okresie wakacyjnym lub ferii zimowych, sprzęt nie będzie używany przez długi czas tj. kilku dni lub nawet kilku tygodni. Z tego względu jest niezwykle ważne, aby wszystkie elementy urządzenia mające kontakt z buforem były zabezpieczone przed skażeniem i rozwojem drobnoustrojów, co gwarantuje prawidłową pracę urządzenia. Ww. wymóg wynikał również z faktu, iż pomieszczenie, w którym umieszczone będzie urządzenie jest bardzo małe, słabo wentylowane i nie posiada okien. Jednocześnie ze względu na prowadzone badania w pomieszczeniu podczas pracy muszą być zachowane najwyższe standardy bezpieczeństwa".

Uzupełniająco Odwołujący wskazał, że podchloryn sodu jest powszechnie stosowanym czynnikiem antyskażeniowym w cytometrii przepływowej. Jednocześnie czynnik ten podany do zbiornika na zlewki w niskim stężeniu (a takie właśnie stężenie jest wystarczające do zapewnienia zabezpieczenia antyskażeniowego) w żaden sposób nie zagraża ani życiu ani zdrowiu operatorów cytometru. W przypadku zastosowania w urządzeniu zaoferowanym przez Odwołującego podchlorynu sodu - nie może być mowy o korozji metali, bowiem zbiornik na zlewki jest wyrobem z plastiku.

Odwołujący podkreślał, że w terminie składania ofert z treści SOPZ nie wynikało, że zabezpieczenie antyskażeniowe urządzenia nie może polegać na tym, że użytkownik sam musi dodać środek antyskażeniowy oraz że zabezpieczeniem antyskażeniowym urządzenia nie może być podchloryn sodu, czyli NaOCl (CAS 7681-52-9) ani jakiegokolwiek inny środek silnie utleniający, drażniący, o działaniu korodującym na metale i niebezpieczny dla zdrowia. Z treści SOPZ w terminie składania ofert nie wynikało również jaka jest specyfikacja pracy u Zamawiającego (tj. że w okresie wakacyjnym lub ferii zimowych, sprzęt nie będzie używany przez długi czas tj. kilku dni lub nawet kilku tygodni oraz że pomieszczenie, w którym umieszczone będzie urządzenie jest bardzo małe, słabo wentylowane i nie posiada okien). W praktyce taka konstrukcja postanowień SOPZ zdaniem Odwołującego umożliwiała złożenie oferty każdemu wykonawcy, o ile oferowane przez niego urządzenie gwarantuje zabezpieczenie antyskażeniowe - niezależnie od sposobu spełnienia tego parametru.

Odwołujący podkreślał, że zaofertowane urządzenie posiada zabezpieczenie antyskażeniowe. Tym samym odpowiada określonym w SOPZ oryginalnym wymogom - gdzie Zamawiający wskazał po prostu na „zabezpieczenie antyskażeniowe”.

Jak wskazał Odwołujący zastosowanie podchlorynu sodu jako substancji stanowiącej zabezpieczenie antyskażeniowe, jak i sposób jego dystrybucji są charakterystyczne również dla rozwiązania dla zaofertowanego w niniejszym postępowaniu przez wykonawcę Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. W ocenie Odwołującego działanie polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego przy jednoczesnym przeoczeniu przedmiotowej okoliczności w urządzeniu zaofertowanym przez wykonawcę Becton Dickinson Polska Sp. z o.o. - co najmniej poddaje w wątpliwość rzetelność prowadzenia przez Zamawiającego procesu badania i oceny ofert.

Zgodnie z art. 38 ust. 4 Pzp - bezwzględnie zakazana jest modyfikacja postanowień SIWZ po terminie składania ofert. Odrzucenie oferty Odwołującego w takich okolicznościach postępowania stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego również z uwagi na zaofertowanie urządzenia nie zapewniającego funkcjonalności jednoczesnego pomiaru co najmniej trzech wielkości charakteryzujących mierzony sygnał tj. szerokość sygnału, wysokość sygnału oraz pole powierzchni pod krzywą sygnału dla wszystkich parametrów.

Zamawiający powołał się w tym zakresie na pkt 11 SOPZ:

„Cytometr oraz oprogramowanie do niego przeznaczone powinien mieć możliwość jednoczesnego pomiaru co najmniej trzech wielkości charakteryzujących mierzony sygnał tj. szerokość sygnału, wysokość sygnału oraz pole powierzchni pod krzywą sygnału dla wszystkich parametrów.”

Jak zauważył Odwołujący w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że ustalenie iż urządzenie zaoferowane przez Odwołującego nie spełnia wymogu z pkt 11 SOPZ dokonane zostało w oparciu o nieaktualną dokumentację pozyskaną we własnym zakresie:

„Z otrzymanych od Wykonawcy kart specyfikacji urządzenia z dnia 03.08.2020 r., a także po dokładnym przeanalizowaniu informacji w rozdziale nr 5 dokumentu numer B49006AA13 2 nie znaleziono potwierdzenia, iż oferowany cytometr oraz oprogramowanie do niego przeznaczone ma możliwość jednoczesnego pomiaru szerokości sygnału, wysokość sygnału oraz pole powierzchni pod krzywą sygnału dla wszystkich parametrów. Tożsama informacja znajduje się także w rozdziale nr 1 dokumentu numer B49006AM dostępnego na stronie Producenta, czyli firmy Beckam Coulter oraz w dokumencie pdf "CytoFLEX LX info z www" przesłanym dnia 03.08.2020 przez firmę Diag-med K. G., gdzie znajduje się następujący zapis: "Pulse area, height for every channel, width for one selectable channel", co tłumaczy się na: "Powierzchnia sygnału, wysokość sygnału dla każdego parametru, szerokość sygnału dla jednego wybranego parametru". Na podstawie przytoczonych zapisów stwierdzono, iż oferowane urządzenie, nie ma możliwości określania szerokości mierzonego sygnału (z ang. signal width) dla wszystkich parametrów, a jedynie dla jednego."

Odwołujący podkreślał, że każdy rodzaj wykładni - zarówno językowa, logiczna, celowościowa, funkcjonalna - wskazuje na to, że wymaganie „jednoczesnego pomiaru” - odnosi się do trzech wielkości, a nie „jednoczesnego pomiaru trzech wielkości jednocześnie dla wszystkich parametrów w tym samym czasie”, (to wymaganie obecnie tworzy Zamawiający). Odwołujący wskazał także, że jego rozwiązanie „zapewnia jednoczesny pomiar wszystkich wielkości mierzonych sygnał” dla wszystkich parametrów, tak jak to jest w wymaganiu.”

Natomiast jednoczesny pomiar wszystkich wielkości - jednocześnie dla wszystkich parametrów w tym samym czasie zdaniem Odwołującego nie był wymaganiem SIWZ.

Dalej Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie uwzględnił informacji pozyskiwanych na etapie uzupełniania i wyjaśnień treści złożonej oferty, z których wynika, iż zaoferowany cytometr spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego.

Wykonawca wniósł w dniu 19 sierpnia 2020 roku dodatkowe wyjaśnienia, w których bardzo precyzyjnie określił, wspierając się również oświadczeniem producenta, sposób spełniania zapisów punktu 11 Załącznik nr A do SIWZ. Wyjaśnienia zostały udzielone w następujący sposób: „Ad. 5 Potwierdzam że oprogramowanie CytoFlex umożliwia jednoczesny pomiar szerokości sygnału, wysokości sygnału oraz powierzchni sygnału dla każdego parametru.

W instrukcji obsługi CytoFlex nr B98658AC str 5-45 zaprezentowano sposób wybierania parametrów wysokość i powierzchnia sygnału, natomiast szerokość sygnału programujemy

w menu acquisition setting w oknie Channel, w którym wybieramy dowolny parametr (str. 5-46 i 5-47)."

W wyjaśnieniach zostały również użyte wybrane strony ze wspomnianej instrukcji, które przedstawiały sposób wybierania parametrów.

Jak wskazał Odwołujący, pomimo wyjaśnień Zamawiający postanowił skorzystać z dokumentu nie stanowiącego oferty Wykonawcy, czyli dokumentu o numerze B49006AM, który wbrew informacjom podanym przez Zamawiającego nie znajduje się na stronie Producenta, którym jest firma Beckman Coulter, a znajduje się na stronie Biomedycznego Centrum Naukowego (z siedzibą w Portugalii). Ten dokument - nie pozyskany ani od producenta, ani od wykonawcy - został użyty przez Zamawiającego do odrzucenia oferty. Instrukcja na którą powołał się Zamawiający jest nieaktualna - aktualna wersja z innym numerem serii widnieje na oficjalnej stronie Producenta. Dodatkowo Zamawiający wspierając uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty powołał się na dokument stanowiący uzupełnienie oferty Wykonawcy z dnia 31 lipca 2020 roku, pod nazwą „CytoFLEX IX info z www”, co wydaje się być niezrozumiałym nawiązaniem gdyż w przedmiotowym dokumencie nie zostały podane jakiegokolwiek parametry związane z podstawą odrzucenia oferty.

Zdaniem Odwołującego, takie działanie Zamawiającego wskazuje na dyskryminację Odwołującego.

Jak wskazał Odwołujący, gdyby Zamawiający dokonał rzetelnej oceny oferty Odwołującego, oferta ta nie zostałaby odrzucona i zostałaby uznana za najkorzystniejszą, jako że Odwołujący zaoferował najkorzystniejsze warunki realizacji zamówienia w kryteriach oceny ofert. Zatem Zamawiający powinien był wybrać ofertę Odwołującego jako ofertę najkorzystniejszą.

### **Izba ustaliła i zważyła ci następuje:**

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się bezzasadne, co skutkowało oddaleniem odwołania.

W analizowanym stanie faktycznym kluczowe znaczenie miał art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ. Niezgodność ta dotyczyła dwóch okoliczności faktycznych:



- zaferowania urządzenia z zabezpieczeniem antyskażeniowym nieodpowiadającym wymogom SIWZ,
- zaferowania urządzenia nie zapewniającego funkcjonalności jednoczesnego pomiaru co najmniej trzech wielkości charakteryzujących mierzony sygnał, tj. szerokości sygnału, wysokości sygnału oraz pola powierzchni pod krzywą sygnału dla wszystkich parametrów.

Zgodnie z wymaganiem SIWZ:

14.1 Załącznik A do SIWZ - Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia - specyfikacja techniczna — modyfikacja z dnia 09.07.2020, do cytometru Wykonawca jest zobowiązany dołączyć stację podawania płynów i odprowadzania zlewek o następujących funkcjonalnościach:

1. możliwość wyboru przez użytkownika pracy w co najmniej trzech prędkościach przepływu, przy czym różnica między największą i najmniejszą powinna różnić się pięciokrotnie szybkością przepływu.
2. automatyczne podawanie płynów do cytometru
3. zbiorniki na płyny doprowadzane do cytometru o pojemności co najmniej 10 litrów i odprowadzane zlewki o pojemności co najmniej 10 litrów z zabezpieczeniem antyskażeniowym oraz systemem powiadamiania o niskim poziomie buforów oraz wysokim poziomie zlewek w pojemniku
4. możliwość zakupu buforów do cytometru w pojemnikach bezpośrednio pasujących do urządzenia (ready-to-use),

Jak wskazano w uzasadnieniu zawartym w piśmie Zamawiającego z 2 września 2020 r. „Zawiadomienie o rozstrzygnięciu (wynikach) postępowania” - w dokumentacji dotyczącej oferowanego urządzenia stwierdzono, iż zabezpieczenie antyskażeniowe polega na samodzielnym dodaniu przez użytkownika podchlorynu sodu i dokładnym jego rozmieszczeniu w zbiorniku. Z powyższego wynika zatem, że konieczne jest dodatkowe działanie użytkownika celem uzyskania wymaganej funkcjonalności w postaci zabezpieczenia antyskażeniowego.

Skoro Zamawiający zawarł wymaganie, aby urządzenie posiadało „zbiorniki na płyny doprowadzane do cytometru o pojemności co najmniej 10 litrów i odprowadzane zlewki o pojemności co najmniej 10 litrów z zabezpieczeniem antyskażeniowym oraz systemem powiadamiania o niskim poziomie buforów oraz wysokim poziomie zlewek w pojemniku”, to oznacza, że Zamawiający wymagał, aby urządzenie posiadało automatycznie zabezpieczenie antyskażeniowe; zabezpieczenie antyskażeniowe musi w urządzeniu istnieć. Okoliczność, że konieczne jest preparowanie przez użytkownika takiego zabezpieczenia, czy

też dodawanie funkcjonalności antyskażeniowej nie oznacza spełnienia wymagania SIWZ. Urządzenie powinno posiadać funkcjonalność automatycznie, nie zaś dopiero po wykonaniu dodatkowych działań.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie zmienił brzmienia treści SIWZ na etapie badania i oceny ofert, nie wprowadził dodatkowych wymagań, a jedynie wskazał uzasadnienie, z jakich przyczyn oczekuje zastosowania konkretnych rozwiązań i dlaczego rozwiązania oferowane przez Odwołującego są nieodpowiednie. Jak wskazał dodatkowo Zamawiający, system antyskażeniowy nie może polegać na konieczności ręcznego dodawania środka, gdyż wskazuje na to zapis „możliwość zakupu buforów do cytometru w pojemnikach bezpośrednio pasujących do urządzenia (ready-to-use)”.

Odwołujący nie przedstawił dowodów, z których jednoznacznie wynikałoby, że urządzenie oferowane przez Przystępującego nie spełnia wymagań SIWZ. Odwołujący nie postawił także zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ. Wobec powyższego Izba uzanała za bezzasadne twierdzenia Odwołującego w zakresie braku spełnienia wymagań SIWZ przez urządzenie oferowane przez Przystępującego.

W Załączniku A do SWZ Zamawiający wskazał, że „cytometr oraz oprogramowanie do niego przeznaczone powinien mieć możliwość jednoczesnego pomiaru co najmniej trzech wielkości charakteryzujących mierzony sygnał tj. szerokość sygnału, wysokość sygnału oraz pole powierzchni pod krzywą sygnału dla wszystkich parametrów”.

Zamawiający wskazał, że pomiar wszystkich trzech wielkości charakteryzujących mierzony sygnał pozwala na precyzyjną analizę procentowego udziału nawet bardzo rzadkich populacji i subpopulacji, a także porównanie wyników uzyskanych na próbkach z różnych gatunków zwierząt. Ponadto, spełnienie tego wymagania przez urządzenie, umożliwia porównanie próbek, w których jest bardzo mało komórek, a także analizę porównawczą markerów o bardzo niskich poziomach ekspresji.

Izba podziela stanowisko, iż uzasadnienie Odwołującego, jakoby wyrażenie „jednoczesność” odnosiło się jedynie do trzech wielkości, a nie do czasu dokonywania pomiaru, jest błędne.

Jak wskazał Zamawiający, zgodnie z wyjaśnieniem słowa „jednoczesny” zawartym na stronie internetowego słownika języka polskiego - <https://sjp.pl/> - jednoczesny oznacza: „zachodzący w tym samym czasie, w tej samej chwili”.

Jest to zgodne z powszechnym rozumieniem tego słowa.

Nie sposób zatem przyjąć, że wymóg zawarty 2 ust. 11 opisu przedmiotu zamówienia „Cytometr oraz oprogramowanie do niego przeznaczone powinien mieć możliwość jednoczesnego pomiaru co najmniej trzech wielkości charakteryzujących mierzony sygnał tj. szerokość sygnału, wysokość sygnału oraz pole powierzchni pod krzywą sygnału dla

wszystkich parametrów” należy rozumieć inaczej niż możliwość dokonania pomiaru co najmniej szerokości i długości sygnału oraz pola powierzchni pod krzywą sygnału w tym samym czasie. Oczywistym jest, że urządzenie ma mierzyć wartości dla wszystkich wskazanych parametrów czy wielkości, ale z uwagi na użyte sformułowanie „jednocześnie” w treści wymagania, powinno ono mierzyć wartości w tym samym czasie, zatem w tym samym czasie powinien zostać uzyskany i zapisany wynik. Przyjęcie innych rozwiązań jest niezrozumiałe i niegodne z brzmieniem SIWZ.

Niezasadny jest także w tym przypadku zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zmianę treści SIWZ, po terminie składania ofert. Zamawiający nie dokonywał zmiany brzmienia treści SIWZ na etapie badania i oceny ofert, nie wprowadził dodatkowych wymagań. Okoliczność, że Odwołujący odmiennie interpretuje postanowienia SIWZ, nie może stanowić podstawy do uznania zasadności zarzutu.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostają przedstawione przez Odwołującego opinie merytoryczne dotyczące parametrów posiadanego cytometru CytoFLEX LX, pochodzące od podmiotów: Sanprobi spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., Wojskowy Instytut Higieny i Epidemiologii im. gen. Karola Kaczkowskiego oraz Katedra i Zakład Immunologii Klinicznej Uniwersytet Medyczny w Lublinie. Istota zarzutu sprowadza się do sposobu rozumienia spornego postanowienia SIWZ w niniejszym postępowaniu i oceny zgodności zaoferowanego przez Odwołującego urządzenia z wymaganiami SIWZ przez Zamawiającego. Opinie podmiotów trzecich i ich ocena pozostają bez wpływu na wynik postępowania.

Bez znaczenia pozostaje także podniesiona przez Odwołującego w odwołaniu argumentacja, zgodnie z którą Zamawiający „traktował Wykonawcę tendencyjnie”, skorzystał bowiem z dokumentu nie stanowiącego oferty Wykonawcy, ale znajdującego się na stronie internetowej jednego z producentów. Odwołujący przyznał sam, zarówno w treści odwołania, jak i w trakcie rozprawy, że oferowane przez niego urządzenie spełniłoby wymagania Zamawiającego w sytuacji, gdyby postanowienie SIWZ posiadało inne brzmienie. Zatem okoliczność, w jaki sposób Zamawiający dodatkowo pozyskał informację o oferowanym urządzeniu i jego parametrach, nie stanowi istoty zarzutu i nie wpływa na treść orzeczenia.

W konsekwencji należy uznać za bezzasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wyboru oferty, która jest najkorzystniejsza w niniejszym postępowaniu. Oferta Odwołującego

podlegała odrzuceniu jako niezgodna z wymaganiami SIWZ, zatem nie mogła zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

**Przewodniczący:** .....