

Warszawa, dnia 3 lipca 2023 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa**

Zamawiający:

Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Krakowie
ul. Rzeźnicza 11, 31-540 Kraków

NIP: 6782726055

tel+48 12 261 88 20

e- mail:

sekretariat@rckik.krakow.pl, j.samek@rckik.krakow.pl,

r.kochanski@rckik.krakow.pl, a.swierk@rckik.krakow.pl

adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

https://platformazakupowa.pl/pn/rckik_krakow

Odwołujący:

Roche Diagnostics Polska sp. z o.o.

ul. Bobrowiecka 8, 00-728 Warszawa

NIP: 5272322068, KRS: 0000132695

tel. +48 (22) 481 55 55 - 56, faks: +48 (22) 481 55 99

Dział Zamówień Publicznych:

tel. +48 (22) 481 55 48, faks: +48 (22) 481 55 98

adres e-mail: dzial.przetargow@roche.com

reprezentowany przez r.pr. Rafała Zygmunta

Kancelaria Prawna Rafał Zygmunt

ul. Puławska 111a lok. 86, 02-707 Warszawa

tel/faks: (22) 849 97 43, e-mail: rkz@rkz.pl

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, działając w imieniu Odwołującego Roche Diagnostics Polska sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (dalej również jako „Odwołujący”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia („SWZ”) tj. na kryteria oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej progi unijne na: *„dostawę odczynników do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów HBV, HCV, HIV w pulach osocza metodą automatyczną wraz ze wszystkimi niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi, archiwizacją materiału badanego oraz dzierżawą niezbędnej aparatury z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem.”*, nr referencyjny ZP-17/23 ("Postępowanie"), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 czerwca 2023 r. pod nr 2023/S 118-369776.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 1) **art. 241 ust. 1 i ust. 2 Pzp** poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert: „*Możliwość wykonania badań w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19 w pulach osocza na oferowanym systemie diagnostycznym*”, które nie jest związane z przedmiotem zamówienia, gdyż nie dotyczy dostaw będących przedmiotem zamówienia;
- 2) **art. 16 pkt 1 i 3 Pzp** poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert: „*Możliwość wykonania badań w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19 w pulach osocza na oferowanym systemie diagnostycznym*”, które jest nieproporcjonalne do celu zamówienia i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
- 3) **art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp** poprzez określenie sposobu oceny ofert w sposób nie zapewniający najlepszej jakości dostaw uzasadnionych charakterem zamówienia, a także w sposób nie zapewniający najlepszych efektów zamówienia możliwych do uzyskania w danym zamówieniu.

W wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia konkurencyjnej oferty), a tym samym Odwołujący został narażony na szkodę.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SWZ - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 czerwca 2023 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis w wymaganej przepisami wysokości został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

UZASADNIENIE

Przedmiotem zamówienia jest dostawa odczynników do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV w pulach osocza metodą automatyczną wraz ze wszystkimi niezbędnymi materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi, archiwizacją materiału badanego oraz dzierżawą niezbędnej aparatury z całkowitym i kompletnym oprzyrządowaniem. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Załączniku nr 3 do SWZ.

W rozdziale XVII SWZ Zamawiający ustanowił kryterium „jakość” o wadze 40 %. Zamawiający podzielił przedmiotowe kryterium na sześć podkryteriów, za których spełnienie ma przyznawać określoną liczbę punktów. W ramach pokryterium 5) Zamawiający przyznaje 5 punktów za: „**Możliwość wykonania badań w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19 w pulach osocza na oferowanym systemie diagnostycznym**”. Jednocześnie w załączniku znajduje się doprecyzowanie, iż chodzi o: „Odczynniki do wykonania badań na oferowanym systemie diagnostycznym w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19 w pulach osocza” (por. pkt. 5.5 tabeli w załączniku nr 3 - Część II – WYMAGANIA FUNKCJONALNO – UŻYTKOWE),

W ocenie Odwołującego wyżej wskazane kryterium jest niezgodne z przepisami ustawy, w szczególności z art. 241 ust. 1 i ust. 2 Pzp, ponieważ nie jest związane z przedmiotem zamówienia. W myśl art. 241 ust. 2 ustawy związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług (tutaj dostaw) będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia. **Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, ponieważ przedmiotowe zamówienie nie obejmuje dostawy odczynników w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19 w pulach osocza** (a jedynie dostawę odczynników do jednoczesnego wykrywania materiału genetycznego wirusów DNA HBV, RNA HCV, RNA HIV w pulach osocza). Zamawiający przewidział możliwość dostarczenia innego (dodatkowego) asortymentu jedynie w ramach tzw. zamówienia „podobnego” na zasadach wynikających z art. 214 ust. 1 pkt 8 ustawy, o czym świadczy treść rozdziału IV ust. 13 SWZ: „Zamawiający przewiduje udzielenie zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt.8 ustawy polegających na dostawie odczynników i materiałów zużywalnych do wykonywania badań w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19 w pulach osocza o wartości nieprzekraczającej 30 % zamówienia podstawowego.”

Nie ulega zatem wątpliwości, że odczynniki do RNA HAV i DNA Parvo B19 będą ewentualnie przedmiotem **odrębnego zamówienia, udzielanego w trybie wolnej ręki**. Nie są więc związane z niniejszym zamówieniem i **zadeklarowanie możliwości wykonywania badań w kierunku ww. wirusów nie ma żadnego wpływu na jakość wykonania zamówienia podstawowego**.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 12 sierpnia 2021 r. o sygn. KIO 2201/21: „Wskazany w art. 241 ust. 1 p.z.p. wymóg, by określone przez zamawiającego kryteria oceny ofert odnosiły się do przedmiotu zamówienia, **oznacza, iż zamawiający nie może stosować dowolnych kryteriów oceny ofert, lecz tylko takie, które dotyczą oferowanej usługi, dostawy lub roboty budowlanej.**”

W konsekwencji zostały naruszone przepisy **art. 16 pkt 1 i 3 Pzp** poprzez wprowadzenie kryterium oceny ofert, które jest nieproporcjonalne do celu zamówienia i narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Przez ową proporcjonalność rozumie się podejmowanie tylko takich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i stawianie tylko takich wymogów, bez których nie będzie możliwe osiągnięcie zamierzonego celu zamówienia. Oznacza to konieczność korzystania przez zamawiającego z takich środków, które muszą być odpowiednie i niezbędne do zamierzonego celu i które w najmniejszym stopniu ograniczają interesy i prawa wykonawców (vide Kontrola UZP z 29 listopada 2017 r. o sygn. KND/10/17/DKD). Zamawiający nie sprostął tego rodzaju wymogom, gdyż ww. kryterium nie jest niezbędne do uzyskania zamierzonego celu zamówienia głównego. Możliwość zakupu dodatkowych odczynników, o innej charakterystyce, jest okolicznością przyszłą i niepewną. Dostawa wymaga negocjacji z wykonawcą. Nie można wykluczyć przypadku, w którym wykonawca zadeklaruje spełnienie kryterium, a później nie będzie zainteresowany zamówieniem uzupełniającym. Nie dojdzie do jego udzielenia, a Zamawiający całkowicie niepotrzebnie „dopłaci” do odczynników podstawowych w zamian za pustą ekspektatywę dostarczenia w przyszłości innych wyrobów.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 października 2018 r. (sygn. KIO 1996/18) uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 poprzedniej Pzp (będącego odpowiednikiem aktualnego art. 16 ustawy) w zakresie sposobu opisu kryteriów ocenianych podkreślając:

„Zgodnie z art. 91 ust. 2 ustawy Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności (...). Natomiast zgodnie z art. 2 pkt. 5 lit. a ustawy ofertą najkorzystniejszą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała.

W świetle tych przepisów zamawiający ma obowiązek dobrać inne kryteria poza cenowe z uwzględnieniem tego czy odnoszą się do przedmiotu zamówienia i są do niego proporcjonalne, a także ich ustanowienie nie spowoduje obiektywnie nieuzasadnionego naruszenia uczciwej konkurencji na danym rynku branżowym. Sytuacja w tym przypadku jest zatem zbliżona do przepisu art. 29 ust. 2 ustawy, co oznacza, że o ile odwołujący powinien wykazać, że kryterium jest ustawowo niedopuszczalne, tj. nie dotyczy przedmiotu zamówienia lub nie jest do niego proporcjonalne, czy wreszcie uprawdopodobnić, że narusza ono uczciwą konkurencję, to zamawiający powinien wykazać, że wprowadzenie tego kryterium jest uzasadnione oceną jakości przedmiotu świadczenia, przy czym tej jakości nie można rozpoznawać w oderwaniu od obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego.”

W tych okolicznościach należy stwierdzić, że kwestionowane kryterium nie dotyczy przedmiotu zamówienia i nie może zapewnić najlepszej jakości dostaw.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego Odwołania w całości poprzez nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SWZ, poprzez wykreślenie z dokumentów zamówienia kryterium: „Możliwość wykonania badań w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19 w pulach osocza na oferowanym systemie diagnostycznym”/ „Odczynniki do wykonania badań na oferowanym systemie diagnostycznym w kierunku RNA HAV i DNA Parvo B19 w pulach osocza”.

W świetle powyższego, niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne i zasługuje na uwzględnienie w całości.

Rafał Zygmunt, pełnomocnik

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo;
- 2) wydruk z KRS Odwołującego;
- 3) dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości;
- 4) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.