

Sygn. akt: **KIO/UZP 847/08,**

KIO/UZP 851/08.

WYROK

z dnia 29 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

**Członkowie: Marek Koleśnikow
Izabela Kuciak**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu/rozprawie~~^{*} w dniu/~~w dniach~~^{*} **28.08.2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.08.2008 roku do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A (sygn. akt. KIO/UZP 847/08).

B. Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B (sygn. akt KIO/UZP 851/08).

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademickie Centrum Kliniczne – Szpital Akademii Medycznej w Gdańsku, 80-952 Gdańsk, ul. Dębinki 7** protestów:

A. ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A z dnia 28.07.2008 roku;

B. Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B z dnia 31.07.2008 roku;

przy udziale zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Akademickie Centrum Kliniczne – Szpital Akademii Medycznej w Gdańsku, 80-952 Gdańsk, ul. Dębinki 7

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A,**
 - B** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) przez **Akademickie Centrum Kliniczne – Szpital Akademii Medycznej w Gdańsku, 80-952 Gdańsk, ul. Dębinki 7** na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym.,
 - B** kwoty 5632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Akademickie Centrum Kliniczne – Szpital Akademii Medycznej w Gdańsku, 80-952 Gdańsk, ul. Dębinki 7**

na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdynskie 6B** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu udziału w postępowaniu odwoławczym oraz z tytułu kosztów zastępstwa prawnego,

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
 - A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
 - B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**

- 4) dokonać zwrotu 35936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18A,**
 - B kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdynskie 6B.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Akademickie Centrum Kliniczne - Szpital Akademii Medycznej w Gdańsku zamierza udzielić zamówienia publicznego na kompleksowe zabezpieczenie Akademickiego Centrum Medycyny Laboratoryjnej w ACK – Szpital AMG w zakresie ciągłej i nieprzerwanej pracy przy wykonywaniu analiz biochemicznych i immunochemicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DZUUE w dniu 14.03.2008 roku.

W dniu 25.07.2008 roku Zamawiający powiadomił wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 nr 223, poz. 1655) - dalej: Pzp.

W dniu 29/28.07.2008 roku protest wniósł ABBOTT Laboratories Sp. z o. o siedzibą w Warszawie – dalej: ABBOT - wskazując, że Zamawiający błędnie podjął decyzje o

unieważnieniu postępowania, gdyż oferta ABBOTT nie podlega odrzuceniu. Protestujący ABBOTT podniósł również, że oferta ROCHE Diagnostics Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie - wykonawcy wykluczonego z postępowaniu - dalej: ROCHE - podlega również odrzuceniu, jako nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - dalej: siwz - i zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Protestujący ABBOTT wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Protestującego;
3. dokonanie ponownej oceny oferty Protestującego;
4. odrzucenie oferty wykonawcy ROCHE w oparciu o pozostałe przesłanki i podniesione zarzuty;
5. dokonanie wyboru oferty Protestującego;
6. udzielenia zamówienia Protestującemu.

W dniu 31.07.2008 roku protest wniósł ROCHE. W treści protestu ROCHE podniósł, że Zamawiający błędnie dokonał czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty, zaniechał odrzucenia oferty ABBOT również z innych przyczyn niż podane w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty ABBOT oraz błędnie unieważnił postępowanie. Protestujący ROCHE wniósł o:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
2. unieważnienia czynności wykluczenia protestującego i odrzucenia oferty protestującego;
3. odrzucenie oferty ABBOT T w oparciu o pozostałe przesłanki i podniesione zarzuty;
4. dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował o wniesieniu protestów: przez ABBOTT w dniu 29.07.2008 roku i przez ROCHE w dniu 1.08.2008 roku.

ABBOTT i ROCHE przystąpili do postępowań toczących się w wyniku wniesienia protestów z zachowaniem warunków skuteczności przystąpienia wskazanych w art. 181 ust. 4 pkt 1 i ust. 5 Pzp wnosząc o uwzględnienie protestów w części dotyczącej żądania unieważnienia postępowania, w pozostałym zakresie domagając się oddalenia zarzutów (dodatkowo podnoszonych zarzutów merytorycznych w stosunku do ofert własnych z przyczyn opisanych w treści protestów).

Zamawiający rozstrzygnął oba protesty pismami z dnia 8.08.2008 roku oddalając je.

Rozstrzygając protest ABBOTT Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i stwierdził, że zgodnie z postanowieniami siwz wymagał od wykonawców dostarczenia 100szt. kubeczków pediatrycznych miesięcznie, czyli

3.600szt. w całym okresie obowiązywania umowy (36 miesięcy). ABBOTT zaoferował 4.000 szt. kubeczków, co powoduje, że złożona przez niego oferta nie odpowiada treści siwz.

Rozstrzygając protest ROCHE Zamawiający uznał kwestionowanie możliwości żądania „autoryzacji serwisowej producenta zasilaczy” za zarzut skierowany przeciwko treści siwz i podlegający odrzuceniu na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp. Jednocześnie Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko o wykluczeniu ROCHE z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 22 ust. 1 pkt 10 Pzp. Zamawiający wskazał, że wymagał posiadania przez wykonawcę autoryzacji serwisowej producenta zasilaczy oraz dołączenia dokumentu autoryzacji do oferty. Zamawiający oświadczył również, że zasada legalizmu nakazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców (nie podwykonawców) i wykluczenia z postępowania wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podniósł też, że zgodnie z postanowieniami siwz wykonawcy zostali zobowiązani do ujawnienia w ofercie podwykonawców oraz, że wykonawca ma obowiązek takiego przygotowania oferty, by nie budziła ona żadnych wątpliwości a intencje wykonawców nie powinny być domniemywane przez Zamawiającego. Zamawiający podtrzymał też swoją decyzję o odrzuceniu oferty ROCHE na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

Za bezzasadne i oderwane od treści siwz uznał Zamawiający dodatkowe zarzuty podniesione wzajemnie przez ABBOTT i ROCHE w stosunku do treści ofert. Odnosząc się szczegółowo do zarzutów protestów Zamawiający uznał je w części za nieudowodnione oraz w części nie dające podstaw do odrzucenia oferty jako niezgodnej z siwz. Zamawiający powoływał przy tym art. 6 k.c. oraz okoliczność, że w toku badania i oceny ofert wziął pod uwagę wyłącznie treść złożonej oferty.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem obaj wykonawcy z zachowaniem terminu ustawowego i warunku przekazania kopii odwołania Zamawiającemu wnieśli odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu wniesionym w dniu 12.08.2008 roku ABBOTT podniósł zarzuty naruszenia przez Zamawiającego: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6, art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.), art. 5 k.c., art. 58 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 Pzp, co stanowi jednocześnie złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm. Dz. U. 2001. Nr 28, poz. 319).

W uzasadnieniu Odwołujący się ABBOTT oświadczył, iż złożona przez niego oferta odpowiada treści siwz. W piśmie z dnia 30 czerwca br. wyjaśnił, że zaoferował ilość 4000 szt. kubeczków pediatrycznych, gdyż kubeczki pediatryczne o numerze katalogowym 7C1401 konfekcjonowane są po 1 tys. szt. a w załączniku nr 5 do SIWZ określił cenę jednostkową netto 200,00 zł. za jedno opakowanie. Oświadczył też, że zgodnie z siwz zaproponował ilość kubeczków wystarczającą do wykonania zaplanowanej przez Zamawiającego liczby oznaczeń. Na wzmocnienie swojej argumentacji Odwołujący się ABBOTT wskazał § 3 pkt 3 projektu umowy dostawy „na opakowaniach zbiorczych będą znajdować się kody zgodne z katalogami wykonawcy”, gdyż jedynie całe opakowanie zawiera numer katalogowy, a nie pojedynczy „kubek” pediatryczny, który pojedynczo nie jest konfekcjonowany).

Z uwagi na brak merytorycznego ustosunkowania się Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu Odwołujący się ABBOTT ponowił zarzuty dotyczące oferty ROCHE; sprzeczności jej treści z treścią siwz oraz niedoszacowania. Podniósł, że w module A wszystkie oznaczenia z zakresu biochemii i z zakresu immunochemii nie są zaokrąglone do pełnego opakowania w górę, zgodnie ze sposobem ich konfekcjonowania przez producenta. ROCHE wbrew wymaganiom siwz oraz zawartych w odpowiedzi na pytania (22.04.2008, pyt. nr 9 i 10), nie skalkulował ilości odczynników (szczegółowo wymienionych w odwołaniu) z uwzględnieniem ich stabilności na pokładzie analizatora.

Odwołujący się ABBOTT zarzucił również, że wbrew wymaganiom siwz, ROCHE nie zaoferował odczynnika do oznaczania B2-Mikroglobuliny w krwi i moczu. Ulotka zaoferowanego testu mówi, że może być on stosowany do oznaczania B2-Mikroglobuliny w surowicy ludzkiej i osoczu. Producent nie wymienia moczu, jako materiału, z którego można wykonywać oznaczenia B2-Mikroglobuliny.

W odniesieniu do odczynnika AFP (nr kat. 04481798190) ROCHE złożył ofertę wariantową podając dwie różne ceny dla tego samego odczynnika (pozycja 1 i 2, badania z zakresu immunochemii).

Odwołujący się ABBOTT podniósł również, że część pozycji wymienionych w Module B i C jest niedoszacowanych co ilości opakowań, co Odwołujący się ABBOTT wywiódł, przez związanie ilości opakowań z okresem trwałości (Moduł B) i przy wyliczeniu na dwa analizatory (Moduł C). Ponadto wszystkie pozycje w tych modułach podane są w języku angielskim sprzecznie z ustawą o języku polskim.

W odniesieniu do modułu D Odwołujący się ABBOTT podniósł zarzut zbyt małej ilości kalibracji niezgodnych z ulotkami danych testów. Wskazał również, że w Załączniku Nr 6 zaniżony został (w stosunku do wymagań wynikających z instrukcji obsługi analizatora Cobas c501) czas konserwacji dziennej. Brak jest wiedzy, czy analizator spełnia wymaganie z pkt. 2.31, 3.27. Parametr z pkt. 2.37 opisany został wadliwie w języku angielskim. Pkt. 5

zawiera nieprawdziwą liczbę pozycji w podajniku, zgodnie z opisem analizatora dołączonym do oferty (str. 43), analizator Cobas 6000 posiada podajnik na 300 miejsc na surowice w podajniku próbkowym (150 na surowice przed analizą i 150 na surowice po wykonaniu analiz). Niesłusznie doliczono 100 pozycji na rotorze próbkowym.

Odwołujący się ABBOT podniósł również błędy formalne w ofercie ROCHE.;

1. brak informacji o podwykonawcach - nie zostały podane części zamówienia, które Roche zamierza powierzyć podwykonawcy. Firma Roche nie produkuje UPS, rozdzielnic, agregatów prądotwórczych, poczty pneumatycznej;

2. brak załączenia dokumentów poświadczających obecność oferowanych zasilaczy na polskim rynku (referencje lub protokół odbioru) oraz autoryzacji serwisowej producenta., świadczy o nie spełnieniu warunków granicznych dla oferowanych zasilaczy;

3. W kolumnie nr 9 Modułu D Zamawiający prosił o podanie całkowitej liczby testów na 36 miesięcy przeznaczonych wyłącznie na kalibrację i kontrole a w zmodyfikowanym odpowiedzi, z dnia 30 kwietnia br., w formularzu cenowym podał, które kolumny należy w kolumnie nr 9 zsumować tj. 7+8. W formularzu cenowym firmy Roche w kolumnie nr 9 podał całkowitą liczbę testów na 36 miesięcy - niezgodność z treścią SIWZ.

Powołując się na opisany w proteście uszczerbek w swoim interesie prawnym spowodowany decyzjami Zamawiającego (uniemożliwienie ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą) Odwołujący się ABBOTT wniósł o uwzględnienie żądań zawartych w proteście i rozpatrzenie podniesionych zarzutów.

W odwołaniu wniesionym w dniu 13.08.2008 roku Odwołujący się ROCHE podniósł zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 22, art. 24 ust. 2 pkt. 2 i 3, art. 24 ust. 1 pkt. 10, art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6, art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp, art. 5 kc i art. 58 § 1 k.c. w związku z art. 14 Pzp. Jako naruszenie swojego interesu prawnego wskazał bezpodstawne wykluczenie go z postępowania i zaniechanie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej, w konsekwencji wadliwe unieważnienie postępowania.

Odwołujący się ROCHE oświadczył, że posiada wszystkie niezbędne, tj. wynikające z obowiązujących przepisów, uprawnienia do wykonywania działalności i czynności objętych przedmiotem zamówienia oraz załączył wymagane siwz dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podniósł, że autoryzacja nie stanowi dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, gdyż katalog tych dokumentów, zawarty w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) – dale rozporządzenie - ma charakter zamknięty. Za bezzasadne uznał stanowisko Zamawiającego dotyczące braku wskazania podwykonawców. Jeśli Zamawiający uznał, że dostarczenie

dokumentów autoryzacji firmy FAST GROUP wskazuje na realizację zamówienia za pomocą podwykonawcy to winien wezwać Odwołującego się ROCHE do uzupełnienia informacji na temat podwykonawców w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem dokument ten odnosi się do wykazu o którym mowa w 1 ust. 2 pkt. 5 rozporządzenia. Odwołujący się ROCHE oświadczył, że zakupił wymagany sprzęt wraz z gwarancją a podmiot od którego zostaną kupione UPS nigdy nie będzie stroną jakiegokolwiek zobowiązania w relacji pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym, co wynika z postanowień umowy jaka zostanie zawarta w wyniku niniejszego postępowania. FAST GROUP nie został wskazany jako podwykonawca, bo Odwołujący się ROCHE uczynił w ofercie siebie bezpośrednio i wyłącznie odpowiedzialnego za instalację i serwis zasilaczy UPS oraz będzie ponosić wobec Zamawiającego odpowiedzialność za działania osób trzecich, które będzie wykorzystywał do realizacji zamówienia jak za działania własne.

Utrzymywanie i wykorzystanie postanowienia że autoryzację musi „posiadać” wykonawca jest równoznaczne z tym, że postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, albowiem taki warunek jest sprzeczny z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 22 ust. 2 tej ustawy, co w konsekwencji wskazuje na jego nieważność z mocy prawa w związku z brzmieniem art. 58 § 1 k.c.

Odwołujący się ROCHE podtrzymał również swoje stanowisko w zakresie istnienia podstaw do odrzucenia oferty ABBOTT. ABBOTT nie dokonał opisu oferowanych dodatkowych zestawów komputerowych. Wpisanie w ofercie informacji, że zostanie dostarczony komputer o wymaganych parametrach nie spełnia wymogu opisu oferowanego sprzętu. Zamawiający nie ma wiedzy jaka konfiguracja zostanie mu dostarczona a wymogiem siwz był komputer o konkretnych parametrach technicznych. W treści wzoru umowy, zamawiający stwierdza, że „przedmiot dzierżawy zostanie dostarczony Zamawiającemu o parametrach zgodnych z tymi, jakie zostały określone z załączniku nr 1 do umowy”. Skoro brak jest tam podania jakichkolwiek danych na temat oferowanego sprzętu komputerowego, to tym samym oprócz braku weryfikacji samej oferty niemożliwe staje się zweryfikowanie zgodności z ofertą dostarczanego sprzętu.

2). Brak wymaganych przez Zamawiającego opisów oferowanych parametrów analizatorów biochemicznych oraz analizatorów immunochemicznych. ABBOTT potwierdził jedynie spełnienie ww. warunków, natomiast brak wymaganych przez Zamawiającego opisów szczegółowych oferowanych parametrów;

3). ABBOTT niedoszacował i zaoferował za mało opakowań odczynników Triger Solution (roztwór wyzwalający reakcję). Zaoferowano 28 op. zamiast 57 op. wynikających z ilości zaoferowanych testów immunochemicznych zużycie ww. odczynników na 1 oznaczenie;

4). Błędne wyliczenie wartości zaoferowanych kubków pediatrycznych w poz. 1, moduł C, załącznik nr. 5 do SIWZ. Zamawiający wymagał zaoferowania kubków w ilości 100szt./

miesiąc na cały okres trwania umowy (36 miesięcy, a więc 3.600szt). ABBOTT podał cenę jednostkową za sztukę 200,00 zł netto, a więc wartość zaoferowanych kubków powinna wynieść $200,00 \text{ zł} \times 3600 \text{ szt.} = 720\,000,00 \text{ netto} + 7\% \text{ VAT} = 770\,400,00 \text{ zł brutto}$. Ponadto wzór według którego należało wyliczyć wartość ceny netto (iloczyn kolumny 3 i 4) brutto pozwała na prawidłowe wyliczenie wartości jedynie w przypadku przyjęcia w kolumnie 3 ilości jako pojedynczej sztuki, a nie wielkości opakowań.

5). nie spełnione są wymagania siwz dla zasilacza UPS: „Przewody wejściowe i wyjściowe wprowadzane od dołu i z przodu obudowy UPS” oraz „Pełny dostęp serwisowy do UPS z przodu obudowy”. Oferowany ABBOTT Sp. z o.o. UPS Power+ nie spełnia tych wymogów, Odwołujący się ROCHE wskazał, że podniesione zarzuty skutkują odrzuceniem oferty ABBOTT w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 ustawy oraz wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Zamawiający powiadomił o wniesieniu odwołań pismami z dnia 14.08.2008 roku.

W dniu 22.08.2008 roku ABBOTT o zgłosił przystąpienie się do postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem protestu przez ROCHE po stronie Zamawiającego wskazując, że oferta złożona przez niego jest ofertą najtańszą i spełnia wszystkie wymagania siwz. Podtrzymując swoje wcześniejsze stanowisko wniósł o oddalenie odwołania ROCHE w całości.

W dniu 25.08.2008 roku ROCHE Sp. z o. o. zgłosił przystąpienie się do postępowania odwoławczego wywołanego wniesieniem protestu przez ABBOTT Sp. z o. o. po stronie Zamawiającego wskazując, że oddalenie odwołania ABBOTT Sp. z o.o. i uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania spowoduje, że oferta złożona przez ROCHE Sp. z o. o. będzie ofertą najkorzystniejszą. Podtrzymując swoje wcześniejsze stanowisko wniósł o oddalenie odwołania ABBOTT Sp. z o. o. w całości.

Na podstawie dowodu z dokumentacji akt sprawy, w tym siwz, oryginałów ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców oraz po wysłuchaniu stanowisk pełnomocników stron na rozprawie, Izba zważyła i ustaliła, co następuje:

Odwołujący się ABBOTT Sp. z o. o. oraz Odwołujący się ROCHE Sp. z o.o. posiadają interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania pozbawia obu odwołujących się możliwości ubiegania się o zamówienie a potwierdzenie się zarzutów odwołań dotyczących ofert własnych oraz oferty złożonej przez konkurenta daje możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie ABBOTT Sp. z o.o. zasługuje na uwzględnienie, choć nie wszystkie podnoszone w nim zarzuty podlegają rozpatrzeniu przez Izbę.

Izba stwierdza, że czynność odrzucenia oferty ABBOTT Sp. z o.o. dokonana została z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przepis ten nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz. Interpretacja tego przepisu ma istotne znaczenie dla oceny zarzutu Odwołującego się ABBOTT Sp. z o.o.

Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania „treść oferty” i „treść SIWZ” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w siwz potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu przedmiotu do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści siwz.

Art. 27a ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych (t.j. Dz.U. z 2002 roku Nr 72, poz. 664) nakazywał zamawiającym odrzucenie oferty sprzecznej z ustawą lub z siwz. Restrykcyjna interpretacja tego przepisu powodowała konieczność odrzucania ofert zawierających wyłącznie błędy formalne np. brak parafowania wszystkich stron oferty, przy prawidłowo zaoferowanym i odpowiadającym potrzebom Zamawiającego przedmiocie świadczenia. *Ratio legis* dokonanej zmiany ustawowej polega na tym, by uniemożliwić odrzucanie ofert merytorycznie poprawnych.

Odwołujący się ABBOTT Sp. z o.o. zaoferował realizację w całości wymagania Zamawiającego opisanego w Załączniku Nr 5 do siwz, Moduł C, lp.1 t.j. 100szt. kubeczków pediatrycznych na miesiąc..

Bezsporna okoliczność, że Odwołujący się ABBOTT Sp. z o.o. w swojej ofercie zaproponował 4.000 szt. (3.600szt wymaganych przez Zamawiającego + 400szt. wynikających ze sposobu konfekcjonowania produktu Odwołującego się ABBOTT Sp. z o. o.) kubeczków pediatrycznych nie ma wpływu na powyższą ocenę. W ocenie Izby *de lege lata* o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości.

Pogląd przeciwny w okolicznościach postępowania prowadziłyby do dyskryminacji wykonawców ze względu na sposób konfekcjonowania (ilości sztuk w opakowaniu) oferowanych produktów lub, na etapie realizacji umowy, do świadczenia rzeczy, z których zamawiający nie mógłby zastosować w sposób właściwy, gdyż ze względu na wcześniejsze otwarcie opakowań (w celu dokonania jego podziału w taki sposób, by Zamawiający otrzymał jedynie wymaganą ilość produktu) utracone zostałyby wymagane właściwości (np. sterylność) lub za wcześnie upłynąłby termin ich ważności.

Dokonując czynności odrzucenia oferty złożonej przez ABBOTT Sp. z o.o. Zamawiający naruszył też art. 5 k.c. Powyższa interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp znajduje oparcie w orzecznictwie sądów powszechnych (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23.02.2007 roku, sygn. akt X Ga 23/07) oraz orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z dnia 20.02.2008 roku, sygn. akt KIO/UZP/151/08, wyrok z dnia 5.03.2008 roku sygn. akt KIO/UZP/181/08).

Skoro oferta ABBOTT Sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu, to nie zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Za przedwczesne uznała natomiast Izba zarzuty podniesione przez Odwołującego się ABBOTT Sp. z o.o. do oferty ROCHE Sp. z o.o.

Ustawa Pzp odróżnia czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert (art. 20 ust. 1 *in fine* Pzp). Z dokumentacji postępowania wynika, że Zamawiający dokonał w odniesieniu do oferty ROCHE Sp. z o.o. jedynie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazanie przez Zamawiającego, jako podstawy prawnej swojej decyzji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nie podważa tego ustalenia, skoro z treści oświadczenia Zamawiającego wynika wprost, że powodem wykluczenia był brak załączenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu (dowód: pisma Zamawiającego informujące o wynikach postępowania z dnia 25.07.2008 roku). Nadto Izba zważyła, że w przypadku wykluczenia wykonawcy skutek odrzucenia złożonej przez niego oferty następuje z mocy prawa bez konieczności jej badania i oceny stosownie do art. 24 ust. 4 Pzp.

Skoro Zamawiający nie dokonał czynności badania i oceny oferty ROCHE to zarzut protestu jest przedwczesny z uwagi na treść art. 180 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z ulotek dotyczących elementów oferty ROCHE było bezprzedmiotowe.

Z powyższych względów uznając za potwierdzone zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 5 k.c. oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględniła odwołanie ABBOTT .

Odwołanie ROCHE zasługuje na uwzględnienie, mimo, że nie wszystkie jego zarzuty znalazły potwierdzenie podczas postępowania dowodowego.

W załączniku Nr 8 str 66 siwz Zamawiający wymagał od wykonawców posiadania autoryzacji serwisowej producenta zasilaczy i dołączenia jej do oferty.

ROCHE. nie złożył wraz ofertą wymaganego dokumentu, a w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przedstawił dokument wystawiony dla FRISCO GROUP. Okoliczność ta stała się przyczyną decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego się ROCHE z postępowania.

Trafnie podnosi Odwołujący się ROCHE zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp. W ocenie Izby dokument autoryzacji wymagany w Załączniku Nr 8 str. 66 siwz ma charakter przedmiotowy i potwierdza stosownie do art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp spełnienie przez oferowane usługi wymagań Zamawiającego. Zamawiający w dokumentach postępowania postawił szczegółowe wymagania usługom serwisowym. W związku z tym oraz ze względu na specyfikę działania Zamawiającego (jednostki służby zdrowia) oraz wykorzystanie sprzętu do wykonania wysokospecjalistycznych badań, wymaganie świadczenia tych usług przez podmiot posiadający autoryzację uznaje Izba za uzasadniony i adekwatny. Nie może się natomiast ostać pogląd, że to wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w badanym postępowaniu powinien posiadać status autoryzowanego serwisanta producenta, gdyż nie jest to uprawnienie wymagane przepisami prawa, o którym mówi art. 22 ust.1 pkt 1 Pzp a Zamawiający nie zastrzegł w siwz stosownie do art. 36 ust. 5 Pzp, że usługa serwisowania nie może być świadczona przez podwykonawcę. Wskazać też należy, że katalog dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań Zamawiającego ma charakter taksatywny i dopuszczalne jest na mocy § 1 ust. 2 rozporządzenia, żądanie przez Zamawiającego dokumentów innych niż wymienione w tym przepisie.

Przedstawiona powyżej ocena zapadła w granicach określonych zarzutami protestu z pominięciem podniesionego dopiero na rozprawie zarzutu nieuwzględnienia przez Zamawiającego okoliczności złożenia wraz z ofertą przez ABBOTT Sp. z o.o. dokumentu autoryzacji wystawionego dla podwykonawcy Camco Sp. z o. o.

Izba nie znalazła podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu na podstawie art. 191 ust. 3 Pzp. Sankcja unieważnienia postępowania jest sankcją najdalej idącą i powinna być stosowana jedynie wtedy, gdy wady postępowania nie mogą być konwalidowane przez czynność Zamawiającego. W okolicznościach sprawy naruszenie przepisów Pzp, skutkujące

wadliwym wykluczeniem Odwołującego się ROCHE można usunąć przez nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Za niepotwierdzone uznaje Izba zarzuty podniesione przez Odwołującego się ROCHE Sp. z o.o. w stosunku do oferty złożonej przez ABBOT Sp. z o. o. Izba stwierdza, że formułując Zał Nr 6 do siwz Zamawiający nie wymagał od wykonawców podawania w tym miejscu oferty określonego stopnia szczegółowości opisu oferowanych zestawów komputerowych oraz analizatorów biochemicznych i immunochemicznych, nakazując jedynie zamieszczenie opisu bez konieczności ujęcia w nim informacji o innym zakresie, niż wynikające z opisanego parametru (dowód: Załącznik Nr 6 do siwz). Z okoliczności, że Odwołujący się ROCHE dokonał opisu bardziej szczegółowego i wyczerpującego nie można wywieść skutku w postaci nie spełnienia przez ofertę ABBOTT Sp. z o. o. wymagań siwz. W ocenie Izby treść siwz nie daje podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, który oparł się na ich literalnym brzmieniu i potwierdził spełnienie wymagań Zamawiającego. Wątpliwości, co do treści oferty ABBOTT Sp. z o. o. mogą być wyjaśnione przez Zamawiającego z zastosowaniem art. 87 ust. 1 Pzp.

Ponadto, jak trafnie podniósł na rozprawie Zamawiający część kwestionowanych parametrów ma charakter ocenny i jakość dokonanego opisu mogłaby mieć wpływ na ocenę merytoryczną oferty ABBOTT Sp. z o.o. w kryterium zdolności technicznej wskazanym w pkt VI siwz.

Izba zważyła, że Zamawiający wymagał podpisania oświadczenia stanowiącego Załącznik Nr 5 do siwz, Moduł C *in fine*, że „wskazany w formularzu asortyment jest wystarczający do prawidłowego wykonania podanej w module A ilości badań na analizatorach stanowiących przedmiot oferty. W przypadku nie uwzględnienia asortymentu potrzebnego do wykonania określonej przez zamawiającego liczby analiz wykonawca zobowiązuje się do bezpłatnego zapewnienia tego asortymentu Zamawiającemu. Wykonawca pokrywa również koszt zakupu i transportu oraz pozostałe wydatki związane z dostawą tego asortymentu do Zamawiającego”.

ABBOTT wymagane oświadczenie podpisał. Brak jest zatem podstaw do przyjęcia, że złożona przez niego oferta jest niezgodna z siwz i zawiera zaniżoną cenę z powodu zaproponowania zbyt małej ilości opakowań Trigger Solution - roztworu wyzwalającego reakcję.

Powyższe ustalenie oparte na treści siwz powoduje, że dowód przedłożony przez Odwołującego się ROCHE w postaci wyliczenia opartego o dane wynikające z ulotki oferowanego roztworu nie potwierdza niezgodności oferty ABBOTT z siwz. Brak jest również jednoznacznego potwierdzenia aktualności ulotki stanowiącej podstawę dowodu.

Okoliczność aktualności ulotki jest w ocenie Izby istotna, z uwagi na szybki rozwój rynku usług medycznych oraz dążenie firm do ulepszania swych produktów.

Badając zarzut błędnego wyliczenia wartości kubków pediatrycznych Izba stwierdza, że wskazana w treści odwołania podstawa prawna art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie występuje w okolicznościach faktycznych sprawy. Izba stwierdza, że wartość wskazana w kolumnie 5 lp. 1 Arkusza asortymentowo-cenowego Modułu C może stanowić omyłkę rachunkową w obliczeniu ceny, która może zostać poprawiona na podstawie art. 88 Pzp. Zatem Zamawiający nie odrzucając oferty ABBOTT z tego powodu nie dopuścił się naruszenia art. 88 ust. 1 pkt 6 Pzp..

Zarzut nie spełnienia przez oferowany przez ABBOTT Sp. z o.o. zasilacz UPS Power + wymogów siwz uznała Izba za nieudowodniony. Zdjęcia przedstawione jako dowód, iż zasilacz ten nie spełnia następujących wymagań siwz: „Przewody wejściowe i wyjściowe wprowadzane od dołu i z przodu obudowy UPS” oraz „Pełny dostęp serwisowy do UPS z przodu obudowy” nie podważają oświadczenia dostawcy ww. zasilacza Camco Sp. z o.o. z dnia 4.08.2008 roku o możliwości konfiguracji i spełnianiu warunków siwz. Odwołujący się ROCHE nie przedstawił innego dowodu, z którego wynikałaby strukturalna, dotycząca cech technicznych zasilacza niemożność innego ustawienia jego modułów. Brak takiej możliwości nie wynika również z przedstawionych zdjęć.

Konkludując Izba stwierdza, że zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp a w konsekwencji również art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i badaniu oferty ABBOTT nie znalazły potwierdzenia.

Wobec potwierdzenia się zarzutów wadliwego wykluczenia Odwołującego się ROCHE z postępowania, a co za tym idzie unieważnienia postępowania przy nieistnieniu przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględniła odwołanie ROCHE.

Reasumując: Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp uwzględniła oba odwołania nakazała unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazała ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert.

O kosztach Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, zasądzając wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego się w wysokości 3600 zł na podstawie przedłożonego rachunku zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*