

WYROK

z dnia 14 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o.

ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Wojewódzki Szpital Obserwacyjno-Zakaźny im. T. Browicza ul. Św.

Floriana 12, 85-030 Bydgoszcz

protestu z dnia 23 października 2009 r.

przy udziale: **Roche Diagnostic Polska Sp. z o.o. ul. Wybrzeże Gdyńskie**

6B, 01-521 Warszawa zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Obserwacyjno-Zakaźny im. T. Browicza ul. Św. Floriana 12, 85-030 Bydgoszcz i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 328 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy trzysta dwadzieścia osiem złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Obserwacyjno-Zakaźny im. T. Browicza ul. Św. Floriana 12, 85-030 Bydgoszcz** na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa.**

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

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę odczynników laboratoryjnych, dzierżawę analizatora do mikroplątek, dzierżawę analizatorów immunochemicznych, dzierżawę aparatu do automatycznej izolacji kwasów nukleinowych i analizatora do amplifikacji i detekcji techniką Real-time PCR* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 29 lipca 2009 r. pod numerem 2009/S 143-209812. Wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne.

Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych. Odwołanie dotyczy pakietu 20. – odczynników i dzierżawy aparatu do automatycznej izolacji kwasów nukleinowych wraz z analizatorem do amplifikacji i detekcji techniką real – time PCR. Termin realizacji zamówienia to 12 miesięcy od daty obowiązywania umowy.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału I specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla tego pakietu wykonawca, oprócz zapewnienia dzierżawy aparatu, musiał zabezpieczyć bezpłatny serwis, udzielić pełnej bezpłatnej gwarancji i zapewnić niezbędne materiały eksploatacyjne. Podane przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ilości odczynników są średnim zapotrzebowaniem w ciągu 12 miesięcy, zaś rzeczywiste zapotrzebowanie będzie wynikać z aktualnych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający dopuścił złożenie oferty na odczynniki inaczej konfekcjonowane niż podane przez niego przy zachowaniu całkowitej ilości odczynnika, przy zaokrągleniu pełnej ilości opakowań „w górę”, tzn. ich oferowana ilość nie mogła być mniejsza niż podana w tabeli. Zgodnie z treścią załącznika nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – „Formularz cenowy” wykonawca miał uwzględnić w ofercie koszt materiałów zużywalnych koniecznych do wykonania podanej ilości badań za pomocą zaoferowanej aparatury. Zamawiający określił ilość badań (oznaczeń) na 400 HIV-1RNA-PCR, 1200 HBV DNA-PCR, 1100 HCV DNA-PCR.

W ofercie wykonawcy mieli złożyć: formularz oferty, formularz cenowy, opis charakterystyki oferowanych odczynników oraz opis charakterystyki oferowanego aparatu (rozdział II pkt 3 ppkt 5.6., 5.7., 5.13., 5.14).

Ofertę dla tego pakietu złożył Odwołujący z ceną 268.440,30 zł oraz Przystępujący z ceną 306.766,98 zł.

Pismem z 25 września 2009 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie treści oferty, których to wyjaśnień Odwołujący udzielił pismem z 30 września 2009 r.

14 października 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na brak wyceny i ujęcia wszystkich składników potrzebnych do wykonania zadania w odniesieniu do:

braku zestawu do kalibracji optycznej, braku probówek wtórnych, zbyt małej ilości materiału kontrolnego Real Time HBV i HCV Controls, zbyt małej liczby płytek 96 Well Optical Reaction Plate.

Na tę czynność 23 października 2009 r. Odwołujący wniósł protest, który Zamawiający oddalił 2 listopada 2009 r. Od tego rozstrzygnięcia 9 listopada 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
 2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezprawne odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie pakietu nr 20,
 3. art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. dokonanie wyboru oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., która to oferta w zakresie pakietu nr 20 nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej,
 4. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w zakresie pakietu nr 20,
 5. w konsekwencji na zasadzie związku przyczynowo – skutkowego naruszenie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez usiłowanie dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem prawa w zakresie pakietu nr 20,
 6. art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. poprzez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście,
 7. art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez takie naruszenie przepisów o zamówieniach publicznych, które miało wpływ na treść rozstrzygnięcia postępowania
- i wniósł o: unieważnienie rozstrzygnięcia przetargu, odrzucenie oferty Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego i udzielenie mu niniejszego zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu protestu i odwołania Odwołujący przedstawił argumentację na poparcie swoich zarzutów.

Zamawiający swoje stanowisko zawarł w rozstrzygnięciu protestu, a Przystępujący – w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz w przystąpieniu do odwołania. Strony i Przystępujący przedstawiły swoje stanowiska także podczas rozprawy.

Na podstawie ustalonego powyżej stanu faktycznego, dokumentacji postępowania, oświadczeń Stron i Przystępującego i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba, w odniesieniu do zarzutu Przystępującego dotyczącego braku sformułowania w odwołaniu zarzutów i żądań, stwierdziła, iż rzeczywiście są one przedstawione w sposób opisowy odnoszący się do protestu, jednak stanowisko Odwołującego w tym zakresie jest wystarczająco jasne, aby Izba mogła wydać rozstrzygnięcie (z tego powodu powyżej zostały one przedstawione jako zarzuty i żądania odwołania).

Z zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz obowiązku prowadzenia postępowania z zachowaniem jego przejrzystości, a także dlatego, iż każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest odrębne i do każdego sporządzana jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia o treści ustalonej dla konkretnego postępowania wynika, że nie można skutecznie powoływać się na okoliczności zaistniałe w innych postępowaniach. Zatem nawet jeśli Zamawiający wymagał czegoś w postępowaniach prowadzonych w latach ubiegłych, albo nawet nie wymagał, lecz otrzymał podczas realizacji umowy, nie ma to prawnego znaczenia dla niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego oceniając wymagania Zamawiającego Izba może kierować się tylko tekstem specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonej dla niniejszego postępowania i udzielonych w stosunku do jej treści wyjaśnień.

Wykonawcy, przygotowując ofertę, kierują się wymaganiami zamawiającego zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Do interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosuje się art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, biorąc przy tym pod uwagę fakt, iż specyfikacja ta jest adresowana do nieokreślonej liczby odbiorców, a zatem interpretacji tej należy dokonywać kierując się przede wszystkim jej bezpośrednim brzmieniem i najbardziej prawdopodobnym rozumieniem przez ogół odbiorców. Należy też podkreślić, iż ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 29 ust. 1 zawiera w tym przedmiocie dodatkową dyspozycję, zgodnie z którą przedmiot zamówienia należy opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zatem z tego przepisu wynika w sposób jasny i wyraźny, że to po stronie zamawiającego leży obowiązek takiego sformułowania swojego oświadczenia woli, jakim jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia, aby wykonawcy nie mieli wątpliwości co do jego treści. Z tego obowiązku zamawiający nie może się zwolnić wskazując na to, że wykonawcy mogli się zwrócić do niego o wyjaśnienia, gdyż, pomijając fakt, że jest to uprawnienie, a nie obowiązek wykonawców, z brzmienia art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, iż odnosi się on do wyjaśnień treści specyfikacji, a nie zmuszania zamawiającego do dokonania opisu przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę przytoczoną powyżej dyspozycję art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcy słusznie mogli uznać, iż okoliczności przez Zamawiającego nie opisane, są dla niego obojętne.

Zrozumiałe jest, iż Zamawiający, nie wiedząc, które z urządzeń dostępnych na rynku zostaną mu zaoferowane, a jako że wymagają one specyficznych dla siebie materiałów do wykonywania testów, nie sporządził w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ich listy. Ale z tego powodu, tym bardziej wymagane było, zdaniem Izby, przekazanie wykonawcom wymagań, w jaki sposób badania będą prowadzone – w jakich okresach, seriach oznaczeniowych, jak długo i w jakich warunkach przechowywane będą

pobrane materiały przed wykonaniem badań, jakiego rodzaju materiały należy ująć, a jakiego nie itp. informacje mające znaczenie dla przygotowania oferty, czyli potrzebne do sporządzenia listy materiałów i obliczenia ich ilości. Przy tym Zamawiający powinien wskazać, jakie materiały ma na myśli, bo w tym miejscu należy przyznać rację Odwołującemu, iż nawet gdyby zaoferował on próbówki, to Zamawiający mógłby zarzucić brak rękawic jednorazowych albo innego produktu, o którym obecnie nie wspomina, a który też się zużywa podczas badań. To prowadzioby do jawnego naruszenia zasady podkreślanej wielokrotnie przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, będącej podstawą wielu przepisów zarówno dyrektyw unijnych dotyczących udzielania zamówień, jak i ustawy Prawo zamówień publicznych, odnoszącej się do przejrzystości postępowania, a więc jasnych kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej, również poprzez określenie *a priori* wymagań w stosunku do wykonawców i ich ofert – stąd m.in. dyspozycja art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przede wszystkim zaś, analizując postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – z samego tytułu postępowania, jak i podtytułu, czy też „opisu” dla pakietu 20. (załącznik nr 3 – formularz cenowy wynika, iż jest to „zakup odczynników i dzierżawa aparatu” – z tego postanowienia można więc wnioskować, iż materiały, które nie są odczynnikami, a tym samym próbówki, nie wchodzą w zakres zamówienia.

W kolejnym zdaniu tego załącznika dla pakietu 20. Zamawiający zawarł polecenie, iż w ofercie uwzględniony ma być koszt materiałów zużywalnych koniecznych do wykonania podanej ilości badań za pomocą oferowanej aparatury. Ilość i rodzaj badań zostały wskazane w znajdującej się poniżej tabeli. Zatem, jak wynika *expressis verbis* z tego postanowienia, wycenione miały być materiały konieczne do wskazanych badań. Natomiast zarówno kalibracja optyczna, jak i zalecana comiesięczna kontrola kontaminacji nie są związane bezpośrednio z przeprowadzaniem badań („konieczne do ich wykonania”), pomimo że na celu mają zapewnienie ich jakości – podobnie jednak, jak wiele innych czynników, choćby procedury obchodzenia się z badanymi materiałami, czy zwykła dbałość o czystość pomieszczenia. Zatem z brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie można

wywieść jednoznacznie, iż materiały do ich przeprowadzenia również miały być ujęte w ofercie, a zwłaszcza w tabeli formularza cenowego.

W odniesieniu do testów do kalibracji optycznej zachodzi również dodatkowa okoliczność – w wyjaśnieniach z 30 września 2009 r. Odwołujący wskazał, iż kalibracja optyczna będzie wykonywana przez niego bezpłatnie w ramach serwisu aparatu, później oświadczył też, iż jest to zakres czynności służący do utrzymania prawidłowego działania aparatu, a nie samego wykonywania testów. Biorąc pod uwagę, iż, zgodnie z opisem zawartym w rozdziale I specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przedmiotem zamówienia jest także serwisowanie aparatu, którego zakresu Zamawiający również nie opisał, Izba uznała, że takie działanie nie jest sprzeczne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia również żadnych wymagań ani wskazań dotyczących wielkości serii pomiarowej ani częstotliwości wykonywanych badań, zatem nie ma podstaw wymagać, aby obliczona ilość odczynników odnosiła się akurat do serii 24-próbkowej lub czasu wykonywania badań.

W odniesieniu do oferty Przystępującego Izba uznaje wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, iż statywy na próbki i odczynniki dostarczane są wraz z aparatem jako jego wyposażenie, a pozostałe wskazane materiały nie są wykorzystywane przez zaoferowany aparat. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił argumentacji podtrzymującej przeciwne stanowisko.

Izba zauważa również, iż statywy nie są materiałami zużywalnymi w znaczeniu użytym przez Zamawiającego w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poza tym opisane powyżej stanowisko Izby dotyczące oferty Odwołującego w odnoszące się do obowiązku lub braku obowiązku zaoferowania pewnych produktów, dotyczy także oferty Przystępującego.

Jak Izba wskazała powyżej, wszelkie niejasności i błędy w wymaganiach zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w tym zakresie obciążają Zamawiającego, a nie wykonawców, zatem orzekła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba orzeka tylko w zakresie zarzutów zawartych w proteście.

Izba nie jest organem uprawnionym do orzekania w zakresie naruszenia ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, zatem nie ustosunkowała się do tego zarzutu.

Kierując się art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględniała niniejsze odwołanie, ponieważ podniesione zarzuty co najmniej mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....