

WYROK
z dnia 27 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2019 r. przez wykonawcę – **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Bobrowieckiej 8 (00-728 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Szpital Kliniczny im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu** z siedzibą przy ul. Przybyszewskiego 49 (60-355 Poznań),

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz dokonanie powtórnego badania i oceny oferty tego wykonawcy;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Szpital Kliniczny im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Szpitala Klinicznego im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu** na rzecz wykonawcy – **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn. *Zakup i dostawę odczynników do badań, kalibratorów, materiałów kontrolnych wraz z dzierżawą analizatorów i sortera próbek*, (nr referencyjny: DZP/34/2019), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 lutego 2019 r., pod numerem 2019/S 031-069053.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 12 sierpnia 2018 r. wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- I. odrzuceniu oferty odwołującego w postępowaniu;
- II. unieważnieniu postępowania;
- III. zaniechaniu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: „SIWZ”) oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w przedmiocie zaoferowania i wyceny dzierżawy sprzętu dot. stacji roboczych, drukarek - 3 sztuki, laptopów - 2 sztuki, klimatyzatorów, dwóch kompletów pipet, laboratoryjnej szafy chłodniczej, wirówki z chłodzeniem z wyposażeniem, tj. dotyczących pkt 7, 8, 9, 10.3, 10.4, 10.5. Tomu III, Tabeli nr 2 parametrów granicznych;
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez niezasadne unieważnienie postępowania, podczas gdy w postępowaniu złożono jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu tj. ofertę odwołującego, która powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie odwołania przez Izbę, a także uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny oferty odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Jeśli chodzi o interes do wniesienia odwołania odwołujący wskazał, że podniesione przez niego uchybienia doprowadziły do naruszenia jego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego modułu ISE odwołujący wyjaśnił, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający wskazał, że odwołujący w formularzu ofertowym nie wymienił wszystkich wymaganych elementów składowych dzierżawy definiujących konkretny/indywidualny przedmiot zamówienia, który był wymaganym elementem składowym przedmiotu dzierżawy. Zamawiający zaznaczył, że w formularzu ofertowym (a raczej w formularzu cenowym) w punkcie V. „Dzierżawy”, odwołujący nie wskazał Modułu ISE (moduł do oznaczania jonów) jako elementu analizatora cobas 8000, na którym to module powinny być oznaczane jony: sód, potas i chlorki (w lokalizacji przy ul. Przybyszewskiego) lub sód i potas (w lokalizacji przy ul. Grunwaldzkiej). Zamawiający podniósł, że w formularzu cenowym wyspecyfikowano jedynie w punkcie V. „Dzierżawy”, pozycja 1: cobas 8000 (c502, e801) bez wskazania modułu ISE. Co więcej, zamawiający zaznaczył, że brak wskazania Modułu ISE jest wynikiem błędu wykonawcy, a nie zamierzonym rozwiązaniem wynikającym z posiadanych przez wykonawcę możliwości konfigurowania analizatora oraz wybieranych opcjonalnych modułów do wykonywania wymaganych badań. Zamawiający wskazał, że wobec tego nie posiada w treści oferty wiedzy na temat tego, co jest mu zaoferowane przez wykonawcę, a tym samym nie jest możliwe skuteczne zweryfikowanie oferty wykonawcy.

Z powyższymi twierdzeniami zamawiającego odwołujący się nie zgodził. W jego ocenie wbrew powyżej wskazanym zarzutom zamawiającego, zaoferował system cobas 8000 wraz z modulem ISE 900, o czym świadczy wypełniona przez odwołującego Tabela nr 2 parametry graniczne „Dzierżawa systemu analizatorów wraz z dostawą odczynników do badań z zakresu chemii klinicznej”, a w szczególności poz. 1.1 a tej tabeli, w której zamawiający wymagał:

„Część *biochemiczna* (c)

Wydajności min. 600 oznaczeń na godzinę (metody pomiaru fotometryczne, mono- i bichromatyczne, punktu końcowego, kinetyczne; i min. 400 oznaczeń jonów na godzinę (ISE)” oraz w poz. 1.1.b. wymagał:

Część immunochemiczna (i)

Pomiar w oparciu o technologię chemiluminescencji,

Wydajność maksymalna (wg. instrukcji): min. 200 testów na godzinę (na moduł), 1) lokalizacja ul. Przybyszewskiego:

Co najmniej 48 miejsc odczynnikowych; jeżeli jedna platforma (i) nie ma wymaganej wydajności i wymaganej ilości miejsc odczynnikowych, dopuszczamy zaoferowanie dodatkowego, identycznego modułu immunochemicznego (plan pracowni w załączeniu patrz plan pracowni ZAŁĄCZNIK 1P) 2) lokalizacja ul. Grunwaldzka:

Co najmniej 47 miejsc odczynnikowych (wymagany jeden moduł immunochemiczny)

Uwaga: moduły „c” oraz „i” w obydwu lokalizacjach muszą być identyczne. ”

Odwołujący wskazał, że ww. punkcie potwierdził spełnienie wymaganych warunków granicznych „Części biochemicznej”, zapisem:

„TAK - część biochemiczna - cobas 8000 <c502> Wydajność 600 oznaczeń na godzinę (metody pomiaru fotometryczne, mono- i bichromatyczne, punktu końcowego, kinetyczne; i 900 oznaczeń jonów na godzinę (ISE)”.

Jak wyjaśnił odwołujący z powyższego wynika, że zamawiający opisał oznaczenia fotometryczne i oznaczenia ISE w jednej wspólnej części - części biochemicznej (c). Tym samym zaoferowane przez odwołującego systemy cobas 8000 umożliwiają wykonywanie wszystkich badań stanowiących listę „I Biochemia” z Tabeli nr 1 (Tom III opis przedmiotu zamówienia), w tym odpowiednio dla lokalizacji - ul. Przybyszewskiego: Chlorki, Sód, Potas; i ul. Grunwaldzka: Sód, Potas. Fakt, iż moduł ISE został uwzględniony w oferowanym systemie cobas 8000 potwierdza również dołączony do oferty plan usytuowania oferowanego systemu - Załącznik nr 1P, gdzie pod rysunkiem usytuowania systemu przy pracowni Przybyszewskiego wskazano: „cobas 8000 <502|801> with ISE” (tłum. „wraz z ISE”).

Odnosząc się natomiast do zarzutów, iż moduł ISE nie został wyspecyfikowany w formularzu cenowym, odwołujący podniósł, iż moduł ISE nie jest żadnym dodatkowym analizatorem, czy też niezależnym urządzeniem jak starał się wywieźć zamawiający, tylko konfigurowalnym elementem systemu cobas 8000, na który składają się analizator biochemiczny cobas c502 (wraz z modułem ISE900) oraz analizator immunochemiczny cobas e801. Moduł ISE jest zintegrowany z systemem cobas 8000, a ściślej z jego częścią biochemiczną, czyli cobas c502. Wbrew twierdzeniom zamawiającego moduł ISE oferowany przez odwołującego samodzielnie nie występuje i nie można go nabyć bez zakupu właściwego analizatora biochemicznego. W przypadku konieczności wykonywania badań ISE (chlorki, sól, potas)

stanowi on integralną część z analizatorem biochemicznym - tutaj cobas c502. Nie jest zatem prawdą twierdzenie zamawiającego, iż moduł ISE występuje niezależnie.

Dalej odwołujący wskazał, że wobec złożonych oświadczeń w punkcie 1.1a Tabeli nr 2 Parametrów granicznych oraz wobec tego, iż moduł ISE nie jest oddzielnym analizatorem, lecz konfigurowalnym, zintegrowanym modułem wchodzącym w skład systemu cobas 8000, wykonawca nie musiał oddzielnie specyfikować w formularzu cenowymi modułu ISE. Wystarczającym było wyszczególnienie ceny dla całego systemu cobas 8000, w skład którego wchodzi m.in. zaoferowany w tabeli parametrów granicznych moduł ISE 900. Na pewno zatem nie można twierdzić, iż zamawiający nie wiedział jakie elementy zostały mu zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu, co zdaje się wywodzić jedynie z tego, iż w formularzu cenowym nie zostało wyraźnie zaznaczone przy systemie cobas 8000, iż zawiera on moduł ISE. Tabela nr 2 - parametry graniczne jasno wskazuje, iż moduł ISE 900 został zaoferowany przez odwołującego, jak również potwierdzają to pozostałe elementy składające się na treść oferty odwołującego (m.in. plan usytuowania oferowanego systemu u zamawiającego). Reasumując odwołujący stwierdził, że moduł ISE nie jest oferowany oddzielnie, niezależnie od części biochemicznej systemu cobas, a czynsz dzierżawy obejmuje wszystkie elementy oferowanego systemu cobas 8000 (oraz pozostały sprzęt, o czym niżej).

W świetle powyższego odwołującego wskazał, że przytoczone przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia orzecznictwo Krajowej izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych jest nieadekwatne do zaistniałego stanu faktycznego. Przywołane wyroki dotyczą bowiem kwestii braku zaoferowania przez wykonawcę danego produktu, a w szczególności braku wskazania w ofercie nazwy producenta/modelu co nie pozwalało zidentyfikować przez zamawiającego oferowanego produktu. Odwołujący tym samym stanął na stanowisko, że z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, gdyż ww. moduł ISE został zaoferowany przez odwołującego i wyszczególniony w jego ofercie, co dało się skwantyfikować i zlokalizować chociażby poprzez oświadczenia złożone w tabeli nr 2 parametrów granicznych stanowiących *de facto* treść oferty.

Mając na uwadze powyższe w ocenie odwołującego, zamawiający niezasadnie odrzucił jego ofertę.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący braku wyceny dzierżawy sprzętu wymaganego w SIWZ odwołujący wyjaśnił, że zamawiający odrzucił jego ofertę również ze względu na brak wyceny dzierżawy sprzętu wymaganego w SIWZ, a który został zaoferowany przez niego w punktach 7, 8, 9, 10.3, 10.4, 10.5 - TOM. III, Tabela nr 2 Parametry graniczne tj. w zakresie stacji roboczych, drukarek - 3 sztuki, laptopów - 2 sztuki, klimatyzatorów, dwóch kompletów pipet, laboratoryjnej szafy chłodniczej, wirówki z chłodzeniem z wyposażeniem. Zamawiający stwierdził, że nie posiada w treści oferty odwołującego elementów wskazanych powyżej, tym

samym nie ma wiedzy, co jest zaoferowane przez odwołującego, a tym samym według jego mniemania nie może prawidłowo zweryfikować oferty wykonawcy pod względem spełniania wymogów wskazanych w SIWZ.

Z powyższymi twierdzeniami zamawiającego odwołujący również się nie zgodził. Stwierdził przy tym, że jak sam zamawiający wskazał, ww. elementy zostały wyraźnie wyspecyfikowane w Tabeli nr 2 Parametrów granicznych, w wypełnionych przez odwołującego punktach: 7, 8, 9, 10.3, 10.4, 10.5. Tym samym – w ocenie odwołującego – nie ulega żadnej wątpliwości, iż zaoferował on ww. produkty. Nieprawdą jest zatem to, iż zamawiający nie posiada wiedzy co do elementów treści oferty odwołującego oraz iż nie mógł zweryfikować ww. produktów pod kątem spełniania wymogów wskazanych w SIWZ, gdyż z ww. tabeli parametrów granicznych jasno wynika co zostało zaoferowane zamawiającemu.

Dalej odwołujący wyjaśnił, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamawiający wywodzi z faktu, iż w formularzu cenowym nie wyspecyfikowano w odrębnych pozycjach ww. elementów. Odwołujący zaakcentował w tym zakresie, iż żaden punkt SIWZ nie obligował wykonawców do odrębnego wyszczególniania i wyceniania w formularzu cenowym wszystkich poszczególnych elementów składających się na oferowany do dzierżawy system. Jak wskazuje się w doktrynie oraz orzecznictwie „odrzućenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie może zawierać ogólnikowego uzasadnienia o nieodpowiedniości oferty w stosunku do siwz, lecz powinno wskazywać na konkretne postanowienia siwz oraz brak wypełnienia tych postanowień w ofercie”. Takiego konkretnego postanowienia SIWZ, z którym rzekomo oferta odwołującego miałaby być niezgodna, zamawiający w ogóle nie wskazuje. Nie dziwi to jednak odwołującego, ponieważ w SIWZ brak jest jakiegokolwiek zapisu, który obligowałby wykonawców do wyspecyfikowania w formularzu cenowym ww. elementów. Co więcej, sam zamawiający utożsamia analizatory zasadniczo z całym sprzętem podlegającym dzierżawie, o czym świadczy opis przedmiotu zamówienia: Zakup i dostawa odczynników do badań, kalibratorów, materiałów kontrolnych wraz z dzierżawa analizatorów i sortera próbek. Tabela nr 2 (Parametry graniczne) również jest zatytułowana „Dzierżawa systemu analizatorów (...)”, zawierając zarazem opisy różnych urządzeń (w tym rzeczonych drukarek, laptopów etc.) Na gruncie treści SIWZ wydaje się oczywiste, że Zamawiający cały wymagany sprzęt umownie utożsamiał z analizatorami, czy systemem. Nie powinien mieć zatem wątpliwości nie tylko co do tego, że sprzęt został mu zaoferowany (wszak przyznał, iż wszystkie elementy zostały zawarte w wypełnionej przez odwołującego Tabeli nr 2 parametrów granicznych), ale także co do tego, że czynsz obejmuje cały wymagany sprzęt. Jego wycena została bowiem dokonana w pozycji dotyczącej dzierżawy systemu cobas 8000. Niemniej, jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek obiekcje w tym zakresie to mógł i powinien zastosować przepis art. 87 ust. 1 Pzp i wezwać wykonawcę do

wyjaśnienia treści oferty, czego jednak bezpodstawnie zaniechał i co stanowi uzasadnienie do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp.

Dalej odwołujący wskazał, że również i w tym względzie przytoczone przez zamawiającego w piśmie o odrzuceniu jego oferty orzecznictwo nie będzie miało zastosowania. Przywołane judykaty dotyczą sytuacji, w których z treści oferty w ogóle nie da się wywieść jaki produkt został zaoferowany przez wykonawcę. Z takimi okolicznościami nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, ponieważ z Tabeli nr 2 parametrów granicznych wyraźnie wynika jakie produkty zostały zaoferowane przez odwołującego. Natomiast kwestia konieczności odrębnej wyceny w formularzu cenowym w rozbiciu na poszczególne elementy oferowanego systemu nie ma swojego odzwierciedlenia w postanowieniach SIWZ, które konsekwentnie wskazują, że dzierżawie podlegają analizatory (w domyśle - z całym wymaganym sprzętem). Z tych też względów w opinii odwołującego wniesione przez niego odwołanie jest w pełni zasadne.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Bio-Rad Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz dowody przedstawione na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Bio-Rad Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanym dalej: „konsorcjum Abbott”), który zgłosili swoje przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Przesłanki przystąpienia uregulowane zostały w art. 185 ust. 2 Pzp, który stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przywołana regulacja zawiera niezbędne przesłanki przystąpienia, z których na pierwszy plan wysuwa się interes wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Potwierdza to art. 185 ust. 3 Pzp stanowiąc, że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Orzecznictwo przyjmuje, że pojęcie interesu wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje ma szerszy zakres przedmiotowy, niż wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jednak nie jest ono nieograniczone.

Jak ustaliła Izba okolicznością bezsporną było, iż oferta konsorcjum Abbott została „ostatecznie” odrzucona tj. zgodnie z wyrokiem Izby z 29 maja 2019 r. o sygn. akt KIO 895/19 odwołanie wniesione w dniu 16 maja 2019 r. przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zostało uwzględnione i tym orzeczeniem Izba nakazała m. in. odrzucić ofertę konsorcjum Abbott na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ww. orzeczenie Izby zostało zaskarżone przez zamawiającego. Sąd Okręgowy w Poznaniu postanowieniem z 23 lipca 2019 r. o sygn. akt X Ga 648/19 odrzucił skargę zamawiającego. W związku z tym zamawiający pismem z dnia 2 września 2019 r., mając na uwadze ww. wyrok Izby odrzucił ofertę konsorcjum Abbott i czynność tę, ze względów wskazanych powyżej należy uznać za niepodlegającą procedurze odwołania.

Zgodnie z art. 2a ust. 2 zd. 2 dyrektywy 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, zwanej „dyrektywą odwoławczą” *Oferentów uważa się za zainteresowanych, jeśli nie zostali jeszcze ostatecznie wykluczeni. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania.* Ponadto zgodnie z orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 21 grudnia 2016 r. w sprawie C-355/15 *Technische Gebäudebetreuung i Caverion Österreich* Trybunał orzekł, że *Artykuł 1 ust. 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i*

administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r., należy interpretować w ten sposób, że nie sprzeciwia się on temu, aby oferentowi wykluczonemu na mocy ostatecznej decyzji instytucji zamawiającej z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego odmówiono dostępu do umożliwiającego zakwestionowanie zawarcia umowy odwołania od decyzji o udzieleniu odnośnego zamówienia publicznego, jeżeli oferty złożyli tylko ten wykluczony oferent i wybrany oferent, a zdaniem wykluczonego oferenta oferta wybranego oferenta również powinna być zostać odrzucona.

Izba wzięła pod uwagę powyżej cytowane przepisy i stanowiska oraz nie dopatrzyła się żadnej korzyści, jaką wykonawca – konsorcjum Abbott, miałby odnieść z uzyskania rozstrzygnięcia w postępowaniu na korzyść zamawiającego, w sytuacji, gdy sam nie jest już wykonawcą, który ubiega się o udzielenie zamówienia w postępowaniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji zebranej wcześniej w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 895/19 w tym w szczególności z treści SIWZ;
- 2) dokumentacji przekazanej po części w postaci papierowej, a po części w postaci elektronicznej zapisanej na dwóch płytach CD, nadesłanej do akt sprawy w dniu 23 września 2019 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:
 - oferty odwołującego;
 - wezwania do wyjaśnień z dnia 22 sierpnia 2019 r. skierowanego przez zamawiającego do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
 - pisma z dnia 23 sierpnia 2019 r. stanowiącego odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie;
 - pisma zamawiającego z dnia 2 września 2019 r. zawierającego informacje o odrzuceniu oferty odwołującego w postępowaniu;
- 3) złożonych przez odwołującego na rozprawie:
 - wrysu rozmieszczenia oferowanych analizatorów - załącznik 1P;
 - zdjęcia poglądowego cobas 8000 w zaoferowanej konfiguracji;
 - strony z instrukcji obsługi cobas 8000 – moduł buforu próbkowego;
 - strony z instrukcji obsługi cobas 8000 – moduł ISE;
 - strony z instrukcji obsługi cobas 8000 – moduł c502;
 - strony z instrukcji obsługi cobas 8000 – moduł e801;
 - nagrania (płyta CD) – konfigurator zamówienia cobas 8000;
 - opisu przedmiotu zamówienia oraz formularza cenowego z postępowania zamawiającego oznaczonego sygn. DZP/34/2015;

- opisu przedmiotu zamówienia oraz formularza cenowego z postępowania zamawiającego oznaczonego sygn. DZP/115/2019;

- formularza cenowego z postępowania zamawiającego o sygn. DZP/121/2019;

4) złożonych przez zamawiającego na rozprawie:

- dowodu nr 1 w postaci tłumaczenia ulotki odwołującego, dotyczącej serii analizatorów modułowych cobas 8000 oraz notatek bezpieczeństwa dotyczących systemu cobas 8000 oraz modułów wraz z opcją ISE;

- dowodu nr 2 w postaci wydruku formularzy cenowych złożonych przez odwołującego w innych postępowaniach u innych zamawiających, w których dokładnie wskazał on konkretny moduł ISE, tj. ISE 900.

Izba ustaliła co następuje

W załączniku nr 1 do Tomu I SIWZ określony został wzór formularza ofertowego, który zawierał tabele określone jako formularz cenowy: łącznie dla obu lokalizacji objętych przedmiotem zamówienia, zestawienia asortymentowego dla lokalizacji przy ul. Przybyszewskiego oraz zestawienia asortymentowego dla lokalizacji przy ul. Grunwaldzkiej. Powyższej wskazane formularze cenowe w pkt V zawierały pozycje pn.: „DZIERŻAWY”, przy czym w treści tego formularza, a także w treści pozostałej dokumentacji przetargowej nie został wskazany sposób wypełnienia tej pozycji. Odwołujący wypełnił pkt V formularza cenowego dotyczącego łącznie obu lokalizacji poprzez wskazanie pięciu pozycji dla lokalizacji przy ul. Przybyszewskiego tj.: cobas 8000 (c 502, e 801), cobas Infinity, sorter p 612, AVL 9180, Osmometr Os3000 oraz dwóch pozycji dla lokalizacji przy ul. Grunwaldzkiej tj. cobas 8000 (c 502, e 801), cobas Infinity.

W TOMIE III SIWZ dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zamieścił Tabelę NR 2 PARAMETRY GRANICZNE, w której podał wymagania dla dzierżawy systemu analizatorów wraz dostawą odczynników do badań z zakresu chemii klinicznej. Tabela ta została sporządzona w ten sposób, że w kolumnie 1 wskazana była liczba porządkowa, w kolumnie 2 podane były wymagania dla danej pozycji, a kolumnę 3 miał wypełnić wykonawca i w ten sposób potwierdzić spełnienie wymaganych warunków granicznych przez podanie odpowiedzi TAK/NIE. W opisie tej kolumny znalazła się adnotacja o treści „potwierdzić wpisem w tej kolumnie oferowane parametry”. Tabela ta została wypełniona i dołączona do formularza ofertowego zarówno przez odwołującego jak i konsorcjum Abbott. Wymóg określony w pkt 1.1a ww. tabeli brzmiał następująco:

Część biochemiczna (c)

Wydajności min. 600 oznaczeń na godzinę (metody pomiaru fotometryczne, mono- i bichromatyczne, punktu końcowego, kinetyczne; i min. 400 oznaczeń jonów na godzinę (ISE)

Odwołujący wypełniając kolumnę 3 dla tej pozycji wskazał:

TAK - Część biochemiczna - cobas 8000<c502> Wydajność. 600 oznaczeń na godzinę (metody pomiaru fotometryczne, mono- i bichromatyczne, punktu końcowego, kinetyczne; i 900 oznaczeń jonów na godzinę (ISE)/strona potwierdzająca spełnienie warunków – opis analizatora

Podobnie pkt 7, 8, 9, 10.3, 10.4, 10.5 Tabeli NR 2 PARAMETRY GRANICZNE zostały w kolumnie 3 wypełnione przez odwołującego przez podanie za każdym razem odpowiedzi TAK wraz z opisem spełnienia postawionych odpowiednio dla tych punktów wymagań.

Zamawiający pismem z dnia 22 sierpnia 2019 r. wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie modułu ISE dotyczącego części biochemicznej.

Odwołujący odpowiedział na ww. wezwanie pismem z dnia 23 sierpnia 2019 r.

Następnie zamawiający odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co znalazło swoje odzwierciedlenie w piśmie z dnia 2 września 2019 r. Powodem odrzucenia oferty odwołującego według zamawiającego były: brak wskazania modułu ISE jako elementu analizatora cobas 8000 dla części biochemicznej oraz brak wyceny dzierżawy sprzętu wymaganego w SIWZ, co najmniej takiego, który nie jest integralną częścią analizatorów tj. stacji roboczej, drukarek – 3 sztuki, laptopów – 2 sztuki, klimatyzatorów, dwóch kompletów pipet, laboratoryjnej szafy chłodniczej, wirówki z chłodzeniem z wyposażeniem (TOM III, Tabela NR 2 PARAMETRY GRANICZNE, punkty odpowiednio: 7, 8, 9, 10.3, 10.4, 10.5).

Tego samego dnia tj. 2 września 2019 r. zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp tj. w związku z tym, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby rozpoznanie postawionego przez odwołującego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należy rozpocząć od analizy powodów odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego. W piśmie z dnia 2 września 2019 r. zamawiający wskazał, że wobec – powodów określonych powyżej w części dotyczącej ustaleń – nie miał on wiedzy, co jest mu zaoferowane przez odwołującego, a tym samym nie jest możliwe prawidłowe zweryfikowanie oferty odwołującego pod względem spełnienia wymogów

wskazanych w SIWZ, tym samym zamawiający stanął na stanowisku, że treść oferty odwołującego była sprzeczna z obowiązującą SIWZ. Izba natomiast stanęła na stanowisku, że przedmiotowe ustalenie dokonane przez zamawiającego nie znalazło potwierdzenia w dokumentacji przetargowej.

Jak ustalono powyżej dokumentacja dotycząca przedmiotowego postępowania nie zawierała opisu sposobu wypełnienia formularza cenowego. Stąd też należy przyjąć, że zamawiający musiał być zobligowany do uznania pewnej dowolności w ocenie wypełnionych formularzy cenowych przez wykonawców. Oczywiście nie można przyjąć, że dowolność ta miała charakter absolutny lub też bardzo szeroki, gdyż zamawiający zabezpieczył się przed tym przez opracowanie w TOMIE III SIWZ Tabeli NR 2 PARAMETRY GRANICZNE, którą to wypełnił każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu. Tym samym Izba uznała, że nie można przyjąć nadrzędności odnośnie tych dwóch dokumentów tj. formularza cenowego stanowiącego element formularza ofertowego w stosunku do wypełnionej Tabeli NR 2 PARAMETRY GRANICZNE lub odwrotnie. Oba te dokumenty należy traktować jako wzajemnie się uzupełniające, przy czym wypełnioną Tabelę NR 2 PARAMETRY GRANICZNE jako przygotowany wcześniej na potrzeby opisu przedmiotu zamówienia wzór, należy przyjąć jako punkt wyjścia dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Informacje tam zawarte jako szczegółowo odnoszące się do wymagań SIWZ w zakresie dzierżawionego sprzętu powinny być podstawą takiej oceny.

Jeśli chodzi o moduł ISE dla części biochemicznej to warto na wstępie przypomnieć, że zgodnie ze wskazówką dla wypełnienia kolumny 3 w Tabeli NR 2 wykonawcy powinni potwierdzić spełnienie wymagań granicznych przez podanie parametrów ofertowanego sprzętu, a nie konkretnego modelu urządzenia lub produktu. Wymóg określony w pkt 1.1a Tabeli nakładał wydajność min. 400 oznaczeń jonów na godzinę (ISE). Odwołujący wyraźnie w kolumnie 3 dla tej pozycji wskazał, że zaoferowany system oferuje wydajność na poziomie 900 oznaczeń jonów na godzinę (ISE), zatem zamawiający nie powinien mieć żadnej wątpliwości co do spełnienia tego wymogu, gdyż podany przez odwołującego parametr znacznie przewyższał wymaganą wartość referencyjną. Natomiast wątpliwości zamawiającego w tym aspekcie dotyczące opcji modelu ISE są bez znaczenia. Z dokumentów załączonych do oferty odwołującego jak i z dowodów złożonych przez odwołującego na rozprawie wynika, że moduł ISE stosowany przy zaproponowanym analizatorze w części biochemicznej tj. c502 występuje w opcji ISE 900 lub ISE 1800 i oba te opcjonalne modele, spełniają postawiony przez zamawiającego wymóg. W związku z tym brak wskazania przez odwołującego w treści Tabeli NR 2 konkretnego modułu ISE, który ma charakter opcjonalny nie powinno skutkować odrzuceniem oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ, skoro zamawiający nie wymagał wskazania modelu urządzenia a parametru, co odwołujący uczynił oraz jeśli nie ma wątpliwości co do tego, że niezależnie od

tego, który model modułu ISE właściwy dla analizatora c502 weźmiemy pod uwagę to i tak będzie on spełniał wymóg postawiony w opisie przedmiotu zamówienia. Nie może być także wątpliwości co do tego czy zaoferowany przez odwołującego analizator zawierał moduł ISE, ponieważ z treści wypełnionego formularza cenowego w każdej z lokalizacji znajdują się pozycje dotyczące modułu ISE zarówno w pkt I dotyczącym odczynników testowych jak i w pkt IV dotyczącym wyrobów i akcesoriów dodatkowych.

Tym samym w ocenie Izby nie potwierdził się pierwszy z powodów odrzucenia oferty odwołującego, dotyczący modułu ISE.

W odniesieniu do drugiego powodu odrzucenia oferty odwołującego, dotyczącego braku wyceny dzierżawy sprzętu wymaganego w SIWZ na wstępie po raz kolejny należy przypomnieć, że zamawiający w dokumentacji przetargowej nie określił sposobu wypełnienia formularza cenowego, w tym przede wszystkim nie podał instrukcji wypełnienia pkt V tego formularza, który dotyczył dzierżawy. Jak wskazano w części dotyczącej ustaleń, elementy objęte tym zarzutem zostały wyszczególnione w wypełnionej Tabeli NR 2 PARAMETRY GRANICZNE w punktach 7, 8, 9, 10.3, 10.4, 10.5 w związku z tym nie może ulegać żadnej wątpliwości, iż odwołujący zaoferował te urządzenia. Ponadto ze względów podanych powyżej w części dotyczącej modułu ISE, które dotyczyły sposobu traktowania wypełnionej przez wykonawców Tabeli NR 2 należy z całą stanowczością stwierdzić, iż zamawiający miał wiedzę co do kwestionowanych elementów treści oferty odwołującego oraz mógł zweryfikować te elementy pod kątem spełnienia wymogów wskazanych w SIWZ, ponieważ z wypełnionej Tabeli NR 2 wynika jednoznacznie co zostało zaoferowane zamawiającemu. Tym samym niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ wywiedziona przez zamawiającego z faktu, iż w formularzu cenowym nie wyspecyfikowano w odrębnych pozycjach kwestionowanych elementów nie znalazła potwierdzenia w stanowisku Izby. Ponadto Izba w pełni przyjęła argumentację odwołującego, iż odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie może zawierać ogólnikowego uzasadnienia o nieodpowiedności oferty w stosunku do SIWZ, lecz powinno wskazywać na konkretne postanowienia SIWZ oraz brak wypełnienia tych postanowień w ofercie. Takiego konkretnego postanowienia SIWZ, z którym oferta odwołującego miałaby być niezgodna, zamawiający w ogóle nie wskazuje, ponieważ – jak wskazano już powyżej – w SIWZ brak jest jakiegokolwiek postanowienia, które obligowałoby wykonawców do wyspecyfikowania w formularzu cenowym kwestionowanych elementów. Co więcej z konstrukcji dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia w postępowaniu można przyjąć, że cały sprzęt podlegający dzierżawie utożsamiany jest z analizatorami. Podobnie Tabela NR 2 PARAMETRY GRANICZNE również jest zatytułowana „Dzierżawa systemu analizatorów wraz z dostawą odczynników do badań z zakresu chemii klinicznej”, zawierając zarazem opisy różnych urządzeń (w tym wymienionych wcześniej drukarek, laptopów itd.). Wobec

tego w ocenie Izby zamawiający nie powinien mieć wątpliwości nie tylko co do tego, że sprzęt został mu zaoferowany (wszak wszystkie elementy zostały zawarte w wypełnionej przez odwołującego Tabeli NR 2), ale także co do tego, że czynsz obejmuje cały wymagany sprzęt, gdyż wycena sporządzona przez odwołującego została dokonana w pozycji dotyczącej dzierżawy systemu cobas 8000.

Ponadto zamawiający w ocenie Izby wyciągnął zbyt daleko idące wnioski z treści § 1 ust. 1, ust. 2 lit. a) oraz ust. 4 wzoru umowy stanowiącego TOM II SIWZ. Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że sposób interpretowania przez niego oceny złożonego przez odwołującego formularza cenowego determinowany jest właśnie przez ww. postanowienia wzoru umowy. Izba uznała, że ww. postanowienia wzoru umowy nie stanowią jednoznacznego i wyraźnego wskazania co do konieczności podania w formularzu cenowym wszystkich elementów składających się na przedmiot dzierżawy. Warto przy tym wskazać, że ust. 1 § 1 wzoru umowy w jednym zdaniu wskazuje co będzie przedmiotem umowy podając tytuł zamówienia nadany przez zamawiającego oraz odnosi się do załącznika nr 1 do umowy jakim ma być formularz ofertowy. Postanowienia tego w żadnym wypadku nie można uznać za instrukcję wypełnienia formularza cenowego wchodzącego w skład formularza ofertowego. Natomiast ust. 2 lit. a) ww. paragrafu jest miejscem, w którym ma zostać podana wartość dzierżawy z rozbiem na kwotę netto, kwotę podatku VAT oraz kwotę brutto. Przedmiotowe kwoty są zbiorcze dla całej dzierżawy bez podania jakichkolwiek elementów lub wyodrębnienia części składowych. Co do ust. 4 § 1 wzoru umowy to należy wskazać, że to w nim jest miejsce na podanie co wchodzi w skład przedmiotu dzierżawy z podaniem przedmiotu dzierżawy poprzez wskazanie producenta, modelu i roku produkcji z odnośnikiem, iż należy ten punkt wypełnić dla każdego przedmiotu dzierżawy. Niemniej także tego postanowienia nie można potraktować jako instrukcji wypełnienia pkt V formularza cenowego, gdyż postanowienie to nie odnosi się do elementów wchodzących w skład dzierżawy opisanych w Tabeli NR 2 PARAMETRY GRANICZNE, a także nie jest ono skorelowane z formularzem cenowym. Ww. postanowienie umowy jak wskazano powyżej ma obejmować podanie producenta, modelu i roku produkcji, które to elementy nie pokrywają się z wymaganymi w formularzu cenowym parametrami jakie zostały podane w poszczególnych jego kolumnach i o ile w treści formularza cenowego została wskazana kolumna: nazwa handlowa/model i producent o tyle nie ma tam kolumny dotyczącej roku produkcji, zatem nie można stwierdzić, że ww. postanowienia wzoru umowy determinowały sposób sporządzenia formularza cenowego będącego częścią formularza ofertowego.

Ponadto w tym aspekcie zamawiający na rozprawie powoływał się na przepisy ustawy o rachunkowości oraz art. 86a i nast. Ordynacji podatkowej, które dotyczą obowiązku raportowania schematów podatkowych. Izba nie wzięła pod uwagę przedmiotowej argumentacji, ponieważ nie miała ona odzwierciedlenia w informacji o odrzuceniu oferty

odwołującego i przez to należy wysnuć wniosek, że nie była brana pod uwagę przy dokonaniu tej czynności i została przygotowana dopiero na potrzeby postępowania przed Izba. Tym samym brak informacji o wartości dzierżawionego sprzętu nie ma znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W związku z powyższym Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp to należy wskazać, że wobec uwzględnienia zarzutu dotyczącego niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, czyli zarzutu dalej idącego, Izba nie znalazła uzasadnienia dla formułowania nakazu w tym zakresie w stosunku do zamawiającego. Na marginesie należy dodać, że w stosunku do modułu ISE zamawiający pismem z dnia 22 sierpnia 2019 r. zwracał się do odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i takie wyjaśnienia otrzymał. Tym samym jeśli zamawiający po analizie dokumentów złożonych przez odwołującego w postępowaniu, które dotyczyły badania zgodności oferty odwołującego z treścią SIWZ (w tym wypadku wobec badania treści formularza cenowego w kontekście Tabeli NR 2), miałby możliwość skorzystania z dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp o ile nie doprowadziłoby to do prowadzenia między nim, a odwołującym negocjacji dotyczących złożonej przez odwołującego oferty. Co oznacza, że wyjaśnienia te mogłyby doprowadzić do rozwiania wątpliwości co to wynikających z tych dokumentów urządzeń, ich ceny lub parametrów, ale nie powinny doprowadzać do ich zmiany lub uzupełnienia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba stwierdziła, że mając na uwadze powyżej wskazane stanowisko należy uznać, że w postępowaniu złożono co najmniej jedną ofertę, która na ten moment nie podlegała odrzuceniu, a tym samym unieważnienie postępowania na podstawie ww. przepisu było niezasadne. W konsekwencji uwzględnienia zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego, za zasługujący na uwzględnienie Izba uznała także zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, dotyczący niezasadnego unieważnienia postępowania.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1

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) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Przewodniczący: