

POSTANOWIENIE

z dnia 6 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **6 września 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **29 sierpnia 2011 r.** przez wykonawcę: **HORIBA ABX Sp. z o.o. ul. Wał Miedzeszyński 598, 03-994 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego ul. Francuska 20-24, 40-027 Katowice,**

orzeka:

1. **Umarza postępowanie odwoławcze.**
2. Nakazuje zwrot z rachunku bankowego **Urzędu Zamówień Publicznych** na rzecz odwołującego: **HORIBA ABX Sp. z o.o. ul. Wał Miedzeszyński 598, 03-994 Warszawa** kwoty **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
3. Znosi wzajemnie koszty postępowania odwoławczego między stronami.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego na „Dostawę odczynników II” (Dz. Urz. UE 2011/S 105-172176 z 1.06.2011 r.), podzielonym na 10 części, w dniu 29 sierpnia 2011 r. zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę: HORIBA ABX Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Odwołanie zostało wniesione od czynności odrzucenia oferty odwołującego zakresie części (pakietu) nr 5, o której wykonawca został powiadomiony za pośrednictwem faksu w dniu 18 sierpnia 2011 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu im. Andrzeja Mielęckiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj.: art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1, oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 wraz z art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto według odwołującego, działaniem polegającym na rozdzieleniu czynności oceny ofert, odrzucania oferty i wykluczania wykonawców z postępowania w pakiecie nr 5, zamawiający naruszył także art. 92 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie o zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie pakietu nr 5,
2. powtórzenie czynności oceny ofert w zakresie pakietu nr 5,
3. dokonanie czynności oceny ofert w zakresie pakietu nr 5,
4. ewentualne, z ostrożności procesowej, o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wezwania do wyjaśnienia oferty odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp,
5. ewentualne, z ostrożności procesowej, o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wezwania do uzupełnienia oferty odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp,
6. nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach pakietu nr 5 spośród nieodrzuconych ofert, tj. wyboru oferty odwołującego,
7. ponadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty złożonej w części (pakiecie) nr 5 postępowania, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż zamawiający wymagał, aby wielkość opakowania wynosiła 240 lub 260 oznaczeń w pierwszej pozycji. Firma HORIBA zaproponowała opakowania zawierające 300 oznaczeń w opakowaniu, co nie jest zgodne z treścią SIWZ.

Odwołujący stwierdził, iż nie podziela zarówno uzasadnienia jak i samej czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego w pakiecie nr 5. Zdaniem odwołującego zostały spełnione wszystkie wymagania SIWZ oraz warunki wynikające z odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania do SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Zamawiający bowiem nie wymagał, lecz sugerował aby wielkość opakowania wynosiła 240 lub 260 oznaczeń w pierwszej pozycji. Zgodnie z formularzem asortymentowo-cenowym (załącznik nr 5 do SIWZ), w kolumnie nr 4 o nazwie „Sugerowana wielkość opakowania,” zamawiający podał w pozycji nr 1 sugerowaną (a nie wymaganą) wielkość op. tj. 240 oznaczeń. Natomiast w kolumnie nr 5 o nazwie „proponowana wielkość opakowania” wykonawcy zobowiązani byli do wpisania proponowanych wielkości oferowanych odczynników. Odwołujący wyjaśnił, iż w poz. nr 1 formularza zaoferował odczynnik o nazwie Hydragel 30 B1B2 (4141) zawierający 300 oznaczeń w opakowaniu. Zaproponowana wielkość opakowania uwzględnia ilości badań jak i kontrole. Podkreślił, że zamawiający określił zgodnie z SIWZ wykonanie 13200 badań w okresie 36 miesięcy a oferta firmy HORIBA ABX zawiera odczynniki umożliwiające wykonanie 13480 badań w okresie 36 miesięcy. Zdaniem odwołującego, zamawiający konstruując tabelę SIWZ przez stworzenie kolumny: „sugerowana wielkość opakowania” oraz kolumny: „proponowana wielkość opakowań” jednoznacznie wyraził zgodę na różne propozycje i rozwiązania dotyczące sposobu konfekcjonowania odczynników. Odwołujący nawiązał do odpowiedzi na pytanie nr 32 z dnia 28 czerwca 2011 r. do SIWZ, w której zamawiający w sposób jednoznaczny dopuścił opakowanie zawierające 260 oznaczeń. Po dokładnym przeanalizowaniu innych odpowiedzi zamawiającego na pytania oferentów, odwołujący doszedł do wniosku, iż zamawiający rozróżnił wymagania, jakie postawił od dopuszczenia rozwiązań proponowanych przez wykonawców. W ocenie odwołującego, zamawiający bardzo dokładnie opisał i rozróżnił, jakie zmiany dopuścił, a jakie wymagania pozostawił. Odpowiadając na pytanie nr 32 dopuścił rozwiązanie zaproponowane przez pytającego, tj. podanie innej ilości odczynników w opakowaniu zbiorczym niż przewidywała SIWZ.

W związku z powyższym odrzucenie oferty firmy HORIBA ABX z powodu zaoferowania opakowania zawierającego 300 oznaczeń uznał odwołujący za niezajdujące podstaw.

Odwołujący powołał się na ugruntowaną linię orzecniczą, z której wynika, że jeśli

wystąpiły wątpliwości wobec oferty HORIBA ABX Sp. z o.o., to obowiązkiem zamawiającego było przeprowadzenie przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp procedury uzyskania wyjaśnienia treści oferty. Skoro w niniejszym postępowaniu zamawiający miał wątpliwości, co do podanej wielkości opakowania odczynnika zaoferowanego przez odwołującego noszącego nazwę handlową Hydragel 30 B1B2 (4141), powinien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a nie odrzucać ofertę bez podejmowania próby ustalenia ewentualnych rozbieżności pomiędzy ofertą, a zapisami SIWZ. Ponadto odwołujący wskazywał, że zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wzywa w wyznaczonym przez siebie terminie do złożenia wyjaśnień oferty, albo też uzupełnienia dokumentów. Dopiero brak złożenia wyjaśnień przez wykonawcę lub złożenie „nieprawidłowych” wyjaśnień daje zamawiającemu uprawnienie do podjęcia czynności odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy. Odwołujący podnosił, że w niniejszym postępowaniu nie był wzywany do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia oferty. Pierwszą i jedyną czynnością podjętą przez zamawiającego było natomiast odrzucenie oferty. Zaznaczał, że czynność odrzucenia oferty oraz zawiadomienie o podjęciu tej czynności nastąpiło w trakcie dokonywania czynności oceny ofert przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, a procedowanie w takiej kolejności uznał za nieprawidłowe i prowadzące do naruszenia ustawy prawo zamówień publicznych. Poza aspektem merytorycznym i niezasadnością decyzji zamawiającego, wypomniał, że zamawiający nie może dzielić etapu oceny ofert, wykluczania wykonawców, odrzucenia ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej na raty. Zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, (...);
- 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
- 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, (...)."

Zamawiający nie może dzielić tych w/w czynności, aby nie naruszać praw wykonawców do ochrony swoich interesów w postępowaniu, co wyrażono to w artykule prasowym „Oferty odrzucane na raty” zamieszczonym w dzienniku Rzeczpospolita oraz w wyroku Zespołu Arbitrów z 1 marca 2005 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-332/05).

Na wezwanie zamawiającego z dnia 1 września 2011 r. zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie zgłosił w terminie ustawowym przystąpienia żaden wykonawca.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie udzielonej pismem z dnia 5 września 2011r. oświadczył, iż „uwzględnia w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 29 sierpnia

2011 r.”

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, iż zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w sposób, o którym stanowi art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w odniesieniu do „całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.” W takim przypadku, zgodnie z treścią przywołanego przepisu, zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy zachodziły ustawowe przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż przy braku przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego ze strony innych wykonawców, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba umarza postępowanie odwoławcze. W sytuacji uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu bez udziału stron i uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili po stronie wykonawcy.

Zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238), w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego przez Izbę, wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przed rozpoczęciem wyznaczonego posiedzenia Izby z udziałem stron, Izba orzeka o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty uiszczanego wpisu od odwołania. Zgodnie z art. 186 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp w przypadku umorzenia postępowania, koszty postępowania odwoławczego w opisanych wyżej okolicznościach, zaistniałych w niniejszej sprawie, podlegają wzajemnemu zniesieniu między stronami.

Przewodniczący:

.....