

Sygn. akt KIO/UZP 1507/09

WYROK

z dnia 11 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

**Członkowie: Izabela Kuciak
Luiza Łamejko**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Kliniczny im. Heliodora Świącickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355** protestu z dnia 11 września 2009 r.

przy udziale **Abott Laboratories Poland Sp. z o.o., ul. Postępu 21B, 02-676 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 062 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Przybyszewskiego 49, 60-355** na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, 01-531 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Kliniczny im. Heliodora Święcickiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zakup i dostawę odczynników do oznaczeń biochemicznych i immunochemicznych wraz z dzierżawą zintegrowanego systemu dla centralnego laboratorium analityczno-biochemicznego”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich dnia 30 maja 2009 roku, pod numerem 2009/S 103-148381.

Dnia 4 września 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania wskazując, iż za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż z przedmiotowego postępowania wykluczył wykonawcę Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o., gdyż:

- 1) stwierdził brak złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert dla Pana Marka Kurysza. Wobec powyższego zamawiający zastosował art. 24 ust 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust 3 ustawy Pzp,
- 2) wykonawca w formularzu ofertowym, nie wpisał wymaganej s.i.w.z. jednostki do badań awaryjnych w przypadku awarii i braku naprawy. We wskazanym miejscu Abbott wpisał jedynie „nie dotyczy”. Zamawiający wskazał, iż na gruncie obowiązującego prawa nie mógł skorzystać z przepisów art. 87 ust 2, 87 ust 1 oraz art. 26 ust 3 w celu jej doprowadzenia do stanu zgodności z s.i.w.z. Wobec powyższego zamawiający zastosował art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucił ofertę wykonawcy Abbott,
- 3) Zamawiający w obowiązującej s.i.w.z. w załączniku nr 1, część „minimalne wymagania dla sprzętu komputerowego i wyposażenia” wymagał złożenia oferty m.in. na wdzierżawienie dwóch taboretów laboratoryjnych obrotowych. Wykonawca na stronie 15 oferty zaoferował dzierżawę tylko 1 sztuki. Wobec powyższego zamawiający zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 26 ust 3 i w konsekwencji odrzucił ofertę wykonawcy Abbott.

Dnia 11 września 2009 roku wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. wniósł protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy przez bezprawne wykluczenie protestującego z postępowania,
- art. 87 ust. 2 i art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 przez zaniechanie ich zastosowania,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez bezprawne odrzucenie oferty protestującego,
- art. 2 pkt 5 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonanie wyboru oferty Roche Polska sp. z o.o., która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty Roche Polska sp. z o.o.,
- art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy przez usiłowanie dokonania wyboru oferty z rażącym naruszeniem prawa,
- art. 5 kc., art. 58 par. 1 i 2 kc. w związku z art. 14 ustawy Pzp przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście,
- art. 22 w związku z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

Wobec powyższego Protestujący wnosił o:

- 1) unieważnienie rozstrzygnięcia przetargu,
- 2) odrzucenie oferty Roche Polska sp. z o.o.,
- 3) ponowne dokonanie oceny ofert,
- 4) przywrócenie oferty Abbott do postępowania,
- 5) dokonanie wyboru oferty protestującego,
- 6) udzielenie firmie Abbott niniejszego zamówienia publicznego.

Zamawiający, dnia 14 września 2009 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 16 września 2009 roku wykonawca Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku protestu, wskazując, iż nie zgadza się ze stanowiskiem protestującego i w pełni popiera decyzję Zamawiającego.

Dnia 24 września 2009 roku Zamawiający protest rozstrzygnął.

Rozstrzygając protest wskazał, iż uznał protest w zakresie żądania unieważnienia czynności wykluczenia protestującego, tj. w zakresie zarzutu nr 3 protestu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się przystępujący do postępowania „protestacyjnego” wykonawca Roche Diagnostics Polska sp. z o.o. i dnia 5 października 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy oraz innych przywołanych w uzasadnieniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Wykluczenia Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. w Warszawie i odrzucenia oferty tego wykonawcy;
2. Unieważnienia czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego – pismem z dnia 19 października 2009 roku (wpływ do UZP w tym samym dniu) przystąpił wykonawca Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedmiotem zamówienia jest Zakup i dostawa odczynników do oznaczeń biochemicznych i immunochemicznych wraz z dzierżawą zintegrowanego systemu dla centralnego laboratorium analityczno - biochemicznego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej przy rozpoznawaniu niniejszego odwołania kierował się przede wszystkim treścią zarzutów jak i żądań Odwołującego w kontekście rozstrzygnięcia protestu poczynionego przez Zamawiającego pismem z dnia 24 września 2009 roku.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę na stanowisko, jakie Zamawiający zajął rozstrzygając protest. Otóż Zamawiający postanowił protest uznać w zakresie żądania unieważnienia czynności wykluczenia oferty protestującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z zastrzeżeniem, iż uwzględnienie to dotyczy wyłącznie do zarzutu Nr 3 protestu, tj. braku zaoferowania do wydzierżawienia 1 taboretu laboratoryjnego obrotowego. Z treści rozstrzygnięcia protestu domniemywać należy, iż w pozostałym zakresie protest został oddalony.

Z uwagi na okoliczność, iż Zamawiający uwzględnił żądanie protestującego w zakresie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia czynności wykluczenia Abbott Laboratories Poland, odwołanie wniesione przez Roche Diagnostics Polska uznać należy za właściwe, nie pozbawione podstawy i w tym zakresie należy uznać interes prawny Odwołującego za wykazany. Stanowisko powyższe poparte jest twierdzeniem, iż uwzględnienie zarzutu w zakresie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej budziło – i słusznie - obawy Odwołującego, co do możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby stan faktyczny i prawny sprawy mógł prowadzić do powyższego wniosku, gdyż brak jasnego sprecyzowania stanowiska Zamawiającego, co do czynności, jakie będzie wykonywał, uwzględniając zarzut Nr 3, pozwalało na przyjęcie hipotezy, iż w wyniku ponownej oceny ofert, wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego może się nie ostać.

Odwołujący słusznie zauważył, iż kwestie prawne wynikłe z uregulowania postępowania protestacyjno-odwoławczego, zwłaszcza zaś kwestie wynikające z udziału w każdym postępowaniu nie tylko stron, ale i uczestników postępowania, a także z ich często odmiennych interesów prawnych w uzyskaniu zamówienia legły u podstaw regulacji, stosownie do której zamawiający wyraża swój stosunek do protestu, a także do żądań

zgłoszonych przez uczestników postępowania protestacyjnego w formie rozstrzygnięcia protestu.

Izba zwraca uwagę, iż po wprowadzeniu do ustawy zasady koncentracji postępowania protestacyjno-odwoławczego, Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu jest obowiązany odnieść się do wszystkich żądań zgłoszonych przez protestującego.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie odniósł się do wszystkich żądań postawionych w proteście. Jednakże stan sprawy pozwala na przyjęcie stanowiska, iż uwzględnienie żądania w zakresie unieważnienia czynności wykluczenia wykonawcy Abbott było bezzasadne.

Powyższe stanowisko oparte jest na czynnościach, jakie pierwotnie dokonał Zamawiający wykluczając wykonawcę Abbott Laboratories Poland z postępowania i odrzucając jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający uwzględnił protest w zakresie zarzutu Nr 3. Zarzuty Nr 1 i 2 nie zostały uwzględnione przez Zamawiającego. Protestujący (obecnie przystępujący) takiego rozstrzygnięcia nie oprotestował, czym uprawomocniła się decyzja Zamawiającego skutkująca wykluczeniem wykonawcy Abbott Laboratories Poland i odrzuceniem jego oferty. Również zarzuty podniesione w proteście, w odniesieniu do oferty Odwołującego, nie zostały przez Zamawiającego uwzględnione, co należy rozumieć, iż zostały oddalone. Do takiego rozstrzygnięcia przystępujący się nie ustosunkował – nie odwołał się od decyzji Zamawiającego.

Tym samym nieuzasadnione wydaje się stanowisko Zamawiającego, uwzględniające żądanie również w zakresie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż nieuwzględnienie zarzutów w stosunku do oferty złożonej przez Roche Diagnostics Polska, wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza, uprawomocnia jej wybór i upoważnia Zamawiającego, po spełnieniu określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunków, do podpisania umowy z tym wykonawcą.

Na marginesie Izba zwraca uwagę, iż podniesione przez Zamawiającego okoliczności stanowiące podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego, nie potwierdziły się. Zgodnie z przedstawioną przez Zamawiającego treścią pytania wystosowanego do dwóch placówek wskazanych przez Roche Diagnostics Polska, jako tych, które w przypadku awarii sprzętu będą zamiennie wykonywać stosowne badania, w kontekście udzielonych odpowiedzi wskazuje na spełnienie wymogu stawianego przez Zamawiającego. Dowodem na tą okoliczność jest odpowiedź z Zakładu Diagnostyki Medycznej „Labo-Med” z siedzibą w Poznaniu, która w swojej treści zawiera następujące stwierdzenie: „*W odpowiedzi na pismo*

z dnia 15 września 2009 roku informujemy, że w laboratorium Zakładu Diagnostyki Medycznej „Labo-Med” można wykonywać bez zbędnego oczekiwania następujące badania:

- 1. kwas mlekowy*
- 2. ferrytynę*
- 3. troponinę*
- 4. witaminę B 12.*

Dla pozostałych parametrów dysponujemy sprzętem umożliwiającym ich wykonanie, ale ze względu na brak zapotrzebowania odbiorców nie są one w naszym laboratorium oznaczane”.

Powyższe jednoznacznie wskazuje na możliwość wykonywania badań w pełnym zakresie, określonym przedmiotem zamówienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w razie takiej potrzeby.

Zdaniem Izby potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czym wypełniły się przesłanki do uwzględnienia odwołania, określone w przepisie art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba na podstawie przepisu art. 191 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, na podstawie faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....