

Sygn. akt: KIO 71/13

**WYROK**

**z dnia 30 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2013 r. przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdańskie 6b, 01-531 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum, ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum, ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdańskie 6b, 01-531 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza od **Uniwersytetu Jagiellońskiego – Collegium Medicum, ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków** na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdańskie 6b, 01-531 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu 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 2010 r. Nr 119, poz. 759 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum, ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Dostawę sekwenatora kwasów nukleinowych 1zw. następnej generacji w związku z realizacją projektu OMICRON pn. „Enabling OMICs high-throughput technologies at the Faculty of Medicine Jagiellonian University Medical College” - „Stworzenie ośrodka zaawansowanych technologii molekularnych o wysokiej wydajności na Wydziale Lekarskim Uniwersytetu Jagiellońskiego -Collegium Medicum”*.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 30 listopada 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 grudnia 2012 r. pod numerem 2012/S 233-383193.

Wykonawca - Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdańskie 6b, 01-531 Warszawa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 11 stycznia 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko w odwołaniu, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

W punkcie 3.2. siwz Zamawiający określił, że *„oferowany sprzęt musi być fabrycznie nowy, pochodzić z bieżącej produkcji z 2012r. oraz musi posiadać dokumenty wymagane*

obowiązującymi przepisami tj. ustawą z dnia 30 sierpnia 2002r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. z 201 Or. nr 138, poz. 935 z późn. zm.) potwierdzające oznakowanie CE (deklaracja zgodności lub certyfikat CE)." Odwołujący zaoferował sekwenator nowej generacji GS Junior z produkcji 2013 r., a Zamawiający potraktował to jako niezgodność treści oferty z powyższym punktem SIWZ i odrzucił ofertę Roche na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z punktem 4 SIWZ termin wykonania zamówienia to 31 stycznia 2013 r. W związku z odrzuceniem także drugiej oferty (istotnie droższej od Odwołującego) Zamawiający unieważnił przetarg na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Kwestionując te czynności Odwołujący argumentował je następująco:

Po pierwsze, Zamawiający w uwadze zamieszczonej pod tabelami załącznika nr 2 do SIWZ (PARAMETRY TECHNICZNE I WARUNKI WYMAGANE ORAZ PUNKTOWANE) zastrzegł, że dopuszcza zaoferowanie sprzętu o parametrach lepszych niż minimalne. Jakkolwiek wymóg aby oferowany sprzęt pochodził z 2012 r. był umieszczony w innej części SIWZ nie sposób przyjąć, że nie odnosiła się do niego ta informacja. Zarazem trudno uznać, aby sekwenator wyprodukowany w 2013 r. byłby w czymkolwiek gorszy od wytworzonego kilka miesięcy wcześniej. Zwłaszcza że Zamawiającemu zależało na urządzeniu z „bieżącej produkcji”.

Po drugie, postępowanie zostało wszczęte na przełomie roku z terminem dostawy przypadającym już na rok 2013. Z bieżącej produkcji będzie zatem aparat wytworzony w roku dostawy, czyli 2013. Logicznie interpretując specyfikacje należało stwierdzić, że Zamawiającemu chodzi o sekwenator nieużywany, aktualnie produkowany, a więc nie mający swojego następcy. Taki też został mu zaoferowany.

Po trzecie, data produkcji, skoro nie jest wcześniejsza niż wymagana, nie może świadczyć o nieprzydatności, niekompletności czy gorszej jakości towaru. Wręcz odwrotnie, najnowszy sprzęt wiąże się z wyższą trwałością i możliwością dłuższej eksploatacji. Odwołujący podkreślił, że wszystkie parametry natury technicznej są spełnione przez zaoferowane Zamawiającemu urządzenie. Tym samym nie można twierdzić, że jest ono niezgodne z treścią SIWZ. Zamawiający otrzymał bowiem co najmniej tak dobry sprzęt jak wymagał w specyfikacji.

Pismem z dnia 3 stycznia 2013 r. (przekazanym wykonawcom w dniu 4 stycznia 2013 r. za pośrednictwem faksu) Zamawiający zawiadomił wykonawców m. in. o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Czynność Zamawiającego z dnia 4 stycznia 2013 r. stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdańskie 6b, 01-531 Warszawa.

Do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia - w terminie przewidzianym w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp - żaden z wykonawców.

Pismem z dnia 28 stycznia 2013 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oraz ofertę wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ul. Wybrzeże Gdańskie 6b, 01-531 Warszawa jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 11 stycznia 2013 r.

Izba ustaliła również, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia - w terminie przewidzianym w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp - żaden z wykonawców.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Pkt 3.2 „Opis przedmiotu zamówienia”; ppkt 2: Oferowany sprzęt musi być fabrycznie nowy, pochodzić z bieżącej produkcji z 2012 r. oraz musi posiadać dokumenty wymagane obowiązującymi przepisami t.j. ustawą z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (t.j. Dz. U. z 2010 r., nr 138, poz. 935 z późn. zm.) potwierdzające oznakowanie CE (deklaracja zgodności lub certyfikat CE).

Załącznik nr 2 do SIWZ: „Parametry techniczne i warunki wymagane oraz punktowane sekwantora kwasów nukleinowych tzw. następnej generacji”: pełna nazwa urządzenia/typ/model; Producent/kraj; Rok produkcji.

Uwaga: Zamawiający dopuszcza zaoferowanie sprzętu o parametrach lepszych niż minimalne.

Odwołujący w swojej ofercie w załączniku nr 2 do SIWZ „Parametry techniczne i warunki wymagane oraz punktowane sekwantora kwasów nukleinowych tzw. następnej generacji” w opisie parametrów i warunków oferowanych wskazał oferowane przez siebie parametry, ponadto zawarł adnotację: Uwaga: Zamawiający dopuszcza zaoferowanie sprzętu o parametrach lepszych niż minimalne.

Zamawiający pismem z dnia 3 stycznia 2013 r. (przekazanym wykonawcom w dniu 4 stycznia 2013 r. za pośrednictwem faksu) zawiadomił Odwołującego m. in. o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający dodał, że w pkt 3.2 SIWZ wymagał, aby oferowany sprzęt był fabrycznie nowy i pochodził z bieżącej produkcji z 2012 r. W ofercie firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., w formularzu oferty w pkt 1 został zaoferowany sprzęt z 2013 r., co jest niezgodne z wymaganiami SIWZ.

Mając powyższe na względzie Izba zważyła, co następuje:

Izba oceniając czynność Zamawiającego - w postaci odrzucenia oferty Odwołującego - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne:

Po pierwsze Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, że postanowienia pkt 3.2 SIWZ można było czytać w dwojaki sposób, w tym również przyjmując, że Zamawiający wymagał, aby zaoferowano mu sprzęt nie gorszy niż wyprodukowany w 2012 r., pochodzący z bieżącej produkcji. W ocenie Odwołującego dopuszczalnym było – w świetle postanowień SIWZ – zaoferowanie sprzętu wyprodukowanego w 2013 r. Powyższe stanowisko potwierdza, treść załącznika nr 2; *„Uwaga: Zamawiający dopuszcza zaoferowanie sprzętu o parametrach lepszych niż minimalne”*. Skoro Zamawiający zastrzegł, że dopuszcza zaoferowanie sprzętu o parametrach lepszych niż minimalne, to nie sposób przyjąć, że powyższa informacja nie odnosiła się również do tego postanowienia. Izba – oceniając niniejszy stan faktyczny – uznała, że postanowienie pkt 3.2. w części odnoszącej się do wymogów urzędnika, że ma ono *„(...) pochodzić z bieżącej produkcji z 2012 r.(...)”* miało charakter wtórny wobec postanowienia załącznika nr 2 do SIWZ *„Uwaga: Zamawiający dopuszcza zaoferowanie sprzętu o parametrach lepszych niż minimalne”*, gdyż trudno uznać, aby sekwenator wyprodukowany w 2013 r. był w czymkolwiek gorszy od sekwantora wytworzonego kilka miesięcy wcześniej, zwłaszcza że Zamawiającemu zależało na urzędzeniu z *„bieżącej produkcji”*. Zatem przyjęcie innej interpretacji postanowień SIWZ byłoby nielogiczne wobec zastrzeżenia zawartego w załączniku nr 2.

Po drugie Izba uznała – wbrew temu, co twierdził Zamawiający – że postanowienie załącznika nr 2 do SIWZ, t.j. *„Uwaga: Zamawiający dopuszcza zaoferowanie sprzętu o parametrach lepszych niż minimalne”* miało swoje odniesienie nie tylko do wymogów technicznych, ale również – w konsekwencji – odnosiło się do roku produkcji oferowanego sprzętu.

Izba zauważyła, że Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność – w zakresie oferowanego sprzętu co do roku produkcji - w wypełnianiu załącznika nr 2, jak również w postanowieniu wzoru umowy - § 3 ust. 8. To wykonawca miał podać rok produkcji oferowanego sprzętu.

Po trzecie – wbrew temu co twierdził Zamawiający – z § 3 ust. 8 wzoru umowy: t.j. *„wykonawca gwarantuje, że zamawiany przedmiot umowy jest fabrycznie nowy, wyprodukowany w ..... roku, nie ma wad, nie jest obciążony roszczeniami osób trzecich i jest zgodny z normami obowiązującymi na terenie Rzeczypospolitej Polskiej”* – nie wynika, wprost, aby wykonawca ponosił negatywne konsekwencje z zaoferowania sprzętu wyprodukowanego w roku 2013.

Po czwarte Izba odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, że zaoferowanie sprzętu wyprodukowanego w 2013 r. może powodować niekwalifikowaność wydatków

środków w ramach projektu unijnego, wobec wskazanych powyżej postanowień SIWZ oraz niezłożenia przez Zamawiającego umowy, na którą – na rozprawie - się powołał Izba nie wzięła pod rozwagę powyższej argumentacji wobec braku dowodów.

Po piąte Izba nie przychyliła się do argumentacji Zamawiającego, że tak postawione wymagania pkt 3.2 SIWZ – i ich interpretacja - miały pomóc Zamawiającemu w ocenie złożonych ofert i ich porównywalności. W ocenie Izby, zgadzając się ze stanowiskiem Odwołującego, porównywalność ofert należało odnosić wyłącznie do postanowień SIWZ – w tym przypadku do wymagań załącznika nr 2 – które to – wobec braku zastrzeżeń Zamawiającego należało uznać za spełnione przez Odwołującego. Zatem skoro wymagania załącznika nr 2 zostały spełnione przez sprzęt zaoferowany przez Odwołującego – sprzęt wyprodukowany w 2013 r. zatem należało uznać, że oferowane urządzenie jest porównywalne technicznie wobec wymagań sprzętu opisanego przez Zamawiającego w załączniku nr 2 do SIWZ.

Reasumując, Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego, oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....