Sygn. akt: KIO 1068/19

WYROK

z dnia 28 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POLSKIE KLINIKI OSTEOPOROZY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nysie, IMMUNODIAGNOSTIC SYSTEMS GMBH we Frankfurcie nad Menem, Niemcy oraz BIO-RAD POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy

przy udziale wykonawcy DiaSorin Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Szpitalowi Uniwersyteckiemu nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy - unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego - Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POLSKIE KLINIKI OSTEOPOROZY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nysie, IMMUNODIAGNOSTIC SYSTEMS GMBH we Frankfurcie nad Menem, Niemcy oraz BIO-RAD POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego - Szpitala Uniwersyteckiego nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: POLSKIE KLINIKI OSTEOPOROZY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nysie, IMMUNODIAGNOSTIC SYSTEMS GMBH we Frankfurcie nad Menem, Niemcy oraz BIO-RAD POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1068/19

Uzasadnienie

I. Szpital Uniwersytecki nr 1 im. dr. A. Jurasza w Bydgoszczy (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dzierżawa analizatora dla Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej tj. analizatora immunochemicznego wraz z zakupem innych materiałów niezbędnych do w/w sprzętu oraz innych odczynników".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 kwietnia 2019 r., poz. 2019/S 067-156576. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 10 czerwca 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: POLSKIE KLINIKI OSTEOPOROZY spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nysie, IMMUNODIAGNOSTIC SYSTEMS GMBH we Frankfurcie nad Menem, Niemcy

oraz BIO-RAD POLSKA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3) Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2) oraz 7) Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez poprawę rzekomej omyłki w ofercie Odwołującego mającej polegać na podaniu nieprawidłowej ilości oznaczeń do analizatora immunochemicznego na potrzeby obliczenia ceny ofertowej, co miało świadczyć o niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny ofertowej i doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy ilość oznaczeń do analizatora immunochemicznego została zdefiniowana w formularzu cenowym przez samego Zamawiającego, co świadczy 0 tym, że Odwołujący obliczył cenę ofertową zgodnie z postanowieniami SIWZ,

ewentualnie:

2. art. 87 ust. 2 pkt 3) Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz 7) Prawa zamówień publicznych w zw. z art; 38 ust. 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez poprawę rzekomej omyłki w ofercie Odwołującego mającej polegać na podaniu nieprawidłowej ilości oznaczeń do analizatora immunochemicznego na potrzeby obliczenia certy ofertowej, co miało świadczyć o niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny ofertowej i doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy w treści SIWZ sposób obliczenia ceny ofertowej nie został sprecyzowany na tyle szczegółowo aby oferta Odwołującego mogła podlegać odrzuceniu, bowiem Odwołujący nie może być obarczany błędami Zamawiającego popełnionymi na etapie sporządzania specyfikacji Postępowania, zaś doprecyzowanie treści SIWZ na obecnym etapie stanowi nieuprawnioną jej modyfikację po upływie terminu składania ofert,

ewentualnie:

3. art. 87 ust. 2 pkt 3) Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz 7) Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 93 ust 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez poprawę rzekomej omyłki w ofercie Odwołującego mającej polegać na podaniu nieprawidłowej ilości oznaczeń do analizatora immunochemicznego na potrzeby obliczenia ceny ofertowej, co miało świadczyć o niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny ofertowej i doprowadziło do odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy w treści SIWZ sposób obliczenia ceny ofertowej nie został sprecyzowany przez Zamawiającego wystarczająco szczegółowo, co doprowadziło do przyjęcia przez wykonawców odmiennych metod kalkulacji ceny i doprowadziło do braku porównywalności złożonych przez nich ofert.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO") niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości.

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych w odwołaniu oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie w części nr 2 Postępowania i dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w części nr 2 Postępowania z uwzględnieniem formularza cenowego Odwołującego w, treści załączonej do oferty,

ewentualnie:

4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania w zakresie części nr 2.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Wnosił o dołączenie do dokumentacji akt postępowania KIO 150/19, w którym postępowaniu zastosowano podobna konstrukcję tabeli i dokonano poprawek w sposób analogiczny, jak w tym postępowaniu. Zaprzeczał, że motywem dokonania poprawek w ofercie Odwołującego była notatka Przystępującego. Zamawiający uczynił to niezależnie. Podkreślał, że przedmiotem zamówienia jest dzierżawa analizatora wraz z dostawą określonej ilości materiałów zużywalnych. Wskazuje, że różne terminy są używane przez wykonawców oraz ulotkach w opisach urządzeń - badanie, oznaczenie, test. Zamiarem Zamawiającego jest zamówienie odpowiedniej ilości testów pozwalających na wykonanie określonej ilości badań. Ilość badań jest z góry określona przez Zamawiającego, natomiast ilość testów zależy od wykonawcy, ponieważ wynika z charakterystyki danego analizatora i zastosowanych materiałów. Zamawiający zauważa, że w tabeli będącej częścią załącznika nr 2A w kolumnie 3 jako jednostkę miary wpisano „oznaczenie".

Zamawiający przywoływał instrukcję, zawierającą szczegółowe wymagania do formularza cenowego, gdzie z punktu 3 wynika, że wykonawca powinien uwzględnić ilość testów. Jedyną rubryką nadającą się do zwiększenia ilości była zdaniem Zamawiającego kolumna 4. Z punktu 1 wynika, że wyraźnie chodzi o ilości zaoferowanych testów, a więc testów objętych ofertą, a nie testów przyjętych do obliczenia ceny oferty.

Jeżeli zaakceptować rozumowanie Odwołującego to przyjęcie współczynnika korygującego niwelującego zawyżenie ceny jednostkowej o 3,9 uniemożliwiałoby Zamawiającemu rozliczenie zamówienia, np.: sprawdzenie prawidłowości wystawienia faktury.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca DiaSorin Poland spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący). W zgłoszeniu przystąpienia Przystępujący zauważył m.in., że Odwołujący nie zaoferował odpowiedniej ilości testów, a po wezwaniu do wyjaśnień stworzył argumentację zgodnie z którą w cenie jednostkowej została uwzględniona wartość materiału, biorąc pod uwagę liczbę opakowań i ich wielkość. Przystępujący podkreślał, że jego zdaniem

należało wycenić pojedynczy test wprost i podać jego cenę jednostkową. Oferta Odwołującego tego wymagania nie spełnia.

Dodatkowo zwracał uwagę, że przy zastosowaniu cen jednostkowych za test, wskazywanych przez Odwołującego, wbrew jego twierdzeniem nie zgadzają się ceny. Przykładowo: Odwołujący podaje w załączniku nr 15 do odwołania cenę za opakowanie lgF1 jako 897,44 zł a cenę za pojedynczy test 8,97 zł, wartość netto całości: 35 000 zł.

Cena za opakowanie 897, 44 zł x 39 (liczba opakowań) 35 000,2 zł — a więc jest w zasadzie zgodna z podaną w kolumnie 8 w ofercie.

Cena za test 8,97 x 3900 (liczba testów) 34 983 zł— a więc o kilkanaście zł różna od policzonej przy cenie za opakowanie i innej niż wskazana w ofercie.

Wykazane różnice nie są znaczne, jednakże mają istotne znaczenie, gdyż świadczą o tym, że wyjaśnienia Odwołującego nie są wiarygodne. Co więcej, trudno powiedzieć w tych okolicznościach jakie cena miałaby widnieć na fakturze za dostarczone materiały tak, aby była dokładnie zgodna z ceną ofertową.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły - wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, ustalając stan faktyczny w zakresie koniecznym dla rozstrzygnięcia, nie brała pod uwagę notatki z dnia 15 maja 2019 r., sporządzonej przez Przystępującego,

zawierającej uwagi do oferty Odwołującego, przekazanej do akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Znaczenia dla rozstrzygnięcia nie ma również praktyka poprawiania omyłek, na jaką powoływał się Zamawiający, wskazując, że dokonuje w sposób analogiczny poprawienia omyłek w innych postępowaniach (Zamawiający przywołał akta sygn. akt KIO 150/19). Okoliczność, że w innym postępowaniu Zamawiający poprawiał oferty nie może decydować o rozstrzygnięciu w niniejszym postępowaniu odwoławczym, a jedynie może potwierdzać, że postanowienia SIWZ są co najmniej niejednoznaczne, skoro wykonawcy popełniają takie same, zdaniem Zamawiającego, omyłki, wypełniając formularz cenowy.

Znaczenie dla rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu odwoławczym mają jedynie czynności podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono odwołanie (zawarte w SIWZ instrukcje wypełniania formularza cenowego, poprawienie omyłek, odrzucenie oferty Odwołującego) oraz treść złożonych ofert.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Postępowanie podzielone jest na części. Odwołanie zostało wniesione na czynność Zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego w części 2 postępowania.

2. Przedmiotem 2 części postępowania jest dzierżawa analizatora immunochemicznego (A) oraz dostawa materiałów zużywalnych do tego analizatora (B).

3. Zamawiający w SIWZ (odpis SIWZ i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu w aktach postępowania odwoławczego; Zamawiający przekazał dokumentację postępowania w postaci elektronicznej) wskazał, że wykonawcy mieli wypełnić formularz cenowy w formie tabeli, którego wzór stanowił załącznik 2a do SIWZ. Tabela dla części B zawierała 11 kolumn: liczba porządkowa (kolumna nr 1), przedmiot zamówienia (kolumna nr 2 - w której wymieniono m.in. 5 pozycji: IGF-1, Aldosteron, ACTH, GH oraz Witamina 25 (OH) D Total), jednostka miary (kolumna nr 3, gdzie Zamawiający dla 5 wymienionych

wyżej pozycji jako jednostkę miary wskazał ,,ozn." - oznaczenie), ilość (kolumna nr 4, gdzie Zamawiający wskazał poszczególne ilości dla wszystkich pozycji), ilość opakowań (kolumna nr 5), wielkość opakowania (kolumna nr 6) cena jednostkowa netto (kolumna nr 7), wartość netto (kolumna nr 8), podatek VAT (kolumna 9 i 10), wartość brutto (kolumna nr 11).

4. Pod tabelą Zamawiający zawarł szczegółowe wskazówki, którymi winni się kierować wykonawcy wypełniając poszczególne pola tabeli. I tak, zgodnie z pkt. 1, ,,wartość netto w tabeli formularza cenowego powinna być iloczynem: ceny jednostkowej netto (kolumna 7) oraz ilości badań (kolumna 4)", przy czym ,,suma ta powinna uwzględniać terminy stabilności odczynnika po otwarciu nawet, jeśli będzie to wymagało ilości zaoferowanych testów". Zgodnie z pkt. 2, ,,ilość opakowań musi być bezwzględnie dostosowana do ilości

6

wykonywanych oznaczeń oraz trwałości odczynnika po otwarciu. Zamawiający wymaga ilości opakowań zapewniającej ciągłość wykonywania badań w trakcie trwania umowy — badania wykonywane są na bieżąco. Ilość opakowań przedstawiona w postaci liczby całkowitej. Dopuszcza się przechowywanie materiałów zużywalnych zamiennie w analizatorze oraz urządzeniu chłodniczym (chłodzenie oraz mrożenie), o ile producent dopuszcza takie rozwiązanie w ulotkach."

Zgodnie z pkt 3, „podana ilość testów nie uwzględnia kalibracji; ilości testów potrzebnych do tego celu winien uwzględnić Wykonawca (biorąc pod uwagę trwałość kalibracji przy założeniu, że wszystkie badania wykonywane są na bieżąco). Ilości testów na kalibrację należy doliczyć do ilości testów podanych w formularzu cenowym powyżej.". Zgodnie z pkt 4, „Zamawiający nie wyraża zgody na wykonywanie badań na odczynnikach, kalibratorach, kontrolach po przekroczeniu terminu trwałości po otwarciu. Należy doliczyć testy na kalibracje uwzględniając także wymogi zapisane w ulotkach w przypadku korzystania z nowej serii odczynnika znakowanego, odczynnika pomocniczego oraz fazy stałej."

5. Nie było sporne, że dla wykonania z góry określonej przez Zamawiającego ilości badań (określonej przez Zamawiającego w kolumnie 4) może być potrzebna różna ilość testów, większa od ilości badań. Przedmiotem sporu był sposób wypełnienia tabeli B - Odwołujący i Przystępujący wypełnili tabelę w odmienny sposób. I tak, Przystępujący do ilości określonych przez Zamawiającego we wzorze tabeli, w kolumnie 4, dopisał własne ilości w ten sposób, że pod ilością określoną przez Zamawiającego dopisał w nawiasie „zaoferowano ... (podał oferowaną ilość)". Z takiej konstrukcji tabeli wynikało, że w kolumnie 7 „cena jednostkowa netto" Przystępujący podał cenę za test. Odwołujący pozostawił kolumnę 4 bez zmian w stosunku do wzoru tabeli. Określoną przez Zamawiającego ilość z kolumny 4 przemnożył przez ceny jednostkowe netto, podane przez siebie w kolumnie 7 tabeli. Taki sposób wypełnienia tabeli pozwala wywnioskować, że „cena jednostkowa netto" w kolumnie 7 w ofercie Odwołującego to cena jednostkowa za badanie.

6. Zamawiający uznał, że Odwołujący, wypełniając tabelę, popełnił „inne omyłki, polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty" i na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych w dniu 23 maja 2019 r. poprawił je w ten sposób, że wartości z kolumny 7 tabeli Odwołującego („cenę jednostkową netto") przemnożył przez iloczyn kolumn 5 i 6 (ilość opakowania x wielkość opakowania).

7. Odwołujący w dniu 27 maja 2019 r. nie wyraził zgody na sposób poprawienia omyłek zaproponowany przez Zamawiającego. Wskazał, ze cena jednostkowa z kolumny 7 jest ceną jednostkową badania dla ilości wskazanych przez Zamawiający w kolumnie 4. W konsekwencji Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, z czym Odwołujący się nie zgodził i wniósł odwołanie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący i Przystępujący złożyli oferty nieporównywalne - Odwołujący jako cenę jednostkową podał cenę za badanie, a Przystępujący - cenę za test. Nie było sporne, że ilość testów musi być większa niż ilość badań, które mają być wykonane (część testów jest używana do kalibracji urządzenia, część się przeterminowuje w związku z otwarciem

opakowania). Z instrukcji wypełniania formularza cenowego w ocenie Izby nie wynikało, jaką cenę jednostkową należy wpisać w kolumnie 7 - czy ma to być cena za test, czy za badanie. W instrukcji wypełniania formularza Zamawiający zamiennie używał pojęć ,,badanie", „oznaczenie", „test", co mogło wprowadzać wykonawców w błąd. W wyniku tego każdy z wykonawców inaczej wypełnił tabelę - Odwołujący dosłownie zastosował wskazówkę (z pkt 1 szczegółowych wymagań pod wzorem formularza cenowego), aby pomnożyć cenę jednostkową netto z kolumny 7 oraz ilość badań z kolumny 4 i z tego powodu nie można wobec niego wyciągać negatywnych konsekwencji. Z kolei Przystępujący wskazówkę, aby „ilości testów na kalibrację doliczyć do ilości testów podanych w formularzu cenowym" (zd. drugie pkt 3 wymagań) potraktował jako wskazówkę pozwalającą na dopisanie ilości testów koniecznych do zrealizowania badań w kolumnie 4. Oba sposoby wypełnienia tabeli były uprawnione, ponieważ wskazówki wypełniania tabeli nie były jednoznaczne, choć dla każdego z wykonawców przyjęty przez niego sposób wypełniania tabeli mógł być subiektywnie oczywisty.

Wobec nieporównywalności ofert - wskazanie w jednej ofercie ceny jednostkowej za badanie, w drugiej - ceny jednostkowej za test, powstaje pytanie, który sposób wypełnienia tabeli był właściwy, i czy można doprowadzić oferty - za pomocą działań matematycznych - do porównywalności.

W ocenie składu orzekającego oba sposoby wypełnienia tabeli były uprawnione; wskazówki wypełnienia tabeli będącej formularzem cenowym były bowiem niejednoznaczne, każdy z wykonawców zrozumiał je inaczej. Izba rozważała, czy w takiej sytuacji można doprowadzić oferty do porównywalności - i ostatecznie stwierdziła, że jest to niemożliwe z dwóch powodów: nie można ustalić, który sposób wypełniania tabeli - zastosowany przez Odwołującego czy Przystępującego - jest właściwy. Żadnej wskazówki w tej mierze nie dają postanowienia przyszłej umowy, stanowiące załącznik do SIWZ - mówią one tylko o dostawie materiałów zużywalnych, a nie precyzują, czy Zamawiający będzie zamawiał testy/ opakowania testów, czy będzie wskazywał ilość badań, a do wykonawcy będzie należało dostosować ilość dostarczanych testów do ilości badań.

Oferty Odwołującego nie można poprawić w zaproponowany przez Zamawiającego sposób - czyli przemnożyć wartości z kolumny 7 przez ilość testów wynikającą z tabeli, ponieważ Odwołujący w kolumnie 7 nie podał wartości (ceny jednostkowej) testu, a wartość badania. Nie można też zastosować metody zaproponowanej przez Odwołującego (podzielenia wartości z kolumny 8 przez ilość testów), bo jak słusznie zauważył Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia, prowadziłoby to do różnic w cenie całkowitej w zależności od tego, czy za podstawę wyliczeń przyjąć cenę za opakowanie, czy za test (35 000,02 zł wobec 34 983 zł), a więc nie wiadomo byłoby, jaką kwotę (cenę) za materiały zużywalne wpisać do umowy (a wcześniej - jaka jest cena oferty Odwołującego).

Reasumując, skład orzekając stwierdził, że oferty są nieporównywalne, nie można doprowadzić do ich porównywalności z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a nieporównywalność ofert wynika z postanowień SIWZ.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że postępowanie w zakresie części 2 obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a więc doszło do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

Izba uwzględniła najdalej idący zarzut i żądanie odwołania, skutkujące unieważnieniem postępowania, dlatego choć Izba nie uwzględniła wszystkich zarzutów odwołania, to w związku z charakterem zarzutu ewentualnego wynikiem postępowania jest uwzględnienie odwołania, a więc Izba zasądziła całość kosztów na rzecz Odwołującego od Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

Przewodniczący: