Sygn. akt: KIO 1590/14

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **G……. K……..., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą G……... K……... Diag-Med, ul. Ryżowa 51, 02-495 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego i Zamkniętego im. Duńskiego Czerwonego Krzyża, ul. Witosa 2, 06-200 Maków Mazowiecki**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności w pakietu I, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania zakresie odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**

2. kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego i Zamkniętego im. Duńskiego Czerwonego Krzyża, ul. Witosa 2, 06-200 Maków Mazowiecki** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **G……. K……., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą G……. K……... Diag-Med, ul. Ryżowa 51, 02-495 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

---

2.2. zasądza od **Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej Zespołu Zakładów Lecznictwa Otwartego i Zamkniętego im. Duńskiego Czerwonego Krzyża, ul. Witosa 2, 06-200 Maków Mazowiecki** na rzecz wykonawcy **G……. K……., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą G……. K……. Diag-Med, ul. Ryżowa 51, 02-495 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Ostrołęce.**

Przewodniczący: ……..…….……..

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy odczynników oraz zakup i dzierżawę analizatorów – 14 pakietów, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Zakładów Lecznictwa Otwartego i Zamkniętego im. Duńskiego Czerwonego Krzyża z Makowa Mazowieckiego (dalej „zamawiający") wykonawca G……. K……., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Diag-Med G…… K…….. z Warszawy (dalej „odwołujący") złożył odwołanie w zakresie pakietu I – „Dzierżawa aparatu oraz butelki do

posiewów krwi", zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp"]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez odrzucenie oferty, której treści odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ"),
2. art. 93 ust. 1 pkt 1, poprzez unieważnienie postępowania z naruszeniem przesłanki upoważniającej do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem oferta odwołującego nie powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 93 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przesłania informacji o odrzuceniu ze wskazaniem podstawy faktycznej,
4. art. 7 ust. 1, poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. uchylenia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, a tym samym uchylenia decyzji o unieważnieniu postępowania,
2. powrotu do czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie dokonania czynności wyboru oferty odwołującego.

Odwołujący podał, że w dniu 25 lipca 2014 r. zamawiający zawiadomił go o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z brakiem ważnych ofert, jednocześnie informując o odrzuceniu oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ (wyjaśnił, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu w pakiecie nr 1 zostały odrzucone), jako że podłoża do posiewu krwi nie spełniają wymagań SIWZ.

Odwołujący podniósł, że zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego oraz unieważniając postępowanie w zakresie pakietu nr 1, nie wskazał uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty, co pozostaje w sprzeczności z art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2, a to w zw. z art. 93 ust. 3 pkt. 2 ustawy Pzp. Odwołujący stanął na stanowisku, że wypełnienie przez zamawiającego dyspozycji art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp czyli zawiadomienia o unieważnieniu postępowania w sytuacji, gdy wykonawcy złożyli oferty, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, nie może zostać spełnione bez zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 92 ust. 1 pkt 2. W ocenie odwołującego, wskazane przez zamawiającego powody nie stanowią przesłanki do odrzucenia złożonej przez niego oferty. Podniósł, że zamawiający nie wskazał żadnej podstawy faktycznej odrzucenia oferty odwołującego. Wskazał, że dopiero na skutek wezwania odwołującego z dnia 28 lipca 2014 r., w którym wnosił o podanie, które konkretne wymagania SIWZ nie zostały spełnione przez oferowany asortyment oraz o podanie źródeł informacji, na podstawie których zmawiający dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego , w piśmie z dnia 29 lipca 2014 r. zamawiający przedstawił lakoniczne wyjaśnienie, iż z dostarczonych dokumentów wynika, że butelki BACTEC PLUS Aerobic/F Medium 442192, 442194, BACTEC PLUS Anaerobic/F Medium/ 442193 są wyłącznie do posiewu krwi.

Odwołujący podał, że w wyniku udzielonych wyjaśnień w dniu 17 lipca 2014 r. złożył wyczerpujące wyjaśnienia prostując, że firma Becton Dickinson nie posiada na swojej stronie internetowej informacji, z których wynika, że podłoża pobraniowe Bactec, to podłoża wyłącznie do krwi, co nie pokrywa się z informacjami zawartymi w piśmie zamawiającego z dnia 15 lipca 2014 r. (Odwołujący wskazał, m.in., że zaoferowane podłoża hodowlane – zgodnie z metodykami producenta Becton Dickinson, oświadczeniem producenta oraz ulotką zawierającą opis wszystkich zaoferowanych podłoży hodowlanych są podłożami hodowlanymi przeznaczonymi do hodowli drobnoustrojów z krwi i płynów ustrojowych.

Odwołujący stanął na stanowisku, że odrzucając ofertę odwołującego zamawiający naruszył, szereg przepisów, działania takie naruszają fundamentalne zasady równego traktowania wykonawców, bowiem zarówno treść oferty jak i wyjaśnienia odwołującego nie dawała podstaw do dorzucenia, a odwołujący nie domyśla się nawet, z jakiego powodu zamawiający uznał, że jego oferta podlega odrzuceniu. Tym samym odwołujący nie może

w racjonalny sposób wywieść linii obrony dla uzasadnienia braku podstaw do odrzucenia.

Na podstawie wskazanej poniżej dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, opinii podmiotów stosujących podłoża zaoferowane przez odwołującego złożonych przez odwołującego na rozprawie, a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Skoro zarzuty odwołania zmierzają do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w pakiecie I, a w pakiecie tym złożono jedynie dwie oferty, z których cenę najniższą zaoferował odwołujący to oznacza to, że uwzględnienie odwołania dałoby odwołującemu szansą na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba dopuściła następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (dalej nadal „SIWZ").
2. Oferta odwołującego.
3. Pismo z dnia 9 lipca 2014 r. skierowane przez Kierownik Laboratorium Mikrobiologicznego do Dyrektora SP ZOZ ZZ (Dyrektora podmiotu zamawiającego).
4. Pismo z dnia 15 lipca 2014 r. skierowane przez zamawiającego do odwołującego – wezwanie do złożenia dokumentów producenta butelek (firmy Becton).
5. Odpowiedź odwołującego z dnia 17 lipca 2014 r. na ww. wezwanie.
6. Pismo z dnia 23 lipca 2014 r. skierowane przez Kierownik Laboratorium Mikrobiologicznego do Dyrektora SP ZOZ ZZ (Dyrektora podmiotu zamawiającego).
7. Zawiadomienie z dnia 24 lipca 2014 r. o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu złożonych ofert w pakiecie I.
8. Pismo z dnia 29 lipca 2014 r. – odpowiedź zamawiającego na pismo odwołującego dotyczące przyczyn odrzucenia oferty odwołującego.
9. Pismo z dnia 8 sierpnia 2014 r. skierowane przez Kierownik Laboratorium Mikrobiologicznego do Dyrektora SP ZOZ ZZ (Dyrektora podmiotu zamawiającego).

Zarzut odrzucenia oferty odwołującego, której treść odpowiada treści SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

W zawiadomieniu z dnia 24 lipca 2014 r. o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający poinformował także o odrzuceniu wszystkich złożonych ofert (tj. oferty odwołującego i firmy Biomeriux) na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący uzyskał nadto, w następstwie skierowanego do zamawiającego pisemnego żądania, informację, iż „z dostarczonych przez Państwa firmę dokumentów wynika że probówki (…) są wyłącznie do posiewu krwi".

Skład orzekający Izby ustalił, że w odniesieniu do pakietu I zamawiający sporządził Załącznik nr 3 „Parametry automatycznego systemu do posiewu krwi i płynów ustrojowych", stanowiący tabelę z trzema następującymi kolumnami: „Lp." (1), „Parametr wymagany" (2), „Odpowiedź" z podziałem: „TAK", „NIE" (3).

W kolumnie „Parametr wymagany" zamawiający wyspecyfikował kilkanaście żądanych parametrów, w kolumnie „Odpowiedź", w obu przypadkach (tj. „odpowiedź „TAK"

oraz „NIE") pozostawił pola puste.

Pod tabelą zamawiający zawarł informację, iż „TAK – oznacza bezwzględny wymóg, brak żądanej opcji lub niewypełnienie pola NIE spowoduje odrzucenie oferty".

Na podstawie treści SIWZ (w tym załączników do SIWZ), opracowanej przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego skład orzekający Izby ustalił także, że zamawiający nie zażądał od wykonawców złożenia wraz z ofertą żadnych dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy określonych przez siebie wymagań.

Na podstawie treści oferty odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący złożył wypełniony Załącznik nr 3, we wszystkich pozycjach wpisując odpowiedź „TAK".

Na podstawie powyższych ustaleń skład orzekający Izby uznał, że treść oferty odwołującego w pakiecie I (wypełniony odpowiedziami „TAK" Załącznik nr 3) jest zgodna z treścią Załącznika nr 3 do SIWZ, który stanowił opis żądań zamawiającego w pakiecie I, a tym samym jest zgodna z treścią SIWZ. Jak wynika z treści SIWZ żadne inne dokumenty, niż oświadczenie wykonawcy (wypełniony Załącznik nr 3) nie miały stanowić podstawy oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W piśmie z dnia 15 lipca 2014 r. zamawiający, w następstwie pisma Kierownik Laboratorium Mikrobiologicznego do Dyrektora SP ZOZ ZZ z dnia 9 lipca 2014 r., zwrócił się do odwołującego o dostarczenie „oryginalnych dokumentów producenta butelek, firmy BECTON DICKINSON, potwierdzających zgodność oferty (…) ze SIWZ, Zał. Nr 3: - pkt 3 „Wykrywanie bakterii z krwi i płynów ustrojowych dla BACTEC PLUS Aerobic/F Medium 442192, 442194, BACTEC PLUS Anaerobie/F 442193", wskazując iż wątpliwości zamawiającego pojawiły się w związku z tym, iż „Z oficjalnej strony firmy BECTON DICKINSON wynika, że podłoża pobraniowe BACTE Plus Aerobic/ F Medium, nr katalogowy 442192 to podłoża wyłącznie do krwi, co jest niezgodne z wymaganiami zawartymi w SIWZ Zał. Nr 3".

Skład orzekający Izby wskazuje, że sięgnięcie przez zamawiającego w toku badania i oceny oferty odwołującego po informacje ze strony internetowej producenta, a także żądanie przez zamawiającego od odwołującego, po terminie składania ofert, dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań zawartych w SIWZ, których zamawiający nie wskazał w SIWZ nie znajduje oparcia ani w postanowieniach SIWZ, ani przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych.

W tym miejscu skład orzekający Izby przypomina, że zamawiający miał możliwość, opracowując postanowienia SIWZ przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie tylko dokonać opisu przedmiotu zamówienia, który odpowiada jego potrzebom (co opracowując Załącznik nr 3 do SIWZ uczynił), ale miał także możliwość wskazania sposobu weryfikacji w toku badania i oceny ofert deklarowanych przez wykonawców w treści oferty parametrów. Zamawiający w tym postępowaniu z możliwości wskazania sposobu weryfikacji deklarowanych przez wykonawców w treści oferty parametrów nie skorzystał, poprzestając jedynie na samych deklaracjach (oświadczeniach) wykonawców. Swoją eksponowaną na rozprawie troskę co do konieczności weryfikacji oświadczeń wykonawcy ze względu na uwarunkowania kliniczne (trudność albo niemożność ponownego pobrania płynu ustrojowego do badania) zamawiający winien przejawić na etapie opracowywania postanowień SIWZ, nie zaś czynić z niej usprawiedliwienie i podstawę do nieuprawnionych żądań wobec wykonawców.

Co więcej, jak wynika z treści wezwania z dnia 15 lipca 2014 r. zamawiający podstawą żądania dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań SIWZ uczynił niesprecyzowane informacje, jakie uzyskał ze strony internetowej producenta i to w odniesieniu do jednego z zaoferowanych przez odwołującego podłoży (nr katalogowy 442192) w sytuacji, gdy żądane dokumenty dotyczyć miały również dwóch innych podłoży (nr katalogowy 442194 i 442193).

Pomimo uzyskanej od odwołującego, w wyniku bezpodstawnego wezwania z dnia 15 lipca 2014 r., ulotki dotyczącej zaoferowanych podłoży (jak oświadczył odwołujący na rozprawie: „rejestrowane ulotki producenta"), zgodnie z którą podłoża te mogą być stosowane nie tylko do posiewu krwi, ale także jałowych płynów ustrojowych oraz pomimo uzyskanych od odwołującego specyfikacji technicznych podłoży w odniesieniu do których odwołujący dodatkowo załączył oświadczenie producenta, zgodnie z którym podłoża te mogą być stosowane nie tylko do posiewu krwi, ale także jałowych płynów ustrojowych, zamawiający oparł się wyłącznie na treści tych specyfikacji, ignorując wyjaśnienia producenta i przyjmując arbitralnie taką hierarchię (pierwszeństwo instrukcji przed ulotką i oświadczeniem producenta, w tym co do treści instrukcji) w zakresie oceny złożonych przez odwołującego dokumentów.

Dostrzeżenia także wymaga, że zamawiający, pomimo iż odwołujący w swoim piśmie z dnia 17 lipca 2014 r. oświadczył, że „firma Becton Dickinson nie posiada na swojej stronie internetowej informacji, z których wynika, ze podłoża pobraniowe Bactec, to podłoża wyłącznie do krwi, co nie pokrywa się z informacjami zawartymi w Państwa piśmie z dnia 15 lipca 2014 r." w żaden sposób nie odniósł się do tego oświadczenia, pomimo, że jak wskazano wyżej, to właśnie te informacje spowodowały, iż zamawiający żądał dodatkowych, nieprzewidzianych postanowieniami SIWZ dokumentów.

Takie postępowanie zamawiającego dowodzi, że oceniał on zgodność treści oferty przystępującego z treścią SIWZ w inny sposób niż sam dopuścił to w SIWZ, tj. inaczej niż na podstawie wypełnionego Załącznika nr 3, co jest niedopuszczalne i narusza zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Bez znaczenia dla oceny zgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ pozostaje także wiedza zamawiającego (biegłego komisji przetargowej) nt. zastrzeżeń z podłożami oferowanymi przez odwołującego w innych placówkach (fałszywie dodatni wynik) – nie stanowiło to ujawnionej w SIWZ podstawy oceny, a sam odwołujący nie miał nawet możliwości do zastrzeżeń tych się odnieść.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut potwierdził się.

Zarzut unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy oferta odwołującego nie powinna zostać odrzucona, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że oferta odwołującego nie powinna zostać przez zamawiającego odrzucona, uznać także należy, że zamawiający dysponuje co najmniej jedną, zgodną z treścią SIWZ ofertą, tj. ofertą odwołującego, co oznacza jednocześnie brak

istnienia podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, skoro zgodnie ze wskazanym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Zarzut zaniechania przesłania informacji o odrzuceniu oferty odwołującego ze wskazaniem podstawy faktycznej, czym zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Zamawiający nie kwestionował w toku rozprawy, że w przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp był jednocześnie zobligowany do podania, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego. Poza sporem był fakt wskazania przez zamawiającego uzasadnienia prawnego odrzucenia złożonych ofert (zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Skład orzekający Izby ustalił, że w zawiadomieniu z dnia 24 lipca 2014 r. o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający poinformował także o odrzuceniu wszystkich złożonych ofert (tj. oferty odwołującego i firmy Biomeriux) na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Tak wskazanego powodu odrzucenia oferty odwołującego nie można zakwalifikować inaczej jak podanie jedynie podstawy prawnej tego odrzucenia. Skoro zamawiający

wymagane w zakresie pakietu I parametry wskazał w Załączniku nr 3, to winien także, podając uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego w tym pakiecie wskazać, który z żądanych parametrów załącznika nr 3 przez zaoferowany przez odwołującego produkt nie spełnia i na czym zamawiający oparł to ustalenie. Informacji tych w zawiadomieniu z dnia 24 lipca 2014 r. zamawiający nie zawarł. Przypomnienia przy tym wymaga, że to właśnie od tego dnia rozpoczął bieg termin na wniesienie środka ochrony prawnej (odwołania), stąd zakres uzyskanych w tym właśnie dniu informacji ma istotne znaczenie dla możliwości ochrony interesu każdego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.

Udzielenie przez zamawiającego, na żądanie odwołującego, dodatkowych informacji w dniu 29 lipca 2014 r., abstrahując od zakresu tych informacji, nie może wpłynąć na ocenę składu orzekającego Izby, że czynność zamawiającego z dnia 25 lipca 2014 r. nie była prawidłowa, nie była zgodna z przepisem art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – zamawiający nie podał żadnego uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty odwołującego.

Z tych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut potwierdził się.

Biorąc pod uwagę, że potwierdziły się wszystkie zarzuty odwołania skład orzekający Izby odwołanie uwzględnił.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……