Sygn. akt: KIO 733/11

WYROK
z dnia 18 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 kwietnia 2011 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 kwietnia 2011 r.** przez wykonawcę **Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b** w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Szczecinie, Al. Wojska Polskiego 80/82**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **LEK Spółka Akcyjna z siedzibą w Strykowie, ul. Podlipie 16 (Lider) i Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG z siedzibą w Szwajcarii w Bazylei Lichtstrasse 35** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 733/11** po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz nakazuje wykonanie czynności wezwania LEK Spółka Akcyjna z siedzibą w Strykowie, ul. Podlipie 16 (Lider) i Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG z siedzibą w Szwajcarii w Bazylei Lichtstrasse 35 w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia oświadczeń lub dokumentów odnoszących się do wykazania braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy,**

---

2. kosztami postępowania obciąża **LEK Spółka Akcyjna z siedzibą w Strykowie, ul. Podlipie 16 (Lider) i Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG z siedzibą w Szwajcarii w Bazylei Lichtstrasse 35** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **LEK Spółka Akcyjna z siedzibą w Strykowie, ul. Podlipie 16 (Lider) i Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG z siedzibą w Szwajcarii w Bazylei Lichtstrasse 35** na rzecz **Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, 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 **Szczecinie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 733/11

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę odczynników pozwalających na równoczesne wykrycie materiału genetycznego trzech wirusów RNA HIV+ RNA HCV+DNA HBV w pojedynczej donacji lub w puli składającej się z 6 donacji wraz z wymaganymi kontrolami, materiałami zużywalnymi i eksploatacyjnymi oraz dzierżawą urządzeń koniecznych do wykonania badań metodami biologii molekularnej dla 60 000 donacji zostało wszczęte przez zamawiającego Regionalne Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej z siedzibą w Szczecinie, Al. Wojska Polskiego 80/82 ogłoszeniem o zamówieniu w siedzibie i na stronie internetowej oraz opublikowanym w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejska za numerem OJ 2011/S 24-038614 w dnia 4 lutego 2011r.
W dniu 28 marca 2011r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania i o wyborze oferty złożonej przez występujących wspólnie wykonawców LEK Spółka Akcyjna z siedzibą w Strykowie, ul. Podlipie 16 (Lider) i Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG z siedzibą w Szwajcarii w Bazylei, Lichtstrasse 35, zwanych dalej wykonawcą wybranym.
W dniu 7 kwietnia 2011r. na powyższy wybór oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy wybranego, ewentualnie zaniechanie wezwania wykonawcy wybranego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm – dalej ustawy) wniósł odwołanie Roche Diagnostics Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6b – odwołujący, zarzucając zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) bezpodstawnie (wadliwość podstawy faktycznej), na skutek błędnej interpretacji i zaniechania zastosowania art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 2 pkt 4 i (z ostrożności) art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 i §4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817).
Odwołujący wskazał, że powyższe czynności i zaniechania zamawiającego doprowadziły do naruszenia jego interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu, który powinien być mu przyznany.
Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego; nakazanie dokonania ponownej oceny ofert (uwzględniając ewentualnie obowiązek zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy w stosunku do

---

brakujących w ofercie wykonawcy wybranego dokumentów), a następnie wykluczenia z postępowania wykonawcy wybranego w razie zaistnienia ustawowych przesłanek.
W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zgodnie z punktem 6 ppkt 6.4 SIWZ w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy zamawiający wymagał załączenia do oferty „aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego albo równoważnego zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert'. Obowiązek żądania takich dokumentów wynikał z art. 26 ust. 1 ustawy w zw. z §2 ust. 1 pkt 5) i §4 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), zwanego dalej „Rozporządzeniem". Z oferty wykonawcy wybranego wynika, ze w skład zarządu partnera wykonawcy wybranego wchodzą: Jean-Claude Dubos (Prezes, obywatel francuski zam. We Francji), Felix Eichhorn (Członek Zarządu, pochodzący z Bazylei i tam zamieszkały), Peter Maag (Członek Zarządu, obywatel niemiecki zamieszkały w USA). W ofercie wykonawcy wybranego (str. 22-81 oferty) znalazło się szereg oświadczeń mówiących m.in., że „Petra T., Dyrektor Finansowy Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG nie została nigdy prawomocnie skazana za jakiekolwiek przestępstwo" (str. 52-55). Tożsame oświadczenie dotyczyło również Felixa Eichhorn Członka Zarządu Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG (str. 56-59). W dalszej części oferty znalazły kolejne „oświadczenia" i „oświadczenia złożone pod przysięgą" zmierzające do wykazania, że Novartis Vaccines and Diagnostics Services AG nie podlega wykluczeniu na zasadach określonych w art. 24 ust. 1 ustawy. W ofercie nie ma jednak zaświadczeń właściwych organów sądowych lub administracyjnych kraju pochodzenia

poszczególnych członków zarządu ww. spółki, potwierdzających ich niekaralność, pomimo że w każdym z tych krajów wydaje sie tego rodzaju dokumenty. Według odwołującego w Francji, Szwajcarii i USA są odpowiednie organy wydające zaświadczenia o niekaralności, tj. odpowiednio francuskie Ministerstwo Sprawiedliwości, Biuro Federalne ds. Sprawiedliwości, od którego można uzyskać wyciąg ze Szwajcarskiego Rejestru Skazanych, oraz FBI's Criminal Justice Information Services (CJIS) Division (kartoteka kryminalna Federalnego Biura Śledczego), które posiada dane z lokalnych, stanowych i federalnych agencji, gromadzących informacje o mieszkańcach USA i wydaje tzw. „certificate of good conduct" (w dosłownym tłumaczeniu „certyfikat dobrego prowadzenia się") lub "lack of a criminal record" („zaświadczenie o braku historii kryminalnej"). W związku z powyższym wykonawca wybrany zobowiązany był przedstawić stosowne zaświadczenia , a nie zastępować je oświadczeniami przed notariuszem. Nadto także załączone do oferty oświadczenia, nawet gdyby przyjąć je za wystarczające, nie dotyczą wszystkich członków zarządu partnera wykonawcy

wybranego. Złożył je tylko Felix Eichhorn i nie zasiadająca w organie spółki Petra T. Jednocześnie odpowiednich oświadczeń nie mogło zastąpić jedno oświadczenie wykonawcy, zwłaszcza że zawiera tylko ogólną informację, że członkowie zarządu nie byli skazani za „poważne" przestępstwa. Z tego względu odwołujący uważa, że wykonawca wybrany powinien być wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna ulec odrzuceniu. Odwołujacy wskazał, ze jego zdaniem, nie ma tu zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż poza wskazanymi brakami w dokumentach oferta jest także niezgodna z treścią siwz i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. W punkcie 1.12 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zamawiający wymagał dostarczenia informacji producenta o czułości zaoferowanych metod. W swojej ofercie wykonawca wybrany nie podało jednak danych dla HIV-1 grupa O. Zamawiający wymagał podania czułości dla HIV w IU/mL, a w dniu 28.02.2011 r., w odpowiedzi na pytanie wykonawcy wskazał, że: „w przypadku czułości metody dla HIV-1 grupa 0 i HIV-2 zamawiający dopuszcza podanie jej w kopiach/ml". Wykonawca wybrany podał tylko czułość dla HIV-1 grupa M w IU/ml, czyli dla jednego z trzech, a tym samym jego ofertę należy uznać za niezgodną z treścią SIWZ, co, zdaniem odwołującego, implikuje obowiązek jej odrzucenia. Odwołanie zostało podpisane przez dwóch prokurentów upoważnionych do łącznej reprezentacji odwołującego, zgodnie z zasadami ujawnionymi w KRS, z którego odpis załączono do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana faksem w dniu 7 kwietnia 2011r. i zamawiający potwierdził fakt jej otrzymania.
W dniu 8 kwietnia 2011r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.
W dniu 11 kwietnia 2011r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca wybrany wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na potrzebie obrony swojej pozycji jako wykonawcy wybranego. Zgłoszenie przystąpienia zostało wniesione drogą elektroniczną i opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym ważnym od 8 marca 2010r. do 8 marca 2011 i podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 11 kwietnia 2011r. udzielonego przez lidera wykonawcy wybranego i podpisanego przez dwóch członków zarządu lidera upoważnionych do łącznej reprezentacji lidera oraz na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego złożonego do oferty z dnia podpisanego przez upoważniającego lidera do oraz do udzielania dalszych pełnomocnictw. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 11 kwietnia 2011r.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania: specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacji specyfikacji z dnia 15 lutego 2011r., wyjaśnień

treści siwz z dnia 15 lutego 2011r. i 24 lutego 2011r., oferty wykonawcy wybranego, informacji o wynikach postępowania.
Na podstawie powyższego Izba ustaliła, że :
W rozdziale 5 zamawiający określił warunki udziału konieczne do spełnienia w postępowaniu stawiane wykonawcom i wskazał, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy krajowi lub

zagraniczni spełniający m. in. w pkt 5.2 siwz zamawiający wymagał, żeby wykonawcy nie podlegali wykluczeniu na podstawie art. 24 i spełniali warunki zawarte w art. 22 ust 1 pkt1, 2, 3 ustawy.

W rozdziale 6 siwz - wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie wykonawcy mają dostarczyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wymagał, aby oferta zawierała dokumenty lub poświadczone za zgodność z oryginałem przez osobę podpisującą ofertę ich kserokopie. Dokumenty w języku obcym powinny być przedstawione łącznie z tłumaczeniem tłumacza przysięgłego. W ramach tych dokumentów zamawiający w pkt 6.4 siwz wymagał złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego albo równoważne zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczpospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w punkcie powyżej składa dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania potwierdzające odpowiednio, że:

a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,

b) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania sie o zamówienie,

c) nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Jeżeli w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje sie dokumentów, o których mowa w pkt. 2, zastępuje sie je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju pochodzenia osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

W pkt 6.9 siwz zamawiający oczekiwał złożenia oświadczenia wynikającego z postanowień art. 24 oraz art. 22 ust 1 pkt 1, 2, 3, ustawy, a w pkt 6.10 siwz oświadczenia o spełnieniu wszystkich wymogów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia.

Nadto dla podmiotów występujących wspólnie, zgodnie z pkt 6.12. siwz wymagał złożenia umowy regulującej współpracę podmiotów występujących wspólnie, zawierającą:

6.12.1. określenie celu gospodarczego,

6.12.2. oświadczenia podmiotów o przyjęciu odpowiedzialności solidarnej,

6.12.3. oświadczenie zawierające wskazanie podmiotu, któremu powierza się prowadzenie spraw i reprezentacje na zewnątrz (lidera),

6.12.4. oznaczenie czasu trwania umowy, wymaga się aby trwania umowy był nie krótszy niż okres realizacji zamówienia oraz okres gwarancji i rękojmi,

a także zakaz zmian w umowie bez zgody zamawiającego.

W rozdziale 13 siwz zamawiający zawarł opis kryteriów, którymi będzie sie kierował przy wyborze oferty i wskazał m. In. na kryterium czułoś oferowanej metody o wadze 15%. Wskazał, że dokona obliczenia punktacji w następujący sposób - czułość oferowanej metody, w tym biorąc pod uwagę wykonywanie w pojedynczej donacji lub w pulach. Wartości czułości oferowanej metody należało podać jednostkach: IU/ml

Zamawiający wskazał, że zostanie obliczona średnia czułość metody w odniesieniu do wszystkich wirusów:

Cz = (I + C + B) / 3

Gdzie:

Cz – czułość metody

I – czułość metody w odniesieniu do wirusa RNA-HIV

C – czułość metody w odniesieniu do wirusa RNA-HCV

B – czułość metody w odniesieniu do wirusa DNA-HBV, a następnie oferty zostaną porównane wg. wzoru: największa z oferowanych czułości (Cz) przez czułość metody (Cz) ocenianej razy 100% razy 15%.

W wyjaśnieniach z dnia 24 lutego 2011r. zamawiający odpowiadając na pytanie 3 o treści „Prosimy o doprecyzowanie czy w przypadku czułości metody dla HIV-1 grupa 0 i HIV-2 Zamawiający dopuszcza podanie ich w kopiach/ml? Międzynarodowe standardy dla HIV-1 Grupa 0 i HIV-2 nie zostały jeszcze opracowane i wdrożone przez odpowiedzialne instytucje

Międzynarodowe", wskazał, że w przypadku czułości metody dla HIV-1 grupa 0 i HIV-2 zamawiający dopuszcza podanie jej w kopiach/ml.
W ofercie wykonawcy wybranego znajdują się następujące dokumenty i informacje :
W ofercie dokumenty i oświadczenia w imieniu partnera wykonawcy wybranego podpisywali Carsten Schroeder – Head od Novartis Diagnostics EMEA, Petra T. – Dyrektor Finansowy, Pater Rupprecht – osoba upoważniona do podpisywania, Felix Eichhorn – Członek Zarządu.
W wypisie z Urzędu Rejestru Handlowego Miasta Bazylei str. 38- 45 oferty w danych osobowych we wpisach aktualnych wymieniono nastepujące osoby :
Dubos, Jean –Claude zamieszkały w St. Louis we Francji – Prezes, podpis wspólny, dwuosobowo,

Maag, Peter zamieszkały w Berkeley w Stanach Zjednoczonych w stanie California – członek, podpis wspólny, dwuosobowo,
Eichhorn, Felix zamieszkały w Szwajcarii w Bazylei, członek, podpis wspólny, dwuosobowo,
Rupprecht, Peter zamieszkały w Szwajcarii w Bazylei, sekretarz (poza zarządem), podpis wspólny, dwuosobowo,
Od strony 52 – 72 oferty znajdują się następujące oświadczenia poświadczone przez notariusza i ich tłumaczenia przysięgłe:
- oświadczenie Petry T., że ona nie była skazana prawomocnie za jakiekolwiek przestępstwo art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy o zamówieniach publicznych ani żaden ze znanych jej dyrektorów i kierowników partnera wykonawcy wybranego nie był skazany za żadne poważne przestępstwo zgodnie z prawem szwajcarskim,
- oświadczenie Feliksa E., że on nie był skazany prawomocnie za jakiekolwiek przestępstwo art. 24 ust.1 pkt 4-8 ustawy o zamówieniach publicznych ani żaden ze znanych mu dyrektorów i kierowników partnera wykonawcy wybranego nie był skazany za żadne poważne przestępstwo zgodnie z prawem szwajcarskim
- oświadczenie Petry T., że ona nie była skazana prawomocnie za jakiekolwiek przestępstwo art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy o zamówieniach publicznych ani żaden ze znanych jej dyrektorów i kierowników partnera wykonawcy wybranego nie był skazany za żadne poważne przestępstwo zgodnie z prawem szwajcarskim,
- oświadczenie Feliksa E., że nie był skazany prawomocnie za jakiekolwiek przestępstwo art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy o zamówieniach publicznych ani żaden ze znanych jej dyrektorów i kierowników partnera wykonawcy wybranego nie był skazany za żadne poważne przestępstwo zgodnie z prawem szwajcarskim,
- oświadczenie Petry T. i Feliksa E., że zgodnie z prawem szwajcarskim nie istnieje żadne oficjalne oświadczenie wydane przez sąd lub organ administracyjny informujące, że spółka nie została skazana za żadne przestępstwo zgodnie z prawem szwajcarskim, oraz nie jest przedmiotem żadnego oskarżenia w toczącym się postępowaniu,
- oświadczenie Petry T. i Feliksa E., że Vaccines and Diagnostics Services AG nie była nigdy objęta zakazem udziału w przetargu publicznym.
Od strony 77 do 81 oferty znajdują się dwa oświadczenia Petry T. i Feliksa E., złożone pod przysięgą, zgodnie z ustawą o pisemnych oświadczeniach składanych pod przysięgą z 1938r. przed notariuszem, wraz z tłumaczeniami przysięgłymi składane w imieniu spółki, że spółka cieszy się dobrą reputacją zgodnie z prawem szwajcarskim oraz nie jest przedmiotem żadnego oskarżenia czy toczącego się postępowania, ani według wiedzy oświadczającego, żaden dyrektor czy kierownik spółki nie został skazany za żadne poważne przestępstwo zgodnie z prawem szwajcarskim. Od strony 90 do 94 znajduje się oświadczenie woli

wykonawcy wybranego w zakresie przedmiotu zamówienia, gdzie na stronie 93 podano następujące dane :
- w odpowiedzi na pytanie 10 czułość Procleix Ultrio Plus – testy weryfikujące HIV-1 – 33,8 IU/ml (26,0-49,5); HCV – 2,7 IU/ml (2.1.-4.5) i HBV – 18 UI/ml (1.5-2.5)
- w odpowiedzi na pytanie 12 czułość zaoferowanych metod według informacji producenta Procleix Ultrio Plus HIV-1 – 26,8 IU/ml (22.4-41.0); HCV – 3.1 IU/ml (2.4.-4.7) i HBV – 1.9 UI/ml (1.5-2.6); Procleix Ultrio Plus – testy weryfikujące HIV-1 – 33,8 IU/ml (26,0-49,5); HCV

– 2,7 IU/ml (2.1.-4.5) i HBV – 1 ,8 UI/ml (1.5-2.5).
Na stronach 374 – 379 znajduje się ocena przydatności testu diagnostycznego Proceix Ultrio Plus Assay do badań HCV RNA, HIV RNA i HBV DNA u dawców krwi. Zgodnie z celem badań ich przedmiotem była ocena czułości analitycznej testów.
Na stronie 384 znajduje się tabela wykrywanie wariantów w typach m. In. HIV-1 grupa M, HIV - 1 grupa N i HIV -1 grupa O, gdzie wskazano wyniku Ultrio Puls w odnieniu do 100 kopii /ml i 30 kopii na ml.

W podanej przez zamawiającego punktacji ofert w kryterium czułości metody u wykonawcy wybranego, zamawiający przyznał 15 pkt obliczając je w pulach po 6 (28,6 IU/l+3,1 IU/l+1,9 IU/l):3=11,20 (11,20:11,20)x100 pkt. X 15%=15,00 pkt.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 2 520 000zł. netto, w dniu otwarcia ofert podał, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 2 100 000zł. – protokół ZP-PN str. 1 i 4.
Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 2 106 215,00 netto – Druk ZP12
Zamawiający na rozprawie oświadczył, żę może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 2 100 000, 00 zł. netto, jako kwotę maksymalną.

Izba zważyła, co następuje :
Izba nie dopatrzyła się zaistnienia okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, uznaną przez zamawiającego za niepodlegającą odrzuceniu, spośród dwóch ofert dopuszczonych przez zamawiającego do oceny ofert i w przypadku uwzględnienia odwołania i wyeliminowania oferty wykonawcy wybranego miał możliwość uzyskania zamówienia publicznego. Wbrew stanowisku zamawiającego i przystępującego odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia. Istnienie tego interesu bada się na dzień wniesienia odwołania. W tej dacie odwołujący wiedział jedynie, że zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie

zamówienia kwotę 2 100 000zł. netto. Kwota ta może, ale wcale nie musi wyznaczać granic możliwości finansowych zamawiającego. Zatem wiedza o tej kwocie nie przesądzała o tym, że odwołujący nie będzie mógł uzyskać zamówienia, zwłaszcza w sytuacji, gdzie jego oferta jest jedynie o około 6 tys. zł netto droższa, niż wartość wynikająca z informacji zamawiającego, a całość zamówienia, to kwota ponad 2 mln złotych. Co więcej w sytuacji, gdyby odwołujący zażądał udostępnienia mu protokołu postępowania, tym bardziej mógłby się utwierdzić w przekonaniu, że zamawiający zwiększy kwotę finansowania, skoro wartość szacunkowa zamówienia netto przekraczała 2 500 000zł. Również szkoda jak i związek przyczynowy pomiędzy naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, a powstałą szkodą badany jest na datę wniesienia odwołania. Zatem skoro w tej dacie odwołujący miał podstawy przypuszczać, że skoro kwota 2 100 000zł. jest kwotą netto zagwarantowaną w budżecie zamawiającego, a jego oferta jest nieznacznie droższa, to zamawiający zdecyduje się na wybór jego oferty. Izba stwierdzając naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego musi ustalić czy odwołujący poniósł, ale także, czy mógł ponieść szkodę. Izba uważa, że w przedmiotowym postępowania odwołujący w dacie wnoszenia odwołania mógł ponieść szkodę w postaci utraty zakładanego zysku z zamówienia, a poniósł szkodę w postaci kosztów sporządzenia oferty. Izba nie podziela argumentacji przystępującego, że interes powinien być badany przez pryzmat zdarzeń przyszłych i niepewnych w postaci powtórzenia czynności badania i oceny ofert i ewentualnego unieważnienia postępowania. Art. 179 ust. 1 ustawy stanowi bowiem nie o tym, kiedy Izba oddala odwołanie, ale o tym kiedy można je skutecznie wnieść, zatem w ocenie Izby interes prawny musi istnieć w dacie wniesienia odwołania, a dalszy los interesu nie ma znaczenia dla obowiązku Izby wdania się w merytoryczną analizę zarzutów odwołania. Za tym stanowiskiem przemawia wprost brzmienie art. 179 ust. 1 ustawy, który wiąże interes z jednej strony z możliwością uzyskania zamówienia, a z drugiej z naruszeniem przez zamawiającego przepisu ustawy, które to naruszenie powoduje lub może powodować szkodę. Tym samym interes jest nierozerwalnie związany z naruszeniem przez zamawiającemu przepisów i może odpaść na etapie postępowania odwoławczego bez skutku oddalenia odwołania np. na skutek czynności

podjętych przez zamawiającego – uznanie zarzutu, czy całego odwołania. Izba uznała, że materialno prawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego w skutek błędnej interpretacji i zaniechania zastosowania art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4 i (z ostrożności) art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 i §4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817)

10

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną (w przedmiotowej sprawie przez zamawiającego i wykonawcę wybranego) nie wymagają dowodu. Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w całości, a przystępujący - wykonawca wybrany w części odnoszącej się do nie złożenia, wymaganych przez zamawiającego w celu wykazania braku podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy, oświadczeń lub dokumentów. Izba uznała, że przyznanie to nie budzi wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, gdyż, jak ustaliła Izba, w skład organu zarządzającego partnera wykonawcy wybranego wchodzą Jean-Claude Dubos, Felix Eichhorn oraz Peter Maag. Jedynie Felix Eichhorn złożył oświadczenie, że nie był skazany za przestępstwa określone w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy zgodnie z prawem szwajcarskim. Pozostali członkowie zarządu nie złożyli, ani oświadczeń, ani dokumentów potwierdzających, że za takie przestępstwa nie byli skazani wedle prawa ich miejsca zamieszkania, czyli odpowiednio we Francji, czy w USA w stanie Califonia. Nie można uznać za spełniające wymogi ustawy, złożenie oświadczenia przez jednego z członków organu zarządzającego o braku podstaw wykluczenia u innego członka. Zwłaszcza, że pan Felix Eichhorn złożył takie oświadczenie, ale co do swojego stanu wiedzy i w ramach przestępstw według prawa szwajcarskiego, które nie jest prawem miejsca zamieszkania żadnego z pozostałych członków organu zarządzającego. Tym samym przyznanie powyższych okoliczności w ocenie Izby nie sposób było uznać za wątpliwe. Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania do złożenia dokumentów lub oświadczeń wskazujących na brak podstaw wykluczenia. Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy i § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (…), wobec cofnięcia zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, jest przedwczesny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego w skutek błędnej interpretacji i zaniechania zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut został przez odwołującego cofnięty na rozprawie i nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

11

Izba uznała, że uwzględniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Ten stan rzeczy w przedmiotowy postępowaniu, to ustalenie, że wykonawca wybrany nie złożył dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez zamawiającego na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, a zamawiający zaniechał wypełnienia swego obowiązku z art. 26 ust. 3 ustawy. Oferta najkorzystniejsza może być wybrana tylko w przypadku ustalenia, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zatem w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje wyboru oferty ja korzystniejszej nie mając pewności, że wykonawca, którego oferta została wybrana, nie podlega wykluczeniu, narusza tym samym zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji. Taki wybór zatem nie może się ostać. Wybór oferty najkorzystniejszej, to wybór oferty wykonawcy, z który ma zostać zawarta umowa o

zamówienie publiczne. Jest to cel postępowania zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy. Wynikiem postępowania jest zatem wybór oferty najkorzystniejszej. Na datę wyrokowania wynik ten został skutecznie podważony przez odwołującego i musi zostać uchylony do czasu usunięcia przez zamawiającego naruszeń przepisów ustawy. W tym przypadku do czasu wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów i dokonania ponownego badania i oceny ofert. Izba biorąc pod uwagę stan postępowania z daty zamknięcia nie może przesądzać o wyniku dalszych czynności zamawiającego. Na datę wyrokowania Izba bowiem nie jest w stanie przewidzieć, czy wykonawca wybrany uzupełni oświadczenia lub dokumenty, czy uzupełnienie to wykaże brak podstaw wykluczenia wykonawcy i czy rzeczywiście, w przypadku nie wykazania przez wykonawcę wybranego braku podstaw wykluczenia, zamawiający nie będzie miał możliwości sfinansowania zamówienia w większym stopniu, niż zgodnie z oświadczeniem złożonym na rozprawie. Biorąc pod uwagę wszystkie potencjalne możliwości dalszego toku postępowania, niewątpliwie uznanie za nieprawidłową, na dzień wyrokowania, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, może mieć istotny wpływ na wynik tego postępowania. Z tego względu Izba uznała, że zachodzą podstawy uwzględnienia odwołania w trybie art. 192 ust. 2 ustawy.

12

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 w związku z art. 186 ust. 6 pkt. 3 lit. b ustawy w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 2 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) oraz Izba uwzględniła koszty odwołującego z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego na podstawie przedłożonego rachunku z ograniczeniem do maksymalnej kwoty dopuszczonej w rozporządzeniu (§ 3 pkt 2 lit. b cyt. Rozporządzenia).

Przewodniczący :

……

13