

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Izabela Niedziałek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Diagnostyka Sp. z o.o., 31-513 Kraków, ul. Olszańska 5** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **I Szpital Miejski im. dr E. Sonnenberga, 92-003 Łódź, ul. Pieniny 30** protestu z dnia 25 lipca 2008r.

przy udziale **ALAB laboratoria Sp. z o.o., 01-142 Warszawa, ul. Sokołowska 7** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Diagnostyka Sp. z o.o., 31-513 Kraków, ul. Olszańska 5

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Diagnostyka Sp. z o.o., 31-513 Kraków, ul. Olszańska 5,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Diagnostyka Sp. z o.o., 31-513 Kraków, ul. Olszańska 5.**

Uzasadnienie

Odwołujący – Diagnostyka Sp. z o.o. Kraków, ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym w formie przetargu nieograniczonego na wykonywanie świadczeń zdrowotnych z zakresu diagnostyki laboratoryjnej wraz z dzierżawą pomieszczeń laboratorium i znajdującymi się w nich urządzeniami i wyposażeniem dla Zamawiającego - I Szpitala Miejskiego im. E. Sonnenberga w Łodzi zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad określonych w art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w konsekwencji naruszenie art. 5 kodeksu cywilnego w zakresie czynienia ze swojego prawa użytku sprzecznego ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem oraz zasadami współżycia społecznego.

W uzasadnieniu protestu z dnia 25 lipca 2008 r. Wykonawca stwierdził, że oferta złożona przez ALAB laboratoria Sp. z o.o. nie spełnia wymagań SIWZ określonych w Dziale II punkt 18 SIWZ. Zamawiający wymagał określenia w szczegółowej koncepcji organizacji pracy laboratorium procedury postępowania przy wykonywaniu badań bakteriologicznych, określając w szczególności: dostępność procedury pobrania – 7 dni w tygodniu, dostępność wstępnego wyniku badania – optymalnie 24 h od pobrania, etapy i czas sporządzania wyniku

oraz antybiogramu. Powyższe informacje nie zostały opisane w ofercie firmy ALAB laboratoria Sp. z o.o. Wskazane uchybienie wymogom SIWZ może mieć, zdaniem Odwołującego istotny związek ze spełnieniem wymagania określonego w Rozdziale III pkt 16 SIWZ, gdyż wg wiedzy protestującego wskazane przez ALAB laboratoria Sp. z o.o. laboratorium funkcjonujące na terenie woj. Łódzkiego – nie wykonuje badań bakteriologicznych, stanowiących istotną część przedmiotowego zamówienia. W proteście

2

wskazano także nieskuteczność zastrzeżenia niejawności sprawozdania finansowego spółki ALAB laboratoria, które jest dokumentem jawnym.

Odwołujący podtrzymał zarzut określony w proteście dotyczący nieuprawnionego uzupełnienia oferty firmy ALAB laboratoria sp. z o.o. o dokument „Szczegółowa koncepcja świadczenia usług w zakresie pracy laboratorium”. Wskazał, że w Dziale II pkt 18 SIWZ Zamawiający wymagał określenia w szczegółowej koncepcji organizacji pracy laboratorium procedury postępowania przy wykonywaniu badań bakteriologicznych. Odwołujący podniósł, że w ofercie ALAB laboratoria Sp. z o.o. na str. 299 znajduje się zapis: „ALAB laboratoria Sp. z o.o. określi w szczegółowej koncepcji organizacji pracy laboratorium procedury postępowania przy wykonywaniu badań bakteriologicznych”. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca ten uzupełnił koncepcję o szereg dokumentów, w tym o 12. stronicowy dokument PN.: „Szczegółowa koncepcja świadczenia usług w zakresie pracy laboratorium w I Szpitalu Miejskim im. E. Sonnenberga w Łodzi „.

Powyższe jednoznacznie dowodzi, że przedmiotowy dokument stanowił obligatoryjny wymóg zamówienia i powinien zostać załączony do oferty złożonej w dniu 30 czerwca 2008 r. przez ALAB laboratoria Sp. z o.o.

Odwołujący zakwestionował stanowisko Zamawiającego, który w rozstrzygnięciu protestu uzasadniając zastosowanie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy stwierdził: „Ponieważ Zamawiający określił w SIWZ warunku udziału w postępowaniu, na które składało się m.in. ustalenie potencjału technicznego, organizacyjnego, wiedzy i umiejętności Wykonawcy do świadczenia badań wymaganych przez Szpital, to zgodnie z ww. przepisem miał on prawo, właśnie trybie art. 26 ust. 3 (...), żądać wcześniejszej informacji nazwanej przez Zamawiającego „Koncepcją organizacji pracy laboratorium Zamawiającego”. Zamawiający przytoczył również treść art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy dokonując, w ocenie Odwołującego nieuprawnionej nadinterpretacji przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2.

Odwołujący wskazał, że w obecnym stanie prawnym sporny, dokument, który został dołączony po upływie terminu składania ofert, na wezwanie Zamawiającego, nie mieści się w katalogu dokumentów wskazanych w § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). Powołał się przy tym na publikację UZP z 2007 r., w której stwierdzono m.in. „Nie jest możliwe w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp żądanie uzupełnienia innych dokumentów lub oświadczeń np. uzupełnianie oferty...” - co miało miejsce w opisanym przypadku.

Tym samym oferta firmy ALAB Sp. laboratoria z o.o. jako niekompletna i pozbawiona wymaganych w SIWZ istotnych informacji związanych z wymaganym opisem sposobu realizacji zamówienia, powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

3

Dopuszczenie do uzupełnienia oferty po terminie składania ofert Odwołujący wskazał jako rażąco naruszające prawo, a czynność taka jako sprzeczna z ustawą jest nieważną czynnością prawną w świetle art. 58 § 1 kodeksu cywilnego. Na rozprawie Odwołujący podtrzymał odwołanie w zakresie zarzutu nieuprawnionego zastosowania przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, a w konsekwencji zaniechania czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał, że z art. 25 ustawy wynika dopuszczalność żądania uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń. Są to dokumenty o charakterze podmiotowym lub przedmiotowym. Katalog tych dokumentów w zakresie podmiotowym określa § 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr

87, poz. 605). Natomiast katalog dokumentów o charakterze przedmiotowym określa § 3 tego rozporządzenia. Odwołujący podniósł, że Szczegółowa koncepcja pracy laboratorium jest niewątpliwie dokumentem o charakterze przedmiotowym, lecz nie mieszczącym się w katalogu z § 3. Tym samym oferta Przystępującego była niekompletna, co potwierdza to deklaracja ze strony 299 oferty złożonej przez Przystępującego, gdzie wykonawca stwierdził, że złoży tę koncepcję.

Wskazując powyższe zarzuty, Odwołujący zażądał unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert wg zasad poszanowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania uznając zarzuty za nieuzasadnione. Wskazał, że Odwołujący nie ma interesu prawnego we wnoszeniu środków ochrony prawnej w tym postępowaniu, gdyż cena Jego oferty przekracza o około 165 tys. zł, kwotę jaką Zamawiający gotów był przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Po korekcie możliwości finansowych nadal przekracza możliwości finansowe Zamawiającego o około 100 tys. zł. Zamawiający wskazał, iż skoro przyjmując stanowisko Odwołującego o niemożności żądania uzupełnienia dokumentu „koncepcji” w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oznacza to, że Zamawiający nie powinien żądać w SIWZ takiego dokumentu, ponieważ nie znajduje się on w katalogu dokumentów wymienionych w rozporządzeniu. Oznacza to kwestionowanie treści SIWZ i zarzut ten jest spóźniony, gdyż termin na oprotestowanie SIWZ upłynął wcześniej. Fakt, że Odwołujący nie oprotestował SIWZ oznacza, iż zaakceptował on katalog wymaganych SIWZ dokumentów.

4

W konsekwencji nieuzasadniony jest zarzut naruszenia zasad uczciwej konkurencji, skoro Odwołujący kwestionując na obecnym etapie wymóg SIWZ spełnił ten wymóg i złożył koncepcję w odróżnieniu od wykonawców, którego wybór jest kwestionowany. Zamawiający podtrzymał pogląd, że wszystkie warunki SIWZ były skonstruowane prawidłowo. Zamawiający stwierdził, że wymagana koncepcja była warunkiem uczestnictwa w postępowaniu, służyła do potwierdzenia doświadczenia i fachowości wykonawcy, nie była oceniana w świetle kryteriów i oceny ofert. Powołuje komentarz do ustawy Pzp: Jerzykowski, Dzierżanowski, Stachowiak w zakresie art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych. Potwierdza, że zażądał dokumentu, którego stricte w treści rozporządzenia znaleźć się nie da, ale dopuszczalność żądania uzupełnienia innego dokumentu wynika z art. 26 Pzp i jest potwierdzona w przywołanym piśmiennictwie, o ile wymóg dołączenia takiego dokumentu został wpisany w postanowieniach SIWZ i łączy się ściśle z przedmiotem zamówienia.

Wskazał, że firma ALAB laboratoria Sp. z o.o. zarówno w pierwotnym dokumencie (załączonym do oferty) PN.: „Zasady dotyczące sposobu wykonywania przez przyjmującego zamówienie świadczeń zdrowotnych objętych zamówieniem”, jak i w uzupełnieniu stanowiącym koncepcję organizacji pracy laboratorium PN.: „Szczegółowa koncepcja świadczenia usług w zakresie pracy laboratorium w I Szpitalu Miejskim im. E. Sonnenberga w Łodzi” podała, że praca laboratorium będzie utrzymywana przez 7 dni w tygodniu i 24 godziny na dobę. Dodatkowo na str. 4 w „koncepcji organizacji pracy laboratorium Zamawiającego” firma ta zapewniła o dostępności wyniku badania w ciągu 24 godzin od pobrania materiału. Odpowiednie zapewnienie znalazło się również w „Zasadach dotyczących sposobu wykonywania przez przyjmującego zamówienie świadczeń zdrowotnych objętych zamówieniem (pkt 18, str 299 w ofercie)”, wobec czego zarzut niekompletności wybranej oferty nie jest zasadny.

Odnosząc się do następnego zarzutu dotyczącego braku możliwości uzupełnienia oferty o dokument koncepcji organizacji pracy laboratorium Zamawiającego z powodu niezgodności z art. 26 ust 3. ustawy, Zamawiający wskazał, że po określeniu warunków udziału w postępowaniu, na które składało się m.in. ustalenie potencjału technicznego, organizacyjnego, wiedzy i umiejętności Wykonawcy do świadczenia badań wymaganych, to zgodnie z ww. przepisem miał On prawo, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, żądać informacji nazwanej koncepcją organizacji pracy laboratorium. Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy wymagane dokumenty mają potwierdzać spełnianie stawianych wymagań, co w przedmiotowej sprawie zostało uczynione.

Wskazał, że załączony do oferty dokument wymagający jedynie uszczegółowienia, w istocie,

uzupełnienia oferty było możliwe dopiero po otwarciu ofert i było to działanie prawidłowe. Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w pełni poparł stanowisko Zamawiającego w zakresie argumentacji, wniosków i wnioś o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, a w szczególności z treścią SIWZ, treścią ofert uczestników i stanowiskami stron i uczestnika, przedstawionymi na rozprawie ustaliła, co następuje. Oceniając kwestię interesu prawnego Odwołującego we wniesieniu odwołania, Izba uznaje, że wykonawca, który nie został wykluczony z postępowania i którego oferta nie została odrzucona, ma interes prawny w ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Skład orzekający stwierdza, że Odwołujący ma interes prawny w popieraniu wniesionego odwołania, ponieważ fakt, że Zamawiający wykazał, iż posiada mniejszą ilość środków, niż cena oferty Odwołującego, nie przesądza o bezwzględnej niemożności zwiększenia ilości środków na realizację przedmiotowego zamówienia. Sytuacje, w których zamawiający wybierają oferty z ceną wyższą od ceny, jaką zamawiający zamierzał pierwotnie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 ustawy) są dopuszczalne w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych. Taka też sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu, a KIO konsekwentnie uznaje dopuszczalność zmiany wysokości środków finansowych przewidzianych na sfinansowanie zamówienia, w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak stwierdzono w wyroku KIO z dnia 7 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 613/08 „Zamawiający ma możliwość dokonania oceny swojej sytuacji finansowej, jeżeli wystąpiły okoliczności prowadzące do zmiany środków, jakie zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.” Również w wyroku KIO z dnia 8 stycznia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 38/07 uznano za utrwalony pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy ocenia się w konkretnym postępowaniu, w którym jest ten podmiot uczestnikiem i polega na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą. W wyroku tym stwierdzono nadto, że ewentualne rozważania o tym, czy w wyniku wyboru najkorzystniejszej oferty dojdzie do zawarcia umowy, czy też z przyczyn wynikających z prawa cywilnego lub Prawa zamówień publicznych, efekt taki nie zostanie uzyskany, są bezprzedmiotowe. W szczególności nie jest podstawą odmowy uznania istnienia interesu prawnego po stronie wykonawcy, który zaoferował cenę wyższą od tej, jaka została podana do publicznej wiadomości bezpośrednio przed otwarciem ofert, jako kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Podobne stanowiska potwierdzające interes prawny wykonawcy oferującego wyższą cenę ujęto w wyrokach KIO z dnia 4 lutego 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 24/08, z dnia 22 lutego 2008 r., sygn. akt:

KIO/UZP 100/08, z dnia 27 marca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 221/08, z dnia 31 marca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 233/08, z dnia 11 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 650/08. Rozpatrując zarzuty odwołania w zakresie podtrzymanym przez Odwołującego na rozprawie, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty i nieuprawnione zastosowanie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy poprzez wezwanie Przystępującego – firmy „ALAB laboratoria Sp. z o.o. do uzupełnienia niekompletnej oferty, Izba stwierdza, co następuje. Podstawowym dokumentem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie którego wykonawcy przygotowują oferty, jest specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu opracowana przez Zamawiającego i nie kwestionowana przez uczestników specyfikacja zawiera, oprócz informacji ogólnych i wykazu czternastu załączników, dwa działy: Dział I – „Instrukcja dla wykonawcy” zawierający w zakresie istotnym dla niniejszego postępowania wymagania dotyczące sposobu przygotowania oferty, spełniania warunków przez Wykonawców i wymaganych dokumentów, oraz Dział II „Przedmiot zamówienia”, w którym ujęto „Zasady dotyczące sposobu wykonywania przez przyjmującego zamówienie świadczeń zdrowotnych objętych zamówieniem” z zapisem pkt 18 o treści: „Wykonawca określi w szczegółowej koncepcji

organizacji pracy laboratorium procedury postępowania przy wykonywaniu badań bakteriologicznych, określając w szczególności: dostępność procedury pobrania – 7 dni w tygodniu, dostępność wstępnego wyniku badania – optymalnie 24 h od pobrania, etapy i czas sporządzania wyniku oraz antybiogramu.”

Po przeanalizowaniu treści oferty złożonej przez ALAB laboratorium Sp. z o.o. z/s w Warszawie, skład orzekający Izby stwierdził, że oferta ta zawiera wszystkie wymagane dokumenty opisane w „Instrukcji dla wykonawcy”, a ponadto, jako załącznik bez numeru, na stronach 295 – 303 „Zasady dotyczące sposobu wykonywania przez przyjmującego zamówienie świadczeń zdrowotnych objętych zamówieniem” o treści tożsamej z zasadami opisanymi w SIWZ odniesionymi do opisu przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od stanowisk stron przedstawionych w prowadzonym postępowaniu, Izba stwierdza, że cytowany zapis SIWZ, powtórzony w dokumentacji ofertowej, nie jest warunkiem podmiotowym specyfikacji, opisanym kompleksowo w Dziale I, a opartym normatywnie na treści art. 25 ustawy Pzp, skutkującym zastosowaniem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, regulującego tryb uzupełniania oświadczeń lub dokumentów, a w konsekwencji ewentualnym wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

Powołana treść i oczekiwanie złożenia koncepcji odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia nie będąc jednak sensu stricte treścią oferty wymaganą postanowieniami Działu I SIWZ. Należy zwrócić uwagę, że postanowienie dotyczące szczegółowej koncepcji nie zawiera cezurę czasowej, w jakiej koncepcja ta powinna być przedstawiona przez Wykonawcę

7

Zamawiającemu, a w szczególności brak jest w specyfikacji jednoznacznego wymogu załączenia koncepcji do oferty.

Skład orzekający wskazuje przy tym, że status Wykonawcy, podmiot uczestniczący w postępowaniu posiada na etapie ubiegania się o udzielenia zamówienia publicznego, w momencie złożenia oferty, w toku oceny ofert, jak również po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co wynika z ustawowej definicji ujętej w art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. W świetle dokonanych ustaleń, Krajowa Izba Odwoławcza, wobec stwierdzenia, że treść oferty wybranej, jako najkorzystniejsza, nie jest sprzeczna z treścią SIWZ, nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jakkolwiek uznała za uzasadniony zarzut nieuprawnionego zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie mającego jednak wpływu na rozstrzygnięcie zawarte w niniejszym wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

8

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*