

**Sygn. akt: KIO/UZP 1331 /08**

**WYROK**  
**z dnia 27 listopada 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Członkowie: Luiza Łamejko**

**Jolanta Markowska**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 listopada 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **SP ZOZ Wojewódzki Szpital Zakaźny ul. Wolska 37, 01-201 Warszawa** protestu z dnia **5 listopada 2008 r.**

przy udziale **ROCHE Diagnostics Polska Sp. z o.o. ul. Wybrzeże Gdańskie 6B, 01-531 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa** na rzecz **SP ZOZ Wojewódzki Szpital Zakaźny ul. Wolska 37, 01-201 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa**.

## Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę odczynników wraz z dzierżawą sprzętu do diagnostyki molekularnej zgodnie z formularzem „Specyfikacja asortymentowo-cenowa”, w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 września 2008 roku pod numerem 2008/S 174 - 232245.

Pismem z dnia 28 października 2008 roku (przesłanym wykonawcom w tym samym dniu) Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze dla pakietu Nr 2 i 3 oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Wykonawcę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. Jednocześnie w tym samym dniu poinformował Wykonawców o błędnie podanym numerze postępowania, którego dotyczyła w/w informacja, prostując swoją omyłkę.

Dnia 29 października 2008 roku Zamawiający ponownie poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, w którym to zawiadomieniu poprawnie podał numer, pod którym prowadzi przedmiotowe postępowanie.

Dnia 5 listopada 2008 roku Wykonawca ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej Odwołującym) wniósł protest dotyczący pakietu nr 2 i 3 na czynności Zamawiającego powodujące naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 2) art. 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy tj. dokonanie wyboru oferty firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (01-531), ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B, która to oferta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 8 ustawy poprzez bezprawne nie odrzucenie (zaniechanie odrzucenia) oferty wykonawcy opisanego w pkt 2, albowiem jest ona niezgodna z ustawą,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy poprzez bezprawne nie odrzucenie (zaniechanie odrzucenia) oferty wykonawcy opisanego w pkt 2, albowiem jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz kumulatywnie jest obarczona błędem w obliczeniu ceny albowiem jest ona niedoszacowana.

Uzasadniając wskazał, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego zobowiązany jest do przestrzegania wszystkich obowiązków wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych.

W przedmiotowym postępowaniu naruszenie taksatywnie opisanych przepisów polegało na braku, w ofercie firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., ośmiu pozycji wymienionych w instrukcji wykonania testu jako "Inne materiały wymagane" tj.:

1. Statyw na próbki (statyw SK24 rack), P/N 28122172001,
2. Statyw na odczytniki, P/N 28122199001,
3. Statyw na zestawy SPU, P/N 28122806001,
4. Urządzenie do mocowania korka w probówkach K-tube z silnikiem, P/N 03516539001,
5. Urządzenie do mocowania korka w probówkach K-tube, P/N 03339874001,
6. Zasobnik K-carrier, P/N 28150397001,
7. Transporter dla zasobników K-carrier, P/N 03517519001,
8. Statyw na zasobniki K-carrier, P/N 03286436001.

W/w komponenty wymienione są w treści instrukcji wykonywania testu HBV i HIV firmy Roche, od 129 do 135 oraz od 157 do 164 strony oferty.

W związku z powyższym, stwierdzić należy, że oferta Firmy Roche jest niedoszacowana, a zatem w następstwie jest obarczona ona błędem rachunkowym w obliczeniu ceny. Nie odrzucając oferty z w/w powodu Zamawiający złamał zasadę równości. Odwołujący oświadczył bowiem, że w Jego ofercie wszystkie konieczne materiały zostały ujęte i wliczone do jej wartości. Tym samym Odwołujący był droższy (pomimo, że z wyliczeń Odwołującego wynika, że jego oferta byłaby tańsza) gdyby oprotestowany wykonawca załączył do oferty wszystkie komponenty o jakich mówią instrukcje wykonania testu, że są one konieczne do jego przeprowadzenia. Z ostrożności procesowej należy także nadmienić, że ewentualne twierdzenia Zamawiającego, że jest on już w posiadaniu takich elementów jest bezprzedmiotowe, bowiem oferta winna być kompletna (zasada równości), a Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wyłączył w/w elementów z zakresu zamawianego asortymentu.

Wobec powyższego, podążając za treścią art. 58 § 1 k.c., stwierdzić należy, iż *"czynność prawna sprzeczna z prawem albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna"*. W świetle art. 5 kc nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno - gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 kc. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k.c., który stanowi wprost, że *„nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współzycia społecznego"*.

Interes prawny Odwołującego przejawia się w tym, że działania Zamawiającego polegające na wybraniu oferty wykonawcy, którego oferta winna być odrzucona i która nie wypełnia znamion ustawowej definicji "oferty najkorzystniejszej" mają decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji Zamawiającego doprowadzi do stworzenia protestującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie rozstrzygnięcia przetargu,
2. Odrzucenie oferty firmy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
3. Dokonanie wyboru oferty Odwołującego,
4. Udzielenie Odwołującemu przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zamawiający pismem z dnia 6 listopada 2008 roku wezwał wykonawcę Roche Diagnostics Polska do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Wykonawca Roche Diagnostics Polska pismem z dnia 7 listopada 2008 roku przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zamawiający dnia 10 listopada 2008 roku rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie.

Uzasadniając swoją decyzję Zamawiający wskazał, iż zarzut niedoszacowania oferty związanego z nieuwzględnieniem w ofercie wszystkich wymaganych elementów do wykonywania badań jest bezzasadny. Zamawiający zawarł bowiem zapis w wielu punktach SIWZ, między innymi w § 1 projektu umowy, że „*elementy niezbędne do wykonania analizy, nie wykazane w formularzu „specyfikacja asortymentowo-cenowa”, będą dostarczane na koszt Oferenta*”. Wykonawca składając ofertę zobowiązał się więc poprzez akceptację SIWZ i projektu umowy do dostarczenia wszystkich niezbędnych elementów.

Wymieniony przez Odwołującego sprzęt jest integralną częścią zaproponowanego przez firmę aparatu. Zgodnie z wyjaśnieniem udzielonym przez firmę Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w przyłączeniu do protestu, cena za dzierżawę obejmuje również wymienione w proteście sprzęty.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, przedstawione mu zarzuty przez Odwołującego za bezzasadne.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Wykonawca ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i dnia 14 listopada 2008 roku wniósł odwołanie do Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując swoje zarzuty jak w proteście wnosząc o jego uwzględnienie.

Pismem z dnia 26 listopada 2008 roku Wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający opracowując treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił przedmiot zamówienia w następujący sposób (dział 3 ust. 3.1.): *„Przedmiotem zamówienia jest zakup i dostawa odczynników wraz z dzierżawą sprzętu do diagnostyki molekularnej zgodnie z formularzem „Specyfikacja asortymentowo-cenowa” (zał. Nr 1)”. Zgodnie z postanowieniami działu 10 ust. 10.2 „Ofertę należy sporządzić w formie pisemnej na formularzu „Oferta” zgodnym w treści ze wzorem stanowiącym załącznik Nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Do oferty, zgodnie z ust. 10.3, należy załączyć, m.in. lit. b) uzupełniony formularz*

- i) *„specyfikacji asortymentowo-cenowej” (zał. Nr 1),*
- ii) *„ofertę” (zał. Nr 2),*

*oraz pozostałe formularze wymienione w w/w ustępie.*

*W dziale 12 pn. „Opis sposobu obliczenia ceny” Zamawiający wskazał, iż „Wykonawca określi cenę realizacji zamówienia (z VAT) zgodnie z formularzem oferty, z dokładnością, co do grosza. Wykonawca może podać tylko jedną cenę bez możliwości proponowania rozwiązań wariantowych. Cena oferty powinna zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym dzierżawę sprzętu, koszt odczynników i wszystkich komponentów niezbędnych do należytego wykonania badań, w tym kalibrację i kontrolę wewnętrzną. Elementy niezbędne do wykonania analizy, nie wykazane w ofercie, będą dostarczane na koszt Oferenta”.*

Dodatkowo Zamawiający w dziale 15 w ust. 15.4 wskazał, że *„Koszt dzierżawy aparatu oraz koszt materiałów eksploatacyjnych i części zużywalnych jest stały w trakcie trwania umowy dzierżawy, tj. w ciągu 15 miesięcy”*.

W ust. 15.6 Zamawiający żądał, na potwierdzenie, że oferowany towar odpowiada wymaganiom Zamawiającego, dołączenia przez Wykonawców do oferty ulotek informacyjnych lub instrukcji wykonywania testów w języku polskim.

Przystępujący - firma Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. w swojej ofercie podała, że oferuje dzierżawę kompletnego sprzętu do diagnostyki molekularnej wraz z dostawą odczynników – dla pakietu Nr 2 za kwotę brutto (15 miesięcy) – 625 133,35 zł (podana kwota jest sumą rat dzierżawnych, kosztu odczynników oraz materiałów eksploatacyjnych i zużywalnych), a kwartalna rata dzierżawna aparatu brutto wynosi 183,00 zł oraz dla pakietu Nr 3 za kwotę brutto (15 miesięcy) – 78 410, 18 zł (podana kwota jest sumą rat dzierżawnych, kosztu odczynników oraz materiałów eksploatacyjnych i zużywalnych), a kwartalna rata dzierżawna aparatu brutto wynosi 183,00 zł.

Dodatkowo, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego Przystępujący dołączył do oferty specyfikację asortymentowo-cenową dla pakietu Nr 2 i 3 wskazując odpowiednio w tabelach: koszty dzierżawy, koszty odczynników oraz koszty materiałów eksploatacyjnych i części zużywalnych – komponentów odczynnikowo-sprzętowych.

Zdaniem Izby, żaden z przytoczonych ww. zapisów oferty Przystępującego nie pozostaje w sprzeczności ani z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych czy też innymi przepisami.

Fakt, jaki podnosi Odwołujący, że Przystępujący nie uwzględnił w swojej ofercie ośmiu pozycji wymienionych w instrukcji wykonania testu jako *„Inne materiały wymagane”* stanowiący podstawowy zarzut do oferty Przystępującego, stanowiący podstawę do wniesienia protestu jest zarzutem chybionym. W żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie znajduje się postanowienie nakazujące Wykonawcom dokonanie wyceny i jej uzewnętrznienie, dotyczącej „Innych materiałów wymaganych”. Zamawiający żądał jedynie podania ceny oferty, która powinna zawierać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, w tym dzierżawę sprzętu, koszt odczynników i wszystkich komponentów niezbędnych do należytego wykonania badań, w tym kalibrację i kontrolę wewnętrzną.

Skoro Przystępujący podał i wycenił wszystkie elementy stanowiące treść jego oferty, uzasadniając w przystąpieniu do postępowania odwoławczego, że wszystkie wymienione przez Odwołującego sprzęty (statywy, zasobniki, transportery i mocownik) nie stanowią materiałów zużywalnych (odczynników), a są integralnym wyposażeniem każdego nowego

aparatu, to uznać należy, że wycena oferty została dokonana prawidłowo i zawiera wszystkie niezbędne elementy, które umożliwią Zamawiającemu prawidłową realizację zadań przy użyciu zaoferowanych, kompletnych urządzeń.

Nie bez znaczenia również pozostaje fakt, przyjęcia (bez zastrzeżeń) przez Wykonawców postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawartego również w projekcie umowy, o treści: „Elementy niezbędne do wykonania analizy, nie wykazane w ofercie, będą dostarczane na koszt Oferenta”. Tym samym, każdy Wykonawca akceptujący w/w postanowienie poddaje się woli Zamawiającego w zakresie, w jakim nie uwzględnił wyceny niektórych elementów w ofercie, ponosząc ryzyko ewentualnych dodatkowych kosztów związanych z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Ponadto, Izba stwierdziła, odnosząc się do zarzutów Odwołującego dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1, 2, 6 i 8 Pzp, co w konsekwencji spowodowało naruszenie przepisów art. 2 pkt 5 w związku z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, że Odwołujący zarówno w proteście jak i odwołaniu nie wskazał, jakie to postanowienia oferty złożonej przez Przystępującego pozostają w sprzeczności z wyżej cytowanym przepisami.

Art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, która stanowiłaby przesłankę do zastosowania przez Zamawiającego w/w przepisu. Odwołujący nie wskazał, w jakim zakresie oferta Przystępującego Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. jest niezgodna z ustawą. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej oferta zgodna jest z ustawą Prawo zamówień publicznych, a tym samym zarzut powyższy jest bezzasadny.

Odnosnie naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzut ten również jest bezzasadny. W/w przepis stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący nie wskazał, w jakim zakresie treść oferty Przystępującego Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby, oferta sporządzona na podstawie s.i.w.z. opracowanej przez Zamawiającego, w pełni odpowiada jej treści i nie zawiera uchybień skutkujących zastosowaniem przez Zamawiającego w/w przepisu.

Również w zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten nie potwierdził się. Na



podstawie normy tego przepisu Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że oferta Przystępującego Wykonawcy Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. nie zawiera błędów, które stanowiłyby sankcję w postaci odrzucenia oferty na podstawie ww. przepisu. Ceny wyliczone są zgodnie z wymogami, jakie postawił w tym względzie Zamawiający, na wzorach opracowanych przez Zamawiającego oraz zgodnie z zasadami rachunkowości.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazać należy, że Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego „czynność prawna sprzeczna z prawem albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna”, gdyż w świetle art. 5 kc „nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego”. Odwołujący jednakże nie wskazał, na czym ma polegać naruszenie tych przepisów przez Zamawiającego. Tym samym zarzut Odwołującego nie potwierdził się.

Konsekwencją powyższych naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych miało być, zdaniem Odwołującego naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 2 pkt 5 w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże biorąc pod uwagę okoliczność, iż żaden ze stawianych zarzutów, w ocenie Izby nie potwierdził się, to zarzut naruszenia w/w przepisów również nie potwierdził się, a tym samym Odwołanie zasługuje na oddalenie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 oraz z 2008 r. Nr 182, poz.1122 ).

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 w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....