

Sygn. akt: KIO/UZP 109/07

**WYROK**  
**z dnia 25 stycznia 2008r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** **Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Członkowie:** **Ryszard Tetzlaff**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant:** **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24.01.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Laboratorium Medyczne Dr n. med. Teresa Fryda, Katowice, ul. Mikołowska 53a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Instytut „Pomnik – Centrum Zdrowia Dziecka”, Warszawa, Al. Dzieci Polskich 20** protestu z dnia 03.12.2007r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Laboratorium Medyczne Dr n. med. Teresa Fryda, Katowice, ul. Mikołowska 53a**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Laboratorium Medyczne Dr n. med. Teresa Fryda, Katowice, ul. Mikołowska 53a**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Laboratorium Medyczne Dr n. med. Teresa Fryda, Katowice, ul. Mikołowska 53a**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu, prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego Zamawiający przekazał Odwołującemu i pozostałym wykonawcom w dniu 03.12.2007r. informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu niektórych ofert, w tym oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 03.12.2007r., tj. z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt. 2 ustawy Pzp, Odwołujący złożył protest na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty, żądając przywrócenia oferty i dokonania jej ponownej oceny.

W treści protestu stwierdził, że w zawartej w ofercie koncepcji świadczenia usług w punkcie „pobieranie materiału” zaofferował powszechnie przez siebie stosowany system próżniowy Vacuette i charakterystykę tego systemu przedstawił w ofercie. Jednocześnie

jednak wskazał, że zobowiązał się, jeśli taka będzie wola Zamawiającego, do stosowania systemu Sarstedt.

W dniu 20.12.2007r. pismem T/DZP/3668/07 z tego samego dnia, tj. z zachowaniem terminu wskazanego w art. 183 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24.01.2005r. (sygn. Akt UZP/ZO/0-82/05) zgodnie, z którym oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmiennosc ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

Zamawiający wskazał, że określił swoje oczekiwania w zakresie świadczenia usług diagnostyki laboratoryjnej w przedmiocie pobierania w SIWZ w pkt 1.1.9 Opisu przedmiotu zamówienia. Tam też określił, że wymaga, aby materiał do wykonywania oznaczeń z krwi był pobierany poprzez zamknięty, próżniowo - aspiracyjny system pobierania krwi.

Zamawiający wskazał także, że Odwołujący w załączniku nr 6 do koncepcji świadczenia usług zaoferował zamknięty - próżniowy system pobierania krwi Vacuette poprzez zapis „Zostanie wprowadzony zamknięty system pobierania krwi, który prezentuje załącznik nr 6 do niniejszej koncepcji (...) proponujemy system Vacuette”. Zamawiający podkreślił, że Odwołujący potwierdził to również w treści protestu: „zgodnie z zapisami w naszej koncepcji świadczenia usług w punkcie „pobieranie materiału” oferowaliśmy powszechnie przez nas stosowany system próżniowy Vacuette”.

Wobec oparcia oferowanej koncepcji świadczenia usług o próżniowy system Vacuette, a tym samym prezentację w treści oferty odmiennego świadczenia usługi od wymaganego w Opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający uznał, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający podniósł ponadto, że zapis w ofercie Odwołującego: „jesteśmy w stanie na Państwa życzenie stosować obecny system Sarstedt” nie może być uwzględniony, gdyż Zamawiający w pkt. 5 SIWZ nie dopuścił składania ofert wariantowych.

W dniu 24.12.2007r., tj. z zachowaniem terminu wskazanego w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący, pismem z dnia 24.12.2007r. nadanym w placówce pocztowej operatora publicznego w tym samym dniu, wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. ponowną ocenę ofert, w tym oferty Odwołującego,
4. ponowny wybór oferty najkorzystniejszej,

względnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że przedstawienie przez niego w ofercie, poza wymaganym przez Zamawiającego systemem pobierania krwi, również charakterystyki alternatywnego systemu pobierania krwi, nie stanowi niezgodności treści oferty z SIWZ.

Odwołujący stwierdził, że zawarte w ofercie zdanie: „Proponujemy system Vacuette, jesteśmy jednak w stanie na państwa życzenie stosować obecny system Sarstedt” czyni zadość wymaganiom SIWZ, zawartym w pkt 1.1.9, ponieważ przewiduje stosowanie systemu Sarstedt oraz, że zastosowanie lepszego - zdaniem Odwołującego - systemu Vacuette nie rodzi rozbieżności pomiędzy treścią oferty a SIWZ.

Odwołujący podniósł także w kontekście oferty wariantowej, że przewidział sposób wykonania zamówienia w pełni zgodny z treścią oferty, a jedynie zasugerował także zastosowanie innego, nowszego systemu, co jednak nie stanowi oferty wariantowej. Odwołujący przywołał wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 17.11.2007r. o sygn. akt UZP/ZO/0-2761/06).

Odwołujący podkreślił, że ewentualny zarzut przedstawienia niedopuszczalnej oferty wariantowej nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Sposób przedstawienia oferty, w tym sugestie w zakresie szczegółowych rozwiązań, stanowią jedynie o formie, a nie o treści oferty.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skład orzekający Izby uznał za niezasadny.

Poza sporem pomiędzy stronami było to, że Zamawiający w Załączniku nr 1 do SIWZ, tj. w Opisie przedmiotu zamówienia w pkt 1.1.9. wprowadził wymóg, aby materiał do wykonywania oznaczeń z krwi obwodowej był pobierany poprzez zamknięty, próżniowo - aspiracyjny system pobierania krwi.

Zgodnie z pkt 8 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców między innymi następujących dokumentów przedmiotowych:

w pkt 8.1. - wypełnionego i podpisanego formularza ofertowego - załącznik nr 2 do SIWZ,

w pkt 8.4. - koncepcji świadczenia usług w formie opisowej, jako załącznika do oferty.

Odwołujący złożył ofertę, w której, zgodnie ze Spisem treści, zawarł między innymi Formularz ofertowy (str. 3 - 4 oferty) zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ oraz Koncepcję świadczenia usług, w tym charakterystykę systemu zamkniętego, stanowiącą załącznik nr 6 do koncepcji (str 118 - 126 oferty).

Skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący złożył wymagane przez Zamawiającego w pkt 8.1. i 8.4. dokumenty oraz że z treści samego Formularza ofertowego nie wynika jaki system: próżniowo aspiracyjny czy próżniowy zaoferował Odwołujący, zaś załącznik nr 6 charakteryzuje system Vacuette.

Sporną pomiędzy stronami była kwestia, jakie znaczenie prawne przypisać następującemu fragmentowi oferty Odwołującego (str 22 oferty - Pobieranie materiału): „Zostanie wprowadzony zamknięty system pobierania krwi, który prezentuje załącznik nr 6 do niniejszej koncepcji. (...) Proponujemy system Vacuette, jesteśmy jednak w stanie na państwa życzenie stosować obecny system Sarstedt”.

Jak ustalił skład orzekający Izby, system Vacuette to system próżniowy, zaś system Sarstedt to system próżniowo - aspiracyjny, a zatem jedynie zaoferowanie systemu Sarstedt spełniałoby wymagania Zamawiającego.

Przyjmując, że oferta musi wyrażać stanowczą wolę zawarcia umowy o definitywnie określonej treści, skład orzekający Izby stwierdza, że nie całemu, cytowanemu powyżej fragmentowi można przypisać cechy stanowczości i definitywności.

W odniesieniu do systemu Vacuette, Odwołujący użył sformułowania „zostanie wprowadzony” oraz jednoznacznego „proponujemy”, które w ocenie składu orzekającego Izby są stanowcze i jednoznaczne, to zaś oznacza, że właśnie w odniesieniu do tego systemu Odwołujący ujawnił swoją wolę w sposób dostateczny, możliwy do zidentyfikowania przez Zamawiającego jako oświadczenie woli w rozumieniu art. 60 kodeksu cywilnego. Potwierdzeniem tego jest, że to ten system został opisany i scharakteryzowany przez Odwołującego w ofercie w załączniku nr 6.

Dopiero w drugiej kolejności, niejako w opozycji, o czym świadczy użycie słowa „jednak”, Odwołujący odnosi się do systemu Sarstedt.

Niezrozumiałym i uniemożliwiającym jednoznaczne odczytanie woli Odwołującego było użycie przez Odwołującego sformułowania „na państwa życzenie”, w sytuacji, gdy „życzenie” Zamawiającego było w tym zakresie jasno wyrażone poprzez wymóg pkt 1.1.9 SIWZ. Gdyby to Zamawiający miał decydować o ostatecznej treści umowy poprzez wybór pomiędzy systemem Vacuette, a systemem Sarstedt, to nie sposób byłoby przypisać Odwołującemu woli zawarcia umowy o definitywnie określonej treści.

Wobec powyższego, stojąc na stanowisku, że Odwołujący zaoferował system próżniowy Vacuette, a więc system nie odpowiadający treści SIWZ, skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie skład orzekający Izby nie dopatrzył się, w związku z rozpatrywanymi zarzutami, podstaw do unieważnienia postępowania, o co wnioskował Odwołujący.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 - Praga**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*