

Sygn. akt: **KIO/UZP 540/08**

KIO/UZP 541/08

WYROK

z dnia 20 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

**Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.06.2008 r. do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B,

B. ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18a,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie, 01-201 Warszawa, ul. Wolska 37** protestów:

A Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B z dnia 30.05.2008 r.

B ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18a z dnia 27.05.2008 r.

przy udziale **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** zgłaszającego po stronie odwołującego się

orzeka:

1. Uwzględnia odwołania i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie, 01-201 Warszawa, ul. Wolska 37

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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B,**
 - B** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18a,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 11 264 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy dwieście sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 5632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie, 01-201 Warszawa, ul. Wolska 37** na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B** kwoty 5632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie, 01-201 Warszawa, ul. Wolska 37** na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18a** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**

B kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**

4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o., 01-531 Warszawa, ul. Wybrzeże Gdyńskie 6B,**

B kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 18a**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, Wojewódzki Szpital Zakaźny w Warszawie, ul. Wolska 37, 01-201 Warszawa wszczął 19.03.2008 r. postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „DZIERZAWĘ SPRZĘTU DO DIAGNOSTYKI MOLEKULARNEJ WRAZ Z DOSTAWĄ ODCZYNNIKÓW”. Ogłoszenie ukazało się w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2008/S 56-075633 w dniu 20.03.2008 r.

Przed upływem terminu składania ofert Zamawiający wystosował 3 pisma z wyjaśnieniami dotyczącymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia – 08.04.2008 r., 23.04.2008 r. i 25.04.2008 r.

28.04.2008 r. nastąpiło otwarcie ofert – przed otwarciem ofert Zamawiający ogłosił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia – 3 557 921,22; złożono 2 oferty.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i poinformował o tym wykonawców 6.05.2008 r. Jednocześnie Zamawiający poinformował o przewidywanym terminie zawarcia umowy – 13.05.2008 r.

12.05.2008 r. Wykonawca Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. złożył protest na:

- 1) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z rażącym naruszeniem ustawy;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o. z Warszawy;
- 3) poinformowanie o zamiarze zawarcia umowy przed upływem 7 dni od poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Protestującego, Postępowanie Zamawiającego jest sprzeczne z art. 7 ust. 1 i 2, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 2 i 6, art. 92 i art. 94 ust. 1 Pzp oraz art. 5 i art. 58 § 1 Kc w związku z art. 14 Pzp.

Protestujący Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) odrzucenie oferty Abbott Laboratories Poland Sp. z o.o.;
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

Szczegółowe zarzuty Protestujący Roche Diagnostics Polska Sp. z o.o. dotyczyły:

1. Wyjaśniając treść specyfikacji Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania testu typu RUO (Research Use Only – tylko do badań naukowych) do CMV bez możliwości wykonania diagnostyki medycznej. Mimo to Wykonawca Abbott nie złożył w ofercie wszystkich wymaganych dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia. Dlatego oferta Abbott jest niezgodna ze specyfikacją. Wykonawca Abbott powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, Jego oferta uznana za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp, a ponadto Jego oferta powinna być uznana jako sprzeczna ze specyfikacją i odrzucona, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.
2. W ofercie Wykonawca Abbott nie podał jakiego producenta aparaty oferuje, oraz nie określił ich roku produkcji, co było wymagane w specyfikacji. Ponadto, niezgodnie z wymaganiem Zamawiającego, Wykonawca Abbott nie uwzględnił w ofercie wszystkich kosztów materiałów eksploatacyjnych i części zużywalnych dla oferowanych aparatów. W związku z tym Abbott jest niekompletna w stosunku do wymagań Zamawiającego określonych w specyfikacji zatem powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.
3. Wykonawca Abbott zbyt nisko oszacował ofertę w związku związane z nie uwzględnieniem w ofercie wszystkich wymaganych komponentów odczynników. Taki brak w ofercie skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty Abbott na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.
4. Zamawiający naruszył art. 92 Pzp, gdyż nie przekazał wykonawcom (w tym Protestującemu Roche), jak również nie zamieścił na swojej stronie internetowej, wszystkich informacji, jakie powinny się znaleźć w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, ograniczając się wyłącznie do przedstawienia danych firmy, której oferta została wybrana. Ponadto Zamawiający wadliwie podał, że umowa zostanie zawarta z dniem 13.05.2008 r., czyli siódmego dnia po poinformowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, co jest niezgodne z art. 94 ust. 1 Pzp.

14.05.2008 r. Wykonawca Abbott Laboratories S.A. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego.

Wykonawca stwierdził, że:

- Ad 1. Przystępujący Abbott złożył wymagane oświadczenie o wpisie do RWM (Rejestr Wyrobów Medycznych) dla testów HCV, HBV i HIV i nie miał obowiązku złożyć oświadczenia dotyczącego testu CMV do RUO.
- Ad 2. Zamawiający żądał zaoferowania aparatu fabrycznie nowego. Przystępujący Abbott nie napisał roku ani producenta oferowanego aparatu w nagłówku załącznika nr 5 do oferty. Jednak jest to uchybienie co do formy, gdyż w załączniku nr 3 (st r. 357 oferty) Przystępujący oświadczył, że spełnia warunki specyfikacji. Również brak podania producenta oferowanego sprzętu jest uchybieniem co do formy, gdyż instrukcje wykonania testów jednoznacznie wskazują na odpowiedni aparat Abbott m2000rt.
- Ad 2 i 3. Przedmiotem zamówienia jest dzierżawa sprzętu do diagnostyki wraz z dostawą odczynników. Przystępujący Abbott oferuje analizator Abbott m2000rt zgodny ze specyfikacją. Zdaniem Przystępującego Abbott, Zamawiający nie podał w specyfikacji wymogu zaoferowania aparatu bądź odczynników do czynności izolacji próbek RNA czy DNA i dlatego Przystępujący nie wyszczególnił innych materiałów niż potrzebne do wykonania badań zgodnie ze specyfikacją.

21.05.2008 r. Zamawiający oddalił protest w całości podnosząc, że:

1. Na żądanie Zamawiającego, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, Wykonawca Abbott złożył wpisy do RWM (Rejestr Wyrobów Medycznych) (w ofercie było tylko oświadczenie) na wszystkie odczynniki oprócz CMV, który został zaoferowany jako test RUO, zgodnie z wyjaśnieniem nr 10 z 23.04.2008 r.
2. Zamawiający nie wymagał wpisania roku produkcji aparatu, gdyż żądaniem Zamawiającego było zaoferowanie aparatu fabrycznie nowego. Zamawiający nie wymagał w specyfikacji wpisania nazwy aparatu.
3. Zarzut, że nastąpiło niedoszacowanie oferty związane z nieuwzględnieniem w ofercie wszystkich wymaganych komponentów odczynników do oznaczania RNA HCV ilościowo, DNA HBV ilościowo, RNA HIV ilościowo DNA CMV ilościowo jest bezzasadny. Szpital nie ma obowiązku wnikać w kosztorysowanie wykonywanych badań.
4. Zamawiający przekazał Wykonawcom oraz zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wszystkie pozostałe informacje są jawne, zawarte na drukach ZP i dostępne dla zainteresowanych. Zdaniem Zamawiającego, nie nastąpiło naruszenie art. 94 Pzp.

21.05.2008 r. Zamawiający unieważnił postępowanie. Powodem unieważnienia postępowania było stwierdzenie, że Zamawiający popełnił błąd dopuszczając odczynniki typu RUO do przetargu. Wyeliminował tym możliwość użycia odczynnika CMV do celów medycznych zgodnie z art. 2 ust. 8 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93, poz. 896, z 2005 r. Nr 64, poz. 565 oraz z 2007 r. Nr 176, poz. 1238).

Pismem z 26.05.2008 r. Wykonawca Abbott złożył 27.05.2008 r. protest na unieważnienie postępowania, a 30.05.2008 r. Wykonawca Roche przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Protestującego Abbott po stronie Protestującego Abbott w zakresie żądania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący Abbott zarzuca Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp przez bezprawne unieważnienie postępowania, gdyż nie zachodzi ta przesłanka unieważnienia postępowania;
- 2) naruszenie art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, Nr 249, poz. 2104 oraz z 2006 r. Nr 79, poz. 551);
- 3) naruszenie art. 5, art. 58 § 1 i 2 Kc w związku z art. 14 Pzp przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu obejście ustawy;
- 4) złamanie art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483, z 2001 r. Nr 28, poz. 319 oraz z 2006 r. Nr 200, poz. 1471) przez bezpodstawne ograniczenie wolności działalności gospodarczej, które zgodnie z prawem jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący Abbott zarzuca Zamawiającemu:

- 1) Zamawiający nie popełnił błędu, dopuszczając odczynniki typu RUO do przetargu, gdyż tak postanowił w tekście specyfikacji i udzielonych wyjaśnieniach (odpowiedziach na zapytania) – wyraźnie pozostawił wykonawcom możliwość podjęcia decyzji, jaki przedmiot zamówienia zaoferują oni w swoich ofertach;
- 2) ilość brakujących testów CMV w skali wszystkich zapotrzebowanych testów jest tak marginalna (600 testów, czyli nieco ponad 3%), że unieważnienie z ich powodu całego dużego postępowania jest nielogiczne;
- 3) Zamawiający uznaje za wadę postępowania wadę, którą definiuje jako „dopuszczenie odczynników RUO do przetargu, a wyeliminowanie możliwości użycia odczynnika CMV do badań medycznych”, a to było zamierzeniem

Zamawiającego i okoliczność ta wcale nie jest wadą postępowania i to w dodatku wadą tego rodzaju, że mogłaby ona zablokować podpisanie umowy z wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą;

- 4) Zamawiający co prawda złożył oświadczenie o unieważnieniu postępowania, ale nie złożył oświadczenia, że cofa wybór oferty najkorzystniejszej, albowiem nawet w najmniejszym stopniu nie zachodzą przesłanki aby zgodnie z przepisami unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty;
- 5) art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy można odczytywać tylko i wyłącznie w połączeniu z treścią art. 146 ust. 1 ustawy, który enumeratywnie i zawężająco definiuje przypadki nieważności umów – teza nr 1, 7 i 8 strona 320-322 Komentarza do Prawa Zamówień Publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2007 r.;
- 6) Zamawiający próbuje unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego po otwarciu ofert i po uznaniu, iż oferta Odwołujący Abbott uznana została za ofertę najkorzystniejszą, to Zamawiający narusza również art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż nie stosuje wobec wykonawców jednakowych, równych zasad i nie gwarantuje zachowania uczciwej konkurencji;
- 7) twierdzenia o drobnych uchybieniach proceduralnych są bez znaczenia dla ważności postępowania albowiem nie mają one wpływu ani na ważność ani na wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący Abbott żąda:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) dokonania (utrzymania) wyboru oferty Odwołującego Abbott, gdyż wyczerpuje ona ustawowe przesłanki pojęcia „oferty najkorzystniejszej”;
- 3) udzielenia Odwołującemu Abbott przedmiotowego zamówienia.

27.05.2008 r. Wykonawca Roche złożył odwołanie podtrzymując zarzuty i żądania zawarte w proteście z 12.05.2008 r. Szczególnie za nieprzekonujące uznał, że Zamawiający nie żądał w specyfikacji wpisania do oferty nazwy aparatu, gdy aparat ten był przedmiotem zamówienia. Ponadto fakt zawarcia podobnych cen przez obu wykonawców nie można wnioskować, że obie są właściwie skalkulowane i zgodne ze specyfikacją. Obowiązkiem Zamawiającego jest weryfikacja zgodności treści ofert ze specyfikacją. Zamawiający ma obowiązek oceniać tylko oferty niepodlegające odrzuceniu.

04.06.2008 r. Abbott przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Powołując się na podobną argumentację jak w przystąpieniu do

postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Wykonawcę Roche 14.05.2008 r.

06.06.2008 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w sprawie protestu z 12.05.2008 r. Wykonawcy Roche uwzględniając odwołanie i nakazując unieważnienie czynności wyboru ofert oraz nakazując powtórzyć czynność badania i oceny ofert.

04.06.2008 r. Zamawiający oddalił protest i podtrzymał decyzję o unieważnieniu postępowania wskazując na:

- 1) cofnięcie unieważnienia postępowania nie leży w interesie publicznym – taka decyzja ograniczy możliwości diagnostyczne nie tylko dla pacjentów Szpitala, ale również dla pacjentów innych ośrodków medycznych, z którymi Zamawiający współpracuje;
- 2) Zamawiający popełnił błąd, w wyniku którego dopuścił złożenie oferty nie zaspokajającej potrzeb Zamawiającego, gdyż sam Zamawiający dopuścił odczynnik RUO CMV, za pomocą którego nie może diagnozować pacjentów podejrzanych o zakażenie cytomegalowirusem;
- 3) ze względu na drobne uchybienia proceduralne, które stanowią podstawę do kolejnych protestów firmy Roche, unieważnienie postępowania przetargowego i rozpięcie nowego przetargu jest rozwiązaniem zapobiegającym rozciąganiu w czasie obecnego postępowania;
- 4) przypadku uwzględnienia protestu firmy Abbott żądającej odstąpienia od unieważnienia i rozpisania kolejnego postępowania tylko na test CMV, Zamawiający zostanie narażony na zarzut „ustawiania” przetargu, gdyż analizator firmy Abbott nie będzie współpracować z innymi odczynnikami, niż firmy Abbott;
- 5) Wykonawca Roche za wszelką cenę próbuje podważyć ofertę Wykonawcy Abbott stosując dowody dla Zamawiającego niezrozumiałe, a tylko przedłużające postępowanie, które i tak powinno zostać unieważnione;
- 6) Zamawiający został postawiony w sytuacji, w której musi dokonać wyboru: albo przerwać diagnostykę, albo kupować odczynniki z wolnej ręki.

09.06.2008 r. Wykonawca Roche złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu z 27.05.2008 r. na unieważnienie postępowania. Odwołujący Roche wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, gdyż jest niezgodna z art. 93 ust. 1 Pzp;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący Roche zarzuca Zamawiającemu, że:

- 1) stwierdził niesłusznie, iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy;
- 2) prowadzenie dalej tego postępowania doprowadzi do zawężenia możliwości prowadzenia diagnostyki;
- 3) nie wziął pod uwagę, iż brakujące testy może dokupić przeprowadzając kolejne postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z oryginałów dokumentacji postępowania oraz z oświadczeń stron. W wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Oprócz złożenia odwołania 09.06.2008 r., Odwołujący Roche 17.06.2008 r. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego Abbott, powołując się na brak podstaw prawnych do unieważnienia postępowania oraz złożenie przez Przystępującego Roche ważnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Na zarzut Zamawiającego, że Odwołujący Abbott nie posiada interesu prawnego we wnoszeniu odwołania, gdyż oferta Odwołującego Abbott podlega odrzuceniu, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że wnoszący odwołanie (Abbott), jako podmiot, które złożył ofertę podlegającą badaniu i ocenie, w rozpatrywanym postępowaniu posiada interes prawny w złożeniu odwołania w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż unieważnienie postępowania skutkowałoby brakiem możliwości wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a przeprowadzenie procedury z wyborem najkorzystniejszej oferty włącznie daje szansę Wykonawcy, że jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. Ponadto dotychczas Zamawiający nie dokonał skutecznego odrzucenia oferty Odwołującego Abbott. Dlatego, kierując odwołanie na rozprawę, Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła rozpatrzyć wszystkie zawarte w nim zarzuty.

Zamawiający unieważnił postępowanie podając jako powód stwierdzenie, że Zamawiający popełnił błąd dopuszczając odczynnik typu RUO do przetargu i wyeliminował możliwość zaoferowania odczynnika CMV do celów medycznych zgodnie z art. 2 ust. 8 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 93, poz. 896, z 2005 r. Nr 64, poz. 565 oraz z 2007 r. Nr 176, poz. 1238).

Unieważniając postępowanie Zamawiający omyłkowo powołał się na unormowanie art. 93 ust. 7 Pzp, jako na podstawę prawną unieważnienia postępowania. W rzeczywistości Zamawiający zamierzał przytoczyć jako podstawę prawną unieważnienia postępowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp i tak potraktowali to Odwołujący.

Jednak powołując się na art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający nie wykazał, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. „Wady takie wymienia przykładowo przepis art. 146 ust. 1, traktujący o przesłankach nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego.” cytat za „Prawo zamówień publicznych. Komentarz” pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, UZP 2007 r. st r. 322. Stwierdzenie Zamawiającego, że dokonał omyłki w opisie przedmiotu zamówienia i prowadzi postępowanie na zbędny przedmiot nie mieści się w zakresie przesłanek wymienionych w art. 146 ust. 1 Pzp.

Wykonawca opracowując ofertę zgodnie ze wszystkimi postanowieniami ogłoszenia i specyfikacji może spodziewać się, że jego oferta zostanie, po zbadaniu, oceniona i będzie wybrana jako najkorzystniejsza. Mogą tylko wystąpić dwie okoliczności, które uniemożliwią wybór prawidłowo sporządzonej oferty zgodnie z postanowieniami specyfikacji. Przesłanki te, to złożenie korzystniejszej oferty przez innego wykonawcę lub unieważnienie postępowania. Sytuacje te są szczegółowo unormowane w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w art. 2 pkt 5 i w art. 91 Pzp, a w zakresie unieważnienia postępowania w art. 93 ust. 1 Pzp. Takie podejście do systemu zamówień publicznych, a w kwestiach indywidualnych do każdego aktu opracowania i składania oferty wynika z całości unormowań ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a nadto wynika z treści przepisu art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. Nr 14, poz. 114, Nr 249, poz. 2104 oraz z 2006 r. Nr 79, poz. 551), który został przytoczony w odwołaniu, w zakresie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz z treści art. 17 ust. 1 pkt 1 tej ustawy w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający nie może przerzucić na wykonawców obowiązku opracowywania czy weryfikacji opisu przedmiotu zamówienia, szczególnie w zastosowanym trybie przetargu nieograniczonego. W pewnym zakresie takiej weryfikacji opisu przedmiotu zamówienia dokonali wykonawcy zwracając się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp. Zamawiający udzielając takich wyjaśnień powinien dołożyć należytej staranności, aby treść wyjaśnień była wyczerpująca, ale także aby opracowane i złożone zgodnie z tymi wyjaśnieniami oferty odpowiadały potrzebom zamawiającego (odpowiadały przedmiotowi zamówienia) i były porównywalne.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że powoływanie się przez Zamawiającego na popełnienie błędu w zakresie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia lub w zakresie modyfikacji specyfikacji w wyjaśnieniach do specyfikacji, aby dokonać unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest niewłaściwe i w tym zakresie zarzut jest zasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że nawet najmniejsza ilość brakujących elementów do zaoferowania całego przedmiotu zamówienia jest istotna, jeżeli brak zaoferowania wynika z niewłaściwie sporządzonej oferty i oferta taka podlega odrzuceniu. Jednak, jeżeli brak zaoferowania jakiś elementów przedmiotu zamówienia wynika z zastosowania się do postanowień specyfikacji to nie może być przyczyną do odrzucenia oferty ani unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania przez Zamawiającego z przywołaniem art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp znalazł potwierdzenie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że oświadczenie Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, kończy postępowanie i dlatego Zamawiający nie ma obowiązku ponadto unieważniać poszczególnych czynności dokonanych w trakcie postępowania, a w tym wyboru najkorzystniejszej oferty. Dlatego zarzut zaniechania unieważnienia poszczególnych czynności dokonanych do unieważnienia postępowania nie potwierdził się.

Odwołujący Abbott zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 7 ust. 1 Pzp, ze względu na to, że Zamawiający po wyborze oferty Abbott jako najkorzystniejszej unieważnia postępowanie. Jednak Odwołujący Abbott nie udowodnił naruszenia ustawy w tym zakresie, a Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że unieważnienie postępowania w równym stopniu skutkuje w stosunku do wszystkich Wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Zamawiający w oddaleniu protestu powołał się m.in. na fakt popełnienia przez siebie wielu drobnych uchybień proceduralnych, co uprawnia go do unieważnienia postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że przytoczenie przez Zamawiającego argumentu zaistnienia drobnych uchybień proceduralnych nie może być przyczyną unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że argument Zamawiającego, iż „cofnięcie” unieważnienia postępowania nie leży w interesie publicznym, gdyż taka decyzja ograniczy możliwości diagnostyczne nie tylko dla pacjentów Zamawiającego, ale również dla pacjentów innych ośrodków medycznych, z którymi Zamawiający współpracuje, nie może być brany pod uwagę w rozpatrywanym zakresie bezpodstawnego dokonania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Podobnie nie może być argumentem przemawiającym za unieważnieniem postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp brak możliwości wszczęcia innego postępowania na brakujące elementy zamówienia wynikające z niewłaściwie przeprowadzonego rozpatrywanego postępowania. Nie może być też przesłanką do unieważnienia postępowania fakt korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawców. Także nie może być argumentem popierającym unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp powołanie się na brak jakichkolwiek odczynników koniecznych do właściwego prowadzenia procesu diagnostyki, gdyż Zamawiający ma możliwość zamówienia każdego rodzaju dostaw w innych postępowaniach, na przykład w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela zarzutu naruszenia art. 5, art. 58 § 1 i 2 Kc w związku z art. 14 Pzp przez bezprawne dokonanie czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu obejście ustawy; brak możliwości odwoływania się w tym zakresie do przepisów Kodeksu cywilnego z uwagi na szczegółową regulację przedmiotowych kwestii w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Ponadto pod dokumentem unieważnienia postępowania nie figuruje podpis kierownika Zamawiającego ani pracownika Zamawiającego, któremu kierownik Zamawiającego powierzył wykonywanie zastrzeżonych dla niego czynności, zgodnie z art. 18 ust. 2 Pzp. Zarzut ten nie został podniesiony w proteście ani w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, dlatego pozostaje bez rozpatrzenia.

Orzekanie przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie mieści się w zakresie kognicji Izby i dlatego zarzut Odwołującego Abbott naruszenia przepisu art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oraz złamania art. 22 w zw. z art. 8 ust. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483, z 2001 r. Nr 28, poz. 319 oraz z 2006 r. Nr 200, poz. 1471) Krajowa Izba Odwoławcza pozostawia bez rozpoznania.

Biorąc pod uwagę całość przytoczonych przez strony argumentów Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że żądanie Odwołujących unieważnienia czynności unieważnienia postępowania jest uzasadnione, gdyż czynność ta jest niezgodna z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 2 Pzp. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

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) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*