

Sygn. akt: KIO/UZP 141/09

WYROK
z dnia 13 lutego 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Ewa Jankowska
Członkowie:	Dagmara Gałczewska-Romek Magdalena Grabarczyk
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polgen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka komandytowa, ul. Puszkina 80, 92-516 Łódź** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Jagielloński Collegium Medicum, ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków** protestu z dnia 16 stycznia 2009 r.

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 Polgen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka komandytowa, ul. Puszkina 80, 92-516 Łódź

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Polgen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka komandytowa, ul. Puszkina 80, 92-516 Łódź**,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4059 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Polgen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka komandytowa, ul. Puszkina 80, 92-516 Łódź** na rzecz **Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum, ul. Św. Anny 12, 31-008 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw,
- 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 10 426 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polgen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Spółka komandytowa, ul. Puszkina 80, 92-516 Łódź.**

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Uniwersytet Jagielloński Collegium Medicum w Krakowie, ul. Św. Anny 12, 31 – 008 Kraków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę systemu wraz z mikromacierzami do analizy ekspresji całego genomu w 360 próbkach ludzkich i 180 próbkach mysich dla Katedry Pediatrii Polsko – Amerykańskiego Instytutu Pediatrii UJ – CM.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 roku Nr 171 poz. 1058), zwanej dalej „ustawą – Pzp”.

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Nr 2008/S 222-295593.

W dniu 16 stycznia 2009 roku POLGEN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Łodzi, ul. Puszkina 80, 92-516 Łódź, zwana dalej Odwołującym, wniosła protest na czynności Zamawiającego, o których powzięła wiadomość w dniu 8 stycznia 2009 roku, polegających na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp, odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy – Pzp oraz zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy – Pzp, w związku z faktem, że Odwołujący – wezwany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp – do

uzupełnienia oferty o wskazane dokumenty – nie złożył w wyznaczonym terminie informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 ustawy – Pzp oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) dokonanie wadliwej czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 24 ust. 1 pkt. 8 i 9 ustawy – Pzp oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp;

2) zaniechanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Pzp;

3) dokonanie wadliwej czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy - Pzp i odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 powołanej ustawy;

4) dokonanie nieuprawnionego zatrzymania wadium z naruszeniem art. 46 ust. 4a w związku z art. 26 ust. 3 ustawy - Pzp, pomimo że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 powołanej ustawy;

5) naruszenie zasady uczciwej konkurencji, tj. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy – Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) unieważnienie czynności nieuprawnionego zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy – Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 powołanej ustawy;

3) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy – Pzp i odrzucenia oferty na podstawie art. 24 ust. 4 - ustawy – Pzp;

4) unieważnienia czynności wezwania o uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp, w związku z wypełnieniem przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 powołanej ustawy;

5) powtórzenie czynności badania ofert;

6) odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Pzp;

7) zwrot wadium w myśl art. 46 ust. 1 pkt 2 z uwzględnieniem ust. 4 ustawy – Pzp.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że w dniu 8 stycznia 2009 roku powziął zawiadomienie, z którego treści wynika, że został wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego numer sprawy DAp/CM/242/33/ZP/08 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp, a jej oferta odrzucona na podstawie art. 24 ust. 4 powołanej Ustawy. Powołane powyżej zawiadomienie zawiera również informację o dokonaniu czynności przewidzianej w art. 46 ust. 4a ustawy – Pzp zatrzymania wadium, w związku z faktem, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył (uzupełnił) dokumentów stanowiących potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu stanowiących treść pisma z dnia 29.12.2008 r., tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 ustawy – Pzp oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego.

W dniu 29 grudnia 2008 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp wezwał Odwołującego do uzupełnienia nie złożonych wraz z ofertą dokumentów, tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 ustawy - Pzp oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, określając nieprzekraczalny termin złożenia (uzupełnienia) dokumentów na dzień 6 stycznia 2009 r. godz. 11.00. Jednocześnie tym samym pismem Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy – Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty (opisu zaoferowanego przedmiotu zamówienia) nie określając jednak terminu złożenia tychże wyjaśnień. Odwołujący w dniu 7 stycznia 2009 r. przekazał Zamawiającemu wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie parametrów technicznych zaoferowanego systemu wraz z macierzami do analizy ekspresji całego genomu w 360 próbkach ludzkich i 180 próbkach mysich potwierdzające jednoznacznie, że oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego. W tym samym dniu, z uwagi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przedłużenie terminu do złożenia żądanych dokumentów ze względu na fakt, iż okres świąteczny – noworoczny uniemożliwił Odwołującemu ich uzyskanie.

W ocenie Odwołującego takie wyznaczenie terminu na złożenie dokumentów stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, a także zachowania zasady uczciwej konkurencji, działanie Zamawiającego uniemożliwiło bowiem Odwołującemu wywiązanie się

z nałożonego na niego obowiązku, z uwagi na przyczyny, które nie leżały po stronie Odwołującego. Odwołujący wykazał w sposób bezsprzeczny chęć wywiązania się z obowiązku poprzez przesłanie pisma wraz z wyjaśnieniami stanowiącymi między innymi o niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. Odwołujący dodał, że od dnia powzięcia wniosku o wyjaśnienie treści oferty, jak również o uzupełnieniu dokumentów, osoby upoważnione do czynności prawnych w imieniu Odwołującego były niedostępne, gdyż przebywały na zwolnieniu chorobowym. Zamawiający nie udzielając odpowiedzi na powołane powyżej pismo w dniu 8 stycznia 2009 r. zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy – Pzp, ze względu na nieuzupełnienie w terminie do 6 stycznia 2009 r. godz. 11.00 dokumentów wymienionych w piśmie z dnia 29 grudnia 2008 r. jednocześnie odrzucając ofertę w związku z art. 24 ust. 4 powołanej ustawy.

Zamawiający w treści powołanego pisma poinformował Odwołującego, że działając w myśl art. 46 ust. 4a ustawy – Pzp dokonuje zatrzymania wadium wraz z odsetkami ze względu na nieuzupełnienie dokumentów wymienionych w piśmie z dnia 29 grudnia 2008 r. nie odnosząc się do treści złożonej oferty, co do której wymagał wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie zastosował w trakcie badania i oceny oferty Odwołującego zasad ustawy – Pzp, a mianowicie: w wyniku powzięcia wątpliwości zobowiązany był do ich wyjaśnień w trakcie badania i oceny oferty, a więc w czasie, w którym podejmuje decyzje dotyczące "losów" całego postępowania; z uwagi na wezwanie Odwołującego do wyjaśnień Zamawiający był wciąż w trakcie oceny oferty w zakresie przedmiotowym – nie miał kompletnej wiedzy; w wyniku powyższego przy zastosowaniu art. 26 ust. 3, w ocenie Odwołującego, nie mógł wezwać go do uzupełnienia dokumentów, bowiem w przypadku, gdyby oferta podlegała odrzuceniu, nie wzywa się do uzupełnienia dokumentów. Zapisy ustawy, czytane wspólnie, jednoznacznie wskazują, iż w przypadku, gdy w trakcie badania i oceny oferty oraz w wyniku wyjaśnień Zamawiający upewni się, że oferta podlega odrzuceniu, nie wzywa wykonawcy do uzupełnienia dokumentów. Jest to podyktowane efektywnością oraz ekonomią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Działania Zamawiającego w trakcie prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego mają prowadzić do udzielenia zamówienia, natomiast czynności zamawiającego realizowane w przedmiotowym postępowaniu, wskazują na nieefektywność czynności oraz prowadzą do podejmowania złych decyzji, a w efekcie do nieuprawnionego działania Zamawiającego polegającego na zatrzymaniu wadium, co w ocenie Odwołującego jest bezpodstawnym wzbogaceniem. Podstawową przesłanką bezpodstawnego wzbogacenia jest uzyskanie korzyści majątkowej bez jakiegokolwiek rodzaju podstawy prawnej, zaś w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie miał podstawy prawnej do zatrzymania wadium, bowiem wszystkie czynności Zamawiającego dokonane w trakcie oceny i badania

ofert, w odniesieniu do oferty Odwołującego, zrealizowane zostały z istotnym naruszeniem przepisów ustawy przy jednoczesnym naruszeniu zasad ustawy – Pzp.

Powyższy stan faktyczny pozwala Odwołującemu na stwierdzenie, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy – Pzp, gdyż dokonał wadliwej, nieuprawnionej czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków określonych w art. 24 ust. 1 pkt 3, 8 i 9 ustawy – Pzp na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy - Pzp, pomimo że oferta Odwołującego w swojej treści nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Pzp. Na powyższe wypełnienie przesłanki do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Pzp wskazują zapisy w Załączniku nr 6 do s.i.w.z. oraz wyjaśnienia przesłane do Zamawiającego w dniu 7 stycznia 2009 r., a w szczególności w zakresie wymaganego autoloadera na 48 płytek mikromacierzy oraz możliwości rozbudowy systemu o analizę DNA (genotypowanie SNP, metylacja DNA). Zamawiający w treści Załącznika nr 2 do s.i.w.z., część II lit. a pkt 5 wymagał bezwzględnie, aby zaoferowany system był wyposażony w autoloader do analizy co najmniej 48 płytek mikromacierzy, gdzie Odwołujący zaoferował "system autoloader do analizy 48 płytek" składający z dwóch urządzeń umożliwiających analizę do 24 płytek każdy (strona 9 oferty). Dodać również należy, że zaoferowany system Arrayit, którego producentem jest firma Telechem International jest systemem zamkniętym bez możliwości rozbudowy w zakresie analizy DNA (genotypowanie SNP i metylacja DNA). Protestująca Spółka w informacji stanowiącej o szczegółowych parametrach zaoferowanego systemu (strona 7 oferty) nie potwierdziła, że zaoferowany system Arrayit może być rozbudowany o analizę DNA (genotypowanie SNP i metylację DNA), jak i również takowa informacja nie była zawarta w wyjaśnieniach przekazanych w dniu 7 stycznia 2009 roku. Powyższe informacje wskazują jednoznacznie na fakt, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji, gdyż Zamawiający, zgodnie z treścią Załącznika Nr 2 do siwz, po pierwsze wymagał jednego urządzenia umożliwiającego analizę 48 płytek mikromacierzy, jak również systemu z możliwością rozbudowy o analizę ekspresji mikroRNA, jak i analizę DNA (genotypowanie SNP, metylacja DNA), tak więc oferta Odwołującego powinna być odrzucona ze względu na wypełnienie przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy – Pzp.

Mając powyższe na względzie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w nieuprawniony sposób dokonał zatrzymania wadium Odwołującego, gdyż nie została wypełniona przesłanka do jego zatrzymania ze względu na bezwzględną konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy – Pzp, a nie wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy – Pzp. Zwrócić uwagę należy, że

ustawodawca przepisem art. 92 ustawy – Pzp nałożył na Zamawiającego obowiązek niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadomienia wykonawców, którzy złożyli oferty o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę), siedzibę i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano oraz uzasadnienie jej wyboru, a także nazwy (firmy), siedziby i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty wraz ze streszczeniem oceny i porównania złożonych ofert zawierającym punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne, 3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne -jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę, natomiast czynność dotycząca wyjaśnienia treści złożonej oferty powinna być dokonana w trakcie badania i oceny ofert (art. 87 ust. 1 Pzp) i dopiero w przypadku wyjaśnienia tychże wątpliwości przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia dokonana czynność uzupełnienia dokumentów lub wyjaśnienia powołanych dokumentów. Bezsprzecznym jest, że Zamawiający w stosunku do Odwołującego nie dochował powyższej kolejności dokonując jednocześnie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty i wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych zawartych w piśmie z dnia 29 grudnia 2008 roku.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie dokonał wniesienia wadium, gdyż wadium zostało wniesione przez podmiot inny niż Odwołujący i tym samym zachodzi przesłanka do wykluczenia Odwołującego przewidziana w art. 24 ust. 2 pkt 4 i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy - Pzp.

Na potwierdzenie prezentowanej przez siebie argumentacji Odwołujący powołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz stanowiska doktryny.

Pismem z dnia 23 stycznia 2009 roku Zamawiający oddalił protest Odwołującego. W uzasadnieniu podniósł, iż zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy – Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, a także innym osobom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przepis ten jednoznacznie stwierdza, że warunkiem wniesienia protestu jest wykazanie przez podmiot uprawniony uszczerbku interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Oznacza to utrzymanie przyjętego już wcześniej w polskim systemie zamówień publicznych rozwiązania, według którego korzystający z każdego ze środków ochrony prawnej jest obowiązany wykazać, że: (a) zamawiający naruszył przepisy ustawy, (b) w wyniku tego naruszenia jego interes prawny doznał lub mógł doznać uszczerbku, (c) między

obu wymienionymi przesłankami a możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia istnieje związek przyczynowy. Interes prawny, o którym mowa, stanowi materialno-prawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej, co oznacza, że niewykazanie tej przesłanki skutkuje oddaleniem wniesionego środka.

Zamawiający wskazał, że w orzecznictwie arbitrażowym i w orzecznictwie sądów okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia organu odwoławczego (wyroki i postanowienia kończące postępowanie odwoławcze) za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegającego na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą. Każdy podmiot (organ) uprawniony do rozpoznania środka ochrony prawnej (zamawiający, Izba, właściwy sąd okręgowy) jest obowiązany żądać od wnoszącego określony środek ochrony prawnej (protest, odwołanie, skargę) wykazania, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a w przypadku nie wykazania tego interesu – oddalić wniesiony środek ochrony prawnej.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku. Dodatkowo Odwołujący domagając się odrzucenia własnej oferty potwierdza, że nie jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Cena oferty Odwołującego wynosi 451.715,68 EURO brutto, a cena najkorzystniejszej oferty wynosiła 350.829,30 EURO brutto. Zatem, na podstawie przyjętych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryteriów: cena oferty (brutto) – 95 % oraz warunek (możliwość analizy genomu innych organizmów poza genomem ludzkim i mysim) – 5 % Odwołujący nie miałby szans uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego żądanie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy – Pzp nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach.

Odwołujący składając ofertę w przetargu zaoferował system wraz z mikromacierzami do analizy ekspresji całego genomu w 360 próbkach ludzkich i 180 próbkach mysich, zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Podpisując Załącznik nr 2 do SIWZ potwierdził, iż spełnia warunki bezwzględnie wymagane systemu, wiedząc, że ich niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty, a także potwierdził, że wszystkie elementy przedmiotu zamówienia są wzajemnie kompatybilne w celu zapewnienia niezawodnego działania. Wykonawca zagwarantował również, że przedmiot zamówienia jest kompletny i do

jego uruchomienia oraz stosowania zgodnie z przeznaczeniem nie jest konieczny zakup dodatkowych elementów i akcesoriów (poza materiałami eksploatacyjnymi). Zaakceptował również wzór umowy załączony do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Ponieważ szczegółowy opis proponowanego systemu budził wątpliwości Zamawiającego w zakresie spełniania warunków:

- system musi umożliwiać przeprowadzenie kompletnej analizy w warunkach dostępności niewielkich ilości RNA (próbki 50 – 100 ng) – pkt 8 Załącznika Nr 2 do specyfikacji

wymagana jest możliwość rozbudowy systemu o analizę ekspresji mikroRNA jak i analizę DNA (genotypowanie SNP, metylacja DNA) pkt 10 załącznika Nr 2 do specyfikacji,

Zamawiający zwrócił się o ich wyjaśnienie.

Odwołujący w piśmie z dnia 7 stycznia 2009 roku potwierdził, że:

system prowadzi analizę przy użyciu niewielkich ilości RNA. Próbki 50 – 100 ng mogą być analizowane na oferowanym systemie,

zapewnia dostawę pełnego kitu GenoExplorer microRNA Full Kit, który umożliwia pełną analizę i profilowanie miRNA. W skład chipu wchodzi chipy microRNA, kit do znakowania, bufor do hybrydyzacji i płukania, protokoły i oprogramowanie do skanowania i analizy danych. Chip zawiera ponad 1300 sond miRNA dla ludzi oraz 1100 sond dla szczura i myszy. Wyjściowym materiałem do analizy jest niewzbogacony całkowity RNA w ilości 2.5 ug na chip,

oferowane zestawy umożliwiają pracę z mikromacierzami zawierającymi różny materiał, a więc nie tylko RNA, ale i DNA czy białka. System nie wymaga rozbudowy do pracy z innymi rodzajami mikromacierzy.

Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, iż treść jego oferty nie odpowiada postanowieniom SIWZ. Stwierdził, iż proponowany przez Odwołującego system spełniał jego oczekiwania określone w specyfikacji. Argumentacja Odwołującego, że proponuje on faktycznie system autoloader do analizy 48 płytek składający się z dwóch urządzeń umożliwiający analizę do 24 płytek każdy, a nie jednego urządzenia do analizy co najmniej 48 płytek, nie znajduje potwierdzenia w treści złożonej oferty. Ponadto intencją Zamawiającego było, aby system miał możliwość analizy minimum 48 płytek i taką

możliwość oferowany system gwarantuje. Niezrozumiała jest również argumentacja co do braku możliwości rozbudowy systemu o analizę ekspresji microRNA i DNA. W wyjaśnieniach Wykonawca potwierdził, że system nie wymaga rozbudowy, a oferowane zestawy umożliwiają pracę z mikromacierzami zawierającymi DNA. Możliwość rozbudowy nie ma zatem w tym wypadku znaczenia, skoro system spełnia docelowe oczekiwania Zamawiającego.

W ocenie Zamawiającego również zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji nie znajduje uzasadnienia. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów zostało wysłane w dniu 29 grudnia 2008 roku a fakt jego otrzymania został potwierdzony zwrotnym faksem. W wezwaniu Zamawiający wyznaczył termin na złożenie dokumentów na dzień 6 stycznia 2009 roku, a więc Odwołujący miał cztery pełne dni na uzupełnienie dokumentów formalnych, które były w jego posiadaniu na dzień składania oferty. Przed upływem wyznaczonego terminu Odwołujący w żaden sposób nie sygnalizował trudności z dochowaniem wyznaczonego terminu. W dniu 7 stycznia 2009 roku Odwołujący przesłał faks z prośbą o przedłużenie terminu uzupełnienia dokumentów, motywując nieobecnością jedynej osoby upoważnionej do złożenia podpisów, spowodowaną ich chorobą. Takie wyjaśnienia nie mogły zostać przez Zamawiającego uznane za dostatecznie przekonujące, szczególnie, że Odwołujący jest przedsiębiorcą, profesjonalistą, od którego oczekuje się podwyższonej miary staranności w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Brak możliwości uzupełnienia oferty przed 6 stycznia 2009 roku, wobec braku osób upoważnionych do reprezentacji, nie znajduje potwierdzenia, wobec faktu, że pismo z dnia 7 stycznia 2009 roku podpisała Prezes Zarządu, Pani Marzena S., która jest osobą uprawnioną do reprezentacji podmiotu.

Odwołujący wnosząc o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w żaden sposób nie udokumentował tego żądania. W proteście nie kwestionuje wyboru oferty najkorzystniejszej i nie wskazuje podstaw faktycznych ani prawnych tego żądania.

Czynności Zamawiającego polegające na zatrzymaniu wadium oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania wynikają wprost z dyspozycji przepisów ustawy – Pzp, tj. z art. 46 ust. 4a ustawy – Pzp.

W dniu 2 lutego 2009 roku Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W odwołaniu Odwołujący podtrzymał zarzuty, wnioski oraz argumenty wskazane w sprzeciwie.

Ponadto Odwołujący odniósł się do uzasadnienia oddalenia protestu przez Zamawiającego w zakresie braku interesu prawnego Odwołującego. Podniósł, że obecnie coraz

powszechniejsze staje się podejście do interesu prawnego, wynikające z dyrektyw unijnych, które rozszerza pojęcie interesu prawnego, przyjmując, że naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych przez zamawiającego stanowi przesłankę do uzyskania ochrony prawnej przez wykonawców. Podejście to znajduje odzwierciedlenie między innymi w orzecznictwie (wyrok SO w Poznaniu z dnia 26 sierpnia 2005 roku, sygn. akt II Ca 1398/05). W ostatnim okresie zauważalna jest tendencja odchodzenia od rygorystycznego, klasycznego rozumienia „interesu prawnego”. Coraz częściej przyjmuje się bowiem koncepcję szerokiego ujęcia tego pojęcia, argumentując m.in. tym, że klasyczne podejście stoi w sprzeczności z dyrektywami unijnymi. Pojęcie „interesu prawnego” należy rozumieć szeroko, jako interes majątkowy, jak i niemajątkowy. Nie jest też konieczne doznanie uszczerbku w jednej z tych sfer, a wystarczy samo jego zagrożenie. Zatem błędem jest utożsamianie interesu prawnego wyłącznie z interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Szeroka interpretacja interesu prawnego pozwala, by Odwołujący, pomimo że nie ma szans w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, dochodził swych praw w przypadku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy skutkujących naruszeniem interesu Odwołującego w postaci wymiernej straty finansowej w wysokości 9.000 EURO.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożonych ofert, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

Izba ustaliła, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał dostarczenia systemu, który powinien charakteryzować się między innymi możliwością przeprowadzenia kompletnej analizy w warunkach dostępności niewielkich ilości RNA (próbka 50 – 100 ng) oraz możliwością rozbudowania systemu o analizę ekspresji microRNA jak i analizę DNA (genotypowanie SNP, metylacja DNA).

Pismem z dnia 29 grudnia 2008 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z prośbą o wyjaśnienie, czy zaoferowany przez niego system spełnia wymagane warunki.

W tym samym piśmie Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia w terminie do dnia 6 stycznia 2009 roku do godziny 11.00 aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 ustawy – Pzp oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego dla Odwołującego w zakresie spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 7 stycznia 2009 roku Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu do uzupełnienia wskazanych dokumentów do dnia 9 stycznia 2009 roku ze względu na nieobecność jedynej kompetentnej osoby do złożenia technicznych wyjaśnień oraz nieobecność osoby upoważnionej do złożenia podpisów, spowodowanej ich chorobą.

Kolejnym pismem datowanym na dzień 7 stycznia 2009 roku Odwołujący poinformował Zamawiającego, że oferowany przez niego system prowadzi analizę przy użyciu niewielkich ilości RNA i próbki od 50 – 100 ng RNA mogą być analizowane na oferowanym systemie oraz że system nie wymaga rozbudowy do pracy z innymi rodzajami mikromacierzy, ponieważ umożliwia pracę z mikromacierzami zawierającymi różny materiał, a więc nie tylko RNA, ale także DNA czy białka.

Pismem z dnia 7 stycznia 2008 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy – Pzp oraz o zatrzymaniu jego wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy – Pzp z uwagi na fakt nie uzupełnienia wymaganych dokumentów w wyznaczonym terminie.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 2 lutego 2009 roku Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Odwołujący nie wykazał się posiadaniem interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu. Wskazać należy, że ochronie podlega tylko interes prawny, nie zaś interes faktyczny. Interes prawny ma charakter obiektywny w tym sensie, że o jego istnieniu decydują pewne zasady, normy funkcjonujące w układzie odniesienia, w którym interes prawny ma być realizowany. Na gruncie prawa zamówień publicznych ustawodawca bezpośrednio wskazał, jaki przejaw interesu prawnego podmiotu legitymowanego podlega ochronie - chodzi o interes wyrażający się w możliwości uzyskania zamówienia.

W orzecznictwie arbitrażowym i w orzecznictwie sądów okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia organu odwoławczego za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes

prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegający na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą. Organ uprawniony do rozpoznania środka ochrony prawnej jest obowiązany żądać od wnoszącego określony środek ochrony prawnej wykazania, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, a w przypadku niewykazania tego interesu – sprawę oddalić.

W niniejszym przypadku Odwołujący nie wykazał, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku. Co więcej – Odwołujący, domagając się odrzucenia własnej oferty, potwierdził, że nie jest zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Zarzut dokonania wadliwej czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 9 ustawy – Pzp oraz aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp nie potwierdził się i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 26 ust. 3 zd. 1 ustawy – Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 [...] do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W ocenie Odwołującego oferta przez niego złożona była sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w związku z czym winna była zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Pzp.

Izba nie podzieliła tutaj stanowiska Odwołującego. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, że oferowany system winien cechować się możliwością wykonania analizy minimum 48 płytek. Na potwierdzenie powyższego wymagał, by każdy wykonawca biorący udział w postępowaniu złożył szczegółowy opis zawierający dane określone w załączniku nr 2 do specyfikacji. W ofercie Odwołującego znajduje się dokument zatytułowany „wymagane warunki systemu wraz z mikromacierzami do analizy ekspresji całego genomu w 360 próbkach ludzkich i 180 próbkach mysich”, gdzie Odwołujący potwierdził własnym podpisem, iż oferowany system spełnia warunki wymagane przez Zamawiającego.

Ponadto Odwołujący w piśmie z dnia 7 stycznia 2009 roku potwierdził, że oferowany przez niego system spełnia warunki wymagane przez Zamawiającego w zakresie jego funkcjonalności.

Zdaniem Izby Zamawiający, analizując treść oferty oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, mógł stwierdzić, że oferowany przez Odwołującego system spełnia wymagane przez niego warunki. Tym samym nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, iż treść złożonej przez Odwołującego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie zaszyły przesłanki uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Pzp.

Wobec powyższego Zamawiający mógł wezwać Odwołującego do uzupełnienia oferty o wskazane dokumenty. Co więcej – przepis art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp zobowiązuje Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o ile dokumenty te nie zostały zawarte w ofercie. Zamawiający w niniejszym postępowaniu uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu ze wzmiankowanego artykułu i czynność tę wykonał prawidłowo. Tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy – Pzp nie znajduje podstaw. Ponadto zarzut ten, w ocenie Izby, zgłoszony został zbyt późno. Odwołujący winien był wnieść do Zamawiającego protest na wskazaną wyżej czynność w przepisany terminie 10 dni od daty powzięcia wiadomości o tej czynności.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy, gdyż zobowiązany był najpierw ustalić wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień celem ustalenia, czy oferta nie podlega odrzuceniu, a potem dopiero żądać ewentualnie uzupełnienia oferty o brakujące dokumenty. W myśl art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Sformułowanie „w toku badania i oceny ofert” oznacza, że zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień od chwili otwarcia ofert do wyboru najkorzystniejszej oferty (wliczając w to czas związany z rozpatrywaniem ewentualnych protestów i odwołań). Ponadto żaden przepis ustawy nie zabrania Zamawiającemu dokonania jednocześnie takiej czynności. Jest to też uzasadnione szybkością i efektywnością postępowania. Zwrócić należy również uwagę, iż z treści przepisu nie można wywieść wniosku, że wykonawca jest zobligowany do udzielenia wyjaśnień, których żąda od niego Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy – Pzp.

W trakcie rozprawy Odwołujący podnosił, iż Zamawiający nie zrozumiał pojęć używanych przez Odwołującego zarówno w treści oferty, jak i złożonych wyjaśnieniach. Zdaniem Izby

tego rodzaju argumentacja jest świadomą manipulacją Odwołującego obliczoną na potwierdzenie słuszności jego stanowiska.

Wobec faktu, iż Odwołujący nie uzupełnił dokumentów w wyznaczonym terminie, Zamawiający był uprawniony do zatrzymania mu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy – Pzp. W ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił też, iż nie złożenie dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Odwołujący miał wystarczającą ilość czasu, by zdobyć wymagane dokumenty, a mimo tego nie dochował wyznaczonego terminu. Co więcej nie wykazał tu należytej staranności w dbaniu o własne interesy, ponieważ o przesunięcie terminu wniósł dopiero po jego bezskutecznym upływie.

Wobec powyższego, fakt zatrzymania wadium Odwołującego nie stanowi o bezpodstawnym wzbogaceniu Zamawiającego kosztem Odwołującego. W myśl art. 405 Kodeksu cywilnego, warunkiem uznania wzbogacenia jednej osoby kosztem drugiej za bezpodstawne jest brak podstawy prawnej. W niniejszym przypadku podstawą prawną jest z całą pewnością przepis art. 46 ust. 4a ustawy – Pzp.

W ocenie Izby bez znaczenia dla niniejszej sprawy jest fakt, że wadium zabezpieczające ofertę Odwołującego w niniejszej sprawie zostało wniesione przez inny niż Odwołujący podmiot. Czynność taką należy uznać za skuteczną.

Izba w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się również naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający w niniejszym postępowaniu przestrzegał zarówno przepisów ustawy – Pzp uszczegóławiających rzeczoną zasadę, jak i przepisów innych ustaw, w szczególności ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 4 pkt 2 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 oraz Dz. U. z 2008 roku 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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*