

**WYROK**  
**z dnia 14 kwietnia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie: Aneta Mlącka**

**Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13.04.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21B** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Obserwacyjno-Zakaźny im. Tadeusza Browicza, 85-030 Bydgoszcz, ul. Św. Floriana 12** protestu z dnia **23 lutego 2010 r.**

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Obserwacyjno-Zakaźny im. Tadeusza Browicza, 85-030 Bydgoszcz, ul. Św. Floriana 12 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr.** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21B;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 246 zł 00 gr.** (słownie osiem tysięcy dwieście czterdzieści sześć złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital**

**Obserwacyjno-Zakaźny im. Tadeusza Browicza, 85-030 Bydgoszcz, ul. Św. Floriana 12** na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21B** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego, wynagrodzenia pełnomocnika oraz jego dojazdu na rozprawę;

- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 21B;**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Wojewódzki Szpital Obserwacyjno-Zakaźny im. T. Browicza w trybie przetargu nieograniczonego na „*dostawę odczynników laboratoryjnych, dzierżawę analizatora do mikroplątek, dzierżawę analizatorów immunochemicznych, dzierżawę aparatu do automatycznej izolacji kwasów nukleinowych i analizatora do amplifikacji i detekcji techniką Real-time PCR*” (nr postępowania 022/22/2009), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, 2009/S 143-209812 w dniu 29 lipca 2009 r., wobec czynności unieważnienia postępowania, w dniu 23 lutego 2010r. protest do zamawiającego wniósł wykonawca ABBOTT Laboratories Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (odwołujący). Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 4 marca 2010 r. poprzez jego oddalenie. Od takiego rozstrzygnięcia odwołujący wniósł w dniu 15 marca 2010 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu. O czynności zamawiającego, odwołujący został powiadomiony w dniu 15 lutego 2010 r.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PrZamPubl oraz art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, do których doszło na skutek bezprawnego unieważnienia postępowania. Odwołujący podniósł, iż od momentu wszczęcia postępowania do chwili wniesienia protestu nie nastąpiła żadna nieprzewidziana zmiana okoliczności, co czyni czynność unieważnienia postępowania bezpodstawną. W ocenie odwołującego, czynność unieważnienia postępowania jest świadomym, nacechowanym złą wolą, próbą udaremnienia wykonania wyroku KIO, z wykonaniem którego wiązałyby się zmiana dotychczasowego dostawcy (Roche).

Zamawiający w swojej argumentacji odwołał się do stwierdzenia, iż najkorzystniejsza oferta „nie odpowiada sensowi zamówienia i potrzebom Zamawiającego”. Interes publiczny w udzieleniu zamówienia istnieje i nie wygaśnię i nie musi on być zbieżny z interesem zamawiającego. Odwołujący odniósł się również do twierdzeń zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 15 lutego 2010 r., zawierających nieprawdziwe informacje, dotyczące zaoferowania przez firmę Abbott serii 48 oznaczeń, czyli dwa razy więcej niż dotychczas proponował. Jeżeli kwestia wielkości serii, w jakich zostały zaoferowane testy istotnie miałyby wpłynąć na sposób wykonywania oznaczeń w laboratorium, to należało ten fakt opisać w przedmiocie zamówienia. Wykonywanie testów w seriach po 48 oznaczeń nie ma wpływu na stan oceny wirerii u pacjentów będących nosicielami wirusów HIV czy HCV. Odwołujący wskazał również na okoliczność, iż rozwiązanie przez niego zaoferowane nie wymaga dostarczenia próbek wtórnych, co wymaga przeorganizowania pracy laboratorium z rozwiązania Roch. Odwołujący wniósł o cofnięcie decyzji o unieważnieniu postępowania.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu podtrzymał swoje stanowisko dotyczące unieważnienia postępowania, nie znajdując podstaw do uwzględnienia odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Izba w toku posiedzenia uznała, iż odwołanie oraz protest wniesione zostały z zachowaniem terminów ustawowych, a zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu merytorycznemu na rozprawie.

Interes prawny odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia wynika z okoliczności, iż odwołujący złożył ofertę, która uzyskała największą ilość punktów w kryteriach oceny ofert, a zatem unieważnienie postępowania pozbawia go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W tych okolicznościach Izba stwierdziła, iż czynność zamawiającego narusza interes prawny odwołującego, co prowadzi do wypełnienia przesłanki do rozpoznania odwołania przez Izbę.

Zarzutem podniesionym w odwołaniu jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PrZamPubl, na skutek czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący zakwestionował, jakoby w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doszło do zmiany okoliczności powodującej, iż udzielenie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Zmiana wskazana przez zamawiającego wynikać ma z ustalenia, iż odwołujący zaoferował odczynniki do przeprowadzania badań w seriach 48 oznaczeń, co miałyby narażać pacjentów na

konieczność dłuższego oczekiwania na wyniki badań diagnostycznych. Zamawiający wskazywał na okoliczność wynikającą z ustalenia, iż ilość badań zakładana była na cały okres realizacji umowy i wynoszący 12 miesięcy od daty obowiązywania umowy, co powinno czynić dla wykonawców oczywistym, iż testy diagnostyczne nie powinny być oznaczane w długich seriach pomiarowych i należało złożyć serie nie większe niż 24 próbkowe. Wielkość serii miała znaczenie dla zamawiającego, który przeprowadza mniejszą ilość badań, przy których nie byłyby wykorzystane wszystkie oznaczenia w seriach większych. Wybierając ofertę odwołującego zamawiający byłby zmuszony do wykonywania badań w próbkach pierwotnych, do których pobiera się krew na oddziałach szpitalnych, w których materiał badany nie może być przechowywany powyżej 6 godzin. Odwołujący potwierdził, iż w ofercie zaproponował testy dla pakietu 20 w serii 48 oznaczeń i wyjaśnił, iż w przypadku zamieszczenia w siwz zapisu o wymaganej przez zamawiającego długości serii pomiarowych, mógłby również przedstawić ofertę z odczynnikami w seriach nie większych niż 24 oznaczeń. Zgodność oferty odwołującego z warunkami opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia została potwierdzona wyrokiem KIO z dnia 14 stycznia 2010 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1648/09). Izba nakazując powtórzenie czynności badania i oceny ofert, stwierdziła między innymi, iż zamawiający nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia żadnych wymagań ani wskazań dotyczących wielkości serii pomiarowej ani częstotliwości wykonywanych badań, zatem nie ma podstaw wymagać, aby obliczona ilość odczynników odnosiła się akurat do serii 24-próbkowej lub czasu wykonywania badania.

Tak ustalone okoliczności faktyczne sprawy, w ocenie Izby nie wypełniały przesłanki unieważnienia postępowania, wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PrZamPubl., tj. nie wskazywały na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności powodującej, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Jediną okolicznością, której zaistnienie skutkowało podjęciem decyzji o unieważnieniu postępowania, było stwierdzenie przez zamawiającego w toku oceny ofert, iż oferta odwołującego nie będzie spełniać jego oczekiwań, których nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i dotyczących wielkości serii, w jakich miały zostać zaoferowane odczynniki dla pakietu nr 20. Zamawiający przyznał, iż popełnił błąd na etapie opracowywania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kierując się pewną praktyką i rutyną wynikającą z wcześniej prowadzonych postępowań, w których pomimo braku wskazania na wielkość serii pomiarowych otrzymywał odczynniki konfekcjonowane dla mniejszej liczby oznaczeń. Przedmiotu sporu nie stanowiła ocena zgodności oferty odwołującego z siwz, która została potwierdzona wyrokiem KIO z dnia 14 stycznia 2010 r., ustaleniu podlegało jedynie, czy zamawiający mógł unieważnić postępowanie powołując się na potrzebę ochrony interesów zamawiającego i pacjentów. Okoliczności sprawy nie

pozwalają na przyznanie racji zamawiającemu. Zamawiający nie wykazał wystąpienia zmiany okoliczności, która winna nosić znamiona zmiany nadzwyczajnej, tj. nie możliwej wcześniej do przewidzenia, wpływającej na istnienie potrzeby dalszego prowadzenia postępowania w interesie publicznym. Koniecznym dla stwierdzenia wystąpienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PrZamPubl było ustalenie, czy w toku postępowania doszło do wystąpienia okoliczności, która powodowałaby, iż prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia byłoby wbrew interesowi publicznemu. Izba podkreśla, iż dla możliwości powołania się na przesłankę unieważnienia postępowania, koniecznym jest udowodnienie przez zamawiającego, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu należytej staranności przewidzieć, iż zmienią się okoliczności, w wyniku czego kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia nie będzie leżało w interesie publicznym. Do poczynienia takiego stwierdzenia nie uprawiały okoliczności dotyczące prowadzonego postępowania. Zamawiający potwierdził potrzebę ponownego wszczęcia postępowania w przypadku unieważnienia obecnie prowadzonego, co wyklucza stwierdzenie, iż wypełniona została jedna z przesłanek określonych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PrZamPubl, tj. braku interesu w dalszym prowadzeniu postępowania. W toku postępowania nie wystąpiły żadne nadzwyczajne zdarzenia, które czyniłyby wykonanie przedmiotowego zamówienia bezcelowym z punktu widzenia interesów pacjentów, dla których miałyby być wykonywane testy. Zamawiający nie wykluczył możliwości wykonania testów z użyciem odczynników zawierających serie 48 oznaczeń, w terminie wymaganym przez zlecającego badanie. Sama jakość testów nie budziła żadnych zastrzeżeń zamawiającego, który kwestionował jedynie sposób konfekcjonowania odczynników. Zamawiający mógł i powinien zamieścić w treści specyfikacji swoje wymagania co do maksymalnej wielkości serii pomiarowej, tym bardziej, iż było to istotne z punktu widzenia ilości wykonywanych przez niego badań. Okoliczności wskazywane przez zamawiającego dotyczą faktycznie strony technicznej wykorzystania całości oznaczeń w trakcie prowadzonych badań i nie mają znaczenia dla istnienia celowości udzielenia przedmiotowego zamówienia. Izba uznała, iż okoliczności podnoszone przez zamawiającego mogą mieć znaczenie dla oceny interesu zamawiającego, którego jednak nie można utożsamiać z interesem publicznym, rozumianym jako interes pacjentów, zainteresowanych uzyskaniem wyników badań. Zamawiający mógł zabezpieczyć własny interes w tym aby zapewnić sobie najbardziej efektywny i gospodarny sposób wykorzystania testów na etapie opracowywania zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Unieważnienie postępowania, przy braku spełnienia przesłanek określonych w przepisie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PrZamPubl oznaczałoby przeniesienie odpowiedzialności za błędy popełnione przez zamawiającego na wykonawców. Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, iż ewentualne konsekwencje braku należytej staranności zamawiającego, zobowiązanego i uprawnionego

do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, mogą stanowić wystarczającą przesłankę do unieważnienia postępowania. Błąd osoby przygotowującej siwz dotyczy tego postępowania od samego początku, a zatem nie może być uznany za nową okoliczność, jaka wystąpiła w toku postępowania. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z dnia 10 kwietnia 2008 r. (sygn. akt IX Ga 30/08), w którym podkreślił, iż przyczyną unieważnienia postępowania może być jedynie sytuacja, w której faktycznie nastąpiła zmiana okoliczności, a nie możliwość takiej zmiany czy też błędy popełnione przez Zamawiającego we wstępnej fazie przygotowania się do przetargu.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż zamawiający dokonał unieważnienia postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy PrZamPubl.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.). Na podstawie § 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami odwołującego stanowiącymi koszty poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika i jego dojazdu na rozprawę (na podstawie przedłożonego na rozprawie rachunku, ograniczając ich wysokość do kwoty określonej w przepisach rozporządzenia, a także biletów kolejowych oraz paragonu za przejazd taksówką), Izba obciążyła zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Bydgoszczy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....