

Sygn. akt: KIO 1365/10

WYROK
z dnia 14 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 lipca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **EDO MED Sp. z o.o., ul. Puławska 479, 02-844 Warszawa** w dniu 1 lipca 2010 r., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Chorzowskie Centrum Pediatrii i Onkologii im. dr E. Hankego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Truchana 7, 41-500 Chorzów**

przy udziale wykonawcy **Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża EDO MED Sp. z o.o., ul. Puławska 479, 02-844 Warszawa i nakazuje

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **EDO MED Sp. z o.o., ul. Puławska 479, 02-844 Warszawa** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.816,00 zł (słownie: trzy tysiące osiemset szesnaście złotych zero groszy) przez **EDO MED Sp. z o.o., ul. Puławska 479, 02-844 Warszawa** na rzecz **Chorzowskiego Centrum Pediatrii i Onkologii im. dr E. Hankego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Truchana 7, 41-500 Chorzów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

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

do wyroku z dnia 14 lipca 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1365/10

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę PET/CT wraz z adaptacją pomieszczeń dla Pracowni Diagnostyki Obrazowej dla Chorzowskiego Centrum Pediatrii i Onkologii, znak sprawy PN/1/2010, zostało wszczęte przez Chorzowskie Centrum Pediatrii i Onkologii im. dr E. Hankego, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Truchana 7, 41 - 500 Chorzów zwane dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 58-086127 w dniu 24.03.2010 r.

W dniu 21.06.2010 r. faxem Zamawiający poinformował zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” o wyborze najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, zwana dalej: „Siemens Sp. z o.o.” albo „Przystępującym”. Poinformował także, że o odrzuceniu oferty EDO MED Sp. z o.o., ul. Puławska 479, 02-844 Warszawa zwanej dalej: „EDO MED Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść jego oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”.

Zamawiający wskazał, że w złożonej ofercie nie został spełniony warunek w Zestawieniu Parametrów Technicznych Wyposażenia Podstawowego wraz z informacjami Dodatkowymi - Parametry techniczne - PET/CT wraz z akcesoriami w rubryce Parametry Modułu PET poz. 6 - Rozdzielczość poprzeczna (transaxial FWHM) w odległości 10 cm od osi pola widzenia [mm] ≤ 5 .

Jednocześnie Zamawiający zarzucił Odwołującemu m.in. brak dołączenia wszystkich dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego w pkt. 5,2 b SIWZ. Ponadto, w rozstrzygnięciu wskazano, że Odwołujący dołączył wymagany w Zestawieniu w rubryce „Stacja Akwizycyjna (Konsola) - szt. 1 - w poz. 4 oraz w rubryce: Stacja Post-processingowa (stacja robocza opracowania badań) - szt. 2 w poz. 3 Dicom Conformance Statement jedynie w wersji elektronicznej, wbrew postanowieniom art. 82 Pzp - ofertę składa się w formie pisemnej lub za zgodą Zamawiającego w postaci elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zamawiający nie wyraził zgody na złożenie oferty w wersji elektronicznej.

W dniu 01.07.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp, EDO MED Sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i czynność odrzucenia oferty Odwołującego w postępowaniu w przedmiotowym

postępowaniu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 01.07.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zamawiający dokonując zaskarżonych czynności naruszył w prowadzonym postępowaniu:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nie zastosowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie zbadania spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie obowiązku posiadania określonych uprawnień przez wykonawców,
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy Siemens Sp. z o.o., oraz bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego,
5. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie oceny ofert na podstawie kryteriów określonych w SIWZ.

Odwołujący wnosi o uznanie odwołania za zasadne na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału przez wykonawców oraz badania i oceny ofert, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej, co winno skutkować:
 - a) unieważnieniem czynności wyboru ofert najkorzystniejszej,
 - b) unieważnieniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
 - c) wykluczeniem z postępowania firmy Siemens Sp. z o.o. i uznanie złożonej oferty za odrzuconąalternatywnie,
 - a) odrzuceniem oferty Siemens Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia złożonych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp,
 - b) wyborem oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej,alternatywnie
2. unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, względnie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp.

Odwołujący ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż należy przyjąć, że wykonanie wnioskowanych czynności z pkt. 1 powyżej skutkować będzie wyborem oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej i uzyskaniem przedmiotowego zamówienia publicznego.

Procedury odwoławcze winny być dostępne, co najmniej dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, i która została poszkodowana lub jest zagrożona poszkodowaniem w wyniku domniemanego naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Ponadto, zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 grudnia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2506/07 niepubl.), aktualnym również w obecnym stanie

prawnym: *"interes prawny w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć w ten sposób, że wykonawca ma prawo oczekiwać, że sam proces udzielenia zamówienia będzie odbywał się w sposób prawidłowy i z tego wynika jego interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej"*.

Nie bez znaczenia pozostaje naruszenie fundamentalnej zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Odwołujący ma interes w tym, by postępowanie Zamawiającego zostało poddane ocenie przez KIO, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego generalnej zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może on ponieść szkodę, nie uzyskując możliwości uzyskania konkretnego zamówienia publicznego.

Odwołujący stwierdził, że wskazał w ofercie, iż różnica ta jest znikoma, mianowicie wynosi 0,2 [mm] tj. wymagane ≤ 5 , jest 5,2 [mm]. Podniósł, że parametr ten nie jest na tyle istotnym elementem technologicznym zaoferowanego urządzenia, którego zwiększenie o 0,2 [mm] uniemożliwiłoby wykonywanie Zamawiającemu wszystkich badań przy pomocy zaoferowanego urządzenia. Odwołujący, jako podmiot profesjonalnie działający na rynku medycznym, oferujący PET/CT wykazał jednoznacznie, że zaoferował Zamawiającemu urządzenie szczegółowo opisane w załączonej do oferty dokumentacji, które w pełni sprostą wszelkim wymaganiom Zamawiającego, które zechce postawić przed sprzętem tego rodzaju.

Odnosnie braków w ofercie, stwierdził, że wobec braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający miał obowiązek wezwanie Odwołującego do uzupełnienia powyższych dokumentów zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wskazuje, że podstawowym obowiązkiem każdego Zamawiającego jest zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tak na etapie przygotowywania procedury o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na etapie jej przeprowadzania. Obowiązek taki wynika wprost z regulacji art. 7 ust. 1 Pzp i jego naruszenie jest jednym z najczęstszych błędów popełnianych przez zamawiających.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza, że każdy wykonawca musi być traktowany w taki sam sposób w tych samych okolicznościach faktycznych i prawnych, tj. bez stosowania jakichkolwiek ulg, przywilejów czy też środków dyskryminujących wykonawców ze względu np. na ich właściwości chyba, że możliwość taka dotyczy wszystkich wykonawców, bądź też przepisy prawa pozwalają na takie postępowanie. Realizacja tej zasady przejawia się w szczególności obowiązkiem oceny złożonych w postępowaniu ofert w oparciu o te same kryteria oceny wskazane w SIWZ (art. 91 ust. 1 Pzp). Kryteria te stawiane są już na etapie ogłaszania postępowania i sporządzania SIWZ, ale ich znaczenie uwidacznia się po otwarciu ofert, gdzie mogą stanowić jedyne kryterium oceny ofert, w brzmieniu ustalonym na wcześniejszym etapie postępowania. Niedopuszczalna jest ich jakkolwiek zmiana, w tym również pomijanie przy ocenie choćby części ich postanowień. Wszystkie oferty muszą podlegać ocenie jedną miarą jasno

sprecyzowaną w ogłoszeniu i SIWZ.

Druga z zasad (art. 91 ust. 1 Pzp) odnosi się do rzetelnej oceny złożonych ofert, tj. takiej oceny, która będzie brała pod uwagę wszystkie aspekty złożonych ofert z uwzględnieniem postawionych warunków dotyczących np. oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych. Tak, więc każda z ofert w przedmiotowym postępowaniu powinna zostać oceniona na podstawie tych samych kryteriów przedmiotowych postawionych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ. Zdaniem Odwołującego taka ocena ofert w przedmiotowym postępowaniu nie miała miejsca.

Odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jednocześnie Zamawiający nie dokonał tej samej czynności w stosunku do oferty złożonej przez Siemens Sp. z o.o., pomimo zaistnienia ku temu przesłanek, naruszając tym samym zapis art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp - Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Zamawiający w pkt 5.2. c) SIWZ postawił wymóg, zgodnie, z którym do oferty należy dołączyć *„świadczenia dopuszczenia oferowanego sprzętu do obrotu i używania na rynku polskim lub inny dokument/dokumenty dopuszczające do obrotu i używania na rynku polskim zgodnie z obowiązującymi przepisami lub wpis do Rejestru Wyrobów Medycznych z zaznaczeniem, który dokument dotyczy jakiej pozycji z załącznika numer 2 do SIWZ”*. Załącznik nr 2 *„Zestawienie Parametrów Technicznych Wyposażenia Podstawowego wraz z Informacjami Dodatkowymi”* obejmuje następujące części: załącznik nr 2.1 *„Parametry techniczne PET/CT wraz z akcesoriami”*, załącznik nr 2.2 *„Parametry techniczne - dispenser”* oraz załącznik nr 2.3 *„Parametry techniczne - wyposażenie dodatkowe”*.

W złożonej przez Siemens Sp. z o.o. ofercie brak jest przedmiotowych dokumentów dla wyposażenia dodatkowego wskazanego w załączniku nr 2.3 do SIWZ. (str. od 32 do 37 oferty). Nie zostały złożone m.in. dokumenty dla takich wyrobów medycznych, jak aparat do znieczulenia ogólnego z funkcją respiratora (str. 35 oferty), laryngoskopów światłowodowych (str. 35 oferty), defibrylatora (str. 35 oferty), kardiomonitora (str. 35 oferty), ciśnieniomierza (str. 36 oferty), pompy 2 strzykawkowej (str. 36 oferty), pulsoksymetru (str. 36 oferty) i wielu innych.

Oferta Siemens sp. z o.o. podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako niezgodna z ustawą. Niezgodność ta wyraża się załączeniem do oferty dokumentów w języku angielskim, skutkiem czego było naruszenie art. 9 ust. 2 i 3 Pzp, powtórzonych przez Zamawiającego w SIWZ:

1. pkt 5.2. SIWZ (do oferty należy dołączyć opracowanie techniczne firmowe systemu w języku polskim potwierdzające wszystkie zaoferowane parametry techniczne),
2. pkt 5.3. SIWZ (Dołączone do oferty dokumenty winny być złożone w języku polskim)
3. pkt 9.2. SIWZ (Oferta powinna być napisana w jednym egzemplarzu w języku polskim),

4. pkt 9.3 SIWZ (Wszelkie dokumenty i oświadczenia w językach obcych należy złożyć wraz z tłumaczeniem na język polski),

Dokumenty, o których mowa powyżej zamieszczone są w języku angielskim w ofercie na str. od 598 do 962.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia opisany tak w ogłoszeniu o postępowaniu (pkt 11.1.5.), jak i w SIWZ (pkt 2.1. lit. e) obejmuje między innymi sukcesywną dostawę radiofarmaceutyku ^{18}F FDG (fluoro-deoxy-glukoza). Dostawy mają być realizowane zgodnie ze specyfikacją asortymentowe-cenową. Dokumentacja postępowania w wielu miejscach wskazuje w jaki sposób substancja ta ma być dostarczana, jakie właściwości jakościowe ma spełniać oraz zasady postępowania, w przypadku ich nie spełnienia. Jako przykładowe należy wskazać pkt. 2.1.4. SIWZ, § 8 wzoru umowy.

Fluorodeoksyglukoza jest produktem leczniczym zawierającym promieniotwórczy izotop ^{18}F (^{18}F -FDG lub F-18 FDG) i w zakresie uprawnień dotyczących obrotu tą substancją zadawane były przez Wykonawców pytania do treści SIWZ.

Zamawiający w dniu 21.04.2010 r. odpowiedział m. In. na dwa zadane pytania, tj.

Pytanie nr 83:

Mając na uwadze, że dostawa ^{18}F FDG (fluoro-deoxy-glukozy) wymaga posiadania właściwego zezwolenia oraz fakt, że brak jest w Polsce uprawnionych podmiotów sprzedających w/w substancję, co rodzi konieczność jej sprowadzania z innych krajów, zwracamy się z uprzejmą prośbą o dopuszczenie możliwości by przedmiot zamówienia opisany w pkt. 2 lit e) SIWZ oraz § 1 lit viii wzoru umowy i § 8 wzoru umowy obejmował alternatywnie sfinansowanie przez Wykonawcę kosztów systematycznej dostawy ^{18}F FDG poniesionych przez Zamawiającego.

Pytanie nr 84

Mając na uwadze, że przedmiot zamówienia opisany w SIWZ pkt 2 lit e) a także w § 1 lit viii wzoru umowy i § 8 wzoru umowy obejmuje konieczność sukcesywnej dostawy (sprzedaży) Zamawiającemu FDG, jednocześnie biorąc pod uwagę fakt, że zgodnie z przepisem art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 listopada 2001 roku prawo atomowe obrót rozumiany, jako wszelka działalność handlowa, w tym sprzedaż FDG, podlega ograniczeniom w postaci obowiązku uprzedniego uzyskania odpowiednich zezwoleń, a także biorąc pod uwagę fakt konieczności zakupu w/w substancji od podmiotów zagranicznych np. w Austrii, gdyż na rynku polskim brak jest podmiotów prowadzących działalność w zakresie wytwarzania/obrotu tą substancją zwracamy uwagę, że nie posiadając w/w zezwoleń Wykonawcy narażają się na odpowiedzialność dokonywania obrotu bez zezwolenia, z uwagi na powyższe fakty, zwracamy się z wnioskiem i uprzejmą prośbą o zmianę SIWZ poprzez wyłączenie sukcesywnych dostaw FDG z przedmiotu zamówienia. Na tak zadane pytania, czy też uwagi wykonawców Zamawiający nie wyraził zgody, ignorując przedstawioną

argumentację.

Zachowanie Zamawiającego jest co najmniej zastanawiające, gdyż z wyżej zacytowanych pytań oraz odpowiedzi, już na etapie ogłoszonego postępowania jasno wynikało, że w zakresie obrotu handlowego ¹⁸FDG pojawiała się istotna wątpliwość, co do prawidłowości przygotowanego przez Zamawiającego postępowania, w szczególności warunków podmiotowych stawianych wykonawcom. Podkreślić należy, że w kwestionowanym zakresie Zamawiający podtrzymał postawione przez siebie warunki, stwierdzając lapidarnie, że nie wyraża zgody na rozwiązania zaproponowane przez wykonawców.

W ogłoszeniu i SIWZ Zamawiający postawił warunek zgody z treścią art. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp w brzmieniu: W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki podmiotowe określone w art. 22 Pzp dotyczące m.in. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Również w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków zostało zapisane: Wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania tj. przedstawi oświadczenie zgodne z art. 22 ust. 1 Pzp.

Art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (tekst jednolity Dz. U. z 2007 roku, nr 42 poz. 276 z późn. zm.) definiuje wykonywanie działalności związanej z narażeniem, jako działalność polegająca m.in. na wytwarzaniu, przetwarzaniu, przechowywaniu, składowaniu, transporcie lub stosowaniu materiałów jądrowych, źródeł i odpadów promieniotwórczych oraz wypalonego paliwa jądrowego i obrocie nimi, a także na wzbogacaniu izotopowym. Działalność ta wymaga zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki wydanego w trybie § 5 Prawa atomowego. Zgodnie z art. 5a tejże ustawy jednostka organizacyjna wykonująca działalność wymagającą zezwolenia nie może przekazać materiałów jądrowych, źródeł promieniotwórczych, urządzeń zawierających takie źródła, odpadów promieniotwórczych ani wypalonego paliwa jądrowego jednostce organizacyjnej nieposiadającej zezwolenia na wykonywanie z nimi działalności.

Ponadto zgodnie z ustawą z dnia 6 września 2001 r. „*Prawo farmaceutyczne*” (tekst jednolity Dz. U. 08.45.271 z późniejszymi zmianami) obrót hurtowy produktami leczniczymi mogą prowadzić wyłącznie hurtownie farmaceutyczne, składy celne i konsygnacyjne produktów leczniczych (art. 72.1), a podjęcie działalności gospodarczej w zakresie prowadzenia hurtowni farmaceutycznej wymaga uzyskania zezwolenia Głównego Inspektora Farmaceutycznego.

Wykonawcy pomimo złożonych oświadczeń o spełnianiu warunków z art. 22 ust. 1 Pzp nie legitymują się jednak wskazanymi powyżej zezwoleniami, gdyż w Polsce nie ma podmiotów uprawnionych do sprzedaży w/w substancji. Skutkuje to tym, że żaden

z wykonawców nie może samodzielnie spełnić warunku udziału postawionego w postępowaniu w zakresie wykonywania czynności sprzedaży Zamawiającemu substancji ¹⁸FDG.

Wykonawcy w postępowaniu złożyli samodzielnie oferty, nie tworząc konsorcjów celem realizacji przedmiotu zamówienia, tak więc nie mogą powoływać się na fakt, że jako wykonawcy wspólnie składający ofertę legitymują się łącznie wymaganymi uprawnieniami.

Ponadto, z uwagi na treści art. 26 ust. 2b Pzp: Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków jednoznacznie wynika wprost, że PZP nie zezwala na posługiwanie się pozwoleniami, zezwoleniami lub zdolnością ekonomiczną innych podmiotów celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Konstrukcja ta ma na celu wyłączenie tej możliwości w zakresie przypisanym wyłącznie do wykonawcy, gdzie jego podmiotowe uprawnienia bądź zdolności mają doniosłe znaczenia w realizacji przedmiotu zamówienia.

Niemożliwe jest również posługiwanie się podczas realizacji przedmiotu zamówienia podwykonawcą bo wyłącznie wykonawca (strona postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) ma legitymować się wymaganymi przepisami prawa uprawnieniami.

Postawienie przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu zgodnie z treścią art. 22 ust. 1 Pzp nie pozwalało mu uznać, iż wykonawca, którego oferta została wybrana spełnia warunek udziału, skoro nie legitymuje się on stosownymi zezwoleniami.

To zaś winno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania i w efekcie uznaniem oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Zamawiający w dniu 01.07.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.07.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Siemens Sp. z o.o., ul. Żupnicza 11, 03-821 Warszawa, zwana dalej: „*Siemens Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Zamawiający wśród parametrów wymaganych dla przedmiotu zamówienia sformułował w treści Załącznika nr 2.1 do SIWZ - Zestawienie Parametrów Technicznych Wyposażenia Podstawowego wraz z Informacjami Dodatkowymi w części - Parametry techniczne - PET/CT wraz z akcesoriami m in. następujący parametr graniczny: Rozdzielczość poprzeczna (transaxial FWHM) w odległości 10 cm od osi pola widzenia [mm]

Parametr ten został określony na wymaganym poziomie $\leq 5,0$. Tymczasem Odwołujący składając ofertę zaoferował parametr na poziomie niedopuszczalnym w SIWZ tj. o wartości 5,2 mm. Zarówno załączone Zestawienie Parametrów Technicznych jak również złożone wraz z ofertą dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań wymaganych przez Zamawiającego a także załącznik Oceny Technicznej w sposób niebudzący żadnych wątpliwości potwierdzają zaoferowanie urządzenia z tak określonym parametrem. Powyższy fakt w sposób jednoznaczny potwierdza, iż przedmiot oferty Odwołującego pozostaje w oczywistej niezgodności treściowej z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Charakter przedmiotowego parametru jako odcinający przesądza o konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut Odwołującego wskazujący na rzekome naruszenie przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych wskazanych w art. 7 ust 1 Pzp nie znajduje uzasadnienia. W świetle powyższego wobec faktu wystąpienia jednoznacznej przesłanki odrzucenia oferty, zastosowanie wobec Odwołującego żądanej przez niego czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego nie jest możliwe. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 26 ust 3 Pzp, Zamawiający nie może wezwać do uzupełnienia takich dokumentów wobec Wykonawcy którego oferta została odrzucona.

Sam Odwołujący, co wymaga podkreślenia, wskazuje w treści odwołania na niezgodność treści jego oferty z SIWZ. Wskazuje w odwołaniu, że różnica „*jest znikoma*”. Odwołujący sam wskazuje na niezgodność oferty z SIWZ. Odwołujący nie wnosił w przedmiotowym zakresie wniosków o modyfikację SIWZ ani też na etapie poprzedzającym złożenie ofert, środków ochrony prawnej. Parametr którego zaoferowane urządzenie Odwołującego nie spełnia nie stanowi kryterium oceny ofert lecz parametr graniczny. W związku z określeniem go na wymaganym poziomie w sposób nie dopuszczający tolerancji a w określonym przedziale $\leq 5,0$, zaoferowanie go na poziomie niezgodnym z SIWZ przesądza o obligatoryjnej dla Zamawiającego czynności odrzucenia oferty z tego powodu. Próba kwestionowania istotności parametru przez Odwołującego przesądza o podstawie odrzucenia odwołania w tym zakresie jako wniesionego z naruszeniem ustawowego terminu, bowiem wszelkie zarzuty w tym zakresie winny być sformułowane w zawitym terminie określonym ustawą, który upłynął przed wyznaczonym terminem składania ofert. Reasumując, w ocenie Przystępującego, Odwołujący wnosząc odwołanie, zamierza bądź przedłużyć, względnie zważywszy na termin realizacji zamówienia, uniemożliwić udzielenie przedmiotowego zamówienia przez Zamawiającego.

Wykonawca wnosząc środek ochrony prawnej winien wykazać realny uszczerbek w interesie w uzyskaniu zamówienia, w przedmiotowej sprawie Odwołujący wręcz wskazuje na niemożliwość uzyskania zamówienia. Ponadto sam Odwołujący formułuje żądanie

alternatywne unieważnienia postępowania co, jak wskazuje orzecznictwo KIO, nie może stanowić o wykazaniu naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia (w ew. przyszłym po unieważnionym postępowaniu).

Odnosząc się do zarzutów sformułowanych przez Odwołującego a dotyczących podstaw do wykluczenia/odrzućenia Przystępującego wg kolejności ich sformułowania w treści odwołania: Zamawiający w pkt 5.2 c) SIWZ sformułował wymóg złożenia wraz z ofertą m. in.

c) Świadczenia dopuszczenia oferowanego sprzętu do obrotu i używania na rynku polskim lub inny dokument/dokumenty dopuszczające do obrotu i używania na rynku polskim zgodnie z obowiązującymi przepisami lub wpis do Rejestru Wyrobów Medycznych, z zaznaczeniem który dokument dotyczy jakiej pozycji z załącznika nr 2 do SIWZ

Odwołujący zarzuca Przystępującemu, iż ten nie załączył w odniesieniu do Załącznika nr 2.3 Wyposażenie dodatkowe wymaganych dokumentów. Zgodnie z ofertą Przystępującego wymagane dokumenty zostały złożone przesądając o zgodności treści oferty z SIWZ. Odwołujący zapewne nie zapoznał się z treścią załącznika do protokołu postępowania w postaci wezwania przez Zamawiającego pismem z dnia 7.06.2010 r., Przystępującego do uzupełnienia dokumentów trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz treści pisma wraz z załącznikami z dnia 14.06.2010 r.

Przystępujący podkreślił także, iż wszystkie wymagane przepisami prawa, w tym Ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych, dokumenty dotyczące wyrobów medycznych zostały doręczone Zamawiającemu. Stosowne dokumenty zostały przez Przystępującego załączone wraz z pismem z dnia 14.06.2010 r.

Odwołujący sformułował także zarzut, iż oferta Przystępującego - wbrew wymaganiom Zamawiającego sformułowanym w pkt 5.2-5.3, 9.2-9.3 SIWZ został złożona w języku obcym (angielskim). Odwołujący nie zapoznał się, jak to wynika z przedstawionego zarzutu z treścią załącznika nr 2.1. Zamawiający w załączniku nr 2.1. w części „STACJA POST-PROCESINGOWA” pkt 3 wprost żądał „załączyć *Dicom Conformance Statement w wersji anglojęzycznej*”. Przystępujący stosując się po prostu do wymagań Zamawiającego załączył *Dicom Conformance Statement w wersji anglojęzycznej*. Zamawiający także w załączniku nr 2.1. w części „STACJA AKWIZYCYJNA (KONSOLA) - SZT 1” pkt 4 żądał „załączyć *Dicom Conformance Statement w wersji anglojęzycznej*”. Przystępujący także w tym przypadku stosując się do wymagań Zamawiającego załączył *Dicom Conformance Statement w wersji anglojęzycznej*. Zarzuty Odwołującego dotyczące wersji językowej dokumentów złożonych przez Przystępującego są w całości bezzasadne i nie znajdują podstaw ani w treści SIWZ ani w treści przepisów prawa. Zamawiający wyraźnie żądał powyższych dokumentów w wersji anglojęzycznej.

W zakresie zarzutu dotyczącego dostaw FDG -18 FDG (fluoro-deoxy-glukozy)

Przystępujący posiada wszelkie wymagane dokumenty, w tym w obszarze regulowanym Ustawą z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo Atomowe, potwierdzające możliwość wykonania przedmiotu zamówienia, w tym zakresie FDG -18 FDG. Przystępujący nie podziela wyводу, iż fakt nieposiadania przez Odwołującego stosownych dokumentów pozwalających na wykonanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie oznacza, iż również Przystępujący stosownych dokumentów nie posiada. Podkreślił, iż Odwołujący złożył oświadczeniem z art. 22 ust. 1 Pzp o spełnieniu warunków, co stoi w sprzeczności z oświadczeniem w treści odwołania o braku możliwości realizacji zamówienia w tym zakresie.

W dniu 12.07.2010 r. (wpływ do Prezesa KIO) Chorzowskie Centrum Pediatrii i Onkologii im. dr E. Hankego, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, ul. Truchana 7, 41 - 500 Chorzów zwane dalej: „Zamawiającym” wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania.

Zamawiający wymagał zaoferowania w „Zestawieniu Parametrów Technicznych Wyposażenia Podstawowego wraz z Informacjami Dodatkowymi - Parametry techniczne - PET/CT wraz z akcesoriami” (dalej w treści jako: „Zestawienie”) w rubryce „Parametry Modułu PET” poz. 6 - Rozdzielczość poprzeczna (transaxial FWHM) w odległości 10 cm od osi pola widzenia [mm] ≤ 5 . Wykonawca zaoferował w dołączonym Zestawieniu wartość 5.2 mm. potwierdzając ją w dołączonych dokumentach firmowych oraz w dołączonym załączniku „Oceny technicznej”. Odwołujący wystarczająco udokumentował, iż nie spełnia parametru wymaganego przez Zamawiającego tj. $\leq 5,0$ mm oferując 5,2 mm, w konsekwencji podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W sytuacji, gdy Odwołujący uważał, iż różnica 0,2 mm jest znikoma, miał prawo składać odwołanie na zapisy SIWZ, czego jednak nie uczynił. W związku z powyższym argument o bezpodstawnym odrzuceniu jego oferty jest całkowicie bezzasadny, jako, że zaoferowany parametr bezsprzecznie nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ.

Odwołujący zarzuca jednocześnie Zamawiającemu, iż nie wezwał go do uzupełnienia niewłaściwie złożonych dokumentów. Zamawiający odstąpił od wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów, gdyż zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp nie był do tego zobowiązany. Złożona oferta podlega bowiem odrzuceniu. Zamawiający wzywając Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów naraziłby go na poniesienie niepotrzebnych kosztów, gdyż pomimo takiego uzupełnienia oferta Wykonawcy i tak podlegałaby odrzuceniu.

Ponadto, Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, iż ten nie odrzucił oferty firmy Siemens zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na brak części dokumentów dopuszczających. Zamawiający zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp poprosił Przystępującego do uzupełnienia w/w dokumentów dopuszczających pismem z dnia 07.06.2010 r. (oryginał

w dokumentacji postępowania). Siemens Sp. z o.o. złożył wyjaśnienia wraz z brakującymi dokumentami (pismo z dnia 14.06.2010 r. wraz z załącznikami w dokumentacji postępowania).

Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu, iż nie odrzucił oferty Siemens na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, jako oferty niezgodnej z ustawą. Niezgodność ta miałaby wyrażać się w tym, iż został złożony dokument w języku angielskim o nazwie *Dicom Conformance Statement*, Również z tego powodu Zamawiający nie może odrzucić oferty Przystępującego, gdyż zgodnie z zapisem w Zestawieniu nr 2.1 - stacja akwizycyjn (konsola) 1 szt. - poz. 4 oraz stacja post-processingowa 2 szt - poz. 3, Zamawiający wymagał załączenia *Dicom Conformance Statement* w wersji anglojęzycznej. Wykonawca Siemens spełnił więc wymagania Zamawiającego, tym samym jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Odwołujący podnosi także, iż wykonawca wybrany w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego nie spełnia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie obowiązku posiadania określonych uprawnień przez wykonawców. Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ określił, iż w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy., którzy spełniają warunki podmiotowe określone w art. 22 Pzp dotyczące m. in. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania na potwierdzenie, czego Zamawiający zażądał złożenia oświadczenia zgodnego z art. 22 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie postawił żadnych dodatkowych wymagań w tym zakresie, dlatego też nie może żądać od wykonawcy żadnych innych dokumentów niż określił w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, tj. złożenia oświadczenia zgodnego z art. 22 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie ma żadnych podstaw, aby wykluczyć Siemens z przedmiotowego postępowania, gdyż spełnił on wymagania stawiane w ogłoszeniu o zamówienie oraz w SIWZ.

W związku z powyższym Zamawiający dokonał oceny złożonych ofert w sposób właściwy, gdyż tylko oferta Przystępującego podlegała ocenie zgodnie z art. 91 Pzp, tylko ona nie podlegała odrzuceniu, m.in. dlatego w ocenie Zamawiającego nie zachodzą również przesłanki do unieważnienia przedmiotowego postępowania. Skoro w postępowaniu została złożona jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, nie zachodzą przesłanki do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Ponadto, w opinii Zamawiającego z uwagi na fakt, iż postępowanie zostało przeprowadzone prawidłowo, nie ma także podstaw do twierdzenia, aby było ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym odpada przesłanka unieważnienia postępowania wynikająca z art. 93 ust 1 pkt 7 Pzp, a wskazana przez Odwołującego w treści odwołania.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 21.06.2010 r., odwołaniem, przystąpieniem do odwołania, odpowiedzią na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu w pierwszej kolejności potwierdzenia się zarzutów odnośnie niezasadności odrzucenia oferty Odwołującego.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (65%) oraz oceny technicznej (35%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z postanowień SIWZ, odpowiedzi na zadane pytania (pismo z dnia 21.04.2010 r.), oferty Odwołującego oraz Przystępującego, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 21.06.2010 r., odwołania, przystąpienia do odwołania, odpowiedzi na odwołanie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron i Przystępującego złożone ustnie do protokołu oraz wnioski z dnia 09.07.2010 r., jak również odpowiedź z dnia 12.07.2006 r. Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, dokumenty będące elementem oferty (od str. 8 do 14) dotyczące spółki Eckert&Ziegler f-con Deutschland GmbH, jak również zezwolenie na handel hurtowy dla niniejszej firmy (w oryginale wraz z tłumaczeniem), tudzież zezwolenie Nr

D-16852 na transport źródeł promieniotwórczych dla Interfreighr Międzynarodowa Logistyka Transportowa oraz zezwolenie Nr D-16113 na transport źródeł promieniotwórczych dla Aktiv Tran GmbH&Co.KG przedłożone przez Odwołującego na rozprawie. Podobnie wniosek z dnia 28.04.2010 r., jak również odpowiedź z dnia 29.04.2006 r. Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki przedłożone przez Przystępującego na rozprawie. Niniejsza korespondencja została zaliczona także w poczet materiału dowodowego.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Mając na względzie zarzuty dotyczące oferty Odwołującego, w ocenie Izba zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, jak również art. 26 ust.3 Pzp, nie zasługują na uwzględnienie. .

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający wymagał w ramach wymaganych parametrów przedmiotu zamówienia w „Zestawieniu Parametrów Technicznych Wyposażenia Podstawowego wraz z Informacjami Dodatkowymi – Parametry techniczne – PET/CT wraz z akcesoriami” – Załącznik nr 2.1 do SIWZ w rubryce „Parametry Modułu PET” poz. 6 - Rozdzielczość poprzeczna (transaxial FWHM) w odległości 10 cm od osi pola widzenia [mm] ≤ 5 . Wskazał także odnosząc także do spornego parametru, że: „Rozdzielczość przestrzenna dla punktu źródłowego zlokalizowanego w osi centralnej detektora, w trybie akwizycji 3D (wg NEMA NU 2-2007)”. Odpowiedzi na pytania z dnia 21.04.2010 r. w ramach odpowiedzi na pytanie 52 nie dotyczyło niniejszego parametru.

Odwołujący zaoferował (str. 32 oferty) w dołączonym *Zestawieniu Parametrów Technicznych Wyposażenia Podstawowego wraz z Informacjami Dodatkowymi – Parametry techniczne – PET/CT wraz z akcesoriami* – Załącznik nr 2.1 do SIWZ w rubryce „Parametry Modułu PET” poz. 6 - Rozdzielczość poprzeczna (transaxial FWHM) w odległości 10 cm od osi pola widzenia [mm] ≤ 5 - wartość 5,2 mm potwierdził ją w dołączonych dokumentach firmowych (str. 2 załącznika nr 8.1 do oferty, str. 49 oferty) oraz w dołączonym załączniku „Oceny technicznej”. Podał także 4,7 mm z LOR (standard). W dokumencie firmowym – rozdzielczość poprzeczna @ 10 cm – 5,2 mm, z rekonstrukcją LOR³ – 4,7 mm. Wskazano także: „Specyfikacja wydajności wg. NEMA²”.

Dodatkowo Odwołujący:

- a) nie dołączył wszystkich dokumentów potwierdzających że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego tj. firmowe opracowania techniczne itp. których Zamawiający żądał w pkt. 5.2b SIWZ,
- b) dołączył wymagany w Zestawieniu w rubryce „Stacja Akwizycyjna (Konsola) - szt. 1”

w poz. 4 oraz w rubryce „Stacja Post-processingowa (stacja robocza opracowania badań) - szt. 2” w poz. 3 Dicom Conformance Statement jedynie w wersji elektronicznej. Zgodnie z art. 82 Pzp ofertę składa się w formie pisemnej lub za zgodą Zamawiającego w postaci elektronicznej, opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zamawiający nie wyraził zgody na złożenie oferty w wersji elektronicznej.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że sam Odwołujący potwierdził niezgodność złożonej oferty w zakresie parametru zakwestionowanego przez Zamawiającego. Odnośnie tzw. „znikomości” przekroczenia parametru granicznego, to w ocenie Izby Zamawiający w sposób niebudzący wątpliwości unaoczniał cel oraz istotę, takiego, a nie innego parametru granicznego w SIWZ. Odwołujący nie kwestionował niniejszego zapisu na etapie SIWZ. Postawione pytanie w tym zakresie zostało zadane po terminie, z tym że jeśli Odwołujący nie był w stanie spełnić niniejszego parametru winien od razu składać odwołanie, aby uniknąć utraty zawitego terminu. Działania Zamawiającego były zgodne z prawem i nie preferowały nikogo, zważywszy, że pytania Przystępującego zadane także po terminie, nie były przedmiotem odpowiedzi Zamawiającego. Zamawiający określił w SIWZ normę (norma NEMA NU 2-2007) zgodnie z którą należy podać parametry w zakresie rozdzielczości przestrzennej dla punktu źródłowego zlokalizowanego w osi centralnej detektora, niniejszy zapis był jasny i precyzyjny. W konsekwencji tzw. „znikomość” jest bez znaczenia dla istoty sprawy biorąc pod uwagę odcinający, czyli graniczny charakter parametru, konieczność stosowania art. 7 Pzp i nie preferowanie jakiegokolwiek Wykonawcy z uwagi na subiektywne poczucie wskazywanej „znikomości” przekroczenia wymaganego parametru. Kwestia możliwości skorygowania uzyskanego obrazu, podnoszona przez Odwołującego, została podniesiona dopiero na etapie rozprawy i jest elementem nowym, przy czym w ocenie Izby, nie ma nic wspólnego z zakwestionowanym przez Zamawiającego parametru i stanowi tylko i wyłącznie element polemiki ze strony Odwołującego. W drugiej kolejności, Izba podnosi, że z uwagi na zasadność odrzucenia oferty Odwołującego, Izba uznała brak podstaw prawnych do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie stwierdzonych w jego ofercie braków dotyczących wymaganych przez Zamawiającego dokumentów.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 Pzp, jedyne podtrzymanego na rozprawie względem Przystępującego, Odwołujący wycofał zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 2 Pzp, Izba uznała niniejszy zarzut za niezasadny.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zamawiający w pkt 4: „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIENIA TYCH WARUNKÓW, WYKLUCZENIA” wskazał w pkt 4.1 SIWZ, że: „W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki podmiotowe określone w art. 22 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych (dalej w treści: UPZP) z dn. 29.01.2004 z późn. zm. (Dz. U. Nr 19 poz. 177 z 09.02.2004) dotyczące:

- a) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,
- b) posiadania wiedzy i doświadczenia,
- c) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,
- d) sytuacji ekonomicznej i finansowej”. Określił, w pkt 4.2. SIWZ: „Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków:
 - a) Wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania tj. przedstawi oświadczenie zgodne z art. 22 ust. 1 UPZP”.

Zaś w pkt 5 przedstawił: „WYKAZ DOKUMENTÓW I OŚWIADCZEŃ”, tj.: „5.1. Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu”. Stwierdził, że: „W celu potwierdzenia spełnienia warunków określonych w pkt 4.1 i 4.2. Wykonawca powinien dostarczyć następujące dokumenty i oświadczenia:” m.in.: „5.1.1. Oświadczenie zgodne z art. 22 ust. 1 UPZP”. Wzór niniejszego oświadczenia stanowił załącznik nr 5 do SIWZ.

Zamawiający określił także (pkt 2.1 lit. e SIWZ), że przedmiotem zamówienia jest również: sukcesywna dostawa ¹⁸FDG (fluoro-deoxy-glukoza) zgodnie ze specyfikacją asortymentowo - cenową (dalej w treści: SAC) (załącznik nr 3 do SIWZ). Wskazał ponadto w niniejszym pkt SIWZ również, że: „(..) Oferowany przedmiot zamówienia musi być dopuszczony do obrotu i używania na rynku polskim zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.(..)”.

Ponadto w SIWZ stwierdzono, że: „2.1.4. Sukcesywna dostawa ¹⁸FDG – w ilości 1820 dawek – zgodnie ze SAC (załącznik nr 3 do SIWZ).¹⁸FDG dostarczany będzie do siedziby Zamawiającego w dowolnym dniu tygodnia (od poniedziałku do piątku), na każde zamówienie Zamawiającego (faks, email), Wykonawca każdorazowo zwrótnie potwierdzi otrzymanie zamówienia przesłanego za pośrednictwem faksu lub e-mailem. Dostawa do Zamawiającego między godziną 7.40 - 8.00 rano, następnego dnia po dniu wysłania zamówienia. Dopuszcza się za każdorazową zgodą Zamawiającego możliwość realizacji zamówień w dwóch dostawach tego samego dnia, z tym, że pierwsza dostawa najpóźniej do godz. 8.00 a następna w zależności od aktywności ¹⁸FDG dostarczonej w pierwszej dostawie z zastrzeżeniem zapewnienia ciągłości podań ¹⁸FDG dla pacjentów co 30 minut. W tym

przypadku Wykonawca zobowiązuje się do określenia ilości dawek dostępnych w każdej dostawie. Miejscem dostawy jest Rejestracja Pracowni Diagnostyki Obrazowej. Zamawiający zastrzega sobie prawo do składania zamówień bez ograniczeń co do każdorazowej ilości towaru oraz cykliczności dostaw. Zamawiający zastrzega sobie możliwość niewykorzystania w trakcie trwania umowy pełnej ilości dawek, Wykonawcy nie przysługują z tego tytułu żadne roszczenia." Zaś w § 8 wzoru umowy zawarto zapisy dotyczące dostawy ¹⁸FDG.

W odpowiedzi na pytania z dnia 21.04.2010 r. w ramach odpowiedzi na pytania wskazane poniżej udzielił następujących odpowiedzi: „83. dot. dostaw FDG

Mając na uwadze, że dostawa 18 FDG (fluoro-deoxy-glukozy) wymaga posiadania właściwego zezwolenia oraz fakt, że brak jest w Polsce uprawnionych podmiotów sprzedających w/w substancję, co rodzi konieczność jej sprowadzania z innych krajów, zwracamy się z uprzejmą prośbą o dopuszczenie możliwości by przedmiot zamówienia opisany w pkt 2 lit e) SIWZ oraz § 1 lit viii wzoru umowy i § 8 wzoru umowy obejmował alternatywnie sfinansowanie przez Wykonawcę kosztów systematycznej dostawy 18 FDG poniesionych przez Zamawiającego. Odp.: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.

84. dot. dostawy FDG

Mając na uwadze, że przedmiot zamówienia opisany w SIWZ pkt 2 lit e) a także w § 1 lit viii wzoru umowy i § 8 wzoru umowy obejmuje konieczność sukcesywnej dostawy (sprzedaży) Zamawiającemu FDG, jednocześnie biorąc pod uwagę fakt, że zgodnie z przepisem art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 listopada 2001 roku prawo atomowe obrót rozumiany, jako wszelka działalność handlowa, w tym sprzedaż FDG, podlega ograniczeniom w postaci obowiązku uprzedniego uzyskania odpowiednich zezwoleń, a także biorąc pod uwagę fakt konieczności zakupu w/w substancji od podmiotów zagranicznych np. w Austrii, gdyż na rynku polskim brak jest podmiotów prowadzących działalność w zakresie wytwarzania/obrotu tą substancją, zwracamy uwagę, że nie posiadając w/w zezwoleń Wykonawcy narażają się na odpowiedzialność dokonywania obrotu bez zezwolenia, z uwagi na powyższe fakty, zwracamy się z wnioskiem i uprzejmą prośbą o zmianę SIWZ poprzez wyłączenie sukcesywnych dostaw FDG z przedmiotu zamówienia. Odp.: Nie, Zamawiający nie wyraża zgody.”.

Zamawiający określił także w SIWZ zapis dotyczący podwykonawców: „2.5. Zamawiający dopuszcza możliwość powierzenia podwykonawcom wszystkich części zamówienia. W przypadku, kiedy Wykonawca powierzy wykonanie którejkolwiek z części zamówienia podwykonawcom, zobowiązany jest do wskazania w ofercie części której to dotyczy (wg załącznika nr 4). W przypadku braku takiego wskazania Zamawiający uzna, iż Wykonawca samodzielnie wykona całość zamówienia”.

Przystępujący złożył wymagane oświadczenie (str. 44 oferty), jak również załączył

wykaz części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, w którym m.in. wymienił sukcesywną dostawę FDG (str. 45 oferty, wg. wzoru – załącznik nr 4 do SIWZ). Dodatkowo przedłożył wypełniony i wyceniony załącznik nr 3 (str. 5 oferty) wskazując jako producenta, firmę: IASON GmbH (w obu pozycjach tabeli).

Odwołujący także przedłożył wymagane oświadczenie (poz. 76 – str. 6 oferty, w wykazie zawartym w formularzu ofertowym, dołączonych oświadczeń i dokumentów – załącznik nr 13). Przedłożył także wypełniony i wyceniony załącznik nr 3 (str. 7 oferty) wskazując jako producenta, firmę: Eckert&Ziegler f-con Deutschland GmbH (w obu pozycjach tabeli), a także dokumenty dodatkowe nie wymagane będące elementem oferty (od str. 8 do 14) dotyczące spółki Eckert&Ziegler f-con Deutschland GmbH.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w ocenie Izby zarzut zaniechania zbadania spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie obowiązku posiadania określonych uprawnień przez Wykonawców, a w konsekwencji zaniechania wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą, należy rozpatrywać wielopłaszczyznowo.

Po drugie, analiza argumentacji Odwołującego (przywołanie art. 26 ust. 1 Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), czyni zasadnym stwierdzenie, że postawiony zarzut dotyczy postanowień SIWZ, tj. opisu sposobu dokonywania oceny spełniania postawionego warunku, a w konsekwencji jest spóźniony.

Po trzecie, SIWZ nie zawierało zapisu takiego na jaki powołuje się Odwołujący, Zamawiający wymagał tylko i wyłącznie złożenia określonego oświadczenia, co uczynił tak Odwołujący, jaki i Przystępujący, czyniąc zadość wymaganiom Zamawiającego i akceptując je zarazem.

Po czwarte, wobec uprawnomocnienia się czynności odrzucenia oferty Odwołującego (będącego skutkiem uznania zasadności zarzutu postawionego przez Zamawiającego wobec jego oferty), w ocenie Izby, w związku z utratą statusu uczestnika przedmiotowego postępowania, czyli danego zamówienia, nie ma on interesu w podnoszeniu zarzutu wobec pozostałych Wykonawców, tj. Przystępującego (podobnie wyrok z dnia 02.06.2010 r., sygn. akt: KIO 890/10), czyli nie ma interesu w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp po ostatniej nowelizacji.

Po piąte, Odwołujący nie podnosił zarzutu naruszenia art. 93 ust.1 pkt 1, tudzież 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp, jedynie formułując w tym zakresie wnioski, żądanie alternatywne. Izba wskazuje za orzecznictwem, że nie jest związana żądaniami. Nie może

nakazać unieważnienia postępowania, gdyż nie leży to w jej prerogatywach. Nie może orzekać także o potencjalnej nieważności umowy, tylko odnośnie tej, która została zawarta, co nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym.

Izba wskazuje, że nie jest właściwa do badania zgodności działań Zamawiającego z Prawem Atomowym tudzież Prawem Farmaceutycznym, kwestia czy w przedmiotowym stanie faktycznym konieczne jest zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, czy też Głównego Inspektora Farmaceutycznego stanowi kognicję niniejszych organów. Powyższe potwierdzili *de facto* także Odwołujący, jak i Przystępujący przedłożonymi na rozprawie dowodami (stanowiska pisemne Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki), tudzież twierdzeniami (brakiem konieczności takiego zezwolenia ze strony Głównego Inspektora Farmaceutycznego – w ocenie Przystępującego i nie widnienia Przystępującego na liście firm dysponujących takim zezwoleniem – zgodnie z twierdzeniami Odwołującego, nie popartym żadnymi dowodem).

Na marginesie należy wskazać, że Odwołujący, nie wykazał, iż takie zezwolenia SA konieczne w przedmiotowym stanie faktycznym, Nie przedstawił dowodu na okoliczności, z których wywodzi skutki prawne. Jedyne dowodowi pismo Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki Przystępujący przeciwstawił kontr dowód także pismo Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki o przeciwnej treści. Fakt, że Przystępujący nie przedstawił dowodu na okoliczności braku konieczności zezwolenia Głównego Inspektora Farmaceutycznego nie świadczy za tezą przedstawioną w tym zakresie przez Odwołującego, na którym spoczywa ciężar dowodu.

W ocenie Izby, także na marginesie, zasadnym jest również stwierdzenie, że Odwołujący nie udowodnił, tym bardziej, wobec takiego, a nie innego postanowienia SIWZ, podzielnego charakteru świadczenia, nie wymaganie od Wykonawców wykazania się zezwoleniem, że wykonanie zamówienia, czyli przyszłej umowy, nie jest możliwe, jak również potencjalnej nieważności postanowienia SIWZ, a w konsekwencji samej umowy. Wskazywany podzielnym charakter świadczenia, jak również brak w SIWZ zastrzeżenia wynikającego z art. 36 ust. 5 Pzp potwierdzają powyższe stanowisko Izby ewidentnie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 Pzp, Izba uznała także za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, ani art. 91 ust.1 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....