

Sygn. akt: KIO 1550/11

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2011 r. przez wykonawcę **EDO MED Sp. z o.o., 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479** w postępowaniu prowadzonym przez **Warszawski Uniwersytet Medyczny, 02-091 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 61,**

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

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11 w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, dokonanie ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu,

2. kosztami postępowania obciąża Warszawski Uniwersytet Medyczny, 02-091 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 61 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **EDO MED Sp. z o.o., 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego, 02-091 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 61** na rzecz **EDO MED Sp. z o.o., 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479** kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero gorszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Warszawski Uniwersytet Medyczny, 02-091 Warszawa, ul. Żwirki i Wigury 61 (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zakup systemu diagnostycznego rezonansu magnetycznego.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 13 lipca 2011 r. zamawiający zawiadomił wykonawców - w tym wykonawcę EDO MED Sp. z o.o., 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479 (dalej „odwołujący” lub „EDO MED.”) o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy - Siemens Sp. z o.o., 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11 (dalej: „przystępujący” lub „Siemens”).

W dniu 21 lipca 2011 r. odwołujący wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie czynności odrzucenia oferty Simens wybranej jako najkorzystniejsza we wskazanym wyżej postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podnosił, że zamawiający dokonując zaskarżonej czynności w jego opinii naruszył:

1. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nie zastosowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz” lub „specyfikacja”);
3. art. 87 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie zmiany treści oferty po terminie składania ofert;
4. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wnosi o uznanie odwołania za zasadne oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty Siemens.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazywał, że:

- I. Przedstawiony przez wykonawcę Siemens wstępny projekt technologii medycznej (architektoniczny) całej pracowni MR (dalej: „wstępny projekt technologii medycznej”) nie spełnia wymogów załącznika nr 3 do siwz, tj.:
 1. Kabinę z węzłem gazów medycznych na butle z gazami zaprojektowane zostały poza wyznaczoną do adaptacji powierzchnią dotychczasowej pracowni MR (85 m²) zaprojektowane na zewnątrz budynku w formie wiaty.
 2. Na potrzeby pracowni zaanektowano część szatni znajdującej się poza dotychczasową pracownią MR.
 3. Brak bezpośredniego kontaktu wzrokowego ze sterowni z drzwiami do pomieszczenia badań.
 4. Pomieszczenie przygotowania pacjenta to powierzchnia 13,13m².

W ocenie odwołującego powyższe jednoznacznie wskazuje, iż treść oferty wybranej nie odpowiada treści siwz, co w myśl art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp i winno skutkować odrzuceniem oferty Simens. Zamawiający zaniechał tejże czynności, czym doprowadził do uznania za najkorzystniejszą oferty podlegającej odrzuceniu.

II.

Kolejna okoliczność na jaką wskazywał odwołujący to fakt, że zamawiający wystąpił w dniu 5 lipca 2011 r. do wykonawcy Siemens o wyjaśnienie oferty w zakresie treści wstępnego projektu technologicznego. Udzielając wyjaśnień Siemens jednocześnie przekazał zamawiającemu „kolejną wersję projektu”, który wg jego oceny spełnia wymogi określone zał. nr 3 do siwz. W opinii odwołującego powyższe czynności wykonawcy i ich kwalifikacja przez zamawiającego są rażącym naruszeniem przepisów Pzp. Zdaniem odwołującego wstępny projekt technologii medycznej/architektoniczny jest treścią oferty, a tym samym niedopuszczalna jest jej zmiana po terminie składania ofert. Z tej też przyczyny odwołujący wskazywał na nieskuteczność tej czynności i w konsekwencji uważał za wiążący pierwotny projekt przedłożony w terminie składania ofert, co uzasadnia zarzuty wskazane wyżej w pkt. I. Odwołujący nadto podnosi, iż nawet gdyby przyjąć, iż wskazany projekt jest dokumentem przedmiotowym, który podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - co wg oceny odwołującego jest nieuprawnione - to „uzupełniony ” nadal nie spełnia wymogów zał. Nr 3 do siwz tj.:

- na potrzeby pracowni zaanektowano część szatni znajdującej się poza dotychczasową pracownią MR;
- pomieszczenie przygotowania pacjenta to powierzchnia 13,13 m².

co w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem oferty Simens na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

III.

Odwołujący podnosi również fakt, iż zaoferowany w wybranej ofercie rezonans nie spełnia także wymagań granicznych /odcinających/, określonych zał. nr 2 do siwz Formularza wymaganych warunków technicznych, Tabela 1 pkt. 1 Magnes.

Zarzuty odwołującego dotyczyły parametrów granicznych określonych ppkt. 1.6.3 i 1.6.4, których spełnianie wykonawca potwierdził w ofercie, a które wg najlepszej wiedzy odwołującego opartej na powszechnie dostępnych materiałach informacyjnych producenta wynoszą odpowiednio:

- dla ppkt. 1.6.3 - 0,2 ppm
- dla ppkt. 1.6.4 - 1,2 ppm,

co świadczy o niezgodności oferty z treścią siwz w zakresie przedmiotowym. To zaś, w ocenie odwołującego, winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

IV.

Ostatni z zarzutów odwołania dotyczył brak deklaracji zgodności dla produktu - Optistar Elite z oprzyrządowaniem w ofercie Simens. Odwołujący podnosił, że przedłożona deklaracja zgodności została wystawiona przez wytwórcę na podstawie certyfikatu WE G1 06 05 21051 016, który wygasł z dniem 6 czerwca 2011 r. Tym samym utraciła swą ważność deklaracja zgodności odwołująca się do wskazanego certyfikatu. Przystępujący złożył nowy certyfikat, wystawiony w dniu 7 czerwca 2011 r. Jednakże wraz z nowym certyfikatem nie przedłożono deklaracji zgodności dla ww. urządzenia opartej na przedmiotowym certyfikacie. Odwołujący wskazywał, że skoro zamawiający uznał, iż treść oferty wykonawcy odpowiada treści siwz, to jego obowiązkiem było wystosowanie do wykonawcy wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, czego zaniechał bezpodstawnie przyjmując, iż wykonawca złożył dokument potwierdzający, iż oferowana dostawa spełnia wymogi opisane przez zamawiającego. W związku z powyższym zdaniem odwołującego naruszył regulację art. 26 ust. 3 Pzp.

W dniu 21 lipca 2011 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

W dniu 22 lipca 2011 r. zamawiający, przesłał kopię ww. odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 25 lipca 2011 r. zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył Siemens. Izba ustaliła na posiedzeniu Izby, że strony otrzymały kopię ww. zgłoszenia.

W dniu 29 lipca 2011 r. zamawiający w formie pisemnej odpowiedział na odwołanie (pismo opatrzone prezentatą Izby) wnosząc o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Postanowieniami rozdziału IX „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie należy dostarczyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” pkt. 8 ppkt. 3 specyfikacji w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wykonawca zobowiązany był przedłożyć m. in. wstępny projektu technologii medycznej (architektoniczny) całej pracowni MR (*dalej: „wstępny projekt technologii medycznej”*) ze wszystkimi wymaganymi pomieszczeniami (rzut z góry) wraz z wrysowanymi wszystkimi zaoferowanymi urządzeniami oraz liniami pola magnetycznego, w tym linią 5 Gs (0,5 mT), w rzutach: poziomym i pionowym – wykonany zgodnie z wymaganiami załącznika nr 3 do siwz. Tożsamy zapis zamawiający zawarł w treści załącznika nr 2 do siwz „Formularza wymaganych warunków technicznych” (Tabela 1. Wymagania graniczne (odcinające) w pkt. 14.7 Wymagania Instalacyjne.

W § 3 ust. 2 wzoru umowy stanowiącej integralną część specyfikacji oraz w treści pisma z dnia 16 czerwca 2011 r. zamawiający sprecyzował, że w terminie 6 tygodni od dnia zawarcia niniejszej umowy wykonawca opracuje i przedstawi zamawiającemu do oceny dokumentację projektową Pracowni MR, stanowiącą uszczegółowienie wstępnego projektu technologii medycznej Pracowni MR, uwzględniającą organizację Pracowni MR wynikającą z wymagań techniczno – użytkowych oferowanego systemu MR, wymagań zamawiającego oraz stosownych przepisów obowiązującego prawa.

W treści załącznika nr 3 do siwz „Opis przedmiotu zamówienia – wymagania instalacyjne” w pkt. 2 „Wymagania szczegółowe” zamawiający sprecyzował, że obszar przeznaczony do instalacji MR obejmuje pomieszczenia istniejącej pracowni MR I Zakładu Radiologii Klinicznej WUM, przy ul. Chałubińskiego 5 w Warszawie, na parterze o łącznej powierzchni 85m². Dodatkowo do instalacji urządzeń technicznych są przeznaczone dwa pomieszczenia piwniczne znajdujące się pod pracownią MR.

W pkt. 2 ppkt. 4 zał. nr 3 do siwz zamawiający określił, że usytuowanie pomieszczeń w pracowni powinno być takie, aby personel obsługujący aparat przy konsoli sterowniczej miał bezpośredni kontakt wzrokowy z drzwiami wejściowymi do pomieszczenia badań, z drzwiami wejściowymi z zewnątrz z korytarza do pracowni, z drzwiami do kabin pacjentów oraz z pomieszczeniem przygotowania pacjenta. Zamawiający dopuszcza zamiennie system obserwacji ww. drzwi i pomieszczeń, za wyjątkiem drzwi do pomieszczenia badań, oparty na kamerach TV przemysłowych z monitorem podglądu zainstalowanym przy konsoli sterowniczej.

W ppkt. 6 ww. wymagań szczegółowych w zał. nr 3 do siwz zamawiający wskazał, że pomieszczenie przygotowania pacjenta powinno mieć powierzchnie co najmniej 15 m² oraz także powinno być doświetlone światłem dziennym z bezpośrednim dostępem do okna. Pomieszczenie przygotowania pacjenta dopuszcza się otwarte od strony korytarza. W przypadku zaprojektowania tego pomieszczenia jako otwartego do jego powierzchni nie wlicza się powierzchni w korytarzyku wewnętrznym (ciągu komunikacyjnym) pomiędzy drzwiami z korytarza głównego a drzwiami do klatki Faradaya.

Izba ustaliła, że w złożonej ofercie Simens zamieścił wstępny projekt technologii medycznej (str. 138-140 oferty). Z ustaleń Izby wynika, że w ofercie ww. wykonawcy:

- brak jest bezpośredniego kontaktu wzrokowego z pomieszczenia sterowni z drzwiami do pomieszczenia badań
- węzeł gazów medycznych został usytuowany na zewnątrz pomieszczenia pracowni MR,
- w skład pracowni MR zaliczono pomieszczenia przynależne do dotychczasowej pracowni MR;
- powierzchnia pomieszczenia przygotowania pacjenta, nie wliczając w to spornego odcinka powierzchni, wynosi mniej niż 15 m².

Ponadto w toku badania oferty Simens Izba stwierdziła również, że:

- na str. 55 do 56 oferty zamieszczono deklarację zgodności (wraz z tłumaczeniem) dla produktu Optistar Elite z oprzyrządowaniem, która została oparta o certyfikat WE G1 06 05 21051 016.
- na str. 57 do 60 oferty zamieszczono certyfikat WE G1 06 05 21051 016 (wraz z tłumaczeniem), w treści którego określono termin jego ważności do dnia 6 czerwca 2011 r.
- na str. 49 do 50 oferty zamieszczono certyfikat WE G1 11 05 21051 013 w treści którego określono termin jego ważności od dnia 7 czerwca 2011 r. do dnia 6 czerwca 2016 r.

Pismem z dnia 5 lipca 2011 r. zamawiający wezwał Simens w trybie art. 26 ust. 4 oraz art. 87 ust. 1, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 Pzp o ile dotyczy, do udzielenia wyjaśnień treści złożonej oferty m.in. w zakresie wstępnego projektu technologii medycznej. Zamawiający podał:

- w pkt. 2 - „W projekcie technologii medycznej (koncepcji) zaprojektowali Państwo kabinę gazów medycznych na zewnątrz budynku, w formie wiaty. Prosimy o wyjaśnienie takiego rozwiązania, mając w szczególności na uwadze: wytyczne określone w załączniku nr 3 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia wymagania instalacyjne), a także uwarunkowania techniczne oraz prawne wynikające z faktu, iż obiekt jest wpisany do rejestru zabytków, zgodnie z informacją zawartą w SIWZ.(...)”.
- w pkt. 4 - „Zamawiający w załączniku nr 3 do SIWZ (opis przedmiotu zamówienia wymagania instalacyjne), w części 2 (wymagania szczegółowe) zawarł wymaganie aby: personel obsługujący aparat przy konsoli sterowniczej miał bezpośredni kontakt wzrokowy z drzwiami wejściowymi do pomieszczenia badań, z drzwiami wejściowymi z zewnątrz z korytarza do pracowni, z drzwiami do kabin pacjentów oraz z pomieszczeniem przygotowania pacjenta. Zamawiający dopuszcza zamiennie system obserwacji ww. drzwi i pomieszczeń, za wyjątkiem drzwi do pomieszczenia badań, oparty na kamerach TV przemysłowych z monitorem podglądu zainstalowanym przy konsoli sterowniczej. Mając na uwadze powyższe, prosimy o wyjaśnienie w jaki sposób zostanie spełniony warunek bezpośredniego kontaktu wzrokowego z drzwiami wejściowymi do pomieszczenia badań oraz czy wszelkie koszty związane ze zmianą aranżacji, w sposób zgodny z ww. wymaganiem zostały uwzględnione w cenie oferty.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Simens pismem z dnia 7 czerwca 2011 r. złożył stosowne wyjaśnienia. W załączeniu do pisma przekazano kolejną wersję wstępnego projektu technologii medycznej.

W treści pisma Siemens podnosił:

- w odniesieniu do pkt. 2 pisma zamawiającego - „ (...) działając na podstawie art. 26 ust. 3 załączamy prawidłowy projekt potwierdzający w pełni wymagania postawione przez Zamawiającego w załączniku nr 3. (...) Dodatkowo informujemy, że z zapisami załącznika nr 3 do SIWZ i wymogu uzgodnienia z Zamawiającym ostatecznej wersji projektu w terminie 6 tygodni od dnia podpisania umowy na etapie sporządzenia oferty przygotowaliśmy kilka projektów, z których jeden właśnie przedstawiał propozycję usytuowania kabiny z gazami na zewnątrz budynku. Jednak biorąc pod uwagę wymogi przedstawione w załączniku nr 3 a także uwzględniając charakter dokumentu, czyli dokument z kategorii dokumentów uzupełnianych, niniejszym załączamy rysunek w pełni potwierdzający wszystkie zawarte w załączniku nr 3 wymagania”.
- w odniesieniu do pkt. 4 pisma zamawiającego – „Potwierdzamy, że przedstawiony projekt uwzględnia wymagania zawarte w załączniku nr 3 a dotyczące bezpośredniego kontaktu wzrokowego personelu obsługującego aparat przy konsoli sterowniczej z drzwiami wejściowymi do pomieszczenia badań. Warunek ten zostanie spełniony poprzez odpowiednie przeszklenie ściany sterowni, w wielkości określonej przez projektantów podczas fazy realizacyjnej – projektowej (...)”.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła następujące dowody przedłożone na rozprawie:

1. Schemat pracowni MR z naniesioną przez zamawiającego powierzchnią pomieszczenia przygotowania pacjenta. Na schemacie powierzchnię ww. pomieszczenia podzielono na dwie części: 14,38 m² oraz 1 m².
2. Schematy pracowni MR (2 szt.) przedstawiające:
 - Wymiarowanie pomieszczenia przygotowania pacjenta. W ramach ww. pomieszczenia wskazano następujące wymiary: 11,27 m², 2,86 m², 0,96 m², 0,08 m².
 - Zestawienie powierzchni pracowni MR. W wariacie bez powierzchni pomieszczeń przynależnych całkowita powierzchnia pracowni MR wynosi 79,24 m², natomiast wariant w skład którego zaliczono powierzchnię pomieszczeń przynależnych przewiduje całkowitą powierzchnię pracowni MR - 84,87 m².
3. Schemat pracowni MR przedłożony przez odwołującego na którym wskazano następujące wymiary pomieszczeń przynależnych: 251 x 112.
4. Zdjęcia (2 szt.) pomieszczeń przynależnych do pracowni MR.

Podczas rozprawy odwołujący wycofał zarzut dotyczący niezgodności oferty Siemens z siwz w zakresie wymagań granicznych /odcinających/, określonych zał. nr 2 do siwz Formularza wymaganych warunków technicznych, Tabela 1 pkt. 1 Magnes.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdza, że nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Dokonując oceny poszczególnych podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzuty w części potwierdziły się. Izba uznała zasadność zarzutów w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, a w konsekwencji art. 7 ust 1 Pzp.

Zamawiający umieścił wstępny projekt technologii medycznej w specyfikacji w rozdziale w specyfikacji w rozdziale IX „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie należy dostarczyć w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” w pkt. 8 ppkt. 3 wskazując, że ww. dokument ma potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Następnie po ustaleniu iż ww. projekt złożony w ofercie Siemens może być obarczony błędami wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień ewentualnie o ile zaistnieje konieczność do uzupełnienia ww. projektu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba stwierdziła, że fakt zakwalifikowania ww. dokumentu do określonego katalogu przez zamawiającego nie ma charakteru przesądzającego. Decyzja zamawiającego nie mogła bowiem zmienić charakteru dokumentu, który należy każdorazowo ustalać w oparciu o jego treść i cel jakiego ma służyć jego złożenie, przy uwzględnieniu obowiązujących w tym zakresie przepisów. Izba stwierdziła, że wstępny projekt technologii medycznej nie jest dokumentem składanym na potwierdzenie że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Zatem za trafny Izba uznaje pogląd wyrażony przez odwołującego, iż zamawiający dokonał błędnej kwalifikacji wstępnego projektu technologii medycznej zaliczając go

bezzasadnie do dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy. W ocenie Izby należy przede wszystkim wskazać, iż ww. projekt złożony wraz z ofertą, jest dokumentem zawierającym konkretne rozwiązania technologiczne i instalacyjne zaoferowane przez odwołującego w zakresie przedmiotu zamówienia. Wobec tego nie jest ani dokumentem, ani też oświadczeniem, które wypełniałoby dyspozycję przepisu art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy.

Izba w pełni podziela stanowisko i argumentację zawartą w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2009 r. o sygn. akt. KIO/UZP 1338/09, KIO/UZP 1346/09, KIO/UZP 1347/09 w którym stwierdzono, że należy bowiem odróżnić dokumenty i oświadczenia potwierdzające, że określone dostawy spełniają wymagania określone w siwz, od samej treści oferty. Dokumenty odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślające i uszczegóławiające jego zakres czy sposób wykonania, co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia. W żadnym razie nie mogą zostać zakwalifikowane jako dokumenty potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (tzw. „dokumenty przedmiotowe, o których stanowi art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy, i które zostały przykładowo wskazane w § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa RM z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane). Decydującym kryterium rozróżniającym i przesądzającym o odmiennej kwalifikacji tego typu dokumentów jest w tym przypadku cel ich składania oraz zakres informacji wynikający z ich treści.

W szczególności biorąc pod uwagę dosłowną treść powoływanych przepisów, podnosić można, iż jakkolwiek dokument wyrażający (dookreślający) treść oświadczenia woli wykonawcy (oferty) jest jednocześnie dokumentem przedmiotowym w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp – potwierdza bowiem, że np. zaoferowana w postępowaniu robota budowlana lub dostawa jest zgodna (odpowiada) z treścią siwz (wymaganiom zamawiającego). Tym samym utożsamiona zostaje postulowana i wymagania w świetle art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp zgodność treści oferty z SIWZ czyli zgodność świadczenia oferowanego oraz zamawianego, z kwestią potwierdzenia okoliczności odpowiadania oferowanej usługi, dostawy czy roboty budowlanej wymaganiom opisanym przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt. 2). Konsekwentnie, należałoby uznać za dopuszczalne sanowanie i uzupełnianie oferty składanej w ramach postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, który odnosi się m.in. do konieczności uzupełniania ww. dokumentów (np. w przypadku gdy zawierają błędy). W skrajnym przypadku, doprowadzając *ad absurdum*, wnioski wypływające z przyjęcia takiego stanowiska, należałoby uznać, iż również

„dokument” zawierający podstawową treść zobowiązania, którym zazwyczaj jest formularz ofertowy podlega uzupełnieniu na podstawie ww. przepisu. Powyższe konsekwencje tego typu stanowiska są nie do przyjęcia i nie do pogodzenia z dyspozycją art. 87 ust. 1 Pzp, w której ustawodawca zakazuje jakichkolwiek zmian w treści oferty za wyjątkiem okoliczności wskazanych w dalszych jednostkach redakcyjnych tego artykułu. Tym samym, w zgodzie z leżącym u podstaw procesu wykładni i stosowania prawa założeniem i nakazem utrzymania niesprzeczności regulacji ustawowej należało zastosować takie reguły interpretacji przepisów oraz reguły kolizyjne, które pozwolą uzyskać racjonalny kształt i zakres normowania adekwatnych norm prawnych. W szczególności, przyjęć należało, iż art. 25 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 87 wraz z art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp ustawy dotyczą zagadnień odrębnych, tzn. zakres regulacji ww. przepisów jest różny, a rozdzielenie i określenie przypadków ich zastosowania jest możliwe np. w oparciu o zastosowanie wskazanych trzy akapity wyżej dystynkcji. Zaprezentowane powyżej stanowisko zostało również wyrażone w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2337/10.

W świetle powyższego wstępny projekt technologii medycznej odnoszący się w świetle postanowień zał. nr 3 do siwz do wymagań instalacyjnych w pierwszej kolejności zakwalifikować należy jako dokument składający się na treść oferty, a nie dokument potwierdzający, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom siwz. W konsekwencji, Izba podkreśla brak możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jego uzupełnienia.

Wobec uznania przez Izbę, że wstępny projekt technologii medycznej nie może być w toku postępowania uzupełniany w trybie przepisie art. 26 ust. 3 Pzp należało rozstrzygnąć, czy treść oferty Simens podlegała wyjaśnianiu w zakresie jej treści zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy czy też poprawieniu w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 ustawy.

Niewątpliwym jest, że wstępny projekt technologii medycznej złożonym w ofercie Simens budził wątpliwości zamawiającego skoro zwrócił się od do wykonawcy m. in. w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z prośbą o wyjaśnienia w zakresie spełnienia wymagań instalacyjnych w zakresie: usytuowania kabiny gazów medycznych na zewnątrz budynku w formie wiaty (pkt. 2) oraz w spełnienia warunku bezpośredniego kontaktu wzrokowego z drzwiami wejściowymi do pomieszczenia badań (pkt. 4). Wynikiem udzielenia żądanych wyjaśnień było przedłożenie przez Simens kolejnej wersji wstępnego projektu technologii medycznej, który zawierał inne rozwiązania technologiczne i instalacyjne w odniesieniu do pierwotnego projektu złożonego wraz z ofertą.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Jednakże ustawodawca określił, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie nieuprawnionych zmian w treści oferty.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym przypadku zamawiający przekroczył zakres uprawnienia wynikającego z powyższego przepisu, ponieważ w opinii Izby zmiany dokonane w projekcie w zakresie usytuowania kabiny gazów medycznych na zewnątrz budynku w formie wiaty oraz w spełnienia warunku bezpośredniego kontaktu wzrokowego z drzwiami wejściowymi do pomieszczenia, miały charakter nieuprawnionych zmian. Niezgodność poszczególnych zapisów wstępnego projektu technologii medycznej zawartego w ofercie Simens z postanowieniami siwz, przesądza o niemożności zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Izba, odnosząc się do możliwości powyższej zmiany uznała, iż byłaby to zmiana niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp, bowiem przede wszystkim niezgodność oferty z treścią siwz nie nosiła znamion omyłki, lecz stanowiła – jak zostało wyżej podkreślone – zamierzone oświadczenie woli o oznaczonej treści. Simens, w złożonych wyjaśnieniach, nie wskazał na żadne okoliczności, które pozwoliłyby na stwierdzenie, iż jego zamiar był inny. Wobec czego Izba, potwierdziła naruszenie przepisów art. 87 ust. 1 Pzp.

Izba nie zgodziła się również ze stanowiskiem zamawiającego, które popierał przystępujący, że wstępny projekt technologii medycznej, z uwagi na skomplikowany charakter przedmiotu zamówienia oraz wielu potencjalnych możliwości rozwiązań umiejscowienia elementów systemu diagnostycznego rezonansu magnetycznego, miał być jedynie wstępną koncepcją, która następnie będzie podlegała odpowiednim zmianom odpowiadających opisowi przedmiotu zamówienia. Z treści § 3 ust. 2 wzoru umowy stanowiącej integralną część specyfikacji oraz w treści pisma z dnia 16 czerwca 2011 r. wynika wprost, że wykonawca opracuje i przedstawi zamawiającemu do oceny dokumentację projektową Pracowni MR, stanowiącą uszczegółowienie wstępnego projektu technologii medycznej Pracowni MR.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Simens jako niezgodnej z treścią siwz.

Izba wskazuje, że zamawiający w treści załącznika nr 3 do siwz „Opis przedmiotu zamówienia – wymagania instalacyjne” w pkt. 2 w sposób nie budzący wątpliwości określił, że obszar przeznaczony do instalacji MR obejmuje pomieszczenia istniejącej pracowni MR I Zakładu Radiologii Klinicznej WUM, przy ul. Chałubińskiego 5 w Warszawie, na parterze o

łączonej powierzchni 85m². Dodatkowo do instalacji urządzeń technicznych są przeznaczone dwa pomieszczenia piwniczne znajdujące się pod pracownią MR.

Wobec powyższego za oczywistą niezgodność z niniejszym zapisem specyfikacji należy uznać, usytuowanie kabiny gazów medycznych na zewnątrz budynku w formie wiaty, skoro zamawiający jako obszar przeznaczony do instalacji MR wskazał pomieszczenia istniejącej pracowni MR, ewentualnie dodatkowo dwa pomieszczenia piwniczne znajdujące się pod pracownią MR. Powyższe wydaje się potwierdzać, zmiana dokonana przez przystępującego w kolejnej wersji wstępnego projektu technologii medycznej, złożona w związku z pismem z dnia 5 lipca 2011 r., polegająca na umiejscowieniu kabiny gazów medycznych wewnątrz budynku oraz wyjaśnienia przystępującego, który na rozprawie podnosił, że ww. zmiana była podyktowana tym, że wykonawca uznał, iż koncepcja z usytuowaniem wyżej wymienionych urządzeń w ramach budynku będzie koncepcją bardziej bezpieczną ze względu na zapisy siwz.

W zakresie zarzutu dotyczącego włączenia w powierzchnię projektowanej pracowni MR część szatni znajdującej się poza dotychczasową pracownią MR, Izba uznała i podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego, którzy podnosili, że pomieszczenia przy istniejącej pracowni MR - są to zespoły w lekkiej zabudowie, których nie można uznać za szatnie o powierzchni ok. 6,5m². Zarówno zamawiający jak i przystępujący podkreślali, że ten metraż należy wliczyć w powierzchnię pracowni MR, ponieważ w innym przypadku projektowanie obejmowałoby jedynie powierzchnię ok. 78m², co nie ma odzwierciedlenia w zapisach siwz, a wręcz przeciwnie, zamawiający określił powierzchnię projektową na 85m². Izba uznała za przekonywujący dowód przedłożony przez przystępującego tj. zestawienie powierzchni pracowni MR. Z przedstawionego zestawienia - w wariantcie bez powierzchni pomieszczeń przynależnych - wynika, że całkowita powierzchnia pracowni MR wynosi 79,24 m², natomiast wariant w skład którego zaliczono powierzchnię pomieszczeń przynależnych przewiduje całkowitą powierzchnię pracowni MR - 84,87 m². Tym samym Izba uznała, że przedłożony przez Siemens wstępny projekt technologii medycznej wraz z ofertą spełnia wymagania siwz w rozpoznawanym powyżej zakresie.

W ocenie Izby nie sposób również zgodzić się z przystępującym w kwestii zgodności oferty Simens z wymaganiami zamawiającego w zakresie usytuowania pomieszczeń w pracowni MR w ten sposób aby personel obsługujący aparat przy konsoli sterowniczej miał bezpośredni kontakt wzrokowy z drzwiami wejściowymi do pomieszczenia badań.

Z ustaleń Izby wynika, że w pkt. 2 ppkt. 4 zał. nr 3 do siwz zamawiający sprecyzował, że usytuowanie pomieszczeń w pracowni powinno być takie, aby personel obsługujący aparat przy konsoli sterowniczej miał bezpośredni kontakt wzrokowy z drzwiami wejściowymi

do pomieszczenia badań, z drzwiami wejściowymi z zewnątrz z korytarza do pracowni, z drzwiami do kabin pacjentów oraz z pomieszczeniem przygotowania pacjenta. Zamawiający dopuścił zamiennie system obserwacji ww. drzwi i pomieszczeń, za wyjątkiem drzwi do pomieszczenia badań, oparty na kamerach TV przemysłowych z monitorem podglądu zainstalowanym przy konsoli sterowniczej.

Kluczowym w rozstrzygnięciu niniejszej kwestii jest oświadczenie zamawiającego, który stwierdził, że pierwotny wstępny projekt technologii medycznej zawarty w ofercie Simens nie umożliwił bezpośredniego kontaktu wzrokowego personelu obsługującego aparat przy konsoli sterowniczej z drzwiami wejściowymi do pomieszczenia badań i dopiero kolejna wersja ww. projektu zawierała przeszklenie ściany sterowni, które zapewniało zgodność opracowania z wymaganiami zamawiającego. Niewątpliwie tego typu rozwiązanie przewidziane we wstępnym projekcie technologii medycznej należy uznać za niegodne z wymaganiami zamawiającego opisanymi w siwz. Tym samym oferta przystępującego należało odrzucić w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Ostatnią z niezgodność oferty Simens ze specyfikacją, wskazywaną w odwołaniu, która podlegała badaniu Izby jest niezgodność polegająca na tym, że pomieszczenie przygotowania pacjenta posiada powierzchnię mniej niż 15 m², podczas gdy w ppkt. 6 ww. wymagań szczegółowych w zał. nr 3 do siwz zamawiający wskazał, że pomieszczenie przygotowania pacjenta powinno mieć powierzchnie co najmniej 15 m² oraz także powinno być doświetlone światłem dziennym z bezpośrednim dostępem do okna. Zamawiający dopuścił aby pomieszczenie przygotowania pacjenta było otwarte od strony korytarza, jednak podkreślił, że w przypadku zaprojektowania tego pomieszczenia jako otwartego do jego powierzchni nie wlicza się powierzchni w korytarzyku wewnętrznym (ciągu komunikacyjnym) pomiędzy drzwiami z korytarza głównego a drzwiami do klatki Faradaya.

Niespornym jest, że pomieszczenie przygotowania pacjenta w ofercie Simens posiadają powierzchnię ok. 14,10 – 14,13 m². Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie jest możliwość zaliczenia powierzchni ok. 1 m² znajdującej się za drzwiami do pomieszczenia przygotowania pacjenta.

W przedmiotowej kwestii Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego uznając argumentację zamawiającego i przystępującego za chybioną. Zdaniem Izby wskazana powierzchnia należy zaliczyć do powierzchni w korytarzyku wewnętrznym (ciągu komunikacyjnym) pomiędzy drzwiami z korytarza głównego a drzwiami do klatki Faradaya. Tym samym za nieuprawnione należy uznać zaliczenie jej przez przystępującego oraz zamawiającego do powierzchni pomieszczenia przygotowania pacjenta. W związku z powyższym stwierdzić należy, że powierzchnia pomieszczenia przygotowania pacjenta w ustalonej w ofercie Simens na poziomie ok. 14,10 – 14,13 m² jest niezgodna z treścią siwz.

Izba podkreśla, iż zgodnie z wymaganiami specyfikacji (zał. nr 3) wykonawca winien był przedstawić zamawiającemu określone rozwiązania instalacyjne w formie wstępnego projektu technologii medycznej. To na podstawie tego typu danych była możliwa i w pełni uzasadniona weryfikacja zgodności rozwiązań instalacyjnych oferowanych przez wykonawców i zamawianych w ramach niniejszego postępowania. W takim kontekście należy uznać prymat konkretnego rozwiązania technicznego wskazanego w ww. projekcie Simens nad ogólnymi i opisowymi deklaracjami, że przystępujący zobowiązał się do wykonania prac instalacyjnych zgodnie z wymaganiami załącznika nr 3 do siwz (str. 107 oferty Simens pkt. 4.2 – zał. nr 2), gdy deklaracje te pozostają w sprzeczności ze sposobem ich realizacji wynikającym z wstępnego projektu technologii medycznej.

Podsumowując powyższe rozważania Izba wskazuje, że wstępny projekt technologii medycznej złożony w ofercie Simens nie spełniał narzuconych przez zamawiającego postanowieniami specyfikacji (zał. Nr 3 do siwz) wymagań instalacyjnych w zakresie: obszaru przeznaczony do instalacji MR, usytuowania pomieszczeń w pracowni w ten sposób aby personel obsługujący aparat przy konsoli sterowniczej miał bezpośredni kontakt wzrokowy z pomieszczeniem przygotowania pacjenta oraz powierzchni pomieszczenia przygotowania pacjenta. Wobec tego treść oferty Simens była sprzeczna z treścią siwz, co zgodnie z art. 89 ust.1 pkt. 2 Pzp stanowiło przesłankę odrzucenia oferty. Zamawiający zaniechał dokonania ww. czynności a tym samym naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Rozpoznając ostatni z zarzutów odwołania polegający na zaniechaniu przez zamawiającego dokonania czynności wezwania wykonawcy Simens do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający w siwz w rozdziale IX „Wykaz oświadczeń i dokumentów jakie należy dostarczyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” wymagał, aby w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, aby wykonawca złożył certyfikat CE i deklaracje zgodności WE.

W ocenie Izby złożoną przez Simens w ofercie deklarację zgodności dla wyrobu medycznego Optistar Elitę z oprzyrządowaniem upoważniająca do oznaczania tego urządzenia oznakowaniem CE od czerwca 2008 r. należy uznać za prawidłową. Certyfikat CE znajdujący się w ofercie Simens wystawiony w dniu 7 czerwca 2011 r. przedłużył obowiązywanie certyfikatu CE o nr WE G1 06 05 21051 016. Z tych względów nie ma konieczności wystawiania kolejnej deklaracji zgodności WE. Tym bardziej, iż dotychczasowa deklaracja została wydana bezterminowo i jak należy przyjąć obowiązywała ona w dniu składania ofert.

Wobec powyższego w ocenie Izby Simens wraz z ofertą złożył wszystkie wymagane dokumenty a więc zamawiający nie powinien i nie mógł zastosować się do dyspozycji wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż wykonawca przedłożył wszystkie wymagane przez zamawiającego dokumenty i oświadczenia potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w siwz.

Reasumując, Izba uznała, że ocena oferty wykonawcy Simens, dokonana przez zamawiającego, jest nieprawidłowa, ponieważ zamawiający winien był ofertę Simens odrzucić w trybie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp jako niezgodną z treścią siwz. Uwzględniając powyższe Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1, 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp a w konsekwencji art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nieodrzuconie oferty z uwagi na fakt, że wskazana treść oferty przystępującego jest niezgodna z treścią siwz.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 192 ust 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 2 pkt. 1 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....