

Sygn. akt: KIO 1804/11

WYROK

z dnia 2 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EDO MED Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479 (lider konsorcjum)** i **Ion Beam Applications S.A. Chemin du Cyclotron 3, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgia (partner konsorcjum)** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, 93-513 Łódź, ul. Pabianicka 62,**

przy udziale:

- 1) wykonawcę **Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach, 40-057 Katowice, ul. PCK 6 lok. 3** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1804/11 po stronie odwołującego,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, 02-342 Warszawa, Al. Jerozolimskie 162A (lider konsorcjum)** i **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 03-821 Warszawa, ul. Żupnicza 11 (partner konsorcjum)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1804/11 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym dokonanie w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie (lider konsorcjum) i Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (partner konsorcjum)** czynności w trybie art. 26 ust. 4 i 3 ustawy Pzp,

2.kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, 93-513 Łódź, ul. Pabianicka 62** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EDO MED Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479 (lider konsorcjum) i Ion Beam Applications S.A. Chemin du Cyclotron 3, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgia (partner konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi, 93-513 Łódź, ul. Pabianicka 62**, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EDO MED Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479 (lider konsorcjum) i Ion Beam Applications S.A. Chemin du Cyclotron 3, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgia (partner konsorcjum)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Utworzenie pracowni PET dla potrzeb Regionalnego Ośrodka Onkologicznego w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. M. Kopernika w Łodzi”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 kwietnia 2011 r., nr 2011/S 65-105371.

W dniu 11 sierpnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EDO MED Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (lider) i Ion Beam Applications S.A. z siedzibą w Belgii, zwanych dalej „Odwołującym EDO MED”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie (lider) i Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej „konsorcjum WARBUD”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 22 sierpnia 2011 r. (pismem z dnia 21 sierpnia 2011 r.) Odwołujący EDO MED wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do Zamawiającego w dniu 22 sierpnia 2011 r.) na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie czynności odrzucenia oferty wybranej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie zastosowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o uznanie odwołania za zasadne i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy „konsorcjum Warbud”.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący EDO MED wskazał m.in. na:

- 1) nie spełnienie wymogu technicznego określonego w pkt. 2.3 Formularza Nr 3 Tomu I SIWZ, odnoszącego się do Modułu syntezy FDG, tj.: „Wydajność syntezy jako stosunek aktywności początkowej wprowadzonej do modułu i aktywność radiofarmaceutyku po syntezie = lub > 65 % ”. Podniósł, iż moduł syntezy EXPLORA"FDG4 zaoferowany przez konsorcjum WARBUD nie spełnia przedmiotowego wymogu, gdyż konsorcjum WARBUD podało wartość 65%, minimalną, wymaganą przez Zamawiającego, co zgodnie z informacjami znajdującymi się w załączonych broszurach na stronie 61 i 65 oferty tego wykonawcy dotyczy wydajności syntezy skorygowanej ze względu na rozpad izotopu od czasu zakończenia bombardowania materiału tarczy (decay corrected to EOB). Wartość ta po uwzględnieniu strat związanych z naturalnym rozpadem izotopu, który zachodzi podczas trwania procesu syntezy, faktycznie wynosi tylko około 48%. Z tych też względów oferta tego jako nie spełniająca wymogu granicznego winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.
- 2) brak deklaracji zgodności dla produktu - OptiVantage z oprzyrządowaniem. Zamawiający – zgodnie Tom I INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW, FORMULARZE, pkt. 8.5 ppkt b wymagał, by zaoferowane wyroby medyczne spełniały wymogi dopuszczenia do obrotu i użytkowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie. Na potwierdzenie tego wymogu Zamawiający zażądał złożenia wraz z ofertą m.in. Certyfikatu Europejskiego i Deklaracji zgodności WE. Oferta konsorcjum WARBUD nie zawiera dokumentu wymaganego /deklaracji zgodności/ co do wskazanego wyrobu medycznego. Przedłożona deklaracja zgodności (strona 780 oferty) została wystawiona przez wytwórcę na podstawie Certyfikatu WE GI 06 05 21051 016 , Certyfikatu który wygasł z dniem 6 czerwca 2011 r. Tym samym utraciła swą ważność deklaracja zgodności oparta na wskazanym certyfikacie. Konsorcjum WARBUD złożyło nowy CE wystawiony 7.06.2011r., ale nie przedłożyło Deklaracji zgodności opartej na przedmiotowym certyfikacie.

W dniu 23 sierpnia 2011 r. Zamawiający wezwał wykonawców: Alteris S.A. z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej „wykonawcą Alteris”, oraz konsorcjum WARBUD do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 25 sierpnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) konsorcjum WARBUD przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 26 sierpnia 2011 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Alteris przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

Odwołujący oświadczył na posiedzeniu, iż cofa zarzut dotyczący Deklaracji zgodności.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba 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 ustawy 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 ustawy Pzp.

Zamawiający oświadczył, iż uznaje zarzut pierwszy dotyczący wydajności modułu syntezy, dodając iż dokona wezwania konsorcjum Warbud do złożenia wyjaśnień co do niezgodności pomiędzy formularzem załączonym do oferty a treścią ulotki znajdującej się na stronie 61 oferty oraz tłumaczeniem ze strony 65 oferty. Tym samym wskazując na sprzeczność wynikającą z treści broszur złożonych przez konsorcjum Warbud na potwierdzenie spełnienia wymogu określonego w punkcie 2.3 formularza nr 3. Stanowisko Zamawiającego poparło konsorcjum Warbud (przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego), podnosząc iż istotnie w niniejszym stanie faktycznym występuje zgodność stanowiska Odwołującego ze stanowiskiem Zamawiającego tylko i wyłącznie w zakresie podnoszonego zarzutu natomiast nie dotyczy to zgłoszonego żądania, tym samym brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający uwzględnił odwołanie skoro – jak deklarował na posiedzeniu – dokona czynności w sposób odmienny niż żądany przez Odwołującego. Konsorcjum Warbud w punkcie 2.3. formularza nr 3 dla parametru określonego jako „wydajność syntezy jako stosunek aktywności początkowej wprowadzonej do modułu i aktywność radiofarmaceutyku po syntezie” w kolumnie „potwierdzenie wymagania (tak/nie/wartości parametrów)” oświadczyło bowiem „TAK, 65%” (str. 13 oferty).

Niewątpliwym jest, iż oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów stanowi przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów i okoliczność ta faktycznie nie budzi wątpliwości. Odwołujący wskazał bowiem, iż rzeczywista wydajność oferowanego modułu syntezy wynosi około 48%, przedkładając dodatkowo na rozprawie opinię, z treści której wynika, iż parametr ten wynosi „(...) (w zaokrągleniu) 49%”. Zamawiający natomiast, uwzględniając ten zarzut cytował treść ulotki „wydajność syntezy FDG (rozpad skorygowany do EOB (koniec bombardowania)” (str. 61 oferty, tłumaczenie str. 65 oferty)”, wskazując

także na stronę 64 oferty, gdzie podano „65% wydajność z poprawką na rozpad” i podnosząc konieczność wyjaśnienia tych rozbieżności. Również Przystępujący, popierając w pełni stanowisko Zamawiającego, wskazał na faktyczne zaistnienie „wątpliwości” w treści jego oferty, jednocześnie oświadczając iż jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, a powstałe wątpliwości wymagają jedynie wyjaśnienia w trybie przewidzianym w przepisach ustawy Pzp, co też uczyni w wyniku stosownego wezwania.

Oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów i wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp – złożone na posiedzeniu - ma charakter jedynie deklaracyjny i nie jest tożsame z rzeczywistym dokonaniem tych czynności. Zamawiający złożył bowiem oświadczenie do protokołu a deklarowana przez niego czynność jest sprzeczna z żądaniem Odwołującego, który domagał się bezwzględnego odrzucenia oferty konsorcjum Warbud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Skoro więc Zamawiający uwzględnił zarzuty przedmiotowego odwołania w całości to zobowiązany byłby do wykonania określonych czynności zgodnie z żądaniami wynikającymi z treści odwołania, a więc i odrzucenia oferty konsorcjum Warbud. Niezbędne jest zatem – w świetle odrębnych żądań - nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności, zgodnie ze złożonym oświadczeniem uwzględniającym zarzuty, a przede wszystkim zgodnym z obowiązującymi w tym zakresie przepisami. Bezspornym jest bowiem, iż z treści oferty konsorcjum Warbud wynika „wątpliwość”, „niezgodność”, czy też „rozbieżność”. I kwestię tę – na skutek zgodnego uznania tego zarzutu – należy wyjaśnić. A ponieważ przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, pierwszy dotyczący uzupełniania dokumentów i drugi dotyczący wyjaśnień mają charakter wyjątkowy należy je zastosować wyłącznie wtedy, gdy złożone przez wykonawcę dokumenty zawierają błędy lub ich nie złożono albo w sposób oczywisty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub określonych wymogów, albo też – jeśli chodzi o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp - gdy istnieją wątpliwości co określonych treści złożonych dokumentów i zawartych w nim oświadczeń, w tym sprzeczności w treści przedłożonych dokumentów. Niemniej jednak dokonane w ich wyniku wyjaśnienie czy też uzupełnienie nie może prowadzić do zmiany treści oferty. Zamawiający, dokonując ponownej oceny i badania ofert zobowiązany jest przede wszystkim ocenić czy złożone w spornym zakresie dokumenty nie zawierają błędów, a ponadto dokonać wyjaśnienia treści oferty w zakresie rozbieżności pomiędzy treścią oświadczenia złożonego w formularzu nr 3 pkt 2.3, a treścią ulotek i tłumaczeń zawartych na stronach 61, 64 i 65 oferty konsorcjum Warbud.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy.

Przewodniczący: