

WYROK
z dnia 8 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 3 marca 2017 r. w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20.02.2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - W. S.A., C. Sp. z o.o. Sp. k., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **B. S.A., V.P. Sp. z o.o., V.E.G. (...)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - W. S.A., C. Sp. z o.o. Sp. k., (...)** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - W. S.A., C. Sp. z o.o. Sp. k., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - W. S.A., C. Sp. z o.o. Sp. k., (...)** na rzecz zamawiającego - **Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 26, 08-110 Siedlce** kwotę **2.800 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące osiemset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Lublinie**.

2

Uzasadnienie

Zamawiający - Mazowiecki Szpital Wojewódzki w Siedlcach spółka z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest Siedleckiego Ośrodka Onkologii (SOO) przy „**Budowa Mazowieckim Szpitalu Wojewódzkim w Siedlcach Sp. z o.o.**”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 9 listopada 2016 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2016/S 216-392872. W odwołaniu wniesionym przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - W. S.A. z W. oraz C. Sp. z o.o. Sp. k. z Regul [Odwołujący] wskazano – w zakresie podtrzymanym na rozprawie - na naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia z postępowania zgodnie z art. 23 Pzp wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - B. S.A. z siedzibą w W., V.P. sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz V.E.G. z siedzibą w W. (A.), dalej zwanych łącznie „Konsorcjum B.” pomimo, iż Konsorcjum B. nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i

- zawodowej;
2. art. 24 ust 1 pkt 16 ewentualnie pkt 17 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia Konsorcjum B. pomimo, iż wykonawca ten w wyniku:
 - a) zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub zataił informacje, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej,
 - b) lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie spełniania przez Konsorcjum B. warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej,
 3. art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp z uwagi na poprawienie w ofercie Konsorcjum B. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp (oczywista omyłka rachunkowa) wartości wykonania całego przedmiotu umowy poprzez odjęcie od niej wartości ryczałtowej elementów BMS i sieci komputerowych wskazaną w pkt e) Formularza oferty Konsorcjum B., podczas gdy brak było podstaw do dokonania tej czynności przez Zamawiającego;
 4. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp z uwagi na poprawienie przez Zamawiającego w ofercie wykonawcy Konsorcjum B. oferowanego okresu gwarancji w wierszu 10 i 21 załącznika nr 8.1 do SIWZ Gazy medyczne, podczas gdy brak było podstaw do dokonania przez Zamawiającego przedmiotowej czynności z uwagi na fakt,

3

że występujące w tym zakresie niezgodności nie mają charakteru omyłki, a ich poprawienie doprowadziło do dokonania istotnych zmian w treści oferty, a Zamawiający dokonał poprawienia niezgodności oferty z treścią SIWZ po przeprowadzeniu niedozwolonych negocjacji z Wykonawcą;

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum B. pomimo, iż wykonawca ten zaoferował na stronie 255 oferty w załączniku nr 8.1 do SIWZ w tabeli Inteligentny system badania i wizualizacji instalacji gazów medycznych „minimum 2 lata” gwarancji zamiast 60 miesięcy;
6. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum B. pomimo, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny w zakresie w jakim przewiduje jedną 8% stawkę VAT w odniesieniu do zaoferowanego mammografu Selenia Dimensions 3D (producent Hologic Inc.) oraz w odniesieniu do stołu do biopsji Affirm (Hologic Inc.), podczas gdy urządzenia te podlegają stawce VAT 8% oraz w części stawce VAT 23%;
7. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum B. pomimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie w jakim Konsorcjum B. w pkt 7) formularza oferty (str. 5 oferty) oświadczyło, że wykona przedmiot umowy w terminie do 30.05.2018 r. tj. wykona przedmiot umowy w terminie krótszym o 4 miesiące od wskazanego w SIWZ tj. od 30.09.2018 r.;
8. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum B. pomimo, że wykonawca ten nie wykazał, że przewidziane przez niego oczyszczone miedziane rury do gazów medycznych spełniają wymagania Zamawiającego pomimo uprzedniego wezwania go do uzupełnienia wskazanej w pkt 3 Aprobaty CE dla wyrobu medycznego zgodnie z 93/42/EEC dla układu;
9. art. 26 ust. 3 lub ust. 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum B. do uzupełnienia dokumentów wskazanych w pkt 5 - Deklaracja właściwości użytkowych oraz w pkt 6 - Deklaracja zgodności wytwórcy pomimo, że dokumenty przedstawione wraz z ofertą nie potwierdzają, iż oferowane oczyszczone miedziane rury do gazów medycznych spełniają wymagania Zamawiającego określone w SIWZ;
10. art. 26 ust. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania Konsorcjum B. do uzupełnienia dokumentów - tłumaczenia na język polski dokumentów, które zostały załączone do oferty w języku obcym;
11. art. 89 ust. 1 pkt 2 z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum B. pomimo, że zaoferowane przez tego Wykonawcę następujące elementy nie spełniają wymagań określonych przez Zamawiającego w SIWZ: a) lampa zabiegowa naścienna (Famed Łódź/Solis 60 W - wersja naścienna); Odnosnie b) pompa infuzyjna (strzykawkowa) - załącznik 8.3 do SIWZ, zarzut nie został podtrzymany na rozprawie.

-
12. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp z uwagi na zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, przyznanie ofercie Konsorcjum B. zawyżonej liczby punktów w kryterium parametry techniczno-użytkowe, kryterium gwarancji oraz kryterium ceny i dokonanie wyboru oferty Konsorcjum B., jako oferty najkorzystniejszej pomimo, że nie przedstawia ona najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego;
13. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp z uwagi na prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie wyżej wymienionych przepisów ustawy.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz: (1) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert; (2) unieważnienia czynności poprawienia omyłki w ofercie Konsorcjum B.; (3) wykluczenia Konsorcjum B. oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę; ewentualnie wezwania wykonawcy Konsorcjum B. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane rury miedziane spełniają wymagania Zamawiającego, a w przypadku ich nieprzedstawienia lub przedstawienia dokumentów, które nie potwierdzają, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania SIWZ - odrzucenie oferty Konsorcjum B. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp; (4) obniżenia liczby punktów przyznanych Konsorcjum B. w ramach poszczególnych kryteriów oceny ofert, w sposób i wysokości wskazanej w uzasadnieniu odwołania; (6) dokonania wyboru oferty Konsorcjum W. jako najkorzystniejszej.

Stwierdził, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i potwierdzenia się zarzutów odwołania, oferta złożona przez wykonawcę zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą, a wykonawca Konsorcjum B. zostałby wykluczony z udziału w postępowaniu, a zatem może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu w szczególności wskazał, co następuje:

5

I. Zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum B. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

1. Zgodnie ze zmodyfikowanym warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy wykażą że: „w okresie ostatnich pięciu lat, przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonali co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu należącego do klasy 1264 (wg PKOB) o wartości inwestycji powyżej 28 000 000 PLN brutto, powierzchni użytkowej co najmniej 3 500 m² w zakresie którego znajdował się zakład radioterapii, zakres zamówienia obejmował dostawę i instalację sprzętu medycznego.” (pkt III. 1.3 pkt 1b Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji opublikowane w dniu 16 grudnia 2016 r., w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej nr 2016/S 243-442950).

2. W dołączonym do oferty JEDZ (część IV, sekcja C pkt 1a ppkt 1b) dotyczącym B., a następnie w wykazie robót przedstawionym w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wskazano zadanie pn. „Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy”. Zgodnie z oświadczeniem wykonawcy złożonym w JEDZ zadanie to „polegało na przebudowie i rozbudowie obiektu należącego do klasy 1264 (wg PKOB) w zakresie, którego znajdował się zakład radioterapii”.

3. W dniu 6 lutego 2017 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum B. do złożenia wyjaśnień (pkt 2 wezwania): „czy list referencyjny nr 16/2014 (karty 181 -185 załączników do pisma z dnia 3 lutego 2017 r.) obejmuje referencje w zakresie wykazania spełniania warunków wskazanych w rozdz. V lit. C ust 1 pkt b) SIWZ? Z treści listu referencyjnego nie wynika by zakres robót w ramach inwestycji „Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy” obejmował zakład radioterapii, w sytuacji gdy Zamawiający żąda wykazu robót budowlanych.

4. W odpowiedzi Konsorcjum B. w piśmie z dnia 9 lutego 2017 r. potwierdziło, że „list

referencyjny nr 16/2014, załączony na kartach 181 -185 załączników do pisma z dnia 3 lutego został przedłożony w celu wykazania należytej realizacji zamówienia wskazanego w wykazie (karta 172) w celu potwierdzenia spełnienia warunku określonego w Rozdziale V lit C ust 1 pkt 1b) SIWZ". Konsorcjum B. wskazało również, że list referencyjny obejmuje potwierdzenie realizacji wskazane w wykazie inwestycji, „w ramach której Wykonawca pozyskał wiedzę i doświadczenie wymagane w warunku z Rozdziału V lit C ust 1 pkt b) SIWZ."

5. Z informacji Odwołującego wynika, że wskazana przez Konsorcjum B., w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, inwestycja „Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy" nie obejmowała zakładu radioterapii. Zakład radioterapii nie został wymieniony w Programie

6

funkcjonalno-użytkowym Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego w Bydgoszczy, jako jedno z pomieszczeń szpitala. Jak słusznie zauważył Zamawiający nie został on również wymieniony w liście referencyjnym (str. 182 odpowiedzi na wezwanie). Tym samym, oświadczenia złożone w tym zakresie przez Konsorcjum B. w toku postępowania są niezgodne ze stanem faktycznym. Odwołujący, działając w trybie dostępu do informacji publicznej, uzyskał potwierdzenie ww. okoliczności, co wynika z załączonej do odwołania odpowiedzi Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. Józefa Brudzińskiego w Bydgoszczy.

6. Konsorcjum B. wskazując w JEDZ i wykazie robót, że w zakresie inwestycji znajdował się zakład radioterapii, a następnie potwierdzając w wyjaśnieniach, że list referencyjny dotyczący tej inwestycji „został przedłożony w celu wykazania należytej realizacji zamówienia wskazanego w wykazie (karta 172) w celu potwierdzenia spełnienia warunku określonego w Rozdziale V lit C ust 1 pkt 1b) SIWZ" poważnie wprowadziło Zamawiającego w błąd. Informacje te zostały podane w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie może budzić wątpliwości, że miały one istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, przede wszystkim na decyzję o dokonaniu wyboru oferty Konsorcjum B., jako oferty najkorzystniejszej.

7. Wykonawca zwrócił uwagę, że brak jest podstaw do zastosowania w stosunku do Konsorcjum B. procedury uzupełnienia dokumentów określonej w art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie bowiem z tym przepisem uzupełnieniu podlegają dokumenty i oświadczenia, które nie zostały złożone, są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości. JEDZ i wykaz przedstawione przez Konsorcjum B. nie spełniają żadnej z tych przesłanek, a zawarta w nich informacja dotycząca omawianej inwestycji nie jest niekompletna ani nie zawiera błędów, tylko jest po prostu nieprawdziwa.

8. Aktualne pozostaje w tym zakresie orzecznictwo Izby ukształtowane na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego, w którym wskazywano, że złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, nie podlega uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnieniu podlega dokument niezłożony lub dokument wadliwy. Takiego charakteru nie ma dokument zawierający nieprawdziwe dane, którym bez wątpliwości jest wykaz usług, złożony przez Przystępującego. Z tych względów wykazanie innej usługi w celu potwierdzenia opisanego przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, nie może być skuteczne.

7

II. Zarzut poprawienia w ofercie Konsorcjum B. omyłki rachunkowej.

1. Z pisma z dnia 18 stycznia 2017 r. Informacja o poprawieniu omyłki rachunkowej, Zamawiający dokonał poprawienia w ofercie Konsorcjum B. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp omyłki rachunkowej z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawki w ten sposób, że od podanej w formularzu oferty wartości wykonania całego przedmiotu umowy odjął wartość ryczałtową elementów BMS i sieci komputerowych wskazaną w pkt e) Formularza oferty Konsorcjum B. tj. 680 276,10 zł. W uzasadnieniu dokonanego sprostowania Zamawiający wskazał, że oczywistym jest, iż kwota w pkt 3 oferty Konsorcjum

B. została obliczona nieprawidłowo i nie stanowi sumy kwot wskazanych w punktach od a) do f) oferty zgodnie z jej postanowieniami ze względu na doliczenie do ceny ofertowej kwoty podanej w pozycji e) w wysokości 680.276,10 złotych, w tym VAT 127.206,10 złotych tj., netto 553.070,00 złotych, która ujęta została w pkt b) oferty. Pismem z dnia 18 stycznia 2017 r. Zamawiający sprostował Informację o poprawieniu omyłki rachunkowej datowaną na dzień 17 stycznia 2017 r. wskazując, że w jej treści w skutek omyłki w przenoszeniu danych z dokumentu oferty przyjęto wartość pozycji e) oferty na kwotę 680.270,10 zł brutto zamiast 680 276,10 zł.

2. Na gruncie niniejszej sprawy brak było podstaw do zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, gdyż na podstawie dostępnych informacji nie można stwierdzić, że rzeczywiście mamy do czynienia z omyłką w ofercie Konsorcjum B., a tym bardziej, że ma ona charakter oczywisty. Nie można, bowiem wykluczyć, że zsumowanie wszystkich punktów od a) do f) oferty łącznie z punktem e) powoduje, że Konsorcjum B. nie zastosowało się do pouczenia zawartego w treści wzoru formularza ofertowego i nie uwzględniło kosztów zawartych w punkcie b), a uwzględniło je jedynie w punkcie e).

3. Poprawienie tej „omyłki” przez Zamawiającego okazało się dla Konsorcjum B. bardzo korzystne. Przed poprawieniem omyłki wskazana w Formularzu oferty Konsorcjum B. wartość wykonania całego przedmiotu umowy wynosiła 56 592 842,81 zł brutto, zaś po jej poprawieniu 55 912 566,71 zł brutto. W związku z powyższym w wyniku poprawienia przez Zamawiającego przedmiotowej „omyłki” oferta złożona przez Konsorcjum B. uplasowała się na pierwszym miejscu w rankingu ofert pod kątem zaoferowanej ceny. Przed jej poprawieniem pierwsze miejsce w rankingu ofert pod kątem zaoferowanej ceny zajmowała oferta złożona przez Odwołującego z ceną na poziomie 55 945 617,35 zł brutto. W tych okolicznościach, nie sposób nie zauważyć, że nawet gdyby w ofercie Konsorcjum B. nie doszło do omyłki to w interesie tego wykonawcy było poprawienie jej w zaproponowany przez Zamawiającego sposób, gdyż spowodowało, że ofertą Konsorcjum B. z drugiej

8

pozycji przeskoczyła na pierwszą pozycję w rankingu ofert pod kątem ceny, a w konsekwencji została uznana za ofertę najkorzystniejszą.

4. Stwierdził także, że brak jest podstaw do ewentualnego zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp i wezwania Konsorcjum B. do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Na gruncie niniejszej sprawy złożone wyjaśnienia stanowiłyby bowiem niedopuszczalne w świetle Pzp negocjacje pomiędzy Zamawiającym, a wykonawcą co do ceny złożonej oferty. Dopuszczenie możliwości skorzystania w takich okolicznościach z dyspozycji przepisu art. 87 ust. 1 Pzp prowadziłoby także do niedopuszczalnej sytuacji, w której po dniu złożenia ofert znając ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców, wykonawca w którego ofercie występuje rzekoma omyłka mógłby złożyć wyjaśnienia odpowiednie do tego co byłoby dla niego w danej chwili korzystne. W zależności od okoliczności wykonawca ten mógłby twierdzić, że dana kwota została uwzględniona w cenie w podwójnej wysokości w wyniku omyłki rachunkowej lub twierdzić, że co prawda doszło do omyłki ale innego charakteru, gdyż wartość z pkt e) została uwzględniona jedynie w pkt. e), a nie została doliczona w pkt b) formularza oferty, a zatem sumując wartości składające się na cenę oferty należy uwzględnić wszystkie wartości z pkt od a) do f), włącznie z pkt e).

5. Wskazał również, że cena ofertowa jest ceną ryczałtową. Cena ta jest zatem ceną globalną, a nie wynikającą z kosztorysów. Okoliczność ta dodatkowo wskazuje na brak możliwości dokonania poprawienia ceny oferty w sposób, w jaki dokonał tego Zamawiający.

6. W świetle przedstawionych okoliczności poprawienie omawianej „omyłki” stanowi również naruszenie zasady prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz niezgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

III. Zarzut poprawienia w ofercie Konsorcjum B. innych omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz zaniechania odrzucenia oferty.

1. Zgodnie z rozdziałem XII pkt 4 SIWZ minimalny okres gwarancji jakości na roboty budowlane wynosi 36 miesięcy od daty odbioru, zaś na urządzenia opisane w Załącznikach nr 8.2 - 8.5 do SIWZ - 24 miesiące od daty odbioru. Minimalny okres gwarancji na urządzenia opisane w Załączniku nr 8.1 do SIWZ wynosi 36 miesięcy od daty dokonania

odbioru, przy czym okres gwarancji nie może być krótszy niż udzielony na roboty budowlane.

2. Stosownie do oświadczenia złożonego przez Konsorcjum B. w pkt 4 Formularza oferty wykonawca ten udzielił gwarancji na roboty budowlane na okres 60 miesięcy licząc od daty odbioru końcowego, w tym przedłużenie minimalnego okresu gwarancji o 24 miesiące. Z kolei, na stronie 108 oferty Konsorcjum B. w wierszu 10, w kolumnie 1 załącznika nr 8.1 do SIWZ zaoferowało okres gwarancji wynoszący „3 lata”. Z kolei na stronie 242 oferty, w wierszu 24 w kolumnie 1 zaoferowało okres gwarancji zaoferowało „min. 2 lata” gwarancji. W

9

związku z powyższym, Zamawiający pismem z dnia 26 stycznia 2017 r. wezwał Konsorcjum B. do złożenia wyjaśnień czy wykonawca w zakresie urządzeń wskazanych załączniku nr 8.1 do SIWZ Gazy medyczne - specyfikacja urządzeń, w tym łóżek szpitalnych udziela gwarancji zgodnie z treścią oferty (pkt 4 str. 6 oferty) na okres 60 miesięcy zgodnie z postanowieniami § 16 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ. W odpowiedzi na powyższe wezwanie w pkt 2 pisma z dnia 30 stycznia 2017 r. Konsorcjum B. potwierdziło, że udziela 60 miesięcznej gwarancji. Pismem z dnia 31 stycznia 2017 r., Zamawiający poprawił w ofercie Konsorcjum B. przedmiotowa niezgodność poprzez zmianę odpowiednio „3 lata” i „min. 2 lata” na 60 miesięcy.

3. Opisane niezgodności nie spełniały przesłanek do usunięcia ich w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie bowiem z brzmieniem tego przepisu, dokonanie przez Zamawiającego poprawienia omyłki wymaga łącznego wystąpienia poniższych okoliczności: do niezgodności oferty z treścią SIWZ doszło w sposób omyłkowy, albowiem jej poprawienie nie będzie prowadzić do istotnej zmiany treści oferty i Zamawiający ma możliwość i podstawy do samodzielnego dokonania poprawienia treści oferty, bez konieczności prowadzenia negocjacji tych zmian z wykonawcą.

4. W wyjaśnieniach Konsorcjum B. nie wskazało, że do przedmiotowych niezgodności doszło w sposób omyłkowy, nie przedstawiło w tym zakresie żadnych wyjaśnień, a jedynie powtórzyło treść wezwania. Poprawienie tych niezgodności doprowadziło do istotnej zmiany treści oferty w zakresie zaoferowanej gwarancji na urządzenia, a co więcej wymagało skorzystania z udzielonych przez Konsorcjum B. wyjaśnień.

5. W przedmiotowej sprawie nie została spełniona żadna z w/w przesłanek, co oznacza, że występujące w ofercie Konsorcjum B. niezgodności powinny skutkować jej odrzuceniem na postawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

6. Konsorcjum B. na stronie 255 oferty w załączniku nr 8.1 do SIWZ w tabeli Inteligentny system badania i wizualizacji instalacji gazów medycznych zaoferowało „minimum 2 lata” gwarancji zamiast 60 miesięcy, co nie zostało przez Zamawiającego poprawione. Biorąc pod uwagę przedstawioną powyżej argumentację wskazującą na błąd podstaw do zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp należy stwierdzić, że oferta Konsorcjum B. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp również z tego powodu.

IV. Zarzut zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum B. ze względu na błąd w obliczeniu ceny.

1. Oferta Konsorcjum B. powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp ze względu na fakt, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny w zakresie, w jakim przewiduje jedną 8% stawkę VAT w odniesieniu do zaoferowanego mammografu Selenia Dimensions 3D (producent Hologic Inc.) oraz w odniesieniu do stołu do

10

biopsji Affirm (Hologic Inc.), Zgodnie bowiem z posiadaną przez Odwołującego wiedzą urządzenia te podlegają stawce VAT 8% oraz w części stawce VAT 23%.

2. Wiedzę taką posiada również Zamawiający, który w wezwaniu do złożenia wyjaśnień skierowanym do Konsorcjum B. w dniu 5 stycznia 2017 r. wskazał na wątpliwości co do prawidłowości zastosowania przez Konsorcjum B. jednej 8% stawki VAT dla w/w urządzeń.

3. W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum B. przyznało de facto, że dla wspomnianych urządzeń należało zastosować dwie stawki podatku VAT- 8% i 23%, a co za tym idzie przyznało, że złożona przez nie oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Wyjaśniając fakt zastosowania jednej 8% stawki dla zaoferowanego mammografu oraz stołu do biopsji Konsorcjum B. wskazało, że wycena oferty i sposób jej prezentacji zostały oparte na wytycznych Zamawiającego, w tym rozdziału X pkt 6 SIWZ, iż zaleca się przy sporządzeniu

oferty skorzystanie ze wzorów formularzy przygotowanych przez Zamawiającego oraz wynikały ze sposobu przygotowania przez Zamawiającego udostępnionych wzorów formularzy. Następnie oświadczyło, że „w związku z tym wykonawca w załączniku 8.2 do SIWZ ujął zakup urządzeń medycznych objętych 8% stawką podatku VAT. Wartość pozostałych elementów, podlegających stawce VAT 23% związanych z wymienionym przez Zamawiającego zaoferowanym mammografem Selenia Dimensions 3D (producent Hologic Inc.) oraz w odniesieniu do stołu do biopsji Affirm (Hologic Inc.) tj. 115 567, 39 zł brutto (sto piętnaści tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych 39/100) ujęta została w pozostałej części oferty ryczałtowej, tzn. w pozycji dotyczącej robót budowlanych oraz zawiera się w globalnej cenie ryczałtowej. Powyższe nie ma wpływu na zaoferowaną cenę ryczałtową i nie zmienia treści oraz wartości złożonej oferty”.

4. Zgodnie z jednoznacznym oświadczeniem Konsorcjum B. złożonym w ofercie wskazane przez Zamawiającego urządzenia zostały objęte 8% stawką podatku VAT. W ofercie Konsorcjum B. nie zostało zamieszczone żadne zastrzeżenie lub informacja wskazujące na objęcie niektórych elementów tych urządzeń 23% stawką podatku VAT oraz uwzględnienie ich w pozycji dotyczącej robót budowlanych, co może wskazywać na to, że przedstawiona argumentacja została przygotowana jedynie na potrzeby złożenia wyjaśnień i ma na celu wyjaśnienie popełnionego błędu.

5. Skorzystanie z przygotowanych przez Zamawiającego wzorów było zalecane, a nie wymagane. Poza tym, zgodnie z powszechnie przyjętą praktyką przygotowane przez Zamawiającego wzory mogą być modyfikowane przez wykonawców, z tym zastrzeżeniem, że muszą one zawierać wszystkie wymagane przez Zamawiającego informacje. Zasada ta znalazła odzwierciedlenie w przywołanym przez Konsorcjum jedynie wybiórczo pkt 6 SIWZ, w którym jednoznacznie wskazano, że „Wykonawca może złożyć ofertę na swoich formularzach z zastrzeżeniem, że będą one zawierać wszystkie niezbędne informacje

11

określone przez Zamawiającego.” Już chociażby z tego powodu ciężko uznać wyjaśnienia przedstawione przez Konsorcjum B. za wiarygodne.

6. Zastrzeżenia, co do wiarygodności przedstawionych przez Konsorcjum B. wyjaśnień budzi również fakt, że wskazano w nich pewną kwotę stanowiącą wartość pozostałych elementów, podlegających stawce VAT 23% związanych z wymienionym przez Zamawiającego zaoferowanymi urządzeniami, tj. kwotę 115 567, 39 zł brutto, która została rzekomo ujęta w pozostałej części oferty ryczałtowej, tzn. w pozycji dotyczącej robót budowlanych oraz zawiera się w globalnej cenie ryczałtowej dla której nie podano jednak żadnych bardziej szczegółowych danych. Nie wskazano chociażby jaka konkretnie wartość przypada na każde z urządzeń, a przede wszystkim jakie konkretnie elementy obu urządzeń zostały objęte 8%, a jakie 23% stawką podatku VAT. Informacje te są niezbędne dla oceny prawidłowości obliczenia ceny przez wykonawcę, a zabrakło ich zarówno w samej ofercie jak i wyjaśnieniach.

7. Zarówno w orzecznictwie Izby jak i w doktrynie nie budzi wątpliwości fakt, że zaoferowanie nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. Zaniechanie dokonania przez Zamawiającego odrzucenia ceny oferty złożonej przez Konsorcjum B. stanowi naruszenie szeregu przepisów Pzp.

V. Zarzut niezgodności oferty Konsorcjum B. z treścią SIWZ - skrócenie czasu wykonania przedmiotu umowy.

1. Zgodnie z rozdziałem XII SIWZ jednym z kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest skrócenie czasu realizacji zamówienia z wagą 10%. Zgodnie z ppkt 4 tego rozdziału kryterium to jest wyliczane według określonego przez Zamawiającego wzoru, w którym jedną z wartości stanowi P_{max} czyli maksymalne skrócenie czasu wykonania przedmiotu umowy (ilość pełnych miesięcy) spośród badanych ofert, nie więcej niż trzy miesiące.

2. Zastrzeżenie przez Zamawiającego, że maksymalne skrócenie czasu wykonania przedmiotu umowy może wynosić nie więcej niż trzy miesiące stanowi de facto określenie minimalnego terminu realizacji. W związku z powyższym skrócenie tego okresu ponad okres podany przez Zamawiającego w SIWZ stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, która nie może zostać usunięta w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż prowadzi w efekcie do

skrócenia ustalonego przez Zamawiającego minimalnego terminu realizacji.

3. Konsorcjum B. w pkt 7) formularza oferty (str. 5 oferty) oświadczyło, że wykona przedmiot umowy w terminie do 30.05.2018 r. tj. wykona przedmiot umowy w terminie krótszym o 4 miesiące od wskazanego w SIWZ tj. od 30.09.2018 r. Składając przedmiotowe oświadczenie Konsorcjum B. skróciło zatem czas wykonania przedmiotu umowy o okres

12

dłuższy niż maksymalny okres przyjęty przez Zamawiającego w SIWZ, co powoduje, że oferta złożona przez tego wykonawcę podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

VI. Zarzut dotyczący niewykazania przez Konsorcjum B., że oferowane oczyszczone miedziane rury do gazów medycznych spełniają wymagania.

1. Załącznik nr 8.1 do SIWZ zawiera tabele parametrów wymaganych (i oferowanych) dotyczących różnych elementów instalacji gazów medycznych, w tym oczyszczonych rur miedzianych do gazów medycznych. Tabela Parametrów Wymaganych rur miedzianych precyzuje obowiązek dołączenia do oferty następujących dokumentów: (w pkt 3) „Aprobata CE dla wyrobu medycznego”, (w pkt 5) „Deklaracja właściwości użytkowych”, (w pkt 6) „Deklaracja zgodności wytwórcy”. Dołączone do oferty Konsorcjum B. dokumenty w celu spełnienia wspomnianych wymagań SIWZ, budzą wiele wątpliwości i zastrzeżeń.

2. Aprobata CE dla wyrobu medycznego (pkt 3 tabeli).

Zamawiający w pkt 3 tabeli dla oczyszczonych miedzianych rur do gazów medycznych wymagał załączenia do oferty Aprobaty CE dla wyrobu medycznego zgodnie z 93/42/EEC dla układu. Przedstawiony na stronach 184 i 185 oferty Konsorcjum B., Certyfikat jakości CE nr CE568506 wydany przez jednostkę notyfikowaną T.B.S.I., stracił ważność w dniu 13 grudnia 2016 roku, a więc na dwa tygodnie przed terminem składania ofert. Tym samym, na dzień składania ofert Konsorcjum B. nie potwierdziło zgodności oferowanych rur miedzianych z Dyrektywą 93/42/EEC. W związku z powyższym, w dniu 23 stycznia 2017 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum B. do złożenia aktualnego certyfikatu dla oczyszczonych miedzianych rur do gazów medycznych. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum B. w załączeniu do pisma z dnia 25 stycznia 2017 r. przedstawiło Zamawiającemu nowy dokument „EC Certificate”, wraz z tłumaczeniem, datowany na dzień 24.01.2017 r., a zatem już po upływie terminu składania ofert. Biorąc pod uwagę, że wykonawca był już zwany do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu i nie sprostął wezwaniu, które ma charakter jednokrotny należy stwierdzić, że oferta złożona przez Konsorcjum B. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Bez znaczenia pozostaje w tym przypadku fakt, że Zamawiający wezwał Konsorcjum B. wskazując błędnie jako podstawę wezwania art. 87 ust. 1 Pzp, zamiast art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż wezwanie było jednoznaczne i precyzyjnie wskazywało oczekiwania.

3. Deklaracja właściwości użytkowych (pkt 5 tabeli). Zgodnie z pkt 5 tabeli dla oczyszczonych miedzianych rur do gazów medycznych Zamawiający wymagał załączenia do oferty Deklaracji właściwości użytkowych. Na stronach od nr 186 do 191 oferty Konsorcjum B. SA znajduje się dokument zatytułowany „Declaration of Performance” wraz z tłumaczeniem. Dokument sporządzony w języku angielskim i tłumaczenie zawierają wiele rozbieżności, przedstawionych w tabeli poniżej, które wskazują, iż Konsorcjum B. dołączyło

13

do oferty niewłaściwy certyfikat producenta lub jego niewłaściwe tłumaczenie. Wskazał odpowiednio na dokument w języku angielskim i jego tłumaczenie: 1.Str. 186 oferty: powołanie na normę: „BS EN 13348:2008” - Str. 189 oferty: powołanie na normę: „PN-EN 13348:2009”; 2. Str. 187 oferty: powołanie na normę: „BS EN 13348:2008” - Str. 190 oferty: powołanie na normę: „EN 13348:2009”; 3. Str. 187 oferty: powołanie na normę: „BS EN 13348:2008” - Str. 190 oferty: powołanie na normę: „EN 13348:2009”; 4. Str. 187 oferty: powołanie na normę: „BS EN 8493:2004” -Str. 190 oferty: powołanie na normę: „EN ISO 8493:2009”. Ponadto, prawidłowe tłumaczenie tytułu „Declaration of Performance” to „Deklaracja wykonania” nie zaś „Deklaracja właściwości użytkowych”. Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej rozbieżności i nieścisłości Zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum B. do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentu, o który mowa w pkt 5 tabeli.

4. Deklaracja zgodności wytwórcy potwierdzająca model i typ opisany w niniejszym

formularzu (pkt 6 tabeli). Zgodnie z pkt 6 tabeli dla oczyszczonych miedzianych rur do gazów medycznych Zamawiający wymagał załączenia do oferty deklaracji zgodności wytwórcy potwierdzającej model i typ opisany w niniejszym formularzu (model i typ musi zostać potwierdzony w materiałach potwierdzających parametry). Na stronach 192-194 oferty Konsorcjum B. został zamieszczony dokument „EC Declaration of conformity” wraz z tłumaczeniem. Przedmiotowa deklaracja nie została opatrzona datą co uniemożliwia zweryfikowanie czy oferowane rury spełniały wymagania Zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upływał termin składania ofert. W związku z powyższym, Zamawiający powinien był wezwać Konsorcjum B. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów.

VII. Zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów - tłumaczenie dokumentów.

1. Zamawiający zaniechał wezwania Konsorcjum B. do uzupełnienia dokumentów - tłumaczenia na język polski dokumentów, które zostały załączone do oferty w języku obcym.
2. Wśród dokumentów potwierdzających parametry aparatów usg opisane w załączniku 8.3 wyposażenie medyczne - specyfikacja {7} aparaty usg - 2 szt. Aparat nr 1 do Gabinetu mammograf»; Aparat nr 2 do gabinetu urologiczno-ginekologicznego, zamieszczonych na stronach od 858 do 862 oferty Konsorcjum B. znajdują się dokumenty przedstawione w języku obcym bez tłumaczenia na język polski.
3. Zamawiający zgodnie z SIWZ wymagał przedłożenia wszelkiej dokumentacji w języku polskim lub wraz z tłumaczeniem na język polski. Załączenie dokumentów potwierdzających parametry bez jednoczesnego przedstawienia ich tłumaczenia na język polski skutkuje brakiem możliwości prawidłowej weryfikacji zgodności urządzenia z SIWZ.

14

VIII. Zarzut niezgodności oferty Konsorcjum B. z treścią SIWZ.

1. Treść oferty Konsorcjum B. nie odpowiada treści SIWZ w zakresie zaoferowanych przez tego wykonawcę lamp zabiegowych naściennych oraz pomp infuzyjnych strzykawkowych.
2. Lampa zabiegowa naścienna.
Zamawiający określił wymagania, co do aparatury medycznej między innymi w załączniku nr 8.2 do SIWZ. Zamawiający opisał w tym załączniku parametry graniczne oraz parametry punktowane, a także wskazał, iż: „udzielenie odpowiedzi „nie” lub innej nie stanowiącej jednoznacznego potwierdzenia spełnienia warunku będzie skutkowało bezwzględnym odrzuceniem oferty. Załącznik nr 8.2 do SIWZ obejmuje między innymi opis parametrów lampy zabiegowej naściennej. W ofercie firmy Konsorcjum B. zaoferowano urządzenie: „Famed Łódź/Solis 60 W - wersja ścienna” do kilku pomieszczeń, na następujących stronach oferty: 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 308, 309, 310, 311, 313, 315, 317, 319. Na w/w stronach oferty Konsorcjum B. podało nieprawdziwe parametry lampy zabiegowej (niezgodne z rzeczywistością), wprowadzając w błąd Zamawiającego, co w efekcie doprowadziło do nieuzasadnionego przyznania Konsorcjum B. punktów za jakość zaoferowanego urządzenia. Dodatkowo analiza dokumentacji producenta zaoferowanych lamp potwierdza, że zaoferowane urządzenie nie spełnia wymagań SIWZ. Zamawiający wymagał zaoferowania lampy o żywotności diod nie mniejszej niż 50000 godzin, według oryginalnego foldery producenta zaoferowana lampa FAMED SOUS 60W charakteryzuje się żywotnością diod 40000 godzin. Wymagano również lampy emitującej światło o średnicy plamy co najmniej 18 cm jako cechę punktowaną [TAK - 2 pkt, NIE - 0 pkt], według oryginalnego foldery producenta zaoferowana lampa FAMED SOUS 60W charakteryzuje się średnicą plamy świetlnej 16 cm. Powyższe winno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp ewentualnie nieprzyznaniem punktów za ten parametr. Powyższe powoduje, że oferta Konsorcjum B. jest niezgodna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

IX. Zarzut zaniechania dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

1. Zamawiający zaniechał dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Za najkorzystniejszą ofertę została bowiem uznana oferta złożona przez Konsorcjum B., która ze względu m.in. na omówione w

odwołaniu nieprawidłowości i błędy nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

2. Konsorcjum B. otrzymało maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium „Parametry techniczno-użytkowe urządzeń opisanych w Załączniku nr 8.1-8.3 do SIWZ”, czyli 20 pkt. Przyznana ofercie Konsorcjum B. w ramach tego kryterium oceny ofert liczba punktów, została przyznana w sposób nieprawidłowy gdyż oprócz wyżej przedstawionych niezgodności występują w niej następujące błędy, których wystąpienie wpływa na przyznaną punktację.

- a) Zaoferowana przez Konsorcjum B., w Załączniku 8.2, lampa zabiegowa „Famed Łódź/Solis 60 W - wersja ścienna” nie spełnia wymagań SIWZ.

Gdyby jednak hipotetycznie dopuścić ofertę Konsorcjum B. i to urządzenie do oceny parametrów technicznych, na podstawie prawidłowych parametrów lampy deklarowanych przez producenta, to w związku z faktem, iż lampa występuje w załączniku 8.2 w siedemnastu miejscach i w każdym miejscu jest przyznawana ocena punktowa, oferta Konsorcjum B. powinna uzyskać o 34 punkty mniej niż przyznano w kryterium „Parametry techniczno-użytkowe” czyli $1051 - 34 = 1017$ punkty, co w konsekwencji wpłynęłoby na uzyskanie przez tego wykonawcę mniejszej liczby punktów w ramach kryterium „Parametry techniczno-użytkowe urządzeń opisanych w Załączniku nr 8.1-8.3 do SIWZ”.

- b) Zamawiający w załączniku 8.3 (3) pompa infuzyjna (strzykawkowa) oczekiwał zaoferowania zasilacza wewnętrznego zintegrowanego z pompą jako cechą punktową TAK - 2 punkty, NIE - 0 punktów.

Konsorcjum B. wypełniając załącznik 8.3 (3) na stronie 408 swojej oferty potwierdziło parametr „Tak. Zasilacz zewnętrzny niezintegrowany z pompą. DOPUSZCZENIE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO”. W ten sposób Konsorcjum B. zasugerowało, iż Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytania do SIWZ, może uznać ocenę 2 punktową dla zaoferowanego zewnętrznego akumulatora pompy PERFUSOR SPACE. Jednak w opublikowanych odpowiedziach na pytania brak jest modyfikacji sposobu punktacji. Posłużenie się takim opisem ocenianego wymogu miało na celu wprowadzenie w błąd i uzyskanie większej liczby punktów. Ponadto Konsorcjum B. zadeklarowało dla tego wymogu „Tak” (potwierdziło, że go spełnia) podczas gdy parametr „Zasilacz zewnętrzny”, który zadeklarował ten wykonawca niewątpliwie nie stanowi wymaganego przez Zamawiającego „zasilacza wewnętrznego”. Tym samym w ramach rzetelnej oceny opisanego parametru należy ofercie Konsorcjum B. przyznać 0 punktów. Reasumując, ponieważ pompa jest wymieniona i oceniana w załączniku 8.2 dwukrotnie należy ocenę punktową Konsorcjum B. wskazaną w protokole zbiorczym komisji przetargowej dla wszystkich kryteriów oceny, pomniejszyć o kolejne 4 punkty.

c) Zamawiający w załączniku 8.3 (3) pompa infuzyjna (strzykawkowa) oczekiwał zaoferowania pompy z możliwością pełnego mocowania strzykawki zarówno przy włączonej jak i wyłączonej pompie jako cechą punktową TAK - 3 punkty, NIE - 0 punktów. Konsorcjum B. wypełniając załącznik 8.3 (3) na stronie 409 swojej oferty potwierdził parametr „Tak. Pełne mocowanie strzykawki przy włączonej pompie”. Takie uzupełnienie formularza sugeruje, że Konsorcjum B. powinno w ramach tego kryterium otrzymać maksymalną liczbę punktów (Tak - 3 punkty). W tym miejscu należy jednak zauważyć, że Konsorcjum B. wskazało co prawda odpowiedź „Tak”, ale odniosło się przy tym jedynie do mocowania strzykawki przy pompie włączonej, podczas gdy „Tak” wykonawca mógł zaznaczyć jedynie w przypadku gdy istnieje możliwość pełnego mocowania strzykawki zarówno przy włączonej jak i wyłączonej pompie. Nigdzie w załączonych do oferty dokumentach pochodzących od firmy Braun nie potwierdzono, aby wyłączone urządzenie PERFUSOR SPACE posiadało możliwość pełnego mocowania strzykawki przy wyłączonej pompie. Tym samym, Konsorcjum B. po raz kolejny posłużyło się niejednoznacznymi sformułowaniami, które mogą wprowadzić Zamawiającego w błąd podczas dokonywania oceny punktowej wymogów. Prawidłowe sformułowanie, którym powinno być posłużać się Konsorcjum B. w ofercie w zakresie wspomnianego parametru powinno brzmieć: „Nie. Brak mocowania przy wyłączonej pompie”. W konsekwencji Konsorcjum B. za przywołany

parametr powinno otrzymać 0 pkt zamiast 3 punktów. Reasumując, ponieważ pompa jest wymieniona i oceniana w załączniku 8.2 dwukrotnie należy ocenę punktową Konsorcjum B. wskazać w protokole zbiorczym komisji przetargowej dla wszystkich kryteriów oceny, pomniejszyć o kolejne 6 punktów.

Podsumowując stwierdził, że oferta Konsorcjum B. powinna w tym kryterium uzyskać maksymalnie 1007 punktów, zamiast przyznanych 1051. Zatem oferta Konsorcjum W. winna uzyskać w tym kryterium 20 pkt, a oferta Konsorcjum B. -19,4. W konsekwencji to oferta Konsorcjum W. byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów ustalonych przez Zamawiającego, gdyż aktualna różnica w punktacji wynosi zaledwie 0,29 pkt.

Ponadto, w związku z przedstawionymi w niniejszym odwołaniu niezgodnymi z przepisami Pzp zaniechaniami i działaniami Zamawiającego zmianie powinna również ulec punktacja przyznana Konsorcjum B. w ramach pozostałych kryteriów oceny ofert:

a) Maksymalna punktacja w ramach kryterium cena, czyli 60 punktów, przyznana ofercie Konsorcjum B. została przyznana w efekcie nieprawidłowego poprawienia rzekomej omyłki występujące w ofercie tego wykonawcy, co zostało szczegółowo omówione w pkt II uzasadnienia odwołania);

17

b) Maksymalna punktacja w ramach kryterium „Przedłużenie minimalnego okresu gwarancji na roboty budowlane”, czyli 10 punktów, została przyznana ofercie Konsorcjum B. w efekcie nieprawidłowego poprawienia zaoferowanej długości gwarancji w zakresie wyposażenia gazów medycznych i zmiany treści oferty, co zostało omówione w pkt III uzasadnienia odwołania. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Konsorcjum B. otrzymałaby odpowiednio mniej punktów w ramach w/w kryterium oceny ofert, a w konsekwencji to oferta Odwołującego, a nie oferta Konsorcjum B. zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził brak podstaw do uwzględnienia odwołania i odnosząc się do podniesionych i podtrzymanych zarzutów wskazał.

Ad. 1 i 2: Wykonawca Konsorcjum B. w wykonaniu zobowiązania do złożenia dokumentów zgodnie z treścią art. 26 ust. 1 Pzp przedłożył wymagane dokumenty. Zamawiający powziął wątpliwość, co do treści referencji i pismem z dnia 6 lutego 2017 r. zobowiązał Konsorcjum B. do złożenia wyjaśnień czy List referencyjny nr 16/2014 (karty 181-185 załączników do pisma z dnia 3 lutego 2017 roku) obejmuje referencje w zakresie wykazania spełniania warunków wskazanych w rozdz. V lit C ust. 1 pkt b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ocenie Zamawiającego z treści Listu referencyjnego nie wynikało by zakres robót w ramach inwestycji „Przebudowa i Rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala dziecięcego im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy”, obejmował zakład radioterapii, w sytuacji gdy zamawiający żądał wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku opisanego w pkt C ust. 1a) i b) Rozdziału V SIWZ, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty. Szczegółowo uzasadnił wezwanie do złożenia wyjaśnień. W szczególności dla jednoznacznego potwierdzenia, iż zakres robót obejmował zakład radioterapii Zamawiający podkreślił, iż w Specyfikacji wskazano na obowiązek załączenia dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca pismem z dnia 9 lutego 2017 potwierdził, iż List

18

referencyjny potwierdza należyłą realizację zamówienia obejmującego „Przebudowę i

rozbudowę Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy" w celu wykazania spełniania warunków wskazanych w rozdz. V lit C ust. 1 pkt b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wykonawca oświadczył ponadto, iż w ramach tej realizacji pozyskał wiedzę i doświadczenie wymagane w warunku Rozdziału V lit C ust. 1 pkt b) SIWZ. Mając na uwadze, że udzielona odpowiedź była kategorią, Zamawiający przyjął, że Wykonawca potwierdził treść oświadczenia złożonego w JEDZ, zaś w związku z faktem, że złożone referencje potwierdzały należyte wykonanie tego zamówienia, Zamawiającym stwierdził, że Konsorcjum B. spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Ad. 3: Pismem z dnia 17 i 18 stycznia 2017 r. Zamawiający dokonał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w ofercie Konsorcjum B., które to działanie było w pełni uzasadnione tak na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, jak stanu faktycznego sprawy. Załącznikiem do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia był wzór formularza oferty, zgodnie z którym w pkt 1 oferent zobowiązany był wpisać wartość przedmiotu zamówienia, która stanowiłaby sumę kwot wynikających z pkt a) - f) formularza oferty. W pkt e) oferent zobowiązany był określić wartość elementów SMS i sieci komputerowych, która miała być ujęta w pkt b) tj. ryczałtowej wartości wykonania robót budowlanych - zgodnie z załącznikiem nr 13. Załącznik nr 13 do SIWZ zawiera opis wyposażenia SMS i sieci komputerowej ze wskazaniem jego wartości. Ponadto załącznik nr 13 zawiera uwagę, zgodnie z którą: „Wartości podane w załączniku nr 13 ujęte w ryczałtowej wartości wykonania robót budowlanych”. Specyfikacja nie była kwestionowana w tym zakresie przez żadnego z Wykonawców, Wykonawcy w ramach wniosków o udzielenie wyjaśnień do treści SIWZ nie składali zapytań dotyczących przedmiotowych postanowień. Również w § 7 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 9 do SIWZ) wskazano, że na wynagrodzenie wykonawcy składa się wartość ryczałtową poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia z pkt a) - e), z tym, że w pkt e) znalazło się zastrzeżenie, że ryczałtowa wartość - elementów SMS i sieci komputerowych - ujęta została w pkt b) tj. ryczałtowej wartości wykonania robót budowlanych. Z powyższego wynika, iż wartość przedmiotu zamówienia określona przez oferenta powinna stanowić sumę wartości poszczególnych elementów zamówienia określonych w pkt a) - f), za wyjątkiem pkt e), gdyż zarówno formularz oferty, wzór umowy (załącznik nr 9 do SIWZ), jak i załącznik nr 13 do SIWZ stanowi jednoznacznie, że wartość robót ujęta w pkt e) stanowi element robót, których wartość określona została w pkt b). Z analizy oferty złożonej przez ww. wykonawcę wynika natomiast, że wartość przedmiotu zamówienia określona w pkt 1 oferty stanowi sumę wszystkich punktów a) - f), co oznacza, że wartość ryczałtowa elementów SMS i sieci komputerowych została przez wykonawcę policzona dwukrotnie tj. raz jako element robót

19

budowlanych (pkt b), a raz jako element sieci komputerowych (pkt e). Z tego względu konieczny było dokonanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej. Bez znaczenia przy tym jest skutek jaki spowodowało to w wzajemnej relacji cen obu Wykonawców. Nie ma bowiem to żadnego znaczenia na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Nie miało też miejsca żądanie wyjaśnień od Wykonawcy w tym zakresie. Zamawiający w pełni się przychylił do stanowiska prezentowanego w odwołaniu, iż żądanie wyjaśnień prowadziłoby do swoistych „negocjacji” pomiędzy Wykonawcą, a Zamawiającym ale co ważniejsze pozbawiało omyłkę przymiotu „oczywistości” i wyłączało stosowanie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Nie sposób również nie zgodzić się ze wskazaniem, iż cena miała charakter ryczałtowy, z tym zastrzeżeniem, iż w treści Ofert wyraźnie posłużono się zwrotem „w tym”, który zgodnie z wykładnią Zamawiającego, który jest autorem SIWZ oznacza, iż na cenę składa się suma kwot wskazanych w pkt a) - f) z uwzględnieniem ujęcia pozycji e) w pozycji b). [1] oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia, stosując niżej wymienione wartości: Wartość wykonania całego przedmiotu umowy (...) w tym: a) ryczałtowa (...). W orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej pojawiał się pogląd o braku możliwości zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. Jednakże w nowszych orzeczeniach KIO odchodzi od ww. poglądu. Z wyroku w sprawie o sygn. KIO 2392/12 oraz KIO 2410/12 wynika, iż: „Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób”. Również w wyroku w sprawie o sygn. KIO/UZP 50/14 wyrażono pogląd, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego nie uniemożliwia

zamawiającemu badania oferty. Reasumując, pomimo zastrzeżenia w SIWZ i umowie wynagrodzenia ryczałtowego, istnieją podstawy do badania poprawności oferowanego świadczenia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Odnosnie natomiast wykładni pojęcia „oczywistej omyłki rachunkowej”, to było ono przedmiotem licznych orzeczeń KIO. Oczywista omyłka rachunkowa jest konsekwencją niewłaściwego przeprowadzenia obliczeń arytmetycznych (wyrok KIO 2162/11). Oczywistą omyłkę rachunkową stanowi błąd w obliczeniach popełniony przez wykonawcę, który da się poprawić wyłącznie w jeden sposób, nie budzący żadnych wątpliwości, przez zsumowanie, odjęcie, pomnożenie lub podzielenie poszczególnych pozycji. W uchwale (w sprawie o sygn. KIO/KD 2/11 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że: "Przez "omyłkę rachunkową w obliczaniu ceny" należy rozumieć omyłkę w przeprowadzaniu rachunków na liczbach. Omyłka rachunkowa w obliczaniu ceny oznacza omyłkę rachunkową, która dotyczy obliczenia ceny, przy czym musi mieć ona charakter oczywisty. Jeżeli charakter omyłki i okoliczności jej popełnienia wskazują, iż każdy racjonalnie działający wykonawca, który składa ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego, złożyłby ofertę o odmiennej (poprawnej) treści, można uznać, iż omyłka ma

20

charakter "oczywisty". Poprawienie przez zamawiającego w tekście oferty oczywistej omyłki rachunkowej w obliczaniu ceny jest obligatoryjne ("zamawiający poprawia"). Oczywista omyłka rachunkowa polega na błędnym zsumowaniu, odjęciu, pomnożeniu lub podzieleniu poszczególnych pozycji. "W konsekwencji za błąd rachunkowy uznać należy omyłki w przedmiocie wszystkich działań arytmetycznych i sprzeciwiających się zasadom reguł matematycznych (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 1967 roku, sygn. akt II Cz 48/67). Wyjaśnienie pojęcia oczywistej pomyłki rachunkowej zostało również uwzględnione w wyroku KIO 2463/11. Popełniona omyłka ma charakter oczywisty, jeżeli została stwierdzona samodzielnie przez zamawiającego, jest bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów postępowania lub uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy. W przypadku poprawienia w ofercie oczywistej omyłki rachunkowej nie dochodzi do zmiany treści oświadczenia woli wykonawcy. Z punktu widzenia prawidłowości poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych ważne jest tylko stwierdzenie, że mamy do czynienia z oczywistym charakterem omyłki rachunkowej. "Omyłka oczywista to taka, której charakter przypadkowy, niezamierzony jest dostrzegalny na pierwszy rzut oka, bez potrzeby wykonania jakiegokolwiek dodatkowej analizy. Oczywista omyłka de facto nie zmienia treści oświadczenia wykonawcy, a jej poprawienie polega na jedynie formalnym doprowadzeniu treści oświadczenia do prawidłowego brzmienia" (wyrok KIO 2025/14). Odnosząc powyższe do oferty Wykonawcy, zaistniała oczywista omyłka rachunkowa. Po pierwsze, dotyczy ona nieprawidłowego zsumowania przez wykonawcę poszczególnych wartości z pkt a) - f) formularza oferty. Po drugie, uznać należy omyłkę za oczywistą, ponieważ jest możliwa do poprawienia bez konieczności uzyskiwania wyjaśnień wykonawcy i bez potrzeby odwoływania się do innych dokumentów postępowania. W orzeczeniu w sprawie KIO/UZP 20/09, definiując oczywistą omyłkę rachunkową Izba podkreśliła jej „widoczność” oraz brak zamiaru jej popełnienia: „Oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, a w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji”. Jego zdaniem, zgodnie z wzorem formularza oferty Zamawiający żądał wskazania wartości poszczególnych robót, składających na przedmiot zamówienia, zastrzegając jednocześnie, że wyszczególniona w pkt e) wartość elementów BMS i sieci komputerowych stanowi część robót ujętych w pkt b) tj. ryczałtowej wartości wykonania robót budowlanych. Nie ulega wątpliwości także, że liczba 56.592.842,81 zł nie jest równa sumie wartości określonych w pkt a) - f) z wyłączeniem pkt e), gdyż suma tych wartości wynosi 55.912.566,70 złotych. Tym samym w działaniu arytmetycznym sumowania wystąpiła omyłka rachunkowa. Omyłka ta jest nadto omyłką oczywistą, gdyż przeprowadzenie poprawnego sumowania ww. liczb jednoznacznie wskazuje jaki powinien być poprawny wynik. Dla przeprowadzenia bowiem

21

poprawnego sumowania nie jest potrzebna żadna wiedza szczególna ani specjalna, jak również nie jest potrzebne uzyskiwanie jakichkolwiek informacji ani wyjaśnień od oferenta. Podkreślił, że nawet Odwołujący „zastosował” się do opisanego powyżej sposobu opisu ceny

ofertowej. Cena ryczałtowa wskazana przez Konsorcjum W. jest sumą pozycji a) - d) oraz f) z oferty.

Ad. 4 i 5: Pismem z dnia 31 stycznia 2017 r. zawiadomiono Konsorcjum B. o poprawieniu w treści oferty Wykonawcy innych omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający ze względu na wskazany w odwołaniu sposób określenia wymagań dotyczących gwarancji na urządzenia opisane w Załączniku 8.1 (oraz w załączniku 8.1.A wyodrębnione w zakresie ceny urządzenia opisane w Załączniku 8.1) pismem z dnia 25 stycznia 2017 r. wystąpił do obu wykonawców o potwierdzenie, czy Wykonawca w zakresie urządzeń wskazanych w Załączniku nr 8.1 do SIWZ „Gazy medyczne - specyfikacja urządzeń”, w tym łóżek szpitalnych, których ceny zostały zamieszczone w Załączniku 8.1.A. udziela gwarancji zgodnie z treścią Oferty (pkt 4 na str. 5 Oferty) na okres 60 miesięcy zgodnie z zapisami § 16 ust. 2 Wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ zgodnie z którym, „Wykonawca udziela gwarancji na urządzenia opisane w Załączniku nr 8.1 do SIWZ na okres minimum 36 miesięcy od daty dokonania odbioru końcowego Przedmiotu umowy, przy czym okres gwarancji nie może być krótszy niż udzielony na roboty budowlane zgodnie z § 16 ust. 1”. Mając na uwadze treść odpowiedzi Zamawiający dokonał poprawienia omyłek treści oferty występując jednocześnie o wyrażenie zgody przez Wykonawców. Obaj wykonawcy wyrazili zgodę na dokonanie poprawienia omyłek w terminie wynikającym z art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Wskazał, że nieuzasadniony jest zarzut nierównego traktowania wykonawców, gdyż Zamawiający w miarę konieczności w odniesieniu do obu Wykonawców i ich ofert kierował wezwania mając na celu usunięcie stwierdzonych wadliwości i braków (albo poprzez zastosowanie art. 87 albo art. 26 ust. 3 Pzp).

W zakresie omyłki niesprostowanej na stronie 255 oferty, gdzie Wykonawca wskazał okres Gwarancji jako „co najmniej 2 lata” treść wyjaśnień Wykonawcy pozwalała bez żadnych wątpliwości przyjąć, iż Wykonawca zaoferował 60 miesięczny okres gwarancji zgodnie z SIWZ. Jest to okoliczność bez prawnej doniosłości wobec złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o udzieleniu gwarancji na urządzenia określone w załączniku na 60 miesięcy. W ocenie Zamawiającego nie występowała w tym zakresie niezgodność treści oferty z SIWZ, która wymagałaby poprawienia omyłki. W istocie sam Zamawiający mógł przyczynić się do wadliwego wskazania okresu gwarancji i wobec wyjaśnień wątpliwości mogące powstać w ten sposób zostały rozwiązane.

22

Ad. 6: Pismem z dnia 5 stycznia 2017 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum B. do wyjaśnienia złożonej oferty poprzez wskazanie w załączniku 8.2 do SIWZ Wyposażenie medyczne: a. stawki VAT 8 % w odniesieniu do zaoferowanego mammografu Selenia Dimensions 3D (producent Hologic Inc), b. stawki VAT 8 % w odniesieniu do stołu do biopsji Affirm (producent Hologic Inc). Zamawiający w toku analizy oferty złożonej przez wykonawcę powziął wątpliwość, co do prawidłowości wskazania w ofercie jednolitej stawki 8 % VAT w odniesieniu do całych wskazanych powyżej urządzeń, w sytuacji gdy według wiedzy Zamawiającego urządzenia te podlegają stawce VAT 8 % oraz w części stawce VAT 23 %. Wykonawca wyjaśnił, że korzystał z wzoru formularza udostępnionego przez Zamawiającego. Nie jest prawdą, iż Zamawiający narzucił 8 % VAT, jednak w formularzu Zamawiający nie przewidział odrębnych rubryk na wpisanej dwóch stawek VAT odnoszących się do urządzeń. Okoliczność ta nie ma jednak znaczenia w świetle wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę. Skoro w załączniku 8.2 zamieszczono elementy (sprzęt medyczny) objęte podatkiem VAT w stawce 8 %, a pozostałe elementy urządzenia ujęte zostały w cenie ryczałtowej (w ramach robót budowlanych objętych stawką w wysokości 23 %) to należy uznać, iż stawki VAT wskazane w ofercie są prawidłowe. W świetle wyjaśnień Wykonawcy oferta była zgodna z SIWZ, zaś same wyjaśnienia nie prowadziły do zmiany treści oferty. Nie można zatem formułować zarzutu błędu w obliczeniu ceny skutkującym odrzuceniem oferty zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Ad. 7: Termin wykonania przedmiotu zamówienia w ofercie został określony na dzień 31 maja 2018 r. Wbrew stanowisku Odwołującego nie jest to sprzeczne z zapisami SIWZ. W pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający określił termin wykonania zamówienia na dzień 30 września 2018 r. (Rozdział IV SIWZ). Zamawiający przewidział, iż Wykonawcy mogą zaoferować krótszy termin realizacji przedmiotu zamówienia. Jednym z kryteriów

oceny ofert było bowiem kryterium skrócenia czasu realizacji zamówienia. Zamawiający w treści SIWZ przewidział, iż w ramach tego kryterium przyznane może zostać maksymalnie 10 punktów. Zgodnie z formułą przewidzianą w Rozdziale XII ust. 2 pkt 4 „Prmax” zdefiniowano jako „maksymalne skrócenie czasu wykonania przedmiotu umowy (ilość pełnych miesięcy) spośród badanych ofert, nie więcej niż trzy miesiące”. Zatem nie może budzić wątpliwości okoliczność, iż zaoferowanie krótszego okresu realizacji przedmiotu zamówienia nie było niezgodne z SIWZ - pozostawało jedynie objęte dla oceny oferty w zakresie tego kryterium oceny ofert. Obaj Wykonawcy otrzymali za to kryterium taką samą liczbę punktów. Zamawiający nie zakazał zaoferowania krótszego czasu realizacji, przy czym taki krótszy termin nie przekładał się z żaden sposób na ocenę oferty.

23

Ad. 8 i 9: W zakresie zarzutów dotyczących dokumentów przedstawionych dla rur miedzianych do gazów medycznych wskazał, że w istocie Wykonawca złożył wraz z ofertą Certyfikat nr CE 568506 z datą ważności do dnia 12 grudnia 2016 r. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 stycznia 2017 r. złożył Certyfikat nr CE 568506 datowany na dzień 24 stycznia 2017 roku, z terminem ważności do dnia 2021 roku. Analiza treści obu dokumentów jednoznacznie wskazuje na fakt, że Wykonawca złożył de facto jeden certyfikat oznaczony numerem CE 568506. Co więcej z treści certyfikatu wynika ciągłość jego obowiązywania w pięcioletnich okresach począwszy od dnia 13 grudnia do dnia 12 grudnia po upływie pięcioletniego okresu. Tym samym pozbawione podstaw jest stanowisko, iż na dzień składania ofert Wykonawca nie potwierdził zgodności oferowanych rur Dyrektywą Rady 93/42/EWG. W ocenie Zamawiającego nie zasługuje na uwagę zarzut nie załączenia „Deklaracji właściwości użytkowych”. Zarzut wynika z nieprawidłowego tłumaczenia przez Odwołującego się zwrotu „Declaration of Performance”, które w ocenie Odwołującego oznacza „Deklarację wykonania”. W tym zakresie odwołał się wprost do treści rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG. Rozdział 2 nosi tytuł „DEKLARACJA WŁAŚCIWOŚCI UŻYTKOWYCH ORAZ OZNAKOWANIE CE” co w wersji angielskiej dostępnej na stronie eur-lex.europa.eu jest przetłumaczone jako „DECLARATION OF PERFORMANCE AND CE MARKING”. Wersja angielska dostępna jest pod adresem: (...) Dowód: wydruk z systemu eur-lex.europa.eu (wyciąg). Odnosząc się do zarzutu wadliwości tłumaczenia deklaracji właściwości użytkowych Zamawiający stoi na stanowisku, iż tłumaczenie dokumentu zostało dokonane zgodnie z zaleceniami Komitetu Technicznego Polskiego Komitetu Normalizacyjnego <https://wiedza.pkn.pl/web/wiedza-normalizacyjna/informacje-podstawowe> - tłumaczenie odwołuje się do treści polskich tłumaczeń norm europejskich. Skrót BS (British Standard) albo PN (Polska Norma) przed oznaczeniem EN (norma europejska) oznacza jedynie prawnego właściciela normy o określonym numerze natomiast treść normy na podstawie prawa europejskiego (normy zsynchronizowane jest uznawana za identyczną. W przypadku gdy od momentu ogłoszenia wersji oryginału ukazała się uzgodniona w obszarze europejskim aktualizacja zasadą jest podawanie w tłumaczeniu najbardziej aktualnej uzgodnionej wersji stąd zamiast 2008 jest 2009. Jest to jednak w każdym przypadku ta sama norma. Deklaracja zgodności zamieszczona na kartach 192 - 194 nie zawiera daty. W istocie dokument ten nie musi być opatrzony datą co wynika z jego charakteru. Jest to oświadczenie producenta (względnie przedstawiciela producenta) nie ograniczone terminem. Zatem by wywodzić wadliwość tego dokumentu konieczne byłoby podniesienie okoliczności faktycznych dotyczących cofnięcia deklaracji, jej unieważnienia lub innej czynności, która prowadziłby do utraty mocy prawnej

24

Deklaracji. Wobec braku takiego zarzutu Zamawiający nie mógł uznać zarzutu za uzasadniony.

Ad. 10: Zamawiający nie kwestionuje, że dokumenty złożone w języku obcym winny zostać złożone wraz z tłumaczeniem na język polski - wymóg taki został wprost zawarty w SIWZ. Wbrew zapatrywaniom Odwołującego do oferty nie załączono dokumentów sporządzonych w języku angielskim bez ich tłumaczenia - mowa tu o kartach 858-862 Oferty. Zwrócił uwagę,

że na stronie 857 oferty znajduje się oświadczenie B.M. z dnia 9 grudnia 2016 r., że urządzenia spełniają wszystkie wymagania i parametry wymienione w załączniku nr 8.3 do postępowania. Oświadczenie sporządzone jest w języku polskim i angielskim. Jednocześnie producent złożył dodatkowo tłumaczenie na język angielski Załącznika nr 3 Wyposażenie medyczne - specyfikacja (7) aparaty usg - 2 szt. (...). W istocie zatem Wykonawca załączył dokument w języku angielskim będący jedynie tłumaczeniem załącznika do SIWZ, nie zaś jak podnosi Odwołujący dokument w języku angielskim bez jego tłumaczenia. Wymaganie w takim przypadku złożenia przez Wykonawcę tłumaczenia złożonego tłumaczenia prowadziłoby wprost do złożenia dokumentu w treści tożsamego z załącznikiem do SIWZ.

Ad. 11: Odnosząc się do zarzutów sformułowanych w zakresie lamp Zamawiający wskazał, że zarzuty te pozbawione są całkowicie podstaw. Odwołujący nie powołał żadnych dowodów na ich poparcie. Podnoszenie, iż „według oryginalnego folderu producenta (...)” jest niezrozumiałe, gdyż na stronie producenta dostępne są zupełnie odmienne dane. W zakresie żywotności diod Zamawiający stwierdził, że żywotność ta wynosi do 50.000h, a nie jak wskazuje Odwołujący 40.000 godzin. Producent wprost wskazuje, na możliwość modyfikacji parametrów - w istocie zależy to od użytych diod LED. Ze względu na fakt, iż jest to wyrób medyczny objęty załącznikiem IIa taka zmiana jest możliwa do dokonania przez producenta. Co do punkowanego parametru wielkości plamy świetlnej podany w odwołaniu jako 16 cm wskazał, że zgodnie z parametrami udostępnionymi przez producenta średnica pola roboczego d (10) wynosi 220 mm. Nie może być zatem wątpliwości co do spełniania warunków określonych w SIWZ. Pole robocze d (10) jest bowiem mniejszą wartością niż „wielkość plamy” i stanowi 90 % wielkości plamy. Tym samym plama świetlna w lamie FAMED/SOLIS jest większa niż 220mm. Dowód: wydruk ze strony producenta, wzór wykresu natężenia oświetlenia. Wskazał na Parametry techniczne lampy naściennej dostępne na stronie producenta, w tym co do: Średnica pola roboczego - 220mm. Zamawiający podał, że również zarzuty podnoszone w zakresie parametrów pompy infuzyjnej strzykawkowej są nieuzasadnione. Z jednej strony wnika to z faktu, iż Odwołujący się zaoferował dokładnie to samo urządzenie. Co więcej Zamawiający, podobnie jak Wykonawcy posiada wiedzę o charakterystyce pracy pomp infuzyjnych strzykawkowych wskazanych w ofercie. Wynika to z faktu, że jest użytkownikiem około 100 takich urządzeń i nie ma wątpliwości co do spełniania

25

przez te urządzenia warunków wymaganych SIWZ. Zamawiający potwierdza ponadto istnienie ogólnej zależności, że w miarę wzrostu przepływu skraca się czas pracy akumulatora - tożsamej z wynikającą z treści Oferty (strona 408) i oświadczenia dystrybutora. Skoro przy prędkości infuzji 25 ml/h czas pracy akumulatora wynosi „w przybliżeniu 8 godzin”, a Zamawiający wymagał 8 godzinnej pracy na akumulatorze bez założonej prędkości infuzji to oczywistym jest, że przy niższej prędkości infuzji czas ten będzie przekraczał 8 godzin. Dowód: oświadczenie dystrybutora z dnia 2 stycznia 2017 roku. Na marginesie wskazał, że obaj Wykonawcy zaoferowali identyczny typ pompy infuzyjnej strzykawkowej i otrzymali za te urządzenia taką samą liczbę punktów.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia B. S.A., V.P. Sp. z o.o., V.E.z W. wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Ogłoszenie o zamówieniu, którego przedmiotem jest „Budowa Siedleckiego Ośrodka Onkologii (SOO) przy Mazowieckim Szpitalu Wojewódzkim w Siedlcach Sp. z o.o.” zostało opublikowane w dniu 9 listopada 2016 r. w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej, a zatem do tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych po ich zmianie ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020).

Przedmiotem zamówienia - zgodnie z rozdziałem III specyfikacji istotnych warunków zamówienia [siwz] - jest budowa nowoczesnego, pełnoprofilowego ośrodka onkologicznego w systemie „zaprojektuj i wybuduj”. W obiekcie tym mają być wyodrębnione m.in. stanowiska do chemioterapii, pracownia cytostatyków, przychodnia onkologiczna, zakład radioterapii,

zakład medycyny nuklearnej, pracownia TK i MR oraz mammografii. Obiekt ten ma spełniać wymogi Państwowej Agencji Atomistyki przewidziane dla ośrodków onkologicznych prowadzących radioterapię i posiadających akceleratory. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje także częściową dostawę wyposażenia medycznego na potrzeby tego Ośrodka. Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia określona została na kwotę ok. 44 mln zł

26

netto. Powierzchnia użytkowa Ośrodka ma wynosić 6.000 m², w tym powierzchnia bunkra dla akceleratora oraz zakładu radioterapii ok. 2.200 m². Podnoszone w odwołaniu zarzuty zostały skierowane wobec oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B. S.A. z siedzibą w W., V.P. sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz V.E.G. z siedzibą w W. (A.) [Konsorcjum B.], która w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego została najwyżej oceniona a następnie została uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp *odniósł do wymaganego warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w rozdziale V lit. C.1 pkt b).*

Izba ustaliła, że warunek wskazany pod lit. C [po jego zmianie z 14.12.2016 r.] obejmował wykazanie przez wykonawców, że: a) „w okresie ostatnich pięciu lat, przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonali co najmniej jedno zamówienie polegające na opracowaniu projektu budowlanego/wykonawczego oraz na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu należącego do klasy 1264 (wg PKOB) o wartości inwestycji powyżej 28 000 000 PLN brutto, powierzchni użytkowej co najmniej 3 500 m² w zakresie którego znajdował się bunkier do akceleratora, b) „w okresie ostatnich pięciu lat, przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - wykonali co najmniej jedno zamówienie polegające na budowie, rozbudowie lub przebudowie obiektu należącego do klasy 1264 (wg PKOB) o wartości inwestycji powyżej 28 000 000 PLN brutto, powierzchni użytkowej co najmniej 3 500 m² w zakresie którego znajdował się zakład radioterapii, zakres zamówienia obejmował dostawę i instalację sprzętu medycznego. c) w okresie ostatnich trzech lat, przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie – wykonali co najmniej jedną dostawę polegającą na dostawie i montażu wyposażenia medycznego do obiektu należącego do klasy 1264 (wg PKOB) o wartości minimum 4 000 000 PLN brutto”.

Konsorcjum B., którego oferta została najwyżej oceniona, w JEDZ w jego Części II Sekcji C.1 w zakresie opisanych wymagań wskazało:

- 1) w JEDZ wykonawcy B.: (1) na pkt 1b i projekt referencyjny: „Przebudowa i rozbudowa Wojewódzkiego Szpitala Dziecięcego im. J. Brudzińskiego w Bydgoszczy”, a w jego opisie podano, że zadanie to „polegało na przebudowie i rozbudowie obiektu należącego do klasy

27

1264 (wg PKOB) w zakresie, którego znajdował się zakład radioterapii,” oraz (2) na lit. c) i projekt referencyjny „Wybudowanie i oddanie obiektu na potrzeby Kliniki Psychiatrii, Geriatrii (...) na terenie szpitala Uniwersyteckiego nr 1 im. dr A. Jurasza w Bydgoszczy”.

- 2) w JEDZ wykonawcy V.E.G.: (1) na pkt 1a i projekt referencyjny „Szpital Ogólny Angondje/Instytut Onkologiczne Liberville, a w jego opisie podano, że to zadanie polegało m.in. na opracowaniu projektu budowlanego/wykonawczego oraz na budowie obiektu, w którym m.in. znajdował się bunkier dla akceleratora oraz (2) na lit. c) i projekt referencyjny „Dostawa sprzętu medycznego do Kliniki Płocnej AVA-Peter”.

W JEDZ trzeciego z konsorcjantów V.P. sp. z o.o. w Sekcji C podano, że wymagania spełnione są łącznie przez wymienionych powyżej dwóch konsorcjantów.

Zamawiający [zgodnie z ustaloną procedurą w rozdziale V.C.3)] wezwał Konsorcjum B., do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie m.in. spornego warunku w zakresie 1a i 1b. Wykonawca w odpowiedzi przedłożył Wykazy według załącznika nr 3 i 4 obejmujące wymienione projekty, co do wymagań pod lit a), b) i c) oraz m.in. co do: (1) Szpitala w Bydgoszczy list referencyjny nr 16/2014, w którym wyspecyfikowany został zakres

wykonanych prac, a dla (2) Instytutu Onkologicznego Liberville - certyfikat z datą 1.07.2013 r. wraz z arkuszem danych do projektu i oświadczeniem V.E.G. z datą 27.11. 2016 r., że w zakres tej inwestycji wchodzi także zakład radioterapii.

Przedmiotem wezwania do złożenia wyjaśnień był pierwszy z dokumentów referencyjnych, na które Konsorcjum B. w odpowiedzi, „czy inwestycja obejmowała zakład radioterapii” wskazał w pkt 2 pisma z dnia 9.02.2017 r. na list referencyjny nr 16/2014 załączony na k. 181 -185 do pisma z dnia 3.02.2017 r. przedłożony w celu wykazania należytej realizacji zamówienia wskazanego w wykazie (k-172) w celu potwierdzenia spełniania warunku określonego w Rozdziale V lit. C.1 pkt b) SIWZ oraz podał, że ten list referencyjny obejmuje realizację inwestycji, w ramach której wykonawca pozyskał wiedzę i doświadczenie wymagane w zakresie tego warunku.

Mając na uwadze wymagania w opisie warunku w rozdziale V.C.3) Izba stwierdza, że Zamawiający w opisie tych wymagań nie zaznaczył, że wymagane inwestycje, a także dostawa ma dotyczyć trzech obiektów z różną lokalizacją, wymagając tym samym realizacji wskazanego zakresu na podstawie trzech odrębnych umów. Także opisy tych wymagań nie były przedmiotem wyjaśnień przed upływem terminu składania ofert. Izba dodatkowo zauważyła, że Zamawiający odnosząc się w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 30.11.2016 r. do wnioskowanych zmian m.in. w zakresie tego warunku wskazywał na istotne wyposażenie obiektu szpitalnego w akcelerator a także na kluczową/podstawową rolę

28

zakładu radioterapii w tym obiekcie szpitalnym - w ośrodku onkologicznym. Z kolei wykonawca W. - w ślad za cytowanym stanowiskiem przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu do wyroku w sprawie KIO 2193/16 – twierdził, że najistotniejszym elementem warunku jest wykazanie doświadczenia w wybudowaniu odpowiednio bunkra dla akceleratora oraz zakładu radioterapii wraz z dostawą i instalacją sprzętu medycznego. Te okoliczności pozwoliły uznać, że w zakresie spornym wymaganie mogło dotyczyć zarówno, jak to wynikało z interpretacji Odwołującego, dwóch obiektów z różną lokalizacją, jak również – co wynikało z interpretacji Konsorcjum B. - jednego obiektu, w związku z którym zadanie obejmowało opracowanie projektu budowlanego/wykonawczego oraz budowę na jego podstawie tego obiektu został, w którym znajdował się bunkier oraz zakład radioterapii. Z okoliczności faktycznych tej sprawy wynika zatem, że Konsorcjum B. wykazało spełnianie warunku w zakresie dysponowania doświadczeniem w projektowaniu/realizacji obiektu o danej powierzchni zawierającym elementy wymagane, odpowiednio: bunkier dla akceleratora oraz zakład radioterapii wraz z dostawą i instalacją sprzętu medycznego, podobnego do przewidzianego do realizacji. Izba stwierdza także, że skierowanie zapytania w piśmie z dnia 6.02.2017 r. dotyczącego referencyjnego Szpitala w Bydgoszczy i jego odniesienie przez samego wykonawcę do lit. b) spornego warunku nie wyklucza ustaleń związanych z potwierdzeniem tego wymagania także projektem referencyjnym - Szpital Ogólny Angondje/Instytut Onkologiczne Liberville. Także tak rozumiany warunek odpowiada regule wyrażonej w art. 22 ust.1a Pzp, w myśl którego: „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.” Zamawiający ponadto w odniesieniu do tego warunku nie przedstawił przed upływem terminu do składania ofert innej interpretacji i zdaniem Izby nie było powodów, aby nie zgodzić się z Przystępującym, co do stanowiska przedstawionego na rozprawie w przedmiocie tego wymagania. Izba zwraca również uwagę, że Odwołujący kwestionując zakres wykonanych prac ujęty w projekcie Szpitala w Bydgoszczy, nie kwestionował w odwołaniu – także na rozprawie przed Izbą - zakresu ujętego oświadczeniem V.E.G. dla Instytutu Onkologicznego Liberville.

Odnosnie drugiego z projektów dotyczących Szpitala w Bydgoszczy nie można, zdaniem Izby, uznać, że Konsorcjum B. w związku z powoływaniem się na ten projekt „w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu” lub „w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia”, o których stanowi odpowiednio punkt 16 i 17 art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca ten wykazał, że podanie tego obiektu jako referencyjnego dla zadania z rozdziału V lit. C.1 pkt b) poprzedził ustaleniami z inwestorem, następnie przedstawił obszerny list referencyjny, w którym wymieniony został zakres wykonanych prac oraz wykazał, że podjęta decyzja o zamieszczeniu tego projektu w JEDZ i w Wykazie była skutkiem interpretacji własnej warunku, a nie okoliczności powyżej wskazanych z pkt 16 i 17 cyt. przepisu. Izba zgodziła się z Odwołującym, że wobec brzmienia wymagania, odnoszącego się wprost do zakładu radioterapii, nie jest możliwa interpretacja rozszerzająca i jego odniesienie także do pracowni przykładowo radiologicznej, aczkolwiek względy celowościowe oraz reguła z art. 22 ust. 1a Pzp („Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”) przemawiałyby słusznościowo za odpowiednim odniesieniem (przykładowym) do zakładu radioterapii.

W konkluzji Izba stwierdza, że ustalenia w sprawie nie potwierdziły zasadności zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 17 Pzp.

Nie zasługuje także na uwzględnienie drugi z zarzutów dotyczący naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Ten zarzut wnoszący odwołanie odniósł do poprawienia w ofercie Konsorcjum B. w punkcie 1 Formularza oferty - ceny wykonania całego przedmiotu umowy. To poprawienie polegało na odjęciu wartości wskazanej w pkt e) Formularza oferty od wartości ryczałtowej elementów BMS i sieci komputerowych. Tak jak wskazał Zamawiający wzór formularza oferty stanowił załącznik do specyfikacji, zgodnie z którym w pkt 1 oferent zobowiązany był wpisać wartość przedmiotu zamówienia, która stanowiłaby sumę kwot wynikających z pkt a) - f) formularza oferty. W pkt e) oferent zobowiązany był określić wartość elementów BMS i sieci komputerowych, która miała być ujęta w pkt b) tj. ryczałtowej wartości wykonania robót budowlanych - zgodnie z załącznikiem nr 13. Załącznik ten zawiera opis wyposażenia BMS i sieci komputerowej ze wskazaniem jego wartości, a także uwagę, zgodnie z którą: „Wartości podane w załączniku nr 13 ujęte w ryczałtowej wartości wykonania robót budowlanych”. Analogiczne regulacje zawarto w § 7 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 9). Zamawiający, zdaniem Izby, prawidłowo ustalił, że wartość przedmiotu zamówienia określona w pkt 1 oferty stanowi sumę wszystkich punktów a) - f), co oznacza, że wartość ryczałtowa elementów BMS i sieci komputerowych została przez wykonawcę policzona dwukrotnie, raz jako element robót budowlanych (pkt b), a raz

30

jako element sieci komputerowych (pkt e). Z tego względu uzasadnione było dokonanie poprawienia w tych obliczeniach oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. W myśl tego przepisu zamawiający poprawia w ofercie: „2) *oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek*”. Izba także zgodziła się ze stroną zamawiającą [Zamawiający i Przystępujący po jego stronie], że na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp fakt wpływu na kolejność ofert nie powoduje braku możliwości zastosowania tej procedury. Tak jak ustaliła Izba, w tej sprawie poprawienie omyłki rachunkowej możliwe było bez udziału wykonawcy, a powiadomienie dotyczyło tylko faktu dokonania tej czynności. Zastosowaniu tej procedury nie sprzeciwia się także ryczałtowy charakter ceny, który nie zwalnia zamawiającego – jak podkreśla się w orzecznictwie - z obowiązku ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty oraz poprawienie ujawnionej omyłki o ile istnieją podstawy do skorygowania poprawności ceny oferowanego świadczenia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Omyłka rachunkowa w obliczaniu ceny miała, zdaniem Izby, charakter oczywisty, której racjonalny wykonawca, składając ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego, nie popełniłby. Ta omyłka była skutkiem wadliwych działań matematycznych, jest bezsporna i możliwa do poprawienia bez konieczności odwoływania się do wyjaśnień wykonawcy. Została stwierdzona przez Zamawiającego samodzielnie i o jej poprawieniu Konsorcjum zostało powiadomione i, która

to czynność nie była kwestionowana przez Konsorcjum.

Także nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp z uwagi na poprawienie przez Zamawiającego w ofercie wykonawcy Konsorcjum B. oferowanego okresu gwarancji w załączniku nr 8.1 - Gazy medyczne [str 108 i 242]. Zgodnie z postanowieniami § 16 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do specyfikacji Zamawiający dla urządzeń określonych w załączniku nr 8.1 określił wymagany minimalny okres gwarancji - 36 miesięcy od daty dokonania odbioru końcowego przedmiotu umowy - zaznaczając, że okres ten nie może być krótszy niż udzielony na roboty budowlane zgodnie z § 16 ust. 1, dla których także wymagane minimum wynosiło również 36 miesięcy. W załączniku nr 8.1 zamieszczono także wiersze dotyczące okresu gwarancji. W formularzu oferty w jego pkt 4 wymagane było także podanie okresu gwarancji na roboty budowlane. Mając zatem na uwadze powyższe regulacje w załączniku nr 8.1. nie można było zastosować innego okresu gwarancji jak, analogicznego dla robót budowlanych, w tej sprawie okresu 60-u miesięcy. Przyjęcie odmiennego okresu gwarancji dla urządzeń uzasadniało zastosowanie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, jako podstawy poprawienia tego parametru, który to przepis odnosi się do „innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

31

niepowodujących istotnych zmian w treści oferty”. Także w tym przypadku stosowne zawiadomienie zostało skierowane do Konsorcjum. Izba zwraca uwagę, że ten parametr odnoszący się do urządzeń nie stanowił kryterium oceny oferty wykonawcy. Kryterium oceny przypisano tylko do okresu gwarancji dla robót budowlanych, który to parametr w ofercie Konsorcjum B. był niesporny.

Izba stwierdza, że cechą klasycznej omyłki, o której stanowi art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp ma z pewnością także omyłka na stronie 255 oferty, o której w zawiadomieniu z dnia 31 stycznia 2017 r. Konsorcjum B. nie było informowane, jednakże w tym stanie faktycznym jest to okoliczność bez prawnej doniosłości z uwagi na złożone – w odpowiedzi na zapytanie w piśmie z dnia 25.01.2017 r. - przez Konsorcjum B. oświadczenie o udzieleniu gwarancji na okres 60 miesięcy na wszystkie urządzenia określone w załączniku 8.1. Niewątpliwie poprawienie spornych niezgodności nie wymagało uprzedniego zapytania, ale w tej sprawie okazało się pomocne w rozstrzygnięciu kwestii dotyczącej omyłki ze str 255 i braku odrębnego powiadomienia o jej poprawieniu. Izba zwraca uwagę, że zapytanie zawarte w piśmie z dnia 25 stycznia 2017 r. o potwierdzenie, czy wykonawca w zakresie urządzeń wskazanych w Załączniku nr 8.1 do SIWZ „Gazy medyczne - specyfikacja urządzeń”, w tym łóżek szpitalnych, których ceny zostały zamieszczone w Załączniku 8.1.A. udziela gwarancji zgodnie z treścią oferty na okres 60 miesięcy [zgodnie z § 16 ust. 2 Wzoru umowy] - zostało także skierowane do Odwołującego, czemu nie zaprzeczał, a zatem nie jest uzasadniony zarzut nierównego traktowania wykonawców. Tak jak podnosił Zamawiający, wezwania - w celu usunięcia stwierdzonych wadliwości - kierowane były w miarę konieczności w odniesieniu do obu wykonawców. Izba dodatkowo stwierdza, że ten zarzut podobnie jak poprzedni związany z art. 87 ust.2 pkt 2 Pzp wynikał z niedoskonałości formularzy dokumentów opracowanych przez Zamawiającego, a nie skutkiem zamierzonych działań Konsorcjum.

Także kolejny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp wiąże się z formularzem opracowanym przez Zamawiającego, a mianowicie załącznikiem 8.2, w którym nie przewidziano odrębnych rubryk na zamieszczenie dwóch stawek VAT odnoszących się do urządzeń medycznych ze stawką podatkową 8% i ich dodatków z wyższą (23 %) stawką podatkową. Izba zwraca uwagę, że w opisie pozycji spornych w kolumnie „Wypożyczenie” wskazano odpowiednio: mammograf i stół do biopsji. Dopiero w kolejnych kolumnach „Opisy /Uwagi” oraz „Punktacja/dodatkowe wymagania” - wskazano na elementy niemedyce do których ma zastosowanie wyższa stawka podatkowa VAT. Tak jak wskazano w odwołaniu - Zamawiający wezwał Konsorcjum B. [pismo z dnia 5.01.2017 r.] do wskazania w załączniku

32

mammografu Selenia Dimensions 3D (producent Hologic Inc), b) stawki VAT 8% w odniesieniu do stołu do biopsji Affirm (producent Hologic Inc), w którym podał, że powziął wątpliwość, co do prawidłowości wskazania w ofercie jednolitej stawki 8 % VAT w odniesieniu do całych wskazanych powyżej urządzeń, w sytuacji gdy według wiedzy Zamawiającego urządzenia te podlegają stawce VAT 8 % oraz w części stawce VAT 23 %. Wykonawca wyjaśnił, że korzystał z wzoru formularza udostępnionego przez Zamawiającego. Zamawiający jednocześnie potwierdził na rozprawie, że ten formularz był modyfikowany. Pierwotnie obejmował także wypełnioną kolumnę, co do 8 % stawki podatku, którą w wyniku modyfikacji usunięto, jednakże – tak jak przyznał - w formularzu nie przewidział odrębnych rubryk na wpisanej dwóch stawek VAT odnoszących się do elementów urządzeń – niemedycznych – nieuwjętych w innym miejscu. W świetle wyjaśnień Konsorcjum B. w załączniku 8.2 zamieszczono sprzęt medyczny objęty podatkiem VAT w stawce 8 %, a pozostałe elementy urządzenia – te niemedyczne - ujęte zostały w cenie ryczałtowej (w ramach robót budowlanych objętych stawką w wysokości 23 %). Zdaniem Izby, nie można podzielić poglądu Odwołującego, że wobec powyższych okoliczności w ofercie Konsorcjum B. wystąpił błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp skutkujący odrzuceniem oferty tego wykonawcy. Izba dodatkowo zauważa, że Odwołujący, hipotetycznie zakładając, że z jakiegoś powodu we wskazanych pozycjach cena nie została doszacowana o wartość elementów niemedycznych z uwzględnieniem 23 % stawki podatku VAT, nie wykazał ewentualnego wpływu na cenę całkowitą tej oferty.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp związany z pkt 7) Formularza oferty w zakresie w jakim Konsorcjum B. oświadczyło, że wykona przedmiot umowy w terminie do 30.05.2018 r. tj. wykona przedmiot umowy w terminie krótszym o 4 miesiące od wskazanego w SIWZ tj. od 30.09.2018 r. jest oczywiście bezzasadny. Wbrew stanowisku Odwołującego nie jest to sprzeczne z postanowieniami specyfikacji. Zamawiający określił termin wykonania zamówienia na dzień 30 września 2018 r. (Rozdział IV SIWZ) oraz przewidział, że wykonawcy mogą zaoferować krótszy termin realizacji przedmiotu zamówienia. Jednym z kryteriów oceny ofert było skrócenie czasu realizacji zamówienia, w ramach którego to kryterium mogło być przyznane maksymalnie 10 punktów. Zgodnie z formułą przewidzianą w Rozdziale XII ust. 2 pkt 4 „Prmax” zdefiniowano jako „maksymalne skrócenie czasu wykonania przedmiotu umowy (ilość pełnych miesięcy) spośród badanych ofert, nie więcej niż trzy miesiące”. Jak podała strona zamawiająca, zaoferowanie krótszego czasu realizacji nie było zabronione, przy czym taki krótszy termin nie przekładał się w żaden sposób na ocenę oferty. Takie skrócenie pozostawało - jak zaznaczał Zamawiający - obojętne dla oceny

33

oferty w zakresie tego kryterium. Izba stwierdza również, że obaj wykonawcy otrzymali za to kryterium taką samą liczbę punktów.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp, dotyczącego dokumentów przedstawionych dla rur miedzianych do gazów medycznych, w istocie Konsorcjum B. złożył wraz z ofertą Certyfikat nr CE 568506 z datą ważności do dnia 12 grudnia 2016 r. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 23 stycznia 2017 r. skierowane do wykonawcy na podstawie art. 26 ust.1 ustawy Pzp Konsorcjum B. złożył Certyfikat nr CE 568506 datowany na dzień 24 stycznia 2017 r. z terminem ważności do dnia 2021 roku. Izba zgodziła się z Zamawiającym, że treść obu dokumentów jednoznacznie wskazuje na fakt, że wykonawca złożył *de facto* jeden certyfikat oznaczony numerem CE 568506. Co więcej z treści certyfikatu wynika ciągłość jego obowiązywania w pięcioletnich okresach począwszy od dnia 13 grudnia do dnia 12 grudnia po upływie pięcioletniego okresu. Tym samym nie można było za słuszne uznać stanowisko, że Konsorcjum B. nie potwierdziło zgodności oferowanych rur z Dyrektywą Rady 93/42/EWG. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w wezwaniu skierowanym do Konsorcjum wskazał na okoliczności wynikające z art. 26 ust.1 ustawy Pzp, a mianowicie wskazano, że wezwanie dotyczy aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Także nie zasługuje na uwzględnienie zarzut nie załączenia „Deklaracji właściwości użytkowych”. Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego, że zarzut ten został oparty na nieprawidłowym tłumaczeniu przez Odwołującego zwrotu „Declaration of Performance”,

które w ocenie Odwołującego oznacza „Deklarację wykonania”. W tym zakresie odwołał się wprost do treści rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG. Rozdział 2 nosi tytuł „DEKLARACJA WŁAŚCIWOŚCI UŻYTKOWYCH ORAZ OZNAKOWANIE CE”, co w wersji angielskiej dostępnej na stronie eur-lex.europa.eu jest przetłumaczone jako „DECLARATION OF PERFORMANCE AND CE MARKING”. Niewątpliwie tłumaczenie dokumentu zostało dokonane zgodnie z zaleceniami Komitetu Polskiego Komitetu Technicznego Normalizacyjnego oraz odwołuje się do treści polskich tłumaczeń norm europejskich. Skrót BS (British Standard) albo PN (Polska Norma) przed oznaczeniem EN (norma europejska) oznacza jedynie prawnego właściciela normy o określonym numerze natomiast treść normy na podstawie prawa europejskiego (normy zsynchronizowane) jest uznawana za identyczną. W przypadku gdy od momentu ogłoszenia wersji oryginału ukazała się uzgodniona w

34

obszarze europejskim aktualizacja zasadą jest podawanie w tłumaczeniu najbardziej aktualnej uzgodnionej wersji stąd zamiast 2008 jest 2009. Jest to jednak w każdym przypadku ta sama norma. Odwołujący wobec zarzut braku na Deklaracji daty nie wskazał jakim uchylia to regulacjom, a także nie wskazał braku ich aktualności na dzień składania ofert. W tych dokumentach (także ich tłumaczeniu) podano numery telefoniczne producenta, co pozwalało Odwołującemu rozwiązać wątpliwości, m.in. co do aktualności certyfikatu – także na dzień składania oferty. Stąd też należało zgodzić się ze stroną zamawiającą, że w istocie dokument ten nie musi być opatrzony datą co wynika z jego charakteru. Jest to oświadczenie producenta (względnie przedstawiciela producenta) nie ograniczone terminem. Zatem by wywodzić wadliwość tego dokumentu konieczne byłoby podniesienie okoliczności faktycznych dotyczących cofnięcia deklaracji, jej unieważnienia lub innej czynności, która prowadziłaby do utraty mocy prawnej Deklaracji.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania z naruszeniem art. 26 ust.3 ustawy Pzp wezwania Konsorcjum B. do uzupełnienia dokumentów - tłumaczenia na język polski dokumentów, które zostały załączone do oferty w języku obcym Izba zgodziła się z Zamawiającym, że na stronie 857 oferty znajduje się oświadczenie B.M. z dnia 9 grudnia 2016 r., w którym potwierdzono, że urządzenia spełniają wszystkie wymagania i parametry wymienione w załączniku nr 8.3 do postępowania. Oświadczenie sporządzone jest w języku polskim i angielskim. Złożony przez producenta załącznik w język angielskim jest dodatkowym dokumentem, nie mającym prawnej doniosłości, a którego złożenie [w jego tłumaczeniu] prowadziłoby do złożenia dokumentu w treści tożsamego z załącznikiem do specyfikacji.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ograniczonego na rozprawie do oferowanej przez Konsorcjum lampy zabiegowej naściennej [Famed Łódź/Solis 60 W] i jej parametrów w zakresie żywotności diod oraz wielkości plamy świetlnej, zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał w odwołaniu, jak i w postępowaniu odwoławczym przed Izbą, że oryginalne foldery producenta wskazują na żywotność 40 tys. godzin diod oferowanej lampy Solis w miejsce wymaganych 50 tys. godzin oraz nie udowodnił, że oferowana lampa charakteryzuje się średnicą plamy świetlnej 16 cm w miejsce wymaganej co najmniej 18 cm. W istocie Odwołujący, jako dowody powołał wydruki ze strony internetowej producenta, inne niż te na które wskazał Zamawiający o odmiennych danych odpowiadających wymaganemu parametrowi żywotności według specyfikacji. Tak jak podnosił Zamawiający na rozprawie, producent w tej broszurze wskazuje, na możliwość modyfikacji parametrów – w zależności

35

od użytych diod LED. Ze względu na fakt, iż jest to wyrób medyczny objęty załącznikiem IIa taka zmiana jest możliwa do dokonania przez producenta. Także, co do punktowanego parametru wielkości plamy świetlnej podany Zamawiający wskazał, że zgodnie z parametrami udostępnionymi przez producenta średnica pola roboczego $d(10)$ wynosi 220 mm, które to pole robocze mniejszą wartością niż „wielkość plamy” i stanowi 90 % wielkości plamy. Tym samym plama świetlna w lamie FAMED/SOLIS jest większa niż 220mm. Powyższe okoliczności zostały potwierdzone przedłożonym na rozprawie przez Konsorcjum

B. oświadczeniem producenta tej lampy.

Ostatni z zarzutów naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp Odwołujący oparł na twierdzeniu, że w tym postępowaniu Zamawiający zaniechał dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Wskazał, że ofercie Konsorcjum B. przyznano zawyżoną liczbę punktów w kryterium: parametry techniczno-użytkowe, kryterium gwarancji i kryterium ceny oraz podnosząc, że ta oferta nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego.

Izba stwierdza, że Odwołujący przyznaną liczbę punktów w kryterium „parametry techniczno-użytkowe” odniósł do omawianej lampy i parametru „wielkość płamy świetlnej”, co do którego to parametru Izba uznała jego niezasadność. Dodatkowo zarzut ten odniósł do pompy infuzyjnej i parametru związanego z pełnym mocowaniem strzykawki przy włączeniu jak i wyłączeniu tej pompy. Uzyskanie trzech punktów możliwe było przy spełnieniu obu warunków. Jednakże możliwe mocowanie strzykawki przy wyłączonej pompie nie eliminowało takiej strzykawki. Tak jak podał Zamawiający, Konsorcjum B. jak i Odwołujący, zaoferowali typ pompy infuzyjnej strzykawkowej z analogicznym parametrem i otrzymali za te urządzenia taką samą liczbę punktów, w tym za ten parametr „0” pkt. W odniesieniu do wskazanego kryterium ceny i gwarancji punktacja także była prawidłowa, albowiem jak wskazała Izba poprawienie omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust.2 pkt 2 Pzp było uprawnione, a omyłki poprawione w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, które dotyczyły gwarancji dla urządzeń nie miały wpływu dla oceny okresu gwarancji w kryterium odnoszącym się do okresu gwarancji dla robót budowlanych.

36

W konkluzji Izba stwierdza, że wobec powyższych ustaleń także podnoszony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie podlega uwzględnieniu.

Wobec powyższych ustaleń orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 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 ze zm.).

.....

37