Sygn. akt: KIO 1901/23

WYROK

z 17 lipca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie 17 lipca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej3 lipca 2023 r. przez odwołującego: Canberra Packard sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Państwowy Instytut Medyczny MSWiA z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy Health Technologies sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie
do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach Części I postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia z Części I postępowania oferty złożonej przez odwołującego Canberra Packard sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Państwowy Instytut Medyczny MSWiA z siedzibą w Warszawie i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego
z tytułu wpisu od odwołania,

2.2zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego Canberra Packard sp. z o.o.
z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych
(t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: ……….............……………………..……………

Sygn. akt: KIO 1901/23

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

Państwowy Instytut Medyczny MSWiA z siedzibą w Warszawie prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zakup wyposażenia laboratorium gorącego (PET)", numer: PIMMSIA 2375/17/03/02/2023, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 7 kwietnia 2023 r.
w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 070-209360.

3 lipca 2023 r. wykonawca Canberra Packard sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjęte w Części I postępowania i zarzucił Zamawiającemu:

1.art. 226 ust. 1 pkt b) oraz c) w zw. z art. 266 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, która w rzeczywistości spełniała warunki udziału w postępowaniu,

2.art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie była najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w części I postępowania,

2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w części I postępowania.

Odwołujący wniósł również o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

W zawiadomieniu z 27 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego
o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp (niezgodność z warunkami zamówienia) z uzasadnieniem, że: wbrew wymogom OPZ Odwołujący zaoferował cyfrową komorę jonizacyjną VIK-202 produkcji Comecer Netherlands B.V. bez miernika aktywności.

Stanowisko Zamawiającego było błędne.
Urządzenie PET (do Pozytronowej Tomografii Emisyjnej) służy do automatycznego przygotowywania indywidualnych dawek promieniotwórczych farmaceutyków (z dużej pozycji wydziela się małe, odpowiednie i wyspecyfikowane dla każdego pacjenta). Jego głównym elementem jest dyspenser, w którym przeprowadzane jest samo fizyczne porcjowanie dawek promieniotwórczych leków. Kolejnym elementem jest kalibrator, który odpowiada za dobranie odpowiedniej dawki radiofarmaceutyku pod względem promieniowania (nie masy, nie objętości, gdyż za to odpowiada dyspenser). Kalibrator składa się z kolei ze studzienki jonizacyjnej oraz komputera sterującego z ekranem, który służy do zarządzania i nadzorowania procesami.
Zamawiający nazwał go „miernik aktywności", gdyż jak już wyżej wskazano, służy on do dobierania odpowiedniej dawki radiofarmaceutyku pod względem aktywności promieniowania. Choć nie zostało to literalnie wskazane w zawiadomieniu z 27 czerwca 2023 r. Zamawiający zarzucaił ofercie Odwołującego niezgodność z pkt 51-62 OPZ, a w szczególności z nagłówkiem tego podrozdziału „Parametry miernika aktywności zintegrowanego z komorą laminarną". Dodatkowo, w pkt 83 OPZ Zamawiający zawarł wymóg, że Dyspenser musi zapewniać pełną integrację i kompatybilność z miernikiem aktywności fabrycznie wbudowanym w oferowaną komorę laminarną. Być może również i do tego punktu (choć niesłusznie) odnosiło się rozstrzygnięcie.
Zamawiający nie zarzucaił ofercie Odwołującego niezgodności szczegółowo z którymkolwiek z pkt 51-62, ale kwestionował jedynie brak (zintegrowanego) miernika aktywności, co było nieprawdą. Z treści oferty się wynikało bowiem, że obejmuje ona:

a)dyspenser Micro DDS-A,
b)komorę jonizacyjną VIK-202 ze zintegrowanym komputerem (wyświetlaczem) czyli miernik aktywności, kalibrator dawek (są to tożsame pojęcia).

Obie te części (a oraz b) są zintegrowane, a część b) wbudowana w komorę laminarną, czyli swoistą obudowę całego urządzenia PET. Natomiast wyświetlacz umiejscowiony jest na zewnątrz, aby mógł spełniać swoja rolę. Wszystko to wynikało z treści oferty i załączonych do niej dokumentów, trudno zatem było stwierdzić, na podstawie czego, jakich danych Zamawiający stwierdził, że Wykonawca zaoferował cyfrową komorę jonizacyjną VIK-202 produkcji Comecer Netherlands B.V. bez miernika aktywności.
Druga ze złożonych ofert – uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą – również obejmowała ten sam typ komory jonizacyjnej.
Kluczowe znaczenie ma załączony do oferty dokument NMC PRI Nuclear Medicune Hot Cell. Technical specifications. ENG-Rev.20 (Dane techniczne, Specyfikacja techniczna), którego treść potwierdzała zgodność oferty z wymaganiami Zamawiającego.
Odwołujący wskazał:

–na str. 32 jako other features (inne cechy przedmiotowego urządzenia) wskazano kalibrator (miernik aktywności) Dose calibrator – VIK-202, 1 pcs (1 szt.). Nie było między stronami to, że Odwołujący zaoferował właśnie taki model kalibratora,
co wynikało choćby z treści pisma Zamawiającego z 27 czerwca 2023 r. Błędne było więc twierdzenie, że Odwołujący „zaoferował cyfrową komorę jonizacyjną VIK-202 produkcji Comecer Netheralnds B.V. bez miernika aktywności", skoro sam producent urządzenia opisał go jako „Dose calibrator", czyli miernik dawki, miernik aktywności (promieniowania). Nie doszło zatem do zaoferowania samej „komory jonizacyjnej",
ale kompletnego urządzenia zintegrowanego następnie z komorą laminarną.
–na str. 44 tego samego dokumentu producent urządzenia zawarł stwierdzenie,
że dyspenser (Dispencer) jest standardowo dostarczany z 15" touch-screen PC and keyboard, czyli komputerem z ekranem dotykowym i klawiaturą, który – co oczywiste – służy właśnie do integracji całości urządzenia stanowiącego przedmiot zamówienia, w tym integracji kalibratora (miernika aktywności) VIK-202.
–na str. 10 dokumentu technicznego VIK-20X, IONISATION CHAMBER, Use
and maintenance manual (poradnik użytkowania) zawarto stwierdzenie „Jednostka odczytu powinna być podłączona do komory jonizacyjnej w celu utworzenia kalibratora dawki. Jednostka odczytu będzie okresowo żądać zmierzonej aktywności i wyświetlać
ją użytkownikowi. Dostępnych jest kilka typów jednostek odczytu. Jednostki te mogą być dedykowanym sprzętem, np. VDC-603 i VDC-606 lub oprogramowaniem, które można zainstalować na komputerze. Jednostka odczytu oparta na oprogramowaniu będzie wymagać dodatkowego zasilacza, VDC-PS, do zasilania komory

jonizacyjnej".

Powyższe potwierdza definicję „kalibratora" oraz „miernika aktywności" zaprezentowaną powyżej przez Odwołującego oraz – w powiązaniu z innymi dokumentami przesądza, że jego oferta w pełni odpowiada wymogom SWZ i OPZ. Zamawiający nie wyjaśnił w sposób wystarczający motywów swojej decyzji co do odrzucenia oferty Odwołującego. Nie mógł
on na obecnym etapie stwierdzić, czy treść wyżej wskazanych dokumentów została przeoczona, czy też doszło do jakiegoś innego nieporozumienia.
Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i wskazał m. in.:
Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego był art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający zamierzał dokonać zakupu urządzenia medycznego: stacjonarnej komory laminarnej
z modułami do syntezy i dyspensera. W dokumencie Zestawienie parametrów granicznych (odcinających) dla Zadania 1 w części „Parametry miernika aktywności zintegrowanego
z komorą laminarną" Zamawiający określił w pkt 51-62 wymagania dotyczące konkretnego komponentu zamawianego urządzenia – miernika aktywności (pojęcia: kalibrator dawek, jednostka odczytu używane są zamiennie). Komponent ten jest zintegrowany (połączony, wbudowany – por. wymaganie 35) z innym komponentem – komorą laminarną (zamiennie: komorą jonizacyjną), której dotyczyły wymagania opisane w pkt 20-44.
W punkcie 53, Zamawiający określił następujące wymaganie: „Oferent musi podać nazwę producenta i model miernika aktywności zintegrowanego z komorą laminarną". Podobny wymóg, dla innych komponentów zamawianego urządzenia, Zamawiający zawarł
np. w punktach 46, 64, 79. Oczekiwanie Zamawiającego, wyrażone w omawianym punkcie było jednoznaczne – Wykonawca zobowiązany był podać nazwę producenta oraz konkretny model zaoferowanego miernika aktywności. Zamawiający posiadał wiedzę, że dostępne
na rynku komory laminarne mogą być integrowane z różnymi miernikami aktywności, zatem
w celu jednoznacznego ustalenia co jest przedmiotem zaoferowanego rozwiązania zażądał wskazania przez Wykonawcę oferowanego modelu miernika.
Odwołujący w złożonej ofercie wskazał w pkt 53 „TAK, Comecer Netherlands B.V., model miernika aktywności zintegrowanego z komorą laminarną: VIK-202" Podobnego sformułowania użył w pkt 35, w którym wskazał, że oferuje „Zintegrowany miernik aktywności VIK-202 (…)". Można było więc w sposób jednoznaczny stwierdzić, że oferowany przez Odwołującego miernik aktywności miał nosić oznaczenie modelowe VIK-202. Analiza załączonej do oferty dokumentacji (w tym w szczególności dokumentu technicznego Comecer Netherlands B.V.: VIK-20x Ionisation Chamber. Use and maintenance manual) wskazywała, że miernik aktywności produkcji Comecer Netherlands B.V model VIK-202 nie istnieje, gdyż VIK-202 to oznaczenie modelu komory jonizacyjnej, z którą mogą być zintegrowane różne mierniki aktywności. Wskazuje na powyższe, w szczególności, przytoczone w odwołaniu sformułowanie na stronie 10 dokumentu: „jednostka odczytu powinna być podłączona
do komory jonizacyjnej w celu utworzenia kalibratora dawki. Jednostka odczytu będzie okresowo żądać zmierzonej aktywności i wyświetlać ją użytkownikowi. Dostępnych jest kilka typów jednostek odczytu. Jednostki te mogą być dedykowanym sprzętem, np. VDC-603 i VDC-606 lub oprogramowaniem, które można zainstalować na komputerze. Jednostka odczytu oparta na oprogramowaniu będzie wymagać dodatkowego zasilacza, VDC-PS, do zasilania komory jonizacyjnej".
Powyższe oznacza, że prawidłowym sposobem wypełnienia pozycji 53 Zestawienia parametrów granicznych było podanie producenta i modelu konkretnego miernika aktywności – na przykład VDC-603 lub VDC-606. Brak podania w formularzu ofertowym producenta, typu/modelu zaoferowanego urządzenia czy też podanie typu innego urządzenia
(jak w niniejszym przypadku – komory jonizacyjnej), stanowiło nieusuwalny brak oferty, ponieważ oznacza brak złożenia oświadczenia woli Odwołującego, co do tego jakie konkretne urządzenie zaoferował.
Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w tym zakresie jeśli prowadziłoby do modyfikacji złożonej oferty przez uzupełnienie jej o brakujące oznaczenie modelu miernika aktywności naruszałoby art. 223 ust. 1 Pzp, oznaczałoby bowiem prowadzenie między Zamawiającym a Odwołującym negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmian w jej treści. Co prawda Zamawiający przewidział w SWZ możliwość uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jednak dotyczyło to sytuacji ich braku w ofercie, podczas, gdy Odwołujący
do oferty załączył środki dowodowe wskazujące na niezgodność złożonej oferty
z wymaganiami Zamawiającego.
Wobec powyższego Zamawiający nie miał innej możliwości jak odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z powodu jej niezgodności
z warunkami zamówienia.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności
treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron
i Przystępującego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając,
że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Odwołującego wraz z załącznikami,
3. Zawiadomienia z 27 czerwca 2023 r. o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego,
4. Dowodów z dokumentów złożonych przez strony i Przystępującego w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z OPZ (Punkt IV SWZ) przedmiotem zamówienia jest Zakup wyposażenia laboratorium gorącego (PET), przy czym w Części I postępowania jest zakup stacjonarnej komory laminarnej z modułami do syntezy i dyspensera.

W załączniku Zestawienie parametrów granicznych zadania nr 1 (OPZ), w zakresie związanym z zarzutami odwołania, przytoczyć należy następujące postanowienia:

51. Miernik fabrycznie nowy.
52. Urządzenie pomiarowe do określania aktywności izotopów promieniotwórczych dla diagnostyki i terapii w medycynie nuklearnej.
53. Oferent musi podać nazwę producenta i model miernika aktywności zintegrowanego z komorą laminarną.
54. Wartości aktywności izotopów w Bq i Ci.
55. Liniowość detektora maksymalnie ± 1%.
56. Minimalny zakres pomiarowy dla Tc-99m 0,1 MBq – 200 GBq
57. Dokładność pomiaru 0,001 MBq dla Tc-99m.
58. Minimalny zakres energetyczny dla fotonów 25 keV- 3 MeV
59. Możliwość szybkiego wyboru izotopu do pomiaru, minimum 12 izotopów do wyboru.
60. Możliwość archiwizacji wyników kontroli jakości oraz możliwość zgrania wyników poprzez port USB.
61. Osłona kolumny miernika zintegrowana z komorą o osłonności minimum 50 mm Pb.
62. Drukarka etykiet.

Wszystkie te wymogi miały być spełnione przez oferowany Zamawiającemu sprzęt.

Odwołujący, w złożonej ofercie, w punkcie 53 formularza wskazał: „TAK, Comecer Netherlands B.V., model miernika aktywności zintegrowanego z komorą laminarną: VIK-202".

Wraz z ofertą Odwołujący złożył załącznik w języku angielskim dotyczący parametrów technicznych oferowanej komory jonizacyjnej.

27 czerwca 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze w ramach Części I postępowania, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przystępującego. Ponadto Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego w uzasadnieniu wskazując:

„Oferta odrzucona w zadaniu 1

Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Uzasadnienie odrzucenia:

Zamawiający w zadaniu nr 1 wymagał miernika aktywności zintegrowanego z komorą laminarną.

Wykonawca zaoferował cyfrową komorę jonizacyjną VIK202 produkcji Comecer Netherlands B.V. bez miernika aktywności".

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego było nieprawidłowe.

Podstawową przyczyną uznania odwołania za zasadne była różnica między uzasadnieniem odrzucenia oferty

Odwołującego podanego 27 czerwca 2023 r., a stanowiskiem procesowym Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie oraz z wtoku rozprawy. Odrzucenie oferty nastąpiło ze względu na zaoferowanie przez Odwołującego komory jonizacyjnej bez miernika aktywności. Natomiast w toku postępowania odwoławczego Zamawiający zmienił swoje twierdzenie i wskazał, że nie wiadomo który z dwóch mierników został zaoferowany jako element komory VIK202. Tym samym Zamawiający przyznał, że Odwołujący zaoferował miernik aktywności.

W toku rozprawy Zamawiający przyznał również, że oba typy mierników możliwych do stosowania z komorą VIK202, tj. VDC-603 lub VDC-606, spełniają wymogi SWZ.

W konsekwencji Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego było co najmniej przedwczesne. Zamawiający nie podjął choćby próby ustalenia, który z mierników zaoferował Odwołujący. Oczywistym jest, że Odwołujący nie mógłby wyjaśnić treści oferty w taki sposób, by doszło do jej faktycznego uzupełnienia. Zamawiający nie może z góry założyć, że wykonawca nie zdoła złożyć wyjaśnień mieszczących się w granicach przepisów Pzp. Tym samym argument Zamawiającego o niemożliwości wyjaśnienia przez Odwołującego jaki typ miernika został faktycznie zaoferowany oparty został na zdarzeniu przyszłym i niepewnym.

Obowiązkiem Zamawiającego jest najpierw jednoznaczne ustalenie treści oferty i dopiero wtedy podjęcie decyzji, co do dalszych jej losów w postępowaniu. Ocena skutków ewentualnych nieprawidłowości oferty musi więc nastąpić dopiero po ustaleniu jej treści.

Podkreślenia wymaga, że uwzględnienie odwołanie w przedmiotowym postępowaniu nie oznacza, że Izba uznała ofertę Odwołującego za prawidłową i odpowiadającą wymogom SWZ i OPZ. Izba uznała, że Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty przedwcześnie, bez należytej oceny oferty oraz z przyczyn, które zostały faktycznie zmienione na etapie postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..……..……..……