

**WYROK**  
z dnia 2 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Agata Dziuban**

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

przy udziale:

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

1

---

**orzeka:**

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

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

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EDO MED Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479 (lider konsorcjum)** i **Ion Beam Applications S.A. Chemin du Cyclotron 3, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgia (partner konsorcjum)** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. M. Kopernika w Łodzi, 93-513 Łódź, ul. Pabianicka 62,** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **EDO MED Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-844 Warszawa, ul. Puławska 479 (lider konsorcjum)** i **Ion Beam Applications S.A. Chemin du Cyclotron 3, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgia (partner konsorcjum)** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

2

---

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

Przewodniczący: .....

3

---

Sygn. akt: KIO 1804/11

### Uzasadnienie

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

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

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

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

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

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

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

4

---

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

- 1) nie spełnienie wymogu technicznego określonego w pkt. 2.3 Formularza Nr 3 Tomu I SIWZ, odnoszącego się do Modułu syntezy FDG, tj.: „Wydajność syntezy jako stosunek aktywności początkowej wprowadzonej do modułu i aktywność radiofarmaceutyku po syntezie = lub > 65 % ”. Podniósł, iż moduł syntezy EXPLORA<sup>®</sup>FDG4 zaofiarowany przez konsorcjum WARBUD nie spełnia przedmiotowego wymogu, gdyż konsorcjum WARBUD podało wartość 65%, minimalną, wymaganą przez Zamawiającego, co zgodnie z informacjami znajdującymi się w załączonych broszurach na stronie 61 i 65 oferty tego wykonawcy dotyczy wydajności syntezy skorygowanej ze względu na rozpad izotopu od czasu zakończenia bombardowania materiału tarczy (decay corrected to EOB). Wartość ta po uwzględnieniu strat związanych z naturalnym rozpadem izotopu, który zachodzi podczas trwania procesu syntezy, faktycznie wynosi tylko około 48%. Z tych też względów oferta tego jako nie spełniająca wymogu granicznego winna zostać odrzucona

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

- 2) brak deklaracji zgodności dla produktu - OptiVantage z oprzyrządowaniem. Zamawiający – zgodnie Tom I INSTRUKCJA DLA WYKONAWCÓW, FORMULARZE, pkt. 8.5 ppkt b wymagał, by zaoferowane wyroby medyczne spełniały wymogi dopuszczenia do obrotu i użytkowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie. Na potwierdzenie tego wymogu Zamawiający zażądał złożenia wraz z ofertą m.in. Certyfikatu Europejskiego i Deklaracji zgodności WE. Oferta konsorcjum WARBUD nie zawiera dokumentu wymaganego /deklaracji zgodności/ co do wskazanego wyrobu medycznego. Przedłożona deklaracja zgodności (strona 780 oferty) została wystawiona przez wytwórcę na podstawie Certyfikatu WE GI 06 05 21051 016 , Certyfikatu który wygasł z dniem 6 czerwca 2011 r. Tym samym utraciła swą ważność deklaracja zgodności oparta na wskazanym certyfikacie. Konsorcjum WARBUD złożyło nowy CE wystawiony 7.06.2011r., ale nie przedłożyło Deklaracji zgodności opartej na przedmiotowym certyfikacie.

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

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

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

5

---

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

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

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

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

Niewątpliwym jest, iż oświadczenie Zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów stanowi przyznanie faktów leżących u podstaw uwzględnionych zarzutów i okoliczność ta faktycznie nie budzi wątpliwości. Odwołujący wskazał bowiem, iż rzeczywista wydajność oferowanego modułu syntezy wynosi około 48%, przedkładając dodatkowo na rozprawie opinię, z treści

której wynika, iż parametr ten wynosi „(...) (w zaokrągleniu) 49%”. Zamawiający natomiast, uwzględniając ten zarzut cytował treść ulotki „wydajność syntezy FDG (rozpad skorygowany do EOB (koniec bombardowania)” (str. 61 oferty, tłumaczenie str. 65 oferty)”, wskazując

6

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

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

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

7

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

**Przewodniczący: .....**

8