

Sygn. akt: KIO 2126/12

WYROK

z dnia 16 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2012 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **108 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ w Ełku**

przy udziale wykonawcy **MVS sp. z o.o. w Mikołowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **GE Medical Systems sp. z o.o. w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **GE Medical Systems sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasadza od **GE Medical Systems sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **108 Szpitala Wojskowego z Przychodnią SP ZOZ w Ełku** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – 108 Szpital Wojskowy z Przychodnią SP ZOZ w Ełku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „Zakup, dostawa i uruchomienie urządzeń medycznych wraz ze szkoleniem personelu medycznego i technicznego w zakresie obsługi zainstalowanych urządzeń w ramach Planu Modernizacji Technicznej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2012 r., nr 2012/S 116-191781.

W dniu 12 września 2012 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę GE Medical Systems sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „odwołującym” o wyborze – w zakresie zadania 3 - jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MVS sp. z o.o. w Mikołowie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec czynności zamawiającego, polegającej na wyborze – w zakresie zadania 3 - jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, a także wobec zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z postępowania oraz zaniechania czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty odwołujący wniósł w dniu 4 października 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia przystępującego z postępowania w związku z niewniesieniem nowego ani nieprzedłużeniem ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp,
- 2) przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia przystępującego z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na skutek niezuzupełnienia w terminie dokumentu wystawionego przez producenta (wytwórcę) lub jego prawnego przedstawiciela na terenie UE iż wykonawca jako dystrybutor(importer) jest upoważniony do świadczenia usług serwisowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w odniesieniu do wymienionego w ofercie urządzenia,
- 3) przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezłożenia wraz z ofertą certyfikatu zgodności CE na

oferowany produkt potwierdzającego kompatybilność z całym produktem jakim jest tomograf komputerowy użytkowany przez zamawiającego,

4) a w konsekwencji także naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenia przystępującego z postępowania, odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący argumentował, że iż złożone przez przystępującego oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą jest tylko częściowe. Wywodził, że dotyczy ono samego przedłużenia terminu związania ofertą i nie obejmuje jednoczesnego przedłużenia okresu ważności wadium. Mając na uwadze brzmienie art. 85 ust. 4 ustawy Pzp oraz fakt, iż przystępujący nie skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 85 ust. 2 i nie dokonał przedłużenia terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przywołał orzeczenia KIO z dnia 29 października 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 1337/09, oraz z dnia 01 lutego 2012 r. sygn. akt. KIO 140/12.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że przystępujący nie uzupełnił w wyznaczonym przez zamawiającego terminie dokumentu wystawionego przez producenta(wytwórcę) lub jego prawnego przedstawiciela na terenie UE potwierdzającego, iż wykonawca jako dystrybutor(importer) jest upoważniony do świadczenia usług serwisowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w odniesieniu do wymienionego w ofercie urządzenia. Wskazał, że zamawiający zobowiązał przystępującego do złożenia / przesłania dokumentu w formie pisemnej w nieprzekraczalnym terminie do dnia 30.08.2012 r. do godz. 10:00. Przesłanie przez przystępującego dokumentu faksem czy pocztą elektroniczną przed upływem tego terminu nie świadczy o zachowaniu wyznaczonego terminu uzupełnienia dokumentu, gdyż zlecenie przesłania oryginałów firmie kurierskiej nastąpiło dopiero w dniu 30 sierpnia 2012 r.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż przystępujący nie zastosował się do odpowiedzi zamawiającego na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 9 lipca 2012 r., gdyż nie dostarczył certyfikatu CE na tomograf wraz z lampą Dunlee. W ofercie przystępującego znajduje się jedynie certyfikat na zespół kołpaka oraz oświadczenie wytwórcy o równoważności oferowanej lampy z produktem oryginalnym.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ z 9 lipca 2012 r., ofertę złożoną przez przystępującego, oświadczenie przystępującego o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z 14 września 2012 r., wezwanie zamawiającego skierowane do przystępującego do uzupełnienia dokumentu z 21 sierpnia 2012 r., faks przystępującego skierowany do zamawiającego z dnia 29 sierpnia 2012 r. g. 15.25, wydruk korespondencji pocztą elektroniczną skierowanej przez przystępującego do zamawiającego z 30 sierpnia 2012. g. 8.20, dowód zlecenia nadania dokumentu przez przystępującego pocztą kurierską z 30 sierpnia 2012 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron a także uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu z postępowania i którego oferta winna zostać odrzucona, w sytuacji gdy oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ustalenie, iż zamawiający zaniechał czynności wykluczenia wykonawcy i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę tego wykonawcy podlegającą odrzuceniu z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do nakazania wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty i samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia przystępującego z postępowania w związku z niewniesieniem nowego ani nieprzedłużeniem ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Termin składania ofert upływał w dniu 26 lipca 2012 r. (pkt XI SIWZ). Stosownie do postanowienia pkt IX ppkt 2 SIWZ *Wykonawca pozostaje związany ofertą przez okres 60 dni od upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 2012-09-24.*

Stosownie do pkt VIII SIWZ wykonawcy, którzy składali ofertę na część 3 zamówienia (dostawa lampy rtg do tomografu komputerowego) zobowiązani byli wnieść wadium w kwocie 6.000 zł.

Przystępujący wniósł wadium w pieniądzu, przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego w SIWZ.

W dniu 14 września 2012 r. zamawiający, działając na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, za pośrednictwem faksu skierował do wykonawców, w tym m.in. przystępującego, wniosek o przedłużenie terminu związania ofertą o okres 30 dni. Wskazał, że przedłużony w ten sposób termin związania ofertą upłynie w dniu 24 października 2012 r. Poinformował, że pismo informujące o przedłużeniu terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą należy przekazać zamawiającemu w terminie do dnia 20 września 2012 r. do godz. 10.00 w drodze faksu lub na adres e-mail. Do wniosku zamawiający załączył wzór oświadczenia wykonawcy w sprawie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Wniosek zamawiającego o przedłużenie terminu związania ofertą wraz ze wzorem oświadczenia został również zamieszczony na stronie internetowej zamawiającego www.108spzoz.elk.pl.

W dniu 14 września 2012 r., przystępujący przesłał zamawiającemu za pośrednictwem faksu oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 30 dni. Oświadczył jednocześnie, że jest związany złożoną ofertą przez łączny okres 90 dni liczonych od dnia upływu terminu składania ofert. Oświadczenie to złożono na wzorze przygotowanym przez zamawiającego.

W dniu 24 września 2012 r. zamawiający wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Odwołujący upatrywał obowiązku wykluczenia przystępującego z postępowania w brzmieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Przywołany przepis stanowi, że z postępowania wyklucza się m.in. wykonawcę, który nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą lub nie zgodził się na przedłużenie związania ofertą.

Odwołujący nie kwestionował faktu, że przystępujący złożył w dniu 14 września 2012 r. – tj. przed upływem terminu związania ofertą – oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie tego terminu. Zdawał się jednak uznawać to oświadczenie za nieskuteczne, upatrując źródła tej nieskuteczności w tym, że – jego zdaniem - przystępujący nie wniósł nowego wadium ani nie przedłużył ważności dotychczasowego wadium. Wskazywał w tym zakresie na przepis art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, iż przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Zdaniem Izby, stanowisko przedstawione przez odwołującego – w ustalonym w niniejszej sprawie stanie faktycznym – jest niezasadne, zaś oświadczenie przystępującego o przedłużeniu terminu związania ofertą Izba uznaje za w pełni skuteczne.

Niewątpliwie zgodzić się należy ze stanowiskiem odwołującego, że instytucje związania ofertą i zabezpieczenia wadium, choć odrębne i spełniające inne funkcje – pozostają ze sobą w związku. Celem przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp jest zabezpieczenie oferty wadium również na przedłużony okres związania ofertą. Gwarancją utrzymania zabezpieczenia w dodatkowym okresie jest wymóg przedłużenia ważności dotychczasowego wadium, względnie wniesienia nowego. Jednakże wykładni przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp nie można dokonywać w całkowitym oderwaniu od celu tego przepisu i bez uwzględnienia istotnych różnic pomiędzy różnymi formami wadium.

W ocenie Izby, w rozpatrywanym stanie faktycznym ów związek pomiędzy instytucjami związania oferta i zabezpieczenia oferty wadium nie został naruszony. Istotnym był bowiem fakt, że przystępujący wniósł wadium w formie pieniężnej, przelewem na rachunek bankowy zamawiającego. W ocenie Izby w takiej sytuacji – dla skuteczności oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą - nie jest wymagane składanie żadnych dodatkowych dokumentów czy oświadczeń dotyczących przedłużenia ważności wadium. Sytuację tę należy rozpatrywać bowiem poprzez pryzmat celu instytucji wadium jakim jest zabezpieczenie interesu zamawiającego w sytuacjach, o których stanowią art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Dopóki środki finansowe znajdują się na rachunku bankowym zamawiającego, dopóty może on zabezpieczyć się z nich w razie wystąpienia okoliczności

skutkujących zatrzymaniem wadium. Zupełnie inaczej należałoby potraktować sytuację, gdyby wadium wniesiono w innej formie aniżeli pieniężna (np. gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej). Taką formę wadium cechuje utrata ważności wraz z nadejściem określonego w dokumencie terminu. W takim przypadku – dla skuteczności oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą – rzeczywiście koniecznym jest przedłużenie ważności wadium, względnie ustanowienie nowego wadium.

Co do braku konieczności składania odrębnego oświadczenia o przedłużeniu ważności wadium wniesionego w formie pieniężnej dla skuteczności oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Izby z 16 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1144/11) i w wyroku z 6 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 115/09).

Reasumując, w ocenie Izby nie ziszcila się żadna z przesłanek przewidzianych art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, które obligowałyby zamawiającego do wykluczenia przystępującego z postępowania.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia przystępującego z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, na skutek niezuzupełnienia w terminie dokumentu wystawionego przez producenta (wytwórcę) lub jego prawnego przedstawiciela na terenie UE iż wykonawca jako dystrybutor(importer) jest upoważniony do świadczenia usług serwisowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w odniesieniu do wymienionego w ofercie urządzenia

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

W pkt III. ppkt 9 lit. b SIWZ zamawiający zastrzegł, iż *wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty listę uprawnionych podmiotów wykonujących usługi serwisowe na podstawie uzyskanej autoryzacji od producenta oferowanego sprzętu medycznego – podstawa art. 90 ustawy z 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych.*

Nadto, w pkt G.1. SIWZ zamawiający zastrzegł, iż w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ do oferty należy dołączyć m.in. wykaz dostawców części i materiałów oraz wykaz podmiotów upoważnionych do serwisowania.

Wreszcie w uwadze nr 9 znajdującej się w załączniku nr 3 do SIWZ zamawiający zastrzegł, iż *wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty listę uprawnionych podmiotów wykonujących usługi serwisowe na podstawie uzyskanej od producenta autoryzacji w zakresie oferowanego sprzętu.*

Nadto, w SIWZ w pkt VII zastrzeżono następujące formy porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami:

Zasady i formy przekazywania oświadczeń, wniosków i innych:

1) Wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie. Pytania muszą być skierowane na: adres zamawiającego podany w pkt. I niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2) Inne dopuszczalne formy porozumiewania się z Wykonawcami:

a) Zamawiający dopuszcza porozumiewanie się za pomocą faksu na nr faksu: podany w pkt. I niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia - 087 621-98-07.

Każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt otrzymania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz innych informacji przekazanych za pomocą faksu.

b) Zamawiający dopuszcza możliwość porozumiewania się drogą elektroniczną na adres poczty elektronicznej: podany w pkt. I niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia - zp@108spzoz.elk.pl

Każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt otrzymania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz innych informacji przekazanych drogą elektroniczną.

3) W przypadku gdy przesłane za pomocą faksu oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz inne dokumenty w niniejszym postępowaniu będą nieczytelne Zamawiający może zwrócić się o ponowne ich przesłanie za pomocą innego z wymienionych w SIWZ sposobów.

Ustalono również, że przystępujący złożył oświadczenie, które obejmowało listę podmiotów uprawnionych przez producenta Dunlee Division Medical Systems Inc do wykonywania czynności serwisowych.

W dniu 22 sierpnia 2012 r. za pośrednictwem faksu zamawiający przesłał przystępującemu pismo z dnia 21 sierpnia 2012 r. Nr 1587/12. W piśmie tym wskazał, że działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wzywa przystępującego do złożenia dokumentu wystawionego przez producenta (wytwórcę) lub jego prawnego przedstawiciela na terenie UE, iż wykonawca jako dystrybutor (importer) jest upoważniony do świadczenia usług serwisowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w odniesieniu do wymienionego w ofercie urządzenia. Wskazał, że wymienione dokumenty należy złożyć/przesłać w formie pisemnej w nieprzekraczalnym terminie na adres zamawiającego w terminie do dnia 30 sierpnia 2012 r. godz. 10.00. Przypomniał, że informacja o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazania osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami została zawarta w SIWZ w pkt VII.

W dniu 29 sierpnia 2012 r. o g. 15.25 przystępujący przesłał zamawiającemu za pośrednictwem faksu pismo z 29 sierpnia 2012 r. Do pisma tego załączono:

a) dokument z 3 stycznia 2012 r. obejmujący autoryzację przystępującego do m.in. świadczenia serwisu dla produktów tj. zespoły lamp rentgenowskich do tomografii komputerowej dla systemów tomografów komputerowych Philips, GE, Siemens, Shimadzu, Toshiba i Hitachi,

b) tłumaczenie przysięgłe ww. dokumentu na język polski.

W dniu 30 sierpnia 2012 r. o g. 08.20 przystępujący przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej skany ww. dokumentów. Wskazał, że oryginały dotrą do zamawiającego za pośrednictwem poczty kurierskiej.

Dokumenty te w formie pisemnej zostały przekazane poczcie kurierskiej celem dostarczenia zamawiającemu w dniu 30 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że oświadczenie do uzupełnienia którego zamawiający wezwał przystępującego pismem z 21 sierpnia 2012 r. błędnie zostało przez zamawiającego zakwalifikowane jako „dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu”, tj. dokument z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Z punktu widzenia ustawy Pzp należało je zakwalifikować jako „dokument potwierdzający spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego”, tj. dokument o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (tzw. dokument przedmiotowy). Katalog dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jakich może żądać zamawiający jest zamknięty (por. § 1- 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Wśród wymienionych w przywołanych przepisach dokumentów brak oświadczenia wytwórcy wyrobu medycznego obejmującego upoważnienie dla wykonawcy do świadczenia usług serwisowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Powyższe przemawia za tym, że zakwalifikowanie tego dokumentu – jako potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez zamawiającego było błędne. Natomiast dokument ten mógł być zakwalifikowany jako tzw. dokument przedmiotowy, biorąc pod uwagę, że wyliczenie takich dokumentów w świetle § 5 ww. rozporządzenia ma charakter przykładowy, o czym świadczy sformułowanie „w szczególności”.

Rozróżnienie to nie ma znaczenia w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż uzupełnieniu podlegają obie kategorie dokumentów, o czym świadczy odesłanie do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie mowa jest o obu kategoriach dokumentów. Różne są jednak skutki niezastosowania się do wezwania kierowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. O ile

konsekwencją niezuzpełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu jest niewykazanie warunków udziału w postępowaniu i wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, o tyle skutkiem niezuzpełnienia dokumentu przedmiotowego jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

W świetle ww. wywodów dostrzeżenia wymagało, że odwołujący – wywodząc, iż przystępujący nie uzupełnił dokumentu przedmiotowego – winien zarzucić zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a nie zaniechanie wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Błędna kwalifikacja prawna nie przesądzała jednak o niezasadności zarzutu rozumianego jako przytoczenie okoliczności faktycznych. Izba zbadała zatem czy oferta przystępującego podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ na skutek niezuzpełnienia dokumentu przedmiotowego.

Oceniając ustalony w sprawie stan faktyczny Izba stwierdziła, że treść oferty przystępującego odpowiada treści SIWZ.

W ocenie Izby ustalanie, czy przystępujący uzupełnił w terminie określonym przez zamawiającego dokument wystawiony przez producenta (wytwórcę) lub jego prawnego przedstawiciela na terenie UE, iż wykonawca jako dystrybutor (importer) jest upoważniony do świadczenia usług serwisowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w odniesieniu do wymienionego w ofercie urządzenia okazało się zbędne.

W wezwaniu z 21 sierpnia 2012 r. zamawiający wskazał, że obowiązek złożenia ww. dokumentu wynika z postanowień pkt III. ppkt 9 lit. b, pkt G.1. SIWZ oraz z uwagi nr 9 załącznika nr 3 do SIWZ. Tymczasem z przywołanych postanowień SIWZ nie sposób było wywieść takiego obowiązku. Literalna wykładnia wskazywała jedynie na obowiązek złożenia przez wykonawcę listy uprawnionych podmiotów wykonujących usługi serwisowe w odniesieniu do oferowanego wyrobu medycznego na podstawie uzyskanej autoryzacji od producenta oferowanego sprzętu medycznego. Natomiast zamawiający nie wymagał złożenia samego dokumentu autoryzacji dla wykonawcy pochodzącego od wytwórcy (producenta) wyrobu medycznego. Pełnomocnik zamawiającego, poproszony w trakcie rozprawy o odniesienie się do podstawy żądania ww. upoważnienia pochodzącego od wytwórcy nie umiał wskazać stosownego postanowienia SIWZ, oświadczając, że wezwanie zostało skierowane do wykonawcy niejako z ostrożności.

Obowiązek złożenia wykazu podmiotów uprawnionych do serwisowania wyrobu medycznego sporządzonego przez wytwórcę nie wynikał także wprost z powszechnie obowiązujących przepisów. Zgodnie z art. 90 ust. 4 ustawy o wyrobach medycznych Wytwórca, importer i dystrybutor wprowadzający do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub sprowadzający na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w celu używania na tym

terytorium wyrób, który dla prawidłowego i bezpiecznego działania wymaga fachowej instalacji, okresowej konserwacji, okresowej lub doraźnej obsługi serwisowej, aktualizacji oprogramowania, okresowych lub doraźnych przeglądów, regulacji, kalibracji, wzorcowań, sprawdzeń lub kontroli bezpieczeństwa – które zgodnie z instrukcją używania wyrobu nie mogą być wykonane przez użytkownika – załącza do wyrobu wykaz podmiotów upoważnionych przez wytwórcę lub autoryzowanego przedstawiciela do wykonywania tych czynności.

Językowa wykładnia przywołanego przepisu prowadzi do wniosku, iż wykaz podmiotów upoważnionych do wykonywania czynności serwisowych może załączyć do wyrobu także importer lub dystrybutor wprowadzający wyrób do obrotu na terenie RP. Nie ulegało zaś wątpliwości Izby, że przystępujący jest importerm / dystrybutorem oferowanego wyrobu, co można było ustalić chociażby na podstawie dokumentu zgłoszenia przez przystępującego oferowanej lampy rentgenowskiej DA 200 dokonanego w Urzędzie Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (s. 2 zgłoszenia z dnia 22 lutego 2012 r.).

W konsekwencji należało stwierdzić, że nawet nieuzupełnienie przez przystępującego dokumentu wystawionego przez producenta (wytwórcę) lub jego prawnego przedstawiciela na terenie UE, iż wykonawca jako dystrybutor (importer) jest upoważniony do świadczenia usług serwisowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w odniesieniu do wymienionego w ofercie urządzenia, nie stanowiłoby o niezgodności treści tego wykonawcy z treścią SIWZ. W treści SIWZ zamawiający nie nałożył bowiem na wykonawców obowiązku złożenia takiego dokumentu.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem, iż przystępujący nie uzupełnił żądanych dokumentów w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. W orzecznictwie Izby dopuszcza się bowiem sytuację, w której wykonawca przekazuje zamawiającemu dokumenty faksem w terminie i niezwłocznie potwierdza to pisemnie. Jako warunek zachowania terminu uznaje się otrzymanie przez zamawiającego pisemnego potwierdzenia dokumentów w rozsądnym terminie. Powyższe wywodzi się z brzmienia art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, który dopuszcza możliwość wyboru przez zamawiającego sposobu porozumiewania się także faksem lub pocztą elektroniczną (por. wyrok Izby z 7 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 144/11).

Zamawiający w pkt VII SIWZ dopuścił porozumiewanie się z wykonawcami zarówno faksem jak i pocztą elektroniczną. W wezwaniu z 21 sierpnia 2012 r. wprawdzie domagał się złożenia dokumentów w formie pisemnej, ale równocześnie przywołał postanowienia SIWZ dot. innych sposobów korespondencji. Faks oraz poczta elektroniczna wraz z uzupełnieniem niewątpliwie przesłano do zamawiającego przed upływem terminu, zaś dokumenty w formie pisemnej zostały nadane pocztą kurierską w ostatnim dniu terminu tj. 30 sierpnia 2012 r.

przesyłką określoną jako ekspres (dowód zlecenia przesyłki pocztą kurierską, w aktach postępowania). Z powyższego należy wnosić, że dokumenty w formie pisemnej dotarły do zamawiającego najpóźniej 2-3 dni po ich nadaniu, a więc bez zbędnej zwłoki.

Reasumując, w ocenie Izby nie ziściła się przesłanka przewidziana art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, która obligowałaby zamawiającego do odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezłożenia wraz z ofertą certyfikatu zgodności CE na oferowany produkt potwierdzającego kompatybilność z całym produktem jakim jest tomograf komputerowy użytkowany przez zamawiającego,

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Pismem z dnia 9 lipca 2012 r., zamawiający - odpowiadając na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ złożony przez jednego z wykonawców o treści:

Prosimy o potwierdzenie, że wymagając zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 3 do Zadania nr 3) zaoferowania lampy RTG do TC Brightspeed 16 Elite uwzględnionej w zatwierdzonej ocenie zgodności i kompatybilnej z posiadany przez Zamawiającego typem tomografu komputerowego, Zamawiający ma na myśli lampę, dla której przeprowadzono ocenę zgodności z tomografem Brightspeed 16 Elite, a na potwierdzenie spełnienia tego warunku wymaga przedstawienia oświadczenia producenta tomografu Brightspeed 16 Elite o jego rekomendacji (wskazaniu) dla oferowanej lampy, tj., że lampa jest zgodna, kompatybilna z tomografem Brightspeed 16 Elite, w taki sposób, aby po zainstalowaniu zaoferowanej lampy RTG, ww. tomograf komputerowy nie utracił przyznanego przez producenta tomografu oznaczenia CE, lub aby Wykonawca dostarczył dokumentację potwierdzającą wykonanie oceny zgodności tomografu komputerowego Brightspeed 16 Elite z oferowaną równoważną lampą RTG. Zgodnie z załączoną i obowiązującą opinią Ministerstwa Zdrowia oraz Artykułem 12 DYREKTYWY RADY 93/42/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej wyrobów medycznych, taka ocena zgodności jest wymagana, w przypadku użycia lampy innej niż objętej oceną zgodności dokonaną przez wytwórcę tomografu

udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający informuje i potwierdza iż Wykonawcy mają obowiązek załączyć do oferty certyfikat zgodności CE na oferowany produkt potwierdzający równoważność z produktem oryginalnym oraz jego kompatybilność z całym produktem jakim jest tomograf komputerowy

użytkowany przez Zamawiającego w celu wykluczenia sytuacji utraty certyfikatu zgodności CE dla jednego całego produktu, którym jest tomograf Brightspeed 16 Elite GE.

Ustalono nadto, że przystępujący złożył wraz z ofertą m.in.:

- a) deklarację zgodności CE z 24 marca 2009 r., w którym jej wystawca – Dunlee Divison of Philips Medical Systems Cleveland, Inc, z siedzibą w Aurora, USA deklaruje na swoją wyłączną odpowiedzialność, że produkt: zespół kołpaka lampy rentgenowskiej, model: zamiennik zespołu kołpaka lampy rentgenowskiej DA 200, DA 200 Pro, DA 200 Ultra z wymiennikiem ciepła do aparatu GE (...) jest zgodny z zapisami dyrektywy Rady 93/42/EWG (dyrektywa o wyrobach medycznych). W dokumencie tym znalazła się m.in. dodatkowa informacja, iż produkty wymienione powyżej zostały przetestowane w typowej konfiguracji, co opisano w dokumentacji producenta oraz są w pełni zgodne z poniższymi normami. Ponadto produkty te zostały zaprojektowane, wyprodukowane i przetestowane, a także są zgodne z urządzeniami i akcesoriami opisanymi przez producenta w dokumentacji dla tych urządzeń,
- b) oświadczenie Dunlee Medical Components z siedzibą w Hamurgu, Niemcy z 17.07.2012 r., w którym Dunlee Divison of Philips Medical Systems Cleveland, Inc, z siedzibą w Aurora, USA potwierdza, że lampa rentgenowska DA 200 Ultra została zaprojektowana jako produkt równoważny dla lampy do tomografu komputerowego GE Performix Ultra (MX 200) do stosowania wewnątrz gantry w systemach tomografii komputerowej Brightspeed Ecel, Edge i Elite wyprodukowanych przez GE,
- c) oświadczenie Dunlee Divison of Philips Medical Systems Cleveland, Inc, z siedzibą w Aurora, USA, w którym wystawca oświadcza m.in. iż produkty Philips – Dunlee DA 200 zostały zaprojektowane, wyprodukowane, zbadane i uznane za zgodne z równoważnym wyrobem GE. Badania objęły swym zakresem wszechstronną ocenę wewnątrzzakładową na tomografach komputerowych GE, jak również testy kliniczne przed wprowadzeniem produktu.
Stosowanie oznaczenia CE na produkcie oznacza, że w czasie, gdy producent wprowadza dany produkt na rynek jest on zgodny z odpowiednimi dyrektywami Unii Europejskiej obowiązującymi dla tego produktu oraz że spełnia on zasadnicze wymagania bezpieczeństwa Unii Europejskiej.
Zespoły lampy rentgenowskiej do tomografów Philips-Dunlee to komponenty zamienne dla zespołów kołpaka lampy rentgenowskiej do tomografów komputerowych wytwarzanych przez innych producentów.
- d) świadectwo z 13.8.2008 r., w którym jednostka notyfikująca potwierdza, że system zarządzania jakością ustanowiony i stosowany przez Dunlee z siedzibą w Aurora, USA spełnia wymagania dyrektywy 93/42/EWG zawarte w Aneksie II, art. 3, a ponadto że

potwierdzenie (...) może być wykorzystywane przez firmę z deklaracją zgodności producenta. Znak CE może być używany jeśli spełnione są wszystkie znaczące i obowiązujące dyrektywy UE.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzut nie potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

Odwołujący wywodził, że przystępujący nie zastosował się do odpowiedzi na pytanie z 9 lipca 2012 r., w której zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek złożenia certyfikatu zgodności CE na oferowany produkt potwierdzającego kompatybilność z całym produktem jakim jest tomograf komputerowy. Z tego powodu domagał się nakazania odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że wymagany przez zamawiającego dokument - certyfikat zgodności CE na oferowany produkt potwierdzający kompatybilność z całym produktem jakim jest tomograf komputerowy - z punktu widzenia ustawy Pzp winien zostać zakwalifikowany jako tzw. dokument przedmiotowy, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak wskazano w uzasadnieniu poprzedniego zarzutu, konieczność odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ z powodu niezłożenia wymaganego dokumentu przedmiotowego aktualizuje się dopiero wtedy, gdy wykonawca nie uzupełni żądanego dokumentu w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Zamawiający zaś, w analizowanym zakresie, nie kierował do przystępującego jakiegokolwiek wezwania. Błędna kwalifikacja prawna nie przesądzała jednak o niezasadności zarzutu rozumianego jako przytoczenie okoliczności faktycznych. Izba zbadała zatem czy przytoczone przez odwołującego okoliczności faktyczne, świadczą o naruszeniu przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia takiego dokumentu.

Oceniając ustalony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, iż w ofercie złożonej przez przystępującego znalazła się deklaracja zgodności CE, z której wynikało, że oferowana przez przystępującego lampa rtg jest kompatybilna z tomografem komputerowym użytkowanym przez zamawiającego. Tym samym przystępujący uczynił zadość wymogowi nałożonemu na wykonawców pismem z dnia 9 lipca 2012 r.

Analiza złożonej przez przystępującego deklaracji zgodności prowadziła do wniosku, iż w dokumencie tym jego wystawca określił produkt w sposób wyraźny jako zespół kołpaka lampy rentgenowskiej - zamiennik zespołu kołpaka lampy rentgenowskiej DA 200, DA 200 Pro, DA 200 Ultra z wymiennikiem ciepła do aparatu GE. Z powyższego wynikało więc

wprost, że jest to lampa rentgenowska zaprojektowana i dedykowana jako lampa zamienna do tomografów komputerowych GE, czyli produkcji GE Healthcare.

Co więcej, w dokumencie tym znalazła się również dodatkowa informacja, iż zespół kołpaka lampy rtg został przetestowany „w typowej konfiguracji”, co opisano w dokumentacji producenta oraz jest w pełni zgodny z poniższymi normami. Ponadto produkt ten został zaprojektowany, wyprodukowany i przetestowany, a także jest zgodny z urządzeniami i akcesoriami opisanymi przez producenta w dokumentacji dla tych urządzeń. W ocenie Izby, skoro w dokumencie znalazła się informacja, że zespół kołpaka lampy rtg, który został zaprojektowany i dedykowany do tomografów komputerowych GE – został przetestowany „w typowej konfiguracji” – oznaczało to, że w ramach testów została oceniona jego kompatybilność (współdziałanie) z aparatem GE. Typową konfiguracją dla lampy zaprojektowanej i dedykowanej do aparatu GE jest bowiem działanie jako część składowa tomografu GE. Lampa rtg jest częścią tomografu komputerowego, nie może być prawidłowo używana bez niego.

Potwierdzeniem prawidłowości tego stanowiska były również oświadczenia samego wytwórcy wyrobu medycznego. Wynikało z nich, iż *lampa rentgenowska DA 200 Ultra została zaprojektowana jako produkt równoważny dla lampy do tomografu komputerowego GE Performix Ultra (MX 200) do stosowania wewnątrz gantry w systemach tomografii komputerowej Brightspeed Ecel, Edge i Elite wyprodukowanych przez GE, czy też, że produkty Philips – Dunlee DA 200 zostały zaprojektowane, wyprodukowane, zbadane i uznane za zgodne z równoważnym wyrobem GE. Badania objęły swym zakresem wszechstronną ocenę wewnątrzskładową na tomografach komputerowych GE, jak również testy kliniczne przed wprowadzeniem produktu.* Analiza tych dokumentów potwierdzała zatem dodatkowo tezę o przeprowadzeniu przez producenta testów współdziałania oferowanej lampy rtg z tomografami komputerowymi GE, co poświadczył w deklaracji zgodności CE z zapisami dyrektywy Rady 93/42/EWG (dyrektywa o wyrobach medycznych).

Na marginesie, w ocenie Izby z obowiązujących przepisów nie wynika utrata certyfikatu zgodności CE dla całego produktu w wypadku użycia części zamiennej innej niż producenta, zwłaszcza jeśli niniejsza część ma także certyfikat zgodności CE, do tego jest dedykowana dla tomografu komputerowego danego producenta. Stanowisko takie Izba zajęła również w wyroku z dnia 10 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO/153/11.

Reasumując, w ocenie Izby nie ziszcila się przesłanka przewidziana art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, która obligowałaby zamawiającego do wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentu przedmiotowego tj. certyfikatu zgodności CE na oferowany produkt potwierdzającego kompatybilność z całym produktem jakim jest tomograf komputerowy, gdyż dokument taki został już zamawiającemu przedstawiony.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: