

**WYROK**

**z dnia 15 maja 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Długa 1/2, 61-848 Poznań**.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., ul. Wołoska 9, 02-583 Warszawa** na rzecz **Szpitala Klinicznego Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu, ul. Długa 1/2, 61-848 Poznań** kwotę **3875 zł 60 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset siedemdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu.

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 Poznaniu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest kontrakt serwisowy 2 tomografów komputerowych.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy MVS Sp. z o. o. z siedzibą w Mikołowie. Wobec takiej czynności zamawiającego w dniu 30 kwietnia 2012 r., odwołanie wniosków wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zarzucając zamawiającemu:

- 1) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także jako „Pzp”];
- 2) zaniechanie wykluczenia wykonawcy MVS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie z powodu złożenia w ofercie nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania;
- 3) zaniechanie odrzucenia oferty MVS Sp. z o.o. z powodu jej niezgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej także „SIWZ”],

Odwołujący wskazał, że w wyniku powyższych czynności i zaniechań zamawiający naruszył przepisy art. 7 ust. 1, 24 ust. 2 pkt 3), art. 89 ust. 1 pkt 2) i art. 91 ust.1 Pzp. Odwołujący wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenie wykonawcy MVS Sp. z o.o.;
- 3) odrzucenie oferty MVS Sp. z o.o.;
- 4) dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił, iż mając na uwadze treść zaleceń producenta urządzeń będących przedmiotem serwisu, wykonawca MVS Sp. z o. o. składając ofertę fałszywie zapewnił, że będzie realizował świadczenia zgodnie z wymaganiami określonymi w punktach 1, 2, 4, 7, 17, 18 załącznika nr 1 do SIWZ, jak też złożył nieprawdziwe oświadczenie przewidziane w punkcie 1.5 części II SIWZ. Wskazywał, iż zasady używania i utrzymywania wyrobów medycznych wynikają z art. 90 ustawy o wyrobach medycznych, które przewidują m.in. obowiązek przestrzegania instrukcji używania wyrobu medycznego przez użytkownika wyrobu. Odwołujący stwierdził, iż postanowienia SIWZ wyraźnie nawiązują do zaleceń producenta tomografów które będą przedmiotem serwisu. Odwołujący podnosił, że bezspornym jest, iż producent serwisowanych tomografów zaleca stosowanie

oryginalnych części zamiennych (sprzedawanych na rynku polskim przez dostawców wymienionych w wykazie załączonym do instrukcji używania tych urządzeń i przekazanym zamawiającemu wraz z dostawą). Mając na względzie postanowienia SIWZ, iż serwis ma być wykonywany zgodnie z zaleceniami producenta urządzenia odwołujący wskazał, iż przeglądy i naprawy muszą się opierać na częściach produkcji GE Healthcare, których dystrybucją na terenie Polski zajmuje się odwołujący. Ponadto Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca obsługuje tomografy GE wykorzystując do tego nieoryginalne części, w szczególności lampę RTG innej firmy niż GE. Dodatkowo odwołujący podniósł, że w ramach przedmiotowego postępowania wybrany wykonawca zaoferował zastępcze części zamienne w szczególności lampę RTG. Wniosek taki w ocenie odwołującego wynika z podanej przez MVS Sp. z o. o., wartości wymiany wszystkich części zamiennych jak też z faktu, że wykonawca ten przed złożeniem oferty nie zwrócił się do odwołującego, będącego jedynym dystrybutorem w Polsce lamp RTG produkcji GE Healthcare o jakąkolwiek ofertę na części zamienne. Odwołujący stwierdził, że wybrany wykonawca zakładając wykorzystanie części innych dostawców niż GE Healthcare poświadczyl nieprawdę, co do możliwości wydania świadectwa sprawności aparatu czy też świadczenia serwisu zgodnie z zaleceniami producenta urządzeń. Ponadto w ocenie odwołującego nieprawdziwe jest oświadczenie wybranego wykonawcy złożone na potwierdzenie pkt 7 załącznika nr 1 do SIWZ, z którego wynika, że może wykonywać zalecane przez producenta niezbędne aktualizacje oprogramowania software'u systemowego i aplikacyjnego z przeprowadzeniem szkolenia gdyż MVS sp. z o. o. nie ma uprawnień do modyfikacji, aktualizacji, czy jakiegokolwiek innej ingerencji w oprogramowanie zainstalowane na tomografach posiadanych przez zamawiającego, jak też nie może prowadzić szkoleń z wykorzystaniem tego oprogramowania lub jego modyfikacji. Również oświadczenie wybranego wykonawcy, że jest zdolny do wykonania przeglądu technicznego i konserwacji tomografów zgodnie z zaleceniami producenta w ocenie odwołującego należy uznać za nieprawdziwe a tym samym wykonawca ten bezpodstawnie złożył oświadczenie wynikające z pkt 1.5 części II SIWZ. Reasumując odwołujący stwierdził, że skoro wybrany wykonawca nie będzie realizował zamówienia z udziałem podwykonawców, to należało uznać, że oświadczył nieprawdę potwierdzając spełnianie parametrów wymaganych w punktach 1, 2, 4, 7, 17, 18 załącznika nr 1 do SIWZ oraz składając oświadczenie wymagane w pkt 1.5 części II SIWZ, co powinno skutkować jego wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. W ocenie odwołującego konsekwencją złożenia nieprawdziwych informacji jest konieczność uznania, że oferta wykonawcy MVS Sp. z o. o. nie odpowiada treści SIWZ.

## **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego w Poznaniu prowadzi postępowanie, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest kontrakt serwisowy 2 tomografów komputerowych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 lutego 2012 r., pod numerem 2012/S 37-059999.

Zgodnie z pkt 1.5 (wymagania dotyczące oferowanych usług) zamawiający żądał, aby wykonawca był autoryzowanym serwisantem lub był zdolny do wykonania przeglądu technicznego i konserwacji zgodnie z zaleceniami producenta. Na potwierdzenie powyższego wykonawcy zobowiązani zostali do dołączenia do oferty dokumentu, z którego będzie wynikać, że jest autoryzowanym serwisantem lub oświadczenie, że jest zdolny do wykonania przeglądu technicznego i konserwacji zgodnie z zaleceniami producenta.

Ponadto Izba ustaliła, iż zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający postawił m.in. następujące wymagania, co do przedmiotu zamówienia:

- 1) wykonanie przeglądów technicznych i konserwacji zgodnie z zaleceniami producenta raz na kwartał (4 przeglądy w skali 1 roku), dwóch tomografów komputerowych Light Speed VCT rok prod. 2010 firmy GE, wraz z urządzeniami będącymi częścią systemu (...). [pkt 1 Opisu przedmiotu zamówienia];
- 2) wydanie świadectwa sprawności aparatu po wykonanym przeglądzie technicznym, w przypadku wykrycia awarii podczas przeglądu technicznego, świadectwo zostanie wydane po zakończonej pozytywnie naprawie [pkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia];
- 3) zapewnienie wymiany wszystkich części zamiennych, w przypadku ich awarii łącznie z wymianą wzmacniacza i lampy rentgenowskiej na fabrycznie nową nie regenerowaną [pkt 4 Opisu przedmiotu zamówienia];
- 4) wykonanie zalecanych przez producenta niezbędnych aktualizacji oprogramowania software'u systemowego i aplikacyjnego z przeprowadzeniem szkolenia [pkt 7 Opisu przedmiotu zamówienia];
- 5) wykonawca zobowiązuje się realizować umowę zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności z ustawą z dnia 20 maja 2010 r., o wyrobach medycznych (Dz. U. nr 107, poz. 679), [pkt 17 Opisu przedmiotu zamówienia];
- 6) wykonawca gwarantuje, że przedmiot umowy będzie realizowany zgodnie z zaleceniami producenta aparatury, obowiązującymi normami i właściwymi przepisami oraz z zachowaniem przepisów BHP i P-POŻ, przez osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje, [pkt 18 Opisu przedmiotu zamówienia].

Zamawiający zobowiązał wykonawców do potwierdzenia wszystkich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia poprzez wypełnienie załącznika nr 1 do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia).

Do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) MVS Sp. z o. o. z siedzibą w Mikołowie na kwotę 1.623.600,00 zł brutto;
- 2) GE Medical Systems Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie na kwotę 1.722.000,00 zł brutto.

Izba ustaliła, iż wykonawca MVS Sp. z o. o., w ramach swojej oferty złożył oświadczenie na załączniku nr 1 do SIWZ potwierdzając wszystkie parametry przedmiotu zamówienia wymagane przez zamawiającego. Ponadto wykonawca ten złożył oświadczenie zgodnie z pkt 1.5 SIWZ, iż „serwis firmy MVS Sp. z o. o. jest zdolny do wykonania przeglądu technicznego i konserwacji zgodnie z zaleceniami producenta aparatów Light Speed VCT”.

Pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy MVS Sp. z o. o. z siedzibą w Mikołowie.

Czynność ta leży bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treść oferty wykonawcy MVS Sp. z o. o., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

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 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nakazuje zamawiającemu wykluczenie z postępowania wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W celu możliwości zastosowania powyższego przepisu koniecznym jest stwierdzenie kumulatywnego wystąpienia obu przesłanek tj. wykonawca musi złożyć nieprawdziwe informacje i złożenie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym brak jest

możliwości stwierdzenia wystąpienia powyższych przesłanek. Nie potwierdza tego w szczególności fakt, że wybrany wykonawca nie jest autoryzowanym przedstawicielem, czy też autoryzowanym serwisantem producenta urządzeń, które mają być objęte usługą serwisu. Również fakt, iż wykonawca MVS Sp. z o. o., którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, nie zwracał się do odwołującego, będącego jedynym dystrybutorem w Polsce części zamiennych o jakąkolwiek ofertę na ich zakup nie potwierdza w ocenie Izby złożenia nieprawdziwych informacji. Powyższe nie przesądza jednoznacznie o tym, że informacje podane przez wybranego wykonawcę w ofercie są obiektywnie niezgodne z rzeczywistością. Należy wskazać, iż zamawiający nie wymagał podania ani źródła zakupu części zamiennych do serwisowanych urządzeń ani też wyspecyfikowania, jakie to będą części. Zgodnie z postanowieniami SIWZ zamawiający wymagał jedynie oświadczenia, że wykonawca wykona przeglądy techniczne, konserwację, naprawy zgodnie z zaleceniami producenta. Wobec takich postanowień SIWZ nie sposób stwierdzić, że wykonawca MVS Sp. z o. o., składając oświadczenie, że jest zdolny do wykonania przeglądu technicznego i konserwacji zgodnie z zaleceniami producenta złożył nieprawdziwe oświadczenie. Niewątpliwie wykonanie usługi serwisowej zgodnie z zaleceniami producenta urządzeń będzie podlegało weryfikacji na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, dlatego też nie sposób stwierdzić, iż składając ofertę wykonawca MVS Sp. z o. o. złożył nieprawdziwe informacje. To na zamawiającym będzie spoczywał obowiązek egzekwowania na etapie realizacji postanowień umowy a więc i tego czy wybrany wykonawca realizuje świadczenie (usługę serwisową) zgodnie z zaleceniami producenta urządzeń. Bezspornie odwołujący wykazał, iż jest jedynym dystrybutorem w Polsce części (w tym lamp RTG) produkcji GE Healthcare producenta urządzeń, jak też, iż osoby działające w strukturach odwołującego umocowane są do reprezentowania ustanowionego przez producenta autoryzowanego przedstawiciela jednakże w oparciu o przedstawioną argumentację brak było możliwości stwierdzenia w sposób niebudzący wątpliwości, że wykonawca MVS Sp. z o. o. złożył w swojej ofercie nieprawdziwe informujące mające, lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Nie zmieniają również tego stanu rzeczy zeznania świadka Sebastiana Cienkiego – Prezesa Zarządu wykonawcy MVS Sp. z o. o., gdyż de facto odnoszą się one do etapu realizacji zamówienia i w ocenie Izby nie potwierdzają złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę MVS Sp. z o. o. Nie wyklucza on świadczenia serwisu zgodnie z zaleceniami producenta z użyciem oryginalnych części zamiennych, co jak wcześniej wskazano winno być egzekwowane przez zamawiającego ale na etapie realizacji zamówienia. Mając na względzie powyższe Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp tym samym zarzuty i wnioski odwołania nie znajdują w tym zakresie uzasadnienia.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, mając na względzie argumentację odwołującego Izba uznała, że zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy MVS Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp gdyż oferta wybranego wykonawcy w pełni odpowiada treści SIWZ. Zarzuty w tym zakresie również nie znajdują uzasadnienia. Tym samym nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp gdyż zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ a prowadząc postępowanie nie naruszył zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:** .....