

**WYROK**  
**z dnia 17 sierpnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 3 sierpnia br. przez wykonawcę Philips Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Nowy Szpital Wojewódzki spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu

przy udziale wykonawcy BiaMediTek spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Philips Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Philips Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy Philips Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie na rzecz zamawiającego Nowego Szpitala Wojewódzkiego spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu kwotę 4 917,52 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset siedemnaście złotych pięćdziesiąt dwa grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i przelotu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Nowy Szpital Wojewódzki spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Dostawa systemu kardiomonitorów oraz aparatów do znieczulenia ogólnego.”,

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 11 października 2014 r., poz. 2014/S 196-346062, Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 3 sierpnia 2015 r. wykonawca Philips Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt. 3, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 82 ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, do czego doszło poprzez:

1. niezgodny z Prawem zamówień publicznych wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Biameditek Sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: Biameditek),
2. zaniechanie czynności wykluczenia Biameditek i odrzucenia oferty, pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania i jednocześnie niespełnienia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zaoferowanych systemów kardiomonitorów;
3. zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Biameditek pomimo, że zaoferowany przez niego przedmiot zamówienia nie spełnia wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i tym samym treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. zaniechanie wyboru oferty Philips Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;

Odwołujący uzasadniając tak sformułowane zarzuty, wywodził, że Biameditek złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik przedmiotowego Postępowania. Wynika to zdaniem Odwołującego z faktu, że przedstawione w Załączniku nr 6 do SIWZ parametry techniczne dla oferowanego systemu kardiomonitorów a w szczególności w pozycjach 17, 53, 158, 210 oraz 211 są nieprawdziwe w stosunku do faktycznych parametrów, którymi dysponują zaoferowane wyroby medyczne. Informacje te miały faktyczny wpływ na wynik prowadzonego Postępowania, gdyż oferta Biameditek została uznana za najkorzystniejszą

i może stać się beneficjentem zamówienia publicznego, a faktycznie oferta Biameditek powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, a nade wszystko w aktualnym stanie faktycznym i prawnym Biameditek powinien zostać wykluczony ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji w celu uzyskania zamówienia publicznego. Dodać należy, że działanie Biameditek jest działaniem celowym w celu uzyskania zamówienia publicznego i polega na przedstawieniu dokumentów przerobionych, poświadczających nieprawdę oraz nierzetelnych.

Zamawiający zaniechał wykluczenia Biameditek na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Prawa zamówień publicznych, pomimo, że poniższe fakty w ocenie Odwołującego wskazują co najmniej na konieczność wyjaśnienia dokumentów, które w konsekwencji miały wpływ na wynik Postępowania. Odwołujący ponadto wskazywał na wątpliwości w ofercie konkurencyjnej odnośnie systemu chłodzenia, wymaganej czułości oddechowej, klasy wodoszczelności, kabla 6-odprowadzeniowego oraz zasięgu systemu monitorowania telemetrycznego.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Biameditek z dnia 24 lipca 2015 r.;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórnego badania i oceny ofert oraz w konsekwencji wykluczenia z Postępowania Biameditek oraz odrzucenia jego oferty, jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w Postępowaniu;
4. nakazanie Zamawiającemu powtórnego badania i oceny ofert;
5. nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
6. obciążenie Zamawiającego kosztami Postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy BiaMediTek spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku których oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej także: Przystępujący).

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień

publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego zostałyby odrzucona bądź zostałby on wykluczony z postępowania – wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Izba ustaliła, co następuje:

Zasadniczym zarzutem odwołania był zarzut podania w ofercie Przystępującego nieprawdziwych informacji odnośnie systemu chłodzenia, wymaganej czułości oddechowej, klasy wodoszczelności, kabla 6-odprowadzeniowego oraz zasięgu systemu monitorowania telemetrycznego. Odwołujący podnosił, że w ofercie, a następnie w złożonych wyjaśnieniach i uzupełnieniach, Przystępujący podał nieprawdziwe informacje o oferowanych przez siebie parametrach, a więc po pierwsze, powinien być wykluczony z postępowania, a po drugie – jego oferta powinna być odrzucona jako niezgodna z SIWZ, bowiem rzeczywiste parametry nie odpowiadają wymogom SIWZ.

Odnośnie zarzutu dotyczącego systemu chłodzenia modułu BeneViewT1, Izba ustaliła, co następuje:

1. W pozycji 17 Załącznika nr 6 do SIWZ (kopia SIWZ i inne dokumenty przywołane w uzasadnieniu w aktach sprawy), Zamawiający wymagał, aby „Element/moduł transportowy chłodzony konwekcyjnie, bez użycia wentylatora.”
2. W dniu 7 listopada 2014 r., na pytanie nr 89 „czy Zamawiający wymagając, aby element/moduł transportowy wychłodzony konwekcyjnie, bez użycia wentylatora, wymaga tym samym, aby w obudowie elementu/modułu transportowego nie znajdowały się jakiegokolwiek wentylatory? (...)” Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „NIE, wystarczające jest spełnienie wymogu opisanego w SIWZ”.
3. Bezsporne było, że w module zaoferowanym przez Przystępującego znajduje się wentylator. Zdaniem Odwołującego, umiejscowienie tego wentylatora we wnętrzu obudowy modułu stoi w sprzeczności z oświadczeniem Przystępującego w ofercie, że monitor chłodzony jest konwekcyjnie bez użyciu wentylatora, a informacja ta jest nieprawdziwa, gdyż zgodnie z posiadanymi informacjami Odwołującego (załączył zdjęcia wnętrza monitora BeneView TI), zaoferowany monitor posiada wentylatory służące do chłodzenia.

W ocenie Izby, skoro Zamawiający dopuścił możliwość, umiejscowienia wentylatora w obudowie urządzenia, fakt istnienia tego wentylatora nie może przesądzać o odrzuceniu oferty Przystępującego jako niezgodnej z SIWZ. Odwołujący musiałby wykazać, że

urządzenie nie jest chłodzone konwekcyjnie, czego jednak nie uczynił, dlatego Izba oddaliła zarzut w tym zakresie.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego wymaganej czułości oddechowej, klasy wodoszczelności, kabla 6-odprowadzeniowego oraz zasięgu systemu monitorowania telemetrycznego, Izba ustaliła, co następuje:

1. Wymagania Zamawiającego w SIWZ były bezsporne.
2. Przystępujący do oferty, a następnie do wyjaśnień, w ramach uzupełnienia oferty, złożył wymagane przez Zamawiającego foldery, ulotki i oświadczenie producenta potwierdzające spełnienie parametrów wymaganych w SIWZ.
3. Odwołujący twierdził, że Przystępujący przedstawił informacje nieprawdziwe, i jego oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ, na poparcie czego przedstawiał dowody w postaci ulotek, folderów urządzeń oferowanych przez Przystępującego, ale o innych parametrach.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba stwierdziła, że Odwołujący nie udowodnił podnoszonych zarzutów. Producent może produkować urządzenia o różnych parametrach, dostosowując je do wymagań określonych nabywców. Nie budziło wątpliwości, że strony prezentowały ulotki, foldery urządzeń o tej samej nazwie, ale produkowanych na różne rynki – amerykański, europejski, chiński. Urządzenia, nawet o tej samej nazwie, mogą być modyfikowane zgodnie z oczekiwaniami odbiorcy. Zwykle producenci dookreślają w nazwie urządzenia poszczególne wersje przez oznaczenia literowe-cyfrowe, tu producent zaniechał dodatkowych oznaczeń (co nie było zarzutem odwołania). Może to utrudniać identyfikację sprzętu (a raczej przypisywanych mu parametrów), ale nie powinno być powodem odrzucenia oferty, tym bardziej, że złożono oświadczenie producenta, że sprzęt spełnia wymagane parametry. W takich okolicznościach nie może się ostać ani zarzut podania nieprawdziwych informacji (w niniejszym postępowaniu można było dojść do wniosku, że Przystępujący oferował inne urządzenia, niż urządzenia, których ulotki przedkładał Odwołujący), ani zarzut odrzucenia oferty jako nieodpowiadającej treści SIWZ (wszystkie parametry sprzętu Przystępującego odpowiadały SIWZ zgodnie z dopuszczonym przez SIWZ oświadczeniem producenta).

Oдноśnie zarzutu zaniechania uzupełnienia dokumentów w zakresie wymaganej czułości oddechowej dla monitorów BeneView T5/T6/T8/T9, w ocenie Izby Przystępujący na rozprawie przekonująco wyjaśnił zasadę działania tych monitorów: mają one budowę modułową, czułość oddechową analizuje monitor BeneView T1 (używany jako moduł służący do pomiarów w pozostałych monitorach), zatem dla wykazania wymaganej czułości oddechowej monitorów wystarczające jest złożenie dokumentów oдноśnie parametrów

urządzenia T1. W konsekwencji w ocenie Izby zarzut Odwołującego w tym zakresie nie potwierdził się.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń Prawa zamówień publicznych, podnoszonych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

**Przewodniczący:**

.....