

Sygn. akt: KIO 2575/13

WYROK

z dnia 19 listopada 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Justyna Tomkowska**

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2013 roku przez **Odwołującego – Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie**

przy udziale **wykonawcy Promed S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą 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 **Odwołującego – Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 4 listopada 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm. - dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożył wykonawca Philips Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę aparatury medycznej” nr 243/ZP/2013 Zamawiający: Szpital Specjalistyczny im. Ludwika Rydygiera w Krakowie Sp. z o.o. Odwołanie wniesiono w części zamówienia oznaczonej jako GRUPA I wobec czynności oraz zaniechań Zamawiającego:

1. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy PROMED SA. (dalej jako „Promed”) pomimo niezgodności oferty tego wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”),
2. zaniechania wykluczenia Promed z udziału w postępowaniu pomimo podania przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania,
3. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów Pzp.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Promed pomimo, że zaoferowane przez tego wykonawcę urządzenie - monitor firmy GE Carescape B650 nie spełnia bezwzględnych wymagań określonych w SIWZ w zakresie:

- analizowania EKG jednocześnie według co najmniej 20 różnych definicji arytmii (pkt 128 załącznika nr 1 do SIWZ)
- jednoczesnego monitorowania wszystkich wymaganych parametrów na każdym stanowisku (pkt 104 załącznika nr 1 do SIWZ)
- możliwości podłączenia monitora Carescape B650 do monitora EV1000 firmy Edwards wraz z przewodem połączeniowym (pkt 115 załącznika nr 1 do SIWZ);

2. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Promed z udziału w postępowaniu pomimo posłużenia się przez tego wykonawcę nieprawdziwymi i wprowadzającymi w błąd informacjami w zakresie możliwości podłączenia oferowanego monitora GE Carescape B650 do monitora Edwards EV1000.

a w rezultacie naruszenie:

3. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wybór oferty Promed jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu, mimo że oferta ta powinna była zostać odrzucona, a wykonawca ten wykluczony z postępowania.

W związku z powyższym, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust. 3 pkt. 1 Pzp:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Promed jako najkorzystniejszej, a następnie w ramach ponownego badania i oceny ofert:
 2. odrzucenia oferty Promed z uwagi na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ,
 3. wykluczenia Promed z udziału w postępowaniu z uwagi na złożenie przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania,
- a w konsekwencji:
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp bez wątplenia miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem skutkowało wyborem oferty Promed, w sytuacji, gdy oferta ta jest niezgodna z postanowieniami SIWZ, a wykonawca podał w niej nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w związku z czym jego oferta powinna zostać odrzucona, zaś wykonawca wykluczony z postępowania.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp, bowiem oferta złożona przez Odwołującego została przez Zamawiającego sklasyfikowana na drugim miejscu, zaś gdyby Zamawiający nie naruszył przepisów Pzp i odrzucił ofertę Promed (lub wykluczył tego wykonawcę z udziału w postępowaniu), wówczas za najkorzystniejszą ofertę musiałaby zostać uznana oferta Odwołującego.

Informację o okolicznościach uzasadniających wniesienie odwołania Odwołujący otrzymał od Zamawiającego w dniu 25 października 2013 r., kiedy to Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty. W związku z powyższym odwołanie złożono z zachowaniem ustawowego terminu przewidzianego przepisami Pzp. Wpis w wymaganej wysokości został uiszczony na rachunek UZP, a kopia odwołania przekazana Zamawiającemu.

W uzasadnieniu podniesiono, że w postępowaniu, w ramach części określonej jako „GRUPA I” Zamawiający wymagał dostarczenia 17 szt. kardiomonitorów, 1 szt. centrali monitorującej oraz 4 szt. aparatu do znieczulania ogólnego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wraz z zestawieniem wymaganych parametrów technicznych oferowanych urządzeń został zawarty w przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ. W ramach GRUPY I w postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Promed oraz Philips. Jedynym kryterium oceny ofert w postępowaniu była cena, za którą można było uzyskać maksymalnie 90 punktów. Ceny złożonych ofert przedstawiały się następująco:

- (i) Promed - 997 920,00 zł (90 pkt)

(ii) Philips - 1 022 820,48 zł (87,80 pkt)

Promed w zaoferował urządzenie GE Carescape B650, które posiada jednak zdecydowanie niższą funkcjonalność niż wymagana w określonych przez Zamawiającego w parametrach od 101 do 141 załącznika nr 1 do SIWZ. Pomimo tego Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Promed z uwagi na jej niezgodność z SIWZ i błędnie uznał tę ofertę za najkorzystniejszą w postępowaniu, podczas gdy za jedyną ważną i najkorzystniejszą ofertę powinna była zostać uznana oferta Odwołującego.

Odnosnie braku wymaganego analizowania co najmniej 20 różnych definicji arytmii wskazano, że zgodnie z pkt 128 załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby kardiomonitory wyposażone były w następującą funkcjonalność „Wieloodprowadzeniowa analiza EKG do zliczania częstości akcji serca i do analizy arytmii. Przynajmniej dwóch-odprowadzeniach, analizowane jednocześnie według przynajmniej 20 różnych definicji arytmii”. Postawiony wymóg był warunkiem bezwzględnym (granicznym), którego niespełnienie powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ. W swojej ofercie Promed potwierdził spełnianie ww. parametru, co nie jest jednak prawdą w przypadku oferowanego przez niego urządzenia Carescape B650 oraz modułu przechwytyjącego E-PSMP.

Jak wynika z najnowszej, oficjalnej instrukcji obsługi urządzenia Carescape B650 z dnia 18 grudnia 2012 r. opublikowanej na stronie internetowej producenta GE, monitor ten pozwala obsługiwać potencjalnie jedynie 19 różnych definicji arytmii. Informację tę potwierdza również najnowsza instrukcja obsługi dla urządzenia Carescape B650 m.in. dla Stanów Zjednoczonych z dnia 20 sierpnia 2013 r. Tym samym nie jest w żadnym wypadku możliwe spełnienie przez urządzenie Carescape B650 warunku postawionego przez Zamawiającego w pkt 128. Jako dowód załączono fragment instrukcji obsługi Carescape B650 wraz z tłumaczeniem na jęz. polski.

Co więcej, liczba definicji arytmii podana przez producenta jest jedynie wartością maksymalną, zaś liczba arytmii, rozpoznawana przez ten monitor zależy przede wszystkim od rodzaju urządzenia, które przechwytuje sygnał EKG. W tym zakresie na rynku powszechnie dostępne są 4 następujące rodzaje urządzeń przechwytyjących:

- moduł E-PSMP;
- moduł PDM;
- moduł TRAM;
- urządzenie do teledyktacji.

Jak wynika z oferty Promed (str. 108-110), wykonawca ten zaoferował pierwsze z wskazanych rozwiązań tj. „Moduł pacjenta S/5 E-PSM, E-PSMP”. Zaoferowany moduł nie

pozwała na otrzymanie 20 różnych definicji arytmii, co potwierdza zresztą sama treść oferty Promed. Jak wynika bowiem z opisu technicznego tego urządzenia zamieszczonego na stronie 109 oferty, na potwierdzenie parametru nr 128 w pozycji „Alarmy” zostało tam wskazanych 5 podstawowych definicji arytmii (asystolia, detekcja odłączonych odprowadzeń, regulowane dolne i górne alarmy częstości rytmu serca, V Fib, V Tachy), oraz 8 opcjonalnych (salwa komorowa, para komorowa, bigeminia komorowa, trigeminia komorowa, PVC typu R/T, skurcz wypadający, wielogniskowe PVC, częste PVC.).

Zgodnie zatem z treścią oferty, moduł E-PSMP oferowany przez Promed pozwala na wyświetlanie maksymalnie 13 definicji arytmii, co jest niewystarczające w świetle wyraźnych wymagań SIWZ. Tym samym należy uznać, iż Promed zaoferował urządzenie o niższej jakości i funkcjonalności niż wymagana przez Zamawiającego, w związku z czym jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Arytmia serca jest to zaburzenie pracy serca nierzadko związane są z poważnymi konsekwencjami, nawet zagrażającymi życiu. Spowodowane są najczęściej chorobą niedokrwinną serca, chorobą zastawek serca, przez nadciśnienie tętnicze, zwyrodnienie serca, wadami wrodzonymi, zaburzeniami poziomu elektrolitów („soli mineralnych”) we krwi lub przedawkowaniem leków. Istnieje wiele definicji arytmii, często związanych z konkretną jednostką chorobową i szczególnie na oddziałach intensywnej terapii, gdzie pacjenci znajdują się często w stanie bezpośredniego zagrożenia życia, preferowane jest, aby monitory pacjenta posiadały jak najlepszą rozpoznawalność tego typu zaburzeń.

W przypadku niespełnienia wymogu jednoczesnego monitorowania wszystkich wymaganych parametrów na każdym stanowisku podniesiono, że zgodnie z pkt 104 załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby oferowane urządzenia wyposażone były w funkcję „Jednoczesnego monitorowania wszystkich wymaganych parametrów na każdym stanowisku”, co było warunkiem bezwzględnym (granicznym), którego niespełnienie powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ. Promed potwierdził w treści oferty spełnianie ww. parametru, co nie jest jednak prawdą w przypadku urządzenia Carescape B650.

Zgodnie z treścią oferty Promed (str. 105) oferowany monitor posiada jedynie dwa gniazda na podłączenie dodatkowych modułów (pozycja „Obrotowa ramka na moduły; Opcje: dwa opcjonalne gniazda na moduły serii E- i opcjonalny rejestrator”). Monitor ten nie umożliwia jednoczesnego monitorowania wszystkich wymaganych parametrów, gdyż przy oferowanej konfiguracji modułów nie jest możliwe ich jednoczesne podłączenie do monitora. Zaoferowany przez Promed moduł wieloparametrowy E- PSMP obsługuje jedynie następujące funkcje: EKG, oddech, nieinwazyjny pomiar ciśnienia krwi NIBP, 2 kanałowy

inwazyjny pomiar ciśnienia krwi IBP oraz 2 kanały temperatury, co potwierdzają informacje ze str. 105 oraz 108 oferty Promed. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego kardiomonitor powinien wyświetlać natomiast jeszcze pozostałe trzy parametry, których nie obsługuje ww. moduł wieloparametrowy E-PSMP. Są to:

- Ciągłe monitorowanie rzutu minutowego serca metodą termodylucji przepłucnej (wymagany zgodnie z pkt 140 załącznika nr 1 do SIWZ)
- pomiar wymiany gazowej (metabolizmu) - (wymagany zgodnie z pkt 138 załącznika nr 1 do SIWZ)
- monitorowanie kapnografii (wymagany zgodnie z pkt 137 załącznika nr 1 do SIWZ).

W swojej ofercie Promed potwierdził, że jego urządzenie pozwala monitorować każdy z ww. parametrów. W związku z zaferowaniem monitora Carescape B650 nie jest to jednak możliwe jednocześnie na każdym stanowisku, jak tego wymagał Zamawiający. Należy bowiem podkreślić, że do monitorowania kapnografii (pkt 137) i metabolizmu (pkt 138) Promed zaferował moduł E-COVX lub E-CAiOVX, który jednak nie pozwala na badanie rzutu minutowego serca metodą termodylucji przepłucnej (pkt 140). Zgodnie z opisem technicznym na str. 120-121 oferty Promed moduł E-COVX lub E-CAiOVX ma 75 mm szerokości, w związku z czym zajmuje on 2 gniazda modułów, a więc wszystkie gniazda dostępne w monitorze Carescape B650. Tym samym nie jest możliwe jednoczesne podłączenie do tego monitora modułu E-PICCO, służącego do ciągłego monitorowania rzutu minutowego serca metodą termodylucji przepłucnej. Zasada ta działa także w drugą stronę: otóż podłączenie do monitora B650 modułu E-PICCO (zajmującego 1 gniazdo) wyklucza podłączenie modułu E-COVX (zajmującego 2 gniazda).

Tym samym, w świetle parametrów urządzeń potwierdzonych przez Promed w swojej ofercie, nie ulega wątpliwości, iż w przypadku urządzeń oferowanych przez tego wykonawcę nie jest możliwe uzyskanie jednoczesnego monitorowania wszystkich wymaganych parametrów na jednym stanowisku, gdyż nie pozwala na to dostępna liczba gniazd w monitorze GE Carescape B650 oraz rodzaj i wymagania techniczne zaferowanych modułów. Innymi słowy, Zamawiający nie będzie mógł monitorować jednocześnie parametrów nr 137, 138 i 140, lecz alternatywnie 137 oraz 138 albo 140. Nie ulega zatem wątpliwości, że urządzenia zaferowane przez Promed nie spełniają wymagań określonych w załączniku nr 1 do SIWZ, w związku z czym oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Jednoczesny pomiar kapnografii oraz rzutu minutowego serca metodą termodylucji przepłucnej jest niezwykle istotny dla pacjentów w najcięższych stanach chorobowych, którzy trafiają na oddziały intensywnej terapii. Jednym z głównych zadań tych oddziałów jest zabezpieczenie chorego przed wystąpieniem niewydolności oddechowo-krążeniowej.

Pomiar kapnografii pozwala m.in. na ocenę niewydolności układu oddechowego, natomiast ciągły pomiar rzutu minutowego serca przynosi wiele istotnych danych nt. hemodynamiki (krążenia krwi) pacjenta. Zaoferowane przez Promed rozwiązanie uniemożliwia jednoczesny pomiar tych parametrów, które są bardzo istotne z punktu widzenia oddziałów intensywnej, a to w skrajnych przypadkach może spowodować poważny uszczerbek na zdrowiu pacjenta lub jego śmierć.

Co do braku wymaganej integracji między urządzeniem GE Carescape B650 a monitorem Edwards EV1000 zaznaczono, że z pkt 115 załącznika nr 1 do SIWZ, Zamawiający bezwzględnie wymagał następującej funkcjonalności: „Podłączenie monitora do pomiaru rzutu minutowego serca. Model EV 1000 firmy Edwards wraz z przewodem połączeniowym. Odczyt danych pomiarowych na ekranie monitora oraz w centrali. Zapis mierzonych parametrów w postaci trendów”.

Wykonawca Promed w złożonej ofercie potwierdził spełnianie tego parametru za pomocą urządzenia Unity Network ID. Informacja złożona przez Promed jest jednak niezgodna z rzeczywistością. Jak wynika bowiem z powszechnie dostępnych informacji, potwierdzanych również przez przedstawicieli firmy Edwards (producenta monitora EV 1000), urządzenie to nie jest zintegrowane i nie można go podłączyć do monitora GE Carescape B650.

Wątpliwości w tym zakresie pojawiły się również u Zamawiającego, który w dniu 15 października 2013 r. wezwał Promed w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty m. in. poprzez złożenie oświadczenia producenta o spełnianiu przez oferowane urządzenie wymagań wskazanych w pkt 115 załącznika do SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 października 2013 Promed oświadczył w sposób bardzo ogólny, że „kardiomonytory z serii Carescape B450, B650 oraz B850 mogą wyświetlać dane z urządzeń zewnętrznych, w szczególności z urządzeń do pomiaru rzutu serca firmy Edwards...”. Promed załączył też dwa oświadczenia podpisane przez Pana P..... K..... ze spółki GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. Oświadczenia te dotyczą tego samego urządzenia oferowanego przez Promed, jednakże zawierają odmienną treść. W pierwszym z nich znajduje się ogólne stwierdzenie, że monitory serii B450, B650 oraz B850 mogą wyświetlać dane z urządzeń zewnętrznych firmy Edwards, zaś w kolejnym oświadczeniu znajdujemy już dość wyraźne wskazanie, że model B650 może być podłączony do monitora EN/1000 za pomocą urządzenia Unity Network ID. Należy zaznaczyć, że Zamawiający nie próbował wyjaśnić tych rozbieżności, zadowolając się złożonymi oświadczeniami. Taka niespójność w treści złożonych, bardzo ogólnych zresztą,

oświadczeń świadczy o braku pewności samego Promed, co do tego czy zaoferowane urządzenie spełnia wymóg postawiony przez Zamawiającego.

Jak zaś wynika z informacji dostępnych Odwołującemu złożone przez Promed oświadczenia potwierdzające spełnianie przez monitor Carescape B650 parametru nr 115 nie są zgodne z prawdą, gdyż na obecną chwilę monitor ten nie jest zintegrowany z urządzeniem Edwards EV1000 i ich podłączenie nie jest możliwe.

Wymóg połączenia monitora EV1000 z oferowanym systemem monitorowania wraz z odczytem danych na monitorze i w centrali jest wielce uzasadnione w przypadku Zamawiającego. Będący na wyposażeniu oddziału intensywnej terapii monitor EV1000 mierzy kilkanaście różnych parametrów pacjenta związanych z krążeniem krwi. Dokumentowanie wszystkich tych parametrów jest niezwykle czasochłonne i wymaga od personelu dodatkowego nakładu pracy i czasu. Integracja tego monitora z oferowanym systemem monitorowania umożliwi personelowi oddziału znacznie szybsze i łatwiejsze prowadzenie procesu dokumentowania leczenia pacjenta, gdyż dane z EV1000 będzie można wydrukować w formie papierowej bądź elektronicznej jako raport wraz z pozostałymi parametrami mierzonymi przez monitor pacjenta.

Zamawiający żądał złożenia przez Promed w zakresie parametru nr 115 oświadczenia producenta o potwierdzeniu spełniania tego wymogu. Zgodnie z ofertą Promed (str. 7, 70-75), producentem monitora Carescape B650 jest fińska spółka GE Healthcare Finland Oy. W związku z powyższym oświadczenie złożone przez GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. nie czyni zadość wymaganiom zamawiającego, gdyż spółka ta nie jest producentem oferowanego urządzenia. Co więcej, nie jest ona nawet autoryzowanym przedstawicielem producenta, a jedynie jego dystrybutorem, a zatem w tym zakresie moc składanych przez nią oświadczeń nie jest większa niż oświadczenia samego Promed. Należy zatem uznać, że Pan P..... K..... (niezależnie od faktu czy jest umocowany do składania oświadczeń w imieniu GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. (nie wynika to bowiem z dokumentów załączonych przez Promed) nie był uprawniony zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 2 oraz 12 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2010 r., Nr 107, poz. 679 z późn. zm.) do wypowiedania się w imieniu producenta i potwierdzania parametrów urządzenia GE Carescape B650. Prowadzi to do konkluzji, że oświadczenia złożone przez Promed w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie mogą stanowić potwierdzenia parametrów oferowanego urządzenia.

Nie ulega zatem wątpliwości, że Promed zaoferował urządzenie, które nie spełnia wymogów określonych w pkt 115 załącznika nr 1 do SIWZ. W tym przekonaniu utwierdza okoliczność, że Promed nie przedłożył na wezwanie Zamawiającego ważnego potwierdzenia producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela o posiadaniu przez urządzenie

Carescape B650 wymaganej funkcjonalności. Mając zapewne świadomość, iż producent nie byłby w stanie potwierdzić tej okoliczności, Promed złożył oświadczenia spółki GE Medical Systems Polska Sp. z o.o., które jednak okazały się niespójne. Mając zaś na uwadze takie niespójne i ogólnikowe oświadczenia złożone w ramach wyjaśnienia oferty, zasadną wydaje się teza, iż Promed celowo przekazał, a następnie potwierdził nieprawdziwe informacje co do właściwości technicznych urządzenia. W związku z powyższym, niezależnie od tego, że oferta Promed powinna zostać odrzucona z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, wykonawca ten powinien być również wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil jak w petitum.

W dniu 7 listopada 2013 roku, na wezwanie Zamawiającego z dnia 4 listopada 2013 roku, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Promed S.A. z siedzibą w Warszawie.

Wykonawca wskazywał na posiadanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, ponieważ jego oferta w części I uznana została za najkorzystniejszą i nam on realną szansę na uzyskanie zamówienia. Kopia zgłoszenia przekazana została Stronom postępowania odwoławczego i przystąpienie uznano za skuteczne.

Przystępujący wnosil o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wnosil o jego oddalenie w całości. Wskazał, że brak było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego, a dokonując oceny ofert w zakresie spełniania parametrów granicznych wymaganych w SIWZ opierał się na oświadczeniach wykonawców.

Podniesiono, że w pkt 128 załącznika nr 1 do SIWZ stanowiącego integralną część oferty, Promed potwierdził, że urządzenie w przypadku analizowania EKG jednocześnie według co najmniej 20 różnych definicji arytmii spełnia ten parametr. Podobnie sytuacja wyglądała w przypadku parametru jednoczesnego monitorowania wszystkich wymaganych parametrów na każdym stanowisku (pkt 104 załącznika nr 1). Także w pkt 115 załącznika potwierdzono, że istnieje możliwość podłączenia monitora Carecape B650 do monitora EV1000 firmy Edwards wraz z przewodem połączeniowym.

Co do zarzutu złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji i naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający zauważył, że w ocenie spełniania wymaganych parametrów granicznych posługiwał się oświadczeniami Wykonawcy i nie miał możliwości zbadania poprawności ofert ponad otrzymane wyjaśnienia. Wskazał również na

ewolucję interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zauważając, że najnowsze orzecznictwo KIO nakazuje interpretować ten przepis stosunkowo wąsko.

Dlatego też Zamawiający uważa, że zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp jest chybiony. W świetle sytuacji, w jakiej znajdował się Zamawiający, wymaganych przez niego dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków granicznych oraz kryterium oceny ofert – Zamawiający wyczerpał dyspozycję tych przepisów. Zamawiający nie posiada uprawnień i narzędzi do badania ofert ponad wymagane dokumenty. W sytuacji, w której dostarczony produkt będzie niezgodny z przedstawionymi oświadczeniami, na podstawie § 9 ust. 1 pkt c wzoru umowy, Zamawiający uprawniony będzie do naliczenia 20% kary umownej liczonej od wartości całego zamówienia.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez Strony i Uczestnika postępowania włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron oraz Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowano odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać w wyniku ponownego badania i oceny ofert uznana za najkorzystniejszą. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w postępowaniu materiał dowodowy i złożone oświadczenia przez poszczególne Strony sporu uznano, iż odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia

w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie braku w ofercie Przystępującego potwierdzenia parametru analizowania co najmniej 20 różnych definicji arytmii stwierdzić należało, że Odwołujący na poparcie powyższej tezy nie przedstawił wiarygodnych dowodów.

Zarówno z instrukcji obsługi proponowanego urządzenia dołączonej do odwołania oraz przedłożonej na rozprawie przez Przystępującego wynika, że dokumenty te odnoszą się w swej treści do ustawień alarmów, nie zaś do definicji arytmii. W ocenie składu orzekającego Izby między pojęciem „definicja alarmu” a „definicja arytmii” nie można postawić znaku równości. Za potwierdzeniem tej tezy przemawiają również zapisy SIWZ oraz zaprezentowane na rozprawie stanowisko Zamawiającego, który pojęć tych ze sobą nie utożsamiał. Nieuprawnione zatem wydaje się wnioskowanie z ilości możliwych ustawień w urządzeniu alarmów o ilości odczytywanych rodzajów arytmii. Jednocześnie złożona przez Przystępującego instrukcja wyraźnie odróżnia pojęcie arytmii od pojęcia alarmu związanego z arytmia (np. str. 191 i 192 instrukcji). Choć powstaje pytanie w jaki sposób Przystępujący przy przyznanej możliwości ustawienia tylko 19 alarmów w oferowanym urządzeniu zamierza uzyskać możliwość definiowania co najmniej 20 rodzajów arytmii, to argumentacja ta nie została podniesiona przez Odwołującego.

Co do oprogramowania Marquette, o którym wspomina Przystępujący w piśmie procesowym, to zaznaczyć należy, że nie jest wykluczone, iż zostało ono ujęte w ofercie Przystępującego, uwzględnione w cenie. Natomiast niewątpliwie przy pomocy tego

oprogramowania wartość parametru granicznego określonego na dwadzieścia rodzajów arytmii została potwierdzona, skoro Odwołujący nie oponował, że oprogramowanie definiuje 60 rodzajów arytmii. Skoro więc Przystępujący twierdzi z całą stanowczością, iż rzeczzone oprogramowanie ujął w cenie i treści oferty, to na etapie wykonywania zamówienia zobowiązany będzie on do dostarczenia Zamawiającemu urządzenia właśnie z takim oprogramowaniem.

Z tych względów uznano, że we wskazanym zakresie nie potwierdził się zarzut nieodpowiadania treści oferty treści SIWZ.

W przypadku zarzutu niespełnienia wymogu jednoczesnego monitorowania wszystkich wymaganych parametrów na każdym stanowisku, to za Przystępującym powtórzyć należy, że z zapisów SIWZ nie wynikał obowiązek monitorowania wszystkich parametrów przez każdy kardiomonitor i pojęcia „stanowisko” nie należy utożsamiać z pojęciem „monitor”. W SIWZ zawarto wymóg, aby monitor zbudowany został w oparciu o moduły pomiarowe przenoszone między monitorami, odłączane i podłączane w sposób zapewniający automatyczną zmianę konfiguracji ekranu, uwzględniającą pojawienie się odpowiednich parametrów, bez zakłócania pracy monitora. Jednocześnie wymagano monitorowania wszystkich parametrów na każdym stanowisku. Jeżeli zatem SIWZ w pkt 104 załącznika nr 1 zakładała możliwość przenoszenia modułów między monitorami, oznacza to, że istnieje możliwość takiego skonfigurowania danego stanowiska z zaoferowanych modułów, że wszystkie wymagane parametry na danym stanowisku będą monitorowane i wyświetlane na monitorze. Z resztą taką możliwość na rozprawie przyznał sam Odwołujący zauważając, że jest to możliwe przy wykorzystaniu kompletu proponowanych przez Przystępującego modułów, w tym monitora B450. Kwestionowanie natomiast sposobu konfiguracji i możliwości wykorzystania do uzyskania funkcjonalności monitorowania parametrów na stanowisku za pomocą monitora B450 nie polega ocenie Izby, ponieważ takie zarzuty nie były formułowane w odwołaniu, gdzie Odwołujący kwestionował samą możliwość monitorowania pomiarów. Skoro więc przyznano możliwość osiągnięcia danej funkcjonalności a w odwołaniu nie zakwestionowano sposobu osiągnięcia tej funkcjonalności, zarzut nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

W zakresie zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji przez Przystępującego, z przekazanej Izbie dokumentacji z postępowania wynika, że Zamawiający wezwał wybranego wykonawcę do złożenia oświadczenia producenta o spełnianiu kwestionowanego parametru, tj. możliwości połączenia oferowanego monitora z monitorem firmy Edwards.

Ze złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wynika, że potwierdzono, iż kardiomonitorzy serii Carescape B450, B650 i B850 mogą wyświetlać dane z urządzeń zewnętrznych, w szczególności z urządzeń do pomiaru rzutu serca firmy Edwards przy pomocy zaoferowanego interfejsu Unity ID. Jednocześnie wykonawca zaznaczył, że uzupełnia ofertę o oświadczenie producenta. Oświadczenie złożone w imieniu GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie podpisał Pan P..... K..... zajmujący stanowisko Sales and Marketing Manager MS, Central Europe, LCS. W oświadczeniu czytamy, że: *„Ad. Pkt 115 Załącznika nr 1 do SIWZ: Kardiogramy serii Carescape B450, B650, B850 mogą wyświetlać dane z urządzeń zewnętrznych, w szczególności z urządzeń do pomiaru rzutu serca firmy Edwards przy pomocy zaoferowanego interfejsu Unity ID”*.

Z drugiego ze złożonych oświadczeń wynika, że *„monitor Carescape B650 może być podłączony do monitora pomiaru rzutu minutowego serca – EV1000 firmy Edwards za pomocą urządzenia Unity Network ID. Połączenie umożliwi odczyt danych pomiarowych na ekranie monitora i w centrali, oraz zapis mierzonych parametrów w postaci trendów – spełnia pkt 115 załącznika nr 1 do SIWZ”*.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, to jest zarzut złożenia nieprawdziwych informacji nie znalazł potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym.

Przystępując do analizy prawnej zarzutów złożenia przez Przystępującego Promed nieprawdziwych informacji, które miały wpływ na wynik postępowania podniesionych w odwołaniu, dostrzeżenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ w sposób jasny i precyzyjny określił warunki udziału w postępowaniu, w tym także warunki dotyczące posiadania przez oferowany sprzęt medyczny odpowiednich parametrów technicznych oraz dokumenty, na podstawie których obywatela będzie się ocena merytoryczna treści oferty w wymienionych i opisanych kryteriach oceny.

Dostrzeżenia wymaga także fakt, że norma prawna wyrażona w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, jeśli w toku postępowania złożyli oni nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Izba wskazuje, iż aby została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- musi dojść do złożenia nieprawdziwych informacji;
- informacje te winny zostać złożone przez wykonawcę w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp;

- złożenie nieprawdziwych informacji musi nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 2 pkt 7a ustawy Pzp;
- złożenie nieprawdziwych informacji miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik tego postępowania.

W zakresie zarzutu dotyczącego konieczności wykluczenia Przystępującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji nie można było zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, że stwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć postać uzyskania pewności, że informacje nie odzwierciedlają rzeczywistości. Nie jest wystarczającym zaistnienie pewnego stanu niepewności, czy wywołanie pewnych wątpliwości, że być może informacje są nieścisłe, czy nie w pełni oddają rzeczywistość. Przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wymaga uzyskania ponad wszelką wątpliwość pewności, że wykonawca podał nieprawdziwe informacje. Jest to szczególna przesłanka, wymagająca każdorazowo jednoznacznego przesądzenia nieprawdziwości zawartych w ofercie wykonawcy twierdzeń o rzeczywistości. Ustalenie, czy też potwierdzenie nieprawdziwości informacji musi mieć zatem charakter definitywnego i kategorycznego, nie pozostawiającego żadnych wątpliwości stwierdzenia.

Zamawiający w przypadku oczywistych sytuacji nie jest zobowiązany do weryfikowania informacji podanych przez wykonawców i powinien poprzestać na dokumentach, których wymagał w ogłoszeniu i w SIWZ. Jednak jeżeli powstaną jakiegokolwiek wątpliwości co do prawdziwości czy nawet ścisłości podanych informacji (czy na skutek samodzielnej analizy dokumentów przez Zamawiającego, czy dzięki środkom podjętym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne), a informacje te mogą mieć wpływ na wynik postępowania, Zamawiający ma obowiązek ustalić czy nie ma do czynienia ze złożeniem nieprawdziwych informacji i koniecznością wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania.

Wykonawca decydując się na udział w danym postępowaniu przetargowym, składa wraz z ofertą informacje będące oświadczeniami wiedzy w sposób celowy. Podanie takiej, czy innej informacji powinno być rozpatrywane w kategorii starannego działania profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. Wykonawcy winni wykazać wysoką staranność przejawiającą się zawodowym charakterem ich działalności, co przemawia za wymaganiem od nich dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ewentualnego zadawania zapytań wobec niejednoznacznego brzmienia postanowień specyfikacji. Nie oznacza to z drugiej strony, iż każda informacja, która okaże się niezgodna z rzeczywistością musi być potraktowana jako informacja nieprawdziwa, którą posłużyć się

przez wykonawcę zawsze wiązać należy z przypisaniem mu celowego działania i zamiaru wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

Za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z tego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane.

Wskazanie w wymaganym zakresie, że istnieje możliwość podłączenia monitora Careescape B650 do monitora EV1000 firmy Edwards wraz z przewodem podłączeniowym, które być może w ocenie Odwołującego nie spełniają parametru granicznego zgodnie z wymaganiami ogłoszenia lub SIWZ, nie oznacza jeszcze podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wykluczając wykonawcę z postępowania na podstawie tego przepisu, musi bezspornie łącznie wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich przedłożenie jest wynikiem zamiaru bezpośredniego lub zamiaru ewentualnego, bądź też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć (za wyrokiem KIO z dnia 18 kwietnia 2011 roku, sygn. akt KIO 637/11).

Okoliczność, że dany parametr nie spełnia wartości granicznej nie przesądza ze swej istoty o uznaniu, iż złożono nieprawdziwą informację mającą lub mogącą mieć wpływ na wynik postępowania stanowiącą podstawę do wykluczenia wykonawcy w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby nie ziściły się przesłanki wynikające z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy umożliwiające wykluczenie wykonawcy z postępowania. O ile dyskutować można nad wykazaniem spełniania warunku granicznego, to z pewnością nie może być mowy o tym, iż wykonawca w sposób celowy, świadomy złożył nieprawdziwe informacje celem wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co miało lub potencjalnie nawet mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Ponadto Odwołujący nie wskazał i na powyższe nie przedstawił dowodów, na czym owo świadome i celowe działanie bądź też zaniechanie Przystępującego miało polegać.

W przedmiotowym zakresie, w ocenie składu orzekającego Izby, nie może być także mowy o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez Zamawiającego. Przystępujący składając wyjaśnienia wskazał na konkretny interfejs i konkretne rozwiązanie techniczne, którego użycia Odwołujący nie zakwestionował ani w odwołaniu, ani podczas rozprawy. Możliwość uzyskania połączenia jest zatem kwestią przyjętego rozwiązania technicznego. Odwołujący nie wykazał, że przy zastosowaniu tego interfejsu połączenie urządzeń nie jest możliwe. Przystępujący razem z pismem procesowym przedstawił dokumentację fotograficzną przedstawiającą fizyczną możliwość uzyskania połączenia. Natomiast kwestia kompatybilności, czy też pełnej integracji urządzeń i sposób działania po połączeniu leży poza sferą wynikającą z zarzutów poniesionych w odwołaniu, z resztą, jak słusznie zauważył Przystępujący, zapisy SIWZ takich uwarunkowań nie zawierały.

Choć zarzuty sformułowane zostały na podstawie „*powszechnie dostępnych informacji*”, „*potwierdzonych przez przedstawicieli firmy Edwards*” oraz „*informacji dostępnych Odwołującemu*”, to żadne z tych źródeł nie zostało przedstawione w taki sposób, aby mogło zostać zakwalifikowane jako materiał dowodowy. Mimo kwestionowania sposobu i formy złożenia oświadczenia przez Przystępującego i podnoszenia, że producent nie byłby w stanie potwierdzić okoliczności, to również sam Odwołujący, choć na wiedzę producenta się powoływał, żadnego oświadczenia lub innego dokumentu nie przedstawił.

Nie sposób zgodzić się także z twierdzeniami Odwołującego dotyczącymi niespójności między oświadczeniami złożonymi przez Przystępującego w ramach wyjaśnień. Treść tych dokumentów nie jest ze sobą ani sprzeczna, ani wzajemnie się nie wyklucza. Jedno z oświadczeń odnosi się ogólnie do możliwości połączenia monitorów serii Carescape z urządzeniami zewnętrznymi, w tym urządzeniami firmy Edwards, drugie z oświadczeń natomiast wprost wskazuje na monitor EV1000, którego to producentem jest przecież firma Edwards. Niezrozumiałą dla Izby jest argumentacja Odwołującego o bliżej nieokreślonych, niezdefiniowanych i nie wskazanych sprzecznościach.

Konkludując, uznano, iż wykonawca Odwołujący nie udowodnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym skład orzekający Izby uznał, że badanie i ocena ofert w postępowaniu dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa. W prowadzonym postępowaniu nie dopatrzonego się naruszenia zasady równego traktowania wykonawców lub prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła 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. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: