

Sygn. akt KIO/1985/10

WYROK
z dnia 28 września 2010 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2010 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez **SIEMENS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Żupnicza 11, 03-821 Warszawa**

od czynności Zamawiającego

Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą przy ulicy Długiej 1/2, 61-848 Poznań

przy udziale uczestnika postępowania odwoławczego **GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Wołoskiej 9, 02-583 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża SIEMENS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Żupnicza 11, 03-821 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaści tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **SIEMENS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Żupnicza 11, 03-821 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **SIEMENS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ulicy Żupnicza 11, 03-821 Warszawa** na rzecz **Szpitala Klinicznego Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu z siedzibą przy ulicy Długiej 1/2, 61-848 Poznań,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Poznaniu.**

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający **Szpital Kliniczny Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „**Zakup (dostawa) wraz z instalacją tomografów komputerowych - tomograf onkologiczny 1 sztuka w ramach programu Wzrost jakości i dostępności diagnostyki obrazowej w Szpitalu Klinicznym Przemienienia Pańskiego UM w Poznaniu poprzez rozbudowę i zakup wyposażenia. Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko, Priorytet: XII, Działanie: 12.2 Inwestycje w infrastrukturę ochrony zdrowia o znaczeniu ponadregionalnym tomograf kardiologiczny 1 sztuka.**” nr sprawy: **NZ/198/2009** opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 16 czerwca 2010 roku pod numerem 2010/S 115-174161

6 września 2010 roku Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wyniku postępowania..

14 września 2010 roku Odwołujący - wykonawca **SIEMENS Sp. z o.o.**, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec podjętych w postępowaniu czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności na:

- ~ zaniechaniu czynności wykluczenia wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.
- ~ zaniechaniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. ocenie ofert z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie art.7 ust.1 i 3 art. 24 ust 2 pkt. 3 i ust. 4 oraz art. 89 ust 1 pkt. 2

oraz wnosząc o:

- ~ uwzględnienie odwołania w całości,
- ~ unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- ~ ponowne dokonanie oceny ofert i w jego następstwie wykluczenie wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. oraz odrzucenie jego oferty,
- ~ wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący, wykazuje w odwołaniu, iż posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż jest wykonawcą, który złożył ważną ofertę w niniejszym postępowaniu a czynności Zamawiającego dokonane w trakcie oceny ofert uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia.

Odwołujący uzasadnia następująco swoje stanowisko wyrażone w odwołaniu:

Oferta wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia uznana została za najkorzystniejszą - uzyskała max ilość punktów obliczonych według kryteriów zawartych w SIWZ.

Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego i wskazuje na poniższe:

Po pierwsze: Odwołujący podniósł, iż Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt. 3 ze względu na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Wybrany wykonawca wypełniając Załącznik nr 1 „Wykaz przedmiotu zamówienia” w pkt I „Wymagania ogólne” zarówno w części dotyczącej tomografu komputerowego do diagnostyki onkologicznej jak i w części dotyczącej tomografu komputerowego kardiologicznego podał nieprawdziwe informacje dotyczące daty konstrukcji urządzenia wprowadzając tym samym Zamawiającego w błąd, co bezpośrednio wpłynęło na wynik postępowania. Zamawiający określił parametr graniczny opisując go jako *„Rok produkcji urządzenia 2010, urządzenie nowe, nieużywane, nie rekondukcjonowane (konstrukcja nie starsza niż z 2007 w najnowszej wersji sprzętowej i oprogramowania)”*. Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. potwierdził spełnianie tego wymaganego parametru wpisując słowo TAK, oraz „konstrukcja z lipca 2009r”. W ocenie Odwołującego, takie oświadczenie wprowadziło Zamawiającego w błąd, gdyż konstrukcja oferowanego urządzenia, co potwierdzają załączone dokumenty jak i deklaracja wykonawcy na tych samych stronach oferty (strona 3 i strona 12), na których wykonawca potwierdził, iż *„rok wprowadzenia urządzenia na rynek 2005, konstrukcja unowocześniona i odnowiona w lipcu 2010”*, jest konstrukcją wprowadzoną na rynek w 2005 roku, czyli pochodzącą co najmniej z 2005 roku. Powyższe potwierdza również załączone do oferty zaświadczenie

z Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych (strona 164 oferty) potwierdzające, iż Urząd dokonał wpisu do Rejestru Wyrobów Medycznych wyrób Tomograf komputerowy LightSpeed VCT Systems, czyli wyrób będący przedmiotem oferty. Powyższe zaświadczenie datowane jest 08.05.2006 roku z czego jednoznacznie wynika w ocenie Odwołującego, iż już w 2006 roku oferowany wyrób został zgłoszony i zarejestrowany. Dodatkowo należy zauważyć, iż zgodnie z brzmieniem SIWZ dotyczącym wymaganych dokumentów na potwierdzenie spełniania przez przedmiot zamówienia warunków postawionych przez Zamawiającego należało dołączyć m.in. *„aktualny dokument dopuszczający przedmiot zamówienia do obrotu w kraju - zgodnie z obowiązującym prawem (ustawa z dnia 20 kwietnia 2004 roku o wyrobach medycznych) np. CE lub zgłoszenie do rejestru wyrobów medycznych oznakowane CE, dla którego wystawiono deklaracje zgodności”*. Odwołujący podnosi, iż załączony wpis do Rejestru Wyrobów Medycznych również potwierdza, iż wykonawca wypełniając tabelę z załącznika nr 1 w pozycji I Wymagania ogólne podał nieprawdziwe informacje, wprowadzające w błąd Zamawiającego i jednocześnie mające wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący argumentuje, iż Zamawiający zdawał sobie sprawę z faktu, że urządzenia medyczne są bardzo często modyfikowane, dlatego też stawiał wymogi co do daty (roku) pojawienia się na rynku oferowanej konstrukcji, jak również aby były one w najnowszej wersji sprzętowej i oprogramowania, oczekując tym samym od oferentów urządzeń technologicznie i konstrukcyjnie najnowszych.

W ocenie Odwołującego urządzenie o konstrukcji z roku 2005 w wersji sprzętowej i oprogramowania z roku 2009 nie może być uznane jako urządzenie spełniające wymagania SIWZ oraz oczekiwania Zamawiającego. Z powyższego wynika w ocenie Odwołującego, iż oferowane przez wybranego wykonawcę urządzenia nie spełniają postawionego wymagania granicznego pomimo deklaracji wykonawcy. Z tego względu wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania a jego oferta jako wykonawcy wykluczonego dodatkowo odrzucona na podstawie art. 24 ust 4. Jednocześnie jako odrębna przesłanka odrzucenia oferty pozostaje nadal art. 89 ust 1 pkt.2 gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Po drugie: Zamawiający w Załączniku nr 1 „Wykaz przedmiotu zamówienia” w części dotyczącej aparatu onkologicznego w punkcie „Wyposażenie dodatkowe” wymagał *„pełnego wyposażenia dodatkowego aparatu TK umożliwiającego wykonywanie zabiegów i badań w technologii fluoroskopii TK”*. Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o potwierdził zaoferowanie wymaganej funkcjonalności. Odwołujący podnosi, iż według najlepszej wiedzy

aparat LightSpeed VCT nie realizuje funkcji fluoroskopii (możliwości obrazowania w trybie fluoroskopowym a więc w trybie obrazowania na żywo ze stałym, dynamicznym odświeżaniem obrazów po wyzwoleniu akwizycji). Aparat LightSpeed VCT realizuje jedynie dwa tryby pracy interwencyjnej, argumentuje Odwołujący, co potwierdza str. 64 oferty, to jest tryb biopsyjny oraz tryb smart step. Żaden z tych trybów nie realizuje funkcji wykonywania zabiegów metodą fluoroskopii. A zatem wskazując na powyższe stwierdzamy, że oferta GE nie spełnia wymogów granicznych Zamawiającego i tym samym jej treść nie odpowiada treści SIWZ i podlega na tej podstawie odrzuceniu.

Po trzecie: Zamawiający w Załączniku nr 1 „Wykaz przedmiotu zamówienia” w części dotyczącej aparatu kardiologicznego w punkcie dotyczącym rozdzielczości czasowej akwizycyjnej w akwizycji kardiologicznej przy zbieraniu danych obrazowych z jednego cyklu pracy serca (rekonstrukcja jednosegmentowa) jako graniczną określił wartość < 175 ms. Wykonawca GE Medical Systems Polska Sp. z o.o. podał, iż dla tego parametru posiada wartość 44ms. Odwołujący wyjaśnia, iż wartość ta jest uzyskiwana dla rekonstrukcji wielosegmentowej SnapShot Burst co potwierdza sam wykonawca na str. 60 swojej oferty, a nie dla rekonstrukcji jednosegmentowej. Wykonawca podał zatem nieprawdziwe dane, które podlegały ocenie punktowej.

17 września 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia złożone przez wykonawcy GE Medical Systems Polska Sp. z o.o.. Wykonawca ten wskazuje, iż posiada interes w uzyskaniu na korzyść Zamawiającego rozstrzygnięcia odwołania złożonego przez wykonawca SIEMENS Sp. z o.o., gdyż jest wykonawcą, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym Zgłaszający przystąpienie wniósł o: oddalenie Odwołania w całości jako bezzasadnego oraz podtrzymanie przez Krajową Izbę Odwoławczą decyzji Zamawiającego z 6 września 2010 roku w zakresie wyboru jako najkorzystniejszej oferty zgłaszającego przystąpienie.

Zgłaszający przystąpienie uzasadnił swoje stanowisko:

- ~ zaoferował aparaty spełniające wymóg Zamawiającego , na co dołączył do oferty stosowne dokumenty,
- ~ zaoferowane urządzenie spełnia wymagania w zakresie wykonywania zabiegów i badań w technologii fluoroskopii TK,

- ~ pismem z 27 lipca 2010 roku Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 26 dopuścił podanie rozdzielnosci czasowej dla rekonstrukcji wielosegmentowej. W związku z tym zarzuty Odwołującego w powyższym zakresie należy uznać za gołosłowne.

Na rozprawie Zamawiający oraz uczestnik postępowania odwoławczego złożyli pisma.

Zamawiający złożył „Odpowiedź na odwołanie” wnosząc o:

- ~ oddalenie odwołania
- ~ obciążenie odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnionymi kosztami postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy oraz kosztami wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł.

Zamawiający podtrzymuje stanowisko zawarte w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z 6 września 2010 roku oraz przychyła się do zgłoszenia przystąpienia złożonego przez uczestnika postępowania odwoławczego.

Zamawiający argumentuje swoje stanowisko zawarte w piśmie następująco:

Odwołujący w treści odwołania wskazując na art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy *Prawo zamówień publicznych* (dalej zwaną ustawą) zarzuca Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia GE Medical System Polska Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Zamawiającego jednak brak było i nadal brak jest podstaw do wykluczenia GE Medical System Polska Sp. z o.o. z postępowania na podstawie ww. przepisu ustawy. Okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji nie może być domniemana przez Zamawiającego. Na Zamawiającym spoczywa również obowiązek zgromadzenia dowodów świadczących o nieuczciwym i sprzecznym z prawem postępowaniu wykonawcy. Wykluczenie wykonawcy na skutek podania nieprawdziwych informacji to radykalna czynność zamawiającego powodująca bezwzględne wyeliminowanie wykonawcy z postępowania, stąd też podanie nieprawdziwych informacji musi być wykazane w sposób niebudzący. Ciężar dowodu przy wykazywaniu przesłanki wykluczenia zawsze ciąży na Zamawiającym (art. 6 k.c). Aby wykazać istnienie podstaw wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, należy wykazać nie tylko nieprawdziwość informacji i ich wpływ na wynik

postępowania, ale również umyślne wprowadzenie zamawiającego w błąd przez wykonawcę podającego informacje (wina umyślna).

W przedmiotowym postępowaniu GE Medical System Polska Sp. z o.o. w ogóle nie złożył nieprawdziwych informacji a tym bardziej jego działaniu trudno przypisać winę umyślną, złą wolę, czy poważne wprowadzenie w błąd Zamawiającego. GE Medical System Polska Sp. z o.o., składając ofertę i wypełniając treść załącznika nr 1 do siwz (str. 3, 12 i 13 oferty) oświadczył, iż oferowany przez niego przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom postawionym przez Zamawiającego tj. wyprodukowany został w roku 2010, że urządzenie jest nowe (nieużywane), nie rekondukcjonowane (konstrukcja nie starsza niż z 2007 roku w najnowszej wersji sprzętowej i oprogramowania). GE Medical System Polska Sp. z o.o. nadto wprost wskazał, że konstrukcja jest z 2009 r. Zamawiający nie ma dowodów na to, iż oferowany przez GE Medical System Polska Sp. z o.o. przedmiot ma konstrukcję inną niż z roku 2009. Tym samym Zamawiający zobowiązany jest oprzeć się na oświadczeniu GE Medical System Polska Sp. z o.o. . Również Odwołujący nie wykazał (nie udowodnił), iż konstrukcja tomografów zaoferowanych przez GE Medical System Polska Sp. z o.o. nie jest z roku 2009. Odwołujący, podważając wiarygodność oświadczenia GE Medical System Polska Sp. z o.o. oparł się tylko i wyłącznie na oświadczeniach i dokumentach złożonych i przedłożonych przez samego GE Medical System Polska Sp. z o.o. . Ponadto wywiódł z nich wniosek odmienny od woli GE Medical System Polska Sp. z o.o., który złożył te oświadczenia i dokumenty.

GE Medical System Polska Sp. z o.o., czemu dał wyraz w treści oferty i przystąpieniu do postępowania wszczętego w wyniku wniesienia odwołania oferuje Zamawiającemu przedmiot zamówienia odpowiadający wymaganiom postawionym przez Zamawiającego.

Ponadto, w kontekście podstaw do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, trudno jest stawiać GE Medical System Polska Sp. z o.o. jakkolwiek zarzut złożenia nieprawdziwych informacji, a tym bardziej zarzut działania z winą umyślną, złą wolą, czy też zarzut poważnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Odwołujący, bowiem, nie wskazał i nie wykazał niczego innego jak tylko informacje, które Zamawiającemu podał sam GE Medical System Polska Sp. z o.o.. Skoro GE Medical System Polska Sp. z o.o. chciałby złożyć nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy to powinien pominąć w złej woli część oświadczeń lub dokumentów. GE Medical System Polska Sp. z o.o. natomiast postąpił wręcz przeciwnie, podał wszystkie informacje i złożył wszystkie dokumenty. Odwołujący natomiast nie zaoferował niczego nowego. Tym samym przyjąć

należy, iż brak jest podstaw do wykluczenia GE Medical System Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W ocenie Zamawiającego brak jest także podstaw do odrzucenia oferty GE Medical System Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny oraz jednolitym w tej sprawie orzecznictwem, uznaje się, iż treść oferty nie odpowiada treści siwz wówczas, gdy na podstawie złożonej oferty nie można wykonać zamówienia. W stanie faktycznym sprawy, co wynika z treści oferty oraz pism zaoferowany przez oferty GE Medical System Polska Sp. z o.o. przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom Zamawiającego, a zawarta w przeszłości umowa zaspokoi jego potrzeby w całości.

Odwołujący zarzucił także, iż oferowany przez niego przedmiot zamówienia nie posiada właściwości, które wymagał Zamawiający tj., że zaoferowany przez oferty GE Medical System Polska Sp. z o.o. aparat LightSpeed VCT nie realizuje funkcji fluoroskopii. oferty GE Medical System Polska Sp. z o.o. składając ofertę i wypełniając treść załącznika nr 1 do siwz (str. 9) oświadczył, iż oferowany przez niego aparat umożliwia wykonywanie zabiegów i badań w technologii fluoroskopii TK. Zamawiający na etapie badania i oceny ofert związany jest zapewnieniem oferty GE Medical System Polska Sp. z o.o.. Jeśli Zamawiający kwestionowałby oświadczenie oferty GE Medical System Polska Sp. z o.o. musiałby udowodnić, że jest inaczej niż to oświadczył wykonawca. Zamawiający nie jest w stanie tego uczynić.

Również Odwołujący, poza głośnym i subiektywnym stwierdzeniem, nie wskazał żadnego dowodu potwierdzającego, że oferowany przez oferty GE Medical System Polska Sp. z o.o. aparat nie umożliwia wykonywania zabiegów i badań w technologii fluoroskopii TK.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 odwołania, Zamawiający podobnie jak oferty GE Medical System Polska Sp. z o.o. wskazuje, iż w odpowiedzi nr 26 z dnia 27 lipca 2010 roku dopuścił podanie w parametrach technicznych dla aparatu kardiologicznego rozdzielczość czasową dla rekonstrukcji wielosegmentowej. Tym samym stawianie w tym zakresie jakiegokolwiek zarzutu oferty GE Medical System Polska Sp. z o.o., który taki parametr podał, byłoby bezpodstawne.

GE Medical System Polska Sp. z o.o. – uczestnik postępowania odwoławczego w złożonym na rozprawie piśmie „*Pismo przygotowawcze pełnomocnika wykonawcy zgłaszającego*”

przystąpienie” oświadczył, iż podtrzymuje swoje żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia Odwołania i wnosi o jego oddalenie, jako całkowicie bezzasadnego. Jednocześnie oświadcza, iż wywoły Odwołującego zaprezentowane w uzasadnieniu Odwołania nie znajdują oparcia nie tylko w stanie faktycznym, ale przede wszystkim w przepisach Ustawy obowiązującej w dacie wszczęcia przedmiotowego postępowania.

Wniosek o oddalenie odwołania argumentuje następująco:

GE Medical System Polska Sp. z o.o. zwraca uwagę, iż odwołanie zawiera wiele nieścisłości oraz przekłamań, które mogą wprowadzić w błąd w toku rozpatrywania sprawy. Otóż GE Medical System Polska Sp. z o.o. nie zaoferował aparatu LightSpeed VCT Systems, co sugeruje Odwołujący (patrz str. 3 Odwołania). Wpis do Rejestru Wyrobów Medycznych uzyskał aparat oznaczony jako LightSpeed VCT. Rzeczywiście GE Medical System Polska Sp. z o.o. wskazał, iż wyrób medyczny wprowadzono na rynek w 2005 r., a konstrukcja została unowocześniona i odnowiona w lipcu 2009 roku oraz oferuje Zamawiającemu urządzenie wyprodukowane w 2010 roku z modułami oprogramowania (w tym fluoroskopii) z 2010 r. o tyle nigdy w żadnym części swojej oferty nie oświadczył - co zdaje się imputować Odwołujący - iż konstrukcja aparatu pochodzi z 2005 roku. Jak już wspomniano powyżej, w ofercie GE Medical System Polska Sp. z o.o. jest napisane, że moduły oprogramowania pochodzą z 2010 roku a nie jak sugeruje Odwołujący (str. 5 Odwołania) z lipca 2009 roku. W końcu, co wydaje się najbardziej istotne, Zamawiający nie wymagał - jak podniósł Odwołujący (vide str. 5 Odwołania), iż jednym z warunków udziału w postępowaniu był wymóg, co do daty (roku) pojawienia się na rynku oferowanej konstrukcji. Zamawiający wymagał jedynie, by konstrukcja aparatu nie była starsza niż z 2007 roku.

W tym miejscu GE Medical System Polska Sp. z o.o. podnosi, iż Zamawiający nieprzypadkowo posłużył się słowem „konstrukcja” w opisie przedmiotu zamówienia, a nie „rokiem wprowadzenia na rynek” czy „datą uzyskania wpisu do Rejestru Wyrobów Medycznych”. Po pierwsze wynikało to z samej procedury wprowadzania Urządzenia medycznego na rynek RP. Nie wdając się w szczegóły związane z procesem wprowadzania wyrobu medycznego na rynek RP, co do zasady, wytwórca i autoryzowany przedstawiciel mający miejsce zamieszkania lub siedzibę na terytorium RP dokonują zgłoszenia wyrobu do Prezesa Urzędu Wyrobów Medycznych, co najmniej na 14 dni przed pierwszym wprowadzeniem do obrotu (...). Można zatem sobie wyobrazić sytuację, że w przypadku posłużenia się przez Zamawiającego terminami „rok wprowadzenia na rynek” lub „data uzyskania wpisu do Rejestru Wyrobów Medycznych” można byłoby Zamawiającemu zaoferować urządzenie medyczne o konstrukcji z 2000 r. lub np. 1995 r., które nigdy wcześniej na rynku RP nie było nikomu

zaoferowane. Zamawiający tym samym nie uzyskałby urządzenia najnowocześniejszego tylko urządzenie objęte najnowszym wpisem.

Za prawidłowością posłużenia się przez Zamawiającego terminem „konstrukcja” świadczyć może właśnie to, co podniósł Odwołujący w Odwołaniu. Otóż urządzenia medyczne są bardzo często modyfikowane co należy rozpatrywać w kategoriach pozytywnych, a nie negatywnych. Należy podkreślić, że dane wskazane w rejestrze mają charakter bardzo ogólny - dane identyfikujące wytwórcę, podmiot wprowadzający, jednostkę notyfikowaną, kategorię wyrobu oraz jego krótki opis wraz z kodem GMDN (Global Medical Device Nomenclature - kod kategorii wyrobu np. wyroby do diagnostyki rtg). Z uwagi na powyższe informacje zawarte w rejestrze nie mogą stanowić informacji na temat daty konstrukcji wyrobu.

W tym miejscu należy przede wszystkim wyjaśnić znaczenie słowa „konstrukcja” które nie posiada definicji normatywnej niemniej jest powszechnie używane przez polskiego ustawodawcę. W słowniku języka polskiego (patrz internetowej wydanie słownika języka polskiego na stronie www.pwn.pl) słowo „konstrukcja” zdefiniowane zostało jako (i) sposób, w jaki połączone są elementy tworzące jakąś całość (ii) rzecz skonstruowana, zbudowana, (iii) konstruowanie, budowanie, (iv) metoda wykreślania figur geometrycznych na podstawie odpowiednich danych. Identycznie słowo to zdefiniowane jest w wikisłowniku, w którym pod powyższym pojęciem rozumie się „układ elementów, sposób ich powiązania”. W podobnym znaczeniu słowo to również funkcjonuje w języku prawniczym.

Powyższe dowodzi, iż Zamawiający świadomie posłużył się słowem „konstrukcja”. Nie oczekiwał on urządzeń wpisanych do Rejestru Wyrobów Medycznych po 2007 roku, które konstrukcyjnie mogłyby odbiegać od najnowszego oferowanego obecnie na rynku sprzętu, celem Zamawiającego było uzyskanie sprzętu w najnowszej konfiguracji modułowej. Taki też sprzęt został zaoferowany przez GE Medical System Polska Sp. z o.o.

GE Medical System Polska Sp. z o.o. pragnie podkreślić, iż nie jest prawdą, iż zaoferowane przez niego urządzenie medyczne jest urządzeniem o konstrukcji z 2005 roku a fakt, że konstrukcja urządzenia pochodzi z 2009 roku został również potwierdzony w oświadczeniu producenta. Ponadto nie jest przypadkiem, iż do oferty dołączone zostały Deklaracja Zgodności (str. 165 oferty Przystępującego i niżej) oraz dokument potwierdzający uzyskanie znaku CE (str. 170 oferty GE Medical System Polska Sp. z o.o. i niżej). Wydaje się, że pominięcie tego faktu przez Odwołującego było zabiegiem celowym, mającym na celu wykazanie, iż oferta GE Medical System Polska Sp. z o.o. nie spełnia wymogów Zamawiającego. Ponadto właśnie w Deklaracji Zgodności wprost wskazano informację na temat konstrukcji wyrobu poprzez

wskazanie daty dokumentacji projektowej wyrobu: „*Dokumentacja projektowa Ref: CT-VCT-JULY09, dla produktu którego dotyczy deklaracja*”.

Powyższe dokumenty po pierwsze czynią zadość wymogom Zamawiającego, co do dokumentów dotyczących wymaganych dostaw (Zamawiający wymagał złożenia albo CE, albo dołączenia do oferty zgłoszenia do Rejestru Wyrobów Medycznych oznakowane CE, dla którego wystawiono deklarację zgodności), a po drugie ich uzyskanie było konieczne celem zgłoszenia do Rejestru Wyrobów Medycznych nowego urządzenia - ze względu na poczynione modyfikacje konstrukcyjne w urządzeniu medycznym zaoferowanym przez GE Medical System Polska Sp. z o.o. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 57 ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 roku o wyrobach medycznych zgłaszający jest zobowiązany modyfikacji wyłącznie danych objętych wpisem do rejestru - a więc bardzo ogólnych informacji na temat wyrobu - dane takie nie uległy zmianie. Natomiast z uwagi na fakt, że wyrób został poddany istotnym modyfikacjom, co było powodem wydania nowej Deklaracji Zgodności oraz doszło do przedłużenia certyfikatu CE, GE Medical System Polska Sp. z o.o. pomimo faktu że nie miał takiego obowiązku, postanowił w celu zapewnienia maksymalnego zgodności informacji posiadanych przez jednostkę rejestracyjną ze stanem faktycznym dokonać kolejnego zgłoszenia wyrobu. Zgłoszenie zostało dokonane w kwietniu 2010 roku. Tym samym, nawet jeżeli by przyjąć że data wniosku do rejestru decyduje o dacie konstrukcji urządzenia, co nie jest zgodne z prawdą, jakiegokolwiek zarzuty Odwołującego, iż Przystępujący zaoferował urządzenie medyczne o konstrukcji z 2005 r. jest gołosłowne. GE Medical System Polska Sp. z o.o. jeszcze raz podkreśla, iż zmiany konstrukcyjne w urządzeniu medycznym objętym wpisem do Rejestru Wyrobów Medycznych z 8 maja 2006 r. były na tyle istotne, iż GE Medical System Polska Sp. z o.o. postanowił to urządzenie zgłosić, jako nowe urządzenie.

GE Medical System Polska Sp. z o.o. wskazuje również, iż bezpodstawny jest także zarzut Odwołującego dotyczący funkcjonalności urządzenia zaoferowanego przez GE Medical System Polska Sp. z o.o., tj. braku fluoroskopii. Strona (tutaj Odwołujący) zobowiązana jest do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Wyłącznie oświadczenia strony nie mogą stanowić podstawy do uznania zarzutów za skuteczne. Tak więc, do momentu wykazania za pomocą stosownych dowodów faktu, iż zaoferowane przez GE Medical System Polska Sp. z o.o. urządzenie nie posiada wymaganej funkcjonalności należy przyjąć, iż zarzut Odwołującego, który poprzestaje na oświadczeniach,

iż „według jego najlepszej wiedzy” w urządzeniu GE Medical System Polska Sp. z o.o. brak jest funkcji fluoroskopii, jest zarzutem nieskutecznym.

GE Medical System Polska Sp. z o.o. wskazuje, iż bezpodstawnym jest również zarzut Odwołującego w zakresie wymaganej rozdzielczości czasowej akwizycyjnej zaoferowanego urządzenia. Jak już zostało to wyjaśnione w niniejszym piśmie, Zamawiający wprowadził pismem z 27 lipca 2010 r. stosowne zmiany do opisu przedmiotu zamówienia, które dotyczyły również możliwości odwoływania się przez wykonawców do rozdzielczości akwizycyjnej wielosegmentowej. W związku z powyższym zarzut podniesiony przez Odwołującego należy uznać za chybiony.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej 14 września 2010 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania załączonej do akt sprawy i przedłożonej przez Zamawiającego w toku rozprawy do wglądu Izby w oryginale, w tym przede wszystkim z postanowień SIWZ oraz ofert złożonych w postępowaniu, protokołu postępowania jak również z oświadczeń i stanowisk Stron, złożonych w toku postępowania ustnie i pisemnie a także dowód z dokumentu przedłożonego przez odwołującego na rozprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzucane przez Odwołującego Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust.4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych przez przyjęcie, że Zamawiający dokonał niewłaściwie wyboru oferty w postępowaniu w tym zaniechał czynności wykluczenia oferty wykonawcy GE Medical System Polska Sp. z o.o., zaniechał czynności odrzucenia oferty wykonawcy GE Medical System Polska Sp. z o.o. czym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w ocenie Izby nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z dokumentacją postępowania przedstawioną przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ” lub „Specyfikacja”) w załączniku nr 1 – *Wykaz przedmiotu zamówienia* odpowiednio dla każdego z wymaganych dwóch tomografów tj.: tomografu komputerowego do diagnostyki onkologicznego oraz tomografu komputerowego do diagnostyki kardiologicznego określił wymagania w zakresie konstrukcji urządzeń *„Rok produkcji urządzenia 2010, urządzenie nowe, nieużywane, nie rekondycjonowane (konstrukcja nie starsza niż z 2007 roku w najnowszej wersji sprzętowej i oprogramowania”.* Wymaganie to zostało skonstruowane przez Zamawiającego w punkcie 2 każdej z dwóch tabeli zawierającej wymagania w zakresie parametrów technicznych wymienionych wyżej tomografów komputerowych.

W Części II SIWZ *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków,* w punkcie 1.5 *Wymagania dotyczące oferowanych dostaw* Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego następujących dokumentów:

- ~ Aktualnego dokumentu dopuszczającego przedmiot zamówienia do obrotu w kraju – zgodnie z obowiązującym prawem (ustawa z 20 kwietnia 2004 roku o wyrobach medycznych) np.: CE lub zgłoszenie do rejestru wyrobów medycznych oznakowane CE dla którego wystawiono deklarację zgodności (...),
- ~ Opis przedmiotu zamówienia w języku polskim (oprócz opisu mogą być również prospekty, zdjęcia).

W załączniku nr 1 – Wykaz przedmiotu zamówienia do SIWZ , w tabeli drugiej zawierającej wymagania w zakresie parametrów technicznych tomografu komputerowego do diagnostyki kardiologicznej w części tabeli zatytułowanej „IV. Parametry Skanu” Zamawiający w punkcie 10 określił następujące wymaganie: „Rozdzielczość czasowa akwizycyjna w akwizycji kardiologicznej przy zbieraniu danych obrazowych z jednego cyklu pracy serca (rekonstrukcja jednosegmentowa) (ms)” określając jednocześnie parametr wymagany „ ≤ 175 ms” oraz przewidział następującą punktację w zakresie tego parametru technicznego „0-10 pkt, 10 – największa wartość, pozostałe proporcjonalnie”.

Pismem z 27 lipca 2010 roku Zamawiający wprowadził zmiany do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym między innymi:

- ~ w zakresie wymagań technicznych tomografu komputerowego do diagnostyki onkologicznej; „Pełne wyposażenie dodatkowe aparatu TK umożliwiające wykonanie zabiegów i badań w technologii fluoroskopii TK” parametr ten nie podlegał ocenie,
- ~ w zakresie wymagań technicznych tomografu komputerowego do diagnostyki kardiologicznej; w części tabeli zatytułowanej „IV. Parametry Skanu” Zamawiający w punkcie 10 określił następujące wymaganie: „Rozdzielczość czasowa akwizycyjna w akwizycji kardiologicznej przy zbieraniu danych obrazowych z jednego cyklu pracy serca (rekonstrukcja jednosegmentowa) (ms)” określając jednocześnie parametr wymagany „ ≤ 175 ms” oraz zmienił sposób punktacji na następujący „0-10 pkt, 10 – najniższa wartość, pozostałe proporcjonalnie” – zamieścił to w tabeli; jednocześnie Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 26 zawarte w piśmie, o którym mowa poza zmianą punktacji udzielił następującej odpowiedzi: „Dopuszczamy podanie rozdzielczości czasowej dla rekonstrukcji wielosegmentowej. Zamawiający

zgodnie z wprowadzonymi zmianami do specyfikacji dokona oceny parametrów jak poniżej: - najniższa wartość – 10 pkt, - najwyższa wartość – 0 pkt

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

- oferta nr 1 - GE Medical System Polska Sp. z o.o. na kwotę 5 402 221,35 zł brutto,
- oferta nr2 – SIEMENS Sp. z o.o. na kwotę 5 648 797,50 zł brutto.

Oferty na podstawie wyniku badania dokonanego przez Zamawiającego nie podlegały odrzuceniu oraz otrzymały następującą ocenę:

- oferta nr 1 - GE Medical System Polska Sp. z o.o.

- ~ liczba punktów w kryterium cena (60%): 60,00
 - ~ liczba punktów w kryterium rzędowość (20%): 0,00
 - ~ liczba punktów w kryterium parametry techniczne (16%): 14,47
 - ~ liczba punktów w kryterium warunki gwarancji (4%): 4,00
- razem: 78,47

- oferta nr 2 - SIEMENS Sp. z o.o.

- ~ liczba punktów w kryterium cena (60%): 57,38
 - ~ liczba punktów w kryterium rzędowość (20%): 0,00
 - ~ liczba punktów w kryterium parametry techniczne (16%): 16,00
 - ~ liczba punktów w kryterium warunki gwarancji (4%): 4,00
- razem: 77,38.

Wykonawca GE Medical System Polska Sp. z o.o. zaoferował tomograf komputerowy do diagnostyki onkologicznej LightSpedd VCT – rok wprowadzenia na rynek 2005, konstrukcja unowocześniona i odnowiona w lipcu 2009 oraz tomograf komputerowy do diagnostyki kardiologicznej LightSpedd VCT – rok wprowadzenia na rynek 2005, konstrukcja unowocześniona i odnowiona w lipcu 2009.

W złożonej ofercie, Wykonawca GE Medical System Polska Sp. z o.o. oświadczył, iż oferuje (str. 9 oferty) *„Pełne wyposażenie dodatkowe aparatu TK umożliwiające wykonanie zabiegów i badań w technologii fluoroskopii TK”* w tomografie komputerowym do diagnostyki onkologicznej.

Wykonawca GE Medical System Polska Sp. z o.o. dla tomografu komputerowego do diagnostyki kardiologicznej dla parametru *„Rozdzielczość czasowa akwizycyjna w akwizycji kardiologicznej przy zbieraniu danych obrazowych z jednego cyklu pracy serca (rekonstrukcja jednosegmentowa) (ms)”* wartość parametru *„44 ms”*, przy punktacji *„0-10 pkt, 10 – najniższa wartość, pozostałe proporcjonalnie”*.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów jakie Odwołujący sprecyzowała w stosunku do oferty wybranej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy – *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania*, art. 24 ust 4 ustawy – *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w* oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Na wstępie Izba wskazuje, iż art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy zobowiązuje Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania w razie podania informacji nieprawdziwych, przez które należy rozumieć, zgodnie z orzecznictwem i piśmiennictwem, informacje, które przedstawiają odmienny stan od rzeczywistości, o ile złożone informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Izba wskazuje, że oświadczenie lub dokument podający odmienny stan od rzeczywistości nie ma przymiotu błędnego dokumentu.

Zamawiający określając parametry przedmiotu zamówienia wymagał, aby oferowane urządzenia (dotyczy każdego z zamawianych tomografów) charakteryzowały się między innymi następującą cechą: *„Rok produkcji urządzenia 2010, urządzenie nowe, nieużywane, nie rekondycjonowane (konstrukcja nie starsza niż z 2007 roku w najnowszej wersji*

sprzętowej i oprogramowania". Jednocześnie Zamawiający poza punktem 2 każdej tabeli z Załącznika nr 1 do SIWZ- *Wykaz przedmiotu zamówienia* określającej parametry każdego z zamawianych tomografów komputerowych, nie zdefiniował nigdzie użytego pojęcia „konstrukcja”. W tym miejscu Izba wskazuje, iż Zamawiający wymagał również od wykonawców składających oferty podania informacji (w innym miejscu tzn. „przed” tabelą) dotyczących roku wprowadzenia na rynek.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, wykonawca GE Medical System Polska Sp. z o.o. nie zataił żadnej z informacji oraz nie podał nieprawdziwych informacji, a informacje podane w ofercie, w formularzu sporządzonym w oparciu o załącznik nr 1 do SIWZ - *Wykaz przedmiotu zamówienia* zgodne są z rzeczywistym stanem rzeczy. Argumentacja jakiej użył Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, iż GE Medical System Polska Sp. z o.o. „*podał nieprawdziwe informacje dotyczące daty konstrukcji urządzenia wprowadzając tym samym Zamawiającego w błąd, co bezpośrednio wpłynęło*” na wynik postępowania oparta została na informacjach zawartych w ofercie uczestnika postępowania odwoławczego i stanowiła subiektywną ocenę Odwołującego zawartych w ofercie informacji wyinterpretowanych w oparciu o dokonaną przez Odwołującego wykładnię ukształtowanych wymagań Zamawiającego.

Z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie sprecyzował użytego w opisie określenia „konstrukcja” w ocenie Izby, uwzględniając powyższe, w przedmiocie sporu w niniejszej sprawie – w świetle regulacji zawartej w SIWZ kluczowym jest rozstrzygnięcie dotyczące znaczenia określenia „*konstrukcja*” oraz w konsekwencji rozstrzygnięcie czy dokonana przez Zamawiającego ocena ofert została zrealizowana prawidłowo.

W ocenie Izby, biorąc za podstawę zawarte w SIWZ wymaganie Zamawiającego, należy uznać, iż Odwołujący opierając swoją zarzuty dotyczące daty konstrukcji urządzeń, przy jednoczesnym uwzględnieniu zawartych w ofercie GE Medical System Polska Sp. z o.o. informacji nie dowiódł, nie wyjaśnił znaczenia słowa „konstrukcja”. Odwołujący wykazując, iż data konstrukcji oferowanych przez GE Medical System Polska Sp. z o.o. tomografów komputerowych „*rok wprowadzenia urządzenia na rynek 2005, konstrukcja unowocześniona i odnowiona w lipcu 2010*”, *jest konstrukcją wprowadzoną na rynek w 2005 roku, czyli pochodzącą co najmniej z 2005 roku* nie odniósł się w żadnej mierze do znaczenia słowa „konstrukcja”. Biorąc pod uwagę oświadczenie GE Medical System Polska Sp. z o.o. złożone

pisemnie i ustnie, iż zaoferowane urządzenie w wyniku dokonanych modyfikacji i zmian konstrukcji stanowi nowe urządzenie, dla którego została wystawiona deklaracja zgodności oraz zostało ponownie dokonane zgłoszenie do rejestru wyrobów medycznych i podmiotów odpowiedzialnych do za ich wprowadzenie do obrotu i do używania. Odwołujący skupiając się jedynie na tym, iż konstrukcja urządzenia jest z 2005 roku nie odniósł się do dokonanego przez GE Medical System Polska Sp. z o.o. zgłoszenia tym samym należy fakt ten uznać za przyznany przez Odwołującego.

Odwołujący nie wykazał znaczenia słowa „konstrukcja”, mimo iż podnosił, że oferowane przez GE Medical System Polska Sp. z o.o. urządzenie nie stanowi urządzenia o zmienionej konstrukcji. Słowo „konstrukcja” nie posiada definicji normatywnej, tak więc używając go w danym znaczeniu (tak jak w przedmiotowej sprawie próbuje to interpretować Odwołujący) należy to znaczenie zdefiniować. Jeżeli zaś nie zostało zdefiniowane przez Zamawiającego znaczenie tego słowa, należy je rozumieć szeroko, przy zastrzeżeniu, iż wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji, które byłyby wynikiem interpretacji dokonywanych na etapie oceny ofert, bowiem wszelkie niekonsekwencje w treści SIWZ nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawcy.

W ocenie Izby to na Odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia, iż „konstrukcja” to pierwotna budowa urządzenia / aparatu związana z datą wprowadzenia go na rynek a nie ta zmodyfikowana i zmieniona, unowocześniona, bowiem *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Zgodnie z art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*. Zgodnie z regułą zawartą w art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne*; przepis ten wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Odwołujący nie udowodnił, iż rozumienie na jakim się opiera konstruując zarzut jest powszechne, posiada definicje oraz rozumiane i stosowane jest jednakowo niezależnie od sytuacji i podmiotu, który tym określeniem się posługuje.

W świetle powyższych ustaleń nie potwierdziła się również druga część zarzutu tzn. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, ustawy. Izba nadmienia w tym miejscu, iż sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu

dokumentów. Treść siwz to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należyłą starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy musi być zgodne z opisanym w SIWZ przedmiotem zamówienia. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10). Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu nie została dowiedziona przez Odwołującego niezgodność oświadczenia woli wykonawcy GE Medical System Polska Sp. z o.o. z oczekiwaniami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów jakie Odwołujący sprecyzował w stosunku do oferty wybranej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Niezbędnym jest w tym miejscu wskazanie, iż Odwołujący oparł zarzut na własnym przekonaniu oraz podparł go jedynie dowodem z oferty. Zamawiający w trakcie rozprawy wyjaśnił, iż złożony przez wykonawcę GE Medical System Polska Sp. z o.o. formularz sporządzony na podstawie Załącznika nr 1 do SIWZ – *Wykaz przedmiotu zamówienia*, stanowi oświadczenie Wykonawcy i na jego podstawie Zamawiający dokonał oceny czy oferowany przez wykonawcę przedmiot odpowiada skonstruowanym przez Zamawiającego wymaganiom w tym zakresie. Odnoszenie się Odwołującego do dołączonych do oferty dokumentów stanowiących opis przedmiotu zamówienia należy również uznać za chybione, bowiem Zamawiający nie wymagał szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, w którym omówione byłyby wszystkie funkcjonalności urządzenia. Zamawiający dokonując oceny oferty uznał, iż jej treść zgodna jest z wymaganiami SIWZ, nie miał podstawy do dokonania innej oceny tejże oferty. Jednocześnie wykonawca GE Medical System Polska Sp. z o.o. w złożonym piśmie procesowym oraz w trakcie rozprawy podniósł, iż zaoferowany aparat tomograf komputerowy do diagnostyki onkologicznej posiada wyposażenie i odpowiednie oprogramowanie

do wykonywania zabiegów i badań w technologii fluoroskopii TK. Wykonawca ten wyjaśnił również, iż nie stanowi tajemnicy, że aparaty oferowane przez niego posiadają możliwość wykonywania zabiegów i badań w technologii fluoroskopii TK.

W ocenie Izby, nie znajduje uzasadnienia argumentacja podnoszona przez Odwołującego. Zamawiający określił potrzeby i wymagania w zakresie aparatu natomiast wykonawca GE Medical System Polska Sp. z o.o. w odpowiedzi oświadczył, iż posiada aparat o parametrach zgodnych z wymaganiami Zamawiającego a w konsekwencji, że w przypadku gdy zostanie wybrany w postępowaniu zrealizuje zamówienie zgodnie z własnym oświadczeniem odpowiadającym wymaganiom zawartym w SIWZ. Odwołujący nie udowodnił, nawet nie uprawdopodobnił, iż oferowany przez GE Medical System Polska Sp. z o.o. aparat nie posiada możliwość wykonywania zabiegów i badań w technologii fluoroskopii TK, nie udowodnił niezgodności oświadczenia woli jakie złożył GE Medical System Polska Sp. z o.o. z oczekiwaniami Zamawiającego zawartymi w SIWZ.

W ocenie Izby nie zaistniała w tym miejscu podstawa do odrzucenia oferty GE Medical System Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Odnosząc się do trzeciego z zarzutów jakie Odwołujący sprecyzował w stosunku do oferty wybranej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Izba uznała, iż nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Jak już zostało ustalone Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie pismem z 27 lipca 2010 roku dopuścił zarówno podanie rozdzielczości akwizycyjnej jednosegmentowej jak i wielosegmentowej. Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej Zamawiającego i uczestników przetargu (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2002 roku sygn. akt V Ca 1311/02). W ocenie Izby, o ile odpowiedź na pytanie była niejasna, budziła wątpliwości bądź w swojej treści nie była jednoznaczna dla wykonawcy mógł on kolejny raz zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienia. Natomiast brak dalszego szczegółowego wyjaśnienia nie może stanowić podstawy do dokonywania oceny udzielonych wyjaśnień i interpretowania ich w sposób odmienny od woli Zamawiającego, która była uwidoczniona w udzielonych wyjaśnieniach na etapie oceny ofert. Rezygnacja z dalszego wyjaśniania wątpliwości musi być w tej sytuacji rozumiana jako przyjęcie warunków stawianych przez Zamawiającego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 marca 2003 roku sygn. akt V Ca 1430/02). Zamawiający udzielił

wyjaśnień, odpowiedzi w następujący sposób: „Dopuszczamy podanie rozdzielczości czasowej dla rekonstrukcji wielosegmentowej. Zamawiający zgodnie z wprowadzonymi zmianami do specyfikacji dokona oceny parametrów jak poniżej: - najniższa wartość – 10 pkt, - najwyższa wartość – 0 pkt” jednocześnie dokonał modyfikacji formularz, w której nie wprowadził w kolumnie „Nazwa parametru” natomiast dokonał w kolumnie „Punktacja” zmiany punktacji. Brak wprowadzenia w pierwszej z przywołanych w poprzednim zdaniu kolumn informacji na temat dopuszczenia podania rozdzielczości czasowej dla rekonstrukcji wielosegmentowej nie może stanowić, co dowodzi Odwołujący, o niemożliwości podania tego parametru w kolumnie „Parametry oferowane”. Izba wskazuje, iż udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia oraz podane informacje skutkujące wprowadzeniem zmiany lub rozszerzeniem zapisu o inne, sprecyzowane parametry stają się wiążące dla wykonawców niezależnie od tego czy została dokonana modyfikacja Specyfikacji. Udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi, wyjaśnienia lub wyjaśnienia poczynione przez samego Zamawiającego stają się wiążące dla wykonawców, bowiem ich istotą jest uzupełnienie SIWZ poprzez jej skonkretyzowanie, dopuszczenie innego parametru itp. Wyjaśnienia jakich udzielił Zamawiający winny być brane przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia pod uwagę przy sporządzaniu oferty. Udzielone wyjaśnienia w trybie art. 38 ustawy wiążą zarówno Zamawiającego jak i wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i nie mogą stanowić podstawy do ponoszenia negatywnych konsekwencji zarówno przez Zamawiającego jak i przez wykonawcę. Uznanie zarzutu Odwołującego stanowiłoby właśnie taką negatywną konsekwencję po stronie zarówno Zamawiającego jak i uczestnika postępowania odwoławczego oraz byłoby niezgodne z obowiązującymi przepisami. Wykonawca GE Medical System Polska Sp. z o.o. prawidłowo zinterpretował Specyfikację wraz z udzielonymi wyjaśnieniami przez Zamawiającego, natomiast Zamawiający dokonał prawidłowo oceny oferty tego wykonawcy w oparciu o dokumentację postępowania. Jednocześnie, uzasadnienie Odwołującego dotyczące braku możliwości porównania parametrów wskazanych rozdzielczości czasowej dla rekonstrukcji wielosegmentowej oraz rozdzielczości czasowej dla rekonstrukcji jednosegmentowej zdaniem Zamawiającego jest nieprawdziwe, ponieważ możliwe jest porównanie tych parametrów jednakże wymaga to dodatkowych obliczeń; Odwołujący nie odniósł się do takiej argumentacji tym samym uznał za przyznane. W ocenie Izby nie zaistniała w tym miejscu podstawa do odrzucenia oferty GE Medical System Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

W świetle powyższych ustaleń w przedmiotowej sprawie, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe i nie naruszyło regulacji art. 7 ust 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust.4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, tym samym Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania.

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 ust. 3 pkt 1 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), uwzględniając koszty pełnomocnika Odwołującego zgodnie z rachunkiem złożonym do akt sprawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: