

**WYROK**

**z dnia 7 kwietnia 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2023 r. przez wykonawcę **Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. Kornela Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **GE Medical System Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 4 odwołania.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawcę **Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 3.2. zasądza od wykonawcy **Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz zamawiającego **Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego im. prof. Kornela Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach** kwotę **4 174 zł 60 gr (słownie: cztery tysiące sto siedemdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt groszy)** tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, kosztu dojazdu na rozprawę w kwocie 540,60 zł oraz opłaty skarbowej w kwocie 34 zł.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Uniwersyteckie Centrum Kliniczne im. prof. Kornela Gibińskiego Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. *Dostawa rezonansu magnetycznego wraz z adaptacją i wyposażeniem pomieszczeń*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 października 2022 r. pod numerem 2022/S 199-562518.

W dniu 20 marca 2023 r. wykonawca Siemens Healthcare Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy GE Medical System Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „GE”, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona,
2. art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę GE, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie informacji nt. liczby kanałów odbiorczych, o których mowa w pkt.4.1 Załącznika nr 4 i 5 do SWZ
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GE pomimo, że pozostaje niezgodna z treścią SWZ oraz naruszenie art. 223 ust 1 ustawy Pzp przez dokonanie zmiany treści oferty wykonawcy GE po jej złożeniu,
4. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 146a pkt 1 w zw. z art. 41 ust. 1 i art. 146a pkt 2 w zw. z art. 41 ust. 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług przez nieuzasadnione przyjęcie, że wykonawca GE zastosował prawidłową stawkę 23% podatku VAT na przedmiot świadczenia objęty ofertą, podczas gdy świadczenie wynikające z oferty tego wykonawcy obejmują w ramach adaptacji pomieszczeń na potrzeby pracowni rezonansu magnetycznego dostawę i montaż instalacji gazów medycznych, a więc świadczeń w stosunku do których wykonawca zobligowany był zastosować stawkę 8% podatku VAT.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania, odrzucenia oferty wykonawcy GE w związku z wystąpieniem wyżej wskazanych podstaw odrzucenia, dokonania ponownej oceny i badania ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca GE Medical System Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej także „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 3 kwietnia 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Pismo procesowe złożył również Przystępujący, wnosząc także o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący na posiedzeniu oświadczył, iż cofa zarzut nr 4 odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów zasługuje na oddalenie.**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Przystępującego, wyjaśnień Przystępującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 kwietnia 2023 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa rezonansu magnetycznego wraz z adaptacją i wyposażeniem pomieszczeń. Przedmiot zamówienia obejmuje m. in.:

- dostawę, montaż, instalację, uruchomienie rezonansu magnetycznego wraz z wyposażeniem
- podłączenie do posiadanego systemu RIS/PACS,
- opracowanie dokumentacji projektowej (zwanej dalej „Projektem”) ze wszystkimi niezbędnymi pracami przedprojektowymi obejmującymi adaptację pomieszczeń na potrzeby pracowni rezonansu magnetycznego, zapewnienie nadzoru autorskiego nad realizacją Projektu,

- uzyskanie przez Wykonawcę wszelkich niezbędnych zatwierdzeń, pozwoleń w tym uzyskanie pozwolenia na budowę lub dokonanie zgłoszenia wykonania robót budowlanych właściwemu organowi administracji architektoniczno-budowlanej stosownie do wymagań prawnych (w razie takiej konieczności) lub na żądanie Zamawiającego, oraz uzgodnień związanych z wykonaniem robót, dostawami materiałów i urządzeń, sprzętu i siły roboczej niezbędnej dla zrealizowania umowy,
- wykonanie przez Wykonawcę, przy użyciu własnych materiałów, robót budowlanych i instalacyjnych obejmujących w szczególności dostawy materiałów i urządzeń, sprzętu i siły roboczej niezbędnej dla zrealizowania umowy (zwanymi dalej Robotami) według Projektu zatwierdzonego przez Zamawiającego dla zakresu opisanego powyżej wraz z dostawą i montażem wyposażenia,
- wyposażenie przez Wykonawcę przebudowanych pomieszczeń w zakresie opisanym w Programie funkcjonalno-użytkowym,
- uzyskanie niezbędnych uzgodnień,
- uzyskanie odbiorów w całym procesie inwestycyjnym w tym wykonanego przez Zamawiającego odbioru końcowego zakończonym protokołem,
- sporządzenie i przekazanie Zamawiającemu kompletnej dokumentacji powykonawczej wraz z atestami, aprobatami technicznymi, deklaracjami zgodności oraz dokumentacją techniczno-ruchową, instrukcji obsługi i kart gwarancyjnych dostarczonego wyposażenia,
- odrębne szkolenie aplikacyjne lekarzy, techników radiologii i fizyków medycznych oraz szkolenie z bieżącej obsługi serwisowej.

Wyszczególnienie ilościowe i asortymentowe oraz szczegółowe parametry przedmiotu zamówienia zostały określone w Zestawieniu Parametrów Technicznych – stanowiącym załącznik nr 4 do specyfikacji warunków zamówienia oraz w Programie Funkcjonalno-Użytkowym stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ.

Załączniki nr 4 oraz 5 do SWZ zawierały dane odnoszące się do oferowanego rezonansu magnetycznego, przy czym:

Załącznik nr 4 zawierał ZESTAWIENIE PARAMETRÓW TECHNICZNYCH Producent, nazwa i typ: zgodnie z wypełnionym formularzem ofertowym. wymagane parametry techniczne oferowanego przedmiotu zamówienia REZONANS MAGNETYCZNY

Załącznik nr 5 zawierał Wykaz do oceny parametrów technicznych. Producent, nazwa i typ: zgodnie z wypełnionym formularzem ofertowym REZONANS MAGNETYCZNY.

Załącznik nr 4 i 5 zawierały w odniesieniu do pkt 4.1. tj. liczby niezależnych kanałów odbiorczych, które mogą być używane jednocześnie w jednym pojedynczym skanie i jednym pojedynczym polu widzenia (FoV), z których każdy generuje niezależny obraz częściowy, następujące dane: w załączniku nr 4 w kolumnie pn. parametr wymagany wpisano  $\geq 48$ , w kolumnie pn. punktacja wpisano  $\geq 48 - 0 \text{ pkt}$ ,  $\geq 50 - 1 \text{ pkt}$ , w kolumnie pn. odpowiedź wykonawcy wpisano *Parametr punktowany zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ*, natomiast w załączniku nr 5 w kolumnie pn. parametr wymagany wpisano  $\geq 48$ , w kolumnie pn. punktacja wpisano  $\geq 48 - 0 \text{ pkt}$ ,  $\geq 50 - 1 \text{ pkt}$ , w kolumnie pn. Wartość oferowana przez Wykonawcę(w polu „podać...” wystarczy podać wskazaną przez Zamawiającego informację – nie ma konieczności dodatkowego opisywania parametru.) wpisano *TAK/NIE\* .....*  
*Podać liczbę niezależnych kanałów odbiorczych ..... Podać nazwę zaoferowanej cewki lub zestawu cewek oraz opisać sposób jej/ich wykorzystania.*

Zgodnie z Rozdziałem XV SWZ, Zamawiający dodatkowo oceniał w ramach kryterium oceny ofert „Parametry Techniczne (PT)” – waga 10%, dodatkowe funkcjonalności bądź podwyższone w stosunku do minimalnych wartości parametrów zaoferowanego rezonansu.

Izba ustaliła, że Przystępujący zaoferował aparat SIGNA ARTIST, produkcji GE Healthcare (Tanjin) Company Limited, oświadczając w Załączniku nr 4 i 5, że zaoferowany wyrób posiada 64 niezależne kanały odbiorcze, które mogą być używane jednocześnie w jednym pojedynczym skanie i jednym pojedynczym polu widzenia (FoV), z których każdy generuje niezależny obraz częściowy. GE oświadczył w załączniku nr 5 w pkt. 4.1, że *TAK* – podał liczbę niezależnych kanałów odbiorczych – 64 oraz podał nazwę zaoferowanej cewki lub zestawu cewek i opisał sposób jej/ich wykorzystania w następujący sposób: *HNU oraz Posterior Array + AIR Anterior Array, badania onkologiczne (whole body DWI), badanie centralnego układu nerwowego.*

W Załączniku nr 4, w punkcie 10.2 wykonawca GE podał, że zaoferowany aparat posiada maksymalne FOV w osi podłużnej Z (statycznie, bez przesuwu stołu pacjenta) wynoszące 50 cm.

Dalej, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, skierowane na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, Przystępujący wskazał, że *W pkt 4.1 załącznika nr 5 ocenie podlegała „Liczba niezależnych kanałów odbiorczych, które mogą być używane jednocześnie w jednym pojedynczym skanie i jednym pojedynczym polu widzenia (FoV), z których każdy generuje niezależny obraz częściowy” bez żadnych dodatkowych zastrzeżeń co do sposobu oceny ofert. W związku z powyższym w kolumnie gdzie należało podać liczbę niezależnych kanałów odbiorczych wpisaliśmy wartość 64 kanałów, co podtrzymujemy i potwierdzamy (jest to wartość niezależna od zaoferowanych cewek).*

*Stwierdzenie, iż: „Wyżej wymienione informacje dotyczące wymiarów i elementów cewek HNU, Posterior Array i AIR Anterior Array wskazują, że wartości podane odnoszą się do badań realizowanych w kilku etapach, z przesuwem stołu pacjenta, a nie do jednego pojedynczego skanu i jednego pojedynczego pola widzenia (FoV), jak tego wymagał Zamawiający.” - nie ma uzasadnienia w treści załącznika nr 5.*

*Niemniej, mając na uwadze, że w omawianym parametrze 1 pkt przypadał już dla wartości  $\geq 50$  – potwierdzamy możliwość obsługi powyżej 50 elementów (na przykład 52) dla zaoferowanych cewek w pojedynczym polu widzenia (FOV = 50cm ). Pragniemy wyjaśnić, iż badanie whole-body zostało wymienione jako przykład badania, gdzie nawet dla pojedynczego FOV jest używane powyżej 50 elementów cewek.*

Zamawiający w dniu 10 marca 2023 r. poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Ponadto, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze co do zarzutu nr 4 odwołania podlega umorzeniu, wobec wycofania przez Odwołującego wyżej wskazanego zarzutu.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie w pozostałym zakresie zasługiwało na oddaleniu.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GE, pomimo że pozostaje niezgodna z treścią SWZ oraz naruszenie art. 223 ust 1 ustawy Pzp przez dokonanie zmiany treści oferty wykonawcy GE po jej złożeniu. Odwołujący wskazywał, że urządzenie w oferowanej konfiguracji i ukompletowaniu (w tym zaoferowanym konkretnym zestawem cewek), dodatkowo punktowane w pozacenowym kryterium oceny ofert składa się na świadczenie

wykonawcy zaoferowane Zamawiającemu. Jakiegokolwiek zmiany w tym zakresie stanowią zmiany treści oferty i muszą być oceniane przez pryzmat zasady niezmienności ofert po upływie terminu składania ofert. Wyjaśnienia GE składane w toku postępowania wpisują się w próbę podjęcia przez wykonawcę niedozwolonych w świetle ustawy Pzp negocjacji z Zamawiającym, mających na celu zmianę treści oferty. Oświadczenie GE, zdaniem Odwołującego, potwierdza wprost, że w odniesieniu do żadnego z Załączników – ani nr 4 ani nr 5 w poz. 4.1. wykonawca GE nie podał prawdziwej liczby kanałów odbiorczych dla jednego pojedynczego skanu i jednego pojedynczego pola widzenia (FoV) dla zaoferowanego zestawu cewek. Wykonawca wyjaśniając oświadczył, że oferowany aparat posiada możliwość obsługi powyżej 50 elementów w pojedynczym FOV („na przykład 52”), a jednocześnie w parametrze 4.1. Załącznika 4 także podał przecież, że oferuje aparat posiadający wartość parametru wynoszącą 64 elementy.

Zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Odnosząc się w tym zakresie do ciężaru dowodowego Izba wskazuje, że niewątpliwym jest, że wykonawca winien wykazać Zamawiającemu, że treść jego oferty jest zgodna z warunkami zamówienia. Jednakże w sytuacji, kiedy przedstawione przez wykonawcę dokumenty dla wykazania powyższego zostaną uznane przez zamawiającego i następnie zakwestionowane przez innego wykonawcę, to na tego wykonawcę w myśl art. 516 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 534 i art. 535 ustawy Pzp oraz art. 6 KC przechodzi ciężar dowodowy wykazania zasadności podnoszonych zarzutów. Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 6 lutego 2018 r., sygn. akt XI Ga 692/17, jednoznacznie stwierdził, iż *Aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne*. Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 534 ust. 1 ustawy Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne - w tym wypadku niewątpliwie jest to Odwołujący.



Izba uznała, że wyłączenie oświadczenia strony nie może stanowić podstawy uznania jej zarzutów za skuteczne. Strona winna bowiem przedstawić dowody na poparcie swych twierdzeń. Odnosząc się do treści art. 6 KC, w zw. art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, statuującego ciężar udowodnienia faktu, podkreślić należy, że powyższe należy rozumieć nie tylko jako obarczenie strony postępowania obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, ale także jako nakaz obciążenia jej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania odwoławczego (vide: teza z uzasadnienia wyroku SN z 7 listopada 2007 r. wydanego w sprawie o sygn. akt II CSK 293/07).

Izba stwierdza, że Odwołujący podnosząc przedmiotowe zarzuty nie przytoczył żadnych wiarygodnych argumentów uzasadniających swoje stanowisko i nie przedstawił dowodów na ich poparcie. Nadto wskazać należy, że postępowanie odwoławcze służy do zbadania poprawności czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie wyznaczonym podniesionymi zarzutami, ocenianymi przez pryzmat wymagań stawianych w postępowaniu o zamówienie publiczne i z uwzględnieniem instrumentów, jakie zamawiający przewidział w nim dla zbadania ofert.

Jeśli Odwołujący twierdzi, że urządzenie GE nie posiada 64 niezależnych kanałów odbiorczych, wbrew temu co zadeklarował Przystępujący, to powinien wskazać ile ich faktycznie jest. Odwołujący nie podjął jednak żadnej inicjatywy w tym kierunku. To Przystępujący przedłożył dowód - dokumentację techniczną rezonansu Signa Artist, zgodnie z którą rezonans Signa Artist w podstawowej konfiguracji posiada 64 niezależne kanały odbiorcze, które mogą być używane jednocześnie w jednym pojedynczym skanie i jednym pojedynczym polu widzenia (FoV), z których każdy generuje niezależny obraz częściowy.

Odwołujący twierdzi, że istotą wymogu było podanie liczby kanałów dostępnych w połączeniu z zaoferowanymi cewkami. Niemniej w opisie parametru granicznego 4.1 nie ma żadnych wymagań referujących do cewek. Punkt 4.1 znajduje się w sekcji 4 tabeli załącznika nr 4 zawierającej wymagania w zakresie SYSTEM RF – tor odbiorczy. Również w załączniku nr 5 nie ma zastrzeżenia, iż chodzi o kanały odbiorcze dostępne w cewkach. Zamawiający nie wymagał też podania liczby kanałów cewek w maksymalnym polu widzenia. Ponadto, w opisie warunków granicznych nie napisano, iż chodzi o liczbę kanałów w połączeniu z określoną kombinacją cewek. Także w opisie parametru ocenianego nie zawarto podobnych regulacji.

Dlatego też Izba uznała, że powyższy zarzut należało oddalić.

Odwołujący podnosił również w *petitum* odwołania, że Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust.

2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty GE, pomimo że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w zakresie informacji nt. liczby kanałów odbiorczych, o których mowa w pkt.4.1 Załącznika nr 4 i 5 do SWZ. Odwołujący podnosił w dalszej części odwołania, że sam fakt złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji automatycznie powoduje zaistnienie podstawy odrzucenia oferty. Zdaniem Odwołującego, zachowanie wykonawcy GE wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, bowiem wykonawca, który celowo, rażąco niedbale, przekazuje Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością (mając do nich całkowity dostęp, jako autoryzowany przedstawiciel/dystrybutor producenta oferowanego rezonansu), dążąc do uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium oceny ofert, dopuszcza się działania sprzecznego z prawem i dobrymi obyczajami. A jego jedynym celem jest uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą nie ma szans na uzyskanie zamówienia.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stosownie do art. 3 ust. 1 tejże ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie z art. 14 ust. 1 i 2 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Wiadomościami, o których mowa w ust. 1, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o: 1) osobach kierujących przedsiębiorstwem; 2) wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach; 3) stosowanych cenach; 4) sytuacji gospodarczej lub prawnej.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji ze strony Przystępującego. Skład orzekający zauważa, że chęć złożenia najkorzystniejszej oferty, w tym takiego jej sformułowania, by uzyskała ona jak najwyższą liczbę punktów w kryteriach oceny ofert, jest naturalnym i zrozumiałym dążeniem wykonawców biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem takie działanie samo w sobie trudno uznać za naruszające dobre obyczaje czy podstępne. Jak też dostosowanie oferty do kryteriów oceny – by uzyskała ona maksymalną możliwą liczbę punktów – za manipulację. Za takie działanie można by uznać sytuację, w której Przystępujący zaoferowałby liczbę kanałów odbiorczych, która jest niemożliwa lub nieprawdopodobna do realizacji. Jednak Odwołujący nie podjął żadnej inicjatywy dowodowej w tym kierunku; natomiast Przystępujący przedłożył dowód - dokumentację techniczną

rezonansu Signa Artist. Postępowanie przed Izłą jest postępowaniem kontradyktoryjnym i z jego istoty wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą określone skutki prawne. Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku zastępowania stron w poszukiwaniu i przedstawianiu dowodów na wykazanie stawianych przez strony tez. Ciężar dowodu obciąża bowiem stronę, która z określonego faktu wywodzi skutki prawne, w tym przypadku Odwołującego. Nie jest wystarczające dla wypełnienia dyspozycji art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podanie przez wykonawcę wyższego parametru ocenianego w ramach kryterium pozacenowego w celu doprowadzenia do wyboru jego oferty i uzyskania jednego konkretnego zamówienia, w którym to przypadku pozbawienie innego wykonawcy możliwości realizacji tego zamówienia jest jedynie naturalną pochodną.

Izba stwierdziła ponadto, że całe uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp mające wykazać, iż złożenie ofert przez Przystępujących stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, zostało oparte o okoliczność, że wykonawca podał konkretny parametr, a zarzut w tym zakresie Izba oddaliła. Istnienie przesłanek do uznania danego zachowania za taki czyn należy wykazać i ciężar dowodu spoczywał w tym zakresie na Odwołującym. Odwołujący, stawiając przedmiotowy zarzut, winien udowodnić, iż kwestionowana oferta nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, jak słusznie zauważył Zamawiający, nie zostało wykazane, że oświadczenie wybranego wykonawcy złożone w ofercie, co do liczby kanałów odbiorczych zgodnie z formularzem 4 i 5 jest nieprawdziwe. Nie można więc twierdzić, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd. Żeby bowiem można mówić o wprowadzeniu w błąd należałoby wykazać, że wykonawca przekazał Zamawiającemu informacje pozostające w sprzeczności z istniejącym stanem rzeczy, nieprawdziwe lub niezgodne z rzeczywistością. Tym samym nie można mówić o sytuacji, w której złożenie oferty przez wybranego wykonawcę nastąpiło z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, ani też że Zamawiający niezasadnie dokonał wyboru oferty. Tym samym Izba nie stwierdziła naruszenia przez Przystępującego dobrych obyczajów czy też działania na niekorzyść innych wykonawców lub Zamawiającego.

Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, art. 17 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji należało uznać za chybiony.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne stwierdzając, iż zamawiający prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a postępowanie prowadzone jest z zachowaniem zasad wynikających z przepisu art. 16 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....