

Sygn. akt: KIO 960/16

**WYROK**  
**z dnia 20 czerwca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Krzysztof Wasilewski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 3 czerwca 2016 r. przez wykonawcę: **Viridian Polska sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie**

przy udziale wykonawcy: **Biameditek sp. z o.o. w Białymstoku** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Viridian Polska sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Viridian Polska sp. z o.o. 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 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa aparatury medycznej tj. system monitorowania pacjenta, kardiomonitor z centralą w ramach realizacji zadania inwestycyjnego pn. »Modernizacja Oddziału Intensywnej Terapii w SPCSK«” zostało wszczęte przez Samodzielny Publiczny Centralny Szpital Kliniczny w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym przez niego Prezesowi Izby piśmie z dnia 6 czerwca 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2016/S 054-090197) w dniu 17 marca 2015 r.

W dniu 3 czerwca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Viridian Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Biameditek sp. z o.o. w Białymstoku, a także wobec zaniechania wykluczenia powołanego wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) „art. 91 ust. 1 pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a to poprzez wybór jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty Biameditek, która - jako niezgodna z przepisami Pzp oraz dodatkowo z zapisami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp, a ponadto została złożona przez wykonawcę, który nie wykazał faktu niepodlegania wykluczeniu z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 Pzp na dzień składania ofert (ze względu na brak przedstawienia dokumentów lub przedstawienie niewłaściwych dokumentów na potwierdzenie braku przesłanek do wykluczenia);
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich niezastosowanie, a przez to zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Biameditek w Postępowaniu

*pomimo tego, że oferta tego wykonawcy nie spełnia wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ co do przedmiotu zamówienia, w szczególności:*

- a) *Biameditek nie zaoferował dopuszczonego przez Zamawiającego - w celu zapewnienia kompatybilności oferowanego systemu monitorowania pacjenta w OIT B z aktualnie posiadanym przez Zamawiającego systemem monitorowania w OIT A (kompatybilność rozumiana jako możliwość stosowania tych samych modułów i akcesoriów pomiarowych oraz podłączenia do wspólnego systemu centralnego monitorowania) - dostosowania posiadanego aktualnie przez Zamawiającego systemu monitorowania pacjenta w OIT A /kardiomonitorów i centrali/ poprzez jego modernizację sprzętową i programową, ale fatycznie zaoferował dostawę na OIT A zupełnie innego systemu monitorowania pacjenta (tj. Bene View T81 dotychczas nie wykorzystywanego przez Zamawiającego ani w OIT A, ani w OIT B, czym de facto doprowadził do faktycznej zmiany przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji (dostawa innego systemu w miejsce dotychczas użytkowanego przez Zamawiającego, a nie modernizację (unowocześnienie! dotychczas użytkowanego w OIT A systemu monitorowania pacjenta;*
- b) *Biameditek, niezależnie od zaoferowanego niezgodnego z SIWZ sposobu wykonania zamówienia, zaoferował Zamawiającemu dostawę na OIT A zupełnie nowego systemu monitorowania pacjenta, który nie spełnia wymagania kompatybilności, rozumianego zgodnie z zapisem Lp. 2 część A Załącznika nr 4 do formularza oferty (tj. jako możliwość stosowania tych samych modułów i akcesoriów pomiarowych oraz podłączenia do wspólnego systemu centralnego monitorowania jak wykorzystywany aktualnie w OIT A), bowiem oferowany przez Biameditek – w miejsce (a nie jako modernizacja) aktualnie posiadanego przez Zamawiającego systemu w PIT A - system Bene View T8 nie zachowuje co najmniej wszystkich właściwości systemu monitorowania aktualnie wykorzystywanego w PIT A dotyczących monitorowanych parametrów (również co do ilości i rodzaju parametrów, sposobu obrazowania i obsługi;*
- c) *Biameditek, w sposób niezgodny z brzmieniem Rozdziału IV pkt 5.3 SIWZ, nie uwzględnił w swojej ofercie - w ramach ceny za realizację zamówienia - wymaganych przez Zamawiającego powołanym zapisem SIWZ wszelkich kosztów związanych z realizacją zamówienia, bowiem przedmiotem wyceny wykonawca ten, w ramach formularza cenowego — Załącznika nr 2 do formularza oferty, uczynił jedynie dostawę 8 stanowisk systemu monitorowania pacjenta dla OIT B, zaś całkowicie pominął w ramach ceny za zamówienie koszty związane z dostarczeniem przez siebie - w celu zapewnienia kompatybilności systemu w OIT A*

oraz OIT B - nowego systemu monitorowania pacjenta dla OIT A (systemu BeneView T8).

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 91 ust. 2 Pzp poprzez ich niezastosowanie, a przez to zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Biameditek w Postępowaniu pomimo tego, że oferta Biameditek jest niezgodna z przepisami Pzp, gdyż wykonawca ten, wbrew podstawowym zasadom zamówień publicznych, zaoferował Zamawiającemu nieodpłatną dostawę systemu monitorowania pacjenta - kardiomonitorów BeneView T8 dla oddziału OIT A, zaś Zamawiający dokonał wyboru oferty Biameditek stosując kryteria nie opierające się na kryterium ceny, stanowiącym obligatoryjne kryterium oceny ofert w ramach postępowania prowadzonego na podstawie Pzp,

a ponadto Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 4) art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 Pzp i w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ich niezastosowanie, a przez to zaniechanie wykluczenia z udziału w Postępowaniu Biameditek pomimo niewykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. pomimo tego, że Biameditek nie potwierdził niepodlegania wykluczeniu z udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 P.z.p. na dzień składania ofert (ze względu na brak przedstawienia dokumentów lub przedstawienie niewłaściwych dokumentów na potwierdzenie braku przesłanek do wykluczenia),

ewentualnie naruszenie:

- 5) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie, a przez to zaniechanie wezwania Biameditek do uzupełnienia brakujących dokumentów — zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego lub zaświadczenia właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania każdego z urzędujących w dacie upływu terminu składania ofert członków Zarządu Biameditek lub oświadczenia złożonego przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju miejsca zamieszkania osoby będącej członkiem Zarządu Biameditek lub przed notariuszem, dotyczących niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 Pzp.”

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosil o”

- 1) „uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert;
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

- 5) *nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty Biameditek złożonej w Postępowaniu,  
ewentualnie*
- 6) *nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia Biameditek z udziału w Postępowaniu,  
ewentualnie*
- 7) *nakazanie Zamawiającemu wezwania Biameditek do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z udziału w Postępowaniu, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 i pkt 11 Pzp, w odniesieniu do wszystkich członków Zarządu Biameditek urzędujących w dacie upływu terminu składania ofert,*
- 8) *nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z uwzględnieniem ofert nie podlegających odrzuceniu złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z udziału w Postępowaniu.”*

W dniu 6 czerwca 2016 r. wykonawca Biameditek sp. z o.o. w Białymstoku, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izby wykluczyła w odniesieniu do rozpoznawanego odwołania to, aby wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone przez niego za zgodność z oryginałem, a także te, które zostały złożone przez Strony i Przystępującego, w tym również wraz z odwołaniem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt IV.1.3 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) szczegółowy opis asortymentowo – ilościowy przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 2

do formularza oferty, zaś według pkt IV.1.4 SIWZ zestawienie parametrów wymaganych i podlegających ocenie zawiera załącznik 4 do formularza oferty.

Zgodnie z pkt IV.5.1 SIWZ cenę oferty stanowi wartość brutto ustalona zgodnie z załączonym do oferty formularzem cenowym. Zgodnie z pkt IV.5.3 SIWZ powinna być ona skalkulowana w sposób jednoznaczny i powinna uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia.

Załącznik nr 2 do formularza oferty zawierał w sobie tabelę obejmującą jeden wiersz, w którym w kolumnie opisanej w nagłówku tabeli hasłem „*Opis przedmiotu zamówienia*” wpisane zostało: „*System monitorowania pacjenta, kardiomonitor z centralą*”, w kolumnie „*j.m.*” wpisane zostało słowo „*stanowisko*”, zaś w kolumnie „*ilość*” wpisano liczbę 8. Kolumny „*Cena jednostkowa brutto*” i „*Wartość brutto*” Zamawiający pozostawił niewypełnione.

Treść załącznika nr 4 do formularza oferty podzielona została na dwie części: A i B. W części A odnoszącej się do kardiomonitorów w pozycji 2 tabeli Zamawiający umieścił następujący zapis: „*Kompatybilność z posiadanym przez Zamawiającego systemem monitorowania w OIT A (kompatybilność rozumiana jako możliwość stosowania tych samych modułów i akcesoriów pomiarowych oraz podłączenia do wspólnego systemu centralnego monitorowania). W celu uzyskania kompatybilności z oferowanym systemem monitorowania pacjenta dla oddziału OIT B Zamawiający dopuszcza dostosowanie posiadanego systemu monitorowania pacjenta w OIT A / kardiomonitorów i centrali/ poprzez jego modernizację sprzętową i programową. Modernizacja co najmniej zachowująca wszystkie właściwości systemu monitorowania OIT A dotyczące monitorowanych parametrów (również co do ilości i rodzaju parametrów), sposobu obrazowania i obsługi.*”

Pismem z dnia 24 marca 2016 r. Zamawiający zmienił treść SIWZ, m.in. w zakresie pkt 18 części A załącznika nr 4 do formularza oferty ustalając następujące jego brzmienie: „*Alarmy techniczne z podaniem przyczyny i rejestracją zdarzeń*”. Pierwotna treść nie obejmowała słów: „*podaniem przyczyny i*”.

Pismem z dnia 13 kwietnia 2016 r. Zamawiający, odpowiadając na pytanie: „*Czy Zamawiający dopuści kardiomonitor, w których możliwość integracji z pompami infuzyjnymi firm Braun i Medima będzie dostępna do końca 2016 r.?*”, wyjaśnił, że dopuszcza takie rozwiązanie.

Przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z pkt 9 pisemnego protokołu postępowania, do Zamawiającego wpłynęły 2 oferty, złożone odpowiednio przez Odwołującego i Przystępującego.

Przystępujący zaoferował w pkt III.2 formularza oferty realizację przedmiotu zamówienia za cenę 982 800,00 zł. Kwota ta odpowiadała wartości ustalonej w załączniku nr 2 do formularza oferty, jako wartość oferty brutto.

Wraz z formularzem oferty Przystępujący złożył Zamawiającemu m.in. uzupełniony załącznik nr 4 do formularza oferty. W jego treści, w części A, jako ofertowany model kardiomonitora przyłóżkowego znalazło się wskazanie na „BeneView T8, BeneView T1, BeneVision N19, NPS 2”, jako rok produkcji wskazano rok 2016. W pozycji 2 tej części powołanego załącznika nr 4 Przystępujący zawarł następujące oświadczenie: *„Tak – kompatybilność z oferowanym systemem monitorowania pacjenta dla oddziału OIT B poprzez zainstalowanie systemu monitorowania pacjenta BeneView T8 w OIT A /kardiomonitorów i centrali/ poprzez jego modernizację sprzętową i programową. Modernizacja zachowuje wszystkie właściwości systemu monitorowania OIT A dotyczące monitorowanych parametrów (również co do ilości i rodzaju parametrów), sposobu obrazowania i obsługi. System monitorowania BeneView T8 kompatybilny z zaoferowanym na OIT B systemem BeneVision N19.”*

W pkt 13 części A załącznika nr 4 do formularza oferty Przystępujący oświadczył, że oferowane przez niego rozwiązanie spełnia wymagania opisane przez Zamawiającego, z tym m.in. zastrzeżeniem, że Zamawiający dopuścił, kardiomonitor, w których możliwość integracji z pompami infuzyjnymi firm Braun i Medima będzie dostępna do końca 2016 r.

W pkt 18 części A załącznika nr 4 do formularza oferty złożył oświadczenie o spełnieniu opisanego tam wymagania w treści odpowiadającej pierwotnemu brzmieniu SIWZ w tym punkcie.

Do oferty Przystępującego załączone zostało również oświadczenie, z którego wynikało, że K.O.P. z dniem 8 kwietnia 2016 r. został odwołany ze stanowiska członka zarządu, a na jego miejsce powołano C.J. S.H. Wraz z tym oświadczeniem przedstawiono Zamawiającemu opis z KRS ujawniający dane spółki sprzed dokonania opisanej powołanym oświadczeniem zmiany w składzie zarządu, a także protokół nadzwyczajnego zgromadzenia wspólników spółki oraz potwierdzenie złożenia w dniu 11 kwietnia 2016 r. w XIII Wydziale Gospodarczego Krajowego Rejestru Sądowego Sądu Rejonowego w Białymstoku wniosku o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców. Dwóch spośród urzędujących, zgodnie z oświadczeniem Przystępującego, członków zarządu spółki miało miejsce zamieszkania w Szwecji, stąd też, Przystępujący w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia określonych w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 8) i 11) ustawy Pzp przedstawił odnoszące się do nich zaświadczenia wystawione przez Szwedzki Urząd Policji potwierdzające, że tak w odniesieniu do H. A. M., jak i do C.J.

S.H., w rejestrze tym brak jakichkolwiek informacji o tych osobach.

Pismem z dnia 9 maja 2016 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty, żądając m.in. potwierdzenia kompatybilności systemu monitorowania oferowanego na OIT B z systemem monitorowania w OIT A rozumianej jako „*możliwość stosowania tych samych modułów i akcesoriów pomiarowych*”, a nie „*tylko jako podłączenie do wspólnego systemu centralnego monitorowania*”. W piśmie tym Zamawiający zawarł pouczenie następującej treści: „*Zamawiający dopuścił celem zachowania kompatybilności modernizację systemu monitorowania w istniejącym oddziale OIT A przy zachowaniu wszystkich właściwości aktualnie użytkowanego systemu dotyczących monitorowanych parametrów, sposobu obrazowania i obsługi (pkt 2 zestawienia parametrów wymaganych). W oddziale OIT A aktualnie użytkowany jest system Philips IntelliVue, w którego skład chodzą kardiomonitorzy IntelliBue MP80 oraz centrala monitorująca M3150.*”

Przystępujący pismem z dnia 10 maja 2016 r. odpowiedział Zamawiającemu na postawione przez niego pytania, zapewniając m.in. o istnieniu pełnej kompatybilności systemu monitorowania oferowanego na OIT B z systemem monitorowania w OIT A. Wyjaśnił przy tym, że w „*obu zaoferowanych systemach monitorowania Mindray, tj. BeneView oraz BeneVision stosuje się te same moduły pomiarowe oraz akcesoria pomiarowe*”.

Pismem z dnia 6 czerwca 2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Przystępującego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Izby.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do podstawowej zasady wynikającej z art. 6 k.c., znajdującej swe odzwierciedlenie w art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu w zakresie okoliczności faktycznych spoczywa na tym, który ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny. W rozpoznawanej sprawie takim obowiązkiem dowodowym obciążony był Odwołujący.



Tym samym to on winien udowodnić, że kwestionowane przez niego czynności Zamawiającego zostały dokonane wbrew przepisom ustawy Pzp przywołanym w odwołaniu. Jak to zauważyła Izba w orzeczeniu KIO 54/12: *„Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. 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) dowodami 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 (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).”* W kontekście powołanych poglądów, w rozpoznawanej sprawie koniecznym było również dostrzeżenie tego, że zgodnie z art. 190 ust. 5 ustawy Pzp nie wymagają dowodu jedynie fakty powszechnie znane oraz fakty znane z urzędu, a także fakty przyznane w toku postępowania przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy, a także to, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Kierując się powołaną zasadą, Izba przyjęła, że to na Odwołującym ciążył obowiązek wykazania, że stawiane przez niego zarzuty winny zostać przez Izbę uwzględnione.

Tym samym, w rozpoznawanej sprawie, to Odwołujący winien wykazać m.in., że treść złożonej przez Przystępującego oferty nie odpowiada treści SIWZ. A zatem, z uwagi na normę prawną wpływającą z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, koniecznym było wykazanie przez Odwołującego rzeczywistej treści oferty złożonej przez Przystępującego, jak również odpowiedniej treści SIWZ i jej znaczenia (wykazanie faktycznie postawionych przez Zamawiającego, istotnych w kontekście stawianego zarzutu, wymagań odnoszących się do przedmiotu zamówienia), z którą treść tejże oferty należałoby zestawić, a następnie wykazanie, że rozbieżności między tymi dwoma dokumentami, w takim wymiarze, jaki ustalił on ich zaistnienie i opisał je w odwołaniu, faktycznie miały miejsce. Pamiętać również przy tym należy o powoływanym przepisie art. 190 ust. 5 ustawy Pzp, z którego wynika, że w każdym innym przypadku niż określone w tymże przepisie koniecznym

jest przedstawienie przez stronę twierdzącą dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi ona skutki prawne. Niesprostanie w rozpoznanej sprawie przez Odwołującego obowiązkowi dowodowemu pociągać musiało uznanie, że zarzuty przez niego podnoszone są niezasadne, a tym samym odwołanie, jako takie, podlega oddaleniu.

Jak to wskazała Izba w sprawie KIO 1736/14: *„Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ.”*

Analiza postawionych w odwołaniu zarzutów i argumentów oraz dowodów mających przemawiać za ich słusznością, przy uwzględnieniu powyższych poglądów odnoszących się do rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu odwoławczym, pozwoliła Izbie przyjąć, że Odwołujący nie wykazał, aby formułowane przez niego twierdzenia uznać można było za należycie udowodnione, a tym samym pozwalające na uwzględnienie odwołania.

Izba nie podzieliła wyrażonego przez Odwołującego przekonania, że treść pkt 2 części A załącznika nr 4 do formularza oferty wyłącza, w kontekście zagadnienia kompatybilności dwóch systemów, możliwość złożenia oferty w takiej treści, jaka została złożona przez Przystępującego. Innymi słowy, zapis powołanego punktu, w ocenie Izby, nie wyłączał możliwości zaoferowania kardiomonitorów dotychczas przez Zamawiającego nieużytkowanych na OIT A – jedynym warunkiem było zagwarantowanie kompatybilności między systemami monitorowania w OIT A i OIT B. Z zapisu tego punktu, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wynikała wola Zamawiającego uznania tylko i wyłącznie systemu w OIT A za punkt odniesienia dla systemu w OIT B, i to, aby do właściwości tego pierwszego wykonawca miałby dostosowywać ten drugi.

Wprost przeciwnie – w powołanej jednostce redakcyjnej SIWZ, w zdaniu drugim, wyraźnie dopuszczono w celu uzyskania kompatybilności z oferowanym systemem dla OIT B, możliwość dostosowania posiadanego przez Zamawiającego systemu w OIT A, tak kardiomonitorów, jak i centrali, przez ich modernizację sprzętową i programową. W zdaniu kolejnym pkt 2 określone zostały przez Zamawiającego warunki tej modernizacji – mowa tam o zachowaniu określonych właściwości systemu, nie zaś określonych jego składników, tj. konkretnych urządzeń, czy ich elementów.

Co szczególnie istotne dla ustalenia określonych w treści SIWZ wymagań co do przedmiotu zamówienia, Zamawiający w tejże treści SIWZ, nie wskazał w żaden sposób na to, jaki obecnie system monitorowania w OIT A użytkuje. Nie określił też wartości granicznych żadnej z właściwości tego systemu, do których odnosić można byłoby treść składanych mu ofert. Nie zostało Izbie wykazane, aby Zamawiający, czy to w treści SIWZ, czy późniejszych jej zmianach i wyjaśnieniach odnoszących się do niej, informacje takie Wykonawcom przekazał. Jak wynika z samego odwołania (pkt 3.1.3, strona 6), wyraźny komunikat opisujący system monitorowania użytkowany w OIT A przekazany został Przystępującemu dopiero w piśmie z dnia 9 maja 2016 r., a zatem tym, w którym Zamawiający wzywał powołanego Wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnoszących się do treści złożonej przez niego oferty. Nie zostało przed Izbą wykazane, aby Zamawiający przekazywał Wykonawcom tego rodzaju informacje jeszcze przed upływem terminu składania ofert. Okoliczność ta nie może zostać uznana za obojętną dla rozstrzygnięcia. Nie sposób bowiem przyjąć, że treść SIWZ określa, jakie właściwości systemu użytkowanego w OIT A Zamawiający uznał za istotne, a zatem takie, które Wykonawca zobowiązany był zachować dokonując modernizacji sprzętowej i programowej tego systemu. Właściwości te nie zostały jednoznacznie opisane, czy to przez ich wyliczenie (dokładne opisanie poszczególnych właściwości i odpowiednich dla każdej z nich punktów granicznych), czy to choćby przez wyraźne wskazanie na konkretne urządzenie i jego specyfikację w istotnych dla Zamawiającego punktach.

Niemniej jednak, nawet gdyby przyjąć, że Przystępujący przed upływem terminu składania oferty posiadał wiedzę o użytkowanym przez Zamawiającego w OIT A systemie monitorowania (czy to z treści SIWZ, czy to z korespondencji od niej się odnoszącej prowadzonej z Zamawiającym, czy też z przebiegu wizji lokalnej w siedzibie Zamawiającego), to i tak Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie przedstawił Izbie dowodów na brak kompatybilności systemów oferowanych przez Przystępującego, czy też dowodów mających jednoznacznie potwierdzać fakt niezagwarantowania utrzymania wszystkich właściwości dotychczas posiadanego w OIT A systemu monitorowania

przez system, który miałby być tam użytkowany po dokonaniu oferowanej przez tego Przystępującego modernizacji. Nawet przy przyjęciu tak poczynionego założenia (posiadania przez Przystępującego wiedzy pozwalającej mu na prawidłowe zidentyfikowanie systemu monitorowania z OIT A), wciąż niemożliwym jest przyjęcie, że Zamawiający przed upływem terminu składania ofert należycie dookreślił, co rozumie pod hasłem „wszystkie (...) *właściwości sposobu obrazowania i obsługi*”. Nie możliwym było tym samym, jednoznaczne przesądzenie, że np. taka „*właściwość*” dotycząca użytkowanego systemu, jak przekątna monitora mogła zostać uznana w świetle SIWZ za jedną z tych istotnych *właściwości*, która przesądzać miała o zaoferowaniu modernizacji systemu dla OIT A spełniającej minimalne wymagania Zamawiającego. Podobnie niemożliwym było, w świetle enigmatycznych w tym zakresie postanowień SIWZ, przesądzenie czy za „*właściwość (...) obsługi*” istotną dla oceny poprawności modernizacji można uznać budowę oferowanego kardiomonitora (to czy posiada on rozdzielną konstrukcję z jednostką główną, czy też jej nie posiada). Niewłaściwym byłoby wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec oferty wykonawcy z tak niejednoznacznych zapisów SIWZ.

Odnosząc się w tym kontekście do twierdzeń Odwołującego sformułowanych w zestawieniu tabelarycznym, które swój początek znajdowało na stronie 17 odwołania, Izba dostrzegła, że przedstawione wraz z odwołaniem dowody odnoszą się do monitorów z różnymi wersjami oprogramowania. Protokół instalacji systemu z dnia 29 czerwca 2007 r. wskazuje na zainstalowanie monitorów IntelliVue MP-80, w wersji E.01.24, tymczasem wyciąg z instrukcji obsługi monitorów MP20/30, MP40/50, MP60/70/80/90 odnosił się do wersji J z oprogramowaniem J.xx.xx. Niemożliwym zatem było przyjęcie, że Odwołujący przedstawił Izbie dowody, które korespondowały ze sobą i jednoznacznie opisywały ten sam monitor w tej samej wersji, a zatem posiadający określone *właściwości*. W tym przypadku, wszelkie twierdzenia odnoszące się do *właściwości*, za których zapewnienie odpowiadać mogłoby oprogramowanie czy też wersja monitora, nie mogły zostać uznane za udowodnione, a zatem takie, które mogłyby służyć za ewentualny punkt odniesienia w procesie weryfikacji prawidłowości sposobu modernizacji oferowanego przez Przystępującego dla systemu w OIT A. W odniesieniu do *właściwości fizycznych* monitora wskazywanego przez Odwołującego, te również nie znajdują potwierdzenia – pamiętając o tym, że złożona przez Odwołującego instrukcja obsługi monitorów odnosi się do innej ich wersji, niż ta, która została wskazana w protokole instalacji, dostrzeżenia wymagało to, że w instrukcji tej Odwołujący nie wskazał zapisu, z którego wynikać miałyby, że monitor MP-80 posiada przekątną 19”, a nie 17”. Nadto z instrukcji tej wynika, że zintegrowany joystick występuje tylko w monitorach MP60/70, z czego wynika, że nie występuje on w przypadku monitora MP-80, do którego odwoływał się Odwołujący. Co do oświadczenia złożonego w imieniu

Philips Polska sp. z o.o., a przedstawionego Izbie w toku rozprawy przed Izbą, sam Odwołujący przyznał, że treść tegoż oświadczenia nie odnosi się do modelu MP-80, a zatem takiego, jaki to wg niego posiadać w OIT A miał Zamawiający.

Niezależnie od powyższego ocenić należało zarzuty odnoszące się do systemu oferowanego dla OIT B – pkt 3.1.25 i 3.1.26 odwołania. Z powołanych dwóch punktów odwołania, a także kolejnego, 3.1.27, jednoznacznie wynika, że sam Odwołujący, wbrew jego twierdzeniom choćby z pkt 3.1.8 odwołania, nie miał problemu z prawidłowym zidentyfikowaniem, które urządzenia wpisane w ofercie Przystępującego, w części A załącznika nr 4 do formularza oferty przyporządkować należy do systemu dla OIT A, a które do systemu OIT B, co czyni w tym zakresie rozpoznawane odwołanie wewnętrznie sprzecznym.

Co do treści oferty Przystępującego w zakresie pkt 13 części A załącznika nr 4 do formularza oferty, to sam Odwołujący w pkt 3.1.25 przywołuje w tym kontekście udzieloną przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 3 w piśmie z dnia 13 kwietnia 2016 r., w której to odpowiedzi Zamawiający wprost dopuszcza rozwiązanie, zaoferowane przez Przystępującego w powołanym punkcie złożonej przez niego oferty. Formulowane w tym kontekście przez Odwołującego twierdzenia o długotrwałości procesu opracowania technologii dającej możliwość integracji do końca 2016 r. zostały postawione bez żadnego pokrycia w dowodach przedstawionych Izbie. Samo oświadczenie złożone w imieniu Medima sp. z o.o., które zostało złożone wraz z odwołaniem, a z którego wynikać ma, że ani firma Mindray, ani też Przystępujący, do czasu złożenia tego oświadczenia nie kontaktowali się z tą spółką „*celem podjęcia prac nad możliwością integracji naszego systemu pomp infuzyjnych z centralami lub kardiomonitarami marki Mindray*”, nie świadczy jeszcze o „*długotrwałości procesu*”, jaki miałyby nastąpić po podjęciu takich rozmów. Nie może też takie oświadczenie świadczyć o tym, że treść oferty złożonej przez Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ.

Co do pkt 3.1.26 odwołania i twierdzeń Odwołującego tam zawartych, faktem było to, że Przystępujący w pkt 18 części A załącznika nr 4 do formularza oferty skonstruował jego treść z wykorzystaniem pierwotnej treści SIWZ. Jednakże, co szczególnie istotne w tym kontekście, nawet Odwołujący nie miał wątpliwości, do jakiego urządzenia, o jakich właściwościach i charakteryzujących je parametrach, odnosi się treść powołanego punktu, a szerzej, całej części A załącznika nr 4 do formularza oferty – sam Odwołujący wskazał tu na system BeneVision N19. W takim przypadku, w ocenie Izby nie zostało wykazane przez Odwołującego, że treść oferty złożonej przez Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ. Pierwotne brzmienie powołanego pkt 18 nie stoi w opozycji do jego brzmienia

ostatecznego, ustalonego pismem z dnia 24 marca 2016 r. Stąd złożenie oświadczenia z wykorzystaniem pierwotnego brzmienia nie wyklucza możliwości spełniania przez oferowany przez Przystępującego system również wymogu opisanego brzmieniem ostatecznym tegoż zapisu SIWZ. Co istotne, Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania, że oferowany przez Przystępującego system BeneVision N19 nie spełnia wymogu opisanego pkt 18 w brzmieniu ustalonym pismem z dnia 24 marca 2016 r., tymczasem dowód mający potwierdzać, że system ten spełnia tenże wymóg przedstawił Przystępujący, składając wyciąg z podręcznika operatora monitora pacjenta BeneVision N22/N19 zawierający listę komunikatów alarmów technicznych. Podkreślić należy, że także w tym przypadku ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym

Odrębnym zagadnieniem jest sposób prezentacji zaoferowanej przez Przystępującego ceny w złożonej przez niego ofercie, a w tym kontekście również niedostatecznego, zdaniem Odwołującego, wyróżnienia w literalnej treści oferty ilości poszczególnych rodzajów monitorów, czy centrali.

Zdaniem Izby formułowane w tym zakresie przez Odwołującego twierdzenia zamknięte w pkt 3.1.8 i n. odwołania nie znajdują oparcia w treści SIWZ. Z tej bowiem wynika, że Zamawiający oczekiwał jedynie wskazania producenta, kraju pochodzenia, określenia oferowanego modelu oraz roku produkcji tegoż w odniesieniu dla systemu w OIT B – tak nagłówek załącznika nr 4 do formularza oferty. Przystępujący wskazał również, czemu nawet Odwołujący nie przeczy, inny model kardiomonitora, który poza wszelką wątpliwością, zgodnie z treścią oświadczenia zawartego w pkt 2 części A załącznika nr 4 do formularza oferty miał zostać wykorzystany przy „modernizacji sprzętowej i programowej” systemu w OIT A. W tym też punkcie zawarte jest oświadczenie Przystępującego o zainstalowaniu całego systemu „/kardiomonitorów i centrali” w OIT A. Nie wykazał Odwołujący w tym zakresie, że treść oferty złożonej przez Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ. Nie wskazał on bowiem jakkolwiek postanowienia SIWZ, z którego wynikać miałby wyraźny obowiązek dookreślenia treści oferty, a zatem takiego dookreślenia przedmiotu oferowanego Zamawiającemu świadczenia, którego niedochowanie pociągać by miało po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. Nie wykazał, w żaden sposób Odwołujący, aby treść oferty Przystępującego nie opowiadała minimalnym wymaganiom jej stawianym w SIWZ przez Zamawiającego. Nie udokumentował też Odwołujący żadnym dowodem swojego twierdzenia, zgodnie z którym niemożliwe było takie zmodernizowanie centrali M3150, aby mogła ona współpracować z centralą BeneVision CMS.

Co do sposobu zaprezentowania oferowanej Zamawiającemu ceny, oraz tego do jakiego świadczenia faktycznie się ona odnosi, w ocenie Izby nie wykazał Odwołujący, aby Zamawiający w treści SIWZ żądać miał szczególnego sposobu prezentacji wyceny dostawy systemu dla OIT B oraz modernizacji systemu dla OIT A. Mając świadomość, że oferowane mu świadczenie, obejmować będzie co do zasady również modernizację systemu w OIT A, Zamawiający skonstruował załącznik nr 2 do formularza oferty w określony sposób, czyniąc go dokumentem dość schematycznym i ubogim w treść. Co istotne, w pkt IV.5.2 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że dopuszcza możliwość jego modyfikacji w ściśle określonym tam przypadku związanym z przepisami o podatku VAT. Co również istotne, cena zaprezentowana z wykorzystaniem tak skonstruowanego formularza obejmować miała, zgodnie z pkt IV.5.3 SIWZ, wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, a zatem również oferowaną przez Przystępującego, i dopuszczoną wyraźnie przez Zamawiającego w treści SIWZ, modernizację systemu w OIT A.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, brak było podstaw, w świetle twierdzeń Odwołującego i przedstawionych przez niego dowodów, dla przyjęcia, że zarzut zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Przystępującego można było uznać za zasadny.

Niezależnie od powyższego Odwołujący twierdził, że Zamawiający dopuścił się zaniechania wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący twierdził, że powoływana w złożonym wraz z ofertą oświadczeniu Przystępującego o dokonanych w składzie jego zarządu zmianach osobowych uchwała Zgromadzenia Wspólników z dnia 8 kwietnia 2016 r. była nieważna, z uwagi na to, że podjęta została w oparciu o nieważne pełnomocnictwo dla osoby będącej przedstawicielem jedyne go wspólnika spółki.

W toku rozprawy przed Izbą, Przystępujący przedstawił Izbie postanowienie wydane przez Sąd Rejonowy w Białymstoku w dniu 29 kwietnia 2016 r., wydane zgodnie, z również przedstawionym Izbie, wnioskiem z dnia 11 kwietnia 2016 r. o zmianę danych pomiotu w rejestrze przedsiębiorców. W świetle treści powołanego wniosku, rzezone postanowienie Sądu Rejonowego zostało wydane z uwzględnieniem protokołu zgromadzenia wspólników z dnia 8 kwietnia 2016 r. Zgodnie z przepisem art. 23 ust. 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 687), sąd rejestrowy bada, czy dołączone do wniosku dokumenty są zgodne pod względem formy i treści z przepisami prawa. W kontekście twierdzeń Odwołującego, zauważyć należy, że co do zasady sąd uwzględnia nieważność czynności prawnej z urzędu, niezależnie od tego, czy ktokolwiek się na okoliczność taką powołuje. W tym zaś przypadku Sąd uznał

przedstawione mu dokumenty za zgodne pod względem formy i treści z przepisami prawa i postanowił wpisać w rejestrze przedsiębiorców informację o zmianie składu osobowego zarządu Przystępującego. Fakt ten znajdował swe potwierdzenie również w treści informacji z KRS z dnia 5 maja 2016 r., którą przedstawił Przystępujący wraz z doręczonym Prezesowi Izby zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wobec powyższego Izba, dając wiarę postanowieniu Sądu, twierdzenia Odwołującego uznała za niezasadne.

Niezależnie od powyższego, co do możliwości posługiwania się przez osoby zamieszkałe na terenie Szwecji w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia określonych w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 8) i 11) ustawy Pzp zaświadczeniem wystawionym przez Szwedzki Urząd Policji, Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że zaświadczenie takie nie odpowiada wymogom ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych do niej. Sam fakt powołania się przez Odwołującego na orzeczenie Izby wydane w 2014 r. nie mógł zostać uznany przez Izbę za przedstawienie przez tego Wykonawcę dowodu dla stwierdzenia faktu, z którego wywodził on skutki prawne. Nawet uwzględnienie dokumentów (opinii prawnej) przedstawionych w wówczas prowadzonym postępowaniu odwoławczym, nie świadczyłoby o tym, że w dniu wystawienia zaświadczeń przedstawionych przez Przystępującego nie odpowiadały one wymogom polskiego prawa, albowiem powszechną wiedzą jest to, że stan prawny ulega zmianom, a Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że w prawie szwedzkim nie zaszły w tej materii żadne zmiany. Co istotne, to na Odwołującym ciążył w tym przypadku ciężar dowodowy.

Mając to na uwadze, Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby Zamawiający zaniechał wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu, czy też wezwania go do złożenia odpowiednich dokumentów lub oświadczeń potwierdzających brak podstaw do wykluczenia.

Kierując się tak dokonanyymi ustaleniami, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

Uwzględniając tak poczynione ustalenia i dokonane rozstrzygnięcia, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....