

WYROK
z dnia 12 sierpnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lipca 2011 r. przez **Hygeco Polska sp. z o.o. w Łomiankach – Dąbrowie** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku**

przy udziale **Alvo Grupa Gastrometal sp. z o.o. w Śmiglu**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej na pakiet 1 przez Alvo Grupa Gastrometal sp. z o.o. w Śmiglu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych na pakiet 1, w tym odrzucenie oferty złożonej przez Alvo Grupa Gastrometal sp. z o.o. w Śmiglu,
2. kosztami postępowania obciąża **Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Hygeco Polska sp. z o.o. w Łomiankach – Dąbrowie** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Gdańskiego Uniwersytetu Medycznego w Gdańsku** na rzecz **Hygeco Polska sp. z o.o. w Łomiankach – Dąbrowie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e n i e

Gdański Uniwersytet Medyczny w Gdańsku zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na dostawę sprzętu i narzędzi do sal sekcyjnych i laboratorium patomorfologicznego w budynku centrum Medycyny Inwazyjnej (CMI) w Gdańsku - pakiet 1.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2011 r. pod numerem 2011/S 90 – 146873.

W dniu 21 lipca 2011 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu Hygeco Polska sp. z o.o. w Łomiankach – Dąbrowie (dalej „odwołujący”) o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Alvo Grupa Gastrometal sp. z o.o. w Śmigle (dalej „Alvo”).

Dnia 29 lipca 2011 r. odwołujący wniósł pismem z tego samego dnia odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując za pośrednictwem faksu w dniu 29 lipca 2011 r. zamawiającemu.

Odwołujący zakwestionował czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Alvo i nieodrzuconie oferty złożonej przez tego wykonawcę zarzucając naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy nakazującego zamawiającemu równe traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zachowanie uczciwej konkurencji;

- art. 7 ust. 3 ustawy nakazującego udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty Alvo z powodu niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”);
- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy poprzez nie wykluczenie wykonawcy Alvo pomimo, że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W konsekwencji odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Alvo i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów odwołujący wskazał, iż zamawiający niezgodnie z prawem dokonał wyboru oferty Alvo, mimo iż podlegała ona odrzuceniu co najmniej z dwóch przyczyn.

Po pierwsze Alvo złożyło w ofercie nieprawdziwe informacje (poświadczające nieprawdę), co do parametrów technicznych lampy pomocniczej bezcieniowej mobilnej Trilux Aurinio L50 PM. Alvo stworzyło własną „kartę katalogową”, w której podało, iż lampa posiada „diody świecące o dużej trwałości nie mniej niż 45 000 h”. Natomiast zgodnie z oficjalnym katalogiem producenta, jak i jego wyjaśnieniami trwałość LED wynosi 20 000 h. Odwołujący argumentował, iż Alvo nie załączyło do swej oferty oryginalnego folderu producenta, gdyż wynikałoby z niego, że nie spełnia w tym zakresie wymogów siwz. Zamawiający wskazał w opisie technicznym wymagane parametry dla lampy pomocniczej (poz. XVII - lampa pomocnicza bezcieniowa mobilna) i winna ona posiadać diody świecące o dużej trwałości nie mniej niż 45 000 h. Dokumenty przedstawione przez Alvo mają charakter dokumentów i oświadczeń nierzetelnych oraz wypełniają przyjętą w doktrynie definicję dokumentu nierzetelnego, zgodnie z którą „nierzetelny jest dokument lub oświadczenie pisemne, gdy zawiera informacje nieprawdziwe lub niepełne bądź ujęte w taki sposób, że może sugerować adresatowi stan rzeczy niezgodny z rzeczywistością” (Górniok (w:) Górniok i in., t. II, s. 443; Zawłocki (w:) Wąsek II, s. 1177, Komentarz do art. 297 kodeksu karnego (Dz.U.97.88.553), [w:] M. Mozgawa (red.), M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, Kodeks karny. Komentarz praktyczny, Oficyna 2007, II wyd.). W tych okolicznościach zatem w ocenie odwołującego zamawiający miał obowiązek wykluczyć Alvo z postępowania. Ponadto skoro lampa nie spełniała wymagań zamawiającego postawionych w siwz, tj. diody świecące nie posiadają nie mniej niż 45 000 h, oferta Alvo powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Po drugie Alvo w swojej ofercie zaproponowało dostawę urządzenia Technisept DH 2002 (poz. XXII - urządzenie do dezynfekcji trudnodostępnych miejsc), którego odwołujący jest

oficjalnym, autoryzowanym przez producenta dystrybutorem na terenie Polski, jednak zaoferowane urządzenie zostało wycofane z produkcji kilka lat temu.

Zamawiający w siwz w pkt. 4.1.a żądał, aby „sprzęt był wyprodukowany po 1 stycznia 2011 r.”, zatem Alvo nie spełnia tego warunku. Zaoferowało bowiem urządzenie nieistniejące, którego dostawa jest niemożliwa. Ponadto, zdaniem odwołującego, złożenie przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu oferty, zawierającej produkt (urządzenie) nieistniejące w chwili składania ofert i nieposiadające de facto ustalonej ceny stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 3 i 10 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z tych względów na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oferta złożona przez Alvo powinna być odrzucona, jako sprzeczna z treścią siwz, a Alvo zobowiązało się do świadczenia niemożliwego. Ponadto Alvo podało nieprawdziwe informacje co do daty produkcji urządzenia do dezynfekcji trudnodostępnych miejsc, wobec powyższego powinien zostać wykluczony z postępowania.

Dalej odwołujący stwierdził, iż zamawiający dokonując wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Alvo naruszył art. 7 ust. 3 ustawy, gdyż ofertą najkorzystniejszą złożoną w niniejszym postępowaniu, zgodnie z kryteriami oceny ofert, jest oferta odwołującego.

Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 ustawy, z którego wynika, iż do każdego wykonawcy powinny być stosowane te same zasady oceny, jak również te same reguły i zasady prowadzenia postępowania. Zatem zarówno Alvo jak i złożone przez nie dokumenty, nie powinny być również oceniane w sposób inny, niż to wynika z przepisów prawa i reguł określonych postanowieniami siwz. Tymczasem zamawiający pomimo, iż posiadał wiedzę, że w skład dostawy przedstawionej w wykazie wchodziły również urządzenia nie do wyposażenia sal sekcyjnych, w szczególności produkty histologiczne (wyposażenie laboratorium a nie sal sekcyjnych), nie wezwał Alvo do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

W świetle powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający zawiadomił w dniu 29 lipca 2011 r. Alvo o odwołaniu wzywając do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przesyłając kopię odwołania.

Pismem z dnia 1 sierpnia 2011 r. do Prezesa Izby (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą) zostało wniesione zgłoszenie przez Alvo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. w Śmiglu (powstała w wyniku przekształcenia Alvo Grupa Gastrometal sp. z o.o. w Śmiglu) przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 22 lipca 2011 r. zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2011 r. strony oraz uczestnik postępowania Alvo podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania – Alvo złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia obejmujący dostawę sprzętu i narzędzi do sal sekcyjnych i laboratorium patomorfologicznego na części. Pakiet 1 obejmuje wyposażenie sal sekcyjnych. Przedmiot zamówienia został opisany w załączniku nr 3 do siwz (pkt II.1 siwz). W tabeli określającej wymagania dotyczące lampy pomocniczej, bezcieniowej mobilnej (pkt XVII, wiersz 6 załącznika nr 3 do siwz) podano „diody świecące o dużej trwałości nie mniej niż 45 000 h”.

Zamawiający postanowił także w pkt. III.3 siwz, iż wykonawca zobowiązany jest zaoferować przedmiot zamówienia „zgodny z wymogami zamawiającego określonymi w niniejszej SIWZ, wykonawca pod rygorem odrzucenia oferty nie może zmieniać ilości oraz parametrów podanych w załączniku nr 3 do SIWZ (Pakiet 1 – Pakiet 5)”.

Następnie zamawiający wymagał, aby sprzęt był wyprodukowany po 1 stycznia 2011 r. (pkt III.4.4.1.b siwz) oraz aby „w celu potwierdzenia spełniania warunków dotyczących przedmiotu zamówienia” wykonawca „załączył do oferty prospekty/katalogi w języku polskim na oferowany przedmiot zamówienia” (pkt III.4.4.2.f siwz).

Zgodnie z siwz do oferty należało załączyć m.in. wypełnione i podpisane wymagane parametry techniczne przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3 do siwz) (pkt VI.1.2 siwz) oraz prospekty/katalogi w języku polskim na oferowany przedmiot zamówienia (pkt VI.1.6 siwz).

Oferta Alvo zawiera wypełniony wg wzoru zawartego w siwz załącznik nr 3, w którym wymieniono m.in.:

- lampę pomocniczą bezcieniową mobilną produkcji Trilux Medical GmbH Co Kg Niemcy, typ: Aurinio L50 PM, rok produkcji 2011, wersja konstrukcyjna z 2009 r. (k. 22 oferty); w tabeli opisującej parametry oferowanej lampy, w wierszu 6 zostało przez Alvo podane „diody świecące o dużej trwałości nie mniej niż 45 000 h” – „tak” (k. 22 oferty);
- urządzenie do dezynfekcji trudno dostępnych miejsc produkcji Hygiene & Nature, Francja, typ: Technisept DH2002, rok produkcji 2011, wersja konstrukcyjna z roku 2011 (k. 26 oferty).

Do oferty Alvo załączyło także m.in. „kartę katalogową” dla aparatu wyprodukowanego przez Trilux Medical GmbH Co Kg Niemcy, typ: Aurinio L50 PM, w której treści opisującej charakterystykę urządzenia wskazano „diody świecące o dużej trwałości nie mniej niż 45 000 h”. Poniżej zamieszczone zostały rysunki urządzenia, podpisane „oferent oświadcza, że przedstawiony rysunek stanowi wzór oraz potwierdza, że dostarczy przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ” (k. 117 oferty).

Załączniki do oferty Alvo stanowi także m.in. deklaracja zgodności dla dyfuzora Technisept z dnia 3 kwietnia 2009 r. wyprodukowanego przez Hygiasept (k. 76 oferty wraz z tłumaczeniem z języka francuskiego na język polski – k. 64 potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii akt postępowania) oraz „karta katalogowa” dla Technisept DH2002 (k. 122 oferty).

Ponadto w załączniku nr 4 do oferty (formularz cenowy) Alvo w poz. 22 podało w kolumnie „nazwa handlowa/typ/model” oferowanego urządzenia „urządzenie do dezynfekcji DH2002” (k. 7 oferty).

Zamawiający pismem z dnia 15 lipca 2011 r. wystąpił do Alvo o potwierdzenie, że zaoferowane urządzenia do dezynfekcji trudnodostępnych miejsc będzie urządzeniem wyprodukowanym po 1 stycznia 2011 r. (pkt 2 pisma) oraz o wyjaśnienie, czy załączone do oferty karty katalogowe są firmowymi materiałami potwierdzającymi parametry techniczne sprzętu (pkt 3 pisma).

W odpowiedzi pismem z dnia 18 lipca 2011 r. zostało stwierdzone, iż Alvo potwierdza, że zaoferowane urządzenie do dezynfekcji trudnodostępnych miejsc będzie urządzeniem wyprodukowanym po 1 stycznia 2011 r. (pkt Ad. 2 pisma). Dalej Alvo oświadczyło, iż „materiały złożone wraz z ofertą dotyczące wymaganych elementów przedmiotu zamówienia potwierdzają wymagane przez Zamawiającego parametry techniczne”. Dodało, iż Alvo jest „wytwórcą, jak również reprezentuje inne podmioty zagraniczne na rynku polskim (...). Przedstawione karty katalogowe opatrzone są zobowiązaniem, iż „producent

oświadcza, że przedstawiony rysunek stanowi wzór. Jako Producent potwierdza, że dostarczy przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ". Wskazał również, iż zamawiający w siwz nie zdefiniował pojęć: „typu prospekt/katalogi” w związku z czym „materiały złożone wraz z ofertą potwierdzające wymagania przedmiotowe są materiałami firmowymi” (pkt Ad. 3 pisma).

W konsekwencji zamawiający wybrał ofertę Alvo jako najkorzystniejszą, co zakwestionował odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie.

Uwzględnwszy tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Przymiot uczestnika postępowania uzyskało Alvo zgłaszając skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając stanowiska stron oraz Alvo, Izba stwierdziła, że odwołanie należało uwzględnić.

I. Zarzuty odwołania dotyczące parametrów technicznych lampy pomocniczej bezcieniowej mobilnej Trilux Aurinio L50 PM nie potwierdziły się.

1. Zarzut niezgodność treści oferty Alvo z treścią siwz w zakresie dotyczącym wymagania, aby diody cechowała trwałość nie mniejsza niż 45 000 h.

Nie jest sporne, iż Alvo w swojej ofercie wskazało, iż oferuje lampę pomocniczą bezcieniową mobilną produkcji Trilux Medical GmbH Co Kg Niemcy, typ: Aurinio L50 PM podając w wierszu 6. tabeli opisującej parametry techniczne „diody świecące o dużej trwałości nie mniej niż 45 000 h” – „tak” (k. 22 oferty), zatem zgodnie z siwz. Sporny parametr został potwierdzony w „kacie katalogowej” dla przedmiotowego aparatu (k. 117 oferty).

Odwołujący nie wykazał, a to zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp nawiązującym do przepisu art. 6 kc na nim spoczywa ciężar dowodu, iż zaoferowane przez Alvo lampy nie mogą osiągnąć wymaganego przez zamawiającego w siwz i wynikającego z oferty Alvo parametru - „diody świecące o dużej trwałości nie mniej niż 45 000 h”.

Wbrew stanowisku odwołującego dowodu na powołaną okoliczność nie stanowi załączone do odwołania wraz z tłumaczeniem z języka francuskiego (k. 13 i 14 odwołania) datowane na 26 lipca 2011 r. oświadczenie producenta Trilux Medical GmbH & Co. KG stwierdzające, iż średnia trwałość diod ledowych (LED) w analizowanej lampie wynosi minimum 20 000 godzin. Analogiczna informacja o minimalnej trwałości 20 000 h wynika z załączonej do odwołania korespondencji mailowej (k. 15-18 odwołania) prowadzonej przez odwołującego z Trilux Polska sp. z o.o. Odwołujący nie przedstawił żadnego dokumentu pozwalającego na kategoryczne ustalenie, iż zaoferowane lampy posiadają diody ledowe o trwałości mniejszej niż zadeklarowane 45 000 h. Skoro z przedstawianych przez odwołującego materiałów, w tym także zaprezentowanego na rozprawie wyciągu z katalogu producenta (k. 20/21 katalogu) nie wynika nic więcej ponad to, że trwałość diod w lampach jest określana przez producenta na minimum 20 000 h, nie sposób podzielić na tej podstawie stanowiska odwołującego, iż nie może ich cechować trwałość na poziomie 45 000 h. Innymi słowy powoływane przez odwołującego dokumenty nie dowodzą, iż trwałość diod nie może wynosić – tak jak zaoferowało Alvo - 45 000 h. Alvo potwierdziło na rozprawie, iż zaoferowane przez nie lampy w pełni odpowiadają siwz. Z oświadczeniem tym koresponduje przedłożone przez Alvo na rozprawie oświadczenie Trilux Medical GmbH & Co. KG datowane na 9 sierpnia 2011 r. (wraz z tłumaczeniem z języka francuskiego na język polski), iż w zaoferowane przez Alvo lampie zastosowano diody, których żywotność zgodnie z danymi producenta wynosi 100 000 godzin, zatem więcej niż wymagane 45 000 h.

Dodać trzeba, iż „karta katalogowa” (k. 147 oferty) odnosi się do lampy wskazanej w załączniku nr 3 do oferty Alvo (k. 22 oferty) i jest zgodna z siwz. Jak trafnie podnosiło Alvo zamawiający nie zdefiniował, co należy rozumieć przez prospekt/katalog, który wykonawcy mieli obowiązek załączyć do oferty w celu potwierdzenia, że oferowane urządzenie spełnia wymagania określone w siwz (pkt III.4.4.2.f oraz pkt VI.1.6 siwz). W szczególności podkreślić należy, iż nie został sformułowany przez zamawiającego wymóg, aby ów katalog czy prospekt był sporządzony przez producenta – zamawiający oczekiwał, aby był sporządzony w języku polskim i dotyczył zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Tym samym uwzględnwszy fakt, iż zamawiającemu nie wolno domagać się od wykonawców innych informacji czy dokumentów ponad te opisane precyzyjnie w siwz stwierdzić trzeba, iż niezasadnie odwołujący zarzuca, że powołana „karta katalogowa” nie jest adekwatna

do oczekiwań zamawiającego wyartykułowanych w siwz. Przeciwnie, odpowiada postanowieniom siwz w tym zakresie.

Tym samym w opisanym powyżej stanie faktycznym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nie potwierdził się.

2. Zarzut złożenia w ofercie nieprawdziwych informacji (poświadczających nieprawdę) w zakresie dotyczącym wymagania, aby diody świeciły nie mniej niż 45 000 h nie potwierdził się.

Uwzględnivszy stanowisko Izby zaprezentowane w odniesieniu do zarzutu I.1 powyżej w świetle ustalonych okoliczności faktycznych także zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, którego potwierdzenie skutkowałoby koniecznością wykluczenia Alvo z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie znalazł potwierdzenia.

II. Zarzuty odwołania dotyczące urządzenia do dezynfekcji trudno dostępnych miejsc typ: Technisept DH2002, rok produkcji 2011, wersja konstrukcyjna z roku 2011 (k. 26 oferty).

1. Zarzut niezgodności treści oferty z treścią siwz, gdyż zaoferowano urządzenie do dezynfekcji trudnodostępnych miejsc wycofane z produkcji, znalazł w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego potwierdzenie.

Strony zgodne są co do tego, iż zamawiający wymagał w siwz, aby sprzęt, w tym urządzenie do dezynfekcji trudno dostępnych miejsc był wyprodukowany po 1 stycznia 2011 r. (pkt III.4.4.1.b siwz).

Alvo podało w załączniku nr 3 do swojej oferty, iż oferuje urządzenie do dezynfekcji trudno dostępnych miejsc produkcji Hygiene & Nature, Francja, typ: Technisept DH2002, rok produkcji 2011, wersja konstrukcyjna z roku 2011 (k. 26 oferty).

W wyniku przeprowadzonego przez Izbę postępowania dowodowego zostało ustalone, iż:

- Alvo zaoferowało urządzenie do dezynfekcji trudno dostępnych miejsc typ: Technisept DH2002 podając rok produkcji – 2011(k. 26 oferty),

- producentem zaoferowanego przez Alvo urządzenia do dezynfekcji trudno dostępnych miejsc typ: Technisept DH2002 jest – jak wynika m.in. z deklaracji zgodności dla tego urządzenia datowanej na 3 kwietnia 2009 r. - Hygiasept (k. 76 oferty wraz z tłumaczeniem z języka francuskiego na język polski – k. 64 potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii akt postępowania),
- „karta katalogowa” dotyczy oferowanego urządzenie do dezynfekcji trudnodostępnych miejsc tj. Technisept DH2002 (k. 122 oferty),
- w załączniku nr 4 do oferty (formularz cenowy) w poz. 22 podano w kolumnie „nazwa handlowa/typ/model” oferowanego urządzenia „urządzenie do dezynfekcji DH2002” (k. 7 oferty).

Uwzględnwszy powyższe nie ma wątpliwości, iż przedmiotem oferty Alvo jest urządzenie Technisept DH2002. Dane zawarte zarówno w załączniku nr 3 – k.26 oferty, jak i w „karcie katalogowej” (k. 122 oferty) oraz w formularzu cenowym (k. 7 oferty) jednoznacznie wskazują, iż Alvo zaoferowało konkretny dyfuzor typu: Technisept DH2002.

Zostało przez odwołującego udowodnione, iż urządzenie do dezynfekcji trudnodostępnych miejsc tj. Technisept DH2002 nie jest aktualnie produkowane (pismo z dnia 26 lipca 2011 r. wraz z tłumaczeniem z języka francuskiego na język polski – k. 19 – 20 odwołania). W powołanym piśmie zostało stwierdzone przez Hygiasept (producenta urządzeń), iż „dyfuzor DH2002 nie należy do obecnej gamy dyfuzorów firmy Hygiasept. Chodzi tutaj mianowicie o dawny model dyfuzora, którego nie sprzedajemy już od kilku lat”. Przytoczone oświadczenie, mimo iż odwołujący nie przedstawił maila z 18 lipca 2011 r. zawierającego zapytanie skierowane do Hygiasept w odpowiedzi na które pismo z 26 lipca 2011 r. zostało do odwołującego skierowane, nie pozostawia wątpliwości, iż przedmiotowe urządzenie nie jest od kilku lat sprzedawane i stanowi „dawny model” dyfuzora. Trudno byłoby uwzględniając zasady doświadczenia życiowego przyjąć, iż kwestionowany dyfuzor jest produkowany, lecz nie jest sprzedawany (do sprzedaży odnosi się powołane pismo). Z faktu, iż dyfuzor nie jest sprzedawany oraz, iż stanowi „dawny model” należy wywieść logiczny i uzasadniony wniosek, iż urządzenie to nie jest już produkowane. Jeśli tak, to nie jest możliwym zaoferowanie urządzenia typu: Technisept DH2002 wyprodukowanego po 1 stycznia 2011 r., jak oczekiwał tego zamawiający w siwz. Twierdzenie to pozostaje aktualne także w świetle przedstawionego na rozprawie przez Alvo oświadczenia przedstawiciela producenta Hygiene Sante et Securite z dnia 9 czerwca 2011 r., wskazującego, że dyfuzor Technisept jest produkowany po dacie 1 stycznia 2011 r. w wersji konstrukcyjnej po 1 stycznia 2011 r. Przytoczone pismo nie dotyczy zaoferowane przez Alvo urządzenia typu: Technisept

DH2002. Odnosi się wyłącznie do urządzenia Technisept bez jego bliższego sprecyzowania. Tym czasem zaoferowano konkretny dyfuzor typu: Technisept DH2002.

W konsekwencji Izba stwierdziła, iż w tym zakresie treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz, a zatem należało ją odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Twierdzenia Alvo, iż nawet jeśli zaprzestano produkcji dyfuzora Technisept DH2002, to nie jest wykluczone, iż producent na zamówienie Alvo takie urządzenie wyprodukuje jest gołosłowne. Alvo nie przedstawiło żadnego dowodu potwierdzającego tezę o możliwości wznowienia produkcji tegoż urządzenia wyłącznie dla potrzeb Alvo.

Dla rozstrzygnięcia Izby bez znaczenia pozostaje okoliczność, czy odwołujący jest jedynym dystrybutorem produktów Hygisept w Polsce. Zatem przedstawione przez odwołującego na rozprawie pisma z dnia 28 marca 2008 r. oraz 29 czerwca 2006 r. (wraz z tłumaczeniami z języka francuskiego na język polski) mające potwierdzać, iż jest on wyłącznym dystrybutorem wskazanych urządzeń pozostają nie istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania.

2. Zarzut, iż złożenie przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 3 i 10 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie potwierdził się.

Zarzut jest gołosłowny. Odwołujący nie powołał żadnych argumentów mających w okolicznościach niniejszej sprawy go uzasadniać, a to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, iż w danym stanie faktycznym aktualizują się konkretne przesłanki wskazujące na konieczność odrzucenia oferty.

3. Zarzut podania nieprawdziwych informacji co do daty produkcji oferowanego urządzenia znalazł potwierdzenie.

Izba wyraża pogląd, iż do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenie nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do art. 6 kc).

Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane (tak też w wyroku KIO z dnia 21 lutego 2011 r., sygn. akt 257/11). Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Na gruncie rozpoznawanej sprawy ciężar dowodu złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływu na wynik postępowania spoczywa na odwołującym.

Analiza zebranego materiału dowodowego w świetle przedstawionej przez Izbę wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp daje podstawy do stwierdzenia, iż Alvo złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie dotyczącym możliwości wyprodukowania dyfuzora typu: Technisept DH2002 po pierwszym styczniu 2011r.

Faktem jest, iż w ustawie brak definicji legalnej pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zasadnym jest w tym miejscu zatem odwołanie się - odpowiednio - do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN10095/99). W tym wyroku Sąd Najwyższy, stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy”, bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Zważywszy powyższe uwzględniając poczynione przez Izbę w uzasadnieniu do zarzutu II.1 ustalenia, iż zaoferowany przedmiot świadczenia (dyfuzor typu: Technisept DH2002) został kilka lat temu wycofany z produkcji stwierdzić należy, iż nieprawdziwą informacją jest

oświadczenie Alvo zawarte w ofercie, iż przedmiotowy dyfuzor zostanie wyprodukowany po 1 stycznia 2011 r. Informacja ta ma wpływ na wynik postępowania, bowiem jej podanie umożliwiło zamawiającemu wybranie oferty Alvo jako najkorzystniejszej.

III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy, gdyż ofertą najkorzystniejszą złożoną w niniejszym postępowaniu, zgodnie z kryteriami oceny ofert, jest oferta odwołującego.

Biorąc pod uwagę, iż zarzuty wskazane w pkt. II uzasadnienia znalazły potwierdzenie w zebranych materiale dowodowym wskazać trzeba, iż w konsekwencji także zamawiający uchybił normie wyrażonej w art. 7 ust. 3 Pzp, bowiem przeprowadzona przez niego nieprawidłowo procedura oceny ofert doprowadziła do wyboru jako najkorzystniejszej oferty, którą należało odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a wykonawcę wykluczyć zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

IV. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, gdyż zamawiający pomimo iż posiadał wiedzę, że w skład dostawy przedstawionej w wykazie wchodziły również urządzenia nie do wyposażenia sal sekcyjnych, w szczególności produkty histologiczne (wyposażenie laboratorium a nie sal sekcyjnych), nie wezwał Alvo do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, został przez odwołującego na rozprawie wycofany, zatem nie był przez Izbę rozpatrywany.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

