

Sygn. akt: KIO 2403/17

WYROK

z dnia 28 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2017 r. przez wykonawcę: **Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Reguły, ul. Stanisława Bodycha 73A, 05-816 Michałowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital w Puszczykowie im. Prof. S. T. Dąbrowskiego Spółka Akcyjna, ul. Kraszewskiego 11, 62-041 Puszczykowo**

przy udziale wykonawcy: **PKOB WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Rudki 10, 62-240 Trzemeszno** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić zarzuty odwołania dotyczące dokonania oceny oferty wykonawcy: PKOB WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Rudki 10, 62-240 Trzemeszno, w zakresie parametru „dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny” w odniesieniu do sprzętu medycznego: kolumna anestezyjologiczna z windą oraz kolumna chirurgiczna z windą i nakazuje zamawiającemu: Szpital w Puszczykowie im. Prof. S. T. Dąbrowskiego Spółka Akcyjna, ul. Kraszewskiego 11, 62-041 Puszczykowo, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwanie wykonawcy: PKOB WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Rudki 10, 62-240 Trzemeszno, do złożenia wyjaśnień oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz do złożenia

wyjaśnień dokumentów na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie parametru „dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny” w odniesieniu do sprzętu medycznego: kolumna anestezyjologiczna z windą oraz kolumna chirurgiczna z windą.

2. Zarzut naruszenia art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych pozostawia bez rozpoznania.
3. Pozostałe zarzuty odwołania oddala.
4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Szpital w Puszczykowie im. Prof. S. T. Dąbrowskiego Spółka Akcyjna, ul. Kraszewskiego 11, 62-041 Puszczykowo, i:
 - 4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Reguły, ul. Stanisława Bodycha 73A, 05-816 Michałowice tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2 zasądza od zamawiającego: Szpital w Puszczykowie im. Prof. S. T. Dąbrowskiego Spółka Akcyjna, ul. Kraszewskiego 11, 62-041 Puszczykowo na rzecz wykonawcy Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, Reguły, ul. Stanisława Bodycha 73A, 05-816 Michałowice kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital w Puszczykowie im. Prof. S. T. Dąbrowskiego Spółka Akcyjna w Puszczykowie (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa Szpitala w Puszczykowie im. Prof. S. T. Dąbrowskiego S. A. o budynek Bloku Operacyjnego wraz z budową szybu windowego. Etap II Budowa Bloku Operacyjnego wraz z wyposażeniem i Centralną Sterylizatornią – Szp.12/21/17 (dalej jako „Postępowanie”).

Wartość ww. zamówienia jest niższa od kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 sierpnia 2017 r. pod nr 579471-N-2017).

I. W ramach Postępowania w dniu 14 listopada 2017 r. wykonawca Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (dalej jako „Odwołujący”) wniosła odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Jak wskazano w treści odwołania zostało ono wniesione wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty wykonawcy PKOB WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (dalej także jako „wykonawca PKOB WEGNER”) skutkującą przyznaniem jej punktów za parametry techniczne sprzętu medycznego, których oferowany sprzęt nie posiada;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez wykonawcę PKOB WEGNER pomimo, iż wykonawca ten zaoferował sprzęt medyczny (kolumny anestezjologiczne, kolumny chirurgiczne oraz lampę operacyjną z kamerą HD) niespełniający minimalnych parametrów technicznych określonych w załączniku nr 2 do SIWZ;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy PKOB WEGNER z Postępowania pomimo, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu

w zakresie spełnienia przez oferowane przez niego urządzenia (kolumny anestezyjologiczne, kolumny chirurgiczne oraz lampę operacyjną z kamerą HD) parametrów technicznych sprzętu medycznego określonych w załączniku nr 2 do SIWZ;

- 4) art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy PKOB WEGNER z Postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał dysponowania zasobami innego podmiotu, o których mowa w art. 22a ust. 2 ustawy Pzp, na dzień złożenia oferty;
- 5) w zakresie art. 8 ustawy Pzp poprzez nieudostępnienie Odwołującemu kompletnej oferty wykonawcy PKOB WEGNER, jak również dokumentów złożonych przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego, pomimo złożenia przez Odwołującego stosownych wniosków oraz braku przesłanek do nieudostępnienia tych dokumentów.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3) udostępnienia Odwołującemu kompletnej oferty wykonawcy PKOB WEGNER wraz ze złożonymi na wezwanie dokumentami;
- 4) wykluczenie wykonawcy PKOB WEGNER z Postępowania i odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę;
- 5) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych prawidłowych ofert złożonych w Postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty [z wyłączeniem zarzutów, które zostały cofnięte] Odwołujący wskazał, co następuje:

Ad. 1. Nieprawidłowa ocena oferty wykonawcy PKOB WEGNER w zakresie kryterium Parametry techniczno-użytkowe.

Zamawiający określił w Załączniku nr 2 oraz Załączniku nr 2b do SIWZ zatytułowanych *Zestawienia parametrów wymaganych dla sprzętu medycznego* minimalne wymagania w zakresie zamawianego sprzętu medycznego. Jednocześnie w rozdz. IX ust. 1 SIWZ ustalił jako jedno z kryteriów oceny ofert *Parametry techniczno-użytkowe*, w którym to kryterium niektóre z parametrów poddawał dodatkowej punktacji. W toku badania i oceny oferty, Zamawiający przyznał ofercie złożonej przez wykonawcę PKOB WEGNER punkty za zadeklarowane parametry kolumny anestezyjologicznej, kolumny chirurgicznej oraz lampy operacyjnej z kamerą HD, pomimo, iż zaoferowane modele ww. urządzeń – zdaniem Odwołującego – parametrów tych nie posiadają. Dotyczyło to następujących parametrów:

Ad. 1. Dla Kolumny anestezyjologicznej z windą - model OKI ISOLA, prod. LM Medical Division:

9.	Dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny min 150 kg	Tak ≥160 kg -5 pkt ≥170-10 pkt
----	--	--------------------------------------

Z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, iż ofercie wykonawcy PKOB WEGNER przyznano 10 pkt w ww. podkryterium, co oznacza, iż dopuszczalne obciążenie głowicy wynosić powinno co najmniej 170 kg, Powyższe nie koresponduje z informacjami zamieszczonymi w katalogu producenta urządzenia, w którym widnieje informacja o maksymalnym udźwigu na poziomie 90 kg (strona 8) nie zaś 170 kg.

2. Dla Kolumny chirurgicznej z windą - model OKI ISOLA, prod. LM Medical Division:

9.	Dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny min 100 kg	Tak > 130 kg -10 pkt
----	--	-------------------------

Z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, iż ofercie wykonawcy PKOB WEGNER przyznano po 10 pkt w ww. podkryterium, co oznacza, iż dopuszczalne obciążenie głowicy wynosić powinno co najmniej 130 kg. Powyższe nie znajduje potwierdzenia w katalogu producenta urządzenia (strona 8), w którym widnieje informacja o maksymalnym udźwigu na poziomie 90 kg, nie zaś 130 kg,

3. Dla Lampy operacyjnej z kamerą HD - model Marled E9i/E9i z kamerą HD, prod. KLS Martin:

7.	Trwałości diod stanowiących źródło światła lampy min. 40 000 godzin	Trwałość diod: 40 000 h - 0 pkt ≥60 000 h -10 pkt
41.	Sumaryczny maksymalny pobór mocy obu czasz nie więcej niż 250 W, potwierdzony opisem producenta.	Pobór ≤ 160W - 10 pkt Pobór >160W - 0 pkt

Z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, iż ofercie PKOB WEGNER przyznano po 10 pkt zarówno w pierwszym, jak i drugim podkryterium, co oznacza, iż trwałość diod powinna wynosić co najmniej 60.000 h, natomiast sumaryczny pobór mocy obu czasz lampy powinien wynosić nie więcej niż 160W. Powyższe nie znajduje potwierdzenia w Instrukcji obsługi lampy Marled E9i/E9i (strona 29 Instrukcji) w której: widnieje informacja o trwałości diod na poziomie 40.000 h, nie zaś 60.000 h, natomiast sumaryczny pobór mocy pozornej obu czasz lampy wynosi 204 VA (2x102 VA), co przy współczynniku mocy $\cos. \varphi$ na poziomie około 1 wynosi prawie 204W mocy czynnej, nie zaś nie więcej niż 160W.

Ad. 2. Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PKOB WEGNER.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie tylko w sposób nieprawidłowy przeprowadził ocenę oferty wykonawcy PKOB WEGNER w ustalonym kryterium oceny ofert pod nazwą Parametry techniczno-użytkowe, ale w ogóle poddał ją ocenie pomimo, iż zaoficerowane urządzenia nie spełniały minimalnych parametrów technicznych. Zaoficerowanie zaś urządzeń niespełniających minimalnych wymogów skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezgodność oferowanych urządzeń z wymaganiami Zamawiającego dotyczy:

Kolumna anestezyjologiczna	9.	Dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny min 150 kg	Wg katalogu producenta dla urządzenia OKI ISOLA-90 kg
Kolumna chirurgiczna	9.	Dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny min 100 kg	Wg katalogu producenta dla urządzenia OKI ISOLA-90 kg
Lampa operacyjna	14.	Możliwość powiększania oświetlanego pola. Średnica pola przy maksymalnym powiększeniu nie mniejsza niż 25 cm.	Wg Instrukcji obsługi dla urządzenia Marled E9i/E9i z kamerą HD - 22 cm

oraz w odniesieniu do następujących parametrów, co do których Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 1:

Kolumna anestezyjologiczna	19.	Ramię wyposażone w napęd elektryczny realizujący ruch podnoszenia kolumny w pionie w zakresie min. 600 mm.	Wg katalogu producenta dla urządzenia OKI ISOLA-500 mm
Kolumna chirurgiczna	19.	Ramię wyposażone w napęd elektryczny realizujący ruch podnoszenia kolumny w pionie w zakresie min. 600 mm.	Wg katalogu producenta dla urządzenia OKI ISOLA-500 mm

Ponadto Odwołujący stwierdził, iż zaoficerowanie urządzeń nie spełniających minimalnych wymagań określonych przez Zamawiającego nie może być konwalidowane w toku następczych czynności Zamawiającego w postaci poprawienia omyłek w treści oferty wykonawcy PKOB WEGNER, bowiem doprowadziłoby do modyfikacji oferty po upływie terminu składania ofert - co stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - i prowadziłoby do zaoficerowania zupełnie innych urządzeń niż pierwotnie wskazane w ofercie.

Ad. 3. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy PKOB WEGNER z Postępowania (naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp).

Odwołujący wskazał, iż oświadczenia oraz dokumenty złożone przez wykonawcę PKOB WEGNER w odniesieniu do parametrów opisanych w ramach dwóch pierwszych zarzutów są niezgodne ze stanem faktycznym i wprowadziły Zamawiającego w błąd. Mając na uwadze, iż zostały podane w celu wykazania zgodności złożonej oferty z SIWZ, nie może budzić wątpliwości, że miały one istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, przede wszystkim na decyzję o dokonaniu wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej.

Powołując się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przedstawione w wyroku z dnia 20 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 382/17) Odwołujący z całą stanowczością podkreślił, iż wykonawca PKOB WEGNER nie dopełnił w tym zakresie oczekiwanej od niego staranności.

Ad. 4. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy PKOB WEGNER z Postępowania (naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

Uzasadniając ten zarzut Odwołujący stwierdził, iż wykonawca PKOB WEGNER w dacie złożenia oferty nie przedstawił zobowiązania podmiotu trzeciego - Progetti Plant srl - do udostępnienia mu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia spełniających wymagania SIWZ, a których sam wykonawca PKOB WEGNER nie posiadał. Z części jawnej oferty (str. nr 78) wykonawcy PKOB WEGNER wynika, iż wykonawca ten w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu określonych w rozdz. VII ust. 2 pkt 3) SIWZ, powołał się, zgodnie z art. 22a ustawy Pzp, na zasoby podmiotów trzecich. Jednocześnie wykonawca PKOB WEGNER wraz z ofertą nie złożył zobowiązania podmiotu trzeciego, do czego był zobowiązany na podstawie art. 22a ust. 2 ustawy Pzp. Zobowiązanie takie zostało złożone dopiero w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 31 października 2017 r. do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wraz z innymi dokumentami dotyczącymi potwierdzenia okoliczności wskazanych we wstępnym oświadczeniu odnośnie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Wobec nieudostępnienia Odwołującemu również i tego dokumentu, w przypadku potwierdzenia, iż treść złożonego zobowiązania nie wskazuje na realny dostęp wykonawcy PKOB WEGNER do zasobów podmiotu trzeciego w dacie złożenia oferty, zasadnym byłoby wykluczenie tego wykonawcy z Postępowania.

W powyższym zakresie Odwołujący powołał się na opinię zamieszczoną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/kwalifikacja-podmiotowa-wykonawcow>).

Ad.5. Nieudostępnienie kompletnej oferty oraz dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego (zarzut naruszenia art. 8 ustawy Pzp).

Odwołujący wskazał, iż każdy z wykonawców na podstawie postanowień rozdz. IX ust. 1 SIWZ zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą wypełnionych załączników nr 2 i 2b do SIWZ. W związku z tym ww. załączniki stanowiły integralną część oferty, a ich treść powinna podlegać udostępnieniu na podstawie wyrażonej w art. 8 ustawy Pzp zasady jawności jako, że nie zawierały informacji spełniającej ustawowe wymagania do objęcia nią tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie mu oferty wykonawcy PKOB WEGNER, uzyskał jednak jedynie jej część - z wyłączeniem załączników nr 2 i 2b do SIWZ, w których wykonawca ten potwierdził lub zadeklarował spełnienie opisanych w nim parametrów na określonym poziomie. Po otrzymaniu powiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, Odwołujący wystąpił z wnioskiem o udostępnienie mu dokumentów złożonych przez wykonawcę PKOB WEGNER na wezwanie Zamawiającego, wśród których znajdowały się m.in. dokumenty dotyczące oferowanego sprzętu medycznego i wyposażenia. Zamawiający do dnia wniesienia odwołania dokumentów tych Odwołującemu nie przekazał.

W ocenie Odwołującego nie zostały spełnione wymagania ustawowe do objęcia treści załączników nr 2, 2a i 2b tajemnicą przedsiębiorstwa, jak również do objęcia taką tajemnicą dokumentów wymaganych przez Zamawiającego jako stanowiących potwierdzenie spełnienia parametrów technicznych sprzętu. Z treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji zawartych w złożonym wraz z ofertą wykonawcy PKOB WEGNER m.in. załączniku nr 2 tajemnicą przedsiębiorstwa można powziąć informację, iż powodem zastrzeżenia parametrów oferowanych sprzętów było ujawnienie *„informacji konfiguracyjnych rozwiązań zastosowanego sprzętu medycznego, dobrane przez specjalistów branży medycznej indywidualnie do oferowanego przez Wykonawcę sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Informacje te zostały opracowane przez partnerów technologicznych Wykonawcy, którzy każdorazowo zobowiązani byli dobrać urządzenia zgodnie z przemyślaną i całościową koncepcją techniczną i technologiczną funkcjonowania oferowanych rozwiązań. Koncepcja ta, bez wątplenia, stanowi know-how wykonawcy i jego kooperantów, i jako taka podlega ochronie i może być zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa”*.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż sam wykonawca PKOB WEGNER uczynił wyłom w dochowaniu wymogu zachowania w poufności danych dotyczących oferowanych urządzeń, bowiem w części jawnej oferty wskazał konkretny model i producenta urządzenia. Zważywszy, że urządzenia w postaci kolumny anestezyjologicznej, kolumny chirurgicznej oraz lampy operacyjnej są wyrobami medycznymi występującymi w określonej konfiguracji podlegającej wymogom certyfikacji, nie było możliwym stworzenie na potrzeby Postępowania

autorskiej konfiguracji tych urządzeń. Tym samym wskazanie modelu urządzenia oznacza jednocześnie zaoferowanie urządzenia posiadającego konkretną konfigurację, które to dane są powszechnie dostępne, o czym świadczy chociażby fakt, iż Odwołujący jako załączniki do niniejszego odwołania przedstawia katalogi opisujące rozwiązania urządzeń i instrukcje obsługi urządzeń pozyskane ze stron internetowych producentów. Odwołujący stwierdził, iż to Zamawiający jest autorem opisu parametrów technicznych urządzeń, których dostarczenia wymaga w ramach realizacji zamówienia, a które pozwolą na osiągnięcie zamierzonego przez niego celu jakim jest świadczenie usług medycznych i zdrowotnych dla pacjentów. Samo potwierdzenie posiadania przez urządzenia określonych parametrów lub funkcjonalności nie spełnia wymogu informacji technicznej, technologicznej, handlowej czy organizacyjnej nieujawnionej do wiadomości publicznej, bowiem są to dane dostępne szerokiemu gronu osób, nie ograniczającemu się do osób związanych z wykonawcą PKOB WEGNER. Wkład wykonawców uczestniczących w Postępowaniu jest jedynie odtwórczy i polega na przyporządkowaniu urządzeń występujących na rynku do poszczególnych wymagań. Umiejętność ta jest właściwa wszystkim podmiotom występującym na rynku dostawców medycznych, nie sposób się tu doszukiwać pewnych szczególnych umiejętności. Tym bardziej, że konstrukcja załączników sprowadzała się (w przeważającej większości) do potwierdzenia wpisem „TAK” spełnienia określonego parametru, jedynie dla łącznie 18 (spośród 122) parametrów wymagała wskazania nominalnego punktowanego parametru. W ocenie Odwołującego utajnienie tych załączników służy tylko i wyłącznie utrudnieniu kontroli prawidłowości złożonej przez wykonawcę PKOB WEGNER oferty przez konkurenta, co stanowi nadużycie prawa do zastrzegania tych informacji, a jako takie nie zasługuje na ochronę. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyrok z dnia 27 stycznia 2015 r., z dnia 10 kwietnia 2017 r. (Sygn. akt: KIO 600/17), z dnia 14 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2817/10), z dnia 11 marca 2011 roku (sygn. akt. KIO 399/11), z dnia 12 stycznia 2011 r. (sygn. akt KIO 2793/10) oraz z dnia 14 stycznia 2011 roku (sygn. akt KIO 2817/10).

Odwołujący stwierdził, iż także zastrzeżone przez wykonawcę PKOB WEGNER dokumenty złożone na wezwanie, a dotyczące oferowanego sprzętu medycznego nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa tego wykonawcy, co najwyżej mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa producentów wskazanych urządzeń. Tak jednak nie jest, bowiem producenci i podmioty wprowadzające na rynek urządzenia zamieszczają takie karty katalogowe i specyfikacje techniczne na swoich stronach internetowych, w katalogach, udostępniają na targach, itd. Informacje zawarte w tych dokumentach stanowią informacje jawne, publicznie dostępne. Tym samym, jeżeli dana informacja jest jawna i podana do publicznej wiadomości przez producenta urządzenia, to na skutek jej umieszczenia w ofercie

nie może stać się tajna. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach o sygn. akt: KIO 1172/11, KIO 2446/15, KIO 851/15, KIO 91/15 oraz KIO 1283/15.

W ocenie Odwołującego, analogicznie za chybione należy uznać utajnienie przez wykonawcę PKOB WEGNER i nieodtajnienie przez Zamawiającego dokumentów złożonych na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, w tym wykazu robót i referencji. Zgodnie z powszechną definicją referencje są dokumentem, w którym podmiot wystawiający oświadcza wobec nieograniczonej i nieoznaczonej liczby podmiotów, że określony podmiot (wykonawca) należycie wykonał określone zadanie. Tym samym już z definicji referencji wynika, że są one kierowane do wszystkich podmiotów, które mogą być zainteresowane poznaniem ich treści. Dokumenty referencji potwierdzają należyte wykonanie zadania. Dodatkowo zawierają/powinny zawierać ocenę sposobu wykonania zadania. Nie sposób więc uznać, aby tego rodzaju informacje, miały charakter poufny lub mogły stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Co więcej na stronie podmiotu udostępniającego swój potencjał na rzecz wykonawcy PKOB WEGNER (<http://www.progettiplant.it/medical-svstems/references-medical-svstems/>) zamieszczona jest informacja o wykonanych przez ten podmiot kontraktach, a tym samym Udostępniający nie czyni ze swojego doświadczenia tajemnicy. W świetle powyższego wiedza o zdobytym doświadczeniu Udostępniającego jest powszechnie dostępna, i odpada zatem jedna z przesłanek warunkujących zastrzeżenie danej informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, iż w związku z ww. naruszeniami, został on pozbawiony możliwości weryfikacji oferty wykonawcy PKOB WEGNER, czym w sposób bezsprzeczny naruszono w Postępowaniu podstawowe zasady wyrażone w art. 7 i 8 ustawy.

II. Pismem z dnia 23 listopada 2017 r. (złożonym na posiedzeniu przed Izbą) Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości jako oczywiście bezzasadnego.

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że pierwsze trzy zarzuty odwołania dotyczą tej samej podstawy faktycznej, w stosunku do której Odwołujący wywodzi odmienne skutki prawne. Działanie takie z założenia należy uznać jako błędne i niewłaściwe, bowiem zarzuty te pozostają wobec siebie w sprzeczności. Nie można bowiem, z jednej strony zarzucać niezgodności oferty z treścią SIWZ i żądać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując na brak wykazania spełniania wymagań w zakresie parametrów technicznych. Natomiast z drugiej strony wskazując, że informacje wskazane w treści oferty są nieprawdziwe i mają wpływ na wynik postępowania, co stanowi o konieczności

wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Ponadto, skoro treść oferty — zdaniem Odwołującego - jest niezgodna z treścią SIWZ i zachodzi podstawa do jej odrzucenia, to tym samym automatycznie brak jest podstaw do stawiania zarzutu błędnego przydzielenia punktacji w ramach kryteriów oceny ofert. Zarzut ten jest bowiem, w tej sytuacji, bezprzedmiotowy. Na potwierdzenie swojego stanowiska powołał się na fragment uzasadnienia orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 lipca 2017 r. (sygn. akt KIO 1451/17).

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego w odniesieniu do tego zarzutu uznając, iż nie znajdują one uzasadnienia w świetle przedstawionych przez wykonawcę PKOB WEGNER dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane urządzenia wymagań zamawiającego, tj. w przypadku kolumny anestezyjologicznej pkt 9 i 19 - str. 36 katalogu dystrybutora „Formed”; w przypadku kolumny chirurgicznej pkt 9 i 18 - str. 40 katalogu dystrybutora „Formed”; przypadku lampy operacyjnej z kamerą HD pkt 14 - str. 70 specyfikacji technicznej producenta „KLS MARTIN GROUP”.

Zamawiający zaprzeczył również twierdzeniom Odwołującego co do nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy PKOB WEGNER.

Kolumna anestezyjologiczna z windą - pkt 9

Wykonawca PKOB WEGNER oświadczył (w treści oferty), iż dopuszczalne obciążenie netto oferowanej przez niego kolumny anestezyjologicznej produkcji LM Medical Division typ OKI ISOLA wynosi powyżej 170 kg. Oświadczenie wykonawcy zostało następnie potwierdzone poprzez złożenie dokumentów producenta (str. 36 katalog dystrybutora „Formed”). Zaoferowany parametr spełnia zatem wymagania Zamawiającego. Przyznana punktacja zgodnie z określonym kryterium 10 pkt.

Kolumna chirurgiczna z windą - pkt 9

Wykonawca PKOB WEGNER oświadczył (w złożonej ofercie), iż dopuszczalne obciążenie netto oferowanej przez niego kolumny chirurgicznej produkcji LM Medical Division typ OKI ISOLA wynosi więcej niż 130 kg. Oświadczenie wykonawcy zostało następnie potwierdzone poprzez złożenie dokumentów producenta i potwierdził to w dostarczonych wyjaśnieniach (str. 40 katalog dystrybutora „Formed”).

Zaoferowany parametr spełnia wymagania Zamawiającego. Przyznana punktacja zgodnie z określonym kryterium 10 pkt

Lampa operacyjna z kamerą HD - Pkt 41

Wykonawca PKOB WEGNER oświadczył (w złożonej ofercie), iż w oferowanej przez niego lampie operacyjnej produkcji KLS MARTIN typ MARLED E9i/E9i sumaryczny maksymalny pobór mocy jest niższy od 160 W. Oświadczenie wykonawcy zostało następnie potwierdzone poprzez złożenie dokumentów producenta (str. 69 specyfikacji technicznej producenta „KLS MARTIN GROUP” parametr „Pobór mocy źródeł światła”).

Zaoferowany parametr spełnia wymagania Zamawiającego. Przyznana punktacja zgodnie z określonym kryterium 10 pkt.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy PKOB WEGNER z Postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał dysponowania zasobami innego podmiotu, o których mowa w art. 22a ust. 2 ustawy Pzp (na dzień złożenia oferty), Zamawiający podkreślił, że kwestię regulującą katalog dokumentów, które należy złożyć wraz z ofertą określa przepis art. 25a ustawy Pzp. Przepis ten zawiera katalog zamknięty i wskazuje na konieczność złożenia wstępnego oświadczenia dotyczącego: braku podstaw do wykluczenia, spełniania warunków udziału oraz kryteriów selekcji. Treść tego przepisu jest jednoznaczna i wyczerpująca. Nie ulega wątpliwości, że ustawodawca przesądził wprost, że wykonawcy zobowiązani są do przedłożenia wraz z ofertą wyłącznie wstępnego oświadczenia potwierdzającego, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. A contrario, brak w treści tego przepisu informacji o obowiązku składania zobowiązania podmiotu trzeciego czyli de facto jednego z dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego wykładnia zaprezentowana przez Odwołującego w swoim piśmie a powielona ze strony internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (wyrażona przez anonimowego pracownika UZP) jest wprost sprzeczna z wyżej wymienioną normą prawną. Jest zatem wykładnią contra legem.

Jednocześnie Zamawiający podkreślił, że powyższe rozważania stanowią jedynie wyraz poglądów autorów i nie mogą mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia Postępowania z uwagi na stan faktyczny niniejszej sprawy. Wykonawca PKOB WEGNER bowiem złożył na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego (Progetti Plant srl). Z treści tego dokumentu wynikają dwie istotne okoliczności, po pierwsze zobowiązanie zostało sporządzone przed upływem terminu składania ofert, po drugie podmiot trzeci zobowiązał się do wykonania części zamówienia. Tym samym, brak jest podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w Postępowaniu.

III. W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca PKOB WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy PKOB WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (dalej także jako „wykonawca PKOB WEGNER” lub „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Swoje stanowisko w sprawie Przystępujący przedstawił w piśmie przygotowawczym (z dnia 24 listopada 2017 r.) złożonym na posiedzeniu przed Izbą, stwierdzając w szczególności co następuje:

W pierwszej kolejności Przystępujący zaprzeczył wszystkim wyraźnie nieprzyznanym twierdzeniom Odwołującego. Nadto Przystępujący oświadczył, że brak odniesienia się do danych treści odwołania nie może być poczytywany za ich milczące przyznanie, o którym mowa w art. 230 Kodeksu postępowania cywilnego (dalej: K.p.c.).

Odnosząc się zaś do większości podniesionych zarzutów, Przystępujący stwierdził, iż w jego ocenie wykraczają one poza dyspozycję art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w tym w szczególności poza dyspozycję pkt 6 art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zatem zarzuty naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 17, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 8 ustawy Pzp, nie powinny być przedmiotem rozpoznania merytorycznego przez Krajową Izbę Odwoławczą. W tym zakresie powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w sprawie o sygn. akt KIO 97/17.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Przystępującego skutkującą przyznaniem jej punktów za parametry techniczne sprzętu medycznego, który oferowany sprzęt nie posiada oraz z daleko idącej ostrożności, na wypadek gdyby Izba nie podzieliła ww. poglądu, odnosząc się do ściśle związanych z zarzutem naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, Przystępujący stwierdził, iż zarzuty te oparte są wyłącznie o informacje uzyskane przez Odwołującego ze strony internetowej. Z całą pewnością informacje takie nie mogły stanowić podstawy odrzucenia przez Zamawiającego oferty Przystępującego. Ocena ofert odbywa się bowiem w oparciu o jasne i wcześniej sprecyzowane kryteria określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Jeżeli Zamawiający opierałby ocenę oferowanych produktów również o informacje zawarte na stronach internetowych, to mogłoby to prowadzić do dowolności w ocenie złożonych ofert, a w konsekwencji do złamania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy nie mogą bowiem pozostawać w niepewności co do kryteriów jakimi będzie kierował się Zamawiający przy ocenie złożonych ofert (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2010 r., sygn. akt KIO 2196/10). Informacjom na stronach internetowych, w szczególności zawierającym specyfikacje techniczne, co prawda co do zasady nie można odmówić waloru wiarygodności, należy jednak zauważyć, iż mogą być one zdezaktualizowane lub nie zawierać wszystkich informacji na temat technicznych możliwości danego produktu. Mogą także mieć walor reklamowy, a nie merytoryczny. Wartość dowodowa informacji tego typu uzyskanych ze stron internetowych została zresztą oceniona jako nie mogąca stanowić samodzielnej podstawy do weryfikacji wymagań oferowanych zamówień w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej – Przystępujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2010 r. (KIO 2196/10) oraz z dnia 13 lipca 2015 r. (KIO 1370/15).

Taka właśnie sytuacja (przedstawienia zdezaktualizowanych i wprowadzających w błąd informacji uzyskanych z różnych stron internetowych) ma miejsce w niniejszej sprawie. Przedstawione przez Odwołującego wydruki ze stron internetowych dotyczą bowiem nieaktualnych katalogów producentów przedmiotowego sprzętu. W toku Postępowania Przystępujący złożył wymagane w SIWZ dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy sprzętu medycznego odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Zamawiający zweryfikował te dokumenty i uznał je za potwierdzające ww. okoliczności. Celem usunięcia wszelkich wątpliwości podnoszonych przez Odwołującego Przystępujący złożył (jako załączniki do pisma przygotowawczego) oświadczenia producenta lampy operacyjnej z kamerą HD (KLS Marin Group) oraz producenta kolumny anestezyjologicznej z windą i kolumny chirurgicznej z windą (LM Medical Division) dowodnie potwierdzające, że ich urządzenia spełniają wynikające z SIWZ warunki, które zostały opisane w ofercie Przystępującego, a w szczególności spełniają wszystkie warunki, które zostały zakwestionowane przez Odwołującego..

Dowód:

- potwierdzenie KLS Martin Group z dnia 20 listopada 2017 r. wraz z tłumaczeniem tłumacza przysięgłego języka angielskiego;
- oświadczenie LM Medical Division z dnia 20 listopada 2017 r. wraz z tłumaczeniem tłumacza przysięgłego języka angielskiego.

Wobec powyższego zarzuty Odwołującego związane z rzekomym zaoferowaniem przez Przystępującego urządzeń, które nie spełniają minimalnych parametrów technicznych określonych w załączniku nr 2 do SIWZ, bądź to nie pozwalają na przyznanie punktów za

parametry techniczne sprzętu medycznego, czy też wprowadzają w błąd Zamawiającego, uznać należy za nieprawdziwe.

Na marginesie niniejszych rozważań Przystępujący zaznaczył, iż nawet gdyby obecnie nie dysponował sprzętem spełniającym warunki określone przez Zamawiającego i podane w ofercie, to nie mogło by być to równoznaczne z tym, że Przystępujący nie będzie dysponował takim sprzętem w dniu jego faktycznej dostawy i montażu. Oferta dotyczy bowiem zobowiązania się wykonawcy względem Zamawiającego do określonego sposobu spełnienia świadczenia w przyszłości.

Niezależnie od powyższego Przystępujący zauważył, iż uzyskane z Internetu materiały załączone do odwołania sporządzone są w języku obcym, co uniemożliwia przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów. Zgodnie bowiem z art. 256 K.p.c. (stosowanym w postępowaniu odwoławczym w związku z art. 185 ust. 7 ustawy PZP) w sądach polskich (a w konsekwencji również i w Krajowej Izbie Odwoławczej) językiem urzędowym jest język polski. Oznacza to, że wszystkie dowody muszą zostać przeprowadzone w języku polskim. Dotyczy to także dokumentów, co oznacza, że dowód z dokumentu sporządzonego w języku obcym może zostać przeprowadzony dopiero po przetłumaczeniu go na język polski przez tłumacza przysięgłego.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z Postępowania pomimo, iż nie wykazał on rzekomo dysponowania zasobami innego podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 2 ustawy Pzp, Przystępujący podniósł, iż złożone w załączeniu pisma Przystępującego nr 12121117117 z dnia 7 listopada 2017 r. "Zobowiązanie innego podmiotu" z dnia 4 października 2017 r. (z daty sprzed daty złożenia oferty) w sposób jednoznaczny wskazuje, iż dostęp Przystępującego do zasobów podmiotu trzeciego będzie miał realny charakter poprzez zaangażowanie podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia jako podwykonawcy i doradcy. W tej sytuacji w ocenie Przystępującego uznać należy, iż przedmiotowy zarzut jest również chybiony.

Natomiast w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ustawy Pzp poprzez nieudostępnienie Odwołującemu kompletnej oferty Przystępującego, jak również dokumentów złożonych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, w pierwszej kolejności Przystępujący podniósł, iż z uwagi na to, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp Odwołującemu nie przysługuje odwołanie na tak określone zaniechanie Zamawiającego. Zawarte w art. 180 ust. 2 ustawy PZP wyliczenie ma charakter enumeratywny i tworzy tym samym katalog zamknięty. Wśród wyliczenia tego nie ma wymienionej czynności udostępnienia ofert innych

wykonawców. Przystępującemu jest znane stanowisko zasadzające się na tym, że przez pojęcie wyboru oferty najkorzystniejszej należy rozumieć składową czynności i zaniechań zamawiającego, które prowadzą do wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednakże — w ocenie Przystępującego — możliwość składania odwołania w takim przypadku powinna być ograniczona wyłącznie do czynności, które bezpośrednio doprowadziły do wyboru oferty najkorzystniejszej. Gdyby bowiem uznać odmiennie, tzn. że możliwość złożenia odwołania na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy PZP służy na czynność również pośrednio prowadzącą do wyboru oferty najkorzystniejszej, to skutkowałoby to przyjęciem, iż odwołanie przysługuje na każdą czynność (działanie i zaniechanie) podjętą przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (poza jego unieważnieniem, o czym była mowa wyżej). Wszystkie czynności zamawiającego zmierzają bowiem do tego, by wybrać najkorzystniejszą ofertę. Taką interpretację przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp uznać należy za niedopuszczalną. Zaznaczyć w tym miejscu należy, iż odwołanie, które dotyczyć będzie innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp winno ulec odrzuceniu (por. art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp).

W ocenie Przystępującego odwołanie w tym zakresie należy również uznać za spóźnione. Odwołujący bowiem już w dniu, w którym mógł zapoznać się z ujawnioną częścią oferty Przystępującego powziął wiedzę o tym, że pozostała część oferty Przystępującego została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa i mógł na tej podstawie ustalić, że Zamawiający uznał za zasadne wyłączenie jawności oferty w tym zakresie. W konsekwencji bieg terminu na złożenie odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu rozpoczął się już z momentem umożliwienia zapoznania się Odwołującego z ofertą Przystępującego, tj. na ponad jeden miesiąc przed dniem przekazania Odwołującemu zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Stanowisko takie jest prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO z dnia 29 marca 2016 r., KIO 379/16).

Ponadto Przystępujący wskazał, że konstrukcja przedmiotowego zarzutu i zakres zaskarżonej czynności nie pozwala na ustalenie, że ewentualne naruszenie zasady jawności Postępowania prowadzić mogło do ustalenia nieprawidłowego wyniku Postępowania. Zgodnie natomiast z art. 192 ust 2 ustawy Pzp odwołanie może zostać uwzględnione jedynie, jeżeli zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego, Przystępujący w pełni podtrzymał dotychczasowe stanowisko prezentowane w Postępowaniu zasadzające się na tym, że zastrzeżone przez niego informacje zawarte w ofercie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Podkreślił, iż potwierdzeniem tego, że szczegółowe parametry urządzeń, których dostawę zaoferował

Przystępujący, są utajnione, stanowi okoliczność, iż Odwołujący, pomimo zapewne szczegółowych poszukiwań, nie był w stanie ustalić w sposób poprawny tych parametrów.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji Postępowania, dokumentów złożonych w toku rozprawy przez Odwołującego oraz dokumentów załączonych przez Przystępującego do pisma przygotowawczego z dnia 24 listopada 2017 r.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z dokumentów załączonych do odwołania z uwagi na brak złożenia ich tłumaczenia na język polski (§ 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań /Dz. U. z 2014 r., poz. 964, ze zm.). Na dokumenty te Odwołujący nie powoływał się w toku rozprawy przedstawiając jako dowody inne dokumenty wraz z ich tłumaczeniem.

Na rozprawie Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 1 w zakresie kolumny anesteziologicznej z windą oraz kolumny chirurgicznej z windą w odniesieniu do parametru „*ramię wyposażone w napęd elektryczny realizujący ruch podnoszenia kolumny w pionie w zakresie min. 600 mm.*” oraz w zakresie lampy operacyjnej z kamerą HD w odniesieniu do parametru „*Lampa zapewniająca wierne odwzorowanie barw, współczynnik Ra min. 95*”.

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

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto, Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o częściowe odrzucenie odwołania, tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ustawy Pzp.

Jako uzasadnienie oddalenia ww. wniosku Izba wyjaśnia, iż jak to było już wielokrotnie wskazywane w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej, a także w orzecnictwie sądów przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji częściowego uwzględnienia odwołania, jednakże zarzuty skutkujące odrzuceniem odwołania w przypadku gdy odwołanie nie zawiera pozostałych zarzutów, w sytuacji połączenia ich w odwołaniu z innymi zarzutami powinny zostać pozostawione bez rozpoznania.

Dla przykładu należy wskazać stanowisko zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 20 lipca 2012 r. (sygn. akt II Ca 685/12), wyroku Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 11 maja 2015 r. (sygn. akt I Ca 131/15), oraz wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 903/17), z dnia 3 marca 2016 r. (sygn.

akt KIO 222/16), z dnia 5 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2690/13) oraz z dnia 30 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 482/12).

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

W odniesieniu do zarzutów odwołania:

I. Zarzuty dotyczące parametrów technicznych:

Do zarzutów dotyczących parametrów technicznych skład orzekający Izby odniesienie się z uwzględnieniem stopnia ogólności wynikającego z zastrzeżenia przez Przystępującego informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

1. Nieprawidłowa ocena oferty wykonawcy PKOB WEGNER w zakresie parametru „dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny” – w odniesieniu do kolumny anesteziologicznej z windą oraz kolumny chirurgicznej z windą [w zakresie przyznania punktów oraz stwierdzenia braku podstaw do odrzucenia oferty - zarzut nr 1 i 2]

Ww. parametr w odniesieniu do kolumny anesteziologicznej z windą został sformułowany przez Zamawiającego w treści SIWZ (załącznik nr 2) w następujący sposób:

9.	Dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny min 150 kg	Tak ≥ 160 kg – 5 pkt ≥ 170 – 10 pkt
----	--	---

Z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wynikało, iż ofercie Przystępującego przyznano 10 pkt w ww. podkryterium.

Natomiast w odniesieniu do kolumny anesteziologicznej z windą ww. parametr został sformułowany w następujący sposób (załącznik nr 2 do SIWZ):

9.	Dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny min 100 kg	Tak > 160 kg – 10 pkt
----	--	--------------------------

Z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej wynikało, iż ofercie Przystępującego przyznano 10 pkt również w ww. podkryterium.

W treści odwołania Odwołujący stwierdził, iż w zakresie przedmiotowego podkryterium w katalogu producenta sprzętu oferowanego przez Przystępującego widnieje informacja o maksymalnym udźwigu na poziomie 90 kg. Parametr ten (90 kg) nie został przez Odwołującego udowodniony, jednakże na etapie postępowania odwoławczego przed Izłą Odwołujący podtrzymywał podniesiony zarzut, twierdząc, iż ww. dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny jest mniejsze w stopniu nie pozwalającym na przyznanie 10 punktów ww. ocenie.

Pomiędzy stronami nie było bezsporne w jaki sposób należy interpretować ww. parametr.

Należy jednak wskazać, iż:

1) Parametr ten został sformułowany w treści SIWZ: *„Dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny min 150/100 kg”* – z przywołanego zapisu SIWZ wynika zatem, iż „dopuszczalne obciążenie kolumny netto” odnoszone było do głowicy – wskazuje na to wprost sformułowanie: *„rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny”*;

2) Nie było sporne, iż czym innym jest obciążenie kolumny netto w rozumieniu przyjętym przez Zamawiającego w SIWZ, a czym innym jest parametr nośności (obciążenia) samego ramienia:

- Jak twierdził Odwołujący w trakcie rozprawy: *„parametr nośności dotyczył nośności głowicy, natomiast wskazywana przez Przystępującego, jak i przedstawione przez niego dane producenta dotyczą nośności ramienia. (...). Element podlegający ocenie obliczamy w ten sposób, że od nośności ramienia odejmujemy wagę głowicy i otrzymywany wynik stanowi nośność kolumny netto, tj. parametr podlegający badaniu, jak i ocenie przez Zamawiającego w postępowaniu.”*

- Z kolei Przystępujący, przedstawiając stanowisko ustne na rozprawie, stwierdził, iż *„jak podaje się obciążalność, to uwzględnia się zarówno ramię, jak i konsolę. Producent, którego sprzęt oferuje Przystępujący w ten sposób podaje obciążalność i jest to dla niego oczywiste. W ocenie Przystępującego, mając na uwadze przedmiot zamówienia, taki sposób podawania parametru obciążalności należy uznać za racjonalny. Ewentualnie Zamawiający mógłby dodać drugi parametr odnoszący się do samej nośności ramienia.”*

Stanowiska zarówno Odwołującego, jak i Przystępującego były zatem zbieżne co do tego, iż w celu obliczenia parametru dotyczącego obciążalności konsoli w rozumieniu przyjętym przez Zamawiającego należy uwzględnić zarówno element ramienia, jak element głowicy.

- Ze sposobu określenia przedmiotowego parametru przez Zamawiającego wynika, iż odniósł on go do elementu głowicy. Jednocześnie, sposób określenia tego parametru wskazany w SIWZ, nie wyklucza – przy jego obliczaniu – także elementu ramienia. Jednocześnie w żaden sposób nie wynika z tego zapisu SIWZ, iż parametr dopuszczalnego obciążenia kolumny netto jest tożsamy z parametrem nośności ramienia.

3) Odwołujący złożył w trakcie rozprawy jako dowody na poparcie przedmiotowego zarzutu dokumentację producenta (jak oświadczył pochodzącą z daty późniejszej niż czerwiec 2014 r.), trzy katalogi innych producentów kolumn (na okoliczność podawanych w nich wag głowic) oraz wyciąg z katalogu dystrybutora Formed. W treści dokumentacji producenta wskazana została wartość określona jako dopuszczalne obciążenie i została ona podana w odniesieniu do elementu „ramię podwójne uchylne z napędem”. Takie same dane zostały podane w treści ostatniego z ww. dowodów, jednakże dowód ten mógł mieć jedynie pomocniczy charakter z uwagi na złożenie go jedynie w formie wyciągu (wyłącznie 1 strona).

4) Przystępujący jako dowód w sprawie złożył (załączony do treści pisma przygotowawczego) oświadczenie producenta LM Medical Division srl wraz z tłumaczeniem sporządzonym przez tłumacza przysięgłego języka angielskiego. Wskazana tam wartość nośności odnosi się do elementu ramienia: „ (...) oświadcza, że nasza kolumna sufitowa model OKI ISOLA (...) posiada ramię (...) o nośności ...”

5) Na potwierdzenie ww. parametru o deklarowanej w treści oferty wartości Przystępujący złożył katalog dystrybutora Formed (str. 36 w przypadku kolumny anestezyjologicznej z windą oraz str. 40 w przypadku kolumny chirurgicznej z windą). Podana tam wartość odnosiła się wprost do sposobu rozumienia przedmiotowego parametru opisanego w treści SIWZ.

Mając zatem na uwadze wartości podane w treści oferty oraz złożonego przez Przystępującego katalogu Formed, a także w treści oświadczenia złożonego na rozprawie, jak i uwzględniając relacje zachodzące pomiędzy tymi wartościami, w ocenie Izby zaistniały uzasadnione wątpliwości w zakresie wartości parametru „*dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny*” w odniesieniu zarówno do sprzętu medycznego kolumna anestezyjologiczna z windą jak i kolumna chirurgiczna z windą. W tym stanie rzeczy uzasadnione stało się wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów na potwierdzenie deklarowanego ww. parametru na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wprawdzie wątpliwości, o których mowa powyżej, nie występowały w chwili dokonywania przez Zamawiającego badania i oceny oferty Przystępującego, jednakże wskazać należy, iż

zgodnie z przepisem art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

W ocenie Izby uzasadnione jest tak wyjaśnienie treści samej oferty, jak i złożenie wyjaśnień dotyczący dokumentów. Jakkolwiek sama treść dokumentów złożonych na potwierdzenie deklarowanego ww. parametru nie nasuwa wątpliwości, jednakże wątpliwości te powstają w zestawieniu z materiałem zgromadzonym na rozprawie, a w szczególności z kolejnym dokumentem złożonym przez Przystępującego na potwierdzenie wartości przedmiotowego parametru, tj. oświadczeniem producenta.

Ponadto, wymaga zauważenia, iż zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień Przystępującego nie został postawiony przez Odwołującego, jednakże odwołanie zawierało zarzuty dalej idące dotyczące nieprawidłowego przyznania punktów ofercie Odwołującego oraz zaniechania odrzucenia oferty Odwołującego. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za wystarczające dla uwzględnienia odwołania w odniesieniu do określonych zarzutów uznaje się postawienie w treści odwołania zarzutów dalej idących, w których uwzględnione zarzuty się zawierają.

Wskazać, przy tym należy, iż w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej pod pojęciem zarzutu rozumie się w szczególności wskazane przez Odwołującego okoliczności faktyczne (podstawa faktyczna), z których wywodzone jest naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp (podstawa prawna). Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 sierpnia 2017 r. (sygn. akt KIO 1528/17) *„o ile braki w zakresie podstawy prawnej co do zasady mogą nie być istotne dla postępowania odwoławczego – podstawę prawną można wywieść z prawidłowo sformułowanej podstawy faktycznej zwykle w sposób niebudzący wątpliwości – to podstawa faktyczna określona w odwołaniu nie może zostać rozszerzona ani uzupełniona na późniejszym etapie (co nie stoi na przeszkodzie przedstawianiu na rozprawie dowodów na poparcie okoliczności przywołanych w odwołaniu.)”*

Postawiony zarzut (mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne) w istocie sprowadzał się do nieprawidłowej zdaniem Odwołującego oceny przez Zamawiającego oferty Przystępującego w zakresie uznania, iż sprzęt medyczny oferowany przez Przystępującego (jako kolumna anestezjologiczna z windą oraz kolumna chirurgiczna z windą) posiada parametry zadeklarowane w treści oferty - w tym też znaczeniu wyraz „ocena” został użyty w sentencji wyroku (jak i następnie w treści uzasadnienia) – jako wynik badania oferty pod względem parametru *„dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny”*.

Na marginesie, w ocenie Izby wyjaśnienie ww. kwestii leży w interesie Zamawiającego. Skoro bowiem dokonał on opisu przedmiotu zamówienia w ten sposób, iż uznał, że parametr *dopuszczalne obciążenie kolumny netto* należy rozumieć jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny, to po pierwsze taki sposób rozumienia tego parametru musi mieć dla niego znaczenie, skoro zapisy tej treści zamieścił w SIWZ, po drugie skoro parametr ten miał dla Zamawiającego znaczenie, to powinien on być pewien, iż sprzęt oferowany przez Przystępującego postawiony w tym zakresie wymóg spełnia.

Jeżeli natomiast Przystępujący jest pewien prawdziwości podanej wartości ww. parametru, to przedstawienie stosownych wyjaśnień nie powinno dla niego nastęrczać większych trudności.

2. Nieprawidłowa ocena oferty wykonawcy PKOB WEGNER w zakresie podkryterium „trwałości diod stanowiących źródło światła lampy min 40 000 godzin” – w odniesieniu do lampy operacyjnej z kamerą HD [w zakresie przyznania punktów - zarzut nr 1].

Ww. parametr został sformułowany następująco (załącznik nr 2 do SIWZ):

7.	Trwałości diod stanowiących źródło światła lampy min. 40 000 godzin	Trwałość diod: 40 000h – 0 pkt ≥ 60 000h 10 pkt
----	---	---

W treści odwołania Odwołujący stwierdził, iż przyznanie Przystępującemu 10 pkt w tym podkryterium było bezzasadne, albowiem z Instrukcji obsługi lampy Marled E9i/E9i wynika, iż trwałość diod wynosi 40 000h, a nie 60 000h.

W toku rozprawy, w odniesieniu do ww. zarzutu, Odwołujący złożył jako dowód w sprawie dokumentację producenta dotyczącą lampy marLED E15/ E9i otrzymaną od dystrybutora, potwierdzającą wartość ww. parametru na poziomie uzasadniającym przyznanie Przystępującemu 10 pkt w ww. podkryterium. Odwołujący jednocześnie poddał w wątpliwość prawdziwość informacji zawartych w złożonym przez siebie dowodzie, co też wywodził z okoliczności braku dostępu do ww. informacji na stronach internetowych producenta.

W konsekwencji należało uznać, iż Odwołujący nie udowodnił twierdzenia przeciwnego stanowiącego istotę postawionego przez niego zarzutu w odniesieniu do parametru trwałości diod. Mając zatem na uwadze regulacje art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, powyższy zarzut – jako nieudowodniony – nie mógł zostać uwzględniony.

3. Nieprawidłowa ocena oferty wykonawcy PKOB WEGNER w zakresie podkryterium „sumaryczny maksymalny pobór mocy obu czasz nie więcej niż 250 W, potwierdzony

opisem producenta” – w odniesieniu do lampy operacyjnej z kamerą HD [w zakresie przyznania punktów - zarzut nr 1].

Ww. parametr został sformułowany następująco (załącznik nr 2 do SIWZ):

41.	Sumaryczny maksymalny pobór mocy obu czasz nie więcej niż 250 W, potwierdzony opisem producenta	Pobór $\leq 160W$ -10 pkt Pobór $>160W$ - 0 pkt
-----	---	--

W treści odwołania Odwołujący stwierdził, iż sumaryczny pobór mocy pozornej obu czasz lampy wynosi 204VA (2x102VA), co przy współczynniku mocy $\cos. \varphi$ na poziomie około 1 wynosi prawie 204 W mocy czynnej, nie zaś nie więcej niż 160 W.

Na potwierdzenie ww. zarzutu Odwołujący złożył w toku rozprawy dowód w postaci korespondencji mailowej z Panem I. P. – specjalistą ds. techniczno-handlowych Medicom Sp. z o.o., wraz z tabelą w postaci dokumentu Word (na okoliczność, iż przy maksymalnym natężeniu obie czasze pobierają łącznie 280 W) oraz Instrukcję użytkownika (na okoliczność, iż wartość poboru mocy uzależniona jest od wartości napięcia). Ponadto wniósł o pominięcie, jako dowodu w sprawie, oświadczenia złożonego przez Przystępującego (załączonego do pisma procesowego), tj. oświadczenia KLS Martin stwierdzając, iż podane tam informacje odnośnie maksymalnego poboru mocy nie są wiarygodne w kontekście określonych przez Zamawiającego parametrów, albowiem nie jest znana wartość napięcia.

Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności należy wskazać, iż wartość ww. parametru uzasadniającego przyznanie Przystępującemu 10 pkt w ramach przedmiotowego parametru wynikała ze złożonej przez Przystępującego dokumentacji producenta (specyfikacja techniczna producenta „KLS MARTIN GROUP”), a w toku rozprawy została przez Przystępującego dodatkowo potwierdzona poprzez złożenia jako dowodu w sprawie oświadczenia producenta.

Tymczasem Odwołujący nie udowodnił, iż wartości zadeklarowane w ww. dokumentach są nieprawidłowe. Treść korespondencji z Panem I. P. mogła zostać potraktowana wyłącznie jako dowód potwierdzający, iż ww. osoba posiada określoną wiedzę. Co do tabeli (drugi z dowodów złożonych na potwierdzenie przedmiotowego zarzutu), to w szczególności należy wskazać, iż nie wiadomo, przez kogo ani w jakich okolicznościach tabela ta została sporządzona (brak podpisu, brak sporządzenia na papierze firmowym). Ponadto wartości tam podane (jak i treść ww. korespondencji emailowej z Panem I. P.) zostały zakwestionowane przez Zamawiającego z uwagi na fakt, iż dane te odnoszą się do poboru mocy nie samych czasz, lecz całej lampy, do czego nie odnosił się podany w SIWZ parametr. Twierdzeniom tym Odwołujący nie zaprzeczył. Z kolei w treści ostatniego dokumentu (Instrukcja użytkownika) wskazano wartości poboru mocy (podane w VAC) przy różnych wartościach napięcia (podanych w VA - woltoamperach). Po pierwsze, również i z tego

dokumentu w sposób jednoznaczny nie wynika do jakiego sposobu poboru mocy odnoszą się podane tam wartości (brak wskazania, iż odnoszą się one wyłącznie do samych czas). Po drugie, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał prawidłowości dokonanych w tym zakresie przeliczeń pomiędzy różnymi jednostkami, w których wyrażane są wartości poboru napięcia.

Mając zatem na uwadze regulacje art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, powyższy zarzut – jako nieudowodniony – nie mógł zostać uwzględniony.

Zgodnie bowiem z art. 190 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. 14 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) 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.

4. Niezgodność oferty wykonawcy PKOB WEGNER w zakresie parametru „Możliwość powiększania oświetlanego pola. Średnica pola przy maksymalnym powiększeniu nie mniejsza niż 25 cm w odniesieniu do lampy operacyjnej” [zarzut nr 2].

W treści odwołania Odwołujący wskazał także na niezgodność z SIWZ w zakresie oferowanej lampy operacyjnej w odniesieniu do parametru „*Możliwość powiększania oświetlanego pola. Średnica pola przy maksymalnym powiększeniu nie mniejsza niż 25 cm.*” Odwołujący stwierdził w treści odwołania, iż wg Instrukcji obsługi dla urządzenia Marled E91/E91 z kamerą HD wartość tego parametru wynosi 22. Cm. Do ww. zarzutu Odwołujący nie odnosił się w toku rozprawy, a w szczególności na jego potwierdzenie nie przedstawił żadnego dowodu.

Mając zatem na uwadze regulacje art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, powyższy zarzut – jako nieudowodniony – nie mógł zostać uwzględniony.

5. Niezgodność oferty wykonawcy PKOB WEGNER w zakresie parametru „Ramie wyposażone w napęd elektryczny realizujący ruch podnoszenia kolumny w pionie w zakresie min. 600 mm.” w odniesieniu do kolumny anesteziologicznej oraz kolumny chirurgicznej [zarzut nr 2].

Odwołujący w treści odwołania wskazał również na niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ w zakresie parametru „Ramię wyposażone w napęd elektryczny realizujący ruch podnoszenia kolumny w pionie w zakresie min. 600 mm.” w odniesieniu do kolumny anestezyjologicznej oraz kolumny chirurgicznej:

Kolumna anestezyjologiczna	19.	Ramię wyposażone w napęd elektryczny realizujący ruch podnoszenia kolumny w pionie w zakresie min. 600 mm.	Wg katalogu producenta dla urządzenia OKI ISOLA-500 mm
Kolumna chirurgiczna	18.	Ramię wyposażone w napęd elektryczny realizujący ruch podnoszenia kolumny w pionie w zakresie min. 600 mm.	Wg katalogu producenta dla urządzenia OKI ISOLA-500 mm

Na potwierdzenie ww. zarzutu nie przedstawił żadnych dowodów.

W odniesieniu do ww. parametru Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 1 i prawdopodobnie omyłkowo zaniechał tego w odniesieniu do zarzutu nr 2.

Niemniej jednak, mając na uwadze regulacje art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, powyższy zarzut – jako nieudowodniony – podlegał oddaleniu.

II. Pozostałe zarzuty:

1. Zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd w zakresie przekazanych informacji dotyczących parametrów technicznych dotyczących sprzętu medycznego: kolumna anestezyjologiczna, kolumna chirurgiczna oraz lampa operacyjna z kamerą HD.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego parametrów technicznych, który został przez Izbę uwzględniony, w wyniku czego Izba nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień (*nieprawidłowa ocena oferty PKOB WEGNER w zakresie parametru „dopuszczalne obciążenie kolumny netto rozumiane jako wagę aparatury medycznej i osprzętu jaki można umieścić na głowicy kolumny” – w odniesieniu do kolumny anestezyjologicznej z windą oraz kolumny chirurgicznej z windą [w zakresie przyznania punktów oraz stwierdzenia braku podstaw do odrzucenia oferty - zarzut nr 1 i 2]*) ww. zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp należy uznać za przedwczesny. Dopiero bowiem w wyniku oceny wyjaśnień możliwe będzie stwierdzenie, czy w ogóle doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego, a jeżeli – hipotetycznie - miałyby to miejsce, badaniu będą podlegać wszystkie przesłanki, składające się na tą podstawę wykluczenia

z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wskazane przez ustawodawcę w regulacji art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Pozostałe zarzuty dotyczące parametrów technicznych nie zostały przez Izbę uznane za zasadne, co w konsekwencji wyklucza możliwość stwierdzenia, iż doszło do wprowadzenia w błąd Zamawiającego w zakresie informacji przekazanych w odniesieniu do tych parametrów.

Mając powyższe na uwadze, zarzut zaniechanie wykluczenia Przystępującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

2. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z Postępowania pomimo, że Wykonawca ten nie wykazał dysponowania zasobami innego podmiotu, o których mowa w art. 22a ust. 2 ustawy Pzp na dzień złożenia oferty.

Zarzut ten nie potwierdził się. Jak bowiem wynika z dokumentacji Postępowania, oświadczenie zawierające zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania Przystępującemu niezbędnych zasobów zostało przez niego uzupełnione na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wezwanie Zamawiającego z dnia 31 października 2017 r.), a na etapie składania ofert Przystępujący w sposób zgodny z wymaganiami określonymi w treści SIWZ powołał się na zasoby ww. podmiotu (pkt 7 oświadczenia sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ). Trzeba przy tym podkreślić, iż Zamawiający, zgodnie z treścią SIWZ, nie wymagał złożenia ww. oświadczenia wraz z ofertą (pkt VIII oraz IX SIWZ). Co więcej, obowiązek złożenia tego dokumentu na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp również nie wynikał wprost z zapisów SIWZ (pkt VII ust. 5 oraz ust. 8, pkt VIII ust. 4 i 5, pkt IX ust. 2 SIWZ). Okoliczność, czy Zamawiający zasadnie nie żądał złożenia takiego oświadczenia zawierającego zobowiązanie podmiotu trzeciego jednocześnie wraz z ofertą pozostaje bez znaczenia na obecnym etapie Postępowania, albowiem nie mamy do czynienia z odwołaniem na treść SIWZ.

Wobec zatem braku wynikającego z zapisów SIWZ obowiązku załączenia tego dokumentu do treści oferty oraz uzupełnienia tego oświadczenia (datowanego na dzień wcześniejszy niż dzień składania ofert) na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zawierającego w swej treści zobowiązanie podmiotu trzeciego do wykonania części zamówienia, zarzut powyższy należało uznać za niezasadny.

3. Naruszenie art. 8 ustawy Pzp poprzez nieudostępnienie Odwołującemu kompletnej oferty Przystępującego, jak również dokumentów złożonych na wezwanie

Zamawiającego, pomimo złożenia przez Odwołującego stosownych wniosków oraz braku przesłanek do nieudostępnienia tych dokumentów.

Zarzut ten nie podlegał rozpoznaniu, jako dotyczący zaniechania czynności, na które odwołanie nie przysługuje zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zaniechanie udostępnienia wykonawcy części oferty innego wykonawcy (jak również dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego) w związku z zastrzeżeniem zawartych w niej (nich) informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie zostało zawarte przez ustawodawcę w katalogu określonym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z uchwałami podjętymi przez Sąd Najwyższy w dniu 17 listopada 2017 r. po rozpoznaniu zagadnienia prawnego w sprawach o sygn. akt III CZP 56/17 oraz III CZP 58/17: *„Zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (jedn. tekst: Dz.U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu”*.

W ocenie składu orzekającego Izby za uzasadnione należy zatem przyjąć stanowisko, iż na gruncie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp w ramach pojęcia *wyboru najkorzystniejszej oferty*, powinno się uwzględnić także te czynności lub zaniechania dokonania czynności, które w sposób bezpośredni wpływają na wybór określonej oferty jako najkorzystniejszej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarówno bowiem zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, jak i zaniechanie odrzucenia takiej oferty, w sposób bezpośredni kształtuje treść czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Gdyby bowiem zamawiający nie dopuścił się ww. zaniechań, oferta innego wykonawcy zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W konsekwencji decyzje zamawiającego co do stwierdzenia braku występowania przesłanek

wykluczenia oferty wykonawcy wybranej jako najkorzystniejsza lub braku przesłanek odrzucenia takiej oferty stanowią składowe czynności wyboru oferty najkorzystniejszej – w rozumieniu tego pojęcia przyjętego na gruncie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zaniechanie udostępnienia wykonawcy części oferty innego wykonawcy (jak i pozostałych dokumentów) nie stanowi elementu składowego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. rozumieniu tego pojęcia. Skutki zaniechania dokonania tej czynności nie warunkują bowiem bezpośrednio decyzji zamawiającego w zakresie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, który bez względu na odwołania składane przez wykonawców i podnoszone przez nich zarzuty obowiązany jest prowadzić postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Zaniechanie udostępnienia części oferty wykonawcy (oraz pozostałych dokumentów) w związku z zastrzeżeniem przez niego określonych informacji jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa nie ma bezpośredniego wpływu na samą czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Ww. zaniechanie kształtuje natomiast sytuację „procesową” innych wykonawców (konkurentów) w odniesieniu do możliwości stawianych zarzutów, jak i ich zakresu. Jest rzeczą oczywistą (gdyż należy to do istoty regulacji dotyczących środków ochrony prawnej), iż odwołania wnoszone przez wykonawców w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego niejednokrotnie skutkują zmianą decyzji zamawiających w ramach czynności wyboru najkorzystniejszej. Powyższe jest jednak nie wystarczające do uznania, iż decyzje podjęte przez zamawiającego w odniesieniu do udostępniania ofert stanowią składowe czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na jedynie pośredni związek, jaki pomiędzy nimi występuje.

Na marginesie należy dodać, iż ewentualne przyjęcie dopuszczalności wniesienia odwołania na zaniechanie udostępnienia części bezzasadnie zastrzeżonej oferty innego oferty (w postępowaniach o wartości niższej od tzw. progu unijnego) oznaczałoby również konieczność przyznania wykonawcy, co do którego oferty zamawiający podjął decyzję o jej „odtajnieniu”, prawa do wniesienia odwołania na taką czynność, czego również nie sposób zakwalifikować jako odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż zarzut dotyczący naruszenia art. 8 ustawy Pzp, jako nie dotyczący jednej z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, nie podlegał rozpoznaniu na podstawie stosowanego odpowiednio art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Jak była już o tym mowa powyżej, w orzecznictwie sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji częściowego uwzględnienia odwołania, jednakże zarzuty skutkujące odrzuceniem odwołania w przypadku gdy odwołanie nie zawiera pozostałych zarzutów, w sytuacji połączenia ich w odwołaniu

z innymi zarzutami - powinny zostać pozostawione bez rozpoznania [wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 20 lipca 2012 r. (sygn. akt II Ca 685/12), wyrok Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 11 maja 2015 r. (sygn. akt I Ca 131/15), oraz wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 903/17), z dnia 3 marca 2016 r. (sygn. akt KIO 222/16), z dnia 5 grudnia 2013 r. (sygn. akt KIO 2690/13) oraz z dnia 30 marca 2012 r. (sygn. akt KIO 482/12)].

Ponadto, Izba uznała, iż mając na uwadze konieczność zapewnienia stronie odwołującej pełnego prawa do skorzystania z środka ochrony prawnej na orzeczenie Izby, uzasadnione jest zawarcie postanowienia o pozostawieniu zarzutu bez rozpoznania w sentencji wyroku. Pozostaje to również w zgodności z zasadą wyrażoną w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. (sygn. akt III CZP 111/15).

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kwoty stanowiącej wynagrodzenia pełnomocnika, w związku ze złożeniem przez niego sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu naruszenia art. 8 ustawy Pzp. W ocenie Izby wskazany powyżej zarzut nie podlegał rozpoznaniu. W tym stanie rzeczy zarówno jego uwzględnienie przez Zamawiającego, jak i złożenie przez Przystępującego sprzeciwu wobec tego uwzględnienia, nie mogło zostać uznane za skuteczne.

Przewodniczący: