

**WYROK**  
**z dnia 21 listopada 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 20 i 21 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2017 r. przez wykonawcę: **AGM M. Ł. sp.j., ul. Balicka 116B lok. G, 30-149 Kraków**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Łódź, ul. Ks. Ignacego Skorupki 21, 90-532 Łódź**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **K.P., G.D. - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Max Harter s.c. K.P., G.D., ul. Instalatorów 5, 02-237 Warszawa**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: AGM M. Ł. sp.j., ul. Balicka 116B lok. G, 30-149 Kraków, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: AGM M. Ł. sp.j., ul. Balicka 116B lok. G, 30-149 Kraków tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego sw Łodzi**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa 80 defibrylatorów AED wraz z dostawą szafek do ich przechowywania oraz montażem, oznakowaniem i zapewnieniem szkoleń z zakresu udzielania pierwszej pomocy z użyciem defibrylatora AED*, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp” lub „Pzp”; numer referencyjny: DOA-ZP-VII.271.78.2017.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 lipca 2017 r. pod numerem nr 549889-N-2017.

Wartość zamówienia nie przekracza 209 000 euro.

Odwołujący – AGM M. Ł. sp.j. z siedzibą w Krakowie – wniósł na podstawie art. 180 i art. 182 Pzp odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 przez zaniechanie wykluczenia, a w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy Max Harter s.c. K.P., G.D., pomimo że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ;
2. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24 ust. 4 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Max Harter s.c. K.P., G.D. z udziału w postępowaniu, pomimo przedstawienia przez tego wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a dotyczące spełniania warunków pozwalających na przyznanie dodatkowej punktacji w zakresie kryterium gwarancji na defibrylator *oraz na baterię do defibrylatora*, a w konsekwencji przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy Max Harter s.c. jako odrzuconej;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy *Paramedica Polska sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie*, pomimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ – zarzut cofnięty;
4. art. 7 ust. 1 i 3 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- b) przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny oferty Max Harter s.c. K.P., G.D.;
- c) wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej przez Max Harter s.c. K.P., G.D. oferty;
- d) odrzucenia oferty *Paramedica Polska sp. z o.o. Sp.k. w Warszawie* – żądanie cofnięte;
- e) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał okoliczności uzasadniające spełnienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp; zachowanie terminu do wniesienia odwołania oraz spełnienie wymagań formalnych związanych z wniesieniem odwołania.

#### Uzasadnienie

Powołując się na treść art. 7 ust 1 Pzp, odwołujący podniósł, że zamawiający wbrew obowiązkowi wynikającemu z przepisów Pzp zaniechał wykluczenia, a następnie odrzucenia oferty Max Harter s.c. K.P., G.D., mimo że oferta ta w sposób oczywisty nie odpowiadała treści SIWZ.

W Opisie przedmiotu zamówienia zawartym w Załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 12, zamawiający postawił wymóg, *by bateria lub baterie w defibrylatorze posiadały termin gwarancji producenta nie krótszy niż 4 lata*.

*W odpowiedzi na pytanie nr 15, zamawiający sprecyzował ten opis wskazując, że bateria powinna mieć okres przydatności nie krótszy niż 4 lata i posiadać na ten okres gwarancję producenta - okres ten liczony jest od momentu zainstalowania jej w urządzeniu AED w dniu przekazania urządzenia AED zamawiającemu.*

Jednocześnie w pkt 5.2 SIWZ zamawiający wskazał, że wykonawcy mają dołączyć do oferty oświadczenie producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela, że w przypadku niewywiązania się z obowiązków gwarancyjnych przez wykonawcę przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z gwarancją na defibrylator.

Takie oświadczenie producenta ani autoryzowanego przedstawiciela nie zostało załączone przez wykonawcę Max Harter s.c., a tym samym oferta wykonawcy jako niespełniająca wymagań SIWZ winna podlegać odrzuceniu.

Z załączonej do oferty deklaracji zgodności dla oferowanego urządzenia Philips HeartStart FRx oraz zgłoszenia do Urzędu Rejestracji Produktów Leczniczych, Wyrobów Medycznych i Produktów Biobójczych wynika, że producentem urządzenia jest Philips Medical Systems, 2301 Fifth Avenue, Suite 200, Seattle, WA 98121-1825 USA, zaś autoryzowanym przedstawicielem w Europie jest Philips Medizin System Boebkingen GmbH, Hewlett-Packard Str. 2, 71034 Boeblingen, Germany.

Max Harter s.c. załączył do oferty oświadczenie dotyczące przejęcia obowiązków gwarancyjnych wystawione przez zupełnie inny podmiot - Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie.

Przedstawił definicję autoryzowanego przedstawiciela na podstawie art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, wskazując, że stosownie do treści przepisu i w świetle wyjaśnień Max Harter s.c., Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie nie posiada statusu autoryzowanego przedstawiciela. Wbrew wyjaśnieniom złożonym przez Max Harter s.c. - na wezwanie zamawiającego - na bycie autoryzowanym przedstawicielem nie wskazuje ani przesądza o tym w żaden sposób, fakt przynależności do grupy kapitałowej koncernu Philips. Struktura kapitałowa spółek nie decyduje o tym, czy posiadają one status autoryzowanych przedstawicielstw czy też nie, wymagania jakie stawia ustawa by dany podmiot został uznany za autoryzowanego przedstawiciela, zostały wyartykułowane wprost w art. 2 ust. 1 cytowanej ustawy, a ten nie wymienia wśród nich przynależności do grupy kapitałowej.

O ile Philips Polska sp. z o.o. może legitymować się statusem autoryzowanego dystrybutora, o tyle na pewno nie posiada statusu autoryzowanego przedstawiciela.

Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 12 ustawy o wyrobach medycznych dystrybutorem jest podmiot, mający miejsce zamieszkania lub siedzibę w państwie członkowskim, który dostarcza lub udostępnia wyrób po jego wprowadzeniu do obrotu; za dystrybutora uważa się także świadczeniodawcę, który sprowadza na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z terytorium innego państwa członkowskiego wyrób przeznaczony do udzielania świadczeń zdrowotnych przez tego świadczeniodawcę.

Autoryzowanym przedstawicielem jest podmiot, mający miejsce zamieszkania lub siedzibę w państwie członkowskim, który jest wyznaczony przez wytwórcę do działania w jego imieniu (art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy o wyrobach medycznych).

Z powyższego wynika, że posiadanie statusu dystrybutora w żadnym razie nie jest jednoznaczne z posiadaniem statusu autoryzowanego przedstawiciela producenta (wytwórcy wyrobu medycznego), a tylko od takiego podmiotu (obok producenta), zgodnie z wymaganiami SIWZ, mogły pochodzić dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań przedmiotowych.

Wyjaśnienia złożone przez Max Harter s.c. w piśmie z dnia 21 sierpnia 2017 r., nie stanowiły odpowiedzi na zadane pytanie i nie wyjaśniały w żaden sposób wątpliwości, które powziął zamawiający. Podobnie zresztą jak takiego wyjaśnienia nie stanowiły informacje i oświadczenia załączone w dniu 23 sierpnia 2017 r., które co istotne zostały złożone przez Max Harter s.c. po terminie i w trybie nieznanym ustawie, a zatem bez kolejnego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 Pzp. Jednak gdyby nawet rozpatrywać informacje zawarte w tychże pismach jako wyjaśnienia złożone w terminie, to zawarte w nich treści

również nie mogą zostać uznane za wykazujące spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a zatem potwierdzające zgodność oświadczenia załączonego do oferty z wymaganiami jakie zostały postawione w SIWZ.

Analizując dokument załączony przez wykonawcę z dnia 21 listopada 2016 r., zatytułowany jako „upoważnienie”, wystawiony przez Philips Medical System Nederland BV, odwołujący wskazał, że już z jego treści wynika w sposób literalny, że Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie jest autoryzowanym dystrybutorem i to nie producenta, którym jest Philips Medical Systems, 2301 Fifth Avenue, Suite 200, Seattle, WA 98121-1825 USA, a spółki Philips Medical System Nederland BV.

Wszystko to potwierdza, z jednej strony, że oświadczenie wymagane opisami SIWZ prawidłowe zarówno co do formy jak i treści, nie zostało przez wykonawcę złożone, a tym samym nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a z drugiej, że celowo wprowadził w błąd zamawiającego, obie zaś te okoliczności skutkować powinny wykluczeniem, a następnie odrzuceniem oferty Max Harter s.c.

*Zamawiający również w sposób niezrozumiały i całkowicie bezpodstawny przyznał wykonawcy Max Harter s.c. dodatkowe punkty w zakresie gwarancji na baterię do defibrylatora, mimo że wykonawca nie tylko nie udowodnił, że baterie w urządzeniu zaoferowanym przez niego posiadają gwarancję powyżej 48 miesięcy, ale wręcz licznymi i sprzecznymi oświadczeniami wprowadził zamawiającego w błąd w zakresie spełniania przez zaoferowany sprzęt dłuższego okresu gwarancji producenta.*

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia, zamawiający wymagał aby gwarancja rozumiana jako okres przydatności do użytku, była nie krótsza niż 4 lata.

*Firma Max Harter s.c. oświadczyła w formularzu ofertowym (strona 5), że oferowane urządzenie Philips FRx posiada baterię o żywotności/gwarancji producenta przynajmniej 5 lat, natomiast załączony folder producenta (strona 61) wskazuje, że gwarantowany przez producenta okres przydatności do użytku to: "Trwałość w trybie gotowości: Zwykle 4 lata w przypadku zainstalowania w terminie instalacji (okres zasilania AED w trybie gotowości i w podanym zakresie temperatur w trybie gotowości, z jednym testem instalacji baterii i bez wykonywania defibrylacji)".*

*W tym kontekście odwołujący przypomniał, że aby rozwiązać wątpliwości dotyczące interpretacji pojęcia gwarancji oraz żywotności, zamawiający udzielił w dniu 25 lipca 2017 r. jednoznacznej odpowiedzi na pytanie numer 15 jak należy rozumieć i interpretować wspomniany parametr wskazując, że bateria powinna mieć okres przydatności nie krótszy niż 4 lata i posiadać na ten okres gwarancję producenta - okres liczony jest od momentu zainstalowania jej w urządzeniu AED w dniu przekazania urządzenia AED zamawiającemu. Mimo takiej jednoznacznej wykładni opisów SIWZ, zamawiający przyjął za prawdziwe*

*twierdzenia składane przez wykonawcę Max Harter s.c. jakoby bateria do defibrylatora Philips HeartStart FRx miała co najmniej 5 letni okres gwarancji producenta. I choć wykonawca składał rozbieżne i niejasne wyjaśnienia w tym zakresie, to jednak zamawiający uznał, że istotnie dodatkowe kryterium cenowe zostało spełnione. Jest to stanowisko błędne, sprzeczne w sposób oczywisty ze stanowiskiem dotychczasowym zamawiającego, co budzi zdziwienie, skoro żadne z wyjaśnień złożonych przez Max Harter s.c. po unieważnieniu wyboru oferty odwołującego, nie wykazały innych niż dotychczasowe okoliczności. Wprost przeciwnie, wykonawca Max Harter s.c. potwierdzając jakoby baterie do defibrylatora miały 5 letni okres gwarancji producenta powoływał się - zgodnie z wymaganiami zamawiającego - na oświadczenia producenta, za każdym razem przedstawiając jednak dokumenty pochodzące od Philips Polska Sp. z o.o. w Warszawie, który to podmiot w sposób oczywisty producentem nie jest. Okoliczności te musiały być znane wykonawcy, stąd też uprawniona jest teza, że wprowadzał on zamawiającego w błąd co do informacji mających wpływ na decyzje zamawiającego w zakresie dodatkowej punktacji w kryterium cenowym. Wskazują na to choćby wciąż modyfikowane w oświadczeniach informacje, co do okresu gwarancji baterii.*

Ten sam zabieg zastosował zresztą wykonawca w przypadku podawania okresu gwarancji na defibrylator. Również w tym zakresie Max Harter s.c. składał sprzeczne wyjaśnienia co do okresu udzielanej gwarancji, przedkładając coraz to nowe oświadczenia, które za każdym razem różniły się w treści. Mimo tego zamawiający nie dość, że kilkakrotnie zobowiązywał do złożenia wyjaśnień - za każdym razem w tym samym zakresie - to ostatecznie przyjął za udowodnione fakty, które w żaden sposób nie zostały wykazane. Wyjaśnienia były składane przez wykonawcę po terminie (jak w przypadku pisma z dnia 23 sierpnia 2017 r.), a jednak zamawiający uwzględnił ich treść. Wskazał wyrok KIO z dnia 4 lipca 2014 r., sygn. akt 1288/14.

*Zamawiający oceniając złożone oferty naruszył również art. 89 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Paramedica sp. z o.o. Sp.k. w Warszawie, mimo że oferta ta nie odpowiada treści SIWZ – uzasadnienie cofnięte.*

Powyższe okoliczności i wskazane w odwołaniu naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp wskazują w sposób niebudzący wątpliwości, że postępowanie prowadzone było w sposób niezapewniający równego traktowania stron.

Zamawiający bez jakiegokolwiek podstawy prawnej akceptował oświadczenia przedkładane przez wykonawcę Max Harter s.c., a wystawione przez Philips Polska sp. z o.o. w Warszawie, która nie tylko nie jest producentem, ale nie jest też autoryzowanym przedstawicielem, a działa jedynie w oparciu art. 90 ust. 4 ustawy o wyrobach medycznych. Jednocześnie uznając za niewystarczające oświadczenia AGM M. Ł. sp. j., który zgodnie z art. 90 ust. 4 wyznaczony jest przez CU Medical Systems jako podmiot do fachowej

instalacji, okresowej konserwacji, okresowej lub doraźnej obsługi serwisowej, aktualizacji oprogramowania, okresowych lub doraźnych przeglądów, regulacji, kalibracji, wzorcowań, sprawdzeń lub kontroli bezpieczeństwa.

Jaskrawo na tym przykładzie widać nierówne traktowanie stron postępowania przez zamawiającego, mimo że zgodnie z SIWZ, wykonawca zobowiązany był przedłożyć oświadczenia przejęcia zobowiązań gwarancyjnych przez producenta lub autoryzowanego przedstawiciela, to zamawiający w sposób nieuprawniony, nieprzewidziany w dokumentacji przetargowej dopuścił jako skuteczne i spełniające wymagania SIWZ oświadczenie dystrybutora, akceptując takie oświadczenie wykonawcy Max Harter s.c. Gdyby taka informacja została zamieszczona w SIWZ, to odwołujący mógłby składać samodzielnie oświadczenia jako autoryzowany dystrybutor, nie będąc zobowiązanym do przedłożenia oświadczenia pochodzącego od producenta względnie autoryzowanego przedstawiciela, co z kolei niewątpliwie wpłynęłoby na kalkulację cenową.

Odwołujący uznając, że z uwagi na powyższe odwołanie jest konieczne i zasadne, wniósł o jego uwzględnienie w całości.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, złożonej na rozprawie, wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 185 ust. 6 i art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp, wskazując na postanowienie Izby z dnia 16 października 2017 r., sygn. akt KIO 2074/17. W przypadku nie podzielenia stanowiska w przedmiocie podstaw do odrzucenia odwołania, wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: K.P., G.D. - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Max Harter s.c. K.P., G.D. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wnieśli o odrzucenie odwołania z przyczyn jak zamawiający, na rozprawie – o oddalenie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący spełnia przesłanki, o których stanowi przepis art.179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające go do wniesienia odwołania.

Zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: K.P., G.D. - prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Max Harter s.c. K.P., G.D. z siedzibą w Warszawie, na skutek spełnienia ustawowych wymagań skutecznego przystąpienia, uzyskali status

uczestnika postępowania odwoławczego (art. 185 ust. 2 i 3 Pzp), zwani dalej również „Max Harter s.c.”

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba uznała na podstawie:

- odwołania wykonawców Max Harter s.c. z dnia 2 października 2017 r.,
- odpowiedzi na odwołanie zamawiającego z dnia 14 października 2017 r.,
- informacji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy AGM M. Ł. sp.j. z dnia 26 września 2017 r., stanowiącej podstawę wniesienia odwołania z dnia 2 października 2017 r.,
- postanowienia Izby z dnia 16 października 2017 r., sygn. akt KIO 2074/17 umarzającego postępowanie odwoławcze na mocy art. 186 ust. 3a ustawy Pzp (uwzględnienie przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofanie pozostałych zarzutów przez odwołującego, nie wniesienie sprzeciwu przez wykonawcę AGM M. Ł. sp.j. przystępującego po stronie zamawiającego)

– że zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w części dotyczącej:

- braku potwierdzenia gwarancji na defibrylatory, baterię i elektrodę,
  - zarzutów dotyczących przyznanej punktacji w kryterium gwarancja na baterię, na defibrylator oraz złożonego oświadczenia CU Medical,
- przy braku sprzeciwu wykonawcy AGM M. Ł. sp.j. jako uczestnika postępowania odwoławczego, przystępującego po stronie zamawiającego oraz wycofaniu przez odwołującego Max Harter s.c. pozostałych (nieuwzględnionych) przez zamawiającego zarzutów.

Z uzasadnienia uwzględnionych zarzutów, zamieszczonego na str. 7 i 8 odwołania z dnia 2 października 2017 r., wynika:

- pkt 6 odnośnie oferty wykonawcy AGM M. Ł. sp.j.: brak potwierdzenia gwarancji na defibrylator, baterię i elektrody oraz brak informacji o posiadaniu przez tego wykonawcę statusu autoryzowanego przedstawiciela CU Medical,
- pkt 7 w związku z przyznaniem dodatkowych punktów w kryterium dodatkowej gwarancji na baterię ofercie wykonawcy AGM M. Ł. sp.j., żądanie przyznania również takiej ilości punktów ofercie Max Harter s.c. lub nieprzyznanie tych punktów ofercie AGM M. Ł. sp.j.,
- pkt 8 niezasadne przyznanie ofercie wykonawcy AGM M. Ł. sp.j. 15 punktów za przedłużenie gwarancji na defibrylator – brak oświadczenia CU Medical,
- pkt 9 wskazanie na zasadność wezwania przez zamawiającego wykonawcy AGM M. Ł. sp.j. do przedłożenia oryginału oświadczenia CU Medical.



W wyniku powyższego, stosownie do art. 186 ust. 3a ustawy Pzp, zamawiający został zobowiązany do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów, tj.

1. unieważnienia wyboru oferty wykonawcy AGM M. Ł. sp.j.,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym
  - c) przyznania ofercie odwołującego (Max Harter s.c.) punktów w kryterium gwarancja na baterię do defibrylatora AED,
  - d) ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
3. powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w pkt 14 SIWZ spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający w informacji z dnia 18 października 2017 r. wskazał, że unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty; powtarza czynności badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W wyniku powtórzonych czynności utrzymał punktację oferty wykonawcy AGM M. Ł. sp.j. na tym samym poziomie, jak w poprzednim wyborze.

Ofercie Max Harter s.c. przyznał 5 pkt w kryterium gwarancja na baterię do defibrylatora (Informacja zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 30.10.2017 r.), wykonując tym samym żądanie odwołującego Max Harter s.c. zamieszczone w odwołaniu z dnia 2 października 2017 r.

Przedstawione okoliczności wyczerpują przesłanki z art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp – w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, zamawiający wykonał czynność zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu – co skutkuje odrzuceniem odwołania (zarzutu w tym zakresie).

Zarzut przedstawiony w pkt 2 odwołania z 6 listopada 2017 r. dotyczący dodatkowej punktacji w zakresie kryterium na baterię do defibrylatora w ofercie Max Harter s.c. – nie podlegał merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołujący cofnął zarzut 3 i żądania w zakresie tego zarzutu oraz stosowną część uzasadnienia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Paramedica Polska sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie, pomimo że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ.

Na rozprawie Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp:

1. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia, a w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy Max Harter s.c. K.P., G.D.,

pomimo że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ;

2. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 (po uwzględnieniu wniosku odwołującego o uznanie omyłki – pkt 17, zamiast wskazanego w odwołaniu pkt 16) i art. 24 ust. 4 Pzp – przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Max Harter s.c. K.P., G.D. z udziału w postępowaniu, pomimo przedstawienia przez tego wykonawcę informacji wprowadzających zamawiającego w błąd, mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a dotyczące spełniania warunków pozwalających na przyznanie dodatkowej punktacji w zakresie kryterium gwarancji na defibrylator (...), a w konsekwencji przez zaniechanie uznania oferty wykonawcy Max Harter s.c. jako odrzuconej;
4. art. 7 ust. 1 i 3 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Po rozpoznaniu odwołania, Izba uznała na podstawie materiału dowodowego, że odwołanie podlega oddaleniu.

Przywołane w odwołaniu przepisy ustawy Pzp, stanowią:

- art. 24 ust. 1. *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:  
pkt 12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,  
pkt 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*
- art. 24 ust. 4. *Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą;*
- art. 89 ust. 1. *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*
- art. 7 ust. 1. *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;*  
ust. 3. *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Ustawowe warunki udziału w postępowaniu zostały określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp: *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez*

*zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.*

*Przepis art. 25 ust. 1 Pzp stanowi: w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia*

*- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.*

Zamawiający opisał w SIWZ w pkt 5 *Warunki udziału w postępowaniu* wskazując, że dotyczą one:

*- w pkt 5.1.3 zdolności technicznej lub zawodowej*

*– co odpowiada przesłankom z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp; stanowią one warunki podmiotowe udziału wykonawcy w postępowaniu.*

*W przypadku nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu – zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, ze skutkiem wynikającym z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp – uznaje ofertę za odrzuconą.*

*- W pkt 5.2 SIWZ zamawiający wskazał: W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego: oświadczenie producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela, że w przypadku nie wywiązania się z obowiązków gwarancyjnych przez Wykonawcę przejmie na siebie wszelkie zobowiązania związane z gwarancją.*

*Treść przywołanego opisu wskazuje oświadczenie, o którym stanowi przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp; stanowi ono oświadczenie przedmiotowe, niebędące warunkiem udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp.*

*Ponadto, oświadczenia określone w art. 25 ust. 1: podmiotowe - pkt 1 oraz przedmiotowe - pkt 2, są przedmiotem obligatoryjnego wezwania wykonawcy przez zamawiającego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub wyjaśnienia wadliwości, na podstawie art. 26 ust. 3 (Jeżeli wykonawca nie złożył (...) oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub*

*poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania).*

Zgodnie z ust. 4 wskazanego artykułu - *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.*

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowiący o obowiązku zamawiającego odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ma zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy treść oferty w warstwie merytorycznej nie jest zgodna z wymaganiami zamawiającego w zakresie istoty przedmiotu zamówienia.

Treścią oferty jest zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z żądaniem zamawiającego dotyczącym przedmiotu zamówienia. Przepis art. 66 § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp w zakresie zdefiniowania treści oferty, wskazuje: *Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy.*

Oświadczenie producenta lub jego autoryzowanego przedstawiciela o ewentualnym przejściu obowiązków gwarancyjnych, stanowi oświadczenie składane w związku ze złożeniem oferty, nie stanowi natomiast merytorycznej treści oferty, i - jak wskazano wyżej - nie stanowi potwierdzenia spełnienia podmiotowego warunku udziału wykonawcy w postępowaniu. Zatem, nawet brak takiego oświadczenia, nie stanowi przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, ze skutkiem uznania oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Nie stanowi również podstawy uznania treści oferty za niezgodną z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wskazanie przywołanych przepisów we wzajemnej zależności w okolicznościach sprawy, stanowi błędną konstrukcję prawną. Przedstawione okoliczności faktyczne nie odpowiadają normie prawnej wynikającej z podanych przepisów. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego co do przedstawienia niewłaściwie skonstruowanych zarzutów w świetle przepisu art. 180 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający powtarzając czynności badania i oceny ofert po uprzednim unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzył czynności również w zakresie niewynikającym z uwzględnienia części zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 2 października 2017 r. Przeprowadził procedurę wyjaśniającą.

W ocenie Izby, oświadczenie o ewentualnym przejęciu obowiązków gwarancyjnych, wynika z oświadczenia Philips Polska Sp. z o.o. z 26/07/2017 r. i nawiązującego do tego oświadczenia, oświadczenia z 21/08/2017 r.; oraz oświadczeń z 25 sierpnia 2017 r. i z 31 sierpnia 2017 r.

Odwołujący zobowiązany na mocy art. 190 ust. 1 ustawy Pzp do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne, swoją ocenę przedstawił wyłącznie na podstawie definicji z cytowanych przepisów ustawy o wyrobach medycznych. Definicje te nie podlegają kwestionowaniu. Jednakże podnosząc zarzut, że oświadczenie podmiotu dedykowane dla tego przedmiotu zamówienia o przejęciu wszelkich zobowiązań gwarancyjnych w zakresie oferowanej dostawy, nie może stanowić oświadczenia w rozumieniu opisu zamieszczonego w pkt 5.2 SIWZ, zobowiązany jest do udowodnienia zarzutu. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu. Wskazał w odwołaniu, jako kwestionowane, wyjaśnienia przystępującego z 21 i 23 sierpnia 2017 r.

Odwołujący nie wykazał również przesłanek, o których stanowi art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp - przedstawienie informacji w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ocena w kryterium gwarancji na defibrylator przystępującego na poziomie 15 punktów została dokonana w dniu 26 września 2017 r. Ponowna czynność badania i oceny ofert nie zmieniła tej punktacji. Odwołujący znał te fakty, śledził podobnie jak inni wykonawcy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia, uzyskując od zamawiającego wnioskowane informacje.

Mając pełną informację na temat toku postępowania o udzielenie zamówienia, nie wykazał wprowadzenia zamawiającego w błąd, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przystępującego.

Naruszenie zasad wynikających z przepisów art. 7 ust. 1 i 3 Pzp jest następstwem naruszenia przepisów szczególnych przez czynności lub ich zaniechanie.

W ocenie Izby, nie wykazanie naruszenia przepisów wskazanych wyżej w sposób przedstawiony przez odwołującego, stanowi o braku możliwości uznania naruszenia przywołanych zasad.

Mając na uwadze przedstawione ustalenia i ich ocenę, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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, z późn. zm.).

Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 7 500 zł.

**Przewodniczący:** .....