

WYROK

z dnia 19 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: **Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **TBK Medical Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, ul. Komisji Edukacji Narodowej 5/2, 34-300 Żywiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Piekary Śląskie, ul. Bytomska 84, 41-940 Piekary Śląskie**

przy udziale wykonawcy **KLAROMED Sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku, ul. Sobieskiego 123, 05-070 Sulejówek** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TBK Medical Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, ul. Komisji Edukacji Narodowej 5/2, 34-300 Żywiec** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TBK Medical Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, ul. Komisji Edukacji Narodowej 5/2, 34-300 Żywiec** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **TBK Medical Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu, ul. Komisji Edukacji Narodowej 5/2, 34-300 Żywiec** na rzecz Zamawiającego **Miasta Piekary Śląskie, ul. Bytomska 84, 41-940 Piekary Śląskie** kwotę w łącznej wysokości **4 200 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście złotych zero groszy) tytułem poniesionych przez Zamawiającego kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na wyznaczoną rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*dostawa lamp operacyjnych i lamp zabiegowych dla Piekarskiego Centrum Medycznego Sp. z o.o. w Piekarach Śląskich w związku z rozbudową Szpitala Miejskiego w Piekarach Śląskich przy ul. Szpitalnej 11 wraz z niezbędną infrastrukturą, adaptacją budynków do nowych funkcji i wyburzeniami*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 października 2015 r. pod numerem 2015/S 192-347246.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego:

- 1) wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 2) zaniechania badania i oceny oferty spółki Klaromed sp. z o.o. z siedzibą w Sulejówku (dalej jako: „Wykonawca” lub „Przystępujący”),
- 3) odrzucenia oferty Odwołującego,
- 4) zaniechania wybrania oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- 5) wybrania jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy w sytuacji, gdy to oferta przedstawiona przez Odwołującego była ofertą najkorzystniejszą.

Wskazując na powyższe Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w z w. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji, podczas gdy wszystkie podawane przez Odwołującego w toku postępowania przetargowego informacje polegały na prawdzie,
- 2) art. 84 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niespełniającej wymagań określonych w SIWZ i ponadto złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, podczas gdy oferta złożona przez Odwołującego odpowiadała wszystkim warunkom zawartym w SIWZ, a ponadto nie było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania,
- 3) art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierzetelne przeprowadzenie procedury wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie tworzywa, z jakiego wykonana jest kopuła czaszy lampy i niewłaściwą ocenę tych wyjaśnień, a tym samym naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

- 4) art. 9 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie części postępowania w języku angielskim i posługiwanie się niewiarygodnymi tłumaczeniami dokumentów, podczas gdy zgodnie z ustawą Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim,
- 5) art. 38 ust. 4, 4a i 6 ustawy Pzp w z w. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niedozwoloną modyfikację treści SIWZ przejawiającą się w uznaniu, iż Zamawiający wymagał otrzymywania temperatury barwowej każdej wartości (nie tylko temperatury barwowej, o której mowa w pkt 26 wymagań szczególnych, dotyczących wszystkich lamp operacyjnych i w pkt 17 wymagań szczególnych, dotyczących wszystkich lamp zabiegowych) tylko przy użyciu białych diod LED,
- 6) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w z w. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez brak oceny oferty Odwołującego zgodnie z kryteriami oceny ofert, zawartymi w SIWZ, jak również brak wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu przetargowym oferty złożonej przez Odwołującego i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego i wybór jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, podczas gdy oferta Odwołującego została przygotowana i złożona zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, stanowi ona ofertę najkorzystniejszą i brak jest podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, jak również stanowi jedyną ofertę złożoną w postępowaniu, która nie podlega odrzuceniu,
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejawiające się w szczególnym badaniu i ocenie oferty Odwołującego przy równoczesnym uznaniu, że oferta Wykonawcy takiemu badaniu nie musi podlegać z tego względu, że została już uprzednio przez KIO uznana za zgodną z SIWZ oraz ważną i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego i zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy.

Podnosząc przedmiotowe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert przy uwzględnieniu oferty Odwołującego,
- 5) zaliczenie w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym

kosztów zastępstwa adwokackiego, poniesionych według norm przepisanych.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie na okoliczność ich treści, wnosząc przy tym o zobowiązanie Zamawiającego do przekazania tychże akt.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 21 stycznia 2016 roku, sygn. akt: KIO 2864/15 uwzględniła odwołanie złożone przed Odwołującego i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazała dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert przy uwzględnieniu oferty Odwołującego. Pismem z dnia 18 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, iż po ponownym badaniu ofert jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Przystępującego.

Tymczasem, na co zwrócił uwagę Odwołujący, z notatki stanowiącej protokół prac Komisji przetargowej z dnia 18 kwietnia 2016 r. wynika, że do faktycznego jednolitego badania wszystkich ofert nie doszło. W rzeczonyj notatce wskazano, że: *„Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2016 roku sygn. akt KIO 2864/15 Zamawiający ponownie przystąpił do oceny ofert ze szczególnym uwzględnieniem pierwotnie odrzuconej oferty wykluczonego Wykonawcy TBK Medical jako, że oferta drugiego Wykonawcy firmy Klaromed została uznana przez KIO jako zgodna z SIWZ i ważna”*.

Zdaniem Odwołującego, oferta Przystępującego nie została uznana przez Krajową Izbę Odwoławczą za zgodną z SIWZ i ważną. Wręcz odwrotnie, Krajowa Izba Odwoławcza w żadnym fragmencie wydanego wyroku nie wskazała, że oferta Przystępującego jest ważna i zgodna z SIWZ i z tego względu winna na dalszym etapie postępowania korzystać z preferencyjnego sposobu jej badania i oceny. Uznanie przez Zamawiającego, że oferta Wykonawcy została przez Krajową Izbę Odwoławczą uznana za zgodną z SIWZ i ważną doprowadziło, w ocenie Odwołującego, do zaniechania badania i oceny tej oferty na etapie postępowania po wydaniu wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą, w sposób analogiczny jak oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał bowiem, że przystąpił do oceny ofert ze szczególnym uwzględnieniem oferty Odwołującego. Szczególne uwzględnienie oferty Odwołującego stanowi, w ocenie Odwołującego, niedopuszczalne traktowanie jednego wykonawcy w sposób odmienny od pozostałych. Na żadnym etapie postępowania nie jest dopuszczalne szczególne uwzględnienie jednej konkretnej oferty. Dodatkowo Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wyjaśnił, na czym polegało szczególne uwzględnienie oferty Odwołującego i jakie dodatkowe kryteria, poza tymi, określonymi w SIWZ, zostały przybrane w ramach szczególnego potraktowania oferty Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że wybór oferty powinien nastąpić po zastosowaniu właściwego badania i oceny ofert, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Kryteria oceny ofert powinna cechować: zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarancja, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Opis stosowania kryteriów oceny ofert powinien być jednoznaczny, czytelny i niepozostawiający swobody interpretacji.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający jest związany ustaloną przez siebie treścią SIWZ i na etapie oceny ofert nie może odstępować od przyjętych tam zasad oceny ofert. Wybranie oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, bez identycznego uwzględnienia wszystkich ofert i poddania ich takiemu samemu badaniu wskazanemu w ustawie Pzp stanowi, zdaniem Odwołującego, wybór z naruszeniem przepisów tej ustawy, a zatem jest to wybór wadliwy.

W ocenie Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert jest równoznaczne z unieważnieniem pierwotnej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Odwołującego, powtarzając czynność badania i oceny ofert Zamawiający powinien w taki sam sposób potraktować wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równości wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 20 stycznia 2011 r., sygn. akt: KIO 38/11).

Odwołujący wskazał, że zawarta w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp norma prawna oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, a także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Do tego rodzaju naruszeń może dojść w sposób bezpośredni, jak i pośredni. Jak wskazał Odwołujący, główną ideą i podstawą ustanowienia prawa zamówień publicznych było zapewnienie wszystkim podmiotom przystępującym do postępowań o uzyskanie zamówień równych szans na każdym etapie tego postępowania. W tym celu do ustawy wprowadzono szereg uregulowań stanowiących o konieczności zachowania przez uczestników postępowań zasad uczciwej konkurencji. Ich przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji.

Dalej Odwołujący podniósł, że zarówno wykluczenie Odwołującego z postępowania, jak i odrzucenie jego oferty było bezzasadne. Z uwagi na fakt, że wykluczenie nastąpiło w wyniku uznania przez Zamawiającego, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje w zakresie wymagań dotyczących sposobu uzyskiwania temperatury barwowej, konieczne było, w opinii Odwołującego, łączne odniesienie się zarówno do wykluczenia Odwołującego, jak i odrzucenia jego oferty właśnie z tego powodu. Odwołujący podał, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na fakt, iż nie odpowiadała ona treści pkt 11 wymagań

szczególnych dotyczących wszystkich lamp operacyjnych, który wskazywał: „Sposób otrzymywania temperatury barwowej- diody LED białe”.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w pkt 26 wymagał stałej temperatury barwowej w zakresie 4 300 - 4 900 st. K. Stała temperatura barwowa miała zawierać się we wskazanym przedziale. Jak wyjaśnił Odwołujący, spełnienie tego wymogu przez lampy oferowane przez Odwołującego zostało wielokrotnie potwierdzone. Lampy posiadają stałą temperaturę barwową 4 600 st. K. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wymagał, by lampa posiadała tylko jedną możliwą do uzyskania temperaturę barwową. Potwierdza to także, zdaniem Odwołującego, wybór lamp oferowanych przez Przystępującego, które posiadają kilka możliwych do uzyskania stałych temperatur barwowych (treść folderu Klaromedu, str. 24: „W trosce o zachowanie najwyższych standardów lampy operacyjne plusLED mogą posiadać inną temperaturę barwową”).

Zamawiający wymagał w pkt 11 wymagań szczegółowych SIWZ, by temperatura barwowa otrzymywana była za pomocą diod LED białych. Odwołujący wyjaśnił, że wymóg ten odnosił do temperatury barwowej oczekiwanej przez Zamawiającego, a zatem do temperatury barwowej mieszczącej się w zakresie 4 300 st. K - 4 900 st. K. Odwołujący potwierdził w konsekwencji, że temperatura barwowa 4 600 st. K jest uzyskiwana za pomocą białych diod LED. Także producent lamp, firma Brandon Medical Company Ltd potwierdził, że: „Bez czerwonych diod LED temperatura barwowa wynosi 4 600 st. K.”

Nie można przyjąć, zdaniem Odwołującego, aktualnie forsowanej przez Zamawiającego interpretacji zawężającej wskazanego wymogu. Jeśli bowiem Zamawiający oczekiwał możliwości uzyskania konkretnej temperatury barwowej (mieszczącej się w zakresie 4 300 -4 900 st. K), to oznacza, że w założeniu tylko ta konkretna temperatura dla Zamawiającego pozostaje istotna i będzie wykorzystywana w ramach eksploatacji lamp. W konsekwencji, uzyskiwanie tej temperatury barwowej musi następować za pomocą białych diod LED. Przyjęcie stanowiska Zamawiającego, iż każda temperatura barwowa możliwa do uzyskania przez lampę musi być otrzymywana tylko i wyłącznie przez białe diody LED jest nielogiczne i sprzeczne z wymogami SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, zwrócić uwagę należy na wymogi zawarte w pkt. 27 i 28, w których również nie ma żadnego odniesienia do konkretnej temperatury barwowej (dokładnie tak jak w pkt 11). Idąc tokiem rozumowania Zamawiającego, jaki przedstawia przy analizie spełnienia wymagań z pkt 11 (wskazując, że wymaganie to odnosić się musi do każdej z uzyskiwanych przez lampę temperatur barwowych), to powinien on pozostawać konsekwentny i odnosić wymagania z pkt 27 i 28 także do wszystkich możliwych temperatur barwowych. Tymczasem, jak podaje Odwołujący, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego zarzuca, że w temperaturze barwowej 4 600 st. K lampy niemożliwym

jest osiągnięcie wskazanego w ofercie współczynnika odwzorowania barw. W tym miejscu Zamawiający nie odnosi tego wymogu do wszystkich osiąganych przez lampę temperatur barwowych, co wydaje się logiczne, skoro pozostałe temperatury pozostają poza zasięgiem jego zainteresowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w sposób arbitralny i całkowicie niedopuszczalny i dowolny interpretuje ściśle zapisy SIWZ. Stosowanie przez Zamawiającego niedopuszczalnej wykładni treści specyfikacji, która nie wynika z literalnej wykładni postanowień SIWZ i jest wykładnią rozszerzającą nie może być, w ocenie Odwołującego, podstawą dokonywania oceny zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Uzasadniając zarówno wykluczenie, jak i odrzucenie oferty Zamawiający stwierdził jednak, jak podał Odwołujący, że *„wymagał otrzymywania temperatury barwowej (nie tylko temperatury barwowej w zakresie zgodnym z pkt 26 wymagań szczególnych) tylko przy użyciu białych diod LED”*. Takie uzasadnienie stanowi, zdaniem Odwołującego, niedopuszczalną modyfikację wymagań przeprowadzoną już po otwarciu ofert. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w pkt 11 wymagań nie użył sformułowania „tylko”, które pojawia się dopiero w uzasadnieniu ogłoszenia o wynikach przetargu. Nie użył także doprecyzowania: *„nie tylko temperatury barwowej w zakresie zgodnym z pkt 26 wymagań szczególnych”*, które dopiero na etapie badania ofert pojawiło się po raz pierwszy. Jeśli intencją Zamawiającego było uzyskiwanie *„nie tylko temperatury barwowej w zakresie zgodnym z pkt 26 wymagań szczególnych”*, ale wszystkich możliwych do osiągnięcia temperatur barwowych za pomocną „tylko” białych diod LED, to w ocenie Odwołującego, powinien był to jednoznacznie określić w SIWZ: *„nie tylko temperatury barwowej w zakresie zgodnym z pkt 26 wymagań szczególnych - tylko diody LED białe”*. Zamawiający wskazał tylko, że przy otrzymywaniu temperatur barwowych mają być używane białe diody LED. Zaś Odwołujący wyjaśnił, że białe diody LED są używane przy otrzymywaniu wszystkich temperatur barwowych w lampach Odwołującego.

Okoliczność, że Zamawiający nie oczekiwał tylko białych diod LED potwierdza także, zdaniem Odwołującego, protokół Komisji przetargowej z dnia 29 lutego 2016 r., w treści którego Komisja akceptowała użycie przez Odwołującego czerwonych diod LED, prosząc jednak biegłego o wyjaśnienie, czy w takim przypadku łączna ilość diod mieści się w 100? Jeżeli zatem Komisja akceptowała czerwone diody LED pytając, czy łączna liczba diod nie będzie przekraczać liczby 100, to nie można uznać za dopuszczalne, w ocenie Odwołującego, aby teraz odrzucała ofertę Odwołującego stwierdzając, że oczekiwała tylko białych diod LED. Stanowisko Komisji przetargowej, zwłaszcza przy uwzględnieniu treści cytowanego powyżej protokołu, jest, zdaniem Odwołującego, wewnątrznie sprzeczne.

Dodatkowo, Odwołujący wyjaśnił, że skoro Zamawiający akceptował fakt, że oferowane przez wykonawców lampy będą posiadały możliwość uzyskiwania kilku temperatur barwowych, to powinien uzyskać w tym zakresie niezbędną wiedzę techniczną. Otóż, bez mieszania barw nie jest możliwe uzyskanie zmiany temperatury barwowej w szerokim zakresie. Inaczej mówiąc, jeśli możliwe jest uzyskanie przez lampę różnych wartości temperatur barwowych, to dochodzić do tego musi poprzez mieszanie różnych barw. Zmiana temperatur barw dla światła ledowego może odbywać się tylko na dwa sposoby: albo poprzez mieszanie barw (zmiany natężenia światła poszczególnych kolorów) wewnątrz diody lub poza obszarem diody np. poza czasą lampy przez wprowadzenie dodatkowego koloru (źródła światła o określonej długości np. czerwonego). Innymi słowy, zmiana temperatury barwowej jest równoznaczna z mieszeniem się barw lub kolorów diod. W konsekwencji zatem, w ocenie Odwołującego, warunki SIWZ pozostają niedoprecyzowane. Jeśli bowiem Zamawiający dopuszczał zaoferowanie lamp o różnych temperaturach barwowych, to nie mógł równocześnie oczekiwać lamp tylko z jednym kolorem diod LED, albowiem różne temperatury barwowe nie mogą być otrzymywane tylko przez diody jednolitego koloru.

Przedstawiona w uzasadnieniu ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty rozszerzająca interpretacja warunków SIWZ, zgodnie z którą Zamawiający oczekiwał, aby każda temperatura barwowa otrzymywana była tylko przy użyciu białych diod LED stanowi, zdaniem Odwołującego, niedozwoloną modyfikację treści SIWZ i tym samym narusza art. 38 ust. 4, 4a, 6 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, godząc w zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obiektywizmu i bezstronności postępowania. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jest związany ustaloną przez siebie treścią SIWZ i na etapie oceny ofert nie może odstępować od przyjętych tam zasad oceny ofert. Wykładnia specyfikacji zaprezentowana przez Zamawiającego na etapie oceny oferty, zdaniem Odwołującego, nie ma oparcia w jej brzmieniu, a takie działanie wprost zagraża naczelnej zasadzie udzielania zamówień publicznych, tj. zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Odwołującego, wykładni SIWZ należy dokonywać według zasad interpretacji stosowanych wobec powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Oznacza to uwzględnienie dyrektyw preferencji, spośród których na czoło wysuwa się powszechnie akceptowana w orzecznictwie i w piśmiennictwie zasada pierwszeństwa wykładni językowej i subsydiarności wykładni systemowej i funkcjonalnej. Naprowadzona powyżej zasada pierwszeństwa wykładni językowej, choć nie ustala ostatecznego porządku preferencji, to jednak dopuszcza odstępstwa od wyniku jej zastosowania tylko wówczas, gdy wynik ten prowadzi albo do absurdu, albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji. Nie zawsze więc zachodzi konieczność posłużenia się kolejno wszystkimi

rodzajami wykładni. Nie ma w szczególności potrzeby sięgania po dyrektywy celowościowe wówczas, gdy już po zastosowaniu dyrektyw językowych albo językowych i systemowych uda się uzyskać właściwy wynik wykładni, tj. ustalić pozbawione cech absurdalności znaczenie interpretowanej normy. Zatem odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać tylko szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne, ekonomiczne lub moralne, jeśli takie racje nie zachodzą, należy oprzeć się na wykładni językowej (uzasadnienie uchwały Pełnego Składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2004 r., sygn. akt: III CZP 37/04; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 2004 r., sygn. akt: V CK 21/04; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 lipca 2005 r., sygn. akt: I KZP 18/05).

Odwołujący podkreślił, że zastosowanie wykładni, w której interpretator odchodzi od sensu językowego przepisu, może być uzasadnione tylko w wyjątkowych okolicznościach, ponieważ adresaci norm prawnych mają prawo polegać na tym, co ustawodawca w przepisie rzeczywiście wyraził, a nie na tym, co chciał uczynić lub co uczyniłby, gdyby znał nowe lub inne okoliczności. Reguły odstępstwa od jasnego i oczywistego sensu językowego wynikającego z brzmienia przepisu wymagają szczególnej ostrożności przy ich stosowaniu i zobowiązują do wskazania ważnych racji mających uzasadniać odstępstwo od wyniku poprawnie przeprowadzonej wykładni językowej. W konsekwencji, odejście od jasnego, jednoznacznego sensu przepisu z naruszeniem wskazanych reguł powoduje dokonanie wykładni prawotwórczej, będącej przykładem wykładni *contra legem*.

Odwołujący podał, że w dalszej kolejności uzasadniając odrzucenie oferty i wykluczenie Odwołującego Zamawiający wskazał, że „zgodnie z odpowiedziami producenta oraz z dokumentacją techniczną *Brandona lampy zabiegowe QE30 oraz lampy operacyjne QE6H30 w przypadku wyłączenia czerwonych diod LED w temperaturze barwowej 4 600 st. K lampy niemożliwym jest osiągnięcie wskazanego w ofercie współczynnika odwzorowania barw*”. Zdaniem Odwołującego, w żadnej z odpowiedzi firmy Brandon Medical ani w jego dokumentacji technicznej nie zostało użyte stwierdzenie, że przy wyłączeniu czerwonych diod LED niemożliwym jest osiągnięcie wskazanego w ofercie współczynnika odwzorowania barw. Z oferty Odwołującego oraz z dokumentów technicznych Brandon Medical wynika, że przy każdej temperaturze barwowej uzyskuje się współczynnik odwzorowania barw Ra i R9 na poziomie 95. Innymi słowy, współczynnik odwzorowania barw Ra = 95 jest parametrem, który może być osiągnięty zarówno przy temperaturze barwowej 3 100 st. K, jak również 4 600 st. K. By jednak jeszcze współczynniki te zwiększyć (powyżej 95) używa się czerwonych diod LED. Trzeba bowiem pamiętać, że maksymalna wartość współczynników wynosi 100. Ponadto Odwołujący podał, iż z folderów producenta nie wynika, by wartość współczynników Ra i R9 zależna była od temperatury barwowej. Producent w sposób transparentny wskazał,

że w odniesieniu do poszczególnych temperatur barwowych wartość powyższych współczynników pozostaje w każdym przypadku stała na poziomie 95. Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreślił, że w pkt 26 i 27 szczególnych wymagań SIWZ nie zostało określone, przy jakiej temperaturze barwowej mają być uzyskiwane współczynniki na poziomie 95.

Odwołujący wyjaśnił, iż przed wprowadzeniem lamp operacyjnych i zabiegowych do obrotu na terenie Unii Europejskiej, produkty te muszą przejść szereg procedur. Muszą być między innymi zgodne z normą nr IEC 60601-2-41 określaną przez Międzynarodową Komisję Elektrotechniczną. Norma ta wyznacza, jakie warunki muszą spełniać medyczne źródła światła - lampy operacyjne i zabiegowe. Zgodnie z tymi wymaganiami, temperatura barwowa światła dla lamp operacyjnych i lamp zabiegowych powinna mieścić się w zakresie od 3000 st. K do 6 700 st. K, natomiast wartość współczynnika odwzorowania w skali od 85 do 100. Wymagania te odwołują się także do klauzuli nr 201.12.1.102.2.1, zgodnie z którą widmo emisji światła lamp operacyjnych i zabiegowych musi być odpowiednie dla rozróżnienia tkanek. W tym celu wskaźnik oddawania barw Ra musi wynosić pomiędzy 85 a 100, a temperatura barwowa emitowanego promieniowania powinna mieścić się w przedziale od 3 000 st. K do 6 700 st. K.

Wyliczanie powyższych współczynników w odniesieniu do konkretnej lampy musi być oparte o szereg wytycznych zawartych w raporcie Międzynarodowej Komisji Oświetleniowej Annex L, CIE 13.3:1995, dotyczącym metod pomiaru właściwości oddawania barw przez źródła światła. W raporcie tym szczegółowo opisano metody wyznaczania tych współczynników. Każdy producent lamp operacyjnych musi przeprowadzić ich badanie w oparciu o normę IEC 60601-2-41, natomiast badanie współczynników Ra i temperatury barwowej w oparciu o klauzulę 201.12.102.2.1. oraz w oparciu o raport Międzynarodowej Komisji Oświetleniowej.

Odwołujący podał, że także producent lamp operacyjnych oferowanych przez Odwołującego rzeczne badania przeprowadził, których wyniki zostały umieszczone w czytelnym folderze i informacji handlowej i zawierają jednoznaczne określenie uzyskiwanych wartości współczynników poprzez wskazanie liczby 95. Tym samym nie jest kompetencją Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, podważanie wyników badań, które każdy producent musi przeprowadzić postępując w identyczny sposób. Odwołujący podkreślił, że jeżeli producent deklaruje współczynnik oddawania barw na poziomie 95 to znaczy, że został on obliczony poprawnie w odniesieniu do powyższych, międzynarodowych norm. Jeśli zaś Zamawiający kwestionuje poprawność prezentowanych danych powinien wskazać merytoryczną podstawę podważania wykonanych przez producenta badań.

Wobec dotychczas naprowadzonych okoliczności, zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego, polegające na wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest całkowicie sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji, wynikającą z art. 7 ustawy Pzp. Zgodnie z wymaganiami szczególnymi dotyczącymi wszystkich lamp operacyjnych, zawartymi w SIWZ, Zamawiający wymagał, by temperatura barwowa otrzymywana była za pomocą diod LED białych (pkt 11 wymagań) oraz, aby stała temperatura barwowa zawierała się w zakresie od 4 300 do 4 900 st. K (pkt 26 wymagań) oraz by lampa wykazywała współczynniki odwzorowania barw Ra i R9 w wysokości 95. Odwołujący podniósł, iż wielokrotnie potwierdzał w wystosowywanych do Zamawiającego pismach (z dnia 9 grudnia 2015 r. oraz z dnia 29 marca 2016 r.), że temperatura barwowa na poziomie 4 600 st. K (zawierająca się więc w przedziale wskazanym w pkt 26 wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp operacyjnych zawartym w SIWZ) uzyskiwana jest tylko i wyłącznie przy pomocy białych diod LED - zarówno dla wszystkich lamp operacyjnych, jak i wszystkich lamp zabiegowych. Zdaniem Odwołującego, spełnił więc przewidziany w specyfikacjach warunek, zaproponował bowiem lampy, które nie tylko pozwalają na uzyskanie temperatury barwowej 4 600 st. K przy użyciu białych diod LED, ale także dodatkowo posiadają możliwość użycia czerwonych diod LED.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że w piśmie z dnia 18 kwietnia 2016 r. Zamawiający bez żadnych podstaw powołuje się na rozmowy prowadzone podczas dialogu technicznego. W pierwszej kolejności Odwołujący podał, że podczas dialogu technicznego TBK Medical prezentowało lampę Astramax, natomiast lampa zaoferowana przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym jest inną lampą produkowaną przez firmę Brandon Medical Company Ltd. Ponadto, twierdzenia Odwołującego potwierdza także pismo otrzymane przez Zamawiającego od producenta Brandon Medical Company Ltd., z którego jasno wynika, iż przy systemie Brandon, oświetlenie może (lecz nie musi) być używane z czerwonymi diodami, które jednak mogą być wyłączone, jeśli takie są preferencje chirurga. Bez czerwonego koloru temperatura barwowa to 4 600 st. K.

Warto w tym miejscu wskazać, zdaniem Odwołującego, w ślad za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2015 r., sygn. akt: KIO 1363/15, że zastosowanie określonej w art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania wymaga udowodnienia, że złożone informacje są niezgodne ze stanem faktycznym. Sankcja ta nie może być oparta jedynie na wątpliwości co do prawdziwości informacji. Zasadnie stwierdziła również Krajowa Izba Odwoławcza, że: *„Nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 nie polegają na błędnej interpretacji czy kwalifikacji faktów, które są ujawniane zamawiającemu”* (wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r., sygn. akt: KIO 1083/15). Nieprecyzyjne postanowienia SIWZ, zdaniem Odwołującego, należy interpretować na korzyść wykonawców, nie mogą być podstawą do uznania złożenia

przez wykonawcę nieprawdziwych informacji (wyrok KIO z dnia 21 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 17/15).

Odwołujący podał, że zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej informacje są nieprawdziwe, kiedy prezentują stan inny niż w rzeczywistości. Niezgodność powinna mieć charakter obiektywny w danych okolicznościach faktycznych i prawnych. Nie można mówić o nieprawdziwości informacji w sytuacji, gdy postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub ogłoszenia mogą być rozbieżnie interpretowane, a wykonawca działający z należytą starannością rozumie je inaczej niż zamawiający (wyrok KIO z dnia 15 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14).

Zdaniem Odwołującego, w niniejszym postępowaniu Zamawiający w sposób bardzo dowolny interpretował przedstawiane mu przez Odwołującego twierdzenia. Odwołujący wskazał, że Zamawiający zdaje się nie rozumieć, iż możliwość użycia dodatkowych czerwonych diod LED spowoduje, iż komfort pracy chirurga będzie większy. Będzie on miał bowiem możliwość dostrojenia widocznej percepcji przedmiotu na podstawie jego indywidualnej percepcji. Odwołujący podkreślił przy tym, że nie oznacza to jednak, że bez czerwonych diod LED niemożliwym jest osiągnięcie parametrów wymaganych przez Zamawiającego.

Dalej Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 8 wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp operacyjnych oraz pkt 8 wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp zabiegowych, Zamawiający wymagał, aby kopuła czaszy lampy wykonana była z aluminium lub tworzywa zapewniającego podobne właściwości. W Rozdziale I w podpunkcie dotyczącym rozwiązań równoważnych Zamawiający wskazał, że *„dopuszcza zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych - tj. o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż określone w SIWZ - w odniesieniu do materiałów i urządzeń, których pochodzenie zostało określone przez Zamawiającego w SIWZ i dokumentach technicznych nazwą producenta.”* Tym samym Zamawiający w żaden sposób nie określił, zdaniem Odwołującego, na podstawie, jakich parametrów badań będzie równoważność zaproponowanych rozwiązań. By Odwołujący miał możliwość wykazania równoważności, Zamawiający musi opisać w sposób mierzalny parametry, które będą podlegały ocenie w ramach wykazania równoważności (tak m. in. wyrok KIO z dnia 12 listopada 2014 r., sygn. akt: KIO 2200/14, KIO 2208/14, KIO 2212/14). Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 738/14: *„Opisując sposób spełnienia równoważności danego produktu zamawiający winien wskazać dopuszczalne odstępstwa zaoferowanego urządzenia czy przedmiotu równoważnego od przedmiotu czy urządzenia referencyjnego za pomocą wartości stanowiących katalog zamknięty, używając określeń np. „nie cięższy niż i nie lżejszy niż” mający wymiar „nie większy i nie mniejszy”, „nie szerszy i nie dłuższy” itp. Dopiero przy*

tak opisanych wymogach wykonawca ma obowiązek na podstawie przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp udowodnienia, że oferowany przez niego produkt mieści się w tych ściśle określonych zakresach równoważności. Aby móc to wykazać, dopuszczenie rozwiązań równoważnych nie może być pozorne lecz musi dawać wykonawcom realną możliwość zaoferowania produktu równoważnego. Skoro SIWZ nie określa jakie parametry zamawiający będzie brał pod uwagę przy określaniu czy produkt równoważny spełnia jego oczekiwania, to nie może się na etapie oceny ofert powoływać na nie. Niezgodność treści oferty ze SIWZ nie można domniemywać, gdyż to na zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne, tj. wykazania przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy."

Za słuszne należy uznać, zdaniem Odwołującego, także prezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko, zgodnie z którym, jeżeli zamawiający nie określił szczegółowych wymogów równoważności, to jeżeli wyrób spełnia wymagania odnośnych norm (tak jak w niniejszym przypadku), przeznaczony jest do tego zastosowania i pasuje jako element całości urządzenia i może należycie oraz bezpiecznie spełniać swoje funkcje, oznacza to, że jest zgodny z SIWZ (wyrok KIO z dnia 8 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1483/13).

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający zwrócił się w celu wyjaśnienia wątpliwości w tym zakresie do producenta lamp - Brandon Medical Company Ltd. W odpowiedzi czytamy, iż *„głowice lamp są wykonane z różnych tworzyw ABS (plastyk/poliwęglany). Są one formowane z użyciem antybakteryjnego dodatku (poligiene), co przyczynia się do polepszenia właściwości oświetlenia dotyczącego kontroli infekcji."* Zdaniem Odwołującego, jeżeli Zamawiający uznał, że powyższe wyjaśnienia są niewystarczające i nie potwierdzają, że tworzywo, z którego zbudowana jest czasza posiada podobne właściwości co aluminium, to powinien był wezwać Odwołującego do wskazania, czy czasza posiada konkretne, wyraźnie wyszczególnione parametry.

Odwołujący podniósł, iż to na Zamawiającym ciążył obowiązek wyjaśnienia wszystkich okoliczności, co do których powźmie on wątpliwości. W toku badania i oceny ofert zamawiający mógł żądać od wykonawców konkretnych wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Odwołujący stoi na stanowisku, że w realiach konkretnej sprawy, zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać, bacząc, by wyjaśnić, w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek, zgodnie z dyrektywami wyrażonymi w art. 87 ust. 2 pkt 1 - 3 ustawy Pzp.

W opinii Odwołującego, Zamawiający jednak nie zażądał od Odwołującego żadnego konkretnego wyjaśnienia złożonej oferty w zakresie tworzywa, z którego zbudowana jest czasza. W piśmie z dnia 18 kwietnia 2016 r., Zamawiający twierdzi, iż wezwał Odwołującego

do wyjaśnienia powyższych kwestii. Zdaniem Odwołującego, trudno jednak nazwać takim wezwaniem pismo z dnia 25 marca 2016 r., w którym to Zamawiający nie sformułował żadnych pytań w tym zakresie do Odwołującego, nie sprecyzował, w jakim zakresie żąda wyjaśnień i co w zasadzie budzi jego wątpliwości. Nie zapytał o żadne parametry lub właściwości tworzywa, z którego jest zbudowana czasza, zważywszy, że wyjaśnianie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze polega na udzieleniu odpowiedzi na konkretne pytanie (tak m.in. Aneta Bzan: Prawo zamówień publicznych. Komentarz. LEX 2015).

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia wymagań SIWZ w zakresie sposobu włączania funkcji endoskopowej, Odwołujący uznał go za całkowicie bezpodstawny i chybiony. Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 13 wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp operacyjnych, funkcja endoskopowa w lampie winna być włączana przyciskiem z panelu sterującego. Odwołujący wyjaśnił, że funkcja endoskopowa umożliwia pracę chirurgowi w zaciemnionej sali operacyjnej, bez konieczności używania światła ogólnego sali. Funkcja endoskopowa jest to bardzo niskie natężenie światła występujące w zakresie od 3 % do 5 %. W istocie funkcja endoskopowa uzyskiwana jest za pomocą regulacji natężenia oświetlenia.

Tym bardziej, zdaniem Odwołującego, dziwi zarzut Zamawiającego dotyczący oferty TBK Medical, iż *„z oferty TBK wynika, iż funkcja ta uzyskiwana jest na podstawie regulacji natężenia oświetlenia”*. Twierdzenia Zamawiającego, zdaniem Odwołującego wskazują, iż nie pojmuje on istoty funkcji endoskopowej. Odwołujący wyjaśnił, iż lampy TBK Medical wyposażone są w dwa przyciski („+” i „-”), służące do regulacji natężenia oświetlenia w skali od 5 % do 100 % i tym samym do włączania funkcji endoskopowej. Natężenie to regulowane jest w sześciu krokach. Jeżeli przytrzymamy przycisk lub naciśniemy go kilkakrotnie uzyskamy funkcję endoskopową, tj. natężenie światła o wartości 5 %.

Zdaniem Odwołującego, z SIWZ w żaden sposób nie wynika, że Zamawiający oczekiwał, aby funkcja endoskopowa włączana była za pomocą jednorazowego naciśnięcia odrębnego przycisku. Ponadto Odwołujący wyjaśnił, iż wielokrotnie spotykał się z sytuacją, w której zamawiający oczekiwał właśnie takiego rozwiązania, jednak wtedy w SIWZ znajdowała się informacja, że funkcja endoskopowa włączana ma być za pomocą przycisku specjalnie do tej funkcji przeznaczonego bądź poprzez jednorazowe naciśnięcie przycisku. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca w niniejszym stanie faktycznym. W ten sposób występująca nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia, zdaniem Odwołującego, narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (wyrok KIO z dnia 30 kwietnia 2014 r., sygn. akt: KIO 738/14).

W kolejnym słowie Odwołujący podniósł, iż w toku postępowania przetargowego Zamawiający skorzystał z możliwości powołania biegłego, w osobie Pani E. K.-M.. Zgodnie z notatką z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 29 lutego 2016 r., biegły został powołany do sporządzenia pytań do producenta lamp Brandon Medical Company Ltd oraz do TBK Medical w celu wyjaśnienia wątpliwości w zakresie oferowanych lamp. Zastrzeżenie Odwołującego budzi fakt, iż biegły Pani E. K.-M. wystosowała wiadomość mailową do pracownika Zamawiającego z informacją, iż w załączeniu przesyła treść odrzucenia oferty TBK. Tym samym podjęła ona, zdaniem Odwołującego, decyzję o wynikach przetargu, bez powoływania jej w tym celu do udziału w przetargu. Odwołujący podniósł, że zakres obowiązków biegłego nie obejmował w żadnym razie wydania opinii co do rozstrzygnięcia w postępowaniu przetargowym. Odwołujący podniósł, iż uprawnienia biegłego nie mogą być tożsame z uprawnieniami komisji przetargowej. Biegły nie jest powołany ani uprawniony do wypowiedzania opinii o tym, jak należy rozstrzygnąć konkretną sprawę. Powyższe działanie w sposób jasny wskazuje, zdaniem Odwołującego, iż biegła przekroczyła zakres obowiązków zleconych jej przez Zamawiającego i rozważała kwestie wyniku przetargu, które winny być przedmiotem oceny Zamawiającego. Zasadne są więc, w ocenie Odwołującego, wątpliwości co do jej staranności i rzetelności, co z kolei uprawnia do uznania, że biegły nie spełnia podstawowego warunku rękojmi należytego wykonywania obowiązków biegłego (wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 12 marca 2015 roku, sygn. akt: C - 538/13).

Dalej Odwołujący podał, że w toku postępowania przetargowego Zamawiający zwrócił się, za pośrednictwem biegłego, Pani E. K.-M., do firmy Brandon Medical Company Ltd., w celu uzyskania informacji na temat lamp oferowanych przez Odwołującego. Korespondencja ta dokonywana była w języku angielskim. Dowolnych tłumaczeń dokonywała biegła. W niniejszej sprawie Zamawiający działając w charakterze podmiotu wykonującego zadania publiczne na terytorium RP, zobowiązany jest, zdaniem Odwołującego, do udostępniania dokumentów w takiej formie, by możliwe było odczytanie jego oryginalnego znaczenia. Takiego wymogu nie spełnia, w opinii Odwołującego, cytat w piśmie Zamawiającego z dnia 25 marca 2016 r., który nie pozwala na odczytanie oryginalnego znaczenia odpowiedzi otrzymanej od firmy Brandon Medical Company Ltd.

Zdaniem Odwołującego, jak słusznie wskazuje się w doktrynie przedmiotu, skoro dokument złożony do akt został sporządzony w języku obcym, a od jego treści zależał dalszy tok postępowania, to należało dokonać jego oficjalnego tłumaczenia, tylko bowiem tłumaczenie dokonane przez tłumacza przysięgłego może stanowić miarodajny punkt odniesienia dla dalszych decyzji Zamawiającego. Musi istnieć zobiektywizowany - niezależny od umiejętności językowych poszczególnych osób oraz od sposobu objaśnienia przez nich pojęć wyrażanych w języku obcym - punkt odniesienia pozwalający na rzeczową, bezstronną

interpretację tekstu. Za takowy punkt odniesienia należy uznać, w ocenie Odwołującego, jedynie uwierzytelnione tłumaczenie na język polski. W polskim porządku prawnym osobami upoważnionymi do sporządzania tłumaczeń urzędowych dokumentów są tłumacze przysięgli, których działalność regulowana jest przepisami ustawy o zawodzie tłumacza przysięgłego z dnia 25 listopada 2004 r. Zgodnie z art. 5 i art. 6 przywołanej ustawy osoby uzyskujące prawo do wykonywania tego zawodu z urzędu podlegają wpisowi na listę tłumaczy przysięgłych prowadzoną przez ministra sprawiedliwości. Na liście tej nie znajduje się Pani E. K.-M.. Stąd Odwołujący prezentuje stanowisko, że Zamawiający wywodzi skutki prawne dla Wykonawcy opierając się na odpowiedzi podmiotu zagranicznego, posiłkując się na potrzeby postępowania dowolnym, roboczym i nieadekwatnym tłumaczeniem.

Pismem z dnia 2 maja 2016 r. Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący zwrócił uwagę, że Odwołujący w pierwszej kolejności podniósł, iż w toku ponownej oceny i badania ofert jego oferta została zbadana w sposób szczególny, czego zaniechano w stosunku do oferty Przystępującego. Zdaniem Przystępującego, tezę tę należy uznać za niezasadną.

W ocenie Przystępującego, jego oferta została zbadana tak, jak wszystkie oferty podczas pierwotnego badania i oceny ofert, jak również została poddana pod rozagę przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie wszystkich zarzutów, które wystosował Odwołujący w ówczesnym postępowaniu odwoławczym. Wszystkie z tych zarzutów zostały uznane w całości za niezasadne. Przystępujący na potwierdzenie powyższego faktu powołał wyimek z uzasadnienia wyroku z dnia 21 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 2864/15, w którym na stronie 23 Izba wskazała jednoznacznie, że: *„zarzuty skierowane w stosunku do oferty Przystępującego (Klaromed) w całości nie zasługiwały na uwzględnienie. Uwzględnienie zarzutów związanych z ofertą Odwołującego spowodowało konieczność uwzględnienia odwołania (...)”*. Jednocześnie Izba w sentencji ww. wyroku nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem Odwołującego, jako że podstawa wykluczenia stanowiąca przedmiot orzekania Izby nie potwierdziła się.

Oczywistym jest, zdaniem Przystępującego, że Zamawiający dokonał badania oferty Przystępującego już na wcześniejszym etapie postępowania. Nie sposób więc przyjąć, że doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Na marginesie Przystępujący wskazał, że Odwołujący nie powołał się na jakiegokolwiek okoliczności, wedle których oferta Przystępującego powinna zostać zbadana czy też odrzucona.

Zasada stosowania jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w podobnej sytuacji jest więc, w ocenie Przystępującego, błędnie interpretowana przez Odwołującego. Skoro bowiem Zamawiający w toku ponownej oceny i badania ofert powziął

wątpliwości co do spełniania przez oferowane rozwiązania wymagań określonych w SIWZ mógł w tym zakresie podjąć procedurę weryfikacji tylko jego oferty. Skoro zaś wątpliwości takich nie stwierdzono wobec oferty Przystępującego nie było podstaw, aby wzywać do wyjaśnienia treści jego oferty. Odwołujący z uwagi na zaistniałe wątpliwości był więc w odmiennej sytuacji niż Przystępujący, którego oferta również pod względem przedmiotowym nie budziła zastrzeżeń, stąd nie doszło do wzywania Przystępującego w toku ponownego badania ofert, a tym samym nie może być mowy o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Przystępującego, jako sztuczne i nieracjonalne należałoby uznać działanie Zamawiającego polegające na stawianiu tych samych zapytań do wszystkich wykonawców niezależnie od tego, jaki produkt oferują i bez względu na odmienną treść ich ofert. Skoro bowiem produkt oferowany przez Przystępującego nie budził żadnych zastrzeżeń, tym samym nie było podstaw do stosowania wezwań. Na marginesie Przystępujący zauważył, że oprócz zarzutów dotyczących sytuacji podmiotowej Przystępującego uznanych przez Izbę za niezasadne w powołanej sprawie, sam Odwołujący nie podnosił w niniejszym postępowaniu jakichkolwiek innych okoliczności w stosunku do oferty Przystępującego. Nie jest więc zrozumiałe dla Przystępującego, co miałyby być konkretnie przedmiotem badania Zamawiającego w toku ponownej oceny i badania ofert.

W odniesieniu do temperatury barwowej Przystępujący podał, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w związku z niespełnianiem wymagania: *„Sposób otrzymywania temperatury barwowej - diody LED białe”*. Ponadto, Przystępujący zwrócił uwagę, że pismem z dnia 5 listopada 2015 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie numer 94, podając, że oczekuje zaoferowania lampy z oświetleniem, w którym wszystkie diody są jednakowo białe.

Wykonawca, jak podał Przystępujący, potwierdził spełnianie spornego wymogu w treści oferty, ale z folderów producenta, jak również z instrukcji obsługi oferowanych lamp wynika, że nie wszystkie diody w lampie są białe. Oprócz diod LED białych posiadają one również diody w kolorze czerwonym. Powyższe potwierdza również pismo producenta Brandon przesłane w toku badania i oceny ofert, w którym ponadto producent stwierdza, że *„używamy białych diod w lampach, ale z uwagi na techniczną naturę diod oraz typ światła jaki emitują nie jest możliwe uzyskanie korekty koloru (wartości Ra i R9) wymaganej do dobrego oświetlenia chirurgicznego. Zatem używamy widocznych czerwonych diod, żeby podnieść równowagę czerwieni”*.

W świetle powyższego, w ocenie Przystępującego, należy uznać za precyzyjny zapis w pkt. 11 ww. załącznika do SIWZ, zgodnie z którym sposób otrzymywania temperatury barwowej miał być uzyskany poprzez diody białe.

Dodatkowo Przystępujący wskazał, że w toku przygotowania oferty uznał ww. wymóg za bezwzględny również w związku z odpowiedzią na powołane pytanie, w której nie dość, że Zamawiający nie dopuścił innego koloru niż biały, to jeszcze nie dopuszcza nawet rozróżnienia poszczególnych białych diod na ciepłe i zimne. Na pytanie bowiem, czy wszystkie diody mają być jednakowo białe, Zamawiający udzielił twierdzącej odpowiedzi.

Przystępujący zwrócił również uwagę, że producent Brandon Medical w piśmie z dnia 14 marca 2016 r. potwierdził, iż w oferowanych przez Odwołującego lampach używane są diody czerwone, które jedynie mogą być wyłączone przez chirurga.

Na uwagę, zdaniem Przystępującego, zasługuje fakt, że wyłączenie przez chirurga diod czerwonych może być przyczyną tego, iż lampy nie będą wówczas spełniały innych wymaganych przez Zamawiającego parametrów. Potwierdza to, w ocenie Przystępującego, producent, uzasadniając w cytowanym wyżej fragmencie pisma, dlaczego poza diodami LED białymi stosuje również czerwone.

Wobec tego, że wszyscy wykonawcy w postępowaniu opierali się na tych samych, jednoznacznych zapisach SIWZ, tj. wiedzieli o wymogu uzyskiwania temperatury barwowej wyłącznie przez diody białe uznanie oferty, w której temperatura ta jest uzyskiwana również za pomocą diod kolorowych stanowiłoby, zdaniem Przystępującego, naruszenie zasady równego traktowania pozostałych wykonawców.

Wobec jednoznacznego oświadczenia producenta w tym zakresie należy przyjąć, w opinii Przystępującego, że Odwołujący wprowadził w błąd Zamawiającego informując na stronie 28 oferty, że temperatura barwowa otrzymywana jest z diod białych, co miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Dalej Przystępujący podał, że wymaganiem Zamawiającego było, aby *„kopuła czaszy lampy wykonana z aluminium lub z tworzywa zapewniającego podobne właściwości”*. Odwołujący w treści oferty potwierdził spełnianie powyższego wymogu.

Przystępujący wyjaśnił, że na pytanie Zamawiającego, wystosowane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie tego tworzywa, Odwołujący nie złożył wyjaśnień, lecz pouczył Zamawiającego, iż w świetle wymagań SIWZ dopuszczalne jest, aby kopuła była zrobiona z aluminium, jak i z innego tworzywa.

Nie sposób więc uznać, zdaniem Przystępującego, ww. wypowiedź jako wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie. Zamawiający żądając alternatywnie, by kopuła była wykonana z aluminium lub innego tworzywa zapewniającego podobne właściwości, miał prawo otrzymać informację pozwalającą na ustalenie, jakie właściwości to tworzywo posiada.

Na uwagę zasługuje, zdaniem Przystępującego, iż nazwa kolumny, którą wypełnił Odwołujący stanowi: *„parametry oferowane”*. Wywodzić stąd można, iż to wykonawca powinien szczegółowo wskazać, co oferuje. Nie jest zaś rolą Zamawiającego

domniemywanie, iż przedmiot oferty jest zgodny z jego wymaganiami jedynie na podstawie ogólnego sformułowania wykonawcy, że tak jest.

W przedmiocie funkcji endoskopowej Przystępujący wskazał, iż wymaganiem Zamawiającego było, aby „w lampie funkcja endoskopowa włączana przyciskiem z panelu sterującego”. Powyższy zapis był przedmiotem licznych zapytań do SIWZ, na które Zamawiający udzielił odpowiedzi dnia 5 listopada 2015 r. (pytania numer: 23, 26 62, 67, 126, 139 wraz z odpowiedziami).

Odwołujący w ofercie na stronie 28 potwierdził, że w lampie funkcja endoskopowa włączana jest przyciskiem z panelu sterującego.

Zdaniem Przystępującego, w sprzeczności z ww. oświadczeniem stoi wypowiedź producenta Brandon Medical, który w odpowiedzi na zapytanie numer 4 Zamawiającego stwierdza, że: *„Intensywność światła może być dostosowana od 5% do 100% tak, aby łatwo można było wybrać odpowiedni poziom dla endoskopii w Kontrolce Użytkownika (większość produktów konkurencji ma tylko 30% najniższą intensywność ustawienia, dlatego mają osobną funkcję do endoskopii”*.

Producent poprzez porównanie z ofertą konkurencji wskazał więc, w ocenie Przystępującego, że nie ma odrębnie włączanej funkcji do endoskopii. Z ww. wypowiedzi wynika, że intensywność światła może być w jego rozwiązaniach jedynie dostosowana dla endoskopii.

W świetle powyższych faktów, zdaniem Przystępującego, należy uznać za prawidłowe stanowisko Zamawiającego, który przyjął, iż wykonawca oświadczył niezgodnie z prawdą, że funkcja endoskopowa włączana jest w oferowanych przez niego lampach przyciskiem z panelu sterującego.

Stosując wykładnię językową, której sam Odwołujący poświęca wiele rozważań w swoim odwołaniu, nie sposób uznać, w ocenie Przystępującego, by żądanie funkcji endoskopowej włączanej przyciskiem z panelu sterującego było spełnione poprzez regulację oświetlenia w sześciu krokach poprzez dwa przyciski „+” i „-” (jak stwierdza sam Odwołujący na stronie 15 odwołania).

Przystępujący dalej wyjaśnił, że istnieje jednak zasadnicza różnica pomiędzy jednorazowym włączeniem funkcji przez naciśnięcie przycisku a regulacją oświetlenia do pewnego poziomu przez wielokrotne naciskanie przycisków celem osiągnięcia tej funkcji.

Zamawiający jako gospodarz postępowania miał prawo ustanowienia takiego sposobu korzystania z funkcji endoskopii jaki jest dla niego najwygodniejszy. Skoro zaś ani Odwołujący ani inni wykonawcy skutecznie nie zakwestionowali tego wymagania, należy je uznać za obowiązujące.

Przystępujący zwrócił uwagę, że w toku postępowania wielu wykonawców wносиło w

tym względzie o możliwość dopuszczenia rozwiązania regulacji oświetlenia do funkcji endoskopii, zamiast włączania tej funkcji przyciskiem, na co Zamawiający konsekwentnie się nie godził, podtrzymując zapisy SIWZ. Dla Przystępującego również jasne było i jest, iż Zamawiający wobec tych odpowiedzi nie dopuszczał wariantowego sposobu zapewnienia funkcji endoskopowej poprzez regulację natężenia oświetlenia. Bezsporne pozostało więc na dzień składania ofert, że Zamawiający żądał włączenia tej funkcji przyciskiem, a nie regulacji przyciskami w wielu krokach.

Gdyby zaś Zamawiający dopuścił w SIWZ składanie ofert wariantowych, być może rozwiązanie oferowane przez Odwołującego należałoby uznać za spełniające wymagania SIWZ. Niedopuszczenie wariantowości, tj. innego sposobu spełnienia świadczenia wynika zaś z rozdziału III. SIWZ.

Bezsporne pozostaje więc, w ocenie Przystępującego, że wybór oferty przewidującej takie rozwiązanie stałby w sprzeczności z zasadą równego traktowania w stosunku choćby do tych wykonawców, którzy wnosili o dopuszczenie takiej możliwości i być może z tego powodu odstąpili od złożenia oferty w ogóle.

Odnosząc się do ogólnych rozważań Odwołującego na temat tłumaczenia dokumentu złożonego przez Brandon Medical Przystępujący stwierdził, iż Zamawiający dokonał tłumaczenia ww. przez tłumacza przysięgłego, gdyż taki właśnie dokument został Przystępującemu przekazany na wyraźną prośbę o wgląd do dokumentacji postępowania. Zarzut naruszenia zasady prowadzenia postępowania w języku polskim jest więc, zdaniem Przystępującego, niezasadny.

Przystępujący zwrócił również uwagę, że Odwołujący wskazuje ponadto na udział biegłego w czynnościach związanych z odrzuceniem jego oferty. Na uwagę zasługuje, zdaniem Przystępującego, fakt, że pismo o wyborze oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego zostało podpisane przez przewodniczącego Komisji przetargowej. Sam fakt powołania biegłego do wsparcia w procesie oceny oferty i sformułowania wniosków na potrzeby odrzucenia tej oferty nie stoi, w ocenie Przystępującego, w sprzeczności z żadnym przepisem ustawy Pzp ani innych ustaw.

W odpowiedzi na przedmiotowe przystąpienie Odwołujący zaprezentował swoją argumentację w piśmie procesowym z dnia 11 maja 2016 r.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż Przystępujący tłumaczy, że nakaz ponownego badania i oceny ofert został zrealizowany, ponieważ Zamawiający dokonał badania oferty Przystępującego „już na wcześniejszym etapie postępowania”. Takiego stanowiska, zdaniem Odwołującego, w żadnej mierze nie można uznać za słuszne. Gdyby zamiarem KIO było nakazanie dokonania czynności ponownego badania i oceny tylko jednej oferty, tzn. oferty, która została odrzuca, to dałaby wyraz temu w treści wyroku, nakazując dokonanie

czynności ponownego badania i oceny oferty odrzuconej. Odwołujący stoi na stanowisku, że wyroku o takiej treści Izba nawet nie może wydać. Tymczasem literalna wykładnia wyroku nakazuje ponowne badanie i ocenę wszystkich ofert, nie tylko oferty odrzuconej. Gdyby przyjąć, że dla realizacji wyroku wystarczające jest powołanie się na dokonanie oceny na wcześniejszym etapie, to realizacja wyroku pozostawałaby fikcją prawną. Fundamentalnym założeniem obowiązującego systemu kontroli realizacji zamówień publicznych jest rozpatrywanie przez Izbę prawidłowości zbadania i oceny wszystkich ofert przy zachowaniu zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający po nakazaniu mu dokonania czynności ponownego badania i oceny wszystkich ofert, zdaniem Odwołującego, winien rozpatrzyć wszystkie oferty ponownie, czyli w sposób nieograniczony. Tym samym postępowanie po wydaniu wyroku Izby, w ocenie Odwołującego, ma charakter rozpoznawczy (merytoryczny), a z punktu widzenia metodologicznego wymaga podjęcia wszystkich czynności zmierzających do kompleksowego zbadania ofert.

Merytoryczne rozpoznanie wszystkich ofert po raz wtóry przez Zamawiającego odbywa się, zdaniem Odwołującego, przy zastosowaniu ponownie wszystkich przepisów postępowania dotyczących badania ofert. Tym samym, wszystkie oferty powinny zostać zweryfikowane przez Zamawiającego z użyciem takich samych metod i przy bezwzględnym zachowaniu zasady równego traktowania wykonawców. Przez spełnianie w ten sposób funkcji rozpoznawczych, Zamawiający realizuje zobowiązanie nałożone na niego w wyroku Izby, nakazującym ponowne badanie ofert. Po drugie, konsekwencją rozpoznawczego charakteru postępowania po wydaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą wyroku jest, w ocenie Odwołującego, aktualizacja funkcji kontrolnej w ponownym postępowaniu przed Izbą. W przypadku ponownego zbadania tylko jednej oferty (pierwotnie odrzuconej) dochodzi do nierozpoznania istoty sprawy, albowiem rozstrzygnięcie o wynikach przetargu nie odnosi się do całości złożonego materiału ofertowego, co z kolei uniemożliwia weryfikację badania ofert w kolejnym postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą. Jak bowiem Izba może aktualnie ocenić prawidłowość zbadania i oceny ofert, skoro część z nich nie została zbadana, zgodnie z nałożonym obowiązkiem. Uniemożliwia to także odniesienie się do prawidłowości oceny ofert przez pozostałego wykonawcę. Jak może bowiem ustosunkować się do przeprowadzonej oceny wybranej oferty, skoro Zamawiający wprost przyznaje, że tej oferty już teraz w ogóle nie badał. Takie działanie Zamawiającego czyni iluzorycznym, zdaniem Odwołującego, kontrolę prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego, nie ma jakiegokolwiek racji w aktualnym twierdzeniu uczestnika, że to Odwołujący powinien był powoływać okoliczności, po to by inna oferta została zbadana. Jasno podkreślić trzeba, że ponowne badanie wszystkich ofert jest

działaniem, jakie Zamawiający musi samodzielnie podjąć realizując zobowiązanie Izby. Zdaniem Odwołującego, ponowne badanie i ocena ofert nie następuje dopiero wtedy, gdy któryś z wykonawców wskaże okoliczności, z powodu których mają zostać zbadane wszystkie oferty. Ponowne badanie wszystkich ofert nie odbywa się na wniosek wykonawcy, ale z własnej inicjatywy Zamawiającego, który musi tego dokonać jako realizację wyroku Krajowej Izby Odwoławczej. Izba nie nakazała ponownego dokonania oceny ofert dopiero, gdy taki wniosek złoży którykolwiek z wykonawców. Ponowne badanie i ocena ofert musi niezależnie od stanowiska wykonawców.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Przystępujący w złożonym piśmie z jednej strony przyznaje, że jego oferta została zbadana tylko na wcześniejszym etapie postępowania, co miałyby świadczyć o realizacji wyroku Izby, z drugiej stwierdza, że aktualnie nie stwierdzono wątpliwości co do jego oferty. Pytaniem zatem pozostaje, zdaniem Odwołującego, czy Przystępujący twierdzi, że jego oferta nie została zbadana po wydaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, ponieważ została zbadana wcześniej i jest to wystarczające, czy też, że została zbadana, ale nie stwierdzono wątpliwości, skutkujących wzywaniem do wyjaśnienia jego oferty. Z tego wynika, zdaniem Odwołującego, że Przystępujący sam nie wie, czy jego oferta była badana po wydaniu wyroku przez Krajową Izbę Odwoławczą czy nie.

Z kolei zaś stwierdzenie Przystępującego, że: *„nie jest więc zrozumiałe co miałyby być konkretnie przedmiotem badania Zamawiającego w toku ponownej oceny i badania ofert”* świadczy, zdaniem Odwołującego, o całkowitym niezrozumieniu zasad postępowania o udzielenie zamówień publicznych oraz treści wydanego już w sprawie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Zdaniem Odwołującego, myli się Uczestnik postępowania twierdząc, że Odwołujący wprowadził w błąd Zamawiającego stwierdzając, że temperatura barwowa otrzymywana jest za pomocą diod LED białych.

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ, Zamawiający ograniczył wymóg białych diod LED tylko do temperatury barwowej. Odwołujący potwierdził, że oferuje temperaturę barwową z zakresu 4300 do 4 900 st. K i jest ona otrzymywana wyłącznie za pomocą białych diod LED.

Odnosząc się do przywoływanego pytania numer 94 trzeba Odwołującego wskazać, że pytanie dotyczyło tego, czy wszystkie diody białe mają być jednakowo białe. Pytanie dotyczyło tego, czy są dopuszczalne różnej odcienie bieli w białych diodach, co zresztą zostało sprecyzowane w nawiasie pytania. Tym samym, zdaniem Odwołującego, pytanie nie dotyczyło, tak jak mylnie twierdzi Uczestnik postępowania, tego czy wszystkie diody w lampach mają być białe, a jedynie tego, czy diody umieszczone w zbiorze „diody LED białe” mają emitować światło o tej samej temperaturze barwowej. Pytanie nie mogło dotyczyć

innych kolorów diod LED, ponieważ kolor czerwony diody nie może być biały zimny lub biały ciepły. Pytanie zatem nie zmieniło sposobu interpretacji SIWZ.

Odwołujący zaproponował lampę, w której wszystkie białe diody LED są jednakowo białe bez żadnych odcieni. Interpretacja odpowiedzi na pytanie numer 94 przedstawiona przez Uczestnika stanowi, zdaniem Odwołującego, niedozwoloną modyfikację postanowień SIWZ. Z treści SIWZ w żaden sposób nie wynika, by Zamawiający oczekiwał tylko białych diod LED. Wymagał jedynie, aby temperatura barwowa uzyskiwana była za pomocą diod LED białych. Odwołujący podkreślił, że interpretacja przedstawiona przez Uczestnika nie wynika z literalnej wykładni postanowień SIWZ i stanowi wykładnię rozszerzającą, tym samym nie może być podstawą dokonywania oceny zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, Uczestnik postępowania mija się z prawdą twierdząc, że przy wyłączeniu diod czerwonych, lampy nie będą spełniały innych wymaganych przez Zamawiającego parametrów. Świadczy to o powierzchownym zapoznaniu się z całą dokumentacją techniczną. Odwołujący zwrócił uwagę, że Brandon Medical Ltd stwierdza, że używane są w lampach białe diody LED i można uzyskać za ich pomocą oczekiwane przez Zamawiającego parametry Ra i R9, ale wskazuje równocześnie, że po to dodaje jeszcze diody czerwone do lamp, by uzyskiwany za ich pomocą efekt był jeszcze lepszy niż przy użyciu tylko białych diod LED, co nie oznacza w żadnym stopniu, że używanie tylko białych diod LED nie spełnia warunków Zamawiającego. Oznacza to, zdaniem Odwołującego, że lampy oferują jeszcze lepsze parametry przy dodatkowym użyciu diod czerwonych niż te, możliwe do uzyskania tylko przy pomocy białych diod.

Dla wyjaśnienia Odwołujący dodał również, że współczynniki R9 i Ra na oczekiwanym poziomie 95 zostają osiągnięte przy każdej temperaturze barwowej. By jednak jeszcze współczynniki te zwiększyć (powyżej 95) używa się czerwonych diod LED. Odwołujący podał, że maksymalna wartość współczynników wynosi 100, a nie 95. Zdumiewające jest więc, zdaniem Odwołującego, skąd Uczestnik postępowania wysnuwa wnioski, że bez użycia diod czerwonych lampy prezentowane przez Odwołującego nie prezentują parametrów wymaganych przez Zamawiającego. Takich stwierdzeń nie można odszukać w treści żadnej z dokumentacji przedstawionej przez Odwołującego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w jednym z pism wystosowanych przez firmę Brandon Medical Ltd, producent wyjaśnił, z jakiego tworzywa zbudowana jest kopuła czaszy lampy oferowanej przez Odwołującego: *„głowice lamp są wykonane z różnych tworzyw ABS (plastyk/poliwęglany). Są one formowane z użyciem antybakteryjnego dodatku (poligiene), co przyczynia się do polepszenia właściwości oświetlenia dotyczącego kontroli infekcji.”*

Odwołujący podniósł, że pomimo tak szczegółowego wyjaśnienia rodzaju tworzywa, Zamawiający nie wskazał, ani nie doprecyzował spełnienia, jakich jeszcze parametrów oczekuje przez tworzywo. Odwołujący stoi na stanowisku, że to nie rolą Wykonawcy jest się domyślać, jakie parametry muszą zostać wykazane. Skoro kopuła czaszy lampy zbudowana z zaferowanego przez Odwołującego tworzywa spełnia swoje funkcje i pasuje jako element całości, to zdaniem Odwołującego, oferta Odwołującego zgodna jest w tym zakresie z SIWZ. Ponadto, Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie zadał Odwołującemu konkretnych pytań dotyczących konkretnych parametrów tworzywa, nie dając mu tym samym szansy na dokładne wyjaśnienia w tym zakresie, czym naruszył w sposób znaczący zasadę równego traktowania wykonawców. Zdaniem Odwołującego, to na Zamawiającym ciąży obowiązek wyjaśnienia wszystkich wątpliwości, które pojawiają się w toku postępowania przetargowego, gdyż wynikiem przetargu ma być zawarcie umowy z podmiotem, który przedstawił ofertę najkorzystniejszą.

Również argumenty dotyczące funkcji endoskopowej włączanej przyciskiem z panelu sterującego, przedstawione przez Uczestnika postępowania należy uznać, zdaniem Odwołującego, za zupełnie chybione. Odwołujący podał, że Zamawiający wymagał w pkt 13, aby funkcja endoskopowa włączana była przyciskiem z panelu sterującego. Z SIWZ w żaden sposób nie wynika, w ocenie Odwołującego, że Zamawiający oczekiwał (jak teraz twierdzi Uczestnik postępowania), by funkcja endoskopowa włączana była za pomocą jednorazowego naciśnięcia przycisku.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż wielokrotnie spotykał się z sytuacją, w której zamawiający oczekiwał właśnie takiego rozwiązania, jednak wtedy w SIWZ znajdowała się informacja, że funkcja endoskopowa włączana ma być za pomocą odrębnego przycisku, specjalnie do tej funkcji przeznaczonego bądź poprzez jednorazowe naciśnięcie przycisku.

Zdziwienie Odwołującego budzą ponadto stwierdzenia Uczestnika postępowania, że: *„Producent poprzez porównanie z ofertą konkurencji wskazał więc, że nie ma odrębnie włączanej funkcji endoskopii. Z ww. wypowiedzi wynika, że intensywność światła może być w jego rozwiązaniach jedynie dostosowana dla endoskopii.”*

Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający w SIWZ nie oczekiwał odrębnego przycisku/odrębnego włączania funkcji endoskopii, co wobec tego nie wymaga prowadzenia dalszej wykładni.

Pismem z dnia 12 maja 2016 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

W pierwszej kolejności Zamawiający podniósł, że dokonał ponownego badania i oceny ofert na skutek orzeczenia Izby z dnia 21 stycznia 2016 r. Zamawiający podał, że

przedmiotem sporu był wówczas fakt wykluczenia Odwołującego z uwagi na przyczyny formalne oraz zaniechanie wykluczenia Przystępującego. Zamawiający wyjaśnił, iż mając na względzie zapadły wyrok, wskazał w notatce z dnia 18 kwietnia 2016 r., że ponowna ocena i badanie ofert odbywa się ze szczególnym uwzględnieniem oferty Odwołującego. Sformułowanie „szczególnym”, jak zauważył Zamawiający, miało jedynie na celu podkreślenie, że Odwołujący ponownie ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż decyzja o jego wykluczeniu została zmieniona na skutek ww. wyroku. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący nie ma podstaw, by doszukiwać się wobec tego naruszenia zasady równego traktowania.

Odnosząc się do aspektów technicznych Zamawiający podniósł, że Odwołujący opiera swoją argumentację na swojej subiektywnej interpretacji SIWZ oraz powołuje się na zapisy SIWZ, pomijając treść odpowiedzi udzielonych w toku postępowania, stanowiących integralną część SIWZ.

Dalej Zamawiający wyjaśnił, że temperatura barwowa w lampach operacyjnych typu LED może być uzyskiwana z diod LED: białych, czerwonych i zielonych. Temperatura barwowa może być stała bądź zmienna (regulowana). Lampa ma stałą temperaturę przy użyciu białych diod LED, zaś temperatura jest zmienna w lampach, w których następuje regulacja natężenia poszczególnych kolorów innych niż biały. Powyższe kategorie lamp istnieją na rynku medycznym, na dowód czego Zamawiający przedłożył fotografie i opisy (załącznik nr 1 do odpowiedzi na odwołanie).

Zamawiający podał, że w SIWZ wymagał lamp nowej generacji, tj. uzyskujących stałą temperaturę barwową poprzez diody LED białe. Powyższe znajduje potwierdzenie w pkt. 11 tabeli wymagań technicznych zgodnie, z którym sposób otrzymywania temperatury określono jako diody LED białe, jak również w pkt. 26 tabeli, zgodnie z którym lampy powinny mieć stałą temperaturę barwową mieszczącą się w zakresie 4300-4900 st. K.

Zamawiający podkreślił, że ww. zapisy nie budziły wątpliwości wykonawców, w szczególności nikt nie zadał pytania dotyczącego tego, czy zostanie dopuszczona zmienna temperatura barwowa. W tych okolicznościach, zdaniem Zamawiającego, ma podstaw, by zgodzić się z tezą Odwołującego, jakoby wymagania w tym zakresie były niejednoznaczne.

Pytanie pojawiło się jedynie w zakresie koloru diod LED. Mianowicie w pytaniu numer 94, jak wyjaśnił Zamawiający, które wraz z odpowiedzią zostało opublikowane dnia 5 listopada 2016 r., wykonawca wnosił o doprecyzowanie, jak należy rozumieć „diody LED białe” i prosił o wyjaśnienie, czy przez pojęcie „diody białe”. Zamawiający rozumie zaoferowanie lampy z oświetleniem, w którym wszystkie diody są jednakowo białe, tzn. emitują światło białe o tej samej temperaturze barwowej (nie dopuszcza się diod koloru typu: białe zimne, białe ciepłe itp. jako diod różnokolorowych). Wobec jednoznacznej odpowiedzi - „TAK”, należy przyjąć, w ocenie Zamawiającego, iż nie ulegało wątpliwości, że Zamawiający

wymaga lamp z oświetleniem, w których wszystkie diody są jednakowo białe i nie dopuszcza lamp z diodami różnokolorowymi.

Zamawiający zauważył, że na rynku funkcjonuje wiele różnych technologii lamp. Intencja Zamawiającego w tym zakresie wyrażona została *expressis verbis* w pkt. 11 załącznika technicznego, zgodnie z którym sposób otrzymywania temperatury barwowej został określony jako diody LED białe oraz w pkt. 26, w którym wskazano, że temperatura barwowa ma być stała (nie regulowana innymi kolorami, np. czerwonym). Powyższe, w zestawieniu z jednoznaczną odpowiedzią na pytanie numer 94, nie daje podstaw, zdaniem Zamawiającego, do uznania tezy Odwołującego, jakoby Zamawiający dopuszczał lampy wykorzystujące inne diody niż białe, tj. lampy ze zmienną temperaturą barwową.

Zamawiający podał również, że w toku ponownej oceny i badania ofert, na podstawie powszechnie dostępnych informacji pochodzących od producenta Brandon Medical Ltd ustalił, że oferowane lampy posiadają nie tylko diody LED białe, a co za tym idzie nie posiadają stałej temperatury, lecz jest ona regulowana. W załączniku nr 2 do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zawarł treść folderu producenta Brandon Medical Ltd.

Zamawiający wyjaśnił, że aby zweryfikować uzyskane informacje, świadczące o niezgodności oferty z treścią SIWZ, zadał producentowi pytania, m.in. czy jest możliwe wyprodukowanie lampy z tylko białymi diodami LED, czy jest możliwe uzyskanie odpowiedniej temperatury barwowej bez zastosowania diod czerwonych (używając tylko diod białych) oraz, w jaki sposób dokonywana jest regulacja temperatury barwowej i jak regulować temperaturę barwową.

Na tak zadane pytania producent potwierdził, że: *„używamy widocznych czerwonych diod”, „temperatura barwowa oświetlenia zmieni się przy dodaniu czerwonych diod”, „kontrolka równowaga czerwieni kontroluje włączenie czerwonych diod (...) co wpłynie na temperaturę barwową i pozwoli na regulację oddania czerwonego koloru”*. Ponadto producent wskazał, że *„temperatura barwowa waha się 3100 K - 4600 K”*.

Wobec powyższych ustaleń, Zamawiający podał, że uzyskał pewność, iż lampy zaoferowane przez Odwołującego nie spełniają wymogu z poz. 11, tj. sposób uzyskiwania temperatury barwowej – diody LED białe, na co wskazuje jednoznaczne oświadczenie producenta, dotyczące diod czerwonych, jak również wyjaśnienie, że temperatura barwowa nie jest stała, lecz regulowana i nie obejmuje ona zakresu wymaganego, tj. 4300-4900 st. K, lecz 3100-4600 st. K.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż istnieje uzasadnienie kliniczne dla żądania lamp z białymi diodami LED, tj. ze stałą temperaturą barwową. Daje to pewność operatorowi, iż zmiana barwy pola operacyjnego nie ulegnie zmianie, np. w trakcie operacji, a co za tym idzie, rozwiązanie takie minimalizuje ryzyka związane z oddaniem barw widocznych przez operatora. Zamawiający wskazał przy tym na przykładowe opracowania dotyczące lamp z

białymi diodami LED oraz lamp z diodami różnokolorowymi, które przedłożył w załączniku nr 3 odpowiedzi na odwołanie.

Jeśli idzie o materiał, z jakiego jest wykonana kopuła czaszy oferowanych przez Odwołującego lamp, to Zamawiający wyjaśnił, że w tym zakresie podstawą odrzucenia oferty była ostatecznie odpowiedź Odwołującego z dnia 29 marca 2016 r., w której na wezwanie Odwołujący nie informuje, z jakiego tworzywa jest wykonana czasza lampy.

Dalej Zamawiający podaje, że wymaganiem określonym w pkt. 8 tabeli technicznej było, aby kopułę czaszy wykonano z aluminium lub z tworzywa zapewniającego podobne właściwości. Wobec tego, że do chwili obecnej Zamawiającemu nie jest wiadomo, z jakiego tworzywa jest wykonana kopuła czaszy (z oferty wynika, że kopuła wykonana jest z tworzywa), zdaniem Zamawiającego, decyzję o odrzuceniu oferty należy uznać za zasadną, gdyż niemożliwe było potwierdzenie jej zgodności w tym zakresie z wymogiem SIWZ.

Zamawiający zwrócił uwagę, że dokonuje wyboru oferty, która zapewni realizację jego potrzeb. W sprzeczności z tą zasadą byłoby akceptowanie ofert, których treść w zakresie wymagań Zamawiającego jest niepewna i nieustalona.

W odniesieniu do funkcji endoskopowej Zamawiający podał, że oferta Odwołującego jest w tym zakresie niezgodna z treścią SIWZ z uwagi na to, iż pismo producenta potwierdza, że funkcja endoskopowa nie jest włączana przyciskiem, lecz jej uzyskanie jest możliwe poprzez regulację natężenia oświetlenia. Zamawiający podał, że w odpowiedzi na pytanie numer 4 producent wskazał, iż *„intensywność światła może być dostosowana od 5% - 100% tak, aby łatwo można było wybrać odpowiedni poziom dla endoskopii w Kontrolce Użytkownika (większość produktów konkurencji ma tylko 30% niższą intensywność ustawienia, dlatego mają osobną funkcję dla endoskopii)”*.

Poprzez wskazanie na wybranie odpowiedniego poziomu na kontrolce oraz informację, że konkurencja ma osobną funkcję dla endoskopii okazało się, jak wyjaśnił Zamawiający, że w lampach Brandon Medical Ltd funkcja endoskopowa nie jest włączana włącznikiem, co stoi w sprzeczności z wymaganiem zawartym w pkt. 13 tabeli wymagań technicznych.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że wielokrotnie w swoich odpowiedziach podtrzymywał swoje wymaganie, aby funkcja ta była włączana włącznikiem. Tym samym Zamawiający udzielił odmownej odpowiedzi na złożone wnioski o dopuszczenie funkcji endoskopii na zasadzie regulacji natężenia (odpowiedzi na pytania numer: 23, 26, 62, 67, 126, 139 z dnia 5 listopada 2015 r.).

Zadane w tym zakresie pytania, w ocenie Zamawiającego, potwierdzają, iż na rynku funkcjonują zarówno lampy z włącznikiem funkcji endoskopii, jak i lampy, w których funkcja

ta jest uzyskiwana za pomocą regulacji natężenia oświetlenia. W załączniku numer 4 do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał przykładowe zestawienie różnych lamp. Zamawiający wyjaśnił, że na złożonych zdjęciach widoczne jest, iż w lampach z włącznikiem funkcji endoskopii jest jeden przycisk, zaś w lampach z regulacją są przyciski typu +/-, których wielokrotne naciskanie sprawia, iż uzyskiwany jest poziom oświetlenia właściwy dla funkcji endoskopii.

Zamawiający podniósł, że gdyby na obecnym etapie dopuścił możliwość zaoferowania lamp z funkcją endoskopii uzyskiwaną w drodze regulacji a nie poprzez włącznik, doszłoby do dyskryminacji tych wykonawców, którzy ze względu na ww. wymóg odstąpili od składania ofert.

Oczekiwanie dostarczenia lamp z włącznikiem funkcji endoskopii za pomocą jednego przycisku, jak podał Zamawiający, ma ponadto konkretne uzasadnienie kliniczne. Z uwagi na to, że na sali operacyjnej w wielu przypadkach niezbędna jest szybkość działania, Zamawiający oczekuje by proces uzyskania funkcji endoskopii skrócić do minimum, tj. po prostu ją włączyć. W ocenie Zamawiającego, nie stanowi zaspokojenia jego potrzeb w tym zakresie dostarczenie lamp poprzez uzyskiwanie tej funkcji w kilku krokach z wykorzystaniem regulacji natężenia oświetlenia.

Powyższe potrzeby i intencje, zdaniem Zamawiającego, wynikały jednoznacznie z SIWZ i odpowiedzi na pytania, a co za tym idzie nie nastąpiła w tym zakresie żadna zmiana na etapie oceny i badania ofert. Jeśli zaś wykonawca chciał polemizować z zasadnością ww. wymogu, to w ocenie Zamawiającego, mógł składać stosowne środki ochrony prawnej na etapie publikacji.

Zamawiający przedłożył ponadto treść zapytań wysłanych do producenta Brandon Medical Ltd oraz pismo z odpowiedziami - załącznik numer 5 do odpowiedzi na odwołanie.

Reasumując Zamawiający podniósł, że powyższy dowód w postaci pisma producenta legł u podstaw stwierdzenia, iż w ofercie znalazły się informacje nieprawdziwe, mające wpływ na wynik postępowania, a co za tym idzie oferta została odrzucona nie tylko na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale również wykonawca został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Pismem z dnia 22 grudnia 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego. W ślad za tym, w dniu 31 grudnia 2016 r. Odwołujący wniósł odwołanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wobec:

- 1) zaniechania wykluczenia z postępowania Przystępującego, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą oraz uznania oferty tego Wykonawcy za odrzuconą w warunkach, w których wykonawca podał nieprawdziwe informacje,
- 2) wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego w sytuacji, gdy Wykonawca ten podlegał wykluczeniu, a jego oferta winna być uznana za odrzuconą,
- 3) zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niespełniającej wymogów SIWZ oraz niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia,
- 4) wezwania Odwołującego się do uzupełnienia dokumentów,
- 5) odrzucenia oferty Odwołującego,
- 6) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Wyrokiem z dnia 21 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 2864/15 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez Odwołującego w zakresie zarzutów dotyczących oferty Odwołującego i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazała dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert, przy uwzględnieniu oferty Odwołującego

W uzasadnieniu swojego stanowiska Izba wskazała, że: *„Na podstawie dokonanych ustaleń, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części zarzutów odwołania odnoszącej się do nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego. Zarzuty skierowane w stosunku do oferty Przystępującego w całości nie zasługiwały na uwzględnienie. Uwzględnienie zarzutów związanych z ofertą Odwołującego spowodowało konieczność uwzględnienia odwołania, ponieważ oferta Odwołującego w wyniku ponownego badania i oceny ofert może zostać uznana za ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, co w ujęciu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp oznacza, że stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w takim zaś wypadku, Izba zobowiązana jest do uwzględnienia odwołania.”* (str. 23 uzasadnienia ww. wyroku).

Uwzględniając zarzuty dotyczące czynności podjętych wobec Odwołującego Izba podała, że: *„Zamawiający poza odwołaniem się do bliżej niekonkretyzowanego stanowiska orzecznictwa nie podjął jakiegokolwiek próby ustalenia czy na gruncie przedmiotowego postępowania możliwa jest ocena takiego udostępnienia zasobu jako realnego i pozwalającego na przyjęcie, że Odwołujący jest zdolny do należytego wykonania zamówienia bez jednoczesnego uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Zamawiający tej okoliczności nie zbadał, ani nie dał wyrazu takiej ocenie w treści uzasadnienia podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia. Nadto należy zauważyć, że nawet gdyby Zamawiający rzeczywiście oceniał takie udostępnienie zasobu jako*

niegwarantujące w myśl art. 22 ust.5 ustawy Pzp należytego wykonania, to nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia wykazu dostaw, pomimo, że z takiej oceny musiałoby wynikać, że przedstawiony wykaz wykonanych dostaw zawiera braki, a wystosował jedynie formalne wezwanie związane z brakami w dokumentach. W konsekwencji Izba oceniła, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego. Na marginesie Izba pragnie również zauważyć, iż Zamawiający zastosował nieprawidłową podstawę prawną swoich czynności w postępowaniu, mianowicie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podczas gdy w sytuacji, kiedy wykonawca nie wykazuje spełnienia warunków udziału w postępowaniu, także w zakresie związanym z udowodnieniem prawidłowości udostępnienia zasobów, podstawę działania powinien stanowić art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.” (str. 31 uzasadnienia ww. wyroku).

Z protokołu postępowania, dotyczącego czynności podjętych po wydaniu rzeczonoego wyroku wynika, co następuje: *„Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2016 roku (Sygn. Akt: KIO 2864/15) Zamawiający dokonał czynności ponownego badania, oceny ofert. W świetle tych postanowień Zamawiający ponownie przystąpił do oceny ofert ze szczególnym uwzględnieniem pierwotnie odrzuconej oferty wykluczonego wykonawcy TBK Medical jako, że oferta drugiego Wykonawcy firmy Klaromed została uznana przez KIO jako zgodna z SIWZ i ważna. Mając na uwadze charakter przedmiotu zamówienia i uzyskanie bezstronnej opinii w tym zakresie Zamawiający korzystając z prawa jakie daje mu art. 21 ust. 4 ustawy Pzp powołał biegłego – Panią E. K.-M. Inżyniera Projektu, celem wydania opinii w zakresie zgodności oferowanych lamp operacyjnych i zabiegowych przez TBK Medical Partner Sp. z o.o. ze SIWZ. Pani E. K.-M. w dniu 29.02.2016 roku złożyła oświadczenia” (pkt 17 protokołu postępowania w brzmieniu po dokonaniu czynności powtórzonych, zakończonych w dniu 18 kwietnia 2016 r. – pkt 18 protokołu postępowania).*

Zamawiający w rozdziale I SIWZ, stanowiącym opis przedmiotu zamówienia wyspecyfikował wymagania szczególne dotyczące wszystkich lamp operacyjnych oraz wymagania szczególne dotyczące wszystkich lamp zabiegowych. Wśród wymagań dotyczących lamp operacyjnych znalazły się m.in.:

- kopuła czaszy lampy wykonana z aluminium lub z tworzywa zapewniającego podobne właściwości (pkt 8),
- sposób otrzymywania temperatury barwowej – diody LED białe (pkt 11),
- w lampie funkcja endoskopowa włączana przyciskiem z panelu sterującego (pkt 13),
- liczba diod na jedną czaszę – maksymalnie 100 (pkt 16),
- stała temperatura barwowa w zakresie 4.300 – 4.900 st. K (pkt 26),
- współczynnik odwzorowania barw Ra minimum 95 (pkt 27),

- współczynnik odwzorowania barw R9 minimum 96 (pkt 28).

Lampy zabiegowe miały cechować się w szczególności następującymi parametrami:

- kopuła czaszy lampy wykonana z aluminium lub z tworzywa zapewniającego podobne właściwości (pkt 8),
- sposób otrzymywania temperatury barwowej – diody LED białe (pkt 11),
- stała temperatura barwowa w zakresie 4.300 – 4.900 st. K (pkt 17),
- współczynnik odwzorowania bar Ra minimum 95 (pkt 18),
- współczynnik odwzorowania barw R9 minimum 96 (pkt 19).

Pismem z dnia 5 listopada 2015 r. Zamawiający, w trybie przepisu art. 38 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, udzielił wykonawcom wyjaśnień dotyczących treści SIWZ. I tak:

- na pytanie numer 7: *„Czy Zamawiający dopuści lampę operacyjną z regulowaną temperaturą barwową w zakresie 4000-4400-4800K?”*, Zamawiający odpowiedział: *„Należy przyjąć zgodnie z zapisami SIWZ”*.
- na pytanie numer 23: *„Czy Zamawiający dopuści do zaoferowania lampę zabiegową wyposażoną w regulację natężenia oświetlenia w zakresie 10 do 100%, co umożliwi uzyskanie parametrów oświetlenia stosowanego przy zabiegach endoskopowych i umożliwi uzyskanie tą drogą funkcji oświetlenia endoskopowego, a więc parametrze lepszym od wymaganego?”*, Zamawiający odpowiedział: *„Należy przyjąć zgodnie z zapisami SIWZ”*.
- na pytanie numer 26: *„Czy Zamawiający dopuszcza lampę, w której oświetlenie endoskopowe jest zintegrowane i uruchamiane poprzez zmniejszenie natężenia do wartości 10% max. natężenia?”* Zamawiający odpowiedział: *„Należy przyjąć zgodnie z zapisami SIWZ”*.
- na pytanie numer 30, dotyczące lamp operacyjnych: *„Czy Zamawiający oczekuje aby lampa posiadała możliwość zmiany temperatury barwowej w zakresie 3500K, 4000K, 4500K do 5000K? Takie rozwiązanie jest znacznie korzystniejsze i pozwala dostosować lampę do indywidualnych potrzeb danego zabiegu operacyjnego dostosowując temperaturę barwową do danego pola operacyjnego.”* Zamawiający odpowiedział: *„Należy przyjąć zgodnie z zapisami SIWZ”*.
- na pytanie 62: *„Zwracamy się z prośbą o dopuszczenie do zaoferowania lampy o regulacji natężenia w zakresie 40-100% nominalnej wartości natężenia E_c dla obu czasz. Oferowana lampa dzięki zastosowaniu funkcji oświetlenia endoskopowego w obu czaszach zapewnia pełną funkcjonalność w zakresie regulacji natężenia.”* Zamawiający odpowiedział: *„Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy SIWZ.”*

- na pytanie numer 67: *„Zwracamy się z prośbą o dopuszczenie do zaoferowania lamp, w których funkcja endoskopowa realizowana jest poprzez obniżenie natężenia do 10% wartości Ec sterownikiem regulującym? Dodatkowo dzięki ergonomicznie zamocowanej ławej w manewrowaniu czaszy istnieje możliwość odwrócenia źródła światła o 180° względem pola operacyjnego, co całkowicie wypełnia wymaganie oświetlenia endoskopowego.”* Zamawiający odpowiedział: *„Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy SIWZ.”*
- na pytania numer 94 i 110 (dotyczące odpowiednio lamp operacyjnych i zabiegowych, tożsamo brzmiące): *„Biorąc pod uwagę zapis w tabeli technicznej pkt. 11 w którym Zamawiający wymaga aby lampa wyposażona była w „diody białe”, prosimy o sprecyzowanie czy przez pojęcie „diody białe” Zamawiający rozumie zaoferowanie lampy z oświetleniem w którym wszystkie diody są jednakowo białe tzn. emitują światło białe o tej samej temperaturze barwowej (nie dopuszcza się diod koloru typu: białe zimne, białe ciepłe itp. jako diod różnokolorowych)?”* Zamawiający odpowiedział: *„Tak”*.
- na pytanie numer 126: *„Czy Zamawiający dopuści lampę bez funkcji endoskopowej włączanej z panelu sterującego?”* Zamawiający odpowiedział: *„Nie”*.
- na pytanie numer 139: *„Czy Zamawiający dopuści w pkt. 37, lampę która nie posiada funkcji endoskopowej? W lampach zabiegowych światło endoskopowe nie jest stosowane a tylko generuje dodatkowy koszt. Lampy zabiegowe w większości przypadków posiadają regulację natężenia oświetlenia dzięki której można zmniejszyć natężenie w zakresie od 30 do 100%”* Zamawiający odpowiedział: *„Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy SIWZ.”*

Odwołujący złożył ofertę, w której zaoferował lampę operacyjną model Qe6H30 oraz lampę zabiegową model Qe30, obie produkcji firmy Brandon Medical Company Ltd. Odwołujący potwierdził spełnianie wymaganych przez Zamawiającego parametrów (str. 28 – 31 oferty), wskazując m.in., że kopuła czaszy obu lamp wykonana jest z tworzywa, a stała temperatura barwowa wynosi 4.600 st. K.

Wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 2864/15 Zamawiający w celu wsparcia Zamawiającego w zakresie oceny oferty Odwołującego, powołał w charakterze biegłego E. K.-M. (druk ZP -1).

Z notatki z dnia 29 lutego 2016 r. z posiedzenia komisji przetargowej wynika, że Zamawiający przekazał biegłemu korespondencję z Odwołującym prowadzoną w ramach dialogu technicznego, odpowiedzi udzielone przez Odwołującego Zamawiającemu w toku

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ustalono również, że biegły „przygotuje zapytanie do producenta lamp Brandon oraz TBK w celu wyjaśnienia wątpliwości w zakresie oferowanych lamp”, w którym „poruszy następujące kwestie:

- diody led czerwone (czy w takim przypadku łączna ilość diod mieści się w 100?),
- brak funkcji endoskopowej,
- oprawa lampy z PP zamiast szkło bezpieczne lub poliwęglan,
- regulacja temperatury barwowej,
- brudny uchwyt.”

W dniu 2 marca 2016 r. biegła poinformowała Zamawiającego drogą elektroniczną - wiadomość e-mail, że skierowała do producenta lamp oferowanych przez Odwołującego – Brandon Medical zapytania. Biegła przesłała Zamawiającemu treść wiadomości skierowanej do Brandon Medical oraz pismo, stanowiące załącznik. Treść rzeczonoego pisma była następująca: „Zwracamy się z prośbą o wyjaśnienia w zakresie Państwa sprzętu – lampy zabiegowej QE30 oraz lampy operacyjnej QE6H30. W trakcie prowadzonego przez nas postępowania przetargowego, Państwa dystrybutor – firma TBK Medical Partner Sp. z o.o. złożyła nam ofertę na ww. modele lamp. Prosimy o potwierdzenie/informacje w następujących dziedzinach:

1. Czy produkujecie Państwo, bądź jesteście w stanie wyprodukować powyższe lampy, zawierające tylko białe diody?
2. Czy możliwym jest uzyskanie określonej temperatury barwowej bez zastosowania diod czerwonych (tylko przy użyciu białych diod)?
3. Jaka jest łączna ilość wszystkich diod, białych i czerwonych?
4. Czy lampa operacyjna posiada funkcję światła endoskopowego?
5. Z jakiego tworzywa produkowane są oprawy lamp operacyjnych i zabiegowych?
6. W jaki sposób dokonywana jest regulacja temperatury barwowej? (...).”

Tożsame pismo w dniu 11 marca 2016 r. skierował do firmy Brandon Medical również Zamawiający.

W odpowiedzi rzeczony producent (wiadomość e-mail z dnia 7 marca 2016 r. i pismo z dnia 14 marca 2016 r.) przesłał następującą odpowiedź (poświadczone tłumaczenie przysięgłe z j. angielskiego z dnia 11 kwietnia 2016 r.):

1. „Czy produkują Państwo, lub są w stanie wyprodukować powyższe lampy, zawierające tylko białe diody?

Technologia Brandon LED jest unikalną i opatentowaną technologią „HD-LED”. Używamy „białych” diod w lampach, ale z uwagi na techniczną naturę diod oraz typ światła jaki emitują

nie jest możliwe uzyskanie korekty koloru (wartości R_a i R_9) wymaganej do dobrego oświetlenia chirurgicznego (tj. zwłaszcza czerwonej części (R_9) widzialnego spektrum). Zatem, używamy widocznych czerwonych diod, żeby „podnieść” równowagę czerwieni. Pozwala to chirurgowi do „przystosowania” jego percepcji wizualnej do przedmiotu w oparciu o jego indywidualną percepcję czerwieni. Przy systemie Brandon, oświetlenie może być używane z czerwonymi diodami, które są wyłączone, jeśli tak woli chirurg. Termin „białe” diody w pewnym sensie jest fałszywy, jeśli chodzi o Oświetlenie Chirurgiczne, ponieważ wielu producentów używa w rzeczywistości zmodyfikowanych lub wielokolorowych diod w celu uzyskania koniecznego oddania koloru. Ale nie można ich łatwo zobaczyć, ponieważ są „ukryte” w głowicy lampy wykorzystując technikę „mieszania źródeł” oraz światła odbitego. Ta technika nie jest wydajna i wymaga wysokiego użycia pojemności diod w celu produkcji wymaganej intensywności światła (do 160.000 luksów). Technologia Brandon HD-LED używa technik „mieszanego pola”, gdzie światło z diod jest projektowane bezpośrednio z głowicy lampy z użyciem precyzyjnych technik optycznych. Diody w systemie Brandon wykorzystują tylko ok. 20% swojej pełnej zdolności w celu osiągnięcia tego samego celu.

2. Czy jest możliwe uzyskanie odpowiedniej temperatury barwowej bez zastosowania diod czerwonych (używając tylko białych diod)?

To zależy co mamy na myśli mówiąc „odpowiednia” temperatura barwowa?? Temperatura barwowa to kolor światła jaki widzi oko, a nie to jaką dokładnie barwę mają obiekty, na które ono świeci. Oddawanie światła to najważniejszy czynnik w oświetleniu chirurgicznym. Poniższe rysunki to ilustrują.

Warto także zauważyć, że Brandon Medical to jedyny producent, który otwarcie publikuje pełen zakres oddania barw CRI w swoich broszurach informacyjnych.

Jednakże, temperatura barwowa Oświetlenia zmienia się przy dodaniu czerwonych diod. Bez czerwonego koloru temperatura to 4.600K. (...)

CRI - Colour Rendering Index - wskaźnik oddania barw.

Wskaźnik oddania barw (R [indeks dolny niewidoczny z uwagi na słabą jakość kopii] mierzy jak dobrze źródło światła odtwarza barwy.

Full Spectrum Colour Rendition - pełne spektrum oddawania barw.

Prawie perfekcyjne oddanie barw.

Przez widoczne spektrum ($R - R$ [indeks dolny niewidoczny z uwagi na słabą jakość kopii]. HD-LED prawie perfekcyjnie oddaje barwy dla wszystkich 8 pomiarów barw używanych do obliczenia ogólnego wskaźnika oddania barw CRI (R [indeks dolny niewidoczny z uwagi na słabą jakość kopii]). „Silna czerwień” tak ważna dla wizualizacji czerwonej tkanki nie jest ujęta w pomiarach R_a .

RED – czerwień.

Równowaga zwiększonej czerwieni R [indeks dolny niewidoczny z uwagi na słabą jakość kopii] R [indeks dolny niewidoczny z uwagi na słabą jakość kopii] oznacza widoczne odtworzenie koloru czerwonego, które jest decydującym parametrem dla oświetlenia chirurgicznego. -/-

Red balance control - Kontrola równowagi czerwieni-/-

Enhanced RED I - zwiększona czerwień I-/-

Optimum Red - optymalna czerwień-/-

Reduced Red I - obniżona czerwień -/-

% widocznej czerwieni może zostać zwiększony lub zmniejszony w celu optymalizacji widoczności tkanki czerwonej. Temperatura barwowa waha się do 3.100K do 4.600K. -/-

4. Czy lampa operacyjna QE6H30 ma funkcję światła endoskopowego? -/-
Intensywność światła może być dostosowana od 5% do 100% tak, aby łatwo można było wybrać odpowiedni poziom dla endoskopii w Kontrolce Użytkownika (większość produktów konkurencji ma tylko 30% najniższą intensywność ustawienia, dlatego mają osobną funkcję do endoskopii). -/- (...)

5. Z jakiego tworzywa jest zrobiona oprawa światła (głowica lampy)? -/-

Głowice lamp są wykonane z różnych tworzyw ABS (plastyk/poliwęglany). Są one formowane z użyciem antybakteryjnego dodatku (poligieny), co przyczynia się do polepszenia właściwości oświetlenia dotyczącego kontroli infekcji. -/-

6. W jaki sposób dokonywana jest regulacja temperatury barwowej? Jak regulować temperaturę barwową? -/-

Kontrolki Quasar eLite są (patrz poniżej) -/-

Intensywność światła ... „kontrola „równowagi czerwieni” ... skupienie pola światła -/-
Kontrolka „równowaga czerwieni” kontroluje włączenie czerwonych diod (lub nie, jeśli nie są wymagane), co wpłynie na „temperaturę barwową” i pozwoli na regulację oddania czerwonego koloru tak, jak wspomniano powyżej. -/-

[opis obrazka:] -/-

Red balance - równowaga czerwieni -/-

Centre button - przycisk centralny -/-

Intensity - intensywność -/-

Focus - skupienie -/-

Camera zoom (if fitted) - przybliżenie kamery (jeśli zainstalowano) -/-

Standby light - światło standby -/- -/-

Ustawienia kontrolki „równowagi czerwieni” (patrz także punkt 3 powyżej) -/-

1. (najniższe) brak czerwieni - 4.600 K -/-
2. 4.100K -/-
3. (standardowe ustawienia przy uruchomieniu, chyba że zostaną zmienione) 3.700K

4. 3.400K-/-
5. Najwyższa pełna czerwień 3.100K-
/- -/-

Ustawienia „standardowe” kontrolki równowagi czerwieni można zmienić na inne, jeśli użytkownik tego chce, lub jeśli je zmieni”.-/-

Zaś z przekładu z języka angielskiego z dnia 18 kwietnia 2016 r. odpowiedzi producenta, dokonanego przez tłumacza przysięgłego wynika dodatkowo:

„3. Jaka jest całkowita ilość LED-ów (białych + czerwonych) w jednym świetle?

W Qe jest 90 LEDów i w Qe30 jest 39 LEDów.”

Pismem z dnia 25 marca 2016 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego pismo następującej treści: *„Działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013r., poz. 907) zwanej dalej ustawą oraz w związku z pozyskaniem na podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 par. 5 (Dz. U. z 2013r, poz. 231), przez Zamawiającego informacji od Producenta w zakresie oferowanych przez Państwa urządzeń zwracamy się z prośbą o wyjaśnienia w zakresie Państwa sprzętu - lampy zabiegowej QE30 Producenta Brandon Medical Company Ltd. oraz lampy operacyjnej QE6H30 Producenta Brandon Medical Company.*

1. Zgodnie ze złożoną przez Państwa ofertą pkt 11 Wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp operacyjnych oraz pkt 11 Wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp zabiegowych potwierdziliście Państwo możliwość otrzymywania temperatury barwowej tylko z pomocą białych diod LED.

Natomiast zgodnie z odpowiedzią udzieloną przez firmę Brandon MC Ltd. – producenta oferowanego przez Państwa asortymentu cytuję: „Technologia LED Brandona jest unikalna i opatentowana. Używamy białych diod LED w lampach ale z przyczyn natury technologicznej i rodzaju światła które emitują nie jest możliwe uzyskanie poprawnego odwzorowania kolorów wymaganych/oczekiwanych w dobrych lampach operacyjnych. Dlatego też używamy czerwonych diod LED do zwiększenia równowagi barwy czerwonej. Umożliwia to chirurgowi dostrojenie/dostosowanie widocznej percepcji przedmiotu na podstawie jego indywidualnej percepcji.”

Co więcej na wprost zadane przez nas pytanie producent odpowiedział w następujący sposób:

Is it possible to gain the proper colour temperature without using the red LEDs (using only white LEDs)?

It depends what you mean by 'proper' colour temperature?? Colour temperature is the

colour of the light that the eye sees rather than how accurately the light renders the colour of objects onto which it is shining. Colour rendition is the more important factor in surgical lighting. See the pictures below which illustrate. It is also noteworthy that Brandon Medical is the ONLY manufacturer who openly publishes the FULL RANGE of CRI colour rendition in its product information/brochure. However, the colour temperature of the Light will change with the addition of the red LED's. Without red the colour temperature is 4600 K.

To zależy co macie na myśli poprzez „ właściwą ” temperaturę barwową?? Temperatura barwowa to barwa światła, którą widzą oczy, a nie ta, która wskazuje jak dokładnie światło oświetla przedmioty na które jest skierowane. Odzworowanie barwy jest ważniejszym czynnikiem w oświetleniu operacyjnym. Proszę spojrzeć na zdjęcia ilustrujące poniżej. Warto również zauważyć, iż Brandon Medical jest jedynym producentem, który otwarcie publikuje pełny przekrój CRI w swej broszurze produktu. Tak czy inaczej, temperatura barwowa lampy zmieni się po dodaniu czerwonych LEDów. Bez użycia czerwonych diod LED temperatura barwowa wynosi 4600 K.”

W tym miejscu Zamawiający zamieścił fotografie wraz z opisem, zawarte w odpowiedzi producenta.

Dalej Zamawiający kontynuuje: *„Powyższa odpowiedź wskazuje bezspornie że oferowane przez Państwa produkty wprost nie spełniają wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wymagał otrzymywania temperatury barwowej (nie tylko temperatury barwowej w zakresie zgodnym z pkt 26 ww. wymagań szczególnych) tylko przy użyciu białych diod LED.*

Co więcej zgodnie z w/w wymienionymi odpowiedziami potwierdzonymi również w dokumentacji technicznej lampy zabiegowej QE30 Producenta Brandon Medical Company Ltd. oraz lampy operacyjnej QE6H30 Producenta Brandon Medical Company w przypadku wyłączenia czerwonych diod LED w temperaturze barwowej 4600K lampy niemożliwym jest osiągnięcie wskazanego w ofercie współczynnika odzworowania barw.

2. Ponadto w myśl par. 30 ust 5 ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień Publicznych Dz. U. 2004 nr 19 poz. 177 Zamawiający wzywa do wyjaśnienia zapisów pkt 8 Wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp operacyjnych oraz w pkt 8 Wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp zabiegowych. Mianowicie, Wykonawca wskazał, że kopała lampy wykonana jest z tworzywa podczas gdy Zamawiający wymagał: „Kopuła czaszy lampy wykonana z aluminium lub z tworzywa zapewniającego podobne właściwości”

Ponadto Zamawiający przypomina, że w każdym wypadku uczestnicy przetargu mają obowiązek podawania prawdziwych informacji pod rygorem wykluczenia z procedury przetargowej na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Pojęcie prawdy na gruncie prawa rozumieć trzeba tak jak w języku potocznym, a więc jako zgodność myśli (wypowiedzi) z

rzeczywistością, tj. z „faktami” i „danymi” (por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r., II CKN 1095/99).

Składanie w przetargu nieprawdziwych w celu uzyskania zamówienia publicznego (tzw. oszustwo przetargowe) stanowi naruszenie art. 297 §1 k.k. i jest przestępstwem gospodarczym a ten, kto w celu uzyskania dla siebie lub kogo innego, od (...) instytucji dysponujących środkami publicznymi (...) zamówienia publicznego, przedkłada podrobiony, przerobiony, poświadczający nieprawdę albo nierzetelny dokument albo nierzetelne, pisemne oświadczenie dotyczące okoliczności o istotnym znaczeniu dla uzyskania wymienionego zamówienia podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

W przypadku wykrycia oszustwa przetargowego Zamawiający zgodnie z ustawą niezwłocznie zgłasza odpowiednie organy o tym czynnie.

Brak wyjaśnień o których mowa w piśmie zgodnie z art. 89 ust. 2 spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnienie przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert a wszystkie zaoferowane parametry będą protokołarnie weryfikowane podczas odbioru.”

W odpowiedzi Odwołujący wskazał (pismo z dnia 29 marca 2016 r.), „że za niedopuszczalne uznać należy działania Zamawiającego polegające na kierowaniu zapytań i wyjaśnień bezpośrednio do podmiotu trzeciego, tj. Brandon Medical Company Ltd.

Działanie takie nie znajduje oparcia zarówno w przepisach Prawa zamówień publicznych, jak i przepisach aktów ościennych. Wskazać bowiem należy, że Prawo zamówień publicznych pozwala na weryfikację złożonych oświadczeń czy dokumentów poprzez formułowanie wezwania adresowanego bezpośrednio do wykonawcy, nie zaś do podmiotu trzeciego. Wskazuje na to wprost art. 26 ust. 4 Ustawy pozwalający na wzywianie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, nie zaś wzywianie podmiotu trzeciego, który nie uczestniczy w postępowaniu na prawach strony.

Analogicznie, powoływane Rozporządzenie w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, jednoznacznie określa rodzaj dokumentów możliwych do żądania od wykonawcy, nie zaś od innych podmiotów. Zgodnie z par. 1 ust. 6 rozporządzenia jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi

podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

- 1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy - dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9-11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) dokumentów dotyczących w szczególności:
 - a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
 - b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
 - c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
 - d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Ugruntowane stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej prowadzi do wniosku, że żądanie owych dokumentów adresowane winno być do wykonawcy, nie zaś do podmiotu trzeciego.

Wyraźnego podkreślenia wymaga zatem, iż zwracanie się w niniejszej sprawie przez Zamawiającego o inne dokumenty lub wyjaśnienia do podmiotu trzeciego, poza tymi szczegółowo określonymi w przepisach prawa, należy ocenić jako działania sprzeczne z prawem i naruszające fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych.

Jednocześnie naprowadzam, że przepis, na który powołuje się Zamawiający jako podstawę uzyskania wyjaśnień od podmiotu trzeciego („w związku z pozyskaniem na podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 par. 5 (Dz. U. 12013 r, poz. 231)”), nie ma jakiegokolwiek związku z uzyskiwaniem dokumentów od podmiotu trzeciego, albowiem jego treść brzmi:

„W przypadku, o którym mowa w art. 22 ust. 2 ustawy, zamawiający może żądać oświadczenia wykonawcy o zatrudnianiu ponad 50% osób niepełnosprawnych w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub w rozumieniu właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego - jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania w tych państwach.”

W dalszej kolejności naprowadzam, że w odnośnym piśmie Zamawiający cytuje odpowiedź uzyskaną od Brandon Medical Company Ltd w języku angielskim, równocześnie przedstawiając enigmatyczne tłumaczenie na język polski. Po pierwsze nie jest wiadomym, kto dokonał tłumaczenia, po drugie jakimi kwalifikacjami w tej materii dysponował.

Stosownie do treści art. 9 ust. 2 i 3 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Nadto, w art. 5 w związku z art. 4 i art. 7 ust. 2 i 3 ustawy o języku polskim zawarty jest wymóg dokonywania wszelkich czynności urzędowych oraz składania oświadczeń woli w języku polskim, dotyczący, w myśl tej ustawy, podmiotów

wykonujących zadania publiczne na terytorium RP oraz osób (w znaczeniu jurystycznym) dokonujących wskazanych czynności (oświadczenia woli, podania i inne pisma) wobec takich podmiotów. Przepis art. 9 ust. 2 Pzp nie tylko zawiera normę prawną o charakterze bezwzględnie obowiązującym, co nie pozwala na jego odmienną Interpretację.

W niniejszej sprawie, Zamawiający działając w charakterze podmiotu wykonującego zadania publiczne na terytorium RP, jest obowiązany do udostępnienia dokumentów w takiej formie, by możliwe było odczytanie jego oryginalnego znaczenia. Takiego wymogu nie spełnia niewiadomego pochodzenia cytaty w piśmie Zamawiającego z dnia 25 marca 2016 r., który nie pozwala na odczytanie oryginalnego znaczenia odpowiedzi Brandon Medical Company Ltd.

Jak słusznie wskazuje się w doktrynie przedmiotu, skoro dokument złożony do akt został sporządzony w języku obcym, a od jego treści zależał dalszy tok postępowania, to należało dokonać jego oficjalnego tłumaczenia, tylko bowiem tłumaczenie dokonane przez tłumacza przysięgłego może stanowić miarodajny punkt odniesienia dla dalszych decyzji Zamawiającego. Musi istnieć zobiektywizowany - niezależny od umiejętności językowych poszczególnych osób oraz od sposobu objaśniania przez nich pojęć wyrażanych w języku obcym - punkt odniesienia pozwalający na rzeczową bezstronną interpretację tekstu. Za takowy punkt odniesienia należy uznać jedynie uwierzytelnione tłumaczenie na język polski.

Należy wyraźnie zatem zaznaczyć, że Zamawiający wywodzi skutki prawne dla Wykonawcy opierając się na odpowiedzi pomiotu zagranicznego, posiłkując się na potrzeby postępowania dowolnym, roboczym i przy tym wybiórczym tłumaczeniem, wykonanym najprawdopodobniej przez pracownika Zamawiającego. Postępowanie Zamawiającego jest o tyle niedopuszczalne, że odpowiedzi spółki angielskiej dotyczą zagadnień wysokospecjalistycznych o skomplikowanej nomenklaturze, która nie jest słownictwem powszechnie przyswajającym poza tłumaczami przysięgłymi.

Wymaga szczególnego podkreślenia, że przeprowadzone tłumaczenie jest wybiórcze i jednostronnie ukierunkowane na oczekiwany rezultat przez zamawiającego zmierzający do odrzucenia oferty wykonawcy.

Wskazać bowiem należy, że pełna odpowiedź udzielona zamawiającemu przez spółkę Brandon Medical Company Ltd była poszerzona o wyjaśnienia kluczowe z punktu widzenia wymogów zawartych w specyfikacji. Otóż, w pełnej odpowiedzi Brandon Medical Company Ltd jednoznacznie wskazuje, że czerwone diody LED są diodami dodatkowymi, które operator/chirurg może włączyć. Ponadto wskazuje też że domyślne ustawienia temperatury barwowej mogą być zmieniane.

Wbrew twierdzeniom zawartym w piśmie z dnia 25 marca 2016 roku Zamawiający w specyfikacji nie wymagał otrzymywania temperatury barwowej tylko przy użyciu białych diod LED. W specyfikacji jednoznacznie określono: „Sposób otrzymywania temperatury barwowej

- diody LED białe". Tak określona specyfikacja pozwala stwierdzić, że wykonawca spełnił przewidziany warunek. Zaproponował bowiem lampy, które nie tylko pozwalają na uzyskanie temperatury barwowej przy użyciu białych diod LED, ale także dodatkowo posiadają możliwość użycia czerwonych diod LED. Wynika to wprost z treści poprawnego tłumaczenia pisemnej odpowiedzi podmiotu trzeciego na zadane pytania.

Twierdzenia prezentowane aktualnie przez Zamawiającego jakoby „Zamawiający wymagał otrzymywania temperatury barwowej (nie tylko temperatury barwowej w zakresie zgodnym z pkt 26 ww wymagań szczególnych) tylko przy użyciu białych diod LED” są twierdzeniami które stanowią niedopuszczalną wykładnię rozszerzającą SIWZ. Wymagana temperatura barwowa została jednoznacznie określona w SIWZ do niej należy odnosić pochodne wymagania dotyczące diod LED. W innym wypadku, prowadziłoby to do łatwego dyskryminowania wykonawców poprzez wskazywanie wymaganej temperatury barwowej, która pierwotnie nie była uwzględniana w SIWZ.

Ponadto mylnym jest twierdzenie zamawiającego jakoby z odpowiedzi Brandon Medical Company wynikało iż niemożliwym jest osiągnięcie wskazanego w ofercie współczynnika odwzorowania barw. Współczynnik odwzorowania barw Ra wynosi 95, wynika to z tego iż jest to średnia współczynników dla ośmiu kolorów wzorcowych R1 do R8 czyli miara zdolności danego źródła światła do wiernego oddawania barw w porównaniu do naturalnego światła dziennego.

Odnosząc się do wezwania o wyjaśnienie zapisów pkt 8 Wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp operacyjnych oraz w pkt 8 Wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp zabiegowych, podnoszę, że Zamawiający wymagał: „Kopuła czaszy lampy wykonana z aluminium lub z tworzywa zapewniającego podobne właściwości”. W wymaganiu użyto spójnika LUB, który stanowi wybór między dwoma dopuszczalnymi alternatywami. Dopuszczalne jest zatem aby kopuła czaszy lampy została zrobiona z aluminium, jaki i z innego tworzywa. Warunek został zatem przez wykonawcę spełniony.

Odnosząc się do wezwania o wyjaśnienie zapisów pkt 13 Wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp operacyjnych oraz w pkt 37 Wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp zabiegowych, podnoszę, że Zamawiający wymagał: Funkcja Endoskopowa włączana przyciskiem z panelu sterującego. W wymaganiu jasno sprecyzowano że do włączenia funkcji światła endoskopowego konieczne jest użycie przycisku i ten warunek został przez wykonawcę spełniony. Specyfikacja nie określała iż miałby to być oddzielny niezależny przycisk mówi jedynie o tym że funkcję światła endoskopowego uruchamiana jest za pomocą przycisku na panelu a nie przycisku zlokalizowanego gdzieś indziej. Zamawiający powinien znać istotę funkcji endoskopowej i wiedzieć iż jest to natężenie światła na poziomie 3 - 5 % wartości natężenia maksymalnego.

W ostatnim słowie zwracam uwagę, iż przypomnienie przez Zamawiającego o

obowiązku podawania prawdziwych informacji Wykonawca uważa za całkowicie zbędne.”

Izba ustaliła, że biegła powołana w sprawie przygotowała treść decyzji w sprawie wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty (wiadomość e-mail z dnia 11 kwietnia 2016 r.).

Pismem z dnia 18 kwietnia 2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując, że: *„Na wezwanie zamawiającego Wykonawca nie złożył w terminie wyznaczonym w wezwaniu stosownych dokumentów i/lub wyjaśnień potwierdzających że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego i że złożone oświadczenia są zgodne z prawdą. Zamawiający w pkt 11 Wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp operacyjnych oraz w pkt 11 Wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp zabiegowych wymagał: "sposób otrzymywania temperatury barwowej - diody LED białe". Sformułowanie to oraz użycie zamkniętego zbioru wartości - wskazanie po myślniku rodzaju diod dzięki którym ma być uzyskiwana temperatura barwowa, jednoznacznie wskazuje intencje Zamawiającego. Żaden z wykonawców w trakcie postępowania przetargowego nie miał co do tego wątpliwości i nie zadał pytania w zakresie uszczegółowienia lub wyjaśnienia treści SIWZ w tym zakresie, nie uczynił tego również TBK Medical. Ponadto zgodnie z wcześniejszymi wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 09.12.2015 r. Wykonawca potwierdzał możliwość osiągnięcia temperatury barwowej przy wyłącznym zastosowaniu białych diod LED nie kwestionując sposobu interpretacji powyższego zapisu. Należy zauważyć że TBK Medical Partner Sp. z o.o był uczestnikiem przeprowadzonego przez Zamawiającego dialogu technicznego. Na pytanie nr 6 - W jaki sposób jest uzyskiwana odpowiednia temperatura barwowa (jakie są rodzaje/kolory diod) - wymóg diody białe, TBK odpowiedziało – Regulacja temperatury barwowej uzyskiwana jest dzięki zastosowaniu diod emitujących światło białe oraz dodatkowej możliwości włączenia diod emitujących światło czerwone. Bez barwy czerwonej czerwone tkanki nie będą widoczne ze wszystkimi istotnymi dla chirurga szczegółami typu: ukrwienie i natlenienie. Starannie ułożone diody eliminują zjawisko rozbawienia lub tzw. Efektu tęczy zazwyczaj związanych z łączeniem różnokolorowych diod LED”.*

Dalej podał również, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz została złożona przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający wskazał, że: *„Oferta TBK Medical Partner Sp.z o.o. nie odpowiada treści SIWZ w następujących pozycjach:*

1) poz. 11 wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp operacyjnych oraz pkt 11

wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp zabiegowych w zakresie otrzymywania temperatury barwowej tylko za pomocą białych diod LED. Oferowane przez TBK lampy produkcji firmy Brandon MC Ltd. nie odpowiadają powyższym wymaganiom. Z informacji od producenta wynika iż "Technologia LED Brandona jest unikalna i opatentowana. Używamy białych diod LED w lampach, ale z przyczyn natury technologicznej i rodzaju światła które emitują nie jest możliwe uzyskanie poprawnego odwzorowania kolorów wymaganych/oczekiwanych w dobrych lampach operacyjnych. Dlatego też używamy czerwonych diod LED do zwiększenia równowagi barwy czerwonej." Powyższa odpowiedź wskazuje bezspornie, że oferowane przez TBK produkty wprost nie spełniają wymogów SIWZ. Zamawiający wymagał otrzymywania temperatury barwowej (nie tylko temperatury barwowej w zakresie zgodnym z pkt 26 ww wymagań szczególnych) tylko przy użyciu białych diod LED. Co więcej zgodnie z odpowiedziami producenta oraz z dokumentacją techniczną Brandona lampy zabiegowe QE30 oraz lampy operacyjne QE6H30 w przypadku wyłączenia czerwonych diod LED w temperaturze barwowej 4600K lampy niemożliwym jest osiągnięcie wskazanego w ofercie współczynnika odwzorowania barw.

- 2) pkt. 8 wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp operacyjnych oraz pkt 8 wymagań szczególnych dotyczących wszystkich lamp zabiegowych - Zamawiający wymagał aby kopuła czaszy lampy była wykonana z aluminium lub z tworzywa zapewniającego podobne właściwości. W Rozdziale I SIWZ wskazano iż "Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów i urządzeń równoważnych -tj. o parametrach technicznych i jakościowych nie gorszych niż określone w SIWZ-w odniesieniu do materiałów i urządzeń, których pochodzenie zostało określone przez Zamawiającego w SIWZ i dokumentach technicznych nazwą producenta. Zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi, roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Równoważność pod względem parametrów technicznych, użytkowych oraz eksploatacyjnych ma w szczególności gwarantować realizację robót w zgodzie z dokumentacją techniczną oraz zapewnić uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w niniejszej SIWZ." W ofercie TBK wskazał, że kopuła wykonana jest z tworzywa bez podania jakiego rodzaju jest to tworzywo oraz bez wskazania iż oferowane przez niego tworzywo spełnia wymagania określone przez Zamawiającego. Na wezwanie Zamawiającego o wyjaśnię powyższych kwestii Wykonawca nie wskazał, iż zastosowane tworzywo posiada parametry aluminium.
- 3) zgodnie z wymaganiami SIWZ funkcja endoskopowa winna być włączana poprzez użycie przycisku, z oferty TBK wynika, iż funkcja ta uzyskiwana jest na podstawie

regulacji natężenia oświetlenia. Na wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienie powyższej kwestii Wykonawca nie wykazał, iż funkcja endoskopowa włączana jest poprzez użycie przycisku.”

Izba dopuściła dowód z załącznika nr 1 do odpowiedzi do odwołania, zawierającego zestawienie lamp ze zmienną i stałą temperaturą barwową, ustalając, wobec braku dowodu przeciwnego po stronie Odwołującego, lampy z białymi diodami LED posiadają stałą temperaturę barwową, zaś lampy z wielokolorowymi diodami LED cechuje zmienna temperatura barwowa.

Izba nie przychyliła się do wniosku Zamawiającego w przedmiocie oddalenia wniosków dowodowych zgłoszonych przez Odwołującego w treści odwołania z powodu niedoręczenia odpisów tych dowodów Zamawiającemu wskazując, iż w orzecznictwie na kanwie powyższego powstało zagadnienie nie tyle, czy w takiej sytuacji oddalić wnioski dowodowe, ale czy doszło do skutecznego przekazania kopii odwołania. Skład orzekający w niniejszej sprawie stoi na stanowisku, że jeśli wraz z odwołaniem nie zostały przekazane dowody, które nie znajdują się w posiadaniu zamawiającego, to winno to skutkować odrzuceniem odwołania. Z powołaną sytuacją w niniejszym postępowaniu nie mieliśmy do czynienia.

Natomiast § 24 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz. U. z 2014 r., poz. 964) odnosi się do pism przedkładanych w toku rozprawy i obowiązek wynikający z przywołanej regulacji należy odczytywać w taki sposób, że środki dowodowe nieprzedstawione w odpisach dla stron nie mogą być przedmiotem postępowania dowodowego. Natomiast, jeśli chodzi o dokumenty, które stanowią część dokumentacji postępowania, to zdaniem Izby, mogą one być przedmiotem dowodu, nawet w przypadku ich nieprzedstawienia wraz z odwołaniem, ale tylko w okolicznościach, w których dysponuje nimi Izba (z racji obowiązku ich doręczenia przez zamawiającego) i są znane czy też ewentualnie nie kwestionuje ich uczestnik postępowania odwoławczego. W przypadku więc niedoręczenia przez zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albo w sytuacji braków tej dokumentacji negatywne skutki, w postaci nieprzeprowadzenia dowodu, poniesie Odwołujący. Przypomnieć bowiem należy, że obowiązek przedstawienia dowodów obciąża strony i uczestników postępowania (art. 190 ust. 1 ustawy Pzp).

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła dowodów z pozostałych dokumentów przedłożonych przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie uznając je za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegającego na szczególnym badaniu i ocenie oferty Odwołującego i uznaniu, że oferta Przystępującego takiemu badaniu nie podlega, bowiem została przez Izbę uznana za zgodną z SIWZ i ważną stwierdzić należy, że zarzut ten jest chybiony.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że z treści protokołu postępowania wynika, iż Zamawiający na skutek wydanego orzeczenia Izby dokonał ponownego badania i oceny ofert. Nie sposób więc twierdzić, że do oceny ofert nie doszło, tym bardziej, że Zamawiający podejmował czynności, które miały na celu zbadanie okoliczności, skutkujących pierwotnie odrzuceniem oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał nawet, iż w tym celu powołał biegłego.

Natomiast nie można zgodzić się z opinią Odwołującego, że w wyniku zapadłego orzeczenia Izby Zamawiający zobowiązany był przeprowadzić ponowne badanie ofert, czyli niejako powtórzyć czynność badania ofert w pełnym zakresie. Zauważyć należy, że po pierwsze, Zamawiający dokonał badania ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, którego rezultatem była ocena zakomunikowana wykonawcom pismem z dnia 22 grudnia 2016 r. Odwołujący nie zgodził się z tą oceną i zakwestionował czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zgłaszając zarzuty wobec zaniechania określonych czynności względem Przystępującego (zaniechania wykluczenia Przystępującego i odrzucenia jego oferty) oraz odrzucenia oferty Odwołującego. Oznacza to, że Odwołujący wnosząc środek ochrony prawnej, zmierzający do wzruszenia konkretnych czynności, domagał się oceny postępowania Zamawiającego właśnie w tym zakresie, natomiast w pozostałym aspekcie (niekwestionowanym) zgodził się z decyzją Zamawiającego.

Idąc dalej zauważyć należy, że zarzuty skierowane przeciwko postępowaniu Zamawiającego w związku z oceną Przystępującego i jego oferty okazały się niesłuszne. Izba uznała, że zasługują na oddalenie. W tych okolicznościach, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający nie ma obowiązku dokonywania oceny na nowo oferty Przystępującego. Nie ma racji Odwołujący, że powtórzenie badania oferty Przystępującego winno nastąpić z urzędu. Wniesienie odwołania nie powoduje, że wszystkie dotychczas podjęte czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy powtórzyć, sytuacji tej nie zmienia co do zasady nawet uwzględnienie odwołania. Uwzględnienie odwołania i stwierdzenie przez Izbę naruszeń w określonym zakresie wymaga od zamawiającego podjęcia na nowo jedynie czynności skutecznie zakwestionowanych. Przypomnieć bowiem należy Odwołującemu, że Izba rozpoznaje odwołanie w granicach

zarzutów (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), a więc badaniu w postępowaniu odwoławczym podlegają jedynie czynności i zaniechania stanowiące treść zarzutu.

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający nie był więc zobowiązany do powtórzenia badania oferty Przystępującego, choć jak wynika z protokołu postępowania, takiej czynności dokonał. Środek ochrony prawnej w postępowaniu odwoławczym zapewnia ochronę tylko temu wykonawcy, który z niego skorzystał i to w zakresie, w którym zasługiwał na uwzględnienie. Skoro Izba nie stwierdziła naruszeń w ocenie oferty Przystępującego, to oznacza to, że ocena ta została usankcjonowana przez Izbę. Stwierdzenie przez Zamawiającego w rzeczonym protokole postępowania, że oferta Przystępującego została uznana przez Izbę za ważną i zgodną z SIWZ odpowiada prawdzie.

Raz jeszcze bowiem należy podkreślić, że to do wykonawcy należy ocena, w jakim zakresie kwestionuje wybór oferty najkorzystniejszej (art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), a zamawiający zobowiązany jest do dokonania czynności, jeśli zostały zaniechane lub powtórzenia czynności, jeśli zostały podjęte z naruszeniem prawa, w przypadku stwierdzenia przez Izbę rzeczonych uchybień (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp), z zastrzeżeniem, że Izba orzeka co do zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp).

Skoro Izba w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, na skutek odwołania Odwołującego z dnia 31 grudnia 2016 r., nie stwierdziła błędów wobec oceny Przystępującego i jego oferty, to Zamawiającemu pozostawała do weryfikacji ocena oferty Odwołującego, bowiem tę Izba uznała za wadliwą. Zatem, choć stwierdzenie Zamawiającego zawarte w protokole postępowania, że *„przystąpił do oceny ofert ze szczególnym uwzględnieniem pierwotnie odrzuconej oferty wykluczonego Wykonawcy”*, tj. Odwołującego, może sugerować, że zostały podjęte wobec Odwołującego jakieś nadzwyczajne środki i ocena ta przebiegała w inny sposób niż względem pozostałych wykonawców, co nie mieści się w granicach równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, to wrażenie to jest nieuzasadnione. Analiza czynności podjętych przez Zamawiającego w istocie potwierdza, że chodziło o zbadanie oferty Odwołującego. Natomiast dodatkowemu badaniu nie podlegała oferta Przystępującego, z przyczyn, o których była mowa wyżej. Chodziło więc raczej o podkreślenie faktu, że przystąpiono do badania oferty Odwołującego, na skutek orzeczenia Izby.

Zrozumienie istoty postępowania odwoławczego, którą wyjaśniono powyżej, uzmysławia, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie doszło do zaniechania badania i oceny oferty Przystępującego, co więcej Zamawiający nie miał obowiązku jego przeprowadzenia, a więc tym bardziej nie można mówić o preferencyjnym traktowaniu Przystępującego.

Zwrot *„ze szczególnym uwzględnieniem”* należy więc tłumaczyć, w warunkach

niniejszego postępowania, jako wskazanie, że przystąpiono do oceny oferty Odwołującego, mając na względzie uwzględnienie odwołania przez Izbę wobec stwierdzenia wadliwej oceny oferty Odwołującego. Oczekiwania więc przez Odwołującego, że Zamawiający powinien wyjaśnić na czym to szczególne badanie polegało są nieuzasadnione, bowiem do odmiennego, niemieszczącego się w kryteriach oceny ofert i sprzeniewierzającego się podstawowym zasadom udzielenia zamówień publicznych, badania oferty Odwołującego nie doszło. Sposób badania wynika z konkretnych czynności podjętych w toku postępowania i te czynności nie zostały przez Odwołującego zakwestionowane, Odwołujący w istocie zakwestionował wnioskowanie, które doprowadziło do oceny oferty Odwołującego i w konsekwencji samą ocenę.

Zwrócić należy uwagę, iż wywód Odwołującego zawarty w treści odwołania, który wskazywał na konieczność stosowania kryteriów oceny ofert, ustalonych w danym postępowaniu oraz cechy, którym te kryteria winny odpowiadać jest co do zasady słuszny, niemniej jednak irrelevantny dla sprawy, bowiem Odwołujący nie wykazał, że ocena oferty Odwołującego nie została przeprowadzona w oparciu o powyższe.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że Odwołujący chcąc wykazać zaniechanie w zakresie oceny oferty Przystępującego w istocie musiałby wskazać na okoliczności, które winny skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania lub odrzuceniem jego oferty. Powoływanie się zaś na fakt zaniechania oceny oferty Przystępującego w okolicznościach niniejszej sprawy nie jest trafne.

Faktem jest, że Izba nakazała nie tylko dokonanie oceny, ale również badanie ofert, co mogłoby sugerować, że badaniu podlega też oferta Przystępującego, to jednak rzeczonyj sentencji nie można odczytywać w oderwaniu od uzasadnienia wyroku. Z tego zaś w sposób jednoznaczny wynika, że badaniu podlega oferta Odwołującego, bowiem zarzuty wobec oferty Przystępującego okazały się niesłuszne. Interpretowanie tej sentencji w sposób, jakiego zdaje się oczekiwał Odwołujący, w istocie doprowadziłoby do wypaczenia postępowania odwoławczego i jego wyników. Niezależnie bowiem od zakresu badania i stwierdzonych przez Izbę naruszeń, idąc tokiem rozumowania Odwołującego, doszłoby do powtórzenia oceny ofert niezależnie od wyników postępowania odwoławczego i poza jego granicami. Zobowiązanie Izby do oceny w granicach zarzutów w istocie byłoby iluzoryczne, a przez to niemożliwe do zaakceptowania. Zatem, koncepcję Odwołującego co do sposobu wykonania przedmiotowego orzeczenia Izby należy uznać za błędną, w zakresie, w jakim odnosi się do oceny oferty Przystępującego, a zatem zarzut sformułowany w tym przedmiocie (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp) należy uznać za chybiony.

W tym miejscu wskazać należy, że podstawa prawna rzeczonyj zarzutu została sformułowana wadliwie, bowiem to nie okoliczność zaniechania oceny oferty

Przystępującego, choć ta nie znalazła potwierdzenia, legła u podstaw odrzucenia oferty Odwołującego i udzielenia zamówienia wykonawcy, wybranemu niezgodnie z przepisami prawa. Co więcej do udzielenia zamówienia w tym postępowaniu jeszcze nie doszło.

Przechodząc do aspektów merytorycznych oceny oferty Odwołującego stwierdzić należy, że Izba nie podziela interpretacji treści postanowień SIWZ dotyczących temperatury barwowej. W ocenie Izby, rezultat wykładni językowej postanowień rozdziału I SIWZ w zakresie wymagań szczególnych dotyczących lamp operacyjnych i zabiegowych (pkt 11, 26 – lampy operacyjne oraz pkt 11 i 17 – lampy zabiegowe) prowadzi do wniosku, że Zamawiający wymagał zaoferowania jednej temperatury barwowej mieszczącej się w zakresie określonym przez Zamawiającego (4.300 – 4.900 st. K), z zastrzeżeniem, iż temperatura ta będzie uzyskiwana za pomocą diod białych. Wniosek ten wynika po pierwsze z faktu, że Zamawiający podając przedział temperatur możliwych do zaoferowania posługuje się pojęciem „temperatura”, co oznacza, że możliwe jest zaoferowanie jednej z rzeczonych temperatur. Po drugie, konsekwentnie pojęcia „temperatura” używa również stawiając wymóg jej otrzymywania przy pomocy diod białych. Gdyby intencją Zamawiającego było dopuszczenie lamp, które mają różne temperatury barwowe Zamawiający z pewnością posługiwałby się zwrotem „temperatury”. Dla przykładu, że temperatury barwowe muszą się mieścić w określonym zakresie lub też, że temperatury barwowe winny być uzyskiwane przy pomocy diod białych. Nadto, nie można pomijać, a czego zdaje się nie zauważać Odwołujący, domagając się przeprowadzenia wykładni literalnej, iż pojęcie „stała” oznacza element stały, trwały, zachowujący zawsze swoją niezmiennosc wśród elementów zmiennych w danej dziedzinie, w danym zjawisku (*Słownik j. polskiego, PWN, wyd. internetowe*), co daje podstawy do twierdzenia, że zaoferowana temperatura ma być niezmienna, a więc jedna. Skoro więc Zamawiający mówi o stałej temperaturze barwowej, to nie można twierdzić, że można było zaoferować lampę z wieloma temperaturami barwowymi, a jedna z tych temperatur mieści się w przedziale podanym przez Zamawiającego i jest uzyskiwana za pomocą białych diod LED.

Nadto, w opozycji do pojęcia „stała” pozostają pojęcia „zmienna”, „regulowana” co potwierdza, że w zbiorze desygnatów nazwy „stała” nie mieszczą się desygnaty nazwy „zmienna”, zbiory te pozostają rozłączne. To z kolei oznacza, że stała temperatura barwowa nie jest równoznaczna ze zmienną temperaturą barwową, choćby w zakresie zmiennych występowała temperatura barwowa z zakresu temperatur możliwych do zaoferowania jako stałych.

Należy zwrócić również uwagę, że nie bez znaczenia dla oceny wymagań Zamawiającego w tym przedmiocie pozostają również wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące postanowień SIWZ. Wystarczy wskazać na odpowiedzi udzielone przez

Zamawiającego na pytania numer: 7, 30, 94 i 110. Jeśli idzie o dwa pierwsze pytania, to wykonawcy domagali się dopuszczenia regulowanej temperatury barwowej, na co Zamawiający nie wyraził zgody. Co prawda wykonawcy wskazywali na zakres regulacji temperatury niemieszczący się w przedziale określonym przez Zamawiającego, jednakże zdaniem Izby, ma to drugorzędne znaczenie. Gdyby bowiem Zamawiający uważał, że jedynie zakres temperatur podany przez wykonawców nie odpowiada postanowieniom SIWZ, to z pewnością dałby temu wyraz, informując, że możliwość regulowania temperatur (a nie temperatury) przewidział na gruncie SIWZ, jakkolwiek nie zgadza się na proponowany zakres temperatur. Skoro zaś Zamawiający odesłał w tym zakresie do postanowień SIWZ, to oznacza to, iż ani temperatury regulowanej ani też podanego przez wykonawców przedziału temperatur nie akceptował.

Na marginesie należy jedynie zwrócić uwagę, że Odwołujący zaoferował lampy, które nie mieściły się w przedziale określonym przez Zamawiającego (lampy mają możliwość regulowania temperatury barwowej w spektrum 3100 – 4600 st. K).

Przy czym w tym miejscu należy uczynić uwagę, że akceptując propozycję wykonawcy, która odbiegała od postanowień SIWZ, Zamawiający dawał temu wyraz w postaci modyfikacji SIWZ, w przypadku zaś, kiedy nie godził się na rozwiązanie proponowane przez wykonawcę udzielając odpowiedzi podkreślał, że podtrzymuje postanowienia SIWZ.

Nie można też tracić z pola widzenia odpowiedzi na pytania numer 94 i 110, gdzie na pytanie, czy Zamawiający oczekuje, aby *„lampa wyposażona była w „diody białe”, prosimy o sprecyzowanie czy przez pojęcie „diody białe” Zamawiający rozumie zaoferowanie lampy z oświetleniem w którym wszystkie diody są jednakowo białe (...)”*, Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej. Tym samym potwierdził, że zaoferowana lampa ma być wyposażona tylko w diody LED białe.

Zdaniem Izby, Odwołujący jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych winien posiadać wiedzę i odróżniać lampę o stałej temperaturze i zmiennej temperaturze barwowej. Na gruncie przepisu art. 355 § 2 k.c. panuje przekonanie, że profesjonalizm dłużnika powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności. Wzorzec należytej staranności musi uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika-specjalisty, co do jego wiedzy i praktycznych umiejętności skorzystania z niej (wyrok SN z dnia 22 września 2005 r., sygn. akt: IV CK 100/05, LEX nr 187120). Odwołując się do powyższego (art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 355 § 2 k.c.) stwierdzić należy, że Odwołujący, czy to przez pominięcie czy też przez brak dostatecznej wiedzy niewłaściwie odkodował wymagania wyartykułowane przez Zamawiającego w analizowanym zakresie.

Zdaniem Izby, twierdzenia Odwołującego zawarte w treści odwołania, że : *„Lampy*

posiadają stałą temperaturę barwową 4 600 st. K. Zamawiający nie wymagał, by lampa posiadała tylko jedną możliwą do uzyskania temperaturę barwową” jest wewnętrznie sprzeczne, bowiem albo jest tak, że jest stała, a więc niezmienna temperatura barwowa, którą uzyskuje lampa albo jest tak, iż lampa ma możliwość uzyskiwania kilku temperatur barwowych. Nie może być zaś tak, że spośród kilku temperatur jedna z nich jest stała, jak zdaje się twierdzić Odwołujący.

Jednocześnie, w ocenie Izby, nieuprawnione jest twierdzenie, że wystarczającym było, aby jedna z temperatur możliwych do uzyskania przez lampę mieściła się w przedziale podanym przez Zamawiającego i ta właśnie temperatura była uzyskiwana przez białe diody LED. Zdaniem Izby, wymogów z pkt 11, 26 i 17 wymagań szczególnych dotyczących obu lamp nie można interpretować rozłącznie. Zwrócić należy uwagę, że temperatura barwowa uzyskiwana jest za pomocą diod LED i kolor LED determinuje możliwość uzyskania określonej temperatury – stałej bądź zmiennej. Do przeciwnych wniosków, w ocenie Izby, nie prowadzą wskazywane przez Odwołującego postanowienia pkt 27 i 28 wspomnianych wymagań szczególnych. Nie było potrzeby określania współczynników odwzorowania barw dla konkretnej temperatury barwowej, skoro Zamawiający przesądził, że ma być zaoferowana jedna, mieszcząca się w określonym przez Zamawiającego przedziale. To z kolei oznacza, że dla temperatury zaoferowanej przez wykonawcę współczynniki odwzorowania barw mają wykazywać wartości podane przez Zamawiającego.

Okoliczność, że Zamawiający nie użył sformułowania „tylko” w odniesieniu do diod LED białych nie oznacza, że można było używać diod różnokolorowych. Przeczą temu nie tylko wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego na gruncie SIWZ, gdzie Zamawiający potwierdził, że oczekuje diod białych, ale również i ten wymóg, że oferowana ma być jedna temperatura barwowa (stała). Zaś stała temperatura barwowa uzyskiwana jest za pomocą diod jednokolorowych. Potwierdził to pośrednio w treści odwołania sam Odwołujący, który stwierdził: *„Jeśli bowiem Zamawiający dopuszczał zaoferowanie lamp o różnych temperaturach barwowych, to nie mógł równocześnie oczekiwać lamp tylko z jednym kolorem diod LED, albowiem różne temperatury barwowe nie mogą być otrzymywane tylko przez diody konkretnego koloru”*. Skoro więc Zamawiający oczekiwał stałej temperatury barwowej, a ta może być uzyskiwana przy użyciu diod LED jednokolorowych, to w przypadku określenia przez Zamawiającego koloru tych diod, wymóg jest oczywisty.

Oceny tej nie zmienia powoływany przez Odwołującego protokół komisji przetargowej z dnia 29 lutego 2016 r., z którego zdaniem Izby nie wynika, że komisja akceptowała użycie diod czerwonych. Nie można bowiem pomijać, że po pierwsze, w tym samym protokole mowa jest nie tylko o diodach LED, ale również o regulacji temperatury barwowej co, w ocenie Izby wskazuje, że Zamawiający za pomocą tych pytań chciał zweryfikować wymóg nie tylko ilości oferowanych diod, ale również ich koloru i w konsekwencji okoliczności, czy

temperatura barwowa ma charakter stały. Na takie rozumienie intencji komisji wskazują dalsze czynności podjęte przez biegłego, a mianowicie skierowanie do producenta lamp pisma, zawierającego pytania o to, czy możliwe jest wyprodukowanie lamp zawierających tylko diody białe i uzyskanie temperatury barwowej bez zastosowania diod czerwonych.

Reasumując, w ocenie Izby, Zamawiający wymagał zaoferowania lamp o stałej (jednej, niezmiennej) temperaturze barwowej, która mieści się w przedziale określonym przez Zamawiającego i jest osiągnięta przy użyciu diod białych. Zdaniem Izby, nie tylko literalna wykładnia SIWZ, ale też inne okoliczności, o czym była mowa wyżej, w szczególności wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące SIWZ powyższe potwierdzają. Nie jest więc tak, jak twierdzi Odwołujący, że sporne wymagania stanowią wynik rozszerzającej wykładni SIWZ i w istocie jej modyfikacji, zatem zarzut naruszenia przepisów art. 38 ust. 4, 4a, 6 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Odwołujący zaoferował lampy z regulowaną temperaturą barwową. Co prawda jedna z oferowanych temperatur mieści się w przedziale określonym przez Zamawiającego i jest uzyskiwana za pomocą diod białych, jednakże nie oznacza to, że mamy do czynienia z temperaturą stałą, a lampa zawiera tylko diody białe, bowiem inne zakresy temperatur uzyskiwane są za pomocą diod czerwonych.

Twierdzenia Odwołującego, zaprezentowane na rozprawie, a mianowicie, że zaoferował lampę specjalnie przygotowaną na potrzeby tego postępowania, a więc niestandardową i w związku z tym odpowiadającą wymaganiom Zamawiającego, są w ocenie Izby nieprzekonujące i zostały wyartykułowane na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, jako element strategii procesowej Odwołującego.

Zdaniem Izby, rację ma Zamawiający, że współczynniki odwzorowania barw, w szczególności Ra i R9 osiągają wymagane przez Zamawiającego poziomy za pomocą czerwonych diod LED. Z odpowiedzi udzielonej przez producenta lamp wynika, że *„nie jest możliwym uzyskanie prawidłowego odbioru koloru (Ra i R9 wartości), koniecznego do dobrego oświetlenia (...). Dlatego też, używamy widzialnych czerwonych LED-ów (...).”* Oznacza to tyle, że producent lamp przyznał, że wartości, o których mowa w folderach (dla Ra i R9 – 95) osiągnięte są za pomocą diod czerwonych. Producent, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie odwołuje się do maksymalnego parametru 100, ale do wartości 95. Zamawiający zaś nie kwestionuje, że wymagane współczynniki nie mogą być osiągnięte przy każdej temperaturze barwowej, ale że współczynniki odwzorowania barw o wymaganych wartościach wymagają użycia diod czerwonych, których Zamawiający nie dopuścił.

Irrelevantne dla sprawy są rozważania Odwołującego na temat procedur dotyczących dopuszczenia lamp do obrotu i wymagań wynikających z międzynarodowych procedur, które lampy muszą spełniać. Nie ma racji Odwołujący, że kwestionowanie przez Zamawiającego możliwości osiągnięcia odwzorowania barw w zakresie współczynników Ra i R9 na poziomie 95 stanowi podważenie wyników oficjalnych badań, do czego Zamawiający nie ma kompetencji. Zwrócić należy bowiem, że Zamawiający nie tyle kwestionuje wartość tych współczynników, ile stoi na stanowiu, że ich osiągnięcie nie jest możliwe przy wyłączeniu diod LED czerwonych, a więc kwestionuje sposób osiągnięcia spornych współczynników odwzorowania barw.

Przechodząc do drugiego zarzutu, a mianowicie braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niespełnienia wymagań Zamawiającego w zakresie materiału, z którego wykonana jest kopuła czaszy lampy w pierwszej kolejności należy zauważyć, że Zamawiający wymagał jej wykonania z aluminium bądź tworzywa, spełniającego podobne właściwości. W ofercie Odwołujący podał, że rzeczona kopuła wykonana jest z tworzywa, w związku z powyższym Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał na wymagania SIWZ w tym przedmiocie oraz na treść oferty Odwołującego, przypominając o treści przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp.

Odwołujący w istocie nie udzielił odpowiedzi na zadane pytanie, bowiem w piśmie z dnia 29 marca 2016 r. podał, że istniała alternatywa, jeśli chodzi o materiał, z którego ma być wykonana kopuła czaszy lampy. Wykonawca mógł zaproponować aluminium lub inne tworzywo.

Prawdą jest, iż wykonawca mógł zaproponować lampę, w której kopuła czaszy będzie wykonana bądź z aluminium bądź z tworzywa, Odwołujący zapomniał jednak, że ciężar wykazania, iż zaproponował rozwiązanie równoważne do wymaganego, spoczywa na nim. W ocenie Izby, Odwołujący tego obowiązku nie udźwignął, bowiem nawet nie podjął próby wykazania, że tworzywo, z którego wykonana jest rzeczona czasza zapewnia podobne właściwości jak aluminium. Zatem, wobec braku wykazania tej okoliczności Zamawiający prawidłowo postąpił odrzucając ofertę Odwołującego.

Zarzut Odwołującego, że Zamawiający w sposób niedostateczny opisał parametry równoważności nie może być na tym etapie uwzględniony, dotyczy bowiem treści SIWZ i wymagał podniesienia na etapie jej opublikowania.

Należy zwrócić również uwagę Odwołującemu, że dla oceny tych okoliczności rozstrzygające znaczenie ma treść oferty i wyjaśnienia Odwołującego (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp). Nie można zapominać, że ofertą związany jest wykonawca, a nie producent urządzeń oferowanych przez Odwołującego, zatem Zamawiający winien opierać się w tym zakresie na zobowiązaniu Wykonawcy.

Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający dążył do wyjaśnienia, czy materiał, z którego wykonana jest kopuła czaszy oferowanej lampy posiada właściwości podobne do aluminium. Skierował bowiem do Odwołującego wezwanie do wyjaśnień, które zdaniem Izby, wskazywało czego Zamawiający oczekuje. Brak sformułowania w rzeczonym piśmie konkretnych pytań, w tym o parametry, nie powoduje, iż wezwanie to należy uznać za wadliwe. Miernik podwyższonej staranności, który należy stosować do profesjonalisty (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp) ma uzasadnienie również w tej kwestii. Nie można bowiem zapominać, że Zamawiający odwołał się do przepisu art. 30 ust. 5 ustawy Pzp, a zatem wskazał na konieczność wykazania równoważności oferowanego rozwiązania. W zawiązku z powyższym zarzutu naruszenia przepisów na kanwie powyższych czynności Zamawiającemu nie można przypisać.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że Odwołujący podał wadliwą podstawę prawną wobec uzasadnienia faktycznego zarzutu w tym zakresie, a mianowicie powołał przepisy art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, które dotyczą wezwania wykonawcy do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, a nie treści oferty, rozumianej jako jej zawartość merytoryczną, odnoszącą się do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający oczekiwał, że funkcja endoskopowa włączana będzie przyciskiem z panelu sterującego (pkt 13 rozdziału I SIWZ Wymagań szczególnych dotyczących lamp operacyjnych). Oznacza to, Zamawiający wymagał odrębnego przycisku dla uruchomienia tej funkcji i jej uzyskania za pomocą włączenia przycisku na panelu sterującym a nie poprzez regulację natężenia światła. Zamawiający potwierdził powyższe udzielając wyjaśnień dotyczących SIWZ, w szczególności odpowiadając na pytania numer 23, 26, 62 i 67, z których to odpowiedzi wprost wynika, że niedopuszczalne jest uzyskiwanie funkcji endoskopowej poprzez regulację natężenia światła, a skoro tak, to oczywistym jest miał być zaoferowany przycisk, który służył do włączenia funkcji endoskopowej.

Twierdzenie Odwołującego, że funkcja endoskopowa uzyskiwana jest za pomocą regulacji natężenia światła jest co do zasady prawdziwe, lecz niewyczerpujące. Rację ma bowiem Odwołujący, iż funkcję tę można uzyskać w podany przez Odwołującego sposób, ale nie jest to jedyny sposób, który służy do jej osiągnięcia. Innym jest ten, który wybrał Zamawiający, a mianowicie przez włączenie jej przyciskiem. Stąd też twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający nie pojmuje istoty funkcji endoskopowej są absurdalne.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że postanowienia SIWZ są w tym zakresie nieprecyzyjne. Pomijając już, że zgłoszenie zarzutów wobec postanowień SIWZ na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie mogło okazać się skuteczne, to zarówno rezultat wykładni literalnej postanowień SIWZ, jak i udzielone

przez Zamawiającego nie pozostawiając wątpliwości, w jaki sposób sporna funkcja ma być regulowana.

Brak potwierdzenia okoliczności, iż oferta Odwołującego jest zgodna z SIWZ powoduje, że czynność Zamawiającego w przedmiocie jej odrzucenia należy uznać za prawidłową, a tym samym zarzut naruszenia, jak się wydaje przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a nie jak błędnie wskazuje Odwołujący art. 84 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zgłosił również zarzut, że biegły w istocie podjął decyzję co do rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem przygotował treść uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż Odwołujący w tym zakresie nie sformułował zarzutu naruszenia jakiegokolwiek przepisu prawa. Tymczasem, zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Izby, zarzut na gruncie ustawy Pzp należy rozumieć jako substrat okoliczności faktycznych i prawnych. Zaniechanie uzasadnienia prawnego zarzutu powoduje więc, że zarzut nie poddaje się ocenie i już z tego powodu można uznać, że zasługuje na oddalenie.

Niezależnie od powyższego, Izba na marginesie wskazuje, że biegłego powołuje się dla dokonania czynności wymagających wiadomości specjalnych (art. 21 ust. 4 ustawy Pzp), więc nie sposób twierdzić, że w niniejszym stanie faktycznym biegły został powołany jedynie w celu zadania pytań producentowi lamp, bowiem ocena udzielonych odpowiedzi również może wymagać wiadomości specjalnych. Nadto, o treści umocowania biegłego nie może stanowić protokół z posiedzenia komisji przetargowej, bowiem to nie komisja a kierownik zamawiającego powołuje biegłego (art. 21 ust. 4 ustawy Pzp).

Wreszcie, Izba nie podziela twierdzenia Odwołującego, że *de facto* biegły zdecydował o wyniku postępowania. Zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy biegły przygotował projekt decyzji Zamawiającego w zakresie oceny oferty Odwołującego, ale nie ulega wątpliwości, że to kierownik Zamawiającego podjął decyzję co do rozstrzygnięcia o wyniku przetargu. Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, jak również o wykonawcach wykluczonych z postępowania i odrzuconych ofertach zatwierdził Zamawiający.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut naruszenia przepisu art. 9 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, nie można przypisać Zamawiającemu zarzutu naruszenia prowadzenia postępowania w języku polskim tylko z tego powodu, że cytat, stanowiący część treści odpowiedzi udzielonej przez producenta lamp, przytoczony został w języku

angielskim. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zarzut ten nie podlega rozpoznaniu, bowiem upłynął termin do jego zgłoszenia (art. 182 ustawy Pzp). W drugiej kolejności dostrzec należy, że sporny cytat po pierwsze, został przetłumaczony, bowiem w aktach postępowania znajduje się tłumaczenie sporządzone nie tylko, jak wskazuje Odwołujący przez biegłą, ale również przez tłumacza przysięgłego. Po drugie, Odwołujący nie wykazał, że z powodu umieszczenia w piśmie do niego skierowanym cytatu w języku angielskim poniósł jakieś negatywne konsekwencje. Po trzecie wreszcie, wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie ma obowiązku, choć to uczynił, dokonywać tłumaczenia dokumentów postępowania przy udziale biegłego tłumacza. Żaden przepis o tym nie stanowi.

Co więcej, z mocy § 7 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) wykonawcy mają obowiązek składania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów sporządzonych w języku obcym wraz z ich tłumaczeniem, zaś w postępowaniu odwoławczym, jeżeli dokumenty zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje ma obowiązek przedstawienia ich tłumaczenia na język polski, a w uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego (§ 19 ust. 3 powoływanego rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań). Powyższe regulacje dają podstawy do twierdzenia, że skoro wykonawcy składając dokumenty w języku obcym czy to w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czy to w toku postępowania odwoławczego nie mają obowiązku przedstawienia ich tłumaczenia przysięgłego, wystarczającym jest dokonanie tłumaczenia chociażby przez samego wykonawcę, to nie sposób zamawiającemu przypisywać większych rygorów, tym bardziej, że dokumenty składane przez wykonawców częstokroć stanowią podstawę do dokonania oferty wykonawcy, a w konsekwencji mogą stanowić punkt odniesienia do podjęcia przez zamawiającego lub Izbę decyzji o wyniku postępowania.

Izba nie podzieliła oceny Zamawiającego w przedmiocie złożenia przez Odwołującego nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Upatrywanie przez Zamawiającego faktu złożenia nieprawdziwych informacji w oświadczeniu Odwołującego o spełnianiu wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia jest o tyle nieuzasadnione, że nie sposób stwierdzić, iż Odwołujący rozmyślnie czy też przez rażące niedbalstwo złożył oświadczenie, które w istocie nie potwierdzało, że lampy odpowiadają wymogom Zamawiającego. Zdaniem

Izby, zapewnienie Zamawiającego o tym, że przedmiot zamówienia odpowiada wymogom wyartykułowanym w treści SIWZ, było wynikiem błędnej interpretacji SIWZ w tym zakresie. Natomiast, w ocenie Izby, oświadczenie wykonawcy, które w rzeczywistości nie potwierdza spełniania wymogów określonych przez Zamawiającego odnośnie przedmiotu zamówienia, a które było skutkiem wadliwego odczytania wymogów zamawiającego przez wykonawcę nie może stanowić podstawy do przypisania temu wykonawcy złożenia nieprawdziwych informacji.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp (choć Odwołujący podał jako jednostkę redakcyjną przepis art. 84 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp to wydaje się, że uczynił to przez omyłkę) zasługuje na uwzględnienie. Powołany przepis nakazuje odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę wykluczonego z postępowania. Znajdzie więc on tylko zastosowanie do wykonawcy, który najpierw został wykluczony z postępowania, a więc zamawiający podjął decyzję w tym przedmiocie i zakomunikował ją wykonawcy, a następnie pomimo faktu wykluczenia, wykonawca złożył ofertę. Z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, co więcej nie występuje ona w warunkach przetargu nieograniczonego, bowiem nie występuje tu wspomniana etapowość oceny.

Zwrócić zaś należy uwagę Zamawiającemu, że jeśli ziściłyby się przesłanki do wykluczenia wykonawcy w toku przetargu nieograniczonego, to jego ofertę uważa się za odrzuconą *ex lege* (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp), brak zaś podstaw do podejmowania odrębnej decyzji w tym przedmiocie.

Uwzględnienie ww. zarzutu odwołania nie skutkuje jednak w niniejszej sprawie jego uwzględnieniem, bowiem stwierdzone naruszenie nie miało wpływu na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Zwrócić bowiem należy uwagę, że odrzucenie oferty Odwołującego okazało się słuszne, a w konsekwencji wybór oferty najkorzystniejszej nie mógł być podważony.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a pkt 2 lit. a i b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w

wysokości 15.000,00 zł, koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę w wysokości 600,00 zł.

Przewodniczący: