

Sygn. akt: KIO 933/14

**WYROK**  
**z dnia 29 maja 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2014 r. przez wykonawcę **OK Medical Systems sp. z o.o. s.k.a. w Poznaniu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu**

przy udziale wykonawcy **Medix sp. z o.o. sp. k. w Warszawie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **OK Medical Systems sp. z o.o. s.k.a. w Poznaniu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **OK Medical Systems sp. z o.o. s.k.a. w Poznaniu** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od **OK Medical Systems sp. z o.o. s.k.a. w Poznaniu** na rzecz **Dolnośląskiego Centrum Onkologii we Wrocławiu** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Dolnośląskie Centrum Onkologii we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa fabrycznie nowego (rok produkcji 2013) aparatu cyfrowego RTG typu telekomando - wraz z niezbędnymi elementami, montaż, uruchomienie, wykonanie testów odbiorczych (akceptacyjnych) i eksploatacyjnych (specjalistycznych)”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 lutego 2013 r., nr 2013/S 039-062065..

W dniu 29 kwietnia zamawiający, za pośrednictwem faksu, zawiadomił wykonawcę OK Medical Systems sp. z o.o. s.k.a. w Poznaniu, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz o unieważnieniu postępowania..

Wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu własnej oferty i w konsekwencji czynności unieważnienia postępowania, odwołujący wniósł w dniu 9 maja 2014 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty nie zawierającej niezgodności treści oferty z SIWZ,
- 3) w konsekwencji art. 93 ust 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo, iż odwołujący złożył w postępowaniu ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego co winno w konsekwencji skutkować uznaniem jego oferty za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu odwołujący przywołał uzasadnienie faktyczne odrzucenia jego oferty i wywiódł, że – jego zdaniem - treść oferty odwołującego odzwierciedla wymagania jakie postawił przed wykonawcami zamawiający. Wskazał, że treść jego oferty pozostawała niezmienna przez cały czas od upływu terminu składania ofert, a mimo to dopiero przy drugim rozstrzygnięciu zamawiający uznał, że powołane w uzasadnieniu okoliczności faktyczne stanowią podstawę odrzucenia jego oferty. Podniósł, że zaoferowany przez niego

fantom Pro-CT firmy Pro-Project służy do wykonywania testów zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej, w którym nie ma podziału na tomografię komputerową i klasyczną przy testach podstawowych, w związku z czym zaoferowany fantom Pro-CT spełnia wymagania zamawiającego zgodnie z SIWZ. Zgodnie z deklaracją zgodności dla zaoferowanego modelu fantomu stanowi on: Symulujący pacjenta instrument do kontroli jakości medycznej aparatury rentgenowskiej Model / typ: Pro-CT, Pro-CT moduł jednorodny, Pro-CT moduł niskiego kontrastu, Pro-CT moduł wysokiego kontrastu, Pro-CT moduł geometryczny, Pro-CT moduł sensytometryczny, Pro-CT stojak i jest zgodny z PN-EN 61223-3-5 2005 Ocena i badania rutynowe w zakładach diagnostyki obrazowej Część 3-5: Badania odbiorcze - Efektywność obrazowania zestawów rentgenowskich do tomografii komputerowej. Wywiódł, że dla testów specjalistycznych nie wyszczególnia się z osobna tomografii komputerowej od tomografii konwencjonalnej. Trzeba również nadmienić, że zamawiający użył sformułowania tomografii klasycznej a takiej nie ma, jest konwencjonalna.

Odnosnie podstawy odrzucenia związanej z wagą oferowanej drukarki odwołujący podniósł, że na str. 25 uzupełnienia dokumentów z dnia 17.10.2013 r. potwierdził wymaganą masę urządzenia. Wskazał w piśmie z dnia 17.10.2013 r. iż zgodnie z materiałem informacyjnym producenta zaoferowanej drukarki Xerox Phaser 3250V-DN waga urządzenia w opakowaniu wynosi 7,8699 kg. Argumentował, że nigdzie na stronie internetowej producenta ani w żadnych materiałach informacyjnych nie widnieje waga drukarki bez opakowania. Biorąc pod uwagę fakt, iż opakowanie waży nie więcej niż 2 kg zaoferowana przez wykonawcę drukarka spełnia wymagania zamawiającego w zakresie wagi max. 7 kg. Zgodnie z treścią oferty masa drukarki bez opakowania wynosi mniej niż 7 kg tj. spełnia wymagania zamawiającego. Wskazał, że zamawiający zwracając się do niego o udzielenie wyjaśnień powoływał się na informacje uzyskane z internetu.

Wywiódł również, że skoro jego oferta nie podlega odrzuceniu, w konsekwencji niezasadna była czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp z uwagi, iż została złożona w postępowaniu oferta odwołującego niepodlegająca odrzuceniu.

Zamawiający w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił

wykonawca Medix sp. z o.o. sp. k. w Warszawie, zwany dalej „przystępującym”. Wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego z 10 października 2013 r. skierowane do odwołującego, pismo złożone przez odwołującego z 17 października 2013 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie wraz załącznikami, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 grudnia 2013 r., wydany w sprawie o sygn. akt KIO 2809/13, pismo przystępującego Medix sp. z o.o. sp.k. skierowane do zamawiającego z 13 stycznia 2014 r., wezwanie zamawiającego z 18 lutego 2014 r. skierowane do odwołującego, pismo złożone przez odwołującego z 21 lutego 2014 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie wraz załącznikami, pismo Xerox Polska sp. z o.o. z 7 lutego 2014 r., pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania datowane na 28 kwietnia 2014 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została odrzucona, zaś zamawiający unieważnił postępowanie z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy odrzucił ofertę odwołującego, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia a w konsekwencji i czynności unieważnienia postępowania, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia były m.in.

- fantom do testów tomografii klasycznej (parametr wymagany, pkt 98 załącznika nr 1 do SIWZ),
- drukarka laserowa monochromatyczna, waga max. 7 kg (parametr wymagany, pkt 160 załącznika nr 1 do SIWZ).

Powyższe wymagania nie były przedmiotem modyfikacji SIWZ, ani zamawiający nie udzielał wyjaśnień co do ww. postanowień SIWZ (okoliczność niesporna, przyznana przez strony i uczestnika na rozprawie).

Ustalono, że zamawiający w pkt 5.1.C SIWZ wymagał, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą celem potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, odpowiednie katalogi producenta (zawierające numery katalogowe oferowanych produktów), foldery lub materiały źródłowe producenta w czytelny i jasny sposób potwierdzające spełnianie parametrów techniczno-użytkowych opisanych przez Zamawiającego w załączniku 1 do SIWZ. Brak potwierdzenia parametrów wymaganych zostanie uznany za niespełnienie przez oferowany sprzęt tychże parametrów i spowoduje odrzucenie oferty, chyba że zachodzą będą przesłanki określone w art. 26 ust. 3 ustawy .

Odwołujący złożył wraz z ofertą nie pochodzący ze stron internetowych producenta ani niebędący materiałem informacyjnym, niepodpisany, nieustalony co do źródła pochodzenia, ani autora dokument dotyczący drukarki Xerox Phaser 3250V\_DN, w którym widnieje informacja „waga 7kg”.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą żadnych dokumentów przedmiotowych odnoszących się do oferowanego fantomu do testów tomografii klasycznej (okoliczność niesporna, przyznana przez strony i uczestnika na rozprawie).

Pismem z dnia 10 października 2013 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, powołując się na obowiązek ich złożenia wynikający z pkt 5.1.C.1 SIWZ. W pkt C wezwania wskazał, że w załączniku nr 1 dla pkt 160 – zamawiający wymagał aby oferowana drukarka ważyła max. 7 kg. Wykonawca potwierdził spełnienie tego wymogu, lecz w materiałach informacyjnych dostępnych na stronach internetowych jest podana waga 11,88 kg. Mając powyższe na uwadze wezwał do uzupełnienia oferty o dokument potwierdzający spełnienie tego wymogu w ww. zakresie.

Pismem z dnia 17 października 2013 r. odwołujący złożył dwa wydruki ze strony internetowej. W drugim wydruku, pochodzącym ze strony [office.xerox.com/product-resources/3250V/DN/plpl.html](http://office.xerox.com/product-resources/3250V/DN/plpl.html), znajdowała się informacja: waga (w opakowaniu) 7,8699 kg. W tym samym piśmie odwołujący wyjaśniał, że *zgodnie z materiałem informacyjnym zaoferowanej drukarki Xerox Phaser 3250V-DN waga urządzenia wynosi 7,8699 kg. Nigdzie na stronie internetowej ani w żadnych materiałach informacyjnych nie widnieje waga drukarki bez opakowania. Biorąc powyższe pod uwagę fakt, iż opakowanie waży nie więcej niż 2 kg zaoferowana przez wykonawcę drukarka spełnia wymagania zamawiającego w zakresie wagi max. 7 kg.* Wskazał, że na potwierdzenie załącza materiał z danymi technicznymi producenta zaoferowanego urządzenia.

Do pisma załączono ponadto informację zatytułowaną „*fantom do testów tomografii klasycznej*”, zawierającą opis „*fantom do przeprowadzania testów fizycznych parametrów tomografów komputerowych, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia, normą międzynarodową IEC 61223-3-5 oraz wytycznymi AAPM (amerykańskiego Stowarzyszenia Fizyków Medycznych)*” oraz zdjęcie fantomu.

Pismem z dnia z dnia 26 listopada 2013 r. zamawiający wybrał ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą oraz odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6, ustawy Pzp uznając, że zawiera ona błąd w obliczeniu ceny polegający na podaniu nieprawidłowej stawki VAT.

Odwołanie wobec tej czynności wywiódł odwołujący zarzucając, że zamawiający niezasadnie odrzucił złożoną przez niego ofertę, gdyż nie zawierała błędu w obliczeniu ceny.

Wyrokiem z dnia 18 grudnia 2013 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2809/13 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazała zamawiającemu powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W dniu 13 stycznia 2014 r. do zamawiającego wpłynęło pismo przystępującego, do którego załączył on kartę katalogową urządzenia Xerox Phaser 3250DN, z której wynika, że waga urządzenia wynosi 11,88 kg.

Zamawiający otrzymał oświadczenie Xerox Polska sp. z o.o. z 7 lutego 2014 r., w którym wystawca oświadcza, że drukarka Xerox Phaser 3250DN wyposażona standardowo w jeden podajnik główny posiada wagę bez opakowania 11,88 kg.

Pismem z dnia 18 lutego 2014 r. działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień. W pkt 4, odnosząc się do przesłanego przez odwołującego dnia 17 października 2013 r. opisu fantomu, wskazał, że wprawdzie znajduje się w nim tytuł „fantom do testów tomografii klasycznej”. Jednak z opisu umieszczonego poniżej i załączonego zdjęcia wynika, że odwołujący oferuje fantom do przeprowadzania testów tomografii komputerowej. Natomiast w pkt 6 wezwania, zamawiający nawiązując do wydruku ze strony internetowej dot. drukarki, jaki odwołujący załączył do pisma z 17.10.2013 r., wskazał, że otrzymał pismo przystępującego, w którym kwestionuje on spełnianie przez oferowaną drukarkę parametru waga max 7kg i zwrócił się bezpośrednio do Xerox Polska sp. z o.o. z pytaniem o wagę oferowanej drukarki. Zgodnie z otrzymaną odpowiedzią drukarka Phaser 3250DN posiada wagę bez opakowania 11,88 kg. Zamawiający załączył do wezwania kserokopię pisma z firmy Xerox Polska sp. z o.o.

Pismem z dnia 21 lutego 2014 r. odwołujący w pkt 1 oświadczył, że oferuje fantom do testów tomografii klasycznej Pro-CT. W pkt 4 pisma oświadczył, że zaoferowany przez niego fantom Pro-CT firmy Pro-Project służy do wykonywania testów zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej, w którym nie ma podziału na tomografię komputerową i klasyczną przy testach podstawowych, w związku z czym zaoferowany fantom Pro-CT spełnia wymagania zamawiającego zgodnie z SIWZ.

W pkt 5, odnośnie wagi oferowanej drukarki Xerox Phaser 3250DN, oświadczył, że w dniu 18.10.2013 r. zamawiający otrzymał już odpowiedź że waga urządzenia w opakowaniu wynosi 7,8699 kg, co zostało potwierdzone materiałem z danymi technicznymi producenta zaoferowanego urządzenia wydrukowanym ze strony internetowej producenta.

Załączył instrukcję obsługi fantomu Pro-CT firmy Pro-Project, z której wynika m.in., że jest to fantom do przeprowadzania testów podstawowych fizycznych parametrów tomografów komputerowych, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia, normą międzynarodową IEC 61223-3-5- oraz wytycznymi AAPM.

Pismem z dnia 28 kwietnia 2014 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego wskazał, odnosząc się do pisma odwołującego z 17 października 2013 r., że do pisma załączono opis oferowanego fantomu, w którym znajdował się tytuł „Fantom do testów tomografii klasycznej, jednak z opisu umieszczonego poniżej i załączonego zdjęcia wynikało, że Wykonawca zaoferował

fantom do przeprowadzania testów tomografii komputerowej. Odnosząc się do zawartego w piśmie z 21 lutego 2014 r. odwołującego stwierdzenia, że *zaoferowany przez niego fantom Pro-CT firmy Pro-Project służy do wykonywania testów zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej, w którym nie ma podziału na tomografię komputerową i klasyczną przy testach podstawowych*, zamawiający podniósł użyte przez Wykonawcę stwierdzenie nie ma żadnego związku z wymaganiami określonymi w SIWZ. Podkreślił, że Zamawiający w punkcie 98 tabeli znajdującej się w załączniku nr 1 do SIWZ wymagał fantomu do testów tomografii klasycznej bez wskazywania, czy fantom ma służyć do wykonywania testów podstawowych czy specjalistycznych. Zamawiający uzasadniał także, iż testy tomografii konwencjonalnej określone w ww. Rozporządzeniu są uzupełnieniem testów radiografii ogólnej ponieważ badania techniką tomografii klasycznej są realizowane na aparatach do radiografii ogólnej, a nie na tomografach komputerowych. Wykonawca zaoferował natomiast fantom do przeprowadzania testów tomografii komputerowej co znalazło również swoje odzwierciedlenie w dołączonej instrukcji obsługi, który to dokument pojawił się dopiero na tym etapie postępowania.

Odnosnie oferowanej drukarki zamawiający podniósł, że wobec otrzymanego oświadczenia Xerox Polska, iż drukarka Phaser 3250DN posiada wagę bez opakowania 11,88 kg zwrócił się do odwołującego o udzielenie wyjaśnień. Wyjaśnienia odwołującego z 21 lutego 2014 r. nie potwierdzają, aby zaoferowana drukarka spełniała postawiony warunek, a mianowicie aby jej waga nie przekraczała 7kg. Wskazał, że w dniu 16 kwietnia 2014 r. zważył drukarkę Xerox Phaser 3250. Zgodnie z pomiarem waga drukarki (bez opakowania i papieru) wynosi 9,00 kg.

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

Izba oddaliła odwołanie, albowiem zarzuty nie potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym sprawy.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ.

Zgodnie z pkt 5.1 C SIWZ wykonawcy w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego obowiązani byli złożyć odpowiednie katalogi producenta (zawierające numery katalogowe oferowanych produktów), foldery lub materiały źródłowe producenta w czytelny i jasny sposób potwierdzające spełnianie parametrów techniczno-użytkowych opisanych przez Zamawiającego w



załączniku 1 do SIWZ. Zamawiający w tym samym punkcie wyraźnie określił, że brak potwierdzenia parametrów wymaganych zostanie uznany za niespełnienie przez oferowany sprzęt tychże parametrów i spowoduje odrzucenie oferty, chyba że zachodzą będą przesłanki określone w art. 26 ust. 3 ustawy. Ponadto, jednym z wymaganych parametrów, opisanych w załączniku nr 1, jaki musiała spełniać oferowana drukarka była waga. Waga tej drukarki musiała wynosić - max. 7kg. Nie było sporne pomiędzy stronami oraz uczestnikiem postępowania, że wymóg ten odnosił się wagi samego urządzenia bez opakowania. Zestawienie powołanych postanowień SIWZ prowadziło do wniosku, że wykonawcy obowiązani byli wykazać za pomocą katalogu producenta, folderu lub materiałów źródłowych producenta, iż waga oferowanej drukarki wynosi max 7 kg bez opakowania. Ponadto - jak żądał tego zamawiający - potwierdzenie tego wymogu przy użyciu tych środków dowodowych miało nastąpić w sposób „czytelny i jasny”.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania przy pomocy wyżej określonych środków dowodowych oraz w sposób czytelny i jednoznaczny, iż oferowana przez niego drukarka waży max 7 kg bez opakowania.

Wykonawca wskazał w ofercie, że oferuje drukarkę Xerox Phaser 3250 V\_DN. Zamawiający prawidłowo ocenił, że załączony do oferty dokument, w którym znajdowała się informacja o wadze 7 kg nie może być uznany za katalog, folder lub materiał źródłowy producenta. Dokument ten pochodził od bliżej niezidentyfikowanego autora i był bliżej nieokreślonego pochodzenia. Z jednej strony zawierał informację, która mogłaby wskazywać że pochodzi z jakiejś strony internetowej typu „powrót do początku”, jednak adresu strony internetowej nie można było z niej wyczytać. Powyższe ustalono na podstawie str. 86 oferty odwołującego. Okoliczność, że dokument ten nie pochodzi ze stron internetowych producenta ani nie jest materiałem informacyjnym ustalono na podstawie oświadczenia samego odwołującego zawartego w piśmie z 17.10.2013 r., w którym oświadczył on, że „nigdzie na stronie internetowej producenta ani w żadnych materiałach informacyjnych nie widnieje waga drukarki bez opakowania”, jak również na podstawie treści odwołania, w której odwołujący wskazał, że „nigdzie na stronie internetowej producenta ani w żadnych materiałach informacyjnych nie widnieje waga drukarki bez opakowania”.

Zatem zamawiający prawidłowo, pismem z dnia 10 października 2013 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu z którego wynikałoby, że oferowana drukarka waży max 7 kg. Wskazał ponadto, że w materiałach informacyjnych dostępnych na stronach internetowych jest podana waga 11,88 kg. Czynność zamawiającego polegająca na wezwaniu do uzupełnienia dokumentu nie została przez odwołującego zakwestionowana w terminach wynikających z art. 182 ustawy Pzp.

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo z dnia 17 października 2013 r. do którego załączył wydruk ze strony internetowej [office.xerox.com/product-resources/3250V/DN/plpl.html](http://office.xerox.com/product-resources/3250V/DN/plpl.html), z którego wynikało, że waga urządzenia Xerox Phaser 3250 V\_DN (w opakowaniu) wynosi 7,8699 kg. O ile zatem można uznać, że ww. wydruk pochodzący ze stron internetowych producenta jest materiałem źródłowym producenta, to jednak żadną miarą nie potwierdzał on iż drukarka bez opakowania waży max. 7 kg, ani tym bardziej nie potwierdzał wymogu w sposób „czytelny i jasny”. Z wydruku wynika jedynie waga urządzenia wraz z opakowaniem. Nie można było na jego podstawie ustalić natomiast, ile waży sama drukarka, gdyż nie określono wagi opakowania. Twierdzenie odwołującego znajdujące się w piśmie z 17.10.2013 r., iż „opakowanie waży nie więcej niż 2 kg”, pozostało gołosłowne, gdyż nie zostało wykazane katalogiem producenta (zawierającym numery katalogowe oferowanych produktów), folderami lub materiałami źródłowymi producenta. Potwierdzeniem stanowiska, że waga opakowania drukarki, a tym samym waga samej drukarki, nie została przez odwołującego wykazana w wymagany sposób było wyjaśnienie wykonawcy, w który jednoznacznie oświadczył, że „nigdzie na stronie internetowej producenta ani w żadnych materiałach informacyjnych nie widnieje waga drukarki bez opakowania”.

Biorąc powyższe pod uwagę należało dojść do wniosku, że z dniem 17.10.2013 r. zaktualizowała się przesłanka odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Pomimo wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia wymaganego dokumentu, nie zdołał on wykazać w sposób czytelny i jasny folderem, katalogiem, ani materiałami źródłowymi producenta, że oferowana drukarka waży max 7 kg. Podkreślenia wymaga, że foldery, katalogi i materiały źródłowe producenta są, na gruncie ustawy Pzp, dokumentami, mającymi potwierdzać, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp – tzw. dokumenty przedmiotowe). Tak też zostały określone w SIWZ. W razie niezłożenia wraz z ofertą wymaganych dokumentów przedmiotowych, wpraw, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie. W razie nieuzupełnienia wymaganych dokumentów oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako sprzeczna z treścią SIWZ. Powyższe zostało prawidłowo wyartykułowane przez zamawiającego w pkt V.1 C SIWZ, w których wskazano, że niezłożenie dokumentu skutkować będzie odrzuceniem oferty, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba podkreśla, że zasadą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest konieczność złożenia wymaganych przez zamawiającego dokumentów wraz z ofertą do upływu terminu składania ofert. Wyjątkiem od tej zasady jest regulacja z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp która obliguje zamawiającego - w razie dostrzeżenia określonych braków – do wezwania

wykonawcy celem ich uzupełnienia. Biorąc powyższe pod uwagę w orzecznictwie Izby i Sądów okręgowych utrwalone zostało jednolite stanowisko, że wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jako wyjątek od powołanej zasady, może mieć charakter jednokrotny – w stosunku do tego samego braku.

Pomimo, iż przesłanki odrzucenia oferty odwołującego zaktualizowały się już w dniu 17 października 2013 r., a zamawiający nie miał obowiązku ustalania jaka jest waga oferowanej drukarki, to jednak podjął on próby wyjaśnienia tej okoliczności. Otrzymał on oświadczenie z firmy Xerox Polska sp. z o.o., że waga drukarki Phaser 3250 DN wynosi bez opakowania 11,88 kg, a analogiczna informacja wynikała z kart katalogowych urządzenia Xerox Phaser 3250 DN złożonych zamawiającemu przez przystępującego, przy piśmie z 13 stycznia 2014 r. Pismem z dnia 18 lutego 2014 r. zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie spornej kwestii, przesyłając odwołującemu kopię oświadczenia Xerox Polska. Również w odpowiedzi na wezwanie wykonawca powołał się jedynie na dokument złożony przy piśmie z dnia 17 października 2013 r. określający wagę drukarki z opakowaniem. Zatem w dalszym ciągu nie przedstawiono zamawiającemu wymaganego dokumentu.

Oceniając stan faktyczny zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego prawidłowo ocenił, że również pismo z 21 lutego 2014 r. nie potwierdza, aby zaoferowana drukarka ważyła max 7kg.

Na marginesie Izba wskazuje, że żądany dokument nie pojawił się nawet na etapie postępowania odwoławczego. W treści odwołania odwołujący utrzymywał bowiem nadal, że nigdzie na stronie internetowej producenta ani w żadnych materiałach informacyjnych nie widnieje waga drukarki bez opakowania. Co więcej, odwołujący w trakcie rozprawy złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z eksperymentu w zakresie ważenia opakowania drukarki Phaser 3250. Złożenie takiego wniosku stanowiło potwierdzenie, że sporny parametr nie został wykazany zamawiającemu w postępowaniu w wymagany sposób. Izba wniosek ten oddaliła, albowiem zamawiający przyznał, że nie jest sporne iż waga przywiezionego przez odwołującego opakowania drukarki Phaser 3250 DN może wynosić poniżej 3 kg. Wbrew stanowisku odwołującego owo przyznanie żadną miarą nie oznacza, że odwołanie jest zasadne. Jak słusznie podkreślono w ww. wyroku Sądu okręgowego z dnia 8 stycznia 2014 r. sygn. akt X Ga 652/13 (dostępny na stronie internetowej [uzp.gov.pl](http://uzp.gov.pl)), w świetle art. 180 ust. 1 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba powołana jest jedynie do oceny prawidłowości czynności i zaniechań zamawiającego, co czyni w granicach podniesionych zarzutów. Izba podkreśla, że zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę „stan rzeczy ustalony w toku postępowania”. Zaś sformułowanie „w toku postępowania” odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprowadzić dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania.

Zatem nawet przedstawienie na rozprawie przez odwołującego wymaganego przez zamawiającego dokumentu, z którego wynikałoby waga drukarki bez opakowania nie czyniłoby odwołania zasadnym. Wręcz przeciwnie – oznaczałoby, że rozstrzygnięcie zamawiającego było trafne, wszak zamawiający dokonując zaskarżonej czynności nie dysponował dokumentem, który wykonawca obowiązany był mu złożyć w stosownym terminie (to jest wraz z ofertą lub najpóźniej – w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia z 10.10.2013 r.).

W ocenie Izby zamawiający zasadnie ocenił, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z powodu niezgodności zaoferowanego fantomu Pro-CT z postanowieniem załącznika nr 1 do SIWZ pkt 98, w którym zamawiający wymagał „fantomu do testów tomografii klasycznej”.

Jak wskazał w odwołaniu sam odwołujący, zaoferowany fantom Pro-CT firmy Pro-Project służy do wykonywania testów zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. w sprawie warunków bezpiecznego stosowania promieniowania jonizującego dla wszystkich rodzajów ekspozycji medycznej, w którym nie ma podziału na tomografię komputerową i klasyczną przy testach podstawowych. Taka treść oferty odwołującego i możliwość wykonania testów podstawowych nie była sporna. Nie było sporne, że oferowanym fantomem nie będzie można wykonać testów specjalistycznych dla tomografii konwencjonalnej, określonych w załączniku nr 6 do powołanego rozporządzenia. Powyższe wynikało również z instrukcji użytkowania oferowanego fantomu, z której wynika, że jest to fantom do przeprowadzania podstawowych fizycznych parametrów tomografów komputerowych, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia, międzynarodową normą 61223-3-5 oraz wytycznymi AAPM (załącznik do pisma odwołującego z 21 lutego 2014 r.). Na takie zastosowanie fantomu wskazuje również treść normy PN-EN 61223-3-5, do której odsyłała instrukcja użytkowania. Treść tej normy złożył na posiedzeniu zamawiający. Norma ta dotyczy oceny i badań rutynowych w zakładach diagnostyki obrazowej – efektywności obrazowania zestawów rentgenowskich do tomografii komputerowej. Podkreślenia wymaga, że oceny i badań rutynowych w zakładach diagnostyki obrazowej – charakterystyk obrazowych zestawów rentgenowskich w systemach radiograficznych i radioskopowych dotyczy inna norma, tj. PN-EN 61223-3-1 (również złożona przez zamawiającego).

Strony różniły się natomiast co do wykładni postanowienia pkt 98 załącznika nr 1 do SIWZ. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w opisie zamawianego fantomu nie ograniczył jego zastosowania jedynie do testów podstawowych wymienionych w powołanym rozporządzeniu. Literalna wykładnia postanowienia SIWZ, w którym zamawiający oczekiwał fantomu do testów tomografii klasycznej nie zawierała jednak takiego ograniczenia. Analiza zaś innych postanowień pkt 98 załącznika nr 1 dotyczących innych fantomów wskazywała, że gdy zamawiający chciał fantomów do testów podstawowych to dawał temu wyraz w opisie. Ponadto, w ramach testów podstawowych badań z zakresu tomografii konwencjonalnej się nie wykonuje. Powyższe prowadziło do wniosku, że oferowany fantom musiał umożliwiać wykonanie testów specjalistycznych z zakresu tomografii klasycznej.

Wyjaśnienia w tym miejscu wymaga, że w świetle § 9 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 18 lutego 2011 r. urządzenia radiologiczne podlegają testom, które dzielą się na testy odbiorcze i eksploatacyjne. Z kolei testy eksploatacyjne w myśl § 9 ust. 14 dzielą się na testy podstawowe i specjalistyczne, zaś rodzaje testów wymienione są w załączniku nr 6 do rozporządzenia. Istotnym w sprawie jest to, że jeżeli chodzi o testy specjalistyczne to są one odrębne dla tomografii komputerowej i dla tomografii konwencjonalnej.

Izba nie podziela również stanowiska odwołującego, jakoby sformułowanie „tomografia klasyczna” mogło wprowadzać w błąd. Rzeczywiście w rozporządzeniu z 18 lutego 2011 r. jest mowa nie o tomografii klasycznej lecz o tomografii konwencjonalnej. Jednakże w ocenie Izby, dla profesjonalisty, jakim jest odwołujący – spółka prawa handlowego, której jednym z podstawowych zakresów działania jest dostawa urządzeń objętych przedmiotem zamówienia, nie powinno budzić wątpliwości, że pojęcie tomografii klasycznej zostało użyte w znaczeniu tomografii konwencjonalnej. Zdaniem Izby, nazwa tomografii konwencjonalnej jest używana celem odróżnienia od nowszej dziedziny jaką jest tomografia komputerowa. Ponadto pojęcia „klasyczny” i „konwencjonalny” są używane jako synonimy (por wydruk z internetowego słownika wielojęzycznego ze strony internetowej [pl.wiktionary.org/wiki/konwencjonalny](http://pl.wiktionary.org/wiki/konwencjonalny), złożony przez zamawiającego oraz Słownik synonimów, Gdy słowa zabraknie, Haroldson Press, wyd. I, Brwinów 2005, s. 208, złożony przez przystępującego). Izba wzięła również pod uwagę to, że również w literaturze naukowej pojęcie tomografii klasycznej bywa używane zamiennie z pojęciem tomografii konwencjonalnej. Dowody na te okoliczności przedstawili zamawiający i przystępujący, którzy złożyli fragmenty takich opracowań. W publikacji „Diagnostyka obrazowa. Podstawy teoretyczne i metodyka badań, pod red. Bogdana Pruszyńskiego, wydawnictwo Lekarskie PZWL, Warszawa 2000, s. 317” oba pojęcia są używane zamiennie.

Z pewnością natomiast brak było podstaw do utożsamiania tomografii klasycznej z tomografią komputerową. Powyższe wynikało ze złożonego przez przystępującego fragmentu opracowania pt. „Obrazowanie w radiologii, teoria tworzenia obrazu, detekcji,

przetwarzania, Wydanie poprawione, Harrison Barrett, William Swindell, s. 291, 359, gdzie używane są odrębnie pojęcia tomografii klasycznej oraz tomografii komputerowej. Również z piśma Polskiego Towarzystwa Inżynierii Klinicznej z 22 maja 2014 r. (złożone przez przystępującego) wynika, że *w tomografii klasycznej (zwanej również konwencjonalną) otrzymuje się jedynie obrazy warstw wzdłużnych badanego obiektu. Obra uzyskiwany jest tu przez mechaniczne rozmycie obrazu struktur znajdujących się poza badaną warstwą dzięki jednoczesnemu ruchowi źródła promieniowania (lamy rtg) i rejestratora obrazu w przeciwnych kierunkach wzdłuż badanego obiektu. W tomografii komputerowej uzyskuje się obrazy dowolnych przekrojów, dzięki wirowaniu wokół pacjenta układu lampy rtg – detektory promieniowania.*

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu jako niezgodna z treścią pkt 98 załącznika nr 1 do SIWZ. Oferowany fantom Pro-CT nie umożliwia bowiem wykonywania testów tomografii klasycznej, którymi są również testy specjalistyczne z zakresu tomografii konwencjonalnej, określone w załączniku nr 6 do powołanego wcześniej rozporządzenia Ministra Zdrowia.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

**Przewodniczący:** .....