

**WYROK**  
**z dnia 22 lutego 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**  
**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Kornas Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Św. Wojciecha 10, 78-100 Kołobrzeg**, w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Białogardzki - Starostwo Powiatowe z siedzibą w Białogardzie, Plac Wolności 16-17, 78-200 Białogard**,

przy udziale wykonawcy: **Pulikowski Lucjan Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „INSTALBUD” z siedzibą w Białogardzie, ul. Wawelska 16, 78-200 Białogard**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Kornas Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Św. Wojciecha 10, 78-100 Kołobrzeg** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Kornas Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowo-Akcyjna z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Św. Wojciecha 10, 78-100 Kołobrzeg**, tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający Powiat Białogardzki - Starostwo Powiatowe z siedzibą w Białogardzie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie i wykonanie na podstawie programu funkcjonalno - użytkowego budynku Nr 3, realizowanego na potrzeby centralnego bloku operacyjnego i oddziału intensywnej terapii w ramach inwestycji pn.: „Przebudowa i modernizacja Szpitala po byłych Jednostkach Armii Radzieckiej na Centrum Rehabilitacji z oddziałami Szpitala Rejonowego w Białogardzie” wraz z połączeniem z istniejącym i czynnym Centrum Rehabilitacji i bezkolizyjnym połączeniem z istniejącą kubaturą.

Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27.12.2011 r., poz. 345115.

Wykonawca Kornas Development Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Kołobrzegu, zwany „odwołującym”, zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 ust. 3 przez wykluczenie odwołującego z postępowania, ponadto wskazał naruszenie art. 87 ust. 1, 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą” lub „Pzp”.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 4) wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy;
- 5) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes wnosząc odwołanie. Jest wykonawcą, którego oferta zawiera najniższą cenę i zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku, gdyby zamawiający jej nie odrzucił. Unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty, stworzy możliwość odwołującemu uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał, że przedmiotem postępowania jest realizacja

robót projektowych i budowlanych wraz z infrastrukturą techniczną, w tym także dostawa sprzętu medycznego. W załącznikach nr 10a i nr 10b do SIWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia), zamawiający zamieścił wykaz sprzętu medycznego wymaganego dla potrzeb wyposażenia bloku operacyjnego i sal intensywnego nadzoru. Podał, że sposób redakcji załącznika wskazywał na obowiązek określenia przez wykonawców (z wykorzystaniem załącznika), iż oferowane produkty spełniają wymagania zamawiającego („potwierdzenie, producent, typ, numer kategorii”).

Podniósł, że zgodnie z treścią pkt 6.3 SIWZ wykonawca w celu potwierdzenia, iż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, winien był dołączyć do oferty:

- 1) firmowe materiały informacyjne (w języku polskim) lub oświadczenie producenta/autoryzowanego przedstawiciela producenta sprzętu w Polsce potwierdzające zgodność deklarowanych parametrów;
- 2) dokumenty dopuszczające urządzenie do użytkowania na terenie Polski i UE - certyfikat CE (deklaracja zgodności);
- 3) wpis lub zgłoszenie do Rejestru Wyrobów Medycznych lub oświadczenie z uzasadnieniem, że dane urządzenie nie podlega obowiązkowi wpisu do Rejestru Wyrobów Medycznych.

Zamawiający w piśmie z dnia 3 lutego 2012 r. (zawiadomienie o wyborze oferty) zarzucił odwołującemu, iż złożył on nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania - „wykonawca podał w ofercie nieprawdziwe parametry techniczne oferowanych lamp Kendrolux H700 produkowanych przez Kendromed”. Podniósł, iż oferowane lampy charakteryzowane są odmiennymi cechami technicznymi (lampa boczna i lampa główna). Poinformował, iż „przeprowadził badanie rynku” i w tym zakresie pozyskał katalog produktów spółki Kendromed. Następnie zamawiający porównał zamieszczone w ofercie odwołującego informacje w zakresie lamp z informacjami podanymi w katalogu sprzętu medycznego firmy Kendromed. Porównanie to winno skutkować, w ocenie zamawiającego, odrzuceniem oferty odwołującego z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

1. Odwołujący stwierdził, iż zamawiający rażąco naruszył art. 87 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Podał, że jak słusznie podnosi się w orzecznictwie, biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert, wyjaśnienie jej treści przez zastosowanie art. 87 ust. 1 Pzp można uznać za obowiązek zamawiającego (wskazał wyroki - z dnia 13 sierpnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 992/09, z dnia 3 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1519/09, KIO/UZP 1520/09 i z dnia 25 marca 2011

r. sygn. akt KIO 510/11).

Odwołujący uznał, że zamawiający przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie oferowanych lamp, naruszył rażąco art. 87 ust. 1 Pzp. Tym samym wniósł o nakazanie przeprowadzenia tej czynności wraz z wcześniejszym unieważnieniem odrzucenia jego oferty.

2. Odwołujący podniósł, że w toku badania i oceny oferty, zamawiający pominął kwestię, związaną z rozstrzygnięciem, czy oferowane przez Spółkę produkty odpowiadają wymaganiom określonym w SIWZ. Wskazał, że zgodnie z treścią oświadczenia producenta lamp załączonego do oferty, przedmiotem oferty jest: lampa operacyjna Kendrolux H700/H700 opcjonalnie z dodatkowym ramieniem pod dwa monitory LCD wykonana w wersji specjalnej. Spółka zaoferowała dostarczenie lampy Kendrolux H700/H700 wykonanej w wersji specjalnej, w sposób dedykowany dla potrzeb zamawiającego (o cechach częściowo odbiegających od cech produktu opisanego w katalogach cytowanych przez zamawiającego). Odwołujący stwierdził, że jest to jednak nadal lampa Kendrolux H700/H700 (w obu przypadkach - lampa główna i boczna), gdyż wskazane oznaczenie handlowe tego produktu nadał oferowanym lampom ich producent. Uznał, że porównywanie cech oferowanego produktu z pozyskanymi przez zamawiającego katalogami jest bezcelowe. Powołał się na wyrok z dnia 16 grudnia 2011 r. sygn. akt 2571/11 w sprawie oferowanych w postępowaniu produktów dedykowanych, uwzględniających specyficzne potrzeby zamawiającego.

Odwołujący wskazał na wadliwość założenia zamawiającego, że w dacie składania ofert muszą istnieć oferowane produkty posiadające wymagane cechy. W ocenie odwołującego, oznacza to, że zamawiający nakłada na wykonawców nieuzasadnione żądanie wyprodukowania (na potrzeby złożenia oferty) wyrobów o charakterze unikatowym, posiadających cechy szczegółowo opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazał, że w orzecznictwie podnosi się, iż w zakresie oceny spełniania przez oferowany produkt, czy usługę wymagań stawianych przez zamawiającego, istotnym jest spełnianie tych wymagań nie przez produkt rzeczywiście istniejący w dacie składania oferty, co przez produkt jedynie oferowany (i dostarczany zamawiającemu w trakcie wykonywania umowy) – wskazał wyroki - z dnia 8 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 527/09 i 533/09, z dnia 19 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 716/11 i z dnia 6 czerwca 2011 r. sygn. akt 1078/11.

Odwołujący podniósł również, wskazując stanowisko UZP zawarte w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2011 str. 33, że ograniczenie opisu przedmiotu zamówienia przez żądanie dostarczenia wyłącznie produktów już obecnych na rynku byłoby rażącym naruszeniem zasady uczciwej konkurencji wyrażonej w art. 7 Pzp : „Wymaganie postawione w SIWZ przez zamawiającego, że nie dopuszcza sytuacji, w której zostanie mu zaoferowane nowe oprogramowanie modułowe do zarządzania, stworzone na potrzeby niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest obiektywnie uzasadnione

potrzebami zamawiającego. Jeżeli oprogramowanie stworzone na potrzeby tegoż postępowania spełniałoby wszystkie określone przez zamawiającego w SIWZ wymagania funkcjonalne, techniczne i systemowe to nie ma powodów, aby w jakikolwiek sposób ograniczyć możliwość jego zaoferowania w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę, który je stworzył wyłącznie na potrzeby niniejszego postępowania. (...) Zatem poprzez wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia - oprogramowania modułowego do zarządzania, iż „zamawiający nie dopuszcza sytuacji wytworzenia nowego oprogramowania na rzecz realizacji niniejszego postępowania przetargowego”, naruszył on przepis art. 29 ust. 2 ustawy w związku z art. 7 ust 1 ustawy”.

Odwołujący uznał, że dla oceny prawdziwości informacji złożonych w ofercie rozstrzygające znaczenie powinna mieć treść załączonych oświadczeń, w tym oświadczenie producenta lamp. Stwierdził, że zamawiający odrzucając ofertę i powołując się na fakt, że oferowane urządzenia w katalogach producenta nie posiadają wymaganych cech, zignorował oświadczenie producenta, iż oferuje on produkt o wymaganiach opisanych w dokumentacji postępowania. Tym samym, w ocenie odwołującego, zarzut złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jest bezzasadny. Wobec powyższego, odwołujący żądał unieważnienia czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W zawiadomieniu o wyborze oferty, zamawiający podał, że wybrał ofertę złożoną przez: Przedsiębiorstwo Instalacyjno - Budowlane „INSTALBUD” z siedzibą w Białogardzie. Wybrana oferta jest ofertą z najniższą ceną spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, jest kompletna i spełnia warunki SIWZ.

Powołując się na art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy. Czynność swoją uzasadnił tym, że w ramach zamówienia wykonawca zobowiązany był również do dostawy i zamontowania sprzętu medycznego, stanowiącego podstawowe wyposażenie sal operacyjnych - zgodnie z wykazem sprzętu medycznego stanowiącym załączniki nr 10a i nr 10b do SIWZ. W załącznikach zamawiający określił podstawowe funkcje, jakie musi posiadać zaoferowany sprzęt medyczny oraz optymalne parametry techniczne sprzętu medycznego, wraz ze wskazaniem w odpowiednich pozycjach, parametrów minimalnych - min. oraz parametrów granicznych - od - do. Zamawiający wymagał, aby wykonawca wskazał w treści oferty: producenta sprzętu medycznego, typ sprzętu, model/typ katalogowy oraz funkcje, jakie posiada sprzęt medyczny, wraz z jego parametrami technicznymi. W tym celu w załącznikach nr 10a i nr 10b zamawiający zamieścił dodatkowe kolumny do wypełnienia, w których wykonawca zobowiązany był zamieścić wymagane informacje. W celu potwierdzenia, że oferowany sprzęt medyczny

odpowiada wymaganiom określonym w SIWZ, wykonawca zobowiązany był załączyć do oferty firmowe materiały producenta sprzętu w języku polskim lub oświadczenie producenta sprzętu, dokumenty dopuszczające urządzenie do użytku na terenie Polski i UE oraz wpis lub zgłoszenie sprzętu do Rejestru Wyrobów Medycznych lub oświadczenie z uzasadnieniem, że sprzęt nie podlega obowiązkowemu wpisowi do rejestru.

W toku oceny i badania ofert, zamawiający zwrócił uwagę na zaproponowane w ofercie lampy operacyjne. Zgodnie z postanowieniami załącznika nr 10b do SIWZ, zamawiający wymagał dostawy „Podwójnej sufitowej lampy operacyjnej z halogenowym źródłem światła - szt. 3” (zał. nr 10b, poz. 1), składającej się z lampy głównej i lampy bocznej o różnych funkcjach i parametrach technicznych wraz z dodatkowym ramieniem do mocowania dwóch monitorów LCD oraz dostawy „Podwójnej sufitowej lampy operacyjnej z halogenowym źródłem światła - szt. 1” (zał. nr 10b, poz. 2), składającej się z lampy głównej i lampy bocznej o różnych funkcjach i parametrach. Wykonawca zamieścił w ofercie wypełniony zgodnie z postanowieniami SIWZ załącznik nr 10b, w którym zaoferował w pozycji 1 lampę operacyjną firmy Kendromed Sp. z o.o., typu Kendrolux o oznaczeniu H700/H700/2xLCDprep, w pozycji 2 lampę operacyjną firmy Kendromed Sp. z o.o., typu Kendrolux o oznaczeniu H700/H700. W obu pozycjach (1 i 2) wykonawca zaoferował lampę Kendrolux H700, zarówno jako lampę główną jak i lampę boczną, pomimo faktu, postawienia przez zamawiającego innych wymagań technicznych dla lampy głównej i lampy bocznej. W celu potwierdzenia spełnienia parametrów technicznych oferowanych lamp, wykonawca załączył do oferty deklarację zgodności, druk zgłoszenia sprzętu do Rejestru Wyrobów Medycznych oraz oświadczenie producenta lamp o spełnieniu przez oferowane lampy parametrów specyfikowanych przez zamawiającego. W trakcie analizy podanych w ofercie parametrów technicznych, zamawiający zwrócił uwagę na fakt wskazania przez wykonawcę odmiennych parametrów technicznych lampy Kendrolux H700 w zależności od jej zastosowania. Wykonawca w ofercie podał inne parametry techniczne, jako lampy głównej, a inne parametry techniczne tej samej lampy, jako lampy bocznej.

I tak:

1) Lampa główna, zał. 10b, pozycja 1.13:

Zamawiający wymagał, aby średnica plamy świetlnej pola operacyjnego w odległości 1 metra od czoła lampy mieściła się w zakresie 140 mm do 290 mm z tolerancją +/- 20 mm. Wykonawca wskazał, że oferowana przez niego lampa Kendrolux H700 spełnia ten warunek i średnica plamy świetlnej pola operacyjnego w odległości 1 metra od czoła lampy mieści się w zakresie od 160 mm do 300 mm.

2) Lampa główna, zał. 10b, pozycja 1.14:

Zamawiający wymagał, aby głębokość oświetlenia L1+L2 wynosiła min. 111 cm. Wykonawca wskazał, że oferowana przez niego lampa Kendrolux H700 spełnia ten warunek i głębokość oświetlenia lampy wynosi 115 cm.

3) Lampa boczna, zał. 10b, pozycja 1.21:

Zamawiający wymagał, aby średnica plamy świetlnej pola operacyjnego w odległości 1 metra od czoła lampy mieściła się w zakresie 150 mm do 300 mm z tolerancją +/- 20 mm. Wykonawca wskazał, że oferowana przez niego lampa Kendrolux H700 spełnia ten warunek i średnica plamy świetlnej pola operacyjnego w odległości 1 metra od czoła lampy mieści się w zakresie od 170 mm do 300 mm.

4) Lampa boczna, zał. 10b, pozycja 1.22: Zamawiający wymagał, aby

wgłębność oświetlenia L1+L2 wynosiła min. 120 cm. Wykonawca wskazał, że oferowana przez niego lampa Kendrolux H700 spełnia ten warunek i wgłębność oświetlenia lampy wynosi 120 cm.

Zamawiający stwierdził, że wskazana została niemożliwa do zaistnienia sytuacja, w której zaoferowana przez wykonawcę lampa operacyjna Kendrolux H700 posiadałaby różne wzajemnie wykluczające się parametry techniczne w zależności od miejsca jej zastosowania - inna średnica plamy świetlnej i inna wgłębność oświetlenia przy zastosowaniu lampy Kendrolux H700, jako lampy głównej, a inna średnica plamy świetlnej i inna wgłębność oświetlenia przy zastosowaniu tej samej lampy, jako lampy bocznej.

Zamawiający zbadał ofertę pod kątem wystąpienia przesłanek do zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy. Przeprowadził badanie rynku sprzętu medycznego w zakresie lamp operacyjnych oferowanych przez firmę Kendromed Sp. z o.o., jak również posłużył się katalogiem sprzętu medycznego na rok 2012 tej firmy. Po analizie materiałów zamawiający stwierdził, że na rynku nie istnieje lampa operacyjna Kendrolux H700 firmy Kendromed Sp. z o.o. o parametrach technicznych podanych w ofercie. Ponadto, firma Kendromed Sp. z o.o. nie posiadała na dzień składania ofert i nadal nie posiada w swojej ofercie żadnego modelu lampy operacyjnej Kendrolux, który spełniałaby warunki opisane w SIWZ.

Rozbieżność parametrów technicznych lampy Kendrolux H700 przedstawił następująco.

I. Podwójna sufitowa lampa operacyjna z halogenowym źródłem światła szt. 3.

Odwołujący wskazał: producent, typ, nr kat. – Kendromed Sp. z o.o., KENDROLUX H700/H700/2xLCDprep.

1. Lampa główna:

- 1) poz.1.11 odwołujący potwierdził, że oferuje lampę o temperaturze barwowej 4500 [K], przy wymaganej przez zamawiającego, co najmniej 4500 [K], zamawiający podał, że w katalogu wskazana wartość wynosi 4300 [K], różnica dotyczy 200 [K];
- 2) poz. 1.13 odwołujący potwierdził, że średnica plamy świetlnej pola operacyjnego w odległości 1m od czoła lampy spełnia parametry, gdyż przy wymogu zamawiającego od 140mm do 290 mm (+/-20mm), wynosi od 160mm do 300mm, zamawiający podał na



- podstawie katalogu, że odległość wynosi od 180mm do 300mm, różnica dotyczy 20mm;
- 3) poz. 1.16 odwołujący potwierdził, że oferuje lampę wyposażoną w funkcję do operacji endoskopowych pomagającą na przełączeniu kierunku światła o  $180^{\circ}$  w kierunku sufitu bez repozycjonowania czaszy lampy, zamawiający stwierdził, że w katalogu brak jest takiej funkcji.

## 2. Lampa boczna:

- 1) poz. 1.19 odwołujący potwierdził, że oferuje lampę o temperaturze barwowej 4500 [K], przy wymaganej przez zamawiającego, co najmniej 4500 [K], zamawiający podał, że w katalogu wskazano wartość 4300 [K], różnica wynosi 200 [K];
- 2) poz. 1.21 odwołujący potwierdził, że średnica plamy świetlnej pola operacyjnego w odległości 1m od czoła lampy spełnia parametry, gdyż przy wymogu od 150mm do 300 mm (+/-20mm), wynosi od 170mm do 300mm, zamawiający podał na podstawie katalogu, że odległość wynosi od 180mm do 300mm, różnica wynosi 10mm;
- 3) poz. 1.22 głębokość oświetlenia L1+L2 dla lampy głównej oferowana przez odwołującego wynosi 120cm, przy wymaganej przez zamawiającego min. 120cm, zamawiający podał, że zgodnie z katalogiem - głębokość ostrości (L1+L2, przedział roboczy bez konieczności dostosowania ostrości) 1150mm.

## II. Podwójna sufitowa lampa operacyjna z halogenowym źródłem światła szt. 1.

Odwołujący wskazał: producent, typ, nr kat. – Kendromed Sp. z o.o., KENDROLUX H700/H700.

### 1. Lampa główna:

- 1) poz. 2.11 odwołujący potwierdził, że oferuje lampę o temperaturze barwowej 4500 [K], przy wymaganej przez zamawiającego, co najmniej 4500 [K], zamawiający podał, że w katalogu wskazano wartość 4300 [K], różnica wynosi [200];
- 2) poz. 2.13 odwołujący potwierdził, że średnica plamy świetlnej pola operacyjnego w odległości 1m od czoła lampy spełnia parametry, gdyż przy wymogu od 150mm do 300 mm (+/-20mm), wynosi od 170mm do 300mm, zamawiający podał na podstawie katalogu, że odległość wynosi od 180mm do 300mm, różnica wynosi 10mm;
- 3) 2.14 głębokość oświetlenia L1+L2 dla lampy głównej oferowana przez odwołującego wynosi 120cm, przy wymaganej przez zamawiającego min. 120cm, zamawiający podał na podstawie katalogu głębokość ostrości (L1+L2, przedział roboczy bez konieczności dostosowania ostrości) 1150mm;
- 4) 2.16 odwołujący potwierdził, że oferuje lampę wyposażoną w funkcję do operacji endoskopowych pomagającą na przełączeniu kierunku światła o  $180^{\circ}$  w kierunku sufitu bez repozycjonowania czaszy lampy, zamawiający stwierdził, że w katalogu brak jest takiej funkcji.

### 2. Lampa boczna:

- 1) poz. 2.19 odwołujący potwierdził, że oferuje lampę o temperaturze barwowej 4500 [K], przy wymaganej przez zamawiającego, co najmniej 4500 [K], zamawiający podał, że w katalogu wskazano wartość 4300 [K], różnica wynosi 200 [K];
- 2) poz. 2.21 odwołujący potwierdził, że średnica plamy świetlnej pola operacyjnego w odległości 1m od czoła lampy spełnia parametry, gdyż przy wymogu od 150mm do 300 mm (+/-20mm), wynosi od 170mm do 300mm, zamawiający podał na podstawie katalogu, że odległość wynosi od 180mm do 300mm, różnica wynosi 10mm;
- 3) poz. 2.20 głębokość oświetlenia L1+L2 dla lampy głównej oferowana przez odwołującego wynosi 120cm, przy wymaganej przez zamawiającego min. 120cm, zamawiający podał zgodnie z katalogiem głębię ostrości (L1+L2, przedział roboczy bez konieczności dostosowania ostrości) 1150mm.

Zamawiający uznał, że bezsprzecznym jest fakt, iż rzeczywiste parametry techniczne lampy Kendrolux H700, zgodnie z danymi producenta Kendromed Sp. z o.o. zamieszczonymi w firmowym katalogu sprzętu medycznego na rok 2012, są inne, niż podane w ofercie i nie odpowiadają wymaganiom opisanym przez zamawiającego w SIWZ, co wyklucza możliwość jej zastosowania. Zdaniem zamawiającego, wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania - podał w ofercie nieprawdziwe parametry techniczne oferowanych lamp Kendrolux H700, przez co usiłował wprowadzić zamawiającego w błąd, co do treści oferty i uniknąć jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uznał, że zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, miałoby bezpośredni wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ponieważ mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której oferta taka zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, co stanowiłoby naruszenie ustawy i mogłoby naruszyć zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W zaistniałej sytuacji stwierdził, że jego obowiązkiem była bezwzględna eliminacja z postępowania wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy wykluczył wykonawcę z postępowania i odrzucił jego ofertę na podstawie ust. 4 wskazanego artykułu.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołania na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołujący posiada interes, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy, wnosząc odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy, gdyż jest jednym z trzech wykonawców (Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. z siedzibą we Wrocławiu, Kornas Development Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Kołobrzegu i Przedsiębiorstwo Instalacyjno - Budowlane „INSTALBUD” z siedzibą w Białogardzie), którzy złożyli oferty i cena oferty odwołującego, będąca jedynym kryterium oceny ofert o znaczeniu 100%, jest najniższa.

Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w zakresie dostawy spornego wyposażenia wskazując w załącznikach do SIWZ nr 10a i 10b – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia – Kolumny i panele (załącznik nr 10a) oraz Lampy operacyjne (załącznik nr 10b), które należy dostarczyć i zamontować w ramach wykonania przedmiotu zamówienia.

Zarzut podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, stanowiący podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, wraz z ustaleniem stanu faktycznego potwierdzającego niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, dotyczy wyłącznie lamp operacyjnych, wyszczególnionych w załączniku nr 10b. Załącznik nr 10a nie stanowił przedmiotu objętego odwołaniem, jak i rozpoznaniem w postępowaniu odwoławczym.

Obok opisu zawartego w spornym załączniku nr 10b, zamawiający w pkt 6.3 SIWZ (Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu) podał, że „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego - dotyczy dostaw sprzętu medycznego zgodnie z zał. 10 do SIWZ, do oferty należy dołączyć:

- firmowe materiały informacyjne (w języku polskim) lub oświadczenie producenta/autoryzowanego przedstawiciela producenta sprzętu w Polsce potwierdzające zgodność deklarowanych parametrów,
- dokumenty dopuszczające urządzenie do użytkowania na terenie Polski i UE - certyfikat CE (deklaracja zgodności),
- wpis lub zgłoszenie do Rejestru Wyrobów Medycznych lub oświadczenie z uzasadnieniem, że dane urządzenie nie podlega obowiązkowi wpisu do Rejestru Wyrobów Medycznych.”

Odwołujący wypełnił załącznik nr 10b, w którym wskazał oferowaną dostawę - lampę KENDROLUX H700/H700, przedstawiając jednocześnie parametry różniące się od parametrów charakteryzujących taką lampę, nie podając, że oferuje lampę, która może być dostarczona jako lampa wykonana w wersji specjalnej. Załączył wymagane dokumenty dotyczące lampy operacyjnej KENDROLUX H700/H700. Jedynie w oświadczeniu

producenta zostało zamieszczone określenie dotyczące wersji specjalnej.

W toku badania i oceny ofert, zamawiający stwierdził niewłaściwość opisu parametrów lampy głównej i bocznej (odmienne parametry techniczne lampy Kendrolux H700 w zależności od jej zastosowania, inne parametry jako lampy głównej i inne jako lampy bocznej).

W dalszej kolejności stwierdził rozbieżności parametrów technicznych lampy Kendrolux H700/H700, porównując opis parametrów podany przez odwołującego w załączniku do oferty z danymi dotyczącymi parametrów sprzętu wg. Katalogu sprzętu medycznego na 2012 r. firmy Kendromed Sp. z o. o. (wydruk załączony do dokumentacji postępowania). Zamawiający przedstawił rozbieżności wraz ze szczegółowym uzasadnieniem w piśmie z dnia 3 lutego 2012 r. Na rozprawie rozbieżności zostały potwierdzone przez zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego, który złożył do akt sprawy wydruki korespondencji prowadzonej z przedstawicielem producenta lamp. Rozbieżności nie były kwestionowane przez odwołującego, zarówno w odwołaniu, jak i na rozprawie. Odwołujący utrzymywał, że nie są to nieprawdziwe informacje, gdyż produkcja lamp o wskazanych parametrach jest możliwa, na potwierdzenie czego złożył wyjaśnienie producenta lamp z dnia 20.02.2012 r. W wyjaśnieniach producent podał, że parametry opisane przez zamawiającego, są to parametry lamp operacyjnych firmy Berchtold, której przedstawicielem w latach 2008 - 2010 była spółka Kendromed. Wskazał na zależność parametrów lampy operacyjnej halogenowej jako normalnego źródła światła od szeregu czynników wpływających na siebie i zależnych od siebie. Omówił temperaturę barwową światła i intensywność promieniowania według wskazanej w piśmie normy. Stwierdził, że podając dane katalogowe, producent jest w stanie dla danego modelu dostarczyć lampy o parametrach różniących się od siebie zależnie od zastosowanych rozwiązań technicznych. Podał, że parametry świetlne źródeł światła w najlepszych laboratoriach mierzone są w tolerancji  $\pm 5\%$ , a przeciętnie  $\pm 10\%$ . Potwierdził, że jest w stanie dostarczyć lampy według indywidualnych życzeń zamawiającego w zakresie temperatury barwowej i natężenia oświetlenia.

Na rozprawie odwołujący nie złożył w tym zakresie dodatkowych wyjaśnień i nie podważył ustaleń zamawiającego, co do stwierdzonych rozbieżności w załączniku nr 10b.

W ocenie Izby, właściwe jest ustalenie przez zamawiającego faktów w toku badania i oceny ofert, że odwołujący zaoferował lampę H700/H700 wraz z wymaganymi potwierdzeniami w pkt 6.3 SIWZ. W załączniku nr 10b podał nazwę tej lampy, natomiast w opisie wskazał parametry sprzeczne wewnątrz i niezgodne z wymaganiami zamawiającego. Zakwestionowane przez zamawiającego parametry podane w załączniku nr 10b różnią się od parametrów przypisanych lampie wymienionej w załączniku, jako H700/H700 – typ sprzętu i nr katalogowy. W załączniku odwołujący nie opisał lampy H700/H700, jako wersji specjalnej. Zatem, zamawiający słusznie uznał dając temu wyraz w piśmie z dnia 3 lutego

2012 r., że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, wskazując na przesłanki z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Istotę zarzutu odwołującego, przy braku kwestionowania rozbieżności w parametrach, stanowi wyeliminowanie odwołującego z postępowania, w sytuacji, gdy jego zdaniem, nie podał nieprawdziwych informacji, a ponadto zaniechanie zwrócenia się przez zamawiającego o złożenie wyjaśnień, co do treści oferty, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy.

Przepis ten stanowi, że w toku badania i oceny ofert, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Na podstawie porównania tego przepisu z innymi przepisami ustawy, np. art. 24, art. 26 ust.1, 3 i 4, art. 87 ust. 2, czy art. 89 ust. 1 ustawy, trudno jest uznać, że wskazane uprawnienie należy utożsamiać z czynnością zamawiającego o obligatoryjnym charakterze.

Przepis art. 180 ust. 1 ustawy stanowi, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Zatem, z zestawienia podanych przykładowo przepisów wynika, że zaniechanie żądania wyjaśnień, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy, nie znajduje podstawy do nakazania zamawiającemu dokonania takiej czynności.

Podnieść należy, że odwołujący złożył na rozprawie wyjaśnienia producenta lamp.

Z pisma zawiadamiającego o wyborze oferty i wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz o uznaniu jego oferty za odrzuconą, wynika, że zamawiający dokonywał badania i oceny oferty odwołującego na podstawie żądanych w SIWZ i załączonych do oferty oświadczeń lub dokumentów i ostatecznie ocenił na podstawie przeprowadzonego badania rynku sprzętu medycznego pod kątem lamp operacyjnych oferowanych przez firmę Kendromed Sp. z o.o., jak również katalogu sprzętu medycznego na rok 2012 tej firmy.

Na podstawie przedstawionych wyżej rozbieżności uznał, że odwołujący podał nieprawdziwe informacje skutkujące wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, co spowodowało uznaniem oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

Podany przepis stanowi, że wykluczenie wykonawcy z postępowania jest obligatoryjne w razie spełnienia łącznie dwóch przesłanek: stwierdzenia faktu złożenia nieprawdziwych informacji oraz ustalenia, że nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem, przepis art. 24 ustawy stanowi zamknięty katalog przesłanek skutkujących wykluczeniem wykonawcy z postępowania i brak jest podstaw do rozszerzonej jego interpretacji, co powoduje, że stwierdzenie przesłanki zastosowania przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, m.in. Sąd Okręgowy

w Krakowie w wyroku z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazał, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Obowiązek należytego ustalenia i udowodnienia istnienia okoliczności zarzucanych odwołującemu, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, obciąża zamawiającego. Fakt złożenia nieprawdziwych informacji zamawiający winien wykazać za pomocą dowodu wskazującego na zaistnienie zarzucanych wykonawcy zachowań, w sposób pewny, w konkretnie stwierdzonych okolicznościach (m.in. wyrok z dnia 29 września 2011 r. sygn. akt KIO 1999/11).

W innych orzeczeniach Izba stwierdziła, m.in. w wyroku z dnia 5 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 2770/10: „wskazując na zaistnienie podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 [obecnie pkt 3] Pzp, należy bezspornie łącznie wykazać, że składane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, a ich złożenie stanowi wyraz świadomego działania mającego na celu podanie nieprawdziwych informacji”. W wyroku z dnia 20 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO 2649/10 Izba stwierdziła, że „przesłanka nieprawdziwości informacji, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp zachodzi wówczas, gdy złożone przez wykonawcę informacje nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistym (obiektywnym) stanie faktycznym ustalonym w sposób pewny, tj. niebudzący żadnych wątpliwości.”

W komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych, wydawnictwo C.H. Beck, wydanie 2 z 2009 r., Paweł Granecki przedstawił następujące stanowisko: (...) „nie istnieje na gruncie ustawy domniemanie nieprawdziwości informacji składanych przez wykonawców, w związku z czym zamawiający nie może stosować tego artykułu nie mając odpowiednich dowodów nieprawdziwości informacji. W przypadku udowodnienia powyższych okoliczności zamawiający zobowiązany jest do poinformowania organów ścigania o takim zdarzeniu, gdyż jest to przestępstwo przewidziane w K.K.”

Oceniając powyższe należało uznać, że zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie ustalił okoliczności zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 i ust. 4 ustawy w sposób wynikający z cytowanego orzecznictwa i doktryny, natomiast zasadnie stwierdził na podstawie ustalonego stanu faktycznego, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, co winno skutkować zastosowaniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, wobec braku możliwości poprawienia wskazanych w załączniku nr 10b rozbieżności, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odmienne zakwalifikowanie prawne czynności zamawiającego, eliminujących odwołującego z postępowania (wykluczenie i uznanie oferty za odrzuconą), nie uprawnia Izby do uwzględnienia odwołania i nakazania powtórzenia czynności, które w konsekwencji powodują takie same skutki (brak wpływu naruszenia przepisów ustawy na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) w sytuacji, gdy w ofercie odwołującego nie została przedstawiona lampa według wymaganego załącznika nr 10b do SIWZ.

Zatem, brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy, mając na uwadze przepis ust. 2 tego artykułu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku sprawy i zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 4 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).

**Przewodniczący: .....**