

**Sygn. akt: KIO 2274/17**

**WYROK**  
**z dnia 14 listopada 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Mateusz Zientak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2017 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2017 roku przez wykonawcę K. D. F., M. M. spółka jawna z siedzibą w C.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Odwołujący

przy udziale wykonawcy T. M. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ż. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2274/17 po stronie Zamawiającego

**orzeka**

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy T. M. Partner spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żywcu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *„Zakup, dostawa, montaż i uruchomienie 4 kpl. lamp operacyjnych bezcieniowych (8 szt.) oraz przeszkolenie personelu z zakresu obsługi wraz z demontażem istniejących lamp”*. Nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy T. M. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ż. jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia. Nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W pozostałym zakresie zarzutów odwołania nie uwzględnia.

2. Kosztami postępowania obciąża T. M. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ż. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Konkret D. F., M. M. spółka jawna z siedzibą w C. tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawcy T. M. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ż. na rzecz wykonawcy K. D. F., M. M. spółka jawna z siedzibą w C. kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Uniwersytecki Szpital Kliniczny w O. - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „*Zakup, dostawa, montaż i uruchomienie 4 kpi. lamp operacyjnych bezcieniowych (8 szt.) oraz przeszkolenie personelu z zakresu obsługi wraz z demontażem istniejących lamp*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 sierpnia 2017 roku pod numerem 574449-N-2017.

30 października 2017 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w związku z art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wyboru oferty złożonej przez T. M. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ż. (dalej: „T.”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy przez wadliwy wybór oferty w postępowaniu tj. oferty T. , która powinna zostać odrzucona, w związku z:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez akceptację niewiarygodnych oświadczeń, podczas gdy Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, co oznacza konieczność odrzucenia oferty T. ,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez brak wykluczenia z postępowania T. , podczas gdy wykonawca ten w wyniku niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak odrzucenia oferty T. podczas gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nie podlega poprawieniu.

Odwołujący wniósł, o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez T. oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, nakazania Zamawiającemu wykluczenia T. z udziału w postępowaniu, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia żądania wykluczenia

T. , nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty T. .

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zaskarżona Informacja o wyborze została zamieszczona na stronie internetowej postępowania oraz przekazana Odwołującemu 24 października 2017 r. - zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy w zw. z art. 185 ust. 8 ustawy termin na wniesienie niniejszego odwołania upływa w dniu 30 października 2017 r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę na skutek wadliwej czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty. Korzystne rozstrzygnięcie zarzutów odwołania wobec czynności Zamawiającego spowodowałoby, że oferta Odwołującego byłaby najkorzystniejsza w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na jego wcześniejszym etapie odwołanie wobec opisu przedmiotu zamówienia wniósł 28 sierpnia 2017 r. T. (sygn. akt KIO 1796/17). W swoim odwołaniu wykonawca ten kwestionował wymogi Zamawiającego wskazując, że spełnić je może jedynie K. sp. z o.o., polski dystrybutor lamp S.I.M.E.O.N. M. GmbH &Co. KG. Jednocześnie opisał występujący na rynku sprzęt, w tym dystrybuowaną przez siebie lampę Quasar eLite Qe6030. (Odwołujący podał, że wskazane odwołanie stanowi załącznik do niniejszego odwołania, oryginał znajduje się w aktach sprawy o sygn.. KIO 1796/17, Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z treści tych akt). Odwołujący podał, że Zamawiający dokonał większości zmian oczekiwanych przez T. w swoich wyjaśnieniach z 6 września 2017 r. Jest to finalna wersja specyfikacji technicznej zamawianych lamp, która obowiązywała w dniu składania ofert. To do jej treści odnosimy się w odwołaniu.

W zakresie argumentacji odnoszącej się do poszczególnych wymagań oferowanego przedmiotu zamówienia Odwołujący wskazał:

I. Wymóg zastosowania białych diod

W pkt 1.2. tabeli specyfikacji technicznej zamawianych lamp operacyjnych bezcieniowych zamawiający zawarł następujący wymóg: *Źródło światła w każdej z kopuł. Wszystkie diody*

*LED białe, emitujące światło widzialne o jednakowej temperaturze barw owej w celu eliminacji „efektu tęczy”.*

Odwołujący argumentowała, że zgodnie z regułami języka polskiego powyższy wymóg oznacza, że wszystkie diody LED powinny być białe oraz wszystkie diody LED powinny emitować światło widzialne o jednakowej temperaturze barwowej. Tak ten wymóg rozumiał sam Zamawiający, co wynika m.in. z treści wezwania do wyjaśnień skierowanego do T. 16 października 2017 r. W swojej odpowiedzi z 17 października 2017 r. T. przedstawił swój sposób interpretacji postawionego wymogu - jedynie wszystkie białe diody LED powinny emitować światło widzialne o jednakowej temperaturze barwowej. Dalej wskazał, iż „zamawiający nie oczekiwał zaoferowania wyłącznie diod białych, na co dowodem jest fakt, iż dopuszczał w punkcie 12 lampy o regulowanej temperaturze barwowej, co możliwe jest tylko i wyłącznie podczas mieszania barw”. Jednocześnie T. przyznał, że w oferowanej przez niego lampie występują również diody czerwone.

Odwołujący wskazał na dwie kwestie całkowicie podważające interpretację T. :

- interpretacja wymogu dotyczącego diod LED przedstawiona przez T. jest wprost niezgodna z regułami języka polskiego i wskazuje jedynie na wysoką kreatywność tego wykonawcy przy odczytywaniu wymogów Zamawiającego,
- fałszywy jest argument T. , że regulacja temperatury barwowej możliwa jest tylko i wyłącznie podczas mieszania barw, co ma uzasadniać prezentowany przez tego wykonawcę sposób rozumienia wymogu Zamawiającego.

We fragmencie opisu przedmiotu zamówienia: „*wszystkie diody LED białe, emitujące światło widzialne o jednakowej temperaturze barwowej w celu eliminacji efektu tęczy*” wyrazy określające diody LED - przymiotnik „biały” oraz imiesłów przymiotnikowy czynny „emitujący” pełnią równorzędna rolę. Wynika to w sposób oczywisty z faktu, iż zostały oddzielone przecinkiem. Taką samą konstrukcją mają poniższe hipotetyczne fragmenty:

- „wszystkie diody LED białe, rozmieszczone równomiernie w kopule”,
- „wszystkie diody LED białe, wstrząsoodporne”,
- „wszystkie diody LED wstrząsoodporne, białe”,
- „wszystkie diody LED białe, działające w zakresie temperatur 10 - 40 °C”.

Każdy z tych przykładów w sposób naturalny opisuje dwie cechy przypisane do diod LED. Z pierwszego nie wynika, że tylko diody białe mają być rozmieszczone równomiernie w kopule, z drugiego, że tylko diody białe mają być wstrząsoodporne, a z trzeciego, że tylko diody wstrząsoodporne mają być białe.

Interpretacja T. trzymałaby się choć trochę reguł języka polskiego, tylko wtedy gdyby Zamawiający nie zawarł przecinka pomiędzy wyrazami „białe” i „emitujące”, czyli opisał je następująco: „wszystkie diody LED białe emitujące światło widzialne o jednakowej temperaturze barwowej w celu eliminacji efektu tęczy”. Tylko wtedy można byłoby mieć wątpliwość czy określenia „białe” i „emitujące” są równorzędne czy jedno z nich jest nadrzędne w stosunku do drugiego. A i tak byłyby to wątpliwości mocno na wyrost, gdyż dla nadania wymogowi znaczenia postrzeganego przez T. szyk wyrazów musiałby wyglądać następująco: „wszystkie białe diody LED emitujące światło widzialne o jednakowej temperaturze barwowej w celu eliminacji efektu tęczy”.

Aby wymóg postawiony przez Zamawiającego mógł być odczytany w sposób wskazany przez T. konieczne byłoby nie tylko usunięcie przecinka, ale również zmiana szyku zdania.

T. w swoich wyjaśnieniach z 17 października 2017 r. wskazuje: „zamawiający nie oczekiwał zaoferowania wyłącznie diod białych, na co dowodem jest fakt, iż dopuszczał w punkcie 12 lampy o regulowanej temperaturze barwowej, co możliwe jest tylko i wyłącznie podczas mieszania barw”. Jak wskazano powyżej, nie jest to prawda. Realizacja regulacji temperatury barwowej w przypadku zastosowania białych diod LED może być uzyskana za pomocą filtrów. Lampa jest wówczas wyposażona w sterowane automatycznie filtry, przez które pada światło emitowane przez diody białe. Tym samym manipulacja temperaturą barwową odbywa się z pominięciem ingerencji w same diody LED.

Zamawiający nie wymagał dostarczenia tego rodzaju systemu, ale dopuszczał taką możliwość przez dopuszczenie w pkt 1.12. regulacji temperatury barwowej w zakresie od 3500 do 5000 °K. Nie jest to równoznaczne z dorozumiana akceptacją kolorowych diod. Zaoferowanie przez T. diod kolorowych obok diod białych stanowi o niezgodności treści oferty tego wykonawcy ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

## II. Wymóg w zakresie temperatury barwowej

W pkt 1.12. tabeli specyfikacji technicznej zamawianych lamp operacyjnych bezcieniowych zamawiający zawarł następujący wymóg: *Stała temperatura barwowa: od 4400 do 4800° [K] lub regulacja temperatury barwowej w zakresie od 3500 do 5000 ° [K].*

Odwołujący wskazał, że T. zadeklarował: „regulacja temperatury barwowej w zakresie od 3500 do 5000 ° [K]”, co stanowi dokładne odzwierciedlenie wymogu Zamawiającego.

Jest to jednak niezgodne z ogólnodostępnymi materiałami producenta opisującymi lampę Quasar eLite Qe6030. W folderze oferowanej lampy dostępnym na stronie jej producenta B. M. C. Ltd. wskazano, że temperatura barwowa jest regulowana w zakresie od 3100 do 4600 K°. Jest to zakres węższy od wymaganego w górnym przedziale. Folder ten jest dostępny na stronie produktowej producenta: <http://www.brandon-medical.com/auasarelite2> oraz na polskiej stronie produktowej <http://www.medipment.pl/produkt/Brandon-Medical-Quasar-eLite-70609> (wskazany folder - s. 14 i 15 - wraz z tłumaczeniem stanowi załącznik do niniejszego odwołania). Ten sam zakres regulacji temperatury barwowej został wskazany przez T. dla modelu Qe6030 we wskazanym wcześniej odwołaniu złożonym przez tego wykonawcę w obecnym postępowaniu o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1796/17):

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Odwołujący podniósł, że wszystkie źródła informacji - producent oraz samego T. są tu zgodne. Odmienne są dopiero deklaracje T. zawarte w ofercie. Odwołujący zauważył, że na etapie postępowania odwoławczego zainicjowanego przez T. wykonawca ten nie miał interesu w przekłamaniu specyfikacji technicznej oferowanej lampy, gdyż domagał się zmiany wymagań Zamawiającego w celu dopuszczenia do postępowania oferowanej przez niego lampy. Inna jest sytuacja na etapie składania ofert. Wykonawca T. obecnie ma interes w przekłamaniu specyfikacji technicznej oferowanej lampy. Podanie parametrów zgodnych z tymi deklarowanymi publicznie przez producenta oznaczałoby odrzucenie oferty T. jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Odwołującego z uwagi na powyższe bardziej wiarygodne są informacje przekazane przez T. na etapie odwołania niż na etapie składania ofert. Bardziej wiarygodne są również materiały producenta niż gołosłowne deklaracje samego wykonawcy. Wyrób medyczny, taki jak lampa operacyjna, nie może być zmieniany przez producenta bez przeprowadzenia kontroli jego zgodności z wymogami ustalonymi dla tego rodzaju sprzętu popartymi deklaracją zgodności producenta. Nie wspominając już o możliwości technicznej ulepszenia urządzenia w tak krótkim czasie i wprowadzenia zmian w procesie produkcji tylko dla kilku sztuk.

Podsumowując, zaoferowanie przez T. lampy Qe6030 posiadającej regulację temperatury barwowej w zakresie od 3100 do 4600 °K nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

### III. Wymóg w zakresie współczynnika oddawania barw

W pkt 1.13. tabeli specyfikacji technicznej zamawianych lamp operacyjnych bezcieniowych zamawiający zawarł następujący wymóg: *Współczynnik odwoływania barw CRI  $\geq 96$* . T. zadeklarował: „współczynnik odwoływania barw CRI  $\geq 96$ ”, co stanowi dokładne odzwierciedlenie wymogu zamawiającego.

W pkt 1.14. tabeli specyfikacji technicznej zamawianych lamp operacyjnych bezcieniowych zamawiający zawarł następujący wymóg: *Współczynnik odwoływania barwy czerwonej R9  $\geq 96$* . T. zadeklarował: „współczynnik odwoływania barwy czerwonej R9  $\geq 96$ ”, co stanowi dokładne odzwierciedlenie wymogu zamawiającego.

Współczynnik oddawania barw zawiera się w przedziale od 0 do 100 i określa jak dobrze postrzegane są barwy oświetlonych przedmiotów. Im współczynnik ten jest wyższy, tym barwy są lepiej oddawane, a oświetlane przedmioty wyglądają naturalniej. Podobny charakter ma współczynnik odwoływania barwy czerwonej, z tym że dotyczy jedynie postrzegania tej barwy.

Deklaracje T. są niewiarygodne, gdyż są niezgodne z parametrami wskazywanymi przez producenta sprzętu, informacjami wcześniej przedstawionymi przez T. oraz informacjami dostępnymi obecnie na stronie T. . We wskazanym we wcześniejszej części odwołania folderze producenta opisującym m.in. oferowaną lampę Quasar eLite Qe6030 wskazano, że lampa ta charakteryzuje się współczynnikiem oddawania barw CRI oraz współczynnikiem oddawania barwy czerwonej R9 na poziomie  $\geq 95$ , co jest wartością gorszą niż wymagane  $\geq 96$ . Ten sam, niespełniający wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, parametr co w folderze producenta zawarty jest we wcześniej przywoływanym odwołaniu T. .

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Te same parametry - na poziomie 95 - wskazane są na stronie T. na środkowym zdjęciu w drugim rzędzie pokazującym czaszę główną lampy Qe6030

*W tym miejscu w odwołaniu zrzut fragmentu strony internetowej*

Jak tę niezgodność T. próbował tłumaczyć Zamawiającemu? – postawił pytanie Odwołujący - do odpowiedzi z 26 września 2017 r. dołączył oświadczenie Pana A. L., regionalnego dyrektora eksportu B. M. o treści (w tłumaczeniu): „B. M. informuje, że lampa



operacyjna Quasar eLite w pewnych ustawieniach osiąga wartości Ra (CRI)  $\geq 96$  oraz R9  $\geq 96$ . Zmianę parametrów T. wyjaśnił w tejże odpowiedzi następująco: „różnice wynikające z materiałów marketingowych a specyfikacją producenta wynikają z postępu technologicznego, a foldery dostępne w Internecie są jedynie materiałami poglądowymi”. Po raz kolejny można tylko skonstatować, iż są to twierdzenia niewiarygodne. Po pierwsze, odwołanie T. , w którym kwestionował on wymóg określenia obu współczynników oddawania barw na poziomie 96 oraz wskazał, iż urządzenie Quasar eLite Qe6030 ich nie spełnia zostało sporządzone 28 sierpnia 2017 r. Oświadczenie Pana A. L. jest datowane na 7 września tego roku, czyli dziesięć dni później. T. chyba przecenia postęp technologiczny skoro uważa, że w przeciągu tak krótkiego czasu możliwe jest takie ulepszenie produktu. Samo ulepszenie produktu składa się z fazy projektowej, produkcyjnej, testowej, a następnie konieczne jest wdrożenie zmian do produkcji seryjnej. Każdy z tych etapów wymaga czasu oraz pracy nie tylko pracowników B. M., ale zazwyczaj również poddostawców. Co więcej, o ile taka szybka zmiana jest mało prawdopodobna dla każdego zaawansowanego technicznie urządzenia, to dla wyrobów medycznych klasy I, dla których dodatkowe wymagania określa dyrektywa Rady 93/42/EWG dotycząca wyrobów medycznych, jest zwyczajnie niemożliwa. Sam fakt dokonania zmiany jest niewiarygodny, gdyż zmianie nie uległ folder oferowanej lampy oraz informacje dostępne na stronie producenta. Jakie znaczenie miałyby dla producenta udoskonalenie urządzenia, jeśli o tej zmianie nie wiedziałby nikt z klientów i dystrybutorów, jedynie T. ? Po drugie, wytłumaczenia T. M. P. koliduje z sama treścią oświadczenia Pana A. L.. które jedynie stwierdza, iż możliwe jest osiągnięcie wymaganych wskaźników przy „pewnych ustawieniach”. Treść oświadczenia nie sugeruje modyfikacji lampy. Treść oświadczenia oznacza, że nie zawsze oferowana lampa Qe6030 osiągnie wymagane przez zamawiającego wartości. To istotne, gdyż wymogi zamawiającego nie są określone tylko dla niektórych sytuacji, wybranych w sposób najkorzystniejszy dla siebie przez samych wykonawców. Dotyczą one każdorazowego użycia lampy.

Odwołujący podkreślił, że wskaźnik oddawania barw nie jest przedmiotem żadnych regulacji użytkownika jak np. natężenie światła. Jest po prostu jednym z parametrów określającym jakość (użyteczność) światła emitowanego przez lampę. Tym samym niezasadniona jest interpretacja, iż do spełnienia powyższego wymogu wystarczające jest jego osiągnięcie przy pewnych tylko ustawieniach lampy. Czy to znaczy, że zamawiający nie może już korzystać z ustawień w inny sposób? Czy to znaczy, że nie zostaną spełnione inne wymagania Zamawiającego dotyczące możliwości regulowania pracy lampy, gdyż de facto tylko przy

niektórych osiągnie ona wymaganą jakość światła? Sytuacja Zamawiającego jest jednak jeszcze trudniejsza. On nawet nie wie, przy jakich ustawieniach możliwe jest osiągnięcie wymaganego przez niego poziomu jakości światła. Według T. powinien się zadowolić stwierdzeniem, które można podsumować następująco - „czasami udaje się osiągnąć wymagane parametry”.

Zamawiający w wezwaniu z 16 października prosił o wskazanie w jakich konkretnie ustawieniach (przy jakich parametrach wyjściowych) osiągane są te wartości. T. tych wyjaśnień nie udzieliło pisząc zamiast tego, że wartość ta jest uzyskiwana w odległości 1 m od pola operacyjnego itp., co w żaden sposób nie wyjaśnia jakie ustawienia pozwalają na osiągnięcie wymaganego wskaźnika, a jakie to uniemożliwiają. Odwołujący wskazał na zawarte w odwołaniu T. uzasadnienie dla żądania zmniejszenia wymaganego współczynnika oddawania barw z co najmniej 96 do co najmniej 95: „Zarówno współczynniki CRI jak R9 na poziomie 95 są w zupełności wystarczające. Światło takie niemal perfekcyjnie odwzorowuje barwy. W tym miejscu warto zauważyć, że jest to parametr „laboratoryjny”. Zamawiający nie ma technicznych możliwości zweryfikowania rzeczywistych wartości podczas odbioru technicznego. Może jedynie polegać na oświadczeniach wykonawców lub producentów”. Ze stwierdzenia, że Zamawiający nie ma technicznych możliwości zweryfikowania rzeczywistych wartości podczas odbioru technicznego należy wyciągnąć – w ocenie Odwołującego - jednak inne wnioski niż T. , ponieważ jeżeli Zamawiający może polegać jedynie na oświadczeniach wykonawców lub producentów tak istotne jest, by oświadczenia te były wiarygodne, a nie składane z zastrzeżeniem warunku („w pewnych ustawieniach”), niewiarygodnie uzasadnione („różnice wynikają z postępu technologicznego”) czy wewnętrznie sprzeczne (w stosunku do oświadczeń składanych wcześniej w postępowaniu odwoławczym). Zaoferowanie przez T. lampy Qe6030, która nie uzyskuje w standardowych warunkach wymaganych współczynników oddawania barw oraz brak informacji o warunkach, kiedy uzyskuje wymagane współczynniki oddawania barw oznacza, iż złożona przez T. oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi podstawę do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

#### **IV. Materiał oprawy lamp**

W pkt 1.7. tabeli specyfikacji technicznej zamawianych lamp operacyjnych bezcieniowych zamawiający zawarł następujący wymóg: *Oprawa lampy z odlewu aluminium lub innego materiału równoważnego pod względem oddawania ciepła.*

T. zadeklarował: „Oprawa lampy głównej z odlewu aluminium, czaszy satelitarnej z innego równoważnego materiału pod względem oddawania ciepła”. Czasza satelitarna oferowanej przez niego lampy Qe6030 wykonana jest z tworzywa sztucznego ABS, co T. oświadczył dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty. Wiedza, że tworzywo sztuczne ABS nie przewodzi dobrze ciepła, a co dopiero jest równoważne aluminium w tym zakresie jest powszechna. Nawet artykuł w Wikipedii wskazuje na dobre właściwości izolacyjne tego materiału.

Sam T. pośrednio przyznaje, że wskazane tworzywo nie jest równoważne w stosunku do aluminium pod względem oddawania ciepła pisząc: „Istotnym w tym punkcie są właściwości dotyczące oddawania ciepła. Chcąc zachować pełną ścisłość i rozwiązać wszelkie wątpliwości zamawiającego informujemy, iż pod wspomnianą wyżej zewnętrzną obudową znajdują się radiatory aluminiowe odpowiedzialne za odpowiednie oddawanie wytwarzanego przez lampę ciepła”.

Rozwiązanie stosowane w lampie Qe6030 jest jednak wprost niezgodne z wymogami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wymaganie Zamawiającego wprost dotyczyło materiału, z którego została wykonana oprawa lampy. Zamawiający oczekiwał by było to aluminium albo materiał równoważny pod względem oddawania ciepła. Czasza lampy satelitarnej modelu Qe6030 nie jest wykonana z aluminium. Nie jest też wykonana z materiału równoważnego pod względem oddawania ciepła. Na tym kończy się analiza spełniania przez T. wymagań Zamawiającego. Wykonawca ten powinien był skutecznie zaskarżyć wskazany wymóg Zamawiającego, jeśli uznawał, iż proponowane przez niego rozwiązanie w ten sam sposób zaspokoi uzasadnione potrzeby Zamawiającego co do lamp.

Na obecnym etapie posługiwanie się argumentami celowościowymi (inne rozwiązanie konstrukcyjne w postaci radiatorów pod powierzchnią czaszy lampy satelitarnej miałoby spełniać z podobnym rezultatem ten sam cel) nie jest uzasadnione. Zamawiający nie może badać ofert pod względem spełniania innych kryteriów niż te wyrażone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co więcej, Zamawiający musi brać pod uwagę sytuację, że niektórzy wykonawcy nie złożyli oferty właśnie z uwagi na ten wymóg. Nie byli w stanie zaoferować oczekiwanego przez Zamawiającego rozwiązania. Przyjmując teraz dowolnie łagodne rozumienie przedmiotowych zapisów Zamawiający de facto zmieniłby treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w ten sposób potencjalnie rozszerzyłby krąg wykonawców zainteresowanych postępowaniem. Taka zmiana miałaby charakter istotny i łatwo wskazać, że jest niedopuszczalna po terminie składania ofert. Zgodnie bowiem z art.

38 ust. 4 ustawy. Zamawiający może zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jedynie przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2013 r. (sygn. akt KIO 41/13): „precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ściśle egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 307/15) wyraźnie stwierdzono zaś, że: „zamawiający jest związany ustaloną przez siebie treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i na etapie oceny ofert nie może odstępować od przyjętych przez siebie zasad”. Zaoferowanie przez T. lampy Qe6030, w której materiał czaszy satelitarnej nie spełnia warunku równoważności oznacza, że złożona przez niego oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi uzasadnienie do jej odrzucenia na podstawie

V. Brak dookreślenia materiału czaszy lampy uniemożliwiający ocenę równoważności Zamawiający wymagał w pkt 1.7. tabeli specyfikacji technicznej (kolumna trzecia) zamawianych lamp operacyjnych bezcieniowych, by wykonawca podał dane oferowanego sprzętu dotyczące spełniania wymagań Zamawiającego. T. nie zadośćuczynił temu wymogowi - nie podał z jakiego materiału została wykonana czasza lampy satelitarnej. Tym samym, po pierwsze, nie spełnił wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia dookreślenia oferty w tym zakresie. Po drugie, uniemożliwił Zamawiającemu weryfikację równoważności zaoferowanego materiału, z którego została wykonana czasza lampy satelitarnej. Wymóg opisanie oferowanych parametrów i rozwiązań w tabeli specyfikacji technicznej służy jednocześnie dookreśleniu przedmiotu oferty oraz umożliwieniu Zamawiającemu weryfikacji zgodności oferowanego sprzętu z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Treść oferty, niesprecyzowana i powielająca jedynie wymóg Zamawiającego („oprawa czaszy satelitarnej z innego równoważnego materiału pod względem oddawania ciepła”), uniemożliwia ustalenie treści oferty wykonawcy w zakresie materiału czaszy lampy oraz uniemożliwia dokonanie oceny zgodności zaoferowanego rozwiązania ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. T. sam stawia się w pozycji Zamawiającego dokonując samodzielnie oceny równoważności zaoferowanego materiału. Zamawiający nie może pozostawać w niepewności co do treści świadczenia wykonawcy oraz jego zgodności z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na uzupełnienie brakującej informacji nie pozwala zaś prawo zamówień publicznych, które

dopuszcza uzupełnienie np. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ale już nie treści samej oferty określającej co będzie przedmiotem świadczenia wykonawcy. Nie ma tu zastosowania również instytucja wyjaśnienia treści oferty, gdyż prowadziłoby to de facto do uzupełnienia jej treści o informacje wcześniej w niej nie wskazane.

Tak określona treść oferty nie nadaje się do weryfikacji zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tymczasem jak wskazuje Krajowej Izba Odwoławczej w wyroku z 29 czerwca 2011 r. (syg. akt KIO 1292/11): „Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 82 ust. 2 ZamPubU07 nie ma i nie może być innej treści oferty niż wyrażona na piśmie (ewentualnie opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym) w sposób wymagany w s.i.w.z. - zamawiający powinien mieć możliwość weryfikacji zgodność zobowiązania wykonawcy z s.i.w.z. we wszystkich jego aspektach na podstawie wszystkich zadanych informacji i wymaganych części oferty (wraz z załącznikami), a nie tylko poprzestaniu na ogólnych deklaracjach zgodności oferty z s.i.w.z. wynikających m.in. z samego faktu złożenia oferty czy konieczności dedukowania i domyślenia się przedmiotu oferty na podstawie gwarantowanych parametrów. (...) Treść oferty zmianom i uzupełnieniom podlegać nie może, za wyjątkiem przypadków wskazanych w art. 87 ust. 2 ZamPubU07 ograniczonych do niewielkich zmian i poprawek”. Podobnie orzekła Izba w wyroku z 16 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2308/13): „Niewskazanie przez wykonawcę w swojej ofercie odpowiednio żądanych przez zamawiającego elementów przedmiotowo istotnych lub ich niepełne wskazanie oznacza, że oferta jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie obowiązku określenia oferowanych elementów. W sytuacji wystąpienia takich sprzeczności bezprzedmiotowe jest prowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych {t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.}, a wdrożenie takiej procedury jest równoznaczne z prowadzeniem negocjacji zmierzających do ustalenia treści zobowiązania i ukształtowania nowej treści oferty”

W ocenie Odwołującego wskazywane wyżej zastrzeżenia uzasadniają odrzucenie oferty T. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W formularzu specyfikacji technicznej wymagano podania oferowanego materiału czaszy lamp. T. nie zrealizował tego nakazu specyfikacji w odniesieniu do czaszy lampy satelitarnej, a tym bardziej nie wykazał warunku równoważności.

## VI. Podanie wprowadzających w błąd informacji

T. przekazał Zamawiającemu wprowadzające w błąd informacje co do parametrów technicznych oraz równoważności materiału zastosowanego w czaszy lampy satelitarnej. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Te wprowadzające w błąd informacje przekazane przez T. M. P. to m.in.: nieprawdziwa deklaracja co do zakresu regulacji temperatury barwowej, nieprawdziwa deklaracja co do współczynników oddawania barw, nieprawdziwa deklaracja co do równoważności materiału czaszy głównej pod względem oddawania ciepła.

T. podał również inne wprowadzające w błąd informacje, ale te wskazane wyżej w sposób oczywisty mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, gdyż dotyczyły cech oferowanej lampy wymaganych przez Zamawiającego, których brak skutkowałby odrzuceniem oferty. Niedbalstwo T. również nie budzi wątpliwości, skoro przedstawił on deklaracje sprzeczne ze znaną mu specyfikacją techniczną oferowanego sprzętu. Wszystkie te przypadki zostały opisane we wcześniejszej części odwołania, stąd tu jedynie wskażemy na najbardziej ewidentny przykład - ocenę równoważności materiału czaszy głównej pod względem oddawania ciepła. W swojej ofercie T. wskazał, iż materiał oferowanej czaszy satelitarnej jest równoważny pod względem oddawania ciepła. Jednocześnie jednak w wyjaśnieniach z 17 października 2017 r. przyznał: „Istotnym w tym punkcie są właściwości dotyczące oddawania ciepła. Chcąc zachować pełną ścisłość i rozwiązać wszelkie wątpliwości zamawiającego informujemy, iż pod wspomniana wyżej zewnętrzna obudowa znajdują się radiatory aluminiowe odpowiedzialne za odpowiednie oddawanie wytwarzanego przez lampę ciepła”. Tym samym T. M. P. przyznał, iż tworzywo ABS będące materiałem oferowanej czaszy satelitarnej nie jest równoważne pod względem oddawania ciepła, lecz koniecznej jest zastosowanie innego rozwiązania, w którym rolę odprowadzenia ciepła pełnią dodatkowe radiatory. Oznacza to, iż T. przyznał, że wprowadził Zamawiającego w błąd co do możliwości oddawania ciepła przez tworzywo sztuczne ABS. Tym samym wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy.

W podsumowaniu stanowiska Odwołujący wskazał, że zwraca uwagę na nasilenie ekwilibrystyki słownej, niewiarygodnych uzasadnień i „odważnych” twierdzeń T.. Taka postawa potrafi przynieść efekty - Zamawiający, pomimo udzielenie niewiarygodnych

wyjaśnień przez wykonawcę, a częściowo nawet pomimo ich braku uznał prawidłowość złożonej przez niego oferty. Oparta na wadliwych podstawach - ocenie oferty T. , choć podlega ona odrzuceniu - czynność wyboru najkorzystniejszej oferty nie może się ostać. Zasadne jest żądanie odwołania, by Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru, a w następstwie dokonanych ustaleń faktycznych, również nakazała Zamawiającemu wykluczenie T. z postępowania, ewentualnie nakazała odrzucenie oferty tego wykonawcy.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 października 2017 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdzili Odwołujący i uczestnik postępowania odwoławczego na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego i załączone do odwołania: wydruk folderu lampy oferowanej przez uczestnika postępowania

odwoławczego w języku angielskim wraz z tłumaczeniem dwóch stron; Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1796/17 - treść odwołania T. M. P. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ż. (dalej: T. ).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez uczestnika postępowania odwoławczego złożone na rozprawie - dowód nr 1 (1 karta): wydruk folderu lampy (w języku angielskim).

Izba wskazuje, że postępowanie prze Krajową Izbą Odwoławczą prowadzone jest w języku polskim i w takim też języku należy składać dokumenty w postępowaniu, zgodnie z rozporządzeniem z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie *regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* Prezesa Rady Ministrów z § 19. 1. Rozprawa odbywa się w języku polskim. 3. Wszystkie dokumenty przedstawia się w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. W toku postępowania odwoławczego Izba może uwzględniać jedynie dokumenty przedstawiane w języku polskim, a jeśli strona postępowania lub jego uczestnik powołuje się na dokument w języku obcym powinien w toku postępowania odwoławczego przedstawić jego tłumaczenie na język polski w innym przypadku Izba nie uwzględni takich dokumentów. Dokumenty załączone do odwołania, które zostały załączone przez Odwołującego na okoliczność wykazywania poszczególnych twierdzeń, a które nie zostały przetłumaczone na język polski nie były brane przez Izbę pod uwagę przy rozpoznawaniu sprawy. W zakresie przedstawionego przez T. dowodu (dowód nr 1) Izba ten dowód uwzględniła w zakresie wartości jakie zostały podane w liczbach (temperatura i przedziały temperatury podane w stopniach Kalwina oraz wartość współczynnika Ra i R9 podane w liczbach).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy, *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych



w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

II.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy *wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania*. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert

i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...).*

### III.

Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 ust. 1 – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,*
- art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia,*
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3,*
- art. 91 ust. 1 ustawy – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

### IV.

Zamawiający uwzględniła zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

Na posiedzeniu z udziałem Odwołującego i T. – Zamawiający nie stawiał się prawidłowo zawiadomiony – T. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Izba poddała odwołanie pod rozpoznanie zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy.

V.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania:

Na wstępie Izba wskazuje, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z poszanowaniem zasad zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, błahych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Wskazać należy, że o zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2010 roku sygn. akt KIO/UZP 228/10; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 stycznia 2013 roku sygn. akt KIO 103/13; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 28 listopada 2014 roku sygn. akt KIO 2387/14 ). Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia – w przedmiotowym postępowaniu.

Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy – zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SWIZ) wymagania. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej ze SWIZ (porównaj: wyrok Sądu

Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Odzwierciedleniem znajomości wymagań SWIZ, a tym samym wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji jest złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferta. Wykonawca składający ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego, musi brać pod uwagę konsekwencje jakie go spotkają, w szczególności odrzucenie oferty z postępowania.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego. Szczególna regulacja postępowań o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SWIZ, a działanie takie zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Podkreślić również należy, że w realiach rozpoznawanej sprawy Izba nie dokonuje oceny dopuszczalności czy też zgodności wskazanych w ofertach wyrobów medycznych z przepisami prawa regulującymi tą problematykę lecz dokonuje oceny zgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SWIZ wskazanych w ukształtowanym przez Zamawiającego opisie przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w Załączniku nr 1 – Oferta (załącznik nr 1 do SWIZ TLZP/2-23/233/94/2017) po modyfikacjach dokonanych za pismem z dnia 6 września 2017 roku, gdzie Zamawiający przedstawił zmodyfikowany załącznik nr 1 do SWIZ, który określił na podstawie przesłanych pytań oraz odwołana wymagania zawarte w opisie przedmiotu zamówienia (zawarte w tabeli „Lampy operacyjne bezcieniowe”) i ostatecznie wymagał:

- w kolumnie „opis” pkt I wiersz 2: „Źródło światła w każdej z kopuł. Wszystkie diody LED białe, emitujące światło widzialne o jednakowej temperaturze barwowej w celu eliminacji „efektu tęczy””; w kolumnie „Warunek graniczny/parametr podlegający ocenie jakościowej” Zamawiający dla tego wiersza wpisał: „Tak, podać” – Izba wskazuje, że wymagania tego punktu w wyniku udzielonych odpowiedzi Zamawiającego uległy zmianie jednakże tylko w zakresie zdania pierwszego, tym samym niezmieniona pozostała treść zdania drugiego,

- w kolumnie „opis” pkt I wiersz 12: „Stała temperatura barwowa: od 4400 do 4800° [K] lub regulacja temperatury barwowej w zakresie od 3500 do 5000 ° [K]”; w kolumnie „Warunek graniczny/parametr podlegający ocenie jakościowej” Zamawiający dla tego wiersza wpisał: „Tak, podać” – Izba wskazuje, że wymagania tego w wyniku udzielonych odpowiedzi Zamawiającego uległy zmianie, bowiem wcześniej w wierszu 11 Zamawiający wymagał: „Stała temperatura barwowa: 4500° [K] Nie dopuszcza się regulacji temperatury barwowej”,

- w kolumnie „opis” pkt I wiersz 13: „Współczynnik odwoływania barw CRI  $\geq 96$ ” oraz w wierszu 14: „Współczynnik odwoływania barwy czerwonej R9  $\geq 96$ ”; w kolumnie „Warunek graniczny/parametr podlegający ocenie jakościowej” Zamawiający dla tych wierszy wpisał: „Tak, podać” – Izba wskazuje, że poza numeracją wierszy w powyższym zakresie wymagania Zamawiającego w wyniku modyfikacji opisu przedmiotu zamówienia nie uległy zmianie,

- w kolumnie „opis” pkt I wiersz 7: „Soczewki lampy jednoczęściowe, wykonane z odpornego na zarysowania szkła lub innego materiału o równorzędnej odporności na zarysowania, twardości oraz przezierności. Oprawa lampy z odlewu aluminium lub innego materiału równoważnego pod względem oddawania ciepła”; w kolumnie „Warunek graniczny/parametr podlegający ocenie jakościowej” Zamawiający dla tego wiersza wpisał: „Tak, podać”; Izba wskazuje, że wymagania tego w wyniku udzielonych odpowiedzi Zamawiającego uległy zmianie, bowiem wcześniej w tym wierszu Zamawiający wymagał: „Soczewki lampy jednoczęściowe, wykonane z odpornego na zarysowania szkła bezpiecznego, połączonego szczelnie z oprawą z odlewu aluminiowego”.

W ofercie T. w wierszu 2 w kolumnie „Potwierdzenie spełnienia warunku (podać nr str. 14,15 oferty)” podał poza treścią określoną przez Zamawiającego w kolumnie „Opis” dodatkowo słowo „TAK”. W wyjaśnieniach z dnia 17 października 2017 roku T. szeroko odniósł się w zakresie wiersza 2 do wniosku Zamawiającego o wyjaśnienie z dnia 16 października 2017 roku.

W ocenie Izby argumentacja T. nie znajduje żadnego uzasadnienia i w żaden sposób nie daje się potwierdzić. Izba wskazuje, że część opisu przedmiotu zamówienia „Wszystkie

diody LED białe, emitujące światło widzialne o jednakowej temperaturze barwowej w celu eliminacji „efektu tęczy” nie uległa zmianie w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mimo, że były w innych miejscach opisu dokonywane daleko idące zmiany. Zaznaczenia wymaga w tym miejscu również, że w zasadzie nie jest sporne w tej sprawie, że oferowana przez T. lampa Qe6030 poza diodami białymi wyposażona jest również w diody czerwone, co też potwierdził pełnomocnik T. w trakcie rozprawy, jak również wskazał w piśmie z dnia 17 października 2017 roku. Kluczowym dla rozpoznania tej sprawy jest wyjściowa treść wymaganego przez Zamawiającego parametru, który nie ulegał zmianie. W ocenie Izby zasadnie wskazuje na językowe znaczenie Odwołujący, bowiem nie sposób inaczej odczytywać wymagania określonego w SWIZ przez Zamawiającego jak właśnie w znaczeniu językowym. Jakikolwiek interpretacje, sposoby odniesienia do innych postanowień SWIZ oraz wyjaśniania oczekiwań Zamawiającego nie stanowią treści SWIZ, treści obowiązującego w dniu składania ofert opisu przedmiotu zamówienia. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone w gorsecie obowiązujących przepisów, nie jest dowolne, nie jest zależne od interpretacji – jego jednoznaczność, jasność i przejrzystość ma stanowić gwarancję realizacji zasad prawa zamówień publicznych. Przedmiotowa sprawa odwoławcza jednoznacznie wskazuje, jakie powstają problemy, gdy zaczyna się interpretować postanowienia SWIZ, które przecież w tym postępowaniu w zakresie wiersza 1.2 są jednoznaczne – wszystkie diody LED białe, emitujące światło widzialne o jednakowej temperaturze barwowej w celu eliminacji „efektu tęczy”. Izba wskazuje, że Zamawiający jasno podał, że wszystkie diody LED mają być białe i gdyby chciał to wymaganie zmodyfikować, dopuścić inne rozwiązanie w zakresie zastosowanych kolorów diod to wprowadziłby je w wierszu 2, tak jak dokonał tego w bardzo wielu innych pozycjach opisu przedmiotu zamówienia – ale nie dokonał takiej zmiany. Fakt dopuszczenia w innym miejscu opisu przedmiotu zamówienia (w tym przypadku w wierszu 12) danej regulacji nie upoważnia do niewyartykułowanej zmiany wymagań Zamawiającego w innym miejscu dokumentacji (w tym przypadku w wierszu 2) – można postawić jedynie pytanie czy dopuszczona, tak jak w tym wypadku zmiana postanowień SWIZ w wierszu 12 nie jest tylko pozorna z uwagi na niedokonanie zmian w innych pozycjach opisu przedmiotu zamówienia tu w wierszu 2 – ale nie można prowadzić takiej interpretacji postanowień, wymagań dotyczących opisu przedmiotu zamówienia ukształtowanych przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, że w zakresie podnoszonego argumentu dotyczącego regulacji temperatury barwowej ani Odwołujący ani uczestnik postępowania odwoławczego nie wykazali w jakikolwiek sposób, nie

przeprowadzili na tą okoliczność żadnego dowodu, że ich argumentacje - tzn.: Odwołującego, że regulacja temperatury barwowej możliwa jest w przypadku zastawiania tylko białych diod za pomocą filtrów oraz argumentacja T. regulacja temperatury barwowej możliwa jest tylko podczas mieszania barw pochodzących z kolorowych diod – są zasadne i prawdziwe. Brak dowiedzenia braku istnienia któregoś z powyższych rozwiązań prezentowanych przez Odwołującego i uczestnika postępowania odwoławczego prowadzi do wniosku, że możliwe są oba takie rozwiązania. Tym samym, uwzględniając poprzednie zdanie, fakt określonych w wierszu 2 wymagań Zamawiającego nie stanowi jedynie pozornych zmian w wierszu 12 opisu przedmiotu zamówienia, a to pozwala na stwierdzenie, że prowadzona przez T. interpretacja stanowi argumentacja co do możliwości zaoferowania kolorowych diod LED jest niezasadna i nie broni się w obliczu postanowień SWIZ. Izba stwierdziła, że w tym zakresie tj. oferowania rozwiązania nieopartego na diodach Led białych stanowi niezgodność treści oferty z wymaganiami SWIZ, która to niezgodność stanowi podstawę odrzucenia oferty T. z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W ofercie T. w wierszu 12 w kolumnie „Potwierdzenie spełnienia warunku (podać nr str. 14,15 oferty)” podał: „TAK, regulacja temperatury barwowej w zakresie od 3500 do 5000 ° [K]”.

W zakresie zaoferowanej przez T. wartości wiadomym jest na podstawie złożonej oferty, że wykonawca ten zaoferował, zgodnie ze złożonym oświadczeniem parametr regulację temperatury barwowej w zakresie od 3500 do 5000 ° [K]. Zarzut Odwołującego, oparty na tym, że dla oferowanej przez T. lampy temperatura barwowa jest regulowana w zakresie od 3100 do 4600 ° [K], a to wynika z folderu producenta lampy Quasarc eLite Qe6030 (wydruk ze strony internetowej), jak również było podnoszone przez T. w złożonym wcześniej odwołaniu.

Izba wskazuje, że w trakcie rozprawy w przedmiotowej sprawie T. do akt sprawy złożył dowód (dowód nr 1), folder producenta lampy (wydruk ze strony internetowej), wydruk ze strony internetowej, zgodnie z którym oferowany zakres regulacji temperatury barowej możliwy jest do osiągnięcia.

W ocenie Izby budowanie zarzutu przez Odwołującego w oparciu o informacje zawarte w odwołaniu złożonym przez T. w sierpni br. nie jest wystarczającym argumentem aby uznać, że przedmiot zamówienia oferowany przez T. jest niezgodny z wymaganiami

Zamawiającego. W swoim odwołaniu T. wniosło o dopuszczenie regulacji temperatury barwowej oraz zawniósł wskazany w odwołaniu zakres regulacji jednocześnie podając krótkie uzasadnienie tej decyzji. W ocenie Izby stanowisko zawarte w odwołaniu T. nie może być traktowane jako potwierdzenie niespełnienia na etapie składania ofert wymagań przedmiotowych. Sam fakt wnioskowania o skonkretyzowaną zmianę postanowień SWIZ nie stanowi o tym, że właśnie takie jedynie parametrowo wymagania może spełnić wykonawca. Wysnuwanie daleko idących wniosków przez Odwołującego z treści odwołania T. nie zostało niczym poparte. Zauważyć bowiem należy, że przedstawiony przez Odwołującego folder producenta (wydruk ze strony internetowej) podaje wartości od 3100 do 4600 ° [K] i również nie odnosi się do zakresu regulacji temperatury barwowej określonego w odwołaniu T. , bo ten wynosił od 3500 do 4500 ° [K]. Podkreślić również należy, że w trakcie rozprawy złożony został przez T. dowód, również folder producenta (wydruk ze strony internetowej), z którego wynika, że zakres regulacji temperatury barwowej wynosi od 3100 do 5000 ° [K]. Podkreślenia wymaga, że nie zostały przedstawione przez Odwołującego jak i T. inne dowody w sprawie, tym samym dokonując oceny zgromadzonego materiału Izba nie uwzględniła zarzutu dowołania w tym zakresie, bowiem Odwołujący nie dowiódł niezgodności treści oferty z treścią SWIZ, tym samym nie doszło do naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

W ofercie T. w wierszach w kolejności 13 i 14 w kolumnie „Potwierdzenie spełnienia warunku (podać nr str. 14,15 oferty)” podał w kolumnie „Opis” wiersz 13 - „TAK, Współczynnik odwoływania barw CRI  $\geq$  96”; wiersz 14 - „TAK, Współczynnik odwoływania barwy czerwonej R9  $\geq$  96”.

W wyjaśnieniach z dnia 27 września 2017 roku T. podał, że dla ww. wymagań potwierdza, że spełniają one określone w ofercie parametry, oraz złożył informację producenta – pismo A. L. „B. M. informuje, że lampa operacyjna Quasar eLite w pewnych ustawieniach osiąga wartości Ra (CRI)  $\geq$  96 oraz R9  $\geq$  96.” Zamawiający pismem z 16 października 2017 roku wezwał T. do uzupełnienia wyjaśnień w zakresie ww. współczynników przez wskazanie w jakich konkretnie ustawieniach (przy jakich parametrach wyjściowych) osiągane są oferowane wartości. W wyjaśnieniach z dnia 17 października 2017 roku T. wskazał, że Zamawiający nigdzie w SIWZ nie wymagał podania parametrów wyjściowych dla osiągnięcia wartości współczynników Ra i R9 (oba  $\geq$  96). Jednocześnie T.



podał, że wskazane wartości uzyskiwane są w pełnym zakresie regulacji natężenia światła – od 5% do 100% w odległości 1 m od pola operacyjnego.

W trakcie rozprawy pełnomocnik T. wskazał, że *przy temperaturze 3100 K<sup>o</sup> współczynniki osiągają wartość 98%*. Zauważyć należy w tym miejscu, że nie podał pełnomocnik przy jakiej temperaturze osiągnana jest wartość  $\geq 96$  dla współczynników CRI i R9. W trakcie rozprawy T. wskazał ponownie, że *Zamawiający nie podał w SWIZ, dla jakiej temperatury barwowej współczynnik CRI i R9 mają być określone*. W ocenie Izby, tak jak w przypadku wymagania określonego w wierszu 2, a dotyczącego zastosowanych diod, wymagania dotyczące współczynników oddawania barw CDI i R9 zostały w sposób jednoznaczny określony przez Zamawiającego. Fakt wprowadzenia nieistniejącej w pierwszej wersji opisu przedmiotu zamówienia regulacji w wierszu 12, a dotyczącej regulacji temperatury barwowej w zakresie tam wskazanym nie spowodował po stronie Zamawiającego wprowadzania jakichkolwiek zmian postanowień opisu przedmiotu zamówienia, który mógł być lub powinien być z tym powiązany. Postanowienia SIWZ odnoszące się do współczynnika oddawania barw CDI i R9 są w swym opisie jednoznaczne i nie mają one odniesienia do jakiegóż konkretnej wartości – po prostu Zamawiający określił jaka ma być wartość współczynników nie uzależniając jej od żadnych innych zewnętrznych wartości, wymagań SWIZ. Uszczegóławianie takiego wymogu na poziomie oceny ofert jest niedopuszczalne i niezgodne z zasadami zamówień publicznych. Izba wskazuje, że taka interpretacja, którą posługuje się T. jest nieuprawniona i stanowi nadinterpretację postanowień SWIZ, bowiem T. w sposób rozszerzający stara się interpretować postanowienia SWIZ, a jako punkt wyjściowy do swoich twierdzeń przyjmując brak określenia temperatury barwowej dla jakiej miały być podane wartości współczynników. Taka konstrukcja opisu przedmiotu zamówienia, jak to było wykazane już wyżej przy zarzucie dotyczącym wiersza 2, oraz jego modyfikacja w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia spowodowały, że niektóre postanowienia – w tym wypadku dotyczące współczynników oddawania barw – nie uległy zmianie i nie sposób prowadzić jakiegokolwiek interpretacji w zakresie ich rozumienia, bowiem to będzie prowadziło do zmiany postanowień SWIZ na etapie oceny ofert. Pierwotnie Zamawiający wymagał zaoferowania stałej temperatury barwowej, dopiero później regulację temperatury barwowej w określonym zakresie ale jednocześnie nie dokonał żadnej zmiany w wymaganiach odnoszących się do współczynnika oddawania barw. Na przykładzie oferty Odwołującego i T. jest to bardzo dobrze widoczne – ten pierwszy zaoferował stałą temperaturę barwową, czyli odpowiadającą pierwotnie określonym wymaganiom Zamawiającego, natomiast T. zaoferowało zakres

regulacji temperatury barwowej czyli tak jak w wyniku modyfikacji dopuściła Zamawiający, ale Zamawiający jednocześnie nie zmienił swoich wymagań co do współczynników oddawania barw oraz nie dostosowując do nowych wymagań w innym miejscu opisu przedmiotu zamówienia. Izba wskazuje mając na uwadze ten stan faktyczny, że innym problemem jest co było intencją czy zamierzeniem Zamawiającego, ale tego też nie sposób wyinterpretować z postanowień SIWZ. Może i cele i zamierzenia Zamawiającego był określone ale powinny znaleźć odzwierciedlenie w treści opisu przedmiotu zamówienia, a nie w interpretacji postanowień SIWZ. T. interpretuje wymaganie Zamawiającego w ten sposób, że skoro nie podał Zamawiający w SWIZ, dla jakiej temperatury barwowej współczynnik CRI i R9 mają być określone, to mogą być podane dla jakiegokolwiek. Jednakże należy wskazać, że Zamawiający podał jaka ma być wartość tych współczynników, a skoro nie określił dodatkowych wymagań to należy przyjąć, że taką się mają wykazywać. W rozpoznawanej sprawie w ocenie Izby sam T. w argumentacji wskazanej na rozprawie jest niekonsekwentny co powoduje, że przedstawiona argumentacja jest jeszcze bardziej niewiarygodna i wydaje się przygotowana na potrzeby tego postępowania odwoławczego, bowiem mając na uwadze jaki zakres regulacji temperatury barwowej zaoferował (od 3500 do 5000 ° [K]) przy czym wskazał, że w temperaturze 3100 K° współczynniki osiągają wartość 98% oraz jednocześnie nie podał w jakiej temperaturze spełniają wymagania wartości określonych przez Zamawiającego (oba  $\geq 96$ ) to oznacza, że nie był nawet w stanie wykazać, że oferowana lampa spełnienia dla parametrów współczynników CRI i R9 wymagania Zamawiającego i to w rozumieniu podnoszonym, wskazywanym przez samo T. . W ocenie Izby oferta wykonawcy w tym zakresie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodna z wymaganiami SWIZ, co sam T. potwierdził w trakcie rozprawy.

W ofercie T. w wierszu 7 w kolumnie „Potwierdzenie spełnienia warunku (podać nr str. 14,15 oferty)” podał: „TAK, Soczewki lampy jednocześnie, wykonane z innego materiału o równoważnej do szkła odporności na zarysowania, twardości oraz przezierności. Oprawa lampy głównej z odlewu aluminium, czaszy satelitarnej z innego równorzędnego materiału pod względem oddawania ciepła.”

W wyjaśnieniach z dnia 17 października 2017 roku T. szeroko odniósł się w zakresie wiersza 7 do wniosku Zamawiającego o wyjaśnienie z dnia 16 października 2017 roku. T. wskazał, że zaoferowana lampa posiada oprawę czaszy głównej wykonaną z aluminium,

natomiast zewnętrzna część oprawy czaszy satelitarnej wykonana jest z tworzywa ABS. T. wskazał, że istotne są właściwości oddawania ciepła i poinformował, że pod wspomnianą zewnętrzną obudową znajdują się radiatory aluminiowe odpowiedzialne za odpowiednie oddawanie wytwarzanego przez lampę ciepła. Dowodem na to są doskonałe parametry oferowanej lampy, której przyrosty temperatury w okolicy głowy chirurga wynosi poniżej 1°C, a czasze lampy nawet podczas długiej operacji nie nagrzewają się dzięki tym rozwiązaniom.

W zakresie wymagania przedmiotowego zawartego w SWIZ stwierdzić należy, że Zamawiający jednoznacznie określił z jakiego materiału ma być wykonana oprawa lampy – z odlewu aluminium, jest to jednoznaczne i precyzyjne określenie. Jednocześnie wskazał Zamawiający, że dopuszcza rozwiązania równoważne tj. dopuszcza wykonanie oprawy lampy z innego materiału równoważnego pod względem oddawania ciepła. Izba wskazuje, że Zamawiający w sposób jednoznaczny również wskazał wykonawcom, że mają spełniać owe wymagania i mają je Zamawiającemu podać (w kolumnie „Warunek graniczny/parametr podlegający ocenie jakościowej” Zamawiający dla tego wiersza wpisał: „Tak, podać”). Nie sposób uznać, że nie było to zrozumiałe dla wykonawców, bowiem w kolumnie „Potwierdzenie spełnienia warunku (podać nr str ... oferty) podali wiele, równych wymaganych przez Zamawiającego informacji w poszczególnych wierszach tabeli. Dla przykładu należy wskazać, że wykonawcy bezbłędnie odczytali, że w tej ostatniej kolumnie mieli podać producenta i kraj pochodzenia urządzenia oraz model, typ i rok produkcji (pierwsze trzy punkty tabeli). Informacje te zostały podane jednoznacznie i precyzyjnie, czyli zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, jednocześnie stanowiąc oświadczenie wykonawcy co do oferowanego sprzętu medycznego. T. w wierszu 7 pkt I Warunki Ogólne nie podał materiału równoważnego z którego została wykonana czasza satelitarna, choć jak wynika w sposób jednoznaczny z postanowień SWIZ, wykonawcy mieli podać takie informacje. Zgodnie z rozdziałem XI Opis sposobu przygotowania oferty, Zamawiający wskazał w punkcie 2 podpunkt a, że na ofertę składa się sporządzony i wypełniony według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWIZ Formularz Oferty. Zestawiając ze sobą wymagania rozdziału XI SWIZ jak również polecenia zawarte w samej treści tabeli załącznika nr 1 do SWIZ (Tak, podać) zrozumiałe dla wykonawców, oraz mając na uwadze, że treść zawarta w złożonej ofercie dla swojej skuteczności musi stanowić skonkretyzowane oświadczenie danego wykonawcy Izba stwierdziła, że T. w złożonej ofercie nie podał materiału równoważnego. W tym zakresie brak było oświadczenia wykonawcy w treści złożonej oferty, a co za tym idzie oferta w tym zakresie nie została złożona, bowiem nie sposób uznać za złożenie oferty - w miejscu, które tego wymaga, a z takim mamy tu do czynienia – przepisania postanowienia

SWIZ, które nie jest sprecyzowane, jednoznaczne i przedmiotowo, materiałowo zindywidualizowane ponieważ dopuszcza inne rozwiązania. Zamawiający nie mógł i nie uzyskał z treści oferty informacji na temat zaoferowanego przez T. materiału czaszy satelitarnej oferowanej lampy. Za błędna należy przyjąć wskazaną w piśmie T. z dnia 17 października br. roku argumentację, że Zamawiający nadinterpretuje postanowienia SWIZ żądając podania oferowanego równoważnego materiału. W ocenie Izby to pisemne stanowisko T. , w którym również został podany rodzaj materiału z jakiego jest wykonana czasza satelitarna lampy, nie zasługuje na uwzględnienie i potwierdza z jednej strony, że materiał ten nie został podany w ofercie, jak również obrazuje niezrozumienie po stronie wykonawcy czym w postępowaniu jest oferta stanowiące oświadczenie wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia, z datą na dzień składania ofert. Zamawiający ma prawo, w zasadzie obowiązek znać zakres oświadczenia wykonawcy i co ważniejsze dokonać oceny oświadczenia w pryzmacie postanowień SWIZ. Brak informacji w ofercie a wymaganych przez Zamawiającego stanowi o braku złożenia oświadczenia w danym zakresie (brak złożenia oferty w tym zakresie) i uniemożliwia tym samym dokonanie oceny oferty danego wykonawcy – a to skutkować musi odrzuceniem oferty z postępowania jako niezgodnej z postanowieniami SWIZ. Oferta T. nie zwiera informacji na temat równoważnego materiału przy jednoczesnej informacji, że z takiego materiału wykonana jest czasza satelitarna lampy, tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Podkreślenia wymaga, że podanie informacji na temat materiału równoważnego do opisanego w SWIZ po terminie składania ofert, tak jak w rozpoznawanie sprawie w odpowiedzi na złożenie wyjaśnień potwierdza jedynie fakt braku złożenia oświadczenia w tym zakresie w formularzu oferty, co przesądza o niezgodności treści oferty z SWIZ, tym samym nie jest już badane w pryzmacie równoważnego materiału.

W tym miejscu wskazać należy, że brak podania materiału równoważnego w ofercie każdorazowo stanowi o niezgodności treści oferty z postanowieniami SWIZ, bowiem uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację złożonej w postępowaniu oferty i w efekcie stanowi o odrzuceniu oferty z postępowania. Obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z podniesionej przez Odwołującego regulacji art. 7 ust. 1 ustawy jest stosowanie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów w trakcie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania

o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08).

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Izba wskazuje, że dla zastosowania tego przepisu ustawy niezbędne jest spełnienie wszystkich wskazanych w nim przesłanek. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd powinno być wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa ze strony wykonawcy. W rozpoznawanej sprawie mamy jednakże do czynienia z sytuacją, w której wykonawca przekonany jest o swojej racji, rozumieniu postanowień SWIZ jak również zasadności i skuteczności złożonych w formularzu oferty oświadczeń. W ocenie Izby nie sposób również mówić w tym przypadku o skutku dla Zamawiającego, jakim jest on konieczny dla zaistnienia tej podstawy wykluczenia wykonawcy. Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny oferty T. w zakresie oświadczeń złożonych w wierszu 2, 13, 14 i 7 (pkt I Warunki ogólne) oferty, niezgodnie do wymagań określonych w SWIZ, co zostało wykazane powyżej. Brak prawidłowej oceny Zamawiającego w rozpoznawanej sprawie nie może jednocześnie stanowić i nie stanowi o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przez T.. Tym samym w ocenie Izby nie doszło do naruszenia ww. przepisu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

**Przewodniczący:** .....

