

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

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2014 r. przez wykonawcę **OK Medical Systems sp. z o.o. S.K.A., ul. Piątkowska 161, 60-650 Poznań,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Solec sp. z o.o., ul. Solec 93, 00-382 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **SHIM-MED POLSKA sp. z o.o., ul. Naruszewicza 21a, 02-627 Warszawa,**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

- 1) **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu w zakresie pakietu nr 1:**
  - **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty odwołującego,**
  - **dokonanie ponownego badania i oceny oferty odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,**
- 2) kosztami postępowania obciąża zamawiającego Szpital Solec sp. z o.o., ul. Solec 93, 00-382 Warszawa i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę OK Medical Systems sp. z o.o. S.K.A., ul. Piątkowska 161, 60-650 Poznań,
  - 2.2 zasądza od zamawiającego Szpital Solec sp. z o.o., ul. Solec 93, 00-382 Warszawa na rzecz wykonawcy OK Medical Systems sp. z o.o. S.K.A., ul. Piątkowska 161, 60-650 Poznań, kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Solec sp. z o.o. w Warszawie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę i montaż urządzeń medycznych dla Szpitala Solec Sp. z o.o.” (znak: PN/04UM/11/2014), o wartości mniejszej niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „ustawa Pzp”, „Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 13 listopada 2014 r., pozycja 237001-2014.

Wykonawca OK Medical Systems sp. z o.o. S.K.A. w Poznaniu - odwołujący w postępowaniu odwoławczym - wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp

- w pakiecie nr 1 - RTG ramię C przez odrzucenie oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

- 1) zaniechanie rzetelnego zbadania i oceny oferty złożonej przez odwołującego, a w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), zamiast jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) zaniechanie równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu oraz zachowania uczciwej konkurencji.

Wskazał, że opisane czynności i zaniechania zamawiającego skutkują naruszeniem następujących przepisów Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do rzetelnego zbadania i oceny ofert, a co za tym idzie nie jest zobowiązany do weryfikacji, czy oferta odwołującego w zakresie wymogu dotyczącego zaoferowanego aparatu RTG ramię C spełnia warunek stanowiący, iż istotne elementy oferowanego aparatu winny pochodzić od tego samego producenta, skutkiem czego odrzucił ofertę odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 przez błędne przyjęcie, że zamawiający nie jest zobowiązany do dochowania należytej staranności przy badaniu ofert oraz przez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Shim-Med dla pakietu nr 1, jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie pakietu nr 1,
- 3) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej dla pakietu nr 1, z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzuczanych działań i zaniechań zamawiającego, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść i ponieść szkodę. Gdyby zamawiający działał zgodnie z przepisami ustawy Pzp, należycie zbadałby i ocenił ofertę odwołującego, w konsekwencji, zamawiający nie dokonałby wyboru oferty SHIM-MED Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Shim-Med”), jako oferty najkorzystniejszej, lecz dokonałby wyboru oferty odwołującego, która jest nie tylko zgodna z SIWZ, lecz również zawiera najniższą cenę na pakiet nr 1 (kryterium punktowane - max. 95 pkt), przy uzyskaniu maksymalnej ilości punktów w kryterium „termin gwarancji” (kryterium punktowane - max. 5 pkt). Tym samym, gdyby zamawiający podejmował czynności zgodne z przepisami ustawy Pzp, odwołujący nie zostałby bezprawnie pozbawiony możliwości realizacji zamówienia w zakresie pakietu nr 1. Dowodzi to istnienia interesu odwołującego i - w myśl art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - legitymuje do wniesienia odwołania.

Zamawiający poinformował o podjęciu oraz zaniechaniu zarzuczanych mu czynności w dniu 5 grudnia 2014 r., wraz z przekazaniem drogą e-mailową informacji o odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze oferty Shim-Med, jako oferty najkorzystniejszej. Zatem, odwołanie wnoszone jest z zachowaniem pięciodniowego terminu, określonego w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Uzasadnienie przedstawione przez odwołującego.

1. Zgodnie z załącznikiem nr 3a SIWZ, zamawiający postawił w pkt 4 następujące żądanie: by istotne elementy oferowanego aparatu, tj. wózek z ramieniem, generator, lampa RTG, kolimator czy tor wizyjny, były wyprodukowane przez tego samego producenta.

Z przedstawionego fragmentu wynika, że zamawiający nie dopuścił do postępowania tzw. składaków, gdzie wykonawca samodzielnie łączy podzespoły różnych producentów, w tym również istotne elementy oferowanego aparatu, w celu skompletowania urządzenia, spełniającego warunki SIWZ. Powyższą wykładnię potwierdza również warunek z pkt 3 załącznika nr 3a SIWZ, gdzie zamawiający żąda, aby zaoferowany sprzęt posiadał certyfikat CE i zgłoszenie do rejestru wyrobów medycznych. Odwołujący spełnił kwestionowany przez

zamawiającego warunek, co wprost wyraził we własnej ofercie, potwierdzając, że w zaoferowanym aparacie RTG ramię C model Zen-7000 GENORAY wszystkie istotne elementy tj. wózek z ramieniem, generator, lampa RTG, kolimator czy tor wizyjny wyprodukowane zostały przez tego samego producenta.

2. W dniu 28 listopada 2014 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienia, czy zaoferowany aparat RTG ramię C model Zen-7000 GENORAY spełnia m.in. wyżej cytowany warunek. W dniu 2 grudnia 2014 r. odwołujący, na potwierdzenie spełnienia warunku z pkt 4 załącznika nr 3a SIWZ, przedstawił oświadczenie producenta zaoferowanego aparatu RTG ramię C, w którym GENORAY potwierdził, że jest producentem aparatu RTG ramię C model Zen-7000 oraz wszystkich istotnych elementów oferowanego aparatu. Odwołujący zacytował w uzasadnieniu treść oświadczenia.

3. Pomimo jasnej deklaracji zarówno odwołującego jak i producenta zaoferowanego aparatu RTG ramię C model Zen-7000 GENORAY, zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, wskazując, że „powziął wiadomość, że dane podane przez Wykonawcę dotyczące istotnych parametrów aparatu RTG ramię C mogą być niezgodne z prawdą”. Dalej zamawiający wskazał, że „nadal nie ma potwierdzenia bardzo ważnego parametru (...) aby wózek z ramieniem C, generator, lampa RTG, kolimator, tor wizyjny były wyprodukowane przez jednego producenta. Takiego potwierdzenia w przedstawionym przez firmę katalogu produktu ZEN-7000 nie ma”.

4. Oferta odwołującego jest zgodna z opublikowaną treścią SIWZ. GENORAY jest producentem zaoferowanego przez odwołującego aparatu RTG ramię C model Zen-7000 oraz wszystkich istotnych elementów, w tym generatora i lampy RTG, udziela gwarancji na całość sprzętu oraz posiada certyfikat CE na cały sprzęt. Zatem, zamawiający bezpodstawnie ocenił, że podzespoły aparatu RTG ramię C model Zen-7000 nie są wyprodukowane przez GENORAY.

5. Ponadto, odwołujący wskazał również, że argumentacja zamawiającego, iż spełnienie warunku wskazanego w pkt 4 załącznika 3a SIWZ nie zostało potwierdzone w przedstawionym przez firmę katalogu produktu ZEN-7000 jest bezpodstawna. Katalogi producenta nie są drukowane na potrzeby konkretnego klienta (np. polskiego szpitala), lecz zawierają najważniejsze informacje. Dlatego też, okoliczność spełnienia omawianego warunku została przez odwołującego udowodniona przez złożenie oświadczenia GENORAY, gdzie producent wprost potwierdził spełnienie żądanego przez zamawiającego warunku.

6. Z powyższego jasno wynika, że zamawiający błędnie ocenił ofertę odwołującego. Zatem, odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca SHIM-MED POLKSA sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, przedstawił

okoliczności potwierdzające spełnianie przesłanek zgłoszenia przystąpienia - termin i formę zgłoszenia, interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego - strony, do której przystępuje (oferta przystępującego została wybrana, jako najkorzystniejsza) oraz przekazanie kopii zgłoszenia stronom postępowania odwoławczego.

Wykonawca podniósł, że w jego interesie jest utrzymanie w mocy decyzji zamawiającego z dnia 05.12.2014 r., tym bardziej, że czynność ta nie została obarczona żadną wadą.

Ponadto uznał zarzuty odwołującego za niezasadne. Stwierdził, że zamawiający dokonał rzetelnego zbadania i oceny oferty złożonej przez odwołującego, co w konsekwencji spowodowało jej odrzucenie, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Uzasadnienie wykonawcy zgłaszającego przystąpienie.

Odwołujący niejako instrumentalnie posługuje się argumentacją dotyczącą naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jest to podyktowane wyłącznie niespełnieniem przez oferowany przez odwołującego aparat rtg wymogu zawartego w pkt 4 załącznika nr 3a SIWZ.

W pkt 4 załącznika nr 3a SIWZ zamawiający zamieścił następujący wymóg: „Istotne elementy oferowanego aparatu, tj. wózek z ramieniem, generator, lampa RTG, kolimator, tor wizyjny wyprodukowane przez tego samego producenta”.

Ponadto w pkt VI ppkt 1.11 SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu wykazania spełnienia postawionych warunków/wymagań”, zamawiający wymagał załączenia do oferty: „Informacji (w języku polskim, a dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę) na temat oferowanego przedmiotu zamówienia (np. strony katalogowe, ulotki informacyjne), potwierdzające spełnienie wymagań określonych w załącznikach nr 3a-e. Każdą ze stron katalogowych należy opisać, którego zakresu i pozycji dotyczy”.

W kolumnie „Wartość oferowana” załącznika nr 3a zamawiający wymagał potwierdzenia spełnienia warunku postawionego w pkt 4 przez wpisanie słowa TAK oraz dodatkowo wskazania numeru strony w ofercie z potwierdzeniem ww. parametru.

Wykonawca OK Medical Systems sp. z o.o. S.K.A. wpisał słowo TAK, jednak nie załączył materiałów potwierdzających spełnienie ww. parametru.

W związku z powyższym zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w dniu 28 listopada 2014 r., zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, czy zaoferowany aparat RTG ramię C model ZEN-7000 GENORAY, spełnia powyższy warunek.

Odwołujący przedstawił oświadczenie przedstawiciela producenta zaoferowanego aparatu RTG, z którego wynika, że GENORAY Co, Ltd. jest producentem wyłącznie

istotnych elementów systemu ZEN 7000 (...) i, że aparat ZEN 7000 posiada jedną deklarację zgodności CE.

Oświadczenie nie stanowi potwierdzenia wymogu zawartego w pkt 4 załącznika 3a. Z jego treści nie wynika, że GENORAY wyprodukował wszystkie elementy istotne dla zamawiającego tj.: wózka z ramieniem, generatora, lampy RTG, kolimatora, toru wizyjnego. A zatem oświadczenie złożone przez producenta Genoray nie odnosi się do kwestionowanego wymogu. Powyższe oświadczenie daje enigmatyczną odpowiedź w postaci nie potwierdzam i nie zaprzeczam. Ma to związek ze stanem faktycznym i z intencją osoby składającej przedmiotowe oświadczenie. Treść oświadczenia przedstawionego przez odwołującego jest ewidentną ucieczką od wyrażenia prawdy.

W związku z tym, że treść oferty firmy OK Medical Systems sp. z o.o. S.K.A jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - nie spełnia wymagania określonego w pkt 4 załącznika nr 3a SIWZ, zamawiający słusznie dokonał jej odrzucenia.

Poza tym przystępujący do odwołania zaznaczył, że zgodnie z wzorami tabliczek znamionowych znajdujących się na stronie 60 oryginalnej instrukcji obsługi aparatu rtg ZEN-7000 producenta Genoray przedmiotowy system składa się z następujących elementów:

- wózka z ramieniem ZEN-CART-05, którego producentem jest Genoray Co. Ltd / Korea,
- generatora HF1 R/28, którego producentem jest PSM (Włochy),
- lampy RTG RTM 70, której producentem jest I.A.E / Italy,
- kolimatora ZIC-300, którego producentem jest Genoray Co.Ltd / Korea,
- toru wizyjnego XTV Camera, którego producentem jest Genoray Co. Ltd / Korea.

Dodatkowo na stronie 62 ww. instrukcji znajduje się deklaracja zgodności aparatu rtg ZEN-7000 wystawiona przez producenta Genoray Co. Ltd., obejmująca wszystkie jego elementy wyprodukowane przez poszczególnych producentów (wyszczególnionych na stronie 60 instrukcji).

Odpowiedź odwołującego wskazana w pkt 4 załącznika 3a SIWZ („TAK”) jest sprzeczna z treścią oryginalnej instrukcji obsługi dla przedmiotowego aparatu rtg.

Ponadto w innym postępowaniu, odwołujący (powiązany z OK Medical Systems sp. z o.o. S.K.A) również starał się przekonać, że treść załączonych do oferty oświadczeń ma większą moc dowodową, niż informacje podane przez producenta aparatu ZEN-7000 w instrukcji obsługi. Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego (sygn. akt KIO 613/14).

Wobec wielu rozbieżności pomiędzy oferowanymi parametrami aparatu ZEN-7000, a parametrami znajdującymi się w instrukcji obsługi aparatu rtg ZEN-7000, odwołujący celem wykazania spełnienia wymagań złożył w uzupełnieniu oferty oświadczenie producenta Genoray w j. angielskim wraz z jego tłumaczeniem na j. polski.

Krajowa Izba Odwoławcza oparła się jednak na nazewnictwie użytym w oryginalnej angielskojęzycznej wersji instrukcji obsługi aparatu ZEN-7000 złożonej przez zamawiającego

(np. sformułowania „fixed” używa się dla parametru radiografii, zaś dla fluoroskopii ciągłej używa się sformułowania „continuity” - str. 50 instrukcji obsługi aparatu ZEN-7000, wersja 1.1, 2011/04/25). Zdaniem Izby zasadne było stanowisko zamawiającego i przystępującego, że oświadczenie złożone przez producenta Genoray nie odnosi się do kwestionowanego parametru.

W związku z tym, że treść oferty firmy OK Medical Systems sp. z o.o. S.K.A jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - nie spełnia wymagania określonego w pkt 4 załącznika nr 3a SIWZ, zamawiający słusznie dokonał jej odrzucenia.

Powyższe znajduje potwierdzenie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2012 r. ogłoszonym po rozpoznaniu odwołania w postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego: „Biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ (...) podzielono w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że z zapisów SIWZ jasno wynikało, że elementy aparatu wskazane przez Zamawiającego pochodzić miały od jednego producenta. Skoro producentem lampy jest firma Variatu natomiast producentem pozostałych elementów - inny podmiot, to nie ulega wątpliwości, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego tako nieodpowiadającą treścią treści SIWZ” (sygn. akt KIO 211/12).

Mając powyższe na uwadze przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezprzedmiotowego.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

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

Na posiedzeniu z udziałem stron i wykonawcy - SHIM-MED POLSKA sp. z o.o. w Warszawie - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała, że wobec skutecznego zgłoszenia przystąpienia, wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego, zwanym w skrócie „przystępującym”.

Wobec braku podstaw do odrzucenia odwołania, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

### **Izba ustaliła.**

W załączniku nr 3a do SIWZ pt. Parametry techniczne przedmiotu zamówienia, Cyfrowy aparat RTG typu ramię C, w pozycji 4 zamawiający opisał wymagane parametry: „Istotne elementy oferowanego cyfrowego aparatu tj. wózek z ramieniem, generator, lampa RTG, kolimator, tor wizyjny wyprodukowane przez tego samego producenta.”

W kolumnie 4 załącznika nr 3a pt. „Wartość oferowana (...)”, zamawiający wymagał wskazania strony w ofercie z potwierdzeniem parametrów podanych przez producenta.



W pkt VI SIWZ pt. „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu wykazania spełniania postawionych warunków/wymagań”, zamawiający wymagał w ppkt 1.11 by oferta zawierała: „Informacje (w języku polskim, a dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę) na temat oferowanego przedmiotu zamówienia (np. strony katalogowe, ulotki informacyjne), potwierdzające spełnienie wymagań określonych w załącznikach nr 3a-e. Każdą ze stron katalogowych należy opisać, którego zakresu i pozycji dotyczy”.

Odwołujący potwierdził w ofercie wymagania wpisaniem w załączniku 3a, w pozycji 4, w kolumnie 4 wyrazu „TAK”. Załączył zestawienie „Parametry ZEN 7000-Genoray” w języku angielskim podpisane przez producenta (str. 41-43 oferty), z tłumaczeniem na język polski (str. 44-46 oferty). Zestawienie zawiera opis parametrów i ich potwierdzenie w zakresie: generator, lampa RTG i kolimator, wózek z ramieniem C, wzmacniacz obrazu, tor wizyjny, wyposażenie i wymagania dodatkowe.

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 28 listopada 2014 r. na podstawie art. 87 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, wskazując, że „W toku badania ofert Zamawiający powziął wiadomość, iż oferta złożona przez Państwa firmę może być sprzeczna z treścią SIWZ i naszych wymagań co do przedmiotu zamówienia. Prosimy o potwierdzenie następujących parametrów technicznych zaoferowanego aparatu RTG ramię C model Zen-7000 Genoray:” w 7. wierszach zamawiający wyszczególnił parametry, przy czym dla oceny zarzutów znaczenie ma pierwszy wiersz o treści: „Istotne elementy oferowanego aparatu tj. wózek z ramieniem, generator, lampa RTG, kolimator, tor wizyjny wyprodukowane przez tego samego producenta”, a w istocie spór dotyczy generatora i lampy RTG, jako pochodzących od innego producenta. W drugiej części pisma zamawiający zamieścił żądanie, zaznaczając tekst pogrubioną czcionką i podkreśleniem, że: „Na potwierdzenie parametrów Zen-7000 Genoray należy dołączyć oryginalny katalog produktu/folder aparatu Zen-7000 z tłumaczeniem na j. polski.”

W końcowej części pisma, wskazując termin złożenia wyjaśnień oraz żądanych dokumentów, zamawiający zastrzegł, że: „Nie złożenie wyjaśnienia i stosownych dokumentów potwierdzających wymagane przez Zamawiającego parametry aparatu w ww. terminie będzie skutkowało odrzuceniem oferty jako niezgodnej z SIWZ.”

Odwołujący, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 Pzp, złożył wraz pismem z 2 grudnia 2014 r. - według wykazu załączników wskazanego w piśmie: oświadczenie producenta aparatu RTG ZEN 7000, certyfikat CE, zgłoszenie do wyrobów medycznych, oświadczenie producenta potwierdzające wymagane parametry, oryginalny katalog aparatu

Zen 7000 wraz z tłumaczeniem na język polski, katalog produktów wyposażenia dodatkowego.

Z wymienionych dokumentów mających potwierdzić, że „Istotne elementy oferowanego aparatu tj. wózek z ramieniem, generator, lampa RTG, kolimator, tor wizyjny wyprodukowane przez tego samego producenta” - było jedno z oświadczeń producenta z dnia 20 listopada 2014 r. o treści: „My, GENORAY CO., LTD. (zamawiający) spółka założona i działająca na podstawie prawa Republiki Korei, z siedzibą przy 512 Byucksan Technopia, 434-6, Sangdaewon 1-Dong, Jungwon-Gu, Seongnam-City, Gyeonggi-Do, 462-716, Republika Korei, niniejszym potwierdza, że jest producentem systemu rentgenowskiego ZEN 7000 i jego istotnych elementów, i że ZEN 7000 posiada jedno CE na wszystkie elementy zaoferowanego systemu zgodnie z CE CERTIFICATE - FULL QUALITY ASSURANCE SYSTEM z dnia 23.06.2014 r.”

Drugie oświadczenie z tej samej daty potwierdzało wymienione w oświadczeniu parametry techniczne, zawarte w zaoferowanym systemie ZEN 7000.

Zamawiający odrzucił ofertę firmy OK Medical Systems Sp. z o.o. S.K.A. jako niezgodną z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podając uzasadnienie faktyczne: „W toku badania oferty Zamawiający powziął wiadomość, że dane podane przez Wykonawcę dotyczące istotnych parametrów aparatu RTG ramię C mogą być niezgodne z prawdą. Wykonawca w dniu 28.11.2014 r. został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w nieprzekraczalnym terminie do dnia 03.12.2014 r. do godz. 12:00. Firma OK Medical Systems dostarczyła dokumenty w wymaganym terminie. Po wnikliwej analizie dostarczonych dokumentów, które są zupełnie odmienne od tych, które posiada Zamawiający, wynika, iż nadal nie ma potwierdzenia bardzo ważnego parametru. Zamawiający wymagał aby wózek z ramieniem C, generator, lampa RTG, kolimator, tor wizyjny były wyprodukowane przez jednego producenta. Takiego potwierdzenia w przedstawionym przez firmę katalogu produktu ZEN-7000 nie ma. Z dokumentów jakie posiada Zamawiający jasno wynika, że zarówno generator jaki i lampa RTG nie są produkowane przez firmę Genoray. Generator produkowany jest przez włoską firmę PSM, natomiast lampa RTG przez włoską firmę T.A.R. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę firmy OK Medical Systems i wybrał ofertę firmy Shim-Med. Polska Sp. z o.o. jako ofertę najkorzystniejszą i zgodną z SIWZ.” (zawiadomienie z dnia 5 grudnia 2014 r.).

Na rozprawie odwołujący złożył pismo procesowe z dnia 23 grudnia 2014 r. wraz z dodatkowym oświadczeniem producenta z dnia 22.12.2014 r. z tłumaczeniem na język polski o treści: „My, GENORAY CO., LTD. (zamawiający) spółka założona i działająca na podstawie prawa Republiki Korei, z siedzibą przy 512 Byucksan Technopia, 434-6,

Sangdaewon 1-Dong, Jungwon-Gu, Seongnam-City, Gyeonggi-Do, 462-716, Republika Korei, niniejszym potwierdza, że jest producentem systemu rentgenowskiego ZEN 7000 i jego istotnych elementów takich jak kolimator, tor wizyjny, wózek z ramieniem C, generator, lampa RTG i że ZEN 7000 posiada jedno CE na wszystkie elementy zaoferowanego systemu zgodnie z CE CERTIFICATE - FULL QUALITY ASSURANCE SYSTEM z dnia 23.06.2014 r.”

Oświadczenie to różniło się w stosunku do poprzedniego, złożonego wraz z pismem z dnia 02.12.2014 r., wyłącznie dodanym tekstem: „takich jak kolimator, tor wizyjny, wózek z ramieniem C, generator, lampa RTG”.

Zamawiający przyznał na rozprawie, że czynności sprawdzające zgodność zaoferowanego aparatu z wymaganiami załącznika nr 3a SIWZ, podjął w wyniku pisma przystępującego z dnia 24.11.2014 r., wniesionego na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp. W piśmie tym obok obszernego uzasadnienia stanowiska, przystępujący wskazał - powołując się na oryginalną instrukcję obsługi aparatu ZEN 7000 zamieszczoną na stronie internetowej producenta [www.genoray.com](http://www.genoray.com) - że producentem generatora FH1 R/28 jest PSM (Włochy), a lampy RTG RTM 70H I.A.E. / Italy.

Ponadto zamawiający stwierdził, że dokumenty i oświadczenia wymienione w pkt VI, ppkt 1.11 SIWZ, są to dokumenty i oświadczenia, o których stanowi przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wezwanie z 28 listopada 2014 r., mimo że w jego treści wskazano przepis art. 87 ustawy Pzp, w istocie stanowiło w pierwszej części żądanie złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, w drugiej części stanowiło wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Tak też zrozumiał treść wezwania odwołujący składając pismo z dnia 02.12.2014 r. wraz z załącznikami, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający stwierdził, że oceniał również złożone przez odwołującego oświadczenia producenta i na podstawie całościowej oceny podjął decyzję o odrzuceniu oferty. Podkreślał, że wymagał istotnych elementów aparatu wymienionych w pozycji 4 załącznika 3a do SIWZ wyprodukowanych przez jednego producenta, w rozumieniu jednego podmiotu.

Przystępujący podtrzymał argumentację przedstawioną w zgłoszeniu przystąpienia (12.12.2014 r.) i wynikającą z pisma z dnia 24 listopada 2014 r., kwestionował wyprodukowanie istotnych elementów aparatu przez tego samego producenta, odwoływał się do instrukcji obsługi aparatu z 2011 r., której treść, jako nieaktualną w stosunku do oferowanego aparatu, podważał odwołujący. Poddał w wątpliwość oświadczenia przedłożone przez odwołującego, czy rzeczywiście zostały złożone przez osobę, której

podpisy widnieją na dokumentach. Złożył dodatkowe wydruki ze strony internetowej dotyczące lampy RTM 70 H. Analizował treść certyfikatu, powoływał się na załącznik nr 4 odwołującego - Wykaz wyrobów objętych powiadomieniem.

Czynności przystępującego w dowodzeniu stanowiska przeciwnego zarzutom odwołania zostały zakwestionowane przez odwołującego, jako pozostające w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami zamawiającego - strony, do której wykonawca przystąpił.

### **Izba zważyła.**

Odwołujący spełnia przesłanki przesądzające o posiadaniu legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Jest jednym z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty w pakiecie nr 1. Oferta odwołującego przedstawia niższą cenę od ceny oferty przystępującego (kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 95%), zatem w przypadku uznania, że oferta nie podlega odrzuceniu, odwołujący ma szansę na uznanie jej za ofertę najkorzystniejszą.

Oceniając zarzuty w granicach odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp (*Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu*), na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu. Odwołujący wykazał zasadność zarzutu dotyczącego odrzucenia jego oferty (do którego sprowadza się rozpoznanie odwołania w związku z przepisem art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp), skutkującą uwzględnieniem odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp będący podstawą prawną odrzucenia oferty, stanowi: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Wskazany przepis, szeroko omawiany w orzecznictwie i doktrynie, stanowiący o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, dotyczy sfery niezgodności zobowiązania oferowanego w ofercie z oczekiwanym przez zamawianego, opisanym w SIWZ.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, zobowiązująca do odrzucenia oferty ma charakter zasadniczy i nieusuwalny ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a także uprawnienie zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Treść oferty stanowiąca oświadczenie woli wykonawcy wyrażające jego zobowiązanie do spełnienia określonego świadczenia, w określony sposób i za określoną cenę, zwykle przedstawiana jest w formularzu ofertowym.

Oświadczenia lub dokumenty, o których stanowi przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy - potwierdzające spełnianie przez oferowane m.in. dostawy wymagań określonych przez zamawiającego (oświadczenia lub dokumenty przedmiotowe) - nie są w ścisłym rozumieniu treścią oferty, aczkolwiek służące potwierdzeniu zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami zamawiającego, konkretyzują oferowane świadczenie.

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania (...) wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, (...) albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy (...), do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. (...).

Dopiero niezłożenie przez wykonawcę prawidłowych dokumentów lub oświadczeń - w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do ich uzupełnienia - będzie skutkowało uznaniem, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (tak w wyroku z dnia 15 września 2014 r., sygn. akt KIO 1803/14).

Podkreślić przy tym należy, że uzupełnieniu na żądanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, mogą podlegać wyłącznie dokumenty lub oświadczenia, o których stanowi przepis art. 25 ust. 1 Pzp, a więc wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Oświadczenia lub dokumenty nie wskazane w SIWZ jako wymagane do złożenia wraz z ofertą, nie mogą stanowić przedmiotu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty z tytułu niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Opis zamawiającego dotyczący oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu wykazania spełniania postawionych warunków/wymagań, podnoszony na rozprawie jako wyłączny w tym zakresie, zamieszczony w pkt VI ppkt 1.11 SIWZ, wskazujący, że „Informacje (w języku polskim, a dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę) na temat oferowanego przedmiotu zamówienia (np. strony katalogowe, ulotki informacyjne), potwierdzające spełnienie wymagań określonych w załącznikach nr 3a-e. Każdą ze stron katalogowych należy opisać, którego zakresu i pozycji dotyczy”

- nie stanowi podstawy do żądania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oryginalnego katalogu produktu/folderu aparatu Zen-7000 z tłumaczeniem na j. polski, z zastrzeżeniem odrzucenia oferty w razie jego niezłożenia. Katalog/folder nie został wskazany w SIWZ jako obligatoryjny dokument podlegający złożeniu wraz z ofertą. Strony katalogowe, ulotki informacyjne zostały wskazane jako przykładowe źródła żądanych informacji. Zamawiający żądał „Informacji (...) na temat oferowanego przedmiotu zamówienia”, wskazując przykładowo „strony katalogowe, ulotki informacyjne, potwierdzające spełnienie wymagań określonych w załącznikach”, zastrzegając, że - „w języku polskim, a dokumenty sporządzone w języku obcym muszą być złożone wraz z tłumaczeniem na język polski, poświadczonym przez Wykonawcę.”

Brak jest podstaw, by z przedstawionego opisu wywieść wniosek, że wykonawca miał obowiązek dołączyć do oferty oryginalny katalog produktu/folder. Również z końcowego zdania opisu - „Każdą ze stron katalogowych należy opisać, którego zakresu i pozycji dotyczy” - taki obowiązek nie wynika, a jedynym jest taki wniosek, że opis dotyczący każdej strony katalogowej ma miejsce wówczas, gdy wykonawca mając prawo wyboru źródła przedstawionych informacji, wybierze przykładowo wskazany katalog.

Żądanie zamawiającego zamieszczone w wezwaniu z dnia 28 listopada 2014 r. (zgodnie z oświadczeniem zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp) - „dołączenia oryginalnego katalogu produktu/folderu aparatu Zen-7000 z tłumaczeniem na j. polski”, nie znajduje więc uzasadnienia w treści SIWZ.

Nie można odmówić słuszności odwołującemu, że skoro zamawiający wskazał w opisie w pkt VI ppkt 1.11 SIWZ katalogi, jako przykładowe źródło informacji potwierdzających spełnianie przez oferowany aparat wymagań zamawiającego, to oświadczenie producenta, zawierające wymagane informacje, powinno być przedmiotem badania i oceny w zakresie spełniania tych wymagań, zwłaszcza w sytuacji wskazanej przez odwołującego, że „katalogi producenta nie są drukowane na potrzeby konkretnego klienta (np. polskiego szpitala), lecz zawierają najważniejsze informacje.”

Mimo wskazania przez zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty (05.12.2014 r.), że dokonał wnikliwej analizy dostarczonych dokumentów, to jednak zarzucany brak potwierdzenia, że istotne elementy oferowanego aparatu tj. wózek z ramieniem C, generator, lampa RTG, kolimator, tor wizyjny (w istocie chodzi o generator i lampę RTG) - były wyprodukowane przez jednego producenta, wywiódł na podstawie braku informacji w przedstawionym katalogu produktu ZEN-7000, w sytuacji, gdy odwołujący wobec braku takich informacji w załączonym katalogu, złożył oświadczenie producenta.

Zamawiający powołał się przy tym na posiadane przez siebie dokumenty, odmienne od przedstawionych przez odwołującego, i jak wyjaśniono na rozprawie, odmienne od opisanych w SIWZ, które powinny stanowić wyłączną podstawę uznania niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający dokonał negatywnej oceny oferty na podstawie instrukcji obsługi aparatu rtg (wydruk z strony internetowej producenta) z 2011 r., dostarczonej przez przystępującego, z której wynika, że elementy - generator i lampa RTG - pochodzą od producentów włoskich. Instrukcja obsługi aparatu rtg nie była wymagana w SIWZ, nie mogła więc stanowić podstawy oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Powołanie się na posiadane inne materiały sugerujące odmienny stan faktyczny, które nie były wymagane w postępowaniu, pozyskane na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp, służą do ewentualnego podjęcia czynności przez zamawiającego, o których stanowi przepis art. 181 ust. 2 Pzp.

Informacje dotyczące ewentualnej niezgodności danych podanych przez odwołującego z prawdą (sugestie wynikające z pisma z 05.12.2014 r. - zawiadomienie o odrzuceniu oferty) podlegają ocenie w innym trybie przewidzianym w ustawie Pzp.

Ocena zgodności treści oferty z treścią SIWZ dokonywana jest wyłącznie na podstawie oświadczeń i dokumentów wymienionych w SIWZ.

Stanowisko przystępującego wyrażające się w dogłębnej ocenie oferty odwołującego, wykraczającej poza: żądanie zamieszczone w SIWZ i stanowisko zamawiającego wyrażone w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty wyznaczające granice odwołania oraz poza granice odwołania wyznaczające granice rozpoznania przez Izbę

- nie może stanowić podstawy oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odnosnie wagi oświadczenia, folderu oraz informacji zamieszczonych na stronach internetowych producenta, znamienne jest stanowisko Izby przedstawione w uzasadnieniu wyroku z dnia 23 lipca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 868/09: „W opinii Izby, niedopuszczalne jest, wbrew twierdzeniom Przystępującego, przyjmowanie za wiążące informacji zawartych w folderach, czy też na stronach internetowych producenta urzędnika. Oferta jest bowiem oświadczeniem wykonawcy, a nie podmiotów trzecich. To wola wykonawcy decyduje o przedmiocie oferty.”

W tym samym uzasadnieniu Izba wskazała rolę uczestnika postępowania odwoławczego w postępowaniu oraz zakaz rozszerzania podstawy odrzucenia oferty: „Przystępujący do postępowania odwoławczego ograniczony jest czynnościami i oświadczeniami strony do której przystąpił. (...) W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, że Przystępujący uprawniony jest do popierania stanowiska Zamawiającego (...), ale jedynie z powodu okoliczności wskazanych przez Zamawiającego. Podobnie, Zamawiający nie może rozszerzać podstawy odrzucenia oferty Odwołującego się na rozprawie.”

Z kolei w przywoływanym w toku postępowania odwoławczego uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 8 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 613/14: „Izba nie podzieliła argumentacji

odwołującego, że większą moc dowodową należy przypisać oświadczeniu składanemu przez samego wykonawcę niż instrukcji obsługi pochodzącej od producenta. Nawet, gdyby zgodzić się z twierdzeniem odwołującego co do charakteru samej instrukcji obsługi i tego, że nie jest ona dokumentem miarodajnym, bowiem nie zawiera bieżących modyfikacji parametrów i funkcjonalności, to stwierdzić stanowczo należy, że w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią oświadczenia a treścią instrukcji obsługi, obowiązkiem wykonawcy, ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest wykazanie innymi dokumentami pochodzącymi do producenta, że wymagane przez zamawiającego parametry zostały spełnione.”

W stanie faktycznym tej sprawy zamawiający wymagał załączenia instrukcji obsługi do oferty. Na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia instrukcji obsługi dla oferowanej aparatury medycznej. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił ofertę o instrukcję obsługi zaoferowanego aparatu.

Skoro dołączenie instrukcji obsługi było wymagane od wykonawców, jej brak lub złożenie wadliwej, mogło być przedmiotem wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i w konsekwencji stanowić podstawę odrzucenia oferty na mocy przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Mając na uwadze ustalenia, z których wynika, że zamawiający dokonał w istocie badania i oceny oferty odwołującego na podstawie instrukcji obsługi, dokumentu nie wymienionego w SIWZ, jako podstawę odrzucenia oferty wskazał katalog, nie stanowiący dokumentu obligatoryjnie dołączonego do oferty, nie ocenił oświadczenia producenta złożonego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała zasadność zarzutu odwołania dotyczącego sposobu badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego, powodującego naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, a w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Izba oceniła czynności i zaniechania zamawiającego, jakie miały miejsce w toku badania i oceny oferty odwołującego oraz zostały podniesione w granicach odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp. Dokumenty i oświadczenia, inne dowody, które nie były przedmiotem oceny zamawiającego oraz dodatkowe okoliczności podnoszone na rozprawie, wykraczające poza czynności zamawiającego wynikające z pisma z 05.12.2014 r., nie stanowiły przedmiotu rozstrzygnięcia Izby.

Zatem, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.



O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zasądzając na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika - na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, z ograniczeniem wynagrodzenia pełnomocnika do kwoty 3 600 zł, wynikającym z przepisów wskazanego rozporządzenia.

**Przewodniczący: .....**