

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 27 sierpnia 2015 r.**

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń zgłoszonych w piśmie z dnia 30 lipca 2015 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Zamawiającego – Ministerstwo Finansów**

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej z dnia 23 lipca 2015 r. (znak: UZP/DKUE/KD/14/15) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na;

***dostawę wideoendoskopów dla Wydziału Zwalczenia Przeszeczności w Izbie Celnej w Białej Podlaskiej***

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Aneta Młacka Ewa Sikorska

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego niezasługują na uwzględnienie.**

**Uzasadnienie**

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany Prezesem UZP), działając na podstawie art. 165 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej Pzp), przeprowadził na wniosek kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Ministerstwo Finansów w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę wideo endoskopów dla Wydziału Zwalczenia Przeszeczności w Izbie Celnej w Białej Podlaskiej*, którego szacunkowa wartość została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 243.821,14,00 zł netto, stanowiącą równowartość 57.710,51 euro. Wniosek o podjęcie kontroli złożył w dniu 15.12.2014 r. wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie XXX.

Pismem z dnia 23lipca 2015 r. Prezes UZP doręczył Zamawiającemu informację o wyniku kontroli, oznaczonej sygnaturą UZP/DKUE/KD/14/15, w której stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów: art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy Everest Polska Sp. z o.o., która nie jest najkorzystniejsza według ustalonych kryteriów oceny ofert, które miało wpływ na wynik postępowania. Prezes UZP zakwestionował prawidłowość oceny oferty wykonawcy Everest Polska Sp. z o.o., której Zamawiający przyznał 10 punktów w ramach kryterium *źródła światła*, przez co uzyskała ona łącznie większą liczbę punktów od oferty XXX i została wybrana, jako najkorzystniejsza. Ponadto Prezes UZP zarzucił Zamawiającemu naruszenie dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, pozostające w związku z odpowiedzią wykonawcy Everest Polska Sp. z o.o. dotyczącą konieczności zastosowania światłowodów w zaoferowanym wideoendoskopie XL VU.

Zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert (Rozdział XVI siwz): cena - waga 80%; czas trwania gwarancji - waga 10 %; źródło światła - waga 10%. Odnośnie kryterium źródło światła Zamawiający wskazał: „W przypadku zaoferowania przez Wykonawcę rozwiązania niewymagającego zastosowania światłowodów, Wykonawca otrzyma 10 pkt”.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: XXX oraz Everest Polska Sp. z o.o., którym to ofertom przyznano następującą punktację:

1. oferta wykonawcy XXX z ceną 280.329,30 zł uzyskała łącznie 86,67 pkt, w tym: w kryterium cena - 80 pkt, w kryterium czas trwania gwarancji [24 m-ce] - 6,67 pkt, w kryterium źródło światła – 0 pkt;
2. oferta wykonawcy Everest Polska Sp. z o.o. z ceną 300.300,00 zł uzyskała łącznie 94,68 pkt, w tym: w kryterium cena - 74,68 pkt, w kryterium czas trwania gwarancji [36 m-ce] - 10 pkt, w kryterium źródło światła – 10 pkt.

Kontrolujący podał, że (...) Wykonawca XXX zaoferował urządzenie wideoendoskop model/typ: iRis DVR 5 producenta ITConcepts GmbH i zamieścił (poprzez zakreślenie odpowiedzi), w formularzu oferty (Załącznik A do siwz) - rubryka „Źródło Światła” oraz w formularzu „Opis przedmiotu zamówienia” (Załącznik E do siwz) - pkt 8 „Oświetlenie” informację: „Technologia oświetlenia z zastosowaniem światłowodów: TAK”. Zgodnie z zawartym w siwz (Rozdział XVI, pkt 5) opisem kryteriów oceny ofert i sposobem oceny ofert, Zamawiający przyznał ofercie wykonawcy XXX w kryterium źródło światła 0 punktów.

Wykonawca Everest Polska Sp. z o.o. zaoferował urządzenie wideoendoskop model/typ: XLVI), XLVU6120 producenta GE Inspection Technologies i zamieścił (poprzez zakreślenie

odpowiedzi) w formularzu oferty (Załącznik A do siwz) - rubryka „Źródło Światła” informację: „Technologia oświetlenia z zastosowaniem światłowodów: NIE”. Wraz z ofertą ww. wykonawca przedłożył zmodyfikowany przez siebie formularz „Opis przedmiotu zamówienia” (stanowiący Załącznik E do siwz), w treści którego w punkcie 8 „Oświetlenie”, poza wskazaniem odpowiedzi: „Technologia oświetlenia wymagająca zastosowania światłowodów: NIE”, zamieścił dodatkową informację: „Opis: Oświetlenie przy pomocy 1, białej, diody LED umieszczonej wewnątrz obudowy urządzenia z automatyczną regulacją intensywności światła. Oświetlenie badanego/sprawdzanego obszaru NIE wymaga zastosowania światłowodów”. Zamawiający, pismem z dnia 27.11.2014 r. zwrócił się do wykonawcy Everest Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień, dotyczących treści oferty, tj. udzielenie odpowiedzi, czy zaoferowany przez wykonawcę wideoendoskop XL VU nie wymaga zastosowania światłowodów do zapewnienia oświetlenia badanego obszaru. Powyższa wątpliwość powstała wskutek pozyskanych przez Zamawiającego informacji ze strony internetowej wykonawcy, gdzie z zamieszczonego schematu obrazującego sondę inspekcyjną wideoendoskopu XL VU wynika, iż zastosowane tam są m.in. 4 ciągną sterujące/światłowody oświetleniowe/przewody sygnałowe. W odpowiedzi - pismem z dnia 01.12.2014 r. - wykonawca Everest Polska Sp. z o.o. oświadczył, iż zaoferowany wideoendoskop XL VU nie wymaga zastosowania światłowodów do zapewnienia badanego obszaru oraz stwierdził, że konstrukcja sondy roboczej oraz systemu, w konfiguracji zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu, zapewnia optymalne i wystarczające oświetlenie badanego obszaru bez konieczności zastosowania światłowodów”. Na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający dokonał następnie oceny oferty wykonawcy Everest Polska Sp. z o.o., przyznając jej 10 punktów w kryterium źródło światła, w rezultacie czego oferta ta uzyskała największą liczbę punktów i została wybrana jako najkorzystniejsza.

W Informacji Kontrolującej podał, że (...) W związku z koniecznością uzyskania wiadomości specjalnych w celu stwierdzenia poprawności dokonanej przez zamawiającego oceny ofert złożonych w postępowaniu Prezes Urzędu zwróciła się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z prośbą o wydanie opinii do eksperta w zakresie kryminalistycznych badań dokumentów audiowizualnych. Celem badania było stwierdzenie, czy zaoferowany przez wykonawcę Everest Polska Sp. z o.o. wideoendoskop - model/typ: XLVU, XLVI) 6120, producenta: GE Inspection Technologies skonstruowany jest w oparciu o technologię oświetlenia wymagającą zastosowania światłowodów, czy też stanowi rozwiązanie nie wymagające zastosowania światłowodów. Powołany przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych ekspert sporządził opinię techniczną, w której dokonał analizy budowy i parametrów technicznych urządzeń zaoferowanych przez wykonawców w przedmiotowym

postępowaniu”. W opinii tej, stwierdzono co następuje: “///. Analiza budowy oferowanych urządzeń: W oferowanych urządzeniach sposób oświetlenia badanego miejsca obserwowanego przez kamerę jest podobny. Dioda LED będąca źródłem światła, umieszczona jest w rękojeści (manipulatorze) urządzenia. Strumień światła niezbędnego dla oświetlenia obszaru w polu obserwacji kamery przenoszony jest za pomocą światłowodu umieszczonego wewnątrz giętkiej sondy sterowanej z rękojeści. W obu oferowanych urządzeniach sonda przymocowana jest do rękojeści na stałe. Sposób umieszczenia diody LED w wymienionych urządzeniach wynika z uwarunkowań technicznych, m.in. konieczności odprowadzenia za pomocą radiatora dużej ilości ciepła wydzielanego przez pracującą diodę”. W tej opinii wskazano, że „Informacja dotycząca sposobu oświetlenia badanych obiektów zawarta jest w broszurach ofertowych firm”. Z kolei „W broszurze urządzenia IRIS DVR 5 w opisie parametrów technicznych zapisano: Oświetlenie - białe światło diody LED wysokiej mocy ze światłowodem giętkim» (oryg.: High-Power Whiteight-LED's with fiberopticflightguides). Zaznaczono także, że dioda oświetleniowa LED umieszczona jest w rękojeści (oryg.: In addition the LED isabsolutelyprotectedintegrated in the handpiece). W broszurze wideoendoskopu typu XL VU model XLVU6120 zawarta jest specyfikacja techniczna, w której zapisano: «Oświetlenie: Biała dioda LED umieszczona w rękojeści (nie na końcu sondy)». Ponadto w broszurze zamieszczono rysunek przedstawiający konstrukcję sondy na którym pokazano, że wewnątrz sondy znajdują się m.in. światłowody oświetleniowe”.

W Informacji podano również, że „Zgodnie z SIWZ długość sondy inspekcyjnej powinna wynosić  $2 \text{ m} \pm 0,1 \text{ m}$ , jej średnica  $6 \text{ mm} \pm 0,5 \text{ mm}$ , kąt artykulacji min.  $90^\circ$ . Konstrukcyjnie sonda jednym końcem przymocowana jest na stałe do rękojeści z oświetleniową diodą LED, na drugim jej końcu zainstalowana jest m.in, kolorowa kamera wizyjna o rozdzielczości minimum 400 tysięcy pikseli. Sonda w swoim przekroju zawiera ciągną sterującą jej położeniem oraz przewody sygnałowe/zasilające kamery wizyjnej”. Kontrolujący dalej podał, że „Opierając się na znajomości zasad przenoszenia i rozprzestrzeniania się światła należy stwierdzić, że za pomocą sondy o ww. parametrach i konstrukcji nie jest możliwe oświetlenie badanego miejsca bez użycia światłowodu i skuteczne analizowanie tego obszaru za pomocą zintegrowanej kamery. Dla zobrazowania tego stwierdzenia można przytoczyć przypadek, w którym część końcowa sondy z kamerą zgięta jest pod kątem min.  $90^\circ$ . Powyższe stwierdzenie wynika również z wieloletniego doświadczenia zawodowego biegłego, zajmującego się m.in. analizą techniczno-eksploatacyjną podobnych urządzeń, w tym wykorzystujących technologie światłowodowe, (...)” W powołanej opinii udzielono odpowiedzi na następujące pytania:

1. Czy urządzenie zaoferowane przez wykonawcę XXX, tj. wideo endoskop modelAyp IRIS

DVR 5, producent: ITCONCEPT GmbH wymaga zastosowania światłowodów?

W wideoendoskopie model Ayp IRIS DVRS produkcji INTCONCEPT GmbH, będącym przedmiotem oferty firmy XXX zastosowano światłowód.

2. Czy urządzenie zaoferowane przez wykonawcę Everest Polska Sp. z o.o. tj. wideoendoskop model Ayp XLVU, XLVU6120, producent: GE Inspection Technologies wymaga zastosowania światłowodów?

W wideoendoskopie model Ayp XLVU, XLVU6120 produkcji GE inspection Technologies, będącym przedmiotem oferty firmy Everest Polska Sp. z o.o. zastosowano światłowód.

3. Czy urządzenie zaoferowane przez wykonawcę XXX, oparte jest na tej samej technologii (tj. z zastosowaniem światłowodów), co urządzenie zaoferowane przez wykonawcę Everest Polska Sp. z o.o. ?

Urządzenia oferowane przez obie firmy wykorzystują taką samą technologię oświetlenia badanego miejsca.

3.1. Czy w kryterium źródło światła oba urządzenia powinny uzyskać równą liczbę punktów?

W kryterium źródło światła oba urządzenia powinny uzyskać równą liczbę punktów.

4. Czy możliwa jest praca każdego z tych urządzeń zarówno z wykorzystaniem źródła światła z użyciem światłowodów, jak i bez użycia światłowodów?

W obu urządzeniach sonda, zawierająca m.in. światłowód transmutujący światło z diody LED, jest przymocowana do rękojeści (manipulatora) na stałe; światłowód umieszczony wewnątrz sondy jest elementem konstrukcyjnym urządzeń. Eksploatacja przedmiotowych urządzeń bez użycia światłowodu nie jest możliwa."

Kontrolujący stwierdził, że (...) z treści opinii wynika, że urządzenia zaoferowane przez obu wykonawców oparte są na tej samej technologii i posiadają w swojej konstrukcji światłowody. Prowadzi to do wniosku, że w kryterium źródło światła obie oferty powinny zostać ocenione tak samo, otrzymując po 0 punktów. Jednocześnie zamawiający, mając wątpliwości, co do zastosowania światłowodów w oferowanym urządzeniu, jak również, będąc informowany przez wykonawcę XXX o tożsamości technologicznej obu produktów w zakresie źródła światła, nie zweryfikował ww. informacji opierając się jedynie na oświadczeniu wykonawcy Everest Polska Sp. z o.o."

Odnosząc powyższe do ustaleń faktycznych przedmiotowego postępowania, Kontrolujący wskazał na (...) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z uwagi na fakt, iż w urządzeniu zaoferowanym

przez wykonawcę Everest Polska Sp. z o.o. - wideoendoskop model/typ: XLVU, XLVII 6120, producenta: GE Inspection Technologies został zastosowany światłowód, co zostało stwierdzone przez eksperta w treści wydanej opinii technicznej, zamawiający nie miał podstaw do przyznania tej ofercie 10 punktów w ramach kryterium źródło światła". Zatem punktacja w wyniku dokonania prawidłowej oceny ofert w kryterium: Technologia oświetlenia z zastosowaniem światłowodów - punktacja - Źródło światła (bez światłowodów 10%) powinna wynosić dla każdej z ofert 0 punktów. Tym samym oferta Everest Polska Sp. z o.o. mogła uzyskać łącznie tylko 84,68 pkt.

Reasumując, Kontrolujący stwierdził, że (...) zamawiający niesłusznie przyznał 10 punktów ofercie złożonej przez wykonawcę Everest Polska Sp. z o.o. w ramach kryterium źródło światła, przez co uzyskała ona łącznie większą liczbę punktów od oferty XXX i została wybrana jako najkorzystniejsza w wyniku przeprowadzonego postępowania. Tym samym wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza według ustalonych kryteriów oceny ofert, stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania".

Kontrolujący podał także, że w świetle odpowiedzi udzielonej na pytanie nr 4 przez biegłego w treści sporządzonej opinii (...) wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę Everest Polska Sp. z o.o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do udzielenia odpowiedzi, „czy zaoferowany wideoendoskop XL VU nie wymaga zastosowania światłowodów do zapewnienia oświetlenia badanego obszaru" o treści cyt.: „Zaoferowany przez nas wideoendoskop XL VU nie wymaga zastosowania światłowodów do zapewnienia oświetlenia badanego obszaru. Konstrukcja sondy roboczej oraz systemu, w konfiguracji zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu, zapewnia optymalne i wystarczające oświetlenie badanego obszaru bez konieczności zastosowania światłowodów.", wskazują na celowe podanie przez ww. wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik przedmiotowego postępowania". Reasumując, stwierdzono, że (...) zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy Everest Polska Sp. z o.o. stanowi również naruszenie dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania".

**Pismem z dnia 30 lipca 2015 r. Zamawiający zgłosił zastrzeżenia od wyniku**

## **kontroli doraźnej.**

Nie zgodził się ze stwierdzonymi w Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszeniami art. 91 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy oraz art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, wnosząc o zmianę wyniku na brak naruszeń. Zdaniem Zamawiającego, organ kontroli błędnie ustalił stan faktyczny wskazując, że w ocenie Ministerstwa Finansów przyczynami błędnego wyniku kontroli jest: (1) wadliwa opinia eksperta w zakresie kryminalistycznych badań dokumentów audiowizualnych, oraz (2) nieuwzględnienie w toku kontroli możliwości, jakimi dysponuje Zamawiający przy weryfikacji prawdziwości oświadczeń w toku postępowania.

Odnosząc się do opinii biegłego i wskazując, że „Z treści wyniku kontroli doraźnej następczej wynika, że celem badania było stwierdzenie, czy zaoferowany przez wykonawcę Everest Polska Sp. z o.o. wideoendoskop - model/typ: XLVI), XLVII 6120, producenta GE Inspeccion Technologisskonstruowany jest w oparciu o technologię oświetlenia wymagającą zastosowanie światłowodów, czy też stanowi rozwiązanie nie wymagające zastosowania światłowodów”. Takie sformułowanie celu, zdaniem Zamawiającego, zostało obarczone błędem logicznym bowiem nie uwzględniono treści odpowiedzi firmy Everest Polska Sp. z o.o. z dnia 1 grudnia 2014r. na wątpliwości Ministerstwa Finansów, w której wykonawca stwierdził, że „Konstrukcja sondy roboczej oraz systemu, w konfiguracji zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu, zapewnia optymalne i wystarczające oświetlenie badanego obszaru bez konieczności zastosowania światłowodów”. Zatem z wyjaśnień tych jednoznacznie wynika, że przedmiotem oferty jest urządzenie dostosowane do potrzeb Ministerstwa Finansów, a więc o budowie i konfiguracji odmiennej niż prezentowana w powszechnie dostępnych materiałach. Natomiast z treści opinii biegłego wynika, iż dokonał on porównania oferowanych urządzeń (powszechnie dostępnych o standardowych parametrach), co nie znalazło potwierdzenia w stanie faktycznym, bowiem nie mógł dysponować egzemplarzem lub dokumentacją wideoendoskopu zaoferowanego przez Everest Polska Sp. z o.o., gdyż na rynku nie występowały egzemplarze dostosowane do potrzeb Ministerstwa Finansów, a w konsekwencji nie była dostępna dokumentacja do tak zmodyfikowanego urządzenia. Potwierdzeniem błędnego założenia jest następujący fragment opinii: „Informacja dotycząca sposobu oświetlenia badanych obiektów zawarta jest w broszurach ofertowych firm”. Dalej podał, że (...) W wyniku pierwotnego błędnego założenia biegły przyjął, iż konstrukcja urządzenia pozostała bez zmian i na tej podstawie wywodził, że „Opierając się na znajomości zasad przenoszenia i rozprzestrzeniania się światła należy stwierdzić, że za pomocą sondy o ww. parametrach i konstrukcji nie jest możliwe oświetlenie badanego miejsca bez użycia światłowodu i skuteczne analizowanie tego obszaru za pomocą zintegrowanej kamery. Dla zobrazowania tego stwierdzenia można

przytoczyć przypadek, w którym część końcowa sondy z kamerą zgięta jest pod kątem min. 90°. Zdanie to byłoby prawdziwe w stosunku do urządzenia niedostosowanego do potrzeb Zamawiającego, a takie nie było przedmiotem oferty”. Wobec powyższego odpowiedź udzielona przez biegłego na pytanie 2 brzmiące: Czy urządzenie zaoferowane przez wykonawcę Everest Polska Sp. z o.o., tj. wideoendoskop model/typ XLVI), XLVII 6120 produkcji GE Inspection Technologies wymaga światłowodów została udzielona bezpodstawnie tj. z wykorzystaniem dokumentacji dotyczącej niemodyfikowanego urządzenia lub bezpodstawnego przekonania biegłego, co do modyfikacji polegającej jedynie na braku światłowodów. Zdaniem zamawiającego, wszelkie implikacje wynikające z udzielonej przez biegłego odpowiedzi, w tym odpowiedź na pytanie 4 nie mogą się ostać. Co więcej, biegły z jednej strony oparł opinię na niewłaściwej broszurze informacyjnej, dotyczącej niemodyfikowanego urządzenia, dokonując oceny w oderwaniu o stanu faktycznego, a z drugiej strony pominął on rozważania odnośnie potencjalnych możliwości zmodyfikowania wideoendoskopu model/typ XLVII, XLVU 6120 produkcji GE Inspection Technologies, w taki sposób, aby możliwe było spełnienie kryterium Źródło światła pozostawiając tę kwestię nierozstrzygniętą. Zdaniem zamawiającego, biegły konkludując przyznał, że sporządził opinię na podstawie dokumentacji innego urządzenia niż będącego przedmiotem oferty Everest Polska Sp. z o.o., odbierając możliwość jej zastosowania w przedmiotowej sprawie. Fakt niespełniania przez niemodyfikowane urządzenie wymagań dla uzyskania punktów w kryterium „źródło światła” jest powszechnie znany i nie wymaga opinii biegłego. Opinia natomiast nie ma z obiektywnych względów zastosowania w odniesieniu do zmodyfikowanego, a więc innego urządzenia, czyniąc ją bezużyteczną w przedmiotowej sprawie. Zamawiający stwierdził, że „Wynikiem ułomności opinii biegłego są nieuzasadnione i bezpodstawne zarzuty podważające prawidłowość przeprowadzenia kontrolowanego postępowania przez Ministerstwo Finansów (...), a w szczególności naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 tej ustawy. Podkreślił, że (...) wbrew twierdzeniu Kontrolującego ekspert nie wykazał nic więcej niż to, co Ministerstwo Finansów ustaliło w toku postępowania. Ustalenia biegłego nie są odmienne od tych, które zostały dokonane przez komisję przetargową, czego potwierdzeniem jest Protokół nr 2 z posiedzenia komisji. Komisja porównała treści złożonych ofert z powszechnie dostępnymi informacjami o oferowanych urządzeniach i stwierdziła rozbieżności w obu ofertach. W ofercie złożonej przez Everest Polska Sp. z o.o. wątpliwość wzbudziło użycie rozwiązania oświetlenia wymagającego zastosowania światłowodów, gdyż dostępne materiały wskazywały, że urządzenie do prawidłowej pracy wymaga zastosowania światłowodów. Inna niezgodność została równocześnie stwierdzona w ofercie złożonej przez XXX. Wobec tych wątpliwości w dniu 27 listopada 2015 r. Ministerstwo Finansów zwróciło się do wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, o wyjaśnienia treści złożonych



ofert.Everest Polska Sp. z o.o. pismem z dnia 1 grudnia 2014r. potwierdził treść oferty, informując, iż oferowany wideoendoskop model/typ XLVII, XLVU 6120 produkcji GE Inspeciion Technologies nie wymaga zastosowania światłowodów do zapewnienia oświetlenia badanego obszaru. Konstrukcja sondy roboczej oraz systemu, w konfiguracji zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu, zapewnia optymalne i wystarczające oświetlenie badanego obszaru bez konieczności zastosowania światłowodów.Zdaniem zamawiającego złożone (...) wyjaśnienia były zgodne z ofertą i nie można było postawić im zarzutu poświadczenia nieprawdy, albo braku rzetelności, bowiem Ministerstwo Finansów w swej praktyce napotyka sytuację, w której oferowany produkt ma odmienne cechy, parametry, funkcjonalności, czy konfiguracje niż wynikające z materiałów udostępnianych przez producenta. Wyjaśnienia były analogiczne do składanych w innych postępowaniach, w szczególności dotyczących zakupu urządzeń o budowie modułowej lub urządzeń specjalistycznych o specyficznym przeznaczeniu. Wideoendoskopy należą bez wątpliwości do drugiej grupy. Doświadczenie Ministerstwa Finansów w analogicznych sytuacjach potwierdza wywiązywanie się Wykonawców z deklaracji składanych w toku postępowania, a w szczególności w zakresie odmienności oferowanych konfiguracji od opisów powszechnie dostępnych”. Dalej podał, że „Komisja przetargowa, przedstawiając propozycję uznania wyjaśnień, oceny ofert, przyznania punktów w ramach kryteriów oraz rozstrzygnięcia postępowania uwzględniła wszelkie dostępne jej możliwości i wiedzę, w szczególności wezwała wykonawców do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy. W przedmiotowej sprawie był to jedyny środek możliwy do zastosowania. Żaden inny przepis Ustawy nie dawał Zamawiającemu możliwości weryfikacji poprawności złożenia oferty” Podniósł także, że oczywistym jest, iż treść oferty nie stanowi dokumentu w rozumieniu rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zatem nie było dopuszczalne weryfikowanie złożonych wyjaśnień z zastosowaniem dodatkowych mechanizmów przewidzianych w tym rozporządzeniu.Podkreślono, że „Wykonując czynności w postępowaniu Ministerstwo Finansów, jako organ administracji publicznej musi uwzględniać, iż jest zobowiązane do działania na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji RP). Żaden przepis Ustawy, jak również jej przepisów wykonawczych nie umożliwił Zamawiającemu wykonywanie dodatkowych czynności, w tym operacyjnych czy wywiadowczych. Zatem wykonywanie innych czynności, do których Ministerstwo Finansów nie było uprawnione było niemożliwe”.Zdaniem zamawiającego, pismo XXX z dnia 27.11.2014 r. (...) jedynie potwierdza wątpliwości, które bez tego pisma były znane komisji, natomiast nie uprawdopodobnia nieprawdziwości treści oferty w związku z wyjaśnieniami złożonymi przez Everest Polska Sp. z o. o.Ministerstwo Finansów, jako zamawiający, nie było uprawnione w toku wyjaśniania, do żądania innych informacji, niż wymagane w

specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zwróciło się o wyjaśnienia, otrzymało wyjaśnienia, a następnie uznało wyjaśnienia ponieważ nie było żadnych obiektywnych podstaw do zakwestionowania prawdziwości treści oferty, a w konsekwencji wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia oferty. W przeciwnym przypadku czynności wykluczenia i odrzucenia, czy choćby tylko niższa ocena oferty, oparte byłyby jedynie o nieuprawdopodobnione oświadczenie wykonawcy XXX, odwołujące się do informacji o standardowej konfiguracji wideoendoskopu, nie mającej w przedmiotowej sprawie zastosowania. Aby możliwe było wykluczenie wykonawcy Everest Polska Sp. z o. o., a w konsekwencji odrzucenie jego oferty i nieprzyznawanie punktów w kryterium Źródło światła, konieczne byłoby wykazanie, iż treść oferty i wyjaśnienia są nieprawdziwe, do czego Zamawiający zobowiązany jest na podstawie art. 6 KC zgodnie, z treścią którego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Ministerstwo Finansów nie mogło wywieść nieprawdziwości oferty i wyjaśnień ponieważ nie dysponowało żadnym dowodem, czy wystarczająco uprawdopodobnioną informacją i nie mogło jej pozyskać w inny sposób niż określony w art. 87 ust. 1 Ustawy. Udowodnienie potencjalnej nieprawdziwości treści oferty i wyjaśnień w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego było niemożliwe, bowiem przedmiotem oferty był wideoendoskop dostosowany do potrzeb Zamawiającego”. W opinii zamawiającego (...) występujące na rynku inne egzemplarze oraz dokumentacja nie miały zastosowania do oceny prawidłowości złożenia oferty przez Everest Polska Sp. z o.o. Przykładowo, równie chybione byłoby ocenianie karetki pogotowia jedynie na podstawie opisu samochodu wykorzystanego jako platforma w oderwaniu od faktu, że został pojazd został przekonstruowany. W takim stanie sprawy ewentualne zaangażowanie biegłego byłoby niecelowe, gdyż ten nie miałby podstaw do formułowania opinii. Jedyną obiektywną nie budzącą wątpliwości metodą weryfikacji prawdziwości oferty w zakresie rozwiązania oświetlenia nie wymagającego zastosowania światłowodów, było sprawdzenie dostosowanego do potrzeb Ministerstwa Finansów egzemplarza wideoendoskopu. W stanie faktycznym kontrolowanego postępowania możliwość taka pojawiała się po zawarciu umowy -przy dokonywaniu odbioru wideoendoskopów. Na marginesie, porównując wyjaśnienia złożone przez obu wykonawców w toku postępowania, zamawiający stwierdził, że większą wątpliwość budzą te, które zostały złożone przez firmę XXX bowiem z przedstawionych wyjaśnień wynika, iż model standardowy iRis DVR5 spełnia wymagania IP55, czyli wyższe niż IP53 prezentowane w powszechnie dostępnych materiałach. Niezrozumiałe jest czemu producent sam deprecjonuje swój produkt w swoich publikacjach”.

Uwzględniając powyższe, w ocenie Ministerstwa Finansów, nie stwierdzono zaistnienia przesłanek określonych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, i tym samym

wykonawca Everest Polska Sp. z o. o. nie mógł podlegać wykluczeniu z postępowania, a w konsekwencji jego oferta nie mogła zostać odrzucona. Przedstawione przez Everest Polska Sp. z o.o. wyjaśnienia potwierdziły i uwiarygodniły spełnianie wymagań ocenianych w kryterium Źródła światła uprawniających Ministerstwo Finansów do przyznania 10 pkt. Ministerstwo Finansów dokonało oceny ofert, przyznało punkty, a w konsekwencji dochowując normy art. 91 ust. 1 Ustawy prawidłowo dokonało wyboru oferty najkorzystniejszej — oferta złożona przez Wykonawcę Everest Polska Sp z o.o. została uznana za najkorzystniejszą jako przedstawiająca najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W ocenie Ministerstwa Finansów wszystkie czynności zostały wykonane prawidłowo, zgodnie z prawem, a w szczególności z Ustawą. Ministerstwo Finansów wykorzystało dopuszczalne i celowe możliwości oraz dochowało należytej staranności”. Zamawiający wskazał ponadto, że (...) W dalszym toku postępowania Ministerstwo Finansów przeniosło treść oferty do treści zawartej w dniu 18 lutego 2015 r. urnowy nr R/122/14/SC/B/700 w szczególności w zakresie użycia metody oświetlenia niewymagającej światłowodów. Realizując zamówienie Wykonawca dostarczył wideoendoskopy stanowiące przedmiot umowy, a Zamawiający dokonał ich odbioru bez zastrzeżeń - protokoły odbioru w załączeniu. Z treści protokołów jednoznacznie wynika, że nie stwierdzono żadnych niezgodności wideoendoskopów z treścią ww. Umowy, w tym z jej Załącznikiem 1, określającym specyfikację techniczną. Wobec powyższego wykazanego braku naruszeń Ustawy nie doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy”. Podał również, że (...) hipotetycznie zakładając, iż dopiero na etapie odbioru przedmiotu umowy ujawniłaby się nieprawidłowość oświadczenia wykonawcy, nie wpływałoby to negatywnie na ocenę prawidłowości wykonywania przez Ministerstwo Finansów czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odmienny pogląd prowadziłby do sytuacji, w której Ministerstwo Finansów pomimo dochowania należytej staranności w toku postępowania zostałyby obciążone na skutek popełnienia przestępstwa z art. 297 Kodeksu karnego przez nieuczciwego wykonawcę. Ministerstwo Finansów podnosi, iż dla przeprowadzenia oceny poprawności prowadzenia kontrolowanego postępowania istotne jest również uwzględnienie okoliczności determinujących przyjęty przez Ministerstwo Finansów sposób postępowania, a w szczególności wartość postępowania i przedmiot zamówienia. Wartość kontrolowanego postępowania wynosiła 243.821,14 zł, stanowiąc równowartość 57 710,51 EURO i, skutkując prowadzeniem postępowania w progu krajowym, tj. o mniejszym, ograniczonym rygorze przejawiającym się między innymi uproszczoną procedurą, skróconymi terminami, odmiennymi środkami ochrony prawnej i wyłączeniem obowiązku żądania przez Zamawiającego dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przedmiotem zamówienia była dostawa czterech specjalistycznych urządzeń — wideoendoskopów. Wideoendoskopy są urządzeniami specyficznymi, nie znajdującymi

powszechnych zastosowań. Uwzględniając powyższe Ministerstwo Finansów, jako zamawiający, w oparciu o swoje doświadczenie wybrało taki zakres informacji wymaganych na potwierdzenie spełnienia wymagań, który z jednej strony zapewniał ograniczoną uciążliwość dla Wykonawcy, a z drugiej jednoznaczność identyfikowalność przedmiotu oferty i potwierdzenie spełnienia wymagań, w tym ocenianych w kryterium Źródło światki. Ministerstwo Finansów podejmując decyzję o wyborze sposobu prowadzenia postępowania uwzględniło, że falsyfikowanie informacji przez Wykonawcę stanowi czyn zabroniony i podlega penalizacji na podstawie przepisów Kodeksu Karnego, a w następstwie może skutkować przyszłym wyłączeniem wykonawcy z rynku zamówień publicznych. Alternatywnym rozwiązaniem było żądanie od Wykonawców dostarczenia wraz z ofertą kompletnych wideoendoskopów, jako próbek. Rozwiązaniem, które ponad wszelką wątpliwość rozstrzygałoby, czy oferowane urządzenie spełnia wymagania określone w SIWZ, w tym warunki przyznawania punktów kryteriach. To rozwiązanie jednak nie mogło zostać przyjęte w kontrolowanym postępowaniu, gdyż ograniczałoby uczciwą konkurencję preferując producentów lub ich przedstawicieli. Jedynie te podmioty mogą swobodnie dysponować egzemplarzami wideoendoskopu. Inny podmiot w celu złożenia oferty musiałby nabyć od producenta lub jego przedstawiciela wideoendoskop, celem przedstawienia go wraz z ofertą, przy jednoczesnym braku pewności co do możliwości jego sprzedaży. Oczywistym jest, że wykonawca nie może mieć pewności czy sprzeda produkt w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nadto wideoendoskopy nie są produktami łatwo zbywalnymi. Nabywane są w bardzo specyficznych celach. Zwrócony wykonawcy endoskop istotnie stracił by na wartości, gdyż musiałby być sprzedany jako używany. Niewątpliwie koszt przygotowania oferty przekraczający pięćdziesiąt tysięcy złotych obiektywnie ograniczałoby uczciwą konkurencję w postępowaniu. Ponadto, co się ujawniło w toku postępowania, wykonawca - Everest Polska Sp. z o.o. zaoferował wideoendoskopy dostosowane do potrzeb zamawiającego. Zatem żądanie dołączenia do oferty wideoendoskopu dostosowanego do potrzeb Zamawiającego w konsekwencji prowadziłoby do żądania spełnienia czwartej części całości zamówienia, którego przedmiot zostałby specjalnie dostosowany do potrzeb Zamawiającego. Oczywiście jest nie dopuszczalność takiego rozwiązania ze względu na naruszenie norm art. 7 ust. 1 Ustawy”.

Reasumując zamawiający, wnosząc jak na wstępie zastrzeżeń, stwierdził, że w świetle powyższego zarzuty naruszenia ustawy Pzp podniesione w informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nie znalazły potwierdzenia w stanie faktycznym i jako takie należy uznać za bezpodstawne. Do zastrzeżeń załączył poświadczony za zgodność z oryginałem: (1) kopię umowy nr R/l 22/14/SC/B/700 zawartej w dniu 18 lutego 2015 r., (2) cztery kopie protokołów odbioru częściowego oraz (3) kopię odbioru końcowego.

**Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego** dotyczących naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, podnosząc, w szczególności, że „Mając na uwadze charakter zastrzeżeń Zamawiającego, odnoszących się do zagadnień wymagających wiedzy specjalistycznej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wystąpił ponownie do biegłego sporządzającego opinię na potrzeby przedmiotowej kontroli z prośbą o odniesienie się do stanowiska Zamawiającego”. Biegły ten [W odniesieniu do zarzutu sformułowanego przez Zamawiającego, iż biegły nie uwzględnił oświadczenia firmy Everest Polska Sp. z o.o. z dnia 01.12.2014 r. udzielonego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp] stwierdził, cyt; „Przedstawione zarzuty do opinii opierają się na przyjętym założeniu, że zamawiane i zakupione wideoendoskopy zawierają specyficzne rozwiązania techniczne, a ich konstrukcja nie zawiera światłowodów. W dokumentach nie ma bowiem zapisów świadczących o tym, że odebrane urządzenia zostały zweryfikowane w celu potwierdzenia wprowadzonych modyfikacji. Biegły nadmienia, że na stronach internetowych producenta urządzenia nie odnaleziono materiałów wykazujących, że oferowane są wideoendoskopy tego modelu/typu o zmodyfikowanej konstrukcji. Przedstawione w ofercie firmy Everest Poiska Sp. z o.o. nazewnictwo, symbolika, oznaczenie modelu/typu oraz wyposażenie (ukompletowanie) urządzenia wskazuje na to, że przedmiotem oferty jest wideoendoskop produkowany seryjnie. Nadesłana odpowiedź na postawione pytanie dotyczące elementów urządzenia (światłowodów) pozwala jedynie domniemywać, że oferowany sprzęt może mieć zmodyfikowaną konstrukcję. Wymieniona firma w przedstawionych dokumentach nie podaje wprost, że oferowane urządzenie jest modyfikacją sprzętu produkowanego seryjnie, odmiennego od pierwowzoru przedstawionego w katalogach i dokumentach producenta oraz zachowującego jego parametry użytkowe”. Biegły odrzucając zarzut opracowania opinii opartej na bezpodstawnych przekonaniach twierdzi, iż „oferowany sprzęt należało ocenić jako konstrukcję typową, standardową i wyprodukowaną seryjnie, której opisy ofertowe i techniczno-eksploatacyjne zostały udostępnione na stronach internetowych producenta. Jak wynika z dostarczonych materiałów, cztery wideoendoskopy model XLVU/XLVU6120, typ XLVUDCB6120 wraz z ukompletowaniem zostały dostarczone użytkownikowi, tj. Izbie Celnej w Białej Podlaskiej w dniu 18,02.2015 r. W załącznikach do umowy dostawy, będących protokołami odbioru częściowego, jak również w karcie gwarancyjnej wideoendoskopów (dokumentach przedstawionych w wyżej wzmiankowanym piśmie MF) stosowana symbolika i oznaczenia przekazanego sprzętu jest zgodna z oznaczeniami urządzeń produkowanych seryjnie. Zawarte w tych dokumentach oznaczenia i symbole nie wskazują, że dotyczą one urządzeń zmodyfikowanych. Przykładem może być Protokół odbioru częściowego w ramach

Umowy nr R/122/14/SC/B/700 (odbiór urządzenia w dniu 31.03.2015 r.) oraz Karta gwarancyjna do ww. protokołu. W karcie gwarancyjnej zapisano: poz. Przekazany sprzęt, p. 1. Wideoendoskop XLVUDCB6120, NS: 1505A114. Producent na swojej stronie internetowej (<https://AAWw.instrumart.com/products/allpartnumbers41528>) podaje, że wideoendoskop o nazwie XLVUDCB6120 to seryjne urządzenie z sondą o średnicy 6,1 mm, długości 2,0 m (6,6 f t). Jak wskazano w wydanej opinii technicznej, konstrukcja tej sondy zawiera światłowody (vide strona internetowa producenta <https://www.instrumart.com/products/41528/ge-inspection-technologies-xl-vu-videoprobe>). Również końcówka sondy o symbolu XLG3T6190FF (GE Inspection Technologies 6,1 mm ProbeTips) wymieniona w protokole jest wyposażeniem produkowanym seryjnie". Zdaniem Prezesa Urzędu, „Tym samym z dodatkowej opinii biegłego wynika, że zarówno dokumenty dołączone przez wykonawcę do oferty, jak też dokumenty dołączone przez Zamawiającego do zastrzeżeń, nie zawierają jakichkolwiek treści potwierdzających, że wykonawca zaoferował lub dostarczył urządzenie zmodyfikowane. Wręcz odwrotnie, biegły przytacza zapisy, z których wynika, że oferowane i dostarczone urządzenia są produkowane seryjnie, a co za tym idzie – posiadają konstrukcję typową dla modelu XLVU/XLVU6120, typ XLVUDC86120. Z powyższego wynika także, że nie ma podstaw do założenia, że zaoferowane wideoendoskopy zaopatrzone są w inne źródło światła niż urządzenia tegoż modelu produkowane seryjnie. Należy przy tym dodać, że Zamawiający nie przedstawił żadnych dokumentów potwierdzających fakt, że oferowane lub dostarczone wideoendoskopy zostały zmodyfikowane i nie zastosowano w nich światłowodów. Jedynym dokumentem, na który powołuje się Zamawiający w przypadku urządzeń wskazanych w ofercie są wyjaśnienia wykonawcy, w których wskazano, że „Konstrukcja sondy roboczej oraz systemu, w konfiguracji zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu, zapewnia optymalne i wystarczające oświetlenie badanego obszaru bez konieczności zastosowania światłowodów”. Argumenty Zamawiającego skupiają się na słowach: „w konfiguracji zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu” mających potwierdzać, że wykonawca zaoferował urządzenie skonfigurowane inaczej niż urządzenia produkowane seryjnie. Należy jednak zwrócić uwagę, że ani w treści oferty, ani w wyjaśnieniach wykonawcy, taka teza nie została wyrażona wprost, a uznanie, że wynika ona z ww. wyjaśnień, stanowi jedynie interpretację Zamawiającego, opartą na domniemaniu, gdyż Zamawiający nie zwrócił się do wykonawcy o potwierdzenie swoich domysłów. Wykonawca nie dostarczył również (w przeciwieństwie do drugiego wykonawcy uczestniczącego w tym postępowaniu) oświadczenia producenta urządzeń potwierdzającego ich zmodyfikowaną konstrukcję i brak zastosowania światłowodów. Z kolei dołączone do zastrzeżeń dokumenty dotyczące odbioru dostarczonych urządzeń, z których wynika, że nie stwierdzono, aby nie spełniały one wymogów siwz, również nie stanowią wystarczających i obiektywnych dowodów w przedmiotowej kwestii, ponieważ są wystawione przez samego

Zamawiającego”. Stwierdził również, że „Zamawiający nie dołączył do zastrzeżeń np. instrukcji eksploatacyjno-technicznej zmodyfikowanego wideoendoskopu, czy też wykazu przeprowadzonych zmian modernizacyjnych wideoendoskopu w odniesieniu do rozwiązania oferowanego seryjnie wskazującego, w jaki sposób zmieniono konstrukcję sondy w celu zapewnienia wymaganego oświetlenia badanego obszaru z zachowaniem zdolności stosowania jej typowych końcówek. Dokumenty takie mogłyby stanowić obiektywny dowód tego, w jaki sposób zbudowane są urządzenia zaoferowane / dostarczone przez wybranego wykonawcę. Na powyższe zwrócił uwagę także biegły w dodatkowej opinii, wskazując, że (poza oględzinami konkretnego wideoendoskopu) byłyby to dokumenty pozwalające potwierdzić jego zmodyfikowaną konstrukcję, mimo faktu, że z treści oferty i m.in. protokołu odbioru częściowego i karty gwarancyjnej wynika, że dostarczono urządzenia produkowane seryjnie.” Reasumując stwierdził, że „Wobec nieprzedstawienia przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających faktycznie zmodyfikowaną konstrukcję urządzeń i zastosowanie w nich rozwiązań nie wymagających użycia światłowodów, a także wobec przedłożonych dotychczas dokumentów, na podstawie których biegły stwierdził, że są one produkowane seryjnie, podtrzymuję stanowisko o naruszeniu przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert”.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących dokonanej przez niego oceny ofert, Prezes Urzędu zauważył, że (...) przeprowadzenie weryfikacji parametrów technicznych specjalistycznych urządzeń jedynie na podstawie samego (niejednoznacznego) oświadczenia złożonego przez wykonawcę, który co istotne - nie jest producentem urządzenia, nie gwarantuje obiektywnej oceny ofert. Podnieść przy tym należy, że kwestia zastosowanego rozwiązania dotyczącego źródła światła, nie miała charakteru drugorzędnego, ale polegała na istotnej różnicy technologicznej, która wpływała na liczbę punktów przyznawanych w ramach kryteriów oceny ofert. Tym samym kwestia ta wymagała analizy i szczegółowego sprawdzenia przez Zamawiającego, w celu uzyskania pewności, że dokonuje on właściwego wyboru najkorzystniejszej oferty. Wartość zamówienia (57.710,51 euro) nie uzasadnia zaniechania żądania przez Zamawiającego w specyfikacji dokumentów potwierdzających rodzaj zastosowanego źródła światła. Przykłady takich dokumentów wymienia § 6 rozporządzenia r sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W szczególności nie jest uzasadnione zaniechanie żądania takich dokumentów w sytuacji, gdy - jak wspomniano już wyżej - dana kwestia techniczna dotycząca dostarczanego urządzenia oceniana jest w ramach kryteriów oceny ofert. Przy czym, w świetle przepisów ustawy Pzp i ww. rozporządzenia, nie można

zgodzić się z Zamawiającym, że jedynym dowodem na zastosowane rozwiązania byłyby próbki urządzeń, jak też, że żądanie dostarczenia takich próbek (niezależnie od możliwości żądania także innych dowodów, np. dokumentacji technicznej urządzenia) powodowałoby ograniczenie konkurencji. Przyjęcie takiego założenia skutkowałoby uznaniem, że przewidziana przez Ustawodawcę możliwość żądania próbek, jest rozwiązaniem powodującym ograniczenie konkurencji. W przedmiotowej sprawie Zamawiający, mając uzasadnione wątpliwości co do spełniania przez oferowane przez wykonawcę Everest Polska Sp. z o.o. urządzenie wymogów dotyczących światłowodów, zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienia i jedynie na podstawie takich niejednoznacznych wyjaśnień przyznał wykonawcy 10 punktów w kryterium oceny ofert, co doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, Zamawiający nie skorzystał z możliwości wezwania wykonawcy o dalsze, bardziej precyzyjne wyjaśnienia, pozwalające na jednoznaczne ustalenie, czy oferowane wideoendoskopy mają zmodyfikowaną konstrukcję i na czym ta modyfikacja polega w zakresie zastosowanego w nich źródła światła”. Na marginesie zauważył, że wykonawca XXX w odpowiedzi na pytanie w zakresie zgodności zaoferowanego urządzenia (wideoendoskop iRis DVR5) z siwz, przedłożył oświadczenie producenta urządzenia \T ConceptsGmbH.

Reasumując, i „Mając na uwadze fakt, iż z przedstawionych dokumentów wynika, że urządzenie zaoferowane i dostarczone przez wykonawcę Everest Polska Sp. z o.o. jest seryjnie produkowanym urządzeniem: model/typ XLVU, XLVU 6120, producenta: GE Inspection Technologies, w którym stosuje się światłowod (co zostało stwierdzone przez biegłego w treści wydanej opinii)” Prezes Urzędu stwierdził, że wyjaśnienia wykonawcy o braku zastosowania światłowodu, zawierały nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik niniejszego postępowania, co obligowało Zamawiającego do wykluczenia ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie miał też podstaw do przyznania ofercie ww. wykonawcy 10 punktów w ramach kryterium źródło światła, Tym samym wybór oferty wykonawcy Everest Polska Sp. z o.o., która nie jest najkorzystniejsza według ustalonych kryteriów oceny ofert, stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust, 1 ustawy Pzp”. W konkluzji stwierdził, że zastrzeżenia do naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej następczej nie zasługują na uwzględnienie i podtrzymał stanowisko zaprezentowane w Informacji oraz zgodnie z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

**Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone do wyniku kontroli nie**



## zasługują na uwzględnienie.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując zastrzeżenia, miała na uwadze następujące okoliczności faktyczne i prawne.**

Zastrzeżenia odnoszą się do stwierdzonych w informacji o wyniku kontroli zarzutów naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej ustawy Pzp):

1). Art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty wykonawcy Everest Polska Sp. z o.o., która nie jest najkorzystniejsza według ustalonych kryteriów oceny ofert, które miało wpływ na wynik postępowania., a wynikało z bezzasadnego przyznania 10 punktów w ramach kryterium *źródła światła*;

2) Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Everest Polska Sp. z o.o., który celowo złożył nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik postępowania, a dotyczącą braku konieczności zastosowania światłowodów w zaoferowanym wideoendoskopie XL VU.

Podstawa faktyczna obu zarzutów sprowadzała się do ustalenia, czy zaoferowane urządzenie – wideoendoskop XL VU 6120 produkcji GE Inspection Technologies nie wymaga zastosowania światłowodów do zapewnienia oświetlenia badanego obszaru., co było przedmiotem wyjaśnień o jakie wystąpił Zamawiający do wykonawcy Everest Polska Sp. z o.o., a które to ustalenie miało znaczenie dla oceny oferty w kryterium *źródło światła*.

Zamawiający w siwz ustalił trzy kryteria oceny: cena (80%), czas trwania gwarancji (10%), źródło światła (10%). Suma punktów uzyskanych w każdym z kryteriów składać się miała na łączną ocenę oferty, stanowiącą podstawę dla wskazania oferty najkorzystniejszej. W kryterium *źródło światła* Zamawiający przewidział 10 punktów przyznawanych w przypadku zaoferowania przez wykonawcę rozwiązania nie wymagającego zastosowania światłowodów.

W formularzu oferty wykonawca Everest Polska Sp. z o.o. w kolumnie *Źródło światła* zamieścił opis: *technologia oświetlenia wymagająca zastosowania światłowodów: NIE*. Podobny opis oferowanego parametru znajduje się w specyfikacji funkcjonalno-technicznej zaoferowanego urządzenia model/typ XLVU, XLVU6120, producent GE Inspection Technologies, poz. 8 *Oświetlenie*. W opisie parametru, wykonawca zadeklarował zgodność z wymaganiem minimalnym (opis przedmiotu zamówienia): *źródło światła stanowi co najmniej 1 dioda LED emitująca światło, zapewniająca oświetlenie badanego obszaru, z regulacją intensywności światła. Za spełnienie wymogu na poziomie minimalnym uznawane będzie zastosowanie światłowodów w celu zapewnienia oświetlenia, natomiast zaoferowanie rozwiązania nie wymagającego zastosowania światłowodów uwzględniane będzie przy ocenie ofert (kryterium techniczne)*. W opisie oferowanego parametru wykonawca wskazał:

*oświetlenie przy pomocy 1, białej diody LED umieszczonej wewnątrz obudowy urządzenia z automatyczną regulacją intensywności światła. Oświetlenie badanego/sprawdzanego obszaru NIE wymaga zastosowania światłowodów.*

Zamawiający badając ofertę wystąpił do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, czy zaoferowany wideoendoskop XL VU nie wymaga zastosowania światłowodów do zapewnienia oświetlenia badanego obszaru. Jednocześnie Zamawiający wskazał na dostępne dane dotyczące modelu zaoferowanego urządzenia, wskazujące na zastosowanie światłowodów oświetleniowych (pismo z 27.11.2014 r.). Zapytanie z jakim wystąpił Zamawiający było poparte odpowiedzią przesłaną przez DPIda, dotyczącą technologii oświetleniowej zastosowanej w wideo-endoskopie XL VU 6120., wskazanej jako równoważna (taka sama), jak w rozwiązaniu DPIda (diody LED umieszczone w obudowie urządzenia). W tych rozwiązaniach, światłowody oświetleniowe umieszczone są wewnątrz przewodu sondy. Umieszczenie źródła światła (diody LED) w obudowie urządzenia stwarza fizyczną możliwość przesyłania światła na koniec sondy poprzez światłowody. Jedynie rozwiązania bazujące na diodach LED umieszczonych na końcówce sondy nie wymagają użycia światłowodów. Urządzenia te wykorzystują inną technologię konstrukcyjną. Informacje dostępne w oficjalnych broszurach wskazują w opisie oświetlenia *biała dioda LED umieszczona w rękojeści (nie na końcu sondy)*.

W wyjaśnieniach z 01.12.2014, wykonawca Everes Polska Sp. z o.o. udzieliło odpowiedzi: *Zaoferowany przez nas wideo endoskop XLVU nie wymaga zastosowania światłowodów do zapewnienia oświetlenia badanego obszaru. Konstrukcja sondy roboczej oraz systemu, w konfiguracji zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu, zapewnia optymalne i wystarczające oświetlenie badanego obszaru bez konieczności zastosowania światłowodów.* Na podstawie tych wyjaśnień Zamawiający przyznał 10 pkt ofercie Everest Polska Sp. z o.o. w kryterium *źródło światła.*, co zdecydowało o łącznej ocenie punktowej przewyższającej ocenę drugiej w kolejności oferty o 8,01 pkt.

Zamawiający w piśmie z dnia 14 stycznia 2015 r., złożył obszerną odpowiedź na złożoną w dniu 15 grudnia 2015 r. informację o niezgodnych z prawem zaniechaniu czynności w postępowaniu, w której między innymi wskazał, iż przyjął wyjaśnienia wykonawcy, a ponadto z materiałów handlowych producenta ustali, że wideo endoskop XLVU dzięki zastosowaniu intensywnego światła LED tworzy doskonałej jakości obraz. Uwzględniając okoliczności podniesione w informacji, potwierdzające ustalenia dotyczące miejsca umieszczenia diody LED (w rękojeści, a nie na końcu sondy inspekcyjnej), wpływające na efektywność oświetlenia (przy użyciu światłowodów zapobiega to rozproszeniu światła), Zamawiający wskazał na fakt przyznania możliwości zastosowania takiej technologii, tj. umieszczenia diody LED na początku wąskiej sondy inspekcyjnej. Jednocześnie uznał, iż kluczową sprawą jest efektywność oświetlenia wprost wpływająca na

funkcjonalność wideo endoskopu.

**Uwzględniając powyższe okoliczności, Izba uznała za zasadne wydanie opinii, w której podtrzymany został wynik kontroli.**

Izba uznała (uwzględniając stanowisko Zamawiającego wyrażone w zastrzeżeniach), iż nie budziło wątpliwości, że model urządzenia XLVU, XLVU6120, producent GE Inspection Technologies, opiera się na technologii oświetlenia wykorzystującej światłowody, co wynika z rozwiązań konstrukcyjnych, gdzie dioda LED umiejscowiona jest na stałe w rękojeści. Stąd konieczne jest wykorzystanie sondy inspekcyjnej wyposażonej w światłowody w celu przesyłu strumienia światła niezbędnego do oświetlenia obszaru badanego. Takie same ustalenia poczynił Kontrolujący opierając się na treści opinii technicznej z dnia 16 czerwca 2015 r. [znak: BE-199/15] eksperta p. mgr inż. Waldemara Dadasa, wskazanego do jej sporządzenia przez Polskie Towarzystwo Kryminalistyczne - Centrum Badawczo Szkoleniowe PTK sp. z o.o. z Warszawy.

W Informacji Kontrolujący podał, że (...) W związku z koniecznością uzyskania wiadomości specjalnych w celu stwierdzenia poprawności dokonanej przez zamawiającego oceny ofert złożonych w postępowaniu Prezes Urzędu zwróciła się na podstawie art. 163 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z prośbą o wydanie opinii do eksperta w zakresie kryminalistycznych badań dokumentów audiowizualnych. Celem badania było stwierdzenie, czy zaoferowany przez wykonawcę Everest Polska Sp. z o.o. wideo endoskop - model/typ: XLVU, XLVI) 6120, producenta: GE Inspection Technologies skonstruowany jest w oparciu o technologię oświetlenia wymagającą zastosowania światłowodów, czy też stanowi rozwiązanie nie wymagające zastosowania światłowodów. Powołany ekspert sporządził opinię techniczną, w której dokonał analizy budowy i parametrów technicznych urządzeń zaoferowanych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu". W opinii tej m.in. stwierdzono, że w oferowanych urządzeniach sposób oświetlenia badanego miejsca jest podobny, a dioda LED będąca źródłem światła, umieszczona jest w rękojeści urządzenia. Wskazano także, że sonda – w obu oferowanych urządzeniach – przymocowana jest do rękojeści na stałe.

Stanowisko Kontrolującego zostało przyznane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, w których fakt niespełniania przez niemodyfikowane urządzeniewymagań dla uzyskania punktów w kryterium „źródło światła” określił, jako powszechnie znani nie wymagający opinii biegłego. Zamawiający przyznał, iż w opinii nie zostało wykazane nic więcej ponad to, co Ministerstwo Finansów ustaliło w toku postępowania. *Ustalenia biegłego nie są odmienne od tych, które zostały dokonane przez komisję przetargową, czego potwierdzeniem jest Protokół nr 2 z posiedzenia komisji. Komisja porównała treści złożonych ofert z powszechnie dostępnymi informacjami o oferowanych urządzeniach i stwierdziła rozbieżności w obu*

ofertach. W ofercie złożonej przez Everest Polska Sp. z o.o. wątpliwość wzbudziło użycie rozwiązania oświetlenia nie wymagającego zastosowania światłowodów, gdyż dostępne materiały wskazywały, że urządzenie do prawidłowej pracy wymaga zastosowania światłowodów.

Kwestią istotną z punktu widzenia stanowisk Zamawiającego oraz Kontrolującego było ustalenie, czy zasadnie Zamawiający przyjął wyjaśnienia, jakich udzielił wykonawca Everest Polska Sp. z o.o., za wystarczające dla uznania, iż zaoferowane zostało rozwiązanie dostosowane do potrzeb Zamawiającego, tj. niewymagające wykorzystania światłowodów, za co Zamawiający przyznał 10 punktów w kryterium *źródło światła*.

Izba oceniając wyjaśnienia miała na uwadze niesporne ustalenia co do właściwości urządzenia opisanego modelem/typem, wskazanego w treści oferty, które prowadziły do stwierdzenia, iż urządzenie to spełnia wymagane minimalne parametry, nie pozwala jednak na przyznanie 10 punktów w kryterium technicznym. Zamawiający przyjął w oparciu o wyjaśnienia wykonawcy, iż zaoferowane zostało urządzenie zmodyfikowane, dostosowane do jego potrzeb, o budowie i konfiguracji odmiennej niż prezentowana w powszechnie dostępnych materiałach. Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż na rynku nie występowały egzemplarze dostosowane do potrzeb Ministerstwa Finansów, a w konsekwencji nie była dostępna dokumentacja do tak zmodyfikowanego urządzenia.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż treść wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę nie pozwalała na ustalenie w jakim zakresie zaoferowane urządzenie odbiega od rozwiązania istniejącego na rynku, w szczególności jakie zmiany konstrukcyjne miałyby być poczynione, tak aby urządzenie nie wykorzystywało światłowodów transmitujący światło z diody LED. Nie można zapominać, iż wykonawca nie jest producentem, stąd jego gołosłowne wyjaśnienia, które faktycznie nie zawierały żadnej treści merytorycznie odnoszącej się do technologii oświetlenia, nie miały waloru poznawczego, pozwalającego na rozwianie wątpliwości powziętych przez Zamawiającego na etapie badania i oceny oferty. Trudno uznać za wiarygodne i przekonujące wyjaśnienia, których wykonawca ogranicza się wyłącznie do stwierdzenia, że, *Konstrukcja sondy roboczej oraz systemu, w konfiguracji zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu, zapewnia optymalne i wystarczające oświetlenie badanego obszaru bez konieczności zastosowania światłowodów*. W ocenie Izby, Zamawiający był zobowiązany do wyjaśnienia treści oferty, a nie bezkrytycznego przyjęcia oświadczenia wykonawcy, tym bardziej, iż zmiany, jakim miałyby być poddane urządzenie ingerowały w rozwiązania konstrukcyjne urządzenia. To wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany był udzielić wyczerpującej informacji pozwalającej Zamawiającemu, co najmniej poznać zakres modyfikacji, tak aby mógł ocenić realność deklaracji wykonawcy stojącej w sprzeczności z oficjalnymi broszurami informacyjnymi producenta urządzenia.

Okoliczności związane z odbiorem urządzeń, stwierdzone protokołami odbioru, w których

potwierdzono przyjęcie dostawy bez zastrzeżeń, w ocenie Izby nie mogą zmieniać stanowiska, co do braku wykazania, aby zaoferowane i dostarczane urządzenia stanowiły inne od dostępnych na rynku urządzeń oznaczonych modelem/typem XLVU/XLVU6120. Przedmiotem sprawdzenia była poprawność funkcjonowania urządzenia oraz brak widocznych uszkodzeń. W ocenie Izby, protokolarne stwierdzenie kompletności i zgodności dostawy z załącznikiem nr 1 do umowy, nie oznacza, iż odbierający urządzenie dokonywał analizy dostarczonych urządzeń pod kątem modyfikacji. Po pierwsze załącznik nr 1 do umowy nie zawierał żadnej konkretnej zmiany parametrów urządzenia „katalogowego”, której sprawdzenia ewentualnie można byłoby dokonać w trakcie odbioru., stąd brak jest w protokole stosownej adnotacji. Po drugie, zmiany te nie byłyby możliwe do ustalenia na podstawie przebiegu samej prezentacji, skoro dotyczyły one technologii oświetlenia, a nie funkcjonalności (jakości obrazu), możliwej do zweryfikowania podczas prezentacji.

Odnosząc powyższe do podstawy zarzutu naruszenia art. 91 ust.1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdza, że zarzut ten znajduje uzasadnienie, w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert. Niewątpliwie ocena oferty Everest Polska Sp. z o.o. w kryterium technicznym *źródło światła*, dokonana została z naruszeniem zasad opisanych w siwz. Zamawiający ustalił, iż punkty w kryterium technicznym przyznawane będą za rozwiązania nie wymagające zastosowania światłowodów. Pomimo deklaracji wykonawcy dotyczącej braku potrzeby zastosowania światłowodów, Zamawiający w świetle omówionych powyższej okoliczności nie miał podstaw do przyznania 10 punktów rozwiązaniu, które wykorzystuje światłowody. Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania, gdyż zdecydowało o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą faktycznie w niniejszym postępowaniu była oferta konkurencyjna - wykonawcy XXX.

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba uznała, iż zasadnym było zastosowanie tego przepisu w stosunku do wykonawcy Everest Polska Sp. z o.o., który celowo złożył nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik postępowania, a dotyczącą braku konieczności zastosowania światłowodów w zaoferowanym wideoendoskopie XL VU. Nie jest możliwym uznanie, iż wykonawca ten nie miał świadomości znaczenia informacji dotyczącej wykorzystania światłowodów w zaoferowanym urządzeniu, dla wyniku postępowania. Soko deklaracja złożona w ofercie pozostawała w jawnej sprzeczności z dostępnymi powszechnie danymi co do stosowanego rozwiązania, a wykonawca w żaden sposób nie uprawdopodobnił możliwości wprowadzenia zmian konstrukcyjnych (dioda LED montowana na stałe), Zamawiający winien był uznać, informację zawartą w ofercie za niezgodną z rzeczywistością, mającą na celu wprowadzenie go w błąd, co do rzeczywistej konstrukcji ocenianej w kryterium technicznym.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.

3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....