

**Sygn. akt KIO/UZP 1057/09**

**Sygn. akt KIO/UZP 1058/09**

**WYROK**

**z dnia 31 sierpnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Barbara Bettman

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez

**A. Rapiscan Systems Limited X-Ray House Bonehurst Road Salfords Surrey RH1 5GG, Wielka Brytania**

**B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bumar Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II nr 11, 00-828 Warszawa, Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. ul. Pandy 18, 02-202 Warszawa oraz Uždaroji akcinė bendrovė INTA Vilniaus m. sav. Vilniaus m. Dariaus ir Girėno g. 40, Republika Litewska**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Skarb Państwa – Ministerstwo Finansów**

**ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa**

protestu z dnia 6 lipca 2009 r. oraz protestu z dnia 3 lipca 2009 r.

przy udziale

**A. Smiths Heimann GmbH, Im Herzen 4, 65205 Wiesbaden, Niemcy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt: KIO/UZP 1057/09 i KIO/UZP 1058/09** po stronie Zamawiającego,

**B. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bumar Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II nr 11, 00-828 Warszawa, Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. ul. Pandy 18, 02-202 Warszawa oraz Uždaroji akcinė bendrovė INTA Vilniaus m. sav. Vilniaus m. Dariaus ir Girėno g. 40, Republika Litewska** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt: KIO/UZP 1057/09** po stronie Zamawiającego

**C. Rapiscan Systems Limited X-Ray House Bonehurst Road Salfords Surrey RH1 5GG, Wielka Brytania** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o **sygn. akt: KIO/UZP 1058/09** po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie wniesione przez Rapiscan Systems Limited X-Ray House Bonehurst Road Salfords Surrey RH1 5GG, Wielka Brytania,**
- 2. uwzględnia odwołanie złożone przez wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bumar Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II nr 11, 00-828 Warszawa, Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. ul. Pandy 18, 02-202 Warszawa oraz Uždaroji akcinė bendrovė INTA Vilniaus m. sav. Vilniaus m. Dariaus ir Girėno g. 40, Republika Litewska i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz ujawnienie wskazanych w uzasadnieniu dokumentów**

**3. kosztami postępowania obciąża:**

**A. w odwołaniu o sygn. akt KIO/UZP 1057/09 Rapiscan Systems Limited X-Ray House Bonehurst Road Salfords Surrey RH1 5GG, Wielka Brytania**

**B. w odwołaniu o sygn. akt KIO/UZP 1058/09 Skarb Państwa –  
– Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa**

**i nakazuje:**

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Odwołujących, w tym:

A. **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Rapiscan Systems Limited X-Ray House Bonehurst Road Salfords Surrey RH1 5GG, Wielka Brytania,**

B. **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bumar Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II nr 11, 00-828 Warszawa, Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. ul. Pandy 18, 02-202 Warszawa oraz Uždaroji akcinė bendrovė INTA Vilniaus m. sav. Vilniaus m. Dariaus ir Girėno g. 40, Republika Litewska,**

2) dokonać wpłaty kwoty **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Skarb Państwa –  
– Ministerstwo Finansów ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** na rzecz **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bumar Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II nr 11, 00-828 Warszawa, Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. ul. Pandy 18, 02-202 Warszawa oraz Uždaroji akcinė bendrovė INTA Vilniaus m. sav. Vilniaus m. Dariaus ir Girėno g. 40, Republika Litewska** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **25 426 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwoływających w tym:
- A. **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Rapiscan Systems Limited X-Ray House Bonehurst Road Salfords Surrey RH1 5GG, Wielka Brytania,**
- B. **12 713 zł 00 gr** (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bumar Sp. z o.o. Al. Jana Pawła II nr 11, 00-828 Warszawa, Nucotech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. ul. Pandy 18, 02-202 Warszawa oraz Uždaroji akcinė bendrovė INTA Vilniaus m. sav. Vilniaus m. Dariaus ir Girėno g. 40, Republika Litewska.**

### **U z a s a d n i e**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę i instalację trzech przestawnych urządzeń rentgenowskich do prześwietlania pojazdów (samochodów ciężarowych typu TIR) i kontenerów dla polskiej służby celnej* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 21 kwietnia 2009 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2009/S 76-109577. Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 17.213.115,00 zł, tj. 4.439.688,17 euro.

25 czerwca 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w którym za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Smiths Heimann GmbH, zwany dalej „Smiths”, drugie miejsce wspólnie

ubiegający się o udzielenie zamówienia: Bumar Sp. z o.o., Nucotech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. oraz Uždaroji akcinė bendrovė INTA zwani dalej „konsorcjum Bumar”, a trzecie Rapiscan Systems Limited zwany dalej „Rapiscan”.

#### Odwołanie sygn. akt 1057/09

Na powyższą czynność Odwołujący – Rapiscan Systems Limited 6 lipca 2009 r. (poniedziałek) wniósł protest, który Zamawiający oddalił, o czym poinformował Odwołującego – Rapiscan 16 lipca 2009 r. Od tego rozstrzygnięcia 27 lipca 2009 r. (poniedziałek) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i 8 ustawy Prawo zamówień publicznych „oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania”, w szczególności poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z ustawą Prawo zamówień publicznych, a także zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców i odrzucenia ofert złożonych przez:

1. Smiths Heimann GmbH, zwany dalej „Smiths”,
2. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bumar Sp. z o.o., Nucotech Warsaw Company Limited Sp. z o.o., Uždaroji akcine bendrove „INTA”, zwanych dalej „Konsorcjum Bumar”

oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. wykluczenia z postępowania Smiths i Konsorcjum Bumar i odrzucenia ofert przez nich złożonych,
4. dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego – Rapiscan

#### Zarzuty w stosunku do oferty Smiths

1. Oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wskazali w ofercie części zamówienia, które zamierzają powierzyć podwykonawcom (pkt 1.5. Formularza ofertowego). Natomiast Smiths w owym punkcie 1.5. oferty (str. 12), w miejscu w którym należało wskazać części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, wpisał „nie dotyczy”, co jest jednoznaczne z oświadczeniem, iż nie zamierza powierzać wykonania żadnej części zamówienia podwykonawcom. Tymczasem w zakres przedmiotu zamówienia wchodzi również „uruchomienie i przetestowanie” oferowanych urządzeń rentgenowskich. Skoro wykonawca nie zamierza powierzać żadnej części zamówienia podwykonawcom, to również uruchomienie i przetestowanie oferowanych urządzeń winien wykonać we własnym zakresie. Tymczasem w innym miejscu oferty (pkt. 12 tabeli) znajduje się informacja, iż „wszystkie skanery zostaną uruchomione i testowane przez przedstawiciela producenta, firmę Anglomet System Sp. z o.o. posiadającą zezwolenie Państwowej Agencji Atomistyki”. Firma Anglomet Systems Sp. z o.o. jest niezależnym podmiotem gospodarczym.

Ponadto ww. oświadczenia złożone w ofercie Smiths są wewnętrznie sprzeczne. Błędu tego nie można usunąć w drodze poprawienia omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem złożenie w ofercie sprzecznych oświadczeń nie jest oczywistą omyłką pisarską, oczywistą omyłką rachunkową ani inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Dysponując dwoma sprzecznymi oświadczeniami Zamawiający nie ma ani możliwości, ani uprawnienia do dokonania oceny, które z ww. oświadczeń jest prawdziwe, co potwierdza również analiza pozostałych dokumentów złożonych wraz z ofertą.

Zgodnie z art. 4 ustawy Prawo atomowe (Dz. U. z 2007 r. Nr 42 poz. 276 z późn. zm.) do wykonania czynności uruchomienia i przetestowania urządzenia jest niezbędne posiadanie zezwolenia Państwowej Agencji Atomistyki. Smiths oświadczając w ofercie, iż całość zamówienia wykona siłami własnymi, złożył jednocześnie oświadczenie w trybie art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych, iż posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek

posiadania takich uprawnień. Zatem nie można stwierdzić, czy intencją tego wykonawcy było wykonanie przedmiotu zamówienia samodzielnie, czy za pomocą podwykonawców. W konsekwencji oferta jako wewnętrznie sprzeczna podlega także odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Smiths podlega również wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z treścią pkt 2 a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. Wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia czynności polegające na uruchomieniu i przetestowaniu skanera wymagają posiadania uprawnień, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt a tej ustawy, tj. zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki zgodnie z art. 4 ustawy. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pkt III 1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Wykonawca złożył oświadczenie, iż posiada takie uprawnienia, jakkolwiek w chwili składania oświadczenia nie posiadał ww. zezwolenia. Postanowienie o konieczności dostarczenia takich uprawnień w chwili podpisywania umowy nie niweczy obowiązku posiadania takich uprawnień na dzień składania ofert. W konsekwencji Smiths, nie posiadając zezwolenia Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie oferowanych urządzeń, złożył w toku postępowania nieprawdziwe oświadczenie mające wpływ na wynik postępowania, tym samym podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie Smiths, zdając sobie sprawę z braku takiego zezwolenia, wskazał podmiot, któremu zamierza powierzyć wykonanie zadania.

Zamawiający wymagał, aby to wykonawca w pełni odpowiadał za instalację, uruchomienie i przetestowanie skanerów (pkt 12 tabeli). Smiths w swojej ofercie w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego wskazał, iż uruchomienie i testowanie skanerów wykona podmiot trzeci, jednocześnie

omijając w treści swojej oferty oświadczenie, iż to Smiths będzie odpowiedzialny za instalację, uruchomienie i przetestowanie skanerów wskazując tylko, że Smiths zapewni jedynie techniczną koordynację i nadzór. Powyższe jednoznacznie wskazuje, iż treść oferty Smiths jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 140 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Skoro w ofercie Smiths brak zobowiązania do poniesienia odpowiedzialności za instalację, uruchomienie i przetestowanie skanerów, tym samym Zamawiający nie może zawrzeć ważnej umowy z tym wykonawcą.

2. Opis oferowanych szkoleń jest niezgodny z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych, tymczasem na stronie 81 oferty Smiths podane są warianty szkolenia w stosunku do szkolenia na dostarczonym urządzeniu – wykonawca ten podaje, że szkolenie można przeprowadzić na standardowym urządzeniu HI-SCAN, gdy standardowe urządzenia HI-SCAN nie mają takich samych funkcji obróbki obrazu jak systemy cargo, nie prześwietlają pojazdów TIR, a więc nie można dokonywać interpretacji obrazów pojazdów TIR i kontenerów, nie uzyskuje się obrazów o wymaganej penetracji, a więc takie szkolenie nie ma nic wspólnego ze szkoleniem dla systemów prześwietlania cargo. Ponadto podaje wymagania odnośnie sali wykładowej oraz zastrzega, że urządzenie HCVP 3025 musi być w pełni dostępne oraz, że system innej marki lub zawierający inne moduły nie może być używany. Natomiast wszelkie koszty związane ze szkoleniem i zapewnienie sali wykładowej wchodziło w zakres zamówienia i było obowiązkiem wykonawcy, a takie wymagania dotyczące dostępności urządzenia i niemożności prowadzenia szkoleń na urządzeniach innej marki świadczą, iż oczekuje on, że to Zamawiający weźmie na siebie udostępnienie właściwego urządzenia. Smiths nie zaoferował więc wykonania całego zakresu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu wskazuje, iż wzmiankę dotyczącą alternatywnego szkolenia traktuje jako informację dodatkową wskazującą



jedynie hipotetycznie na taką możliwość, lecz w pkt. 14.1. oferty zawarł oświadczenie, że szkolenia zostaną przeprowadzone na dostarczonych skanerach w miejscu ich instalacji. Jednak zdaniem Odwołującego oświadczenie to nie niweczy oświadczenia zawartego w szczegółowym opisie szkoleń, gdzie wykonawca jednoznacznie wskazał dwie alternatywne formy przeprowadzenia szkolenia, przy czym druga z nich nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający dokonując oceny treści oferty, w szczególności jej zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, nie może tego robić w sposób wybiórczy, poprzez arbitralną ocenę, które z oświadczeń zawartych w ofercie mają charakter wiążący, a które, pomimo tego, iż odnoszą się do wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, są informacjami dodatkowymi czy zamieszczanymi zwyczajowo w ofertach producenta i uznawać, iż ich niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie powoduje konieczności odrzucenia oferty. Charakter informacji dodatkowych mogą mieć wyłącznie informacje, które nie były wymagane przez Zamawiającego i które nie powodują sprzeczności oferty z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający powołując się na złożone przez Smiths wyjaśnienia pomija okoliczność, iż wyjaśnienia złożone przez wykonawcę po otwarciu ofert nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych). Odwołujący podtrzymał zarzuty dotyczące niezgodności zaoferowanych szkoleń z wymaganiami Zamawiającego, w tym również w zakresie niezgodności czasu trwania zaoferowanych szkoleń z czasem określonym przez Zamawiającego, a także próby przerwania na Zamawiającego części kosztów związanych ze szkoleniami.

#### Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Bumar

1. Jednym z kryteriów oceny ofert był okres gwarancji (30% wszystkich punktów). Zamawiający wymagał, aby w ramach gwarancji wykonawca zapewnił świadczenie usług gwarancyjnych przez serwis autoryzowany przez producenta (lub jego oficjalnego przedstawiciela w Polsce). Zamawiający wymagał też, aby wykonawca zobowiązał się do zapewnienia na żądanie użytkowników, przez okres minimum 8 lat po upływie gwarancji, odpłatnego

świadczenia serwisu pogwarancyjnego wraz z zabezpieczeniem części zamiennych przez serwis autoryzowany przez producenta skanera (lub jego oficjalnego przedstawiciela w Polsce).

Jako producent urządzenia została wskazana spółka Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. Konsorcjum Bumar wskazało w ofercie 86 miesięcy gwarancji. Zgodnie z pkt. 17.1. tabeli okres gwarancji rozpoczyna swój bieg od daty podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego skanera. Ponieważ termin realizacji zamówienia wynosi 5 miesięcy od daty podpisania umowy, okres ten prawdopodobnie nie rozpocznie się wcześniej niż w grudniu 2009 r. Tymczasem, jak wynika ze złożonego odpisu KRS Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o., spółka ta została utworzona na okres 10 lat, a wpisana do rejestru 3 sierpnia 2005 r., zatem przestanie istnieć w sierpniu 2015 r., natomiast zaoferowany okres gwarancji skończy się najwcześniej dopiero w roku 2017 – tym samym okres zaoferowanej gwarancji producenta jest dłuższy niż okres istnienia spółki, nie licząc wymaganego dodatkowego 8-letniego okresu świadczenia serwisu pogwarancyjnego wraz z zabezpieczeniem części zamiennych. Zatem Konsorcjum Bumar wskazując okres gwarancji dłuższy niż okres istnienia producenta urządzenia, złożyło nieprawdziwe oświadczenie mające wpływ na wynik postępowania i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a treść oferty w tym zakresie jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferta podlega odrzuceniu, bowiem wykonawca ten nie będzie mógł zapewnić części zamiennych ani serwisu autoryzowanego przez producenta, który nie będzie już wówczas istniał, a więc nie będzie miał także swojego autoryzowanego przedstawiciela.

Twierdzenie Zamawiającego, iż aktualnie wyznaczony czas działania spółki nie ogranicza możliwości podejmowania przez jej wspólników dalszych decyzji odpowiednio do potrzeb wynikających z zaciągniętych zobowiązań jest nieuprawnione wobec brzmienia art. 274 Ksh, zgodnie z którym upływ czasu, na jaki spółka zastała zawarta, powoduje automatyczne otwarcie likwidacji spółki. Ewentualne i niepewne przyszłe zmiany umowy spółki nie mogą wpłynąć na fakt, iż Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. nie mogła

na dzień składania ofert złożyć oświadczenia o zaoferowaniu gwarancji przekraczającej czas trwania spółki. Działanie takie należy ocenić jako naruszające art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w szczególności, iż długość gwarancji była jednym z najwyższych punktowanych kryteriów oceny ofert.

2. Załączony do oferty certyfikat ISO dla producenta urządzenia obejmuje działalność, która nie została wymieniona w KRS Nucotech Warsaw Company Limited Sp. z o.o., ponadto z treści samego certyfikatu wynika, iż certyfikat ten zachowuje ważność wraz z „Instrukcją o warunkach korzystania z certyfikatów i logo”. Do oferty nie zostały załączone ww. dokumenty, zatem certyfikat bez obligatoryjnych załączników w nim wymienionych należy uznać za nieważny. Z treści certyfikatu wynika również, iż jest on ważny w okresie ważności wszelkich wymogów administracyjnych i kwalifikacyjnych przewidzianych zgodnie z prawem Chińskiej Republiki Ludowej – zastrzeżenie to budzi wątpliwości wobec faktu, iż certyfikat został wydany dla spółki z siedzibą w Polsce, utworzonej zgodnie z prawem polskim, a nie chińskim.

Ponieważ wezwanie wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, w której oferta nie podlega odrzuceniu z innych przyczyn, z uwagi na powyżej wskazane przesłanki wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty, wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest możliwe, a wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy legitymowali się doświadczeniem w realizacji co najmniej jednej dostawy odpowiadającej przedmiotowi zamówienia o łącznej wartości 10.000.000 zł. Konsorcjum Bumar utajniło w wykazie referencji jedną z dostaw o wartości 5.711.090 zł. Na podstawie korespondencji prowadzonej z Zamawiającym (pismo Konsorcjum Bumar z 10 czerwca 2009 r.) Odwołujący przypuszcza, że utajnioną dostawą była dostawa skanera na kolejowe przejście graniczne na Słowacji. Konsorcjum

Bumar w piśmie z 10 czerwca 2009 r. oświadcza, iż urządzenie to było wyprodukowane w Polsce przez spółkę Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o., jednak z analizy sprawozdań finansowych tej spółki dostępnych w [www.infoveriti.pl](http://www.infoveriti.pl) wynika, iż spółka ta w żadnym z lat 2005 – 2007 nie osiągnęła przychodów, które pozwalałyby na potwierdzenie, iż faktycznie urządzenie o wartości wskazanej w ofercie zostało przez nią wyprodukowane. (W przychodach netto ze sprzedaży produktów w roku 2006 widnieje 4.905.306,31, a w roku 2007 kwota 229.952. Koszty działalności operacyjnej w 2006 wynosiły 4.846.294,28 w tym zużycie materiałów i energii 2.365.836, a usługi obce 2.224.097,22. Zysk netto wynosił ok. 200 tys. zł). Jak wynika z listu pełnomocnika konsorcjum z 10 czerwca 2009 r. skaner kolejowy nie był jedynym skanerem wyprodukowanym w Polsce, co tym bardziej zmniejsza wiarygodność oświadczenia, kto jest producentem skanera.

Ponadto z powszechnie dostępnych informacji, np. z dostępnego w Internecie newslettera uniwersytetu Tsinghua wynika, że w czerwcu 2006 r. RF6010 – nowy typ inspekcyjnego system kolejowego opracowany przez Nuctech Company Ltd wraz z techniczną pomocą Tsinghua University, przeszedł ocenę techniczną, co stanowi ważny krok w kierunku dokonania eksportu tego najnowocześniejszego systemu do Słowacji. Z cytowanych informacji wynika, iż skaner dostarczony na kolejowe przejście graniczne na Słowacji, wyprodukowany był przez spółkę Nuctech Company Limited, a nie przez spółkę Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. Ponadto, również z powszechnie dostępnych informacji wynika, iż spółka Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. zatrudnia od 1 do 5 osób, co potwierdza podejrzenia Odwołującego w zakresie możliwości wyprodukowania przez tę spółkę na terenie Polski tak skomplikowanego urządzenia. Jednocześnie skanery typu FS (a takie znajdują się w ofercie konsorcjum) znajdują się na stronach internetowych firmy Nuctech Limited z Chińskiej Republiki Ludowej i brak tam wiadomości, aby były one produkowane gdziekolwiek poza ChRL.

W przypadku potwierdzenia, iż trzecia pozycja w wykazie nie dotyczy dostawy wykonanej na Słowacji przez Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o., Odwołujący wnosi o zweryfikowanie doświadczenia Konsorcjum Bumar, gdyż

w sytuacji, w której wskazane urządzenie nie było dostarczone przez jednego z członków konsorcjum, pozostałe dostawy tego wykonawcy nie są wystarczające na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a Konsorcjum Bumar będzie podlegało wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Potwierdzenie się tych zarzutów będzie jednocześnie oznaczało, iż zaoferowane urządzenie jest urządzeniem prototypowym, a więc niezgodnym z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a wykonawca wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

#### Stanowisko Zamawiającego przedstawione w rozstrzygnięciu protestu.

##### W odniesieniu do oferty Smiths

1. Brak wskazania części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom – w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie został postawiony wymóg wskazania podmiotu, który będzie odpowiedzialny za uruchomienie i testowanie skanerów. W pkt. 12 „Specyfikacji funkcjonalno – technicznej” Zamawiający zamieścił jedynie warunek, iż każdy skaner musi być uruchamiany i testowany przez podmiot mający zezwolenie Państwowej Agencji Atomistyki (...) zgodnie z art. 4 ustawy Prawo atomowe, zaś w pkt. 19a) zawarł zobowiązanie dla wykonawcy, którego oferta zostanie przyjęta do realizacji o konieczności dostarczenia przed podpisaniem umowy wymaganego zezwolenia Państwowej Agencji Atomistyki. Wszyscy trzej wykonawcy zaakceptowali wymogi określone w pkt. 12 dodatkowo wskazując (w dwóch ofertach) podmioty posiadające stosowne zezwolenie Państwowej Agencji Atomistyki, zatem wszystkie oferty są zgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i na aktualnym etapie postępowania bez znaczenia pozostaje fakt, czy uruchomienia i przetestowania skanerów dokona podmiot wskazany w ofercie informacyjnie (przy braku takiego obowiązku), czy też inny podmiot posiadający stosowne

zezwolenie (w tym również wykonawca, lub jego odpowiednio umocowany oficjalny przedstawiciel w Polsce).

Zamawiający uznał za bezzasadne twierdzenie, jakoby z oferty nie wynikało, że Smiths będzie odpowiedzialny za instalację, uruchomienie i przetestowanie skanerów oparte wyłącznie na ocenie sposobu zredagowania potwierdzenia spełnienia wymagań.

Odnośnie zarzutu wariantowości oferowanych szkoleń Zamawiający wzmiankę, iż „alternatywnie szkolenie może być przeprowadzone przy użyciu standardowego systemu do prześwietlania” uznał za informację dodatkową, wskazującą jedynie hipotetycznie na taką możliwość, prawdopodobnie zamieszczaną zwyczajowo w ofertach tego producenta. W pkt. 14.1. „Specyfikacji funkcjonalno – technicznej” wykonawca jednoznacznie oświadczył, że szkolenie przeprowadzone będzie na dostarczonych skanerach w miejscu ich instalacji, ponadto w wyjaśnieniach potwierdził, iż wszystkie rodzaje szkoleń zostaną przeprowadzone zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (odnośnie ich zakresu, miejsca realizacji oraz czasu trwania). Bezzasadne są również zarzuty, jakoby Smiths oczekiwał, iż to Zamawiający zapewni dostępność urządzenia, na którym będą prowadzone szkolenia. Użycie zwrotów typu: „urządzenie musi być dostępne”, „sala powinna być wyposażona” zamiast: „będzie dostępne”, „będzie wyposażona” Zamawiający uznał za nieścisłości językowe. Informacje zawarte w „Specyfikacji funkcjonalno – technicznej”, jak i w zaakceptowanym wzorze umowy oraz wyjaśnieniach nie budzą wątpliwości, iż cena oferty złożonej przez Smiths zawiera w sobie pełne koszty realizacji zamówienia, w tym koszty szkoleń.

#### W odniesieniu do oferty konsorcjum Bumar

1. Zarzut niemożności wywiązania się ze zobowiązań gwarancyjnych w związku z zarejestrowaniem działalności jednego z członków konsorcjum Bumar na okres nominalnie krótszy niż zadeklarowany okres gwarancji na oferowane urządzenia – aktualnie wyznaczony czas istnienia spółki Nucotech Warsaw Company Ltd Sp. z o.o. nie ogranicza możliwości podejmowania przez jej wspólników dalszych decyzji, np. o rejestracji spółki na czas

nieograniczony odpowiednio do potrzeb wynikających z zaciągniętych zobowiązań.

2. Odnośnie certyfikatu ISO oraz braku wpisu do KRS działalności objętej tymże certyfikatem – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem brak wpisu określonej działalności w KRS nie stanowi przeszkody w ubieganiu się o zamówienie publiczne, o ile działalność ta nie podlega reglamentacji (koncesje, licencje itp.). Natomiast zarzut, iż do certyfikatu ISO nie dołączono „Instrukcji o warunkach korzystania z certyfikatów i logo” nie koresponduje z faktem obowiązywania certyfikatu dopiero od maja br. i warunkiem, iż ww. obowiązek powstaje dopiero w przypadku, gdy organizacja regularnie otrzymuje certyfikaty oceny nadzoru.

3. Odnośnie poz. 3. wykazu dostaw – kwestionowana dostawa została zrealizowana przez jednego z konsorcjantów, zaś wykonawca, dwukrotnie proszony o wyjaśnienia, przedstawił uzasadnienie dla zachowania jej poufności, jak również jednoznacznie oświadczył, iż oferowane skanery nie są urządzeniami ani modelowymi, ani prototypowymi.

#### Odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 1058/09

3 lipca 2009 r. Odwołujący – konsorcjum Bumar wniósł protest na wynik postępowania, który Zamawiający oddalił, o czym poinformował Odwołującego – konsorcjum Bumar 16 lipca 2009 r. Od tego rozstrzygnięcia 27 lipca 2009 r. (poniedziałek) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie: art. 7 ust. 1 oraz art. 87, 89 i 91 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na:

1. niezachowanie zasad uczciwej konkurencji poprzez dokonywanie zmian w treści oferty,
2. nieodrzućenie oferty Smiths nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. nieodrzućenie oferty Rapiscan nie spełniającej warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

4. wybór oferty Smiths, pomimo że zaoferowane przez tę firmę urządzenia nie są urządzeniami przestawnymi w rozumieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również oferta tej firmy nie zapewnia spełnienia warunków określonych w tabeli funkcjonalno – technicznej specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj.: pkt. 3.4. w zakresie przerw technologicznych, pkt. 14. w zakresie szkoleń i pkt. 3.3. w zakresie prędkości skanowania oraz pkt. 17.1. w zakresie zabezpieczenia antykorozyjnego, a także nieudostępnienie części oferty złożonej przez Smiths Heimann GmbH i Rapiscan Systems Ltd.

W związku z tym Odwołujący – konsorcjum Bumar wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Smiths,
2. powtórzenia czynności badania zgodności z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia ofert Smiths i Rapiscan,
3. odtajnienia części oferty Smiths i Rapiscan,
4. udostępnienia oferty Smiths i Rapiscan w części nie stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa

#### Zarzuty w stosunku do oferty Smiths

W uzasadnieniu Odwołujący – konsorcjum Bumar stwierdził, że Zamawiający oddalając jego protest potwierdził, iż w ofercie Smiths figurują różne określenia rodzaju oferowanych skanerów: przenośne (str. 1), przestawne (str. 10), przewoźne (str. 10) bądź mobilne (strony: 51, 52, 57, 62). Biorąc jednak pod uwagę odpowiedź udzieloną 20 maja 2009 r. na zapytanie stwierdził, iż dostawy urządzeń RTG przewoźnych – mobilnych (zainstalowanych na podwoziu samochodowym) nie odpowiadają swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot niniejszego postępowania (...) Zamawiający wymaga wykazania się doświadczeniem (technicznym i logistycznym) w realizacji dostaw wyłącznie z zakresu urządzeń RTG przestawnych bądź stacjonarnych.

Powyższe określenia oraz zakres szkolenia przedstawiony w *Programie szkoleń operatorsko-serwisowych* (str. 89) w brzmieniu: „przegląd pojazdu: test hamulców, sprawdzanie poziomu oleju w systemie hydraulicznym, mycie



ciężarówki, sprawdzanie ciśnienia opon” wskazują na to, iż w istocie firma ta oferuje urządzenie przewoźne (mobilne), a nie przestawne, czyli niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedziach na zapytania – zatem dowolność nazewnictwa stosowana i dopuszczana przez Zamawiającego stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji w szczególności wobec stanowiska zaprezentowanego przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania.

2. Zamawiający przyznał, iż, mimo że program szkoleń Smiths zawiera treści nieadekwatne do zasadniczej części oferty to, zdaniem Zamawiającego oferta w swym całości kształcie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a występujące rozbieżności są jedynie wynikiem nieuwagi przy kompletowaniu oferty. Jednak, zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, oferta wykonawcy musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie tylko w swoim całości kształcie, a Zamawiający naruszył art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych nakazujący zachowanie uczciwej konkurencji. Jeżeli oferta zawiera treści nieadekwatne do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz rozbieżności to, stosownie do art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych, niedopuszczalne jest dokonywanie zmiany w treści oferty, a oferta Smiths powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych jako nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Smiths zaoferował bowiem:

- a. szkolenia w wymiarze 22,5 godzin zamiast 40 godzin wg harmonogramu dziennego,
- b. prędkości skanowania od 4 do 12 km/h., zamiast od 0 do 12 km/h, co oznacza, że pojazdy poruszające się z prędkością od 0 do 4 km/h nie będą skanowane,
- c. długość gwarancji na zabezpieczenie antykorozyjne w wymiarze 60, a nie 72 miesięcy, co oznacza że jest krótsza od podstawowego okresu gwarancji, a zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia nie może być krótsza.

Zamawiający przyznał, iż poprawił w ofercie oczywistą omyłkę przy wskazaniu długości okresu gwarancji na zabezpieczenie antykorozyjne, jednak zdaniem Odwołującego – konsorcjum Bumar, trybie art. 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalne jest poprawienie oczywistej omyłki, natomiast nie jest dopuszczalne doprowadzenie do nowej treści oświadczenia, zatem wydłużenie długości okresu gwarancji nie może nastąpić w trybie poprawienia omyłki, gdyż stanowi istotną zmianę treści oświadczenia.

Smiths nie spełnił także wymogu pkt. 3.4. tabeli funkcjonalno – technicznej dotyczącego określenia długości przerw technologicznych. Rozstrzygając protest Zamawiający zlekceważył ustalony warunek uznając ten brak za nieistotny. Jeżeli specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera nieistotne warunki, które mogą być dowolnie pomijane/nieuwzględniane przez niektórych z oferentów, to postępowanie winno być unieważnione, aby zachować uczciwą konkurencję.

W tym stanie rzeczy oferta Smiths jako nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być odrzucona, a czynność Zamawiającego dokonania jej wyboru winna być unieważniona.

#### Zarzuty w stosunku do oferty Rapiscan

1. Certyfikat ISO przedłożony przez Rapiscan nie obejmuje swoim zakresem produkcji skanerów przestawnych, nie jest więc certyfikatem producenta skanera. Konsorcjum wyraża pogląd, iż certyfikat ISO przedkładany przez oferenta nie może dotyczyć jakiegokolwiek działalności, lecz winien obejmować działalność będącą przedmiotem postępowania. Zważywszy, że Rapiscan nie przedstawił stosownego certyfikatu ISO, z którego wynikałoby, iż jest producentem przedmiotowych skanerów, należy przyjąć, iż oferta nie odpowiada warunkom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Rapiscan nie przedłożył stosownych dokumentów wymaganych w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z informacją otrzymaną z Wydziału ds. Współpracy Międzynarodowej w Biurze Informacyjnym Krajowego Rejestru Karnego w krajach pochodzenia członków zarządu Rapiscan tj. Singapurze, Finlandii, Wielkiej Brytanii i Stanie

Kalifornia (USA) istnieją organy właściwe do udzielania informacji na temat karalności osób fizycznych. Oświadczenia składane przed notariuszem dotyczą tylko sytuacji, gdy w kraju pochodzenia osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejscu zamieszkania nie wydaje się stosownych dokumentów. Zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia oświadczeń i dokumentów, zatem żądanie nakazania ponownego badania ofert jest uprawnione.

4. Zamawiający nie udostępnił części dokumentów oferty złożonej przez Smiths i Rapiscan i zaniechał odtajnienia ww. dokumentów nie stanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa szczególnie w części dotyczącej:

a. Rapiscan w zakresie:

- programu szkoleń dla operatorów skanera, który obligatoryjnie powinien zostać sporządzony wg. precyzyjnych wytycznych Zamawiającego i nie stanowi z założenia tajemnicy przedsiębiorstwa,
- informacji banku, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, co nie stanowi tajemnicy przedsiębiorstwa,
- wykazu wykonanych dostaw wraz z referencjami, albowiem za tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W przypadku dostaw skanerów dla instytucji publicznych, przeważnie dostawy te odbywają się na zasadach przetargów publicznych, które są z natury swej jawne,
- ogólnego opisu technicznego i funkcjonalnego, który powinien być z założenia potwierdzeniem parametrów wymaganych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co szczególnie jest widoczne w niżej wymienionych punktach tabeli funkcjonalno – technicznej: 2.4. „Wymagania odnośnie produkcji skanera”, w którym należało jedynie potwierdzić, że oferowane skanery będą fabrycznie nowe z produkcji 2009 r. oraz nie są urządzeniami modelowymi ani prototypowymi, 4.3. „Ogrodzenie strefy działania skanera”, w którym wymagano potwierdzenia możliwości

wykonania ogrodzenia strefy działania skanera, 15. „Termin realizacji zamówienia oraz warunki płatności” z potwierdzeniem, że firma zrealizuje zamówienie w wymaganym terminie i akceptuje warunki płatności określone we wzorze umowy.

Ww. informacje będące wyłącznie potwierdzeniami spełnienia szczegółowych wymogów Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zastrzeżenie dochowania poufności, złożone w ofercie, stanowi jedynie próbę uniemożliwienia innym wykonawcom wglądu do dokumentów ofertowych, nie stanowi natomiast podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania poufności i narusza podstawową zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

b. oferty Smiths w zakresie ogólnego opisu technicznego i funkcjonalnego, który powinien być z założenia potwierdzeniem parametrów wymaganych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

#### Stanowisko Zamawiającego wyrażone w rozstrzygnięciu protestu

##### Oдноśnie oferty Smiths

1. Zarzut, iż wykonawca ten zaoferował dostawę przewoźnych urządzeń rentgenowskich nie znajduje potwierdzenia w ofercie. Co prawda na wskazanych stronach oferty figurują różne określenia rodzaju oferowanych skanerów, jednak związane to jest z brakiem technicznego nazewnictwa pozwalającego na jednolitą klasyfikację urządzeń. Występująca umowność nazewnictwa, nawiązująca językowo do możliwości eksploatacji skanerów w różnych lokalizacjach po ich zdemontowaniu i przetransportowaniu, stanowi wyjaśnienie zamiennego określania tych urządzeń jako przestawne, przewoźne bądź mobilne. Omawiany problem dodatkowo pogłębiają nieścisłości językowe występujące w tłumaczeniach dokumentów dołączonych do ofert zagranicznych. Z analizy oferty: formularza oferty, gdzie zamieszczono kalkulację cen z wydzieleniem kosztów związanych z adaptacją terenu i zapewnieniem infrastruktury towarzyszącej, poprzez *Specyfikację funkcjonalno-techniczną* (w szczególności pkt 1 i 2.2.) oraz Opis techniczny

i funkcjonalny jednoznacznie wynika, iż zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zaoferowane zostały urządzenia o konstrukcji modułowej, pozwalającej na szybki demontaż (do 7 dni) i przetransportowanie do innej lokalizacji. Pojęcie mobilności zostało dodatkowo objaśnione w przywołanej odpowiedzi, w której za nie spełniające wymagań uznano urządzenia zainstalowane na podwoziu samochodowym.

Bezpodstawność zarzutu zawężenia przedziału prędkości przejazdu skanowanych pojazdów (pkt. 3.3. *Specyfikacji funkcjonalno – technicznej*) potwierdzają informacje zawarte w opisie technicznym (str. 71), gdzie wskazano na możliwość wyboru przez operatora trybu skanowania szybki/wolny (przy prędkości do 12 km/h).

Brak określenia częstotliwości przerw technologicznych (pkt 3.4. *Specyfikacji funkcjonalno – technicznej*) wobec łącznego czasu przerw wynoszącego tylko 24 godziny rocznie jest dla Zamawiającego nieistotny.

Odnośnie zarzutów dotyczących programu szkoleń – wykonawca złożył wyjaśnienia w tym zakresie, w których w wyczerpujący sposób potwierdził, że wszystkie rodzaje szkoleń zostaną przeprowadzone zgodnie z wymaganiami zamawiającego (odnośnie ich zakresu, miejsca realizacji oraz czasu trwania). Program ten w części dotyczącej czasu szkolenia operatorskiego oraz zakresu programowego szkolenia operatorsko – serwisowego) rzeczywiście zawiera treści nieadekwatne w stosunku do zasadniczej części oferty, Zamawiający - mając na względzie, jednak w *Specyfikacji funkcjonalno – technicznej*. Smiths deklaruje przeprowadzenie szkoleń dla operatorów skanerów zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co zostało dodatkowo potwierdzone w piśmie wykonawcy z 17 czerwca 2009 r. Natomiast oferta w swym całości kształcie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Występujące rozbieżności w częściach składowych oferty (będące, wg Zamawiającego, wynikiem nieuwagi przy kompletowaniu oferty) nie mają wpływu na rozpoznawalność (czytelność) zawartych w niej deklaracji. Zamawiający nie wymagał przedstawienia harmonogramów dziennych poszczególnych rodzajów szkoleń co, wobec jednoznacznego potwierdzenia w *Specyfikacji funkcjonalno – technicznej* oraz w piśmie z 17 czerwca żadanego wymiaru czasowego szkoleń pozwala

na nieuwzględnienie informacji zawartych na str. 86 oferty. Dodatkową gwarancję właściwej realizacji szkoleń stanowi ich wysoce specjalistyczny charakter, narzucający odgórnie zakres tematyczny wynikający w przypadku szkolenia operatorsko – serwisowego z ramowego programu instruktażu stanowiskowego zawartego w Rozporządzeniu Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie szkolenia w dziedzinie bezpieczeństwa i higieny pracy, instrukcji obsługi użytkownika oraz dokumentacji technicznej.

Zarzut niezgodności długości gwarancji na zabezpieczenie antykorozyjne wobec gwarancji na urządzenie – Zamawiający działając zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprawił w ofercie oczywistą omyłkę pisarską przy wskazaniu długości okresu gwarancji na zabezpieczenie antykorozyjne, która, zgodnie z deklaracją wykonawcy zawartą w formularzu ofertowym wynosi 72 miesiące.

#### W zakresie oferty Rapiscan

Oferta Odwołującego – konsorcjum Bumar została sklasyfikowana na drugim miejscu, zaś oferta Rapiscan na miejscu trzecim, zatem w części związanej z żądaniem wykluczenia i odrzucenia oferty Rapiscan w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy oddalić w związku z brakiem interesu prawnego do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w tej ustawie, ponieważ oferta Odwołującego – konsorcjum Bumar została oceniona wyżej zatem ewentualne odrzucenie oferty Rapiscan bądź wykluczenie tego wykonawcy z postępowania nie ma wpływu na możliwość uzyskania zamówienia przez Odwołującego w prowadzonym postępowaniu.

Zamawiający analizując załączone do ofert certyfikaty ISO uwzględni różne podejścia poszczególnych jednostek certyfikujących w zakresie szczegółowości i precyzji określania zakresu objętego certyfikatem. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia wymagane było załączenie do oferty posiadanego przez Producenta skanera aktualnego certyfikatu ISO 9001:2000 lub innego równoważnego dokumentu, nie, iż na oferowany skaner wymagane jest ISO producenta.

Zamawiający nie widzi podstaw kwestionowania formy, w jakiej zostały przedłożone dokumenty potwierdzające niekaralność dyrektorów Rapiscan. Wykonawca złożył wymagane dokumenty w dopuszczalnej formie – oświadczenia złożonego przed notariuszem. Poza tym niezłożenie wymaganych oświadczeń lub dokumentów skutkuje wezwaniem do ich uzupełnienia, nie zaś wykluczeniem z postępowania.

Zamawiający stwierdził również, iż dokonał wnikliwej analizy złożonych ofert pod kątem skuteczności zastrzeżenia poufności każdego z zawartych w nich dokumentów i niektórych z nich postanowił nie odtajniać.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 1057/09 nie zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 1058/09 zasługuje na uwzględnienie.

#### Odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 1057/09

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego rozbieżności wpisów w ofercie Smiths w punkcie 1.5. oferty („Oświadczamy, że zamierzamy powierzyć podwykonawcom wykonanie następującej części zamówienia (jeśli dotyczy) – nie dotyczy.”) oraz w pkt. 12. załącznika nr 2 *Specyfikacja funkcjonalno – techniczna oferowanych trzech przestawnych urządzeń...* („Wszystkie skanery zostaną uruchomione i testowane przez przedstawiciela producenta, firmę Anglomet System Sp. z o.o. posiadającą zezwolenie Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie oferowanego skanera zgodnie z art. 4 ustawy prawo atomowe(...) Podczas uruchamiania i testowania skanera zapewnimy techniczną koordynację i nadzór oraz dostarczymy materiały i wzorce przeprowadzenia testów skanerów.”) Izba stwierdziła, iż wskazana rozbieżność nie stanowi przesłanki do odrzucenia oferty.

Rzeczywiście, Smiths w punkcie 1.5. nie podał Anglomet System Sp. z o.o. jako podwykonawcy, co zrobił w punkcie 12. *Specyfikacji funkcjonalno – technicznej...*, lecz powyższe uchybienie, zdaniem Izby, należy traktować

wyłącznie jako uchybienie formalne, a nie niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2) lub ustawą Prawo zamówień publicznych (art. 89 ust. 1 pkt 1), nie powoduje ono także nieważności oferty (art. 89 ust. 1 pkt 8). Wykonawca bowiem przedstawił Zamawiającemu wymaganą art. 36 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i przygotowanym przez Zamawiającego wzorem formularza oferty informację, jednak nie w wymaganym punkcie 1.5. formularza ofertowego, lecz w punkcie 12. *Specyfikacji funkcjonalno – technicznej*.

Oświadczenie to można uznać za dotyczące podwykonawcy, niezależnie od tego, czy jest on nazwany „podwykonawcą”, „partnerem”, „przedstawicielem producenta”, czy „podmiotem, którym dysponuje wykonawca”.

Stosując wykładnię oświadczenia woli zgodną z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego: „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje” Izba stwierdziła, iż ze względu na okoliczności (przedmiot zamówienia, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, całość oferty), pomiędzy punktem 1.5. a punktem 12. nie ma rozbieżności, która nie pozwalałaby na ustalenie intencji Smiths. Jasne i jednoznaczne jest bowiem, że, niezależnie od użytego określenia „podwykonawca” lub nie-podwykonawca zamiarem Smiths było powierzenie uruchomienia i testowania skanerów Anglomet System Sp. z o.o.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego – Rapiscan Smiths złożył oświadczenie, że będzie odpowiedzialny za uruchomienie i przetestowanie skanerów – znajduje się ono na stronie 1. w punkcie 1. formularza ofertowego: „oferujemy dostawę (...), ich rozładunek, uruchomienie, przetestowanie, przeszkolenie użytkowników urządzeń, wsparcie doradczo – techniczne...”. Stwierdzenie w punkcie 12. *Specyfikacji funkcjonalno – technicznej...*, iż „podczas uruchamiania i testowania skanera zapewnimy techniczną koordynację i nadzór oraz dostarczymy materiały i wzorce przeprowadzenia testów skanerów” jest zrozumiałe w przypadku realizowania części zamówienia przez podwykonawcę i nie oznacza, iż wykonawca nie jest odpowiedzialny za całość zamówienia.



Nie można również uznać, iż Smiths złożył nieprawidłowe lub nieprawdziwe oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od tego, czy sam posiada uprawnienia wymagane art. 4 ustawy Prawo atomowe. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika bowiem, iż Zamawiający nie wymagał, aby to sam wykonawca posiadał takie uprawnienia. Wynika to z punktu 2. lit. a na str. 2 specyfikacji (warunki udziału w postępowaniu) oraz rozdziału 2. pkt II specyfikacji (wymagane dokumenty warunkujące przystąpienie do postępowania) – brak takiego warunku udziału w postępowaniu, a także z punktu 12. lit. b rozdziału 1. specyfikacji „Przedmiot zamówienia” („Każdy skaner musi być uruchamiany i testowany przez podmiot mający stosowne zezwolenie Państwowej Agencji Atomistyki...”) oraz § 3 ust. 6 załącznika nr 3 do specyfikacji „Wzór umowy” („Uruchomienia skanerów dokona – pozostawiono miejsce na wpisanie podmiotu – posiadająca stosowne zezwolenie Państwowej Agencji Atomistyki...”), z których wyraźnie wynika, iż to nie sam wykonawca, który uzyska zamówienie, musi dokonać uruchomienia skanerów.

W takich przypadkach, tj. gdy zamawiający nie wymaga posiadania danych uprawnień przez wykonawcę, lecz zezwala na realizację przez posiadającego takie uprawnienia podwykonawcę, wykonawcy składają oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, które są prawdziwe i prawidłowe – w przeciwnym razie, przy takiej konstrukcji warunków przez zamawiających, niemożliwe by było wzięcie udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności treści oferty Smiths z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na alternatywne zaoferowanie szkolenia na urządzeniu HI-SCAN oraz informacje dotyczące zapewnienia urządzenia i sali Izba stwierdziła, iż zawarte w *Programie szkolenia operatorskiego* podpunkt *System szkolenia* stwierdzenie, że „Do czasu szkolenia, urządzenie HCVP 3025 musi być w pełni dostępne. Szkolenie musi zostać przeprowadzone na takim samym systemie, na jakim w przyszłości pracować będą uczestnicy kursu (...). Alternatywnie, szkolenie może zostać przeprowadzone przy użyciu standardowego systemu do prześwietlania (HI-Scan) – do wytłumaczenia podstawowych funkcji” itd. nie

oznacza niezgodności treści oferty z wymaganiami Zamawiającego, lecz jest jedynie informacją dotyczącą dodatkowych możliwości realizacji szkolenia. Natomiast wskazanie w punkcie *Sala wykładowa* („powinna posiadać dobre oświetlenie oraz ogrzewanie/klimatyzację oraz zasłony (...), powinna być wyposażona w: siedzenia i stoły dla uczestników. Urządzenie HCPV 3025 musi znajdować się w rozsądnej odległości od sali wykładowej.”) jest zwykłym opisem sali, z którego nie można wnioskować, że to Zamawiający musi tę salę zapewnić. To samo stwierdzenie dotyczy zapisu, iż „do czasu szkolenia, urządzenie HCVP 3025 musi być w pełni dostępne” – zdaniem Izby nie można z niego wywodzić więcej niż to, że urządzenie musi być dostępne przed szkoleniem – z jasnych względów, tj. by można było na nim to szkolenie przeprowadzić.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności treści oferty Smiths z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na niezgodność zaoferowanego czasu szkolenia (22,5 godz.) z wymaganiami (40 godzin) Izba nie rozpatrywała tego zarzutu, stosowanie do dyspozycji zawartej w art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zarzut ten nie był ujęty w proteście Odwołującego – Rapiscan.

W odniesieniu do zarzutu nieprawidłowego oświadczenia dotyczącego długości okresu gwarancji zawartego w ofercie konsorcjum Bumar Izba stwierdziła, iż konsorcjum Bumar rzeczywiście zaoferowało okres gwarancji i świadczenia serwisu pogwarancyjnego i zapewnienia części dłuższy niż wskazany w KRS okres, na który została zawarta umowa spółki Nucotech Warsaw Company Ltd. Sp. z o.o., jednak, zdaniem Izby, nie można z tego oświadczenia wywodzić tak daleko idących wniosków, jak to uczynił Odwołujący – Rapiscan. Niezależnie od argumentów wskazanych przez Zamawiającego i konsorcjum Bumar, przede wszystkim należy zwrócić uwagę na to, iż oświadczenie dotyczy nie tylko samego producenta urządzenia, lecz jego autoryzowanego serwisu (lub oficjalnego przedstawiciela w Polsce), którym najczęściej są podmioty prawnie odrębne od producenta, a więc ich istnienie nie jest bezpośrednio powiązane z jego istnieniem. Poza

tym ze znanej Izbie dotychczasowej praktyki producentów różnych urządzeń wynika, iż w przypadku ich likwidacji najczęściej przekazują/odsprzedają oni innym podmiotom prawa do swoich produktów, patenty, dokumentacje techniczne itd., więc zapewnienie serwisu gwarancyjnego i pogwarancyjnego może nastąpić również w ten sposób. Dodatkowo oferta jest składana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, więc mimo likwidacji jednego z podmiotów, inne są solidarnie odpowiedzialne za wykonanie zamówienia, zgodnie z art. 141 ustawy Prawo zamówień publicznych. To, iż pozostali dwaj wykonawcy nie są wskazani jako producent urządzenia nie ma znaczenia ze względu na to, że wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne nie musi być jednocześnie producentem oferowanego urządzenia.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących załączonego do oferty konsorcjum Bumar certyfikatu ISO Izba stwierdziła, iż zarzuty te nie potwierdziły się.

Zgodnie z rozdziałem 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Sposób przygotowania i złożenia oferty” pkt 5. w zw. z rozdziałem 1. pkt 11.1. ppkt a tabeli wymogiem Zamawiającego było, aby wykonawca dołączył do oferty „kopię posiadanego przez Producenta skanera aktualnego Certyfikatu ISO 9001:2000...” (lub innego równoważnego, ale w niniejszej sprawie nie jest to istotne). Biorąc pod uwagę treść tego wymagania (brak sprecyzowanych wymagań co do treści) wystarczające dla wypełnienia tego wymagania jest dołączenie certyfikatu ISO 9001:2000, który posiada producent, niezależnie od jego konkretnej treści. Niezależnie więc od ewentualnego stwierdzenia przez Zamawiającego, iż treść dołączonego certyfikatu nie jest taka, jak ewentualne zamierzenie, Zamawiający nie miałby podstaw w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia do wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu. Konsorcjum Bumar dołączyło bowiem do oferty certyfikat posiadany przez Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. wskazaną w ofercie jako producent skanera – a taki był wymóg. Nie udowodniono – nie było nawet takiego zarzutu, że Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o.

posiada inne certyfikaty ISO 9001:2000, których nie przedstawiła Zamawiającemu.

Dodatkowo Odwołujący – Rapiscan nie dowiódł, iż to, że wskazana w ISO działalność nie pokrywa się z zakresem działalności wpisanym do KRS oraz postanowienie, że „certyfikat jest ważny w okresie ważności wszelkich wymogów administracyjnych i kwalifikacyjnych przewidzianych zgodnie z prawem Chińskiej Republiki Ludowej” (certyfikat został wystawiony przez China Certification Center, Inc., więc zastrzeżenie to dotyczy raczej tej okoliczności, a nie siedziby spółki certyfikowanej) powoduje jego nieważność. Poza tym zarzuty te zostały niedostatecznie sprecyzowane – Odwołujący powinien przedstawić Izbie konkretne zarzuty z konkretnymi dowodami na ich potwierdzenie, a nie swoje „obudzone wątpliwości”.

W odniesieniu zaś do postanowienia, iż „w przypadku, gdy organizacja regularnie otrzymuje certyfikaty oceny nadzoru, niniejszy certyfikat zachowuje ważność wraz z *Instrukcją o warunkach korzystania z certyfikatów i logo*” Izba przyjęła oświadczenie konsorcjum Bumar, iż, ze względu na wystawienie certyfikatu 26 maja 2009 r. okoliczność ta jeszcze nie zaszła. Poza tym, w przypadku stwierdzenia niekompletności certyfikatu ze względu na niezłączenie powyższej *Instrukcji*, jest to brak, który można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego pozycji 3. wykazu dostaw Izba stwierdziła, iż zgodnie z oświadczeniem odbiorcy urządzenia zawartym na str. 163 i 164 oferty konsorcjum Bumar, dostawcą urządzenia była Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. Izba nie otrzymała dowodów mogących podważyć to oświadczenie. Przy tym należy zwrócić uwagę, iż dla wykazania się doświadczeniem Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. nie musiała być producentem tego urządzenia, lecz mogła być jedynie pośrednikiem. Jednocześnie Odwołujący – Rapiscan nie dowiódł swoich twierdzeń dotyczących kwot wskazanych jako podane w sprawozdaniach finansowych, a argumenty w tym zakresie przedstawione w odwołaniu należy uznać wyłącznie za informacje zasłyszane.

Jednocześnie co do wymogu, aby urządzenie nie było prototypem – aby został on spełniony, urządzenie to mogło być wcześniej produkowane przez innego producenta.

Zatem Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia żadnego z wykonawców ani odrzucenia ich ofert.

#### Odwołanie o sygn. akt KIO/UZP 1058/09

Na wstępie Izba stwierdziła, iż Odwołujący – konsorcjum Bumar posiada interes prawny w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes prawny w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Interes ten dotyczy także zarzutów dotyczących Rapiscan, gdyż, jak wskazał podczas rozprawy sam Rapiscan, w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących oferty Smiths i eliminacji tej oferty z postępowania, zmieniłaby się punktacja pozostałych dwóch ofert tj. Rapiscan i konsorcjum Bumar i oferta Rapiscan z obecnie zajmowanej pozycji 3. mogłaby się przesunąć na miejsce 1., a więc przed konsorcjum Bumar.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego użycia w ofercie Smiths różnych określeń oferowanych skanerów: przenośne, przestawne, przewoźne, mobilne Izba stwierdziła na wstępie, iż zarzut w proteście i odwołaniu dotyczył tego, iż Smiths oferuje urządzenia przewoźne (mobilne), a nie tego, że w ofercie znajdują się wadliwe dokumenty (dla różnych urządzeń, a nie oferowanych), więc jest to rozszerzenie zarzutu, zatem w tym zakresie, zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie będzie on rozpatrywany.

Po zapoznaniu się z ofertą Smiths Izba stwierdziła, iż pomimo używanego nazewnictwa – określeń, które można uznać za synonimy, z opisu (np. pkt 2.1. *Oferty technicznej...*, zdjęć urządzenia (pkt 2.4. i strona tytułowa *Oferty technicznej...*) oraz rysunków (pkt 2.1. i 2.10 *Oferty technicznej...*) wynika, że

oferowane urządzenie nie jest urządzeniem przewoźnym zamontowanym na podwoziu samochodowym. Również nie ma podstaw, by stwierdzić, że jeden symbol (HCVP 3025) jest użyty dla więcej niż jednego rodzaju urządzenia.

Co do zawartego w *Programie szkoleń operatorsko – serwisowych* punktu dotyczącego przeglądu pojazdu Smiths wyjaśnił, iż dotyczy on pojazdu służącego do przewozu skanera, a Odwołujący – konsorcjum Bumar nie przedstawił w tym zakresie kontrargumentacji, zatem Izba przyjęła oświadczenie Smiths.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego błędnego harmonogramu godzin szkolenia w ofercie Smiths (rozpisano w nim 22,5 zamiast 40 godzin) Izba stwierdziła, iż zarzut ten potwierdził się.

Zamawiający w rozdziale 2. punkt I ppkt 7 wymagał złożenia programu szkoleń dla operatorów skanerów, o którym mowa w punkcie 14. tabeli zawartej w rozdziale 1. Zgodnie z tym punktem czas szkolenia miał wynosić co najmniej 40 godzin (5 dni). Program szkoleń sporządzony przez Smiths składa się z trzech części: informacje ogólne, plan zajęć i dziennego harmonogramu zajęć, o czym świadczy m.in. spis treści *Programu*. Tak więc, pomimo iż Zamawiający nie postawił wymogu, aby wykonawcy przedstawili taki harmonogram, należy go uznać za część *Programu*, a więc dokumentu przez Zamawiającego wymaganego. Niewątpliwie jest to także część oferty. Wątpliwości Izby nie budzi także to, iż Smiths zamierzał zaoferować długość trwania szkolenia zgodny z wymaganiami Zamawiającego, tj. 40 godzin, o czym świadczy pkt 14. ppkt 2 tabeli *Specyfikacja funkcjonalno – techniczna*: „Czas trwania szkolenia: 40 godzin (5 dni).”, a w harmonogramie dziennym popełnił błąd przy rozpisywaniu godzin szkolenia na godziny dni. Tym samym w ofercie istnieje rozbieżność oświadczeń w tym zakresie.

Izba nie podziela jednak stanowiska Odwołującego dotyczącego skutków tego błędu. Starając się sklasyfikować ten dokument, tj. *Program* Izba doszła do wniosku, iż dokument ten można zakwalifikować jako opis oferowanej usługi (wchodzącej w zakres dostawy skanerów), o którym mowa w § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz*

*form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. Nr 87, poz. 605, z 2008 r. Nr 188, poz. 1155), a więc dokument, który, w przypadku wystąpienia w nim błędów, można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Niezależnie bowiem od oporu stawianego temu przepisowi w praktyce (art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w połączeniu z dokumentami wskazanymi w § 3 ww. rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów...*) należy przyznać, iż, niezależnie od treści art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ustawodawca w tych przepisach zezwolił na uzupełnianie niektórych dokumentów/elementów składających się na ofertę, bo za takie należy uznać wskazane w § 3 opis, zdjęcia, próbki itp. Przy tym należy zauważyć, że w tym wypadku trudno mówić o zmianie treści oferty, skoro Smiths zaoferował w niej szkolenie 40-godzinne (pkt 14. ppkt 2 tabeli *Specyfikacja funkcjonalno – techniczna*).

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego prędkości skanowania Izba stwierdziła, iż Zamawiający w punkcie 3.3. tabeli zawartej w rozdziale 1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby skanery prześwietlały pojazdy przejeżdżające przez tunel kontrolny z prędkością do 12 km/h – zapewniając niezawodność funkcjonowania urządzenia i wymaganą jakość obrazu.” Powyższe postanowienie można odczytywać tak, jak wskazał w odwołaniu Odwołujący – konsorcjum Bumar (pomijając, z oczywistych względów, wskazany w odwołaniu przejazd z prędkością 0 km/h oraz kwestię, z jaką minimalną prędkością jest w praktyce w stanie poruszać się TIR), jednak de facto Zamawiający wskazał tylko wymagania dotyczące górnej granicy prędkości, nie odnosząc się do dolnej. Z treści tego wymogu wynika także, iż nacisk w nim został położony nie na samą prędkość, przy której pracuje skaner, lecz na zapewnieniu odpowiedniej jakości obrazu aż do prędkości 12 km/h. Poza tym, kierując się zasadą, iż wszystkie nieścisłości specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy jako wymaganie nie postawione, Izba uznała, iż w tych okolicznościach nie można jednoznacznie uznać, iż oferta

w tym punkcie jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego długości gwarancji na zabezpieczenie antykorozyjne Izba stwierdziła, iż w punkcie 1.3. formularza oferty Smiths zaoferował okres gwarancji na skaner 72 miesiące oraz 72 miesiące na zabezpieczenie antykorozyjne liczone od daty podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego (wstawki w nawiasach są komentarzami Zamawiającego zamieszczonymi we wzorze formularza). Natomiast w punkcie 17.1. tabeli *Specyfikacja funkcjonalno – techniczna* wykonawca zawarł oświadczenie, iż „na każdy dostarczony skaner (urządzenie rentgenowskie ze wszystkimi podzespołami oraz infrastrukturą towarzyszącą) udzielimy 72-miesięcznej gwarancji oraz 60-miesięcznej gwarancji na zabezpieczenie antykorozyjne liczone od daty podpisania protokołu zdawczo – odbiorczego skanera.”

Zamawiający pismem z 5 czerwca 2009 r. poprawił informację o gwarancji 60-miesięcznej na 72-miesięczną jako oczywistą omyłkę pisarską.

Analizując powyższą sytuację polegającą na złożeniu dwóch oświadczeń o odmiennej treści, przy czym niezamierzony błąd w oświadczeniu drugim (60 miesięcy) wydaje się Izbie oczywisty, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego polegające na poprawieniu tego błędu jako oczywistej omyłki pisarskiej, było dopuszczalne.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku podania w ofercie Smiths czasu trwania i częstotliwości przerw technologicznych – wykonawca podał, iż „urządzenia są przystosowane do pracy ciągłej. Przerwy technologiczne na przeprowadzenie przeglądu konserwacyjnego do 24 godz. w roku.” Podczas rozprawy wykonawca wyjaśnił, iż urządzenie wymaga tylko jednej przerwy 24-godzinnej na przegląd konserwacyjny. Ponieważ oświadczenie to nie zostało zakwestionowane, Izba postanowiła je uznać stwierdzając, iż w takim razie wskazanie w punkcie 3.4. tabeli *Specyfikacji funkcjonalno – technicznej* zawartej w ofercie należy czytać jako przerwy z częstotliwością raz do roku o maksymalnej długości 24 godziny. Zatem wymaganie Zamawiającego zostało spełnione.



W odniesieniu do zarzutu odnoszącego się do załączonego do oferty Rapiscan certyfikatu ISO Izba podtrzymuje argumentację przedstawioną powyżej.

Z rozdziału 2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Sposób przygotowania i złożenia oferty” pkt 5. w zw. z rozdziałem 1. pkt 11.1. ppkt a tabeli wynika, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawca dołączył do oferty „kopię posiadanego przez Producenta skanera aktualnego Certyfikatu ISO 9001:2000...”. Biorąc pod uwagę brak konkretnych wymagań co do treści tego certyfikatu wystarczające dla wypełnienia tego wymagania jest dołączenie certyfikatu ISO 9001:2000, który posiada producent. Niezależnie więc od ewentualnego stwierdzenia przez Zamawiającego, iż treść dołączonego certyfikatu nie jest taka, jak ewentualne zamierzenie, Zamawiający nie miałby podstaw w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia do wezwania wykonawcy do uzupełnienia tego dokumentu. Rapiscan dołączył bowiem do oferty certyfikat posiadany przez Rapiscan Systems Ltd. wskazany w ofercie jako producent skanera – a taki był wymóg. Nie udowodniono i nie było też takiego zarzutu, że Rapiscan Systems Ltd. posiada inne certyfikaty ISO 9001:2000, których nie przedstawił Zamawiającemu. Biorąc pod uwagę fakt, iż certyfikat dotyczy Rapiscan Systems Ltd. i Rapiscan Systems Ltd. został wskazany jako producent, nie ma podstaw do twierdzenia, że nie jest to certyfikat dotyczący producenta skanerów.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprawidłowej formy złożenia dokumentów Izba przyznaje rację Odwołującemu – konsorcjum Bumar. Zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów...* jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 4 (informacja z Krajowego Rejestru Karnego) składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych. A więc

dokumenty te mają dotyczyć kraju pochodzenia lub zamieszkania osoby, której dotyczą, a nie kraju siedziby wykonawcy.

Zgodnie z wiedzą Izby nie we wszystkich wskazanych krajach nie są wydawane zaświadczenia, a więc powinny być one okazane zamiast oświadczenia przed notariuszem.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieudostępnienia części oferty Rapiscan i żądania ujawnienia następujących dokumentów: ???????????

Izba na wstępie stwierdziła, iż zarzut ten został zgłoszony w terminie. Należy przede wszystkim zwrócić uwagę, iż przedmiotowy protest nie jest protestem na zastrzeżenie tej tajemnicy przez wykonawcę, lecz na zaniechanie czynności, do której Zamawiający był zobowiązany, zatem przede wszystkim należy stwierdzić, od którego momentu można zarzucić Zamawiającemu zaniechanie w zakresie zachowania jawności postępowania poprzez nieujawnienie treści ofert (art. 8 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). W odniesieniu do obowiązku ujawnienia treści ofert, zdaniem Izby, można co do zasady, i w tym przypadku, mówić w momencie przekazania wykonawcom informacji, o których mowa w art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych. Do tego momentu Zamawiający bada oferty i jest to dla niego również czas przeznaczony na podjęcie stosownych czynności w kwestii zachowania tajemnicy przedsiębiorstwa (zapoznanie się z dokumentami, uzyskanie wyjaśnień, podjęcie decyzji co do poprawności zastrzeżenia itd.). W niniejszym postępowaniu Zamawiający takie czynności podejmował. Należy zwrócić uwagę na rozstrzygnięcie protestu datowane na 24 czerwca 2009 r., w którym Zamawiający protest konsorcjum Bumar oddalił jako przedwczesny, gdyż wniesiony na etapie trwających prac związanych z badaniem zasadności zastrzeżenia poufności części składowych poszczególnych ofert. W wyniku badania tych ofert Zamawiający uznał niektóre z tych dokumentów za prawidłowo zastrzeżone, zatem Odwołujący – konsorcjum Bumar ma podstawę do zgłoszenia zarzutu w tym zakresie.

Izba przyznaje rację Odwołującemu – konsorcjum Bumar, stwierdzając, iż, zdaniem Izby, w wymienionych dokumentach brak jest informacji

technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą, co jest podstawowa i niezbędna przesłanką zastrzeżenia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieudostępnienia części oferty Smiths został on przez Odwołującego – konsorcjum Bumar wycofany jako nie poprzedzony protestem, zatem nie był on przez Izbę rozpatrywany.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....