

WYROK
z dnia 16 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Marzena Teresa Ordysińska**
Anna Packo

Protokolant: **Patrycja Kaczmarczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12.03.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Bumar Sp. z o.o., 00-828 Warszawa, Al. Jana Pawła II nr 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** protestu z dnia **31 grudnia 2009 r.**

przy udziale **Rapiscan Systems Ltd, X-ray House Salfords, Wielka Brytania** (adres do korespondencji: SAE OiZ Sp. z o.o./Sp. k., 02-524 Warszawa, ul. Narbutta 83 lok. U1) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero

groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Bumar Sp. z o.o., 00-828 Warszawa, Al. Jana Pawła II nr 11;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Ministerstwo Finansów, 00-916 Warszawa, ul. Świętokrzyska 12** na rzecz **Bumar Sp. z o.o., 00-828 Warszawa, Al. Jana Pawła II nr 11** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu kosztów postępowania odwoławczego;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Bumar Sp. z o.o., 00-828 Warszawa, Al. Jana Pawła II nr 11;**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Ministerstwo Finansów w trybie przetargu nieograniczonego na *„Dostawę i instalację stacjonarnego urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania pojazdów (samochodów ciężarowych, autobusów i samochodów osobowych) oraz kontenerów dla Polskiej Służby Celnej (nr postępowania R/214/09/SC/B/744)”*, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 października 2009 r., S 199-286325, wobec czynności oceny ofert zakończonej wyborem oferty najkorzystniejszej złożonej przez Rapiscan Systems Ltd, w dniu 31 grudnia 2009r. protest do zamawiającego wniósł wykonawca Bumar Sp. z o.o. (odwołujący). Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 11 stycznia 2010 r. oddalając go. Od takiego rozstrzygnięcia odwołujący wniósł w dniu 21 stycznia 2010 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu.

O czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący został powiadomiony w dniu 21 grudnia 2009 r.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty zgłoszone w proteście naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust 2 pkt 2, art. 26 ust 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 90 ust 1, art. 91 ust. 1 ustawy PrZamPubl, do których doszło na skutek wadliwej oceny ofert złożonych przez odwołującego oraz Rapiscan Systems Ltd.

Odwołujący wskazał na błędną ocenę własnej oferty, która w kryterium technicznym 4 (certyfikat ISO dla producenta skanera) oraz kryterium technicznym 5 (certyfikat ISO dla podmiotu świadczącego usługi serwisowe skanera), powinna uzyskać 2 punkty, a nie „0”,

łącznie za każdy z certyfikatów podmiotu Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. (producent skanera oraz świadczący usługi serwisowe). Przyznanie dodatkowych punktów prowadziłoby do uznania oferty odwołującego za najkorzystniejszą. Ponieważ zamawiający nie zwrócił się do odwołującego o złożenie wyjaśnień, odwołujący w proteście oświadczył, iż China Certification Center Inc (w skrócie CCCI) jest podmiotem akredytowanym przez UKAS i jako organ certyfikujący został uznany do prowadzenia działań certyfikacyjnych oraz wydawania certyfikatów. W zgodności z międzynarodowym standardem ISO 9001 (System Zarządzania Jakością) certyfikat wydany przez CCCI ma taki sam skutek jak inne certyfikaty wydane przez inne kraje akredytowane przez UKAS.

Odnośnie oferty Rapiscan Systems Ltd, odwołujący wskazał na rozbieżności w danych adresowych wskazanych w dokumentach, które rodzą wątpliwości co do identyfikacji podmiotu składającego ofertę. W formularzu ofertowym wykonawca wskazał inny adres niż podany w dokumentach rejestrowych, co powinno prowadzić, w ocenie odwołującego, do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz pełnomocnictw. Ponadto, odwołujący zakwestionował dokument załączony do oferty potwierdzający, że wobec wykonawcy nie ogłoszono upadłości, który został wystawiony 22 maja 2009 r., tj. wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert (23 listopada 2009 r.). Wskazane braki w dokumentach winny zdaniem odwołującego prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PrZamPubl. W konsekwencji dalszych nieprawidłowości oferty wybranej, wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PrZamPubl, odwołujący uznał za niemożliwe.

Odwołujący uznał, iż w ofercie wybranej wykonawca podał nieprawdziwe informacje dotyczące oferowanego skanera EAGLE G6003, który nie miał być urządzeniem prototypowym (zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie). Podany najniższy poziom detektorów (150 mm) nie jest zgodny z danymi modelowymi urządzenia, które wskazują, iż urządzenie to skanuje dopiero od wysokości 0,4 m, co ma potwierdzać, że zaoferowane urządzenie jest urządzeniem prototypowym, i jako takie jest niezgodne z wymaganiami zamawiającego i przesądza o niezgodności oferty z siwz. Dodatkowo odwołujący wskazywał, jako nie odpowiadającą wymaganiom zamawiającego funkcjonalność urządzenia, który posiada zdolność rozróżniania materiałów o niskiej liczbie atomowej od materiałów o wysokiej liczbie atomowej (brak informacji w jaki sposób zachowa się skaner w przypadku liczb pośrednich oraz materiałów organicznych i nieorganicznych). Wykonawca nie potwierdził, że urządzenie posiada zdolność identyfikacji materiałów organicznych i nieorganicznych. Dotyczy to również wymagania opisanego w pkt 7.1 (komputerowy system skanera) – rozróżniania obiektów w zależności od stopnia absorpcji promieniowania (organiczne i nieorganiczne). Wykonawca odniósł się jedynie do stopnia absorpcji

promieniowania dla materiałów o niskiej liczbie atomowej (pokazywane w kolorze zielonym) oraz materiałów o wysokiej liczbie atomowej (pokazywanych w kolorze niebieskim). Oświadczenie wykonawcy o dostarczeniu „odpowiedniego ogrodzenia strefy wjazdowej i wjazdowej” nie pozwala ocenić, czy będzie ono odpowiednie dla zamawiającego. Odwołujący ocenił, jako niejednoznaczny zapis o udzieleniu minimum 68 miesięcznej gwarancji, który może sugerować, iż wykonawca udzieli gwarancji dłuższej niż 68 miesięcy, co byłoby niedopuszczalne w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert. Odwołujący wskazał na brak podania dokładnej normy certyfikatu producenta (wykonawca zadeklarował, że producent skanera posiada aktualny certyfikat ISO z rodziny 9000.). W ocenie odwołującego, wskazany w ofercie Rapiscan Systems Ltd okres gwarancji „nie dłużej niż 8 miesięcy” (str. 72 oferty), jako rozbieżny z terminem zadeklarowanym w formularz wynoszącym dokładnie 7 miesięcy (str. 2 oferty), wskazuje na błąd, którego nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. Zamawiający nie ma możliwości na podstawie różnych oświadczeń, dokonania oceny, które z nich jest prawdziwe, co wino prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy. Wskazane powyżej niezgodności oferty Rapiscan Systems Ltd winny prowadzić do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl.

W ocenie odwołującego, cena oferowana przez Rapiscan Systems Ltd, nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zamawiający pomimo wątpliwości dotyczących jej wysokości, zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PrZamPubl. Wysokość zaoferowanej ceny (9 901 340,66 zł. brutto) rażąco odbiega od pozostałych cen (14 612 855,00 zł. brutto – Bumar Sp. z o.o. i 16 836 000,00 zł. brutto Smiths Heimann GmbH). Zdaniem odwołującego, zamawiający winien zweryfikować ustaloną przez siebie wartość zamówienia, pod kątem zachowania należytej staranności (zamawiający podał na otwarciu ofert kwotę 8 000 000,00 zł. brutto). Jednocześnie, z uwagi na niezgodność oferty wskazującą na podstawy do jej odrzucenia, odwołujący wykluczył możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący zakwestionował zgodność złożonych przed notariuszem oświadczeń z treścią art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy PrZamPubl. (który wskazuje podstawę wykluczenia z postępowania wykonawcy – osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego skazano między innymi za przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego). Złożone oświadczenia nie mogą być uznane za zgodne z polskim rozporządzeniem w sprawie dokumentów i poprzez swoją niepełną treść, nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Warunków udziału w postępowaniu nie potwierdzają również, w ocenie odwołującego, dokumenty urzędowe (zaświadczenia) wydane przez Siedzibę Główną

Szeryfa Okręgu Los Angeles w Kalifornii (str. 127-134 oferty), gdyż z treści dokumentów wynika, że dokonana analiza nie objęła badania rejestrów prowadzonych przez Stan Kalifornia lub jakiegokolwiek inne organy, obsługujące lokalne urzędy miejskie w Okręgu Los Angeles. Objęła ona jedynie rejestry aresztowań, zatrzymań i aktywne nakazy aresztowania obejmujące okres od 2004 r., co nie jest tożsame z zakresem określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy PrZamPubl. Jednocześnie, z uwagi na niezgodność oferty wskazującą na podstawy do jej odrzucenia, odwołujący wykluczył możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ustawy PrZamPubl.

Odwołujący uznał za nieuzasadnione utajnienie, jako tajemnicy przedsiębiorstwa części oferty w zakresie dotyczącym opinii bankowej, żądając jego odtajnienia. W ocenie odwołującego informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa musi mieć charakter technologiczny, dotyczący sposobów wytwarzania, formuł chemicznych, wzorów i metod działania, a informacja handlowa obejmuje całokształt doświadczeń i wiadomości przydatnych do prowadzenia przedsiębiorstwa, niezwiązanych bezpośrednio z cyklem produkcyjnym, jak również tajemnicę przedsiębiorstwa w szczególności stanowią dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła o zaopatrzenia i zbytu. Takich informacji nie zawiera opinia bankowa dotycząca zdolności kredytowej wykonawcy.

Odwołujący zakwestionował również pełnomocnictwa złożone w ofercie, wskazując na brak możliwości jednoznacznego potwierdzenia pełnionej przez podpisującego je Pana Marc John Stas, funkcji w spółce (występuje jako Dyrektor Finansowy podpisując pełnomocnictwa, a w innych dokumentach jako Dyrektor). Załączony status nie pozwala na stwierdzenie umocowania do udzielania dalszych pełnomocnictw, jak również na ustalenie upoważnienia do samodzielnej reprezentacji podmiotu. W świetle wymienionych wcześniej zarzutów, odwołujący wskazał na brak możliwości uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, dokonanie odtajnienia zastrzeżonej części oferty w zakresie informacji bankowej, wykluczenia Rapiscan Systems Ltd i dokonanie wyboru oferty odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca – Rapiscan Systems Ltd.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Izba uznała, jako uzasadnione zarzuty dotyczące oceny oferty odwołującego w kryterium technicznym opisanym w siwz, jako Kt4 i Kt5.

Zamawiający oceniając załączony do oferty certyfikat systemu zarządzania jakością ISO 9001:2000 spółki Nutech Warsaw Company Limited Sp. z o.o., producenta i jednocześnie podmiotu świadczącego usługi serwisowe oferowanego urządzenia rentgenowskiego MB1215DE uznał, iż nie spełnia on wymagań postawionych w siwz, ponieważ nie obejmuje swym zakresem oferowanego urządzenia rentgenowskiego. Zamawiający uznał, iż zakres certyfikatu dotyczy urządzeń typu sygnalizatory promieniowania / dozymetry – służące do wykrywania i/lub pomiaru poziomu promieniowania jonizującego bądź radioaktywnego, do których nie można klasyfikować skanerów rentgenowskich, których działanie oparte jest na wykorzystaniu promieniowania jonizującego. Na tej podstawie zamawiający nie przyznał punktów, jakie przewidział w opisie kryteriów oceny ofert.

W ocenie składu orzekającego, przedstawiona przez zamawiającego interpretacja treści certyfikatu była zawężająca w stosunku do literalnego brzmienia zakresu wydanego certyfikatu, a przez to nie mogła odnieść skutku w postaci jego pominięcia przy ocenie oferty odwołującego. Zakres certyfikatu, zgodnie z jego tłumaczeniem przysięgłym załączonym do oferty na stronie 67 wskazuje na: „projektowanie, opracowanie, wytwarzanie, instalację, usuwanie usterek i obsługę posprzedażną wyrobów do kontroli radiacyjnej i projektów inżynierskich systemu bezpieczeństwa i ochrony”. Zamawiający nie kwestionował, iż certyfikat ten dotyczy producenta oraz podmiotu świadczącego usługi serwisowe, jak wymagał tego zamawiający w siwz (pkt 17.3 tabeli, rozdział I opis przedmiotu zamówienia). Różnica stanowisk stron w ocenie zakresu certyfikatu sprowadzała się do możliwości uznania, czy wskazanie na wyroby do kontroli radiacyjnej obejmuje urządzenie rentgenowskie. Nie było spornym, iż będące przedmiotem zamówienia urządzenie rentgenowskie, działa wykorzystując źródło promieniowania i jest rodzajem urządzenia przeznaczonym dla przeprowadzania kontroli pojazdów oraz kontenerów. Nie jest ono urządzeniem do przeprowadzenia pomiaru poziomu promieniowania. Izba uznała, iż zwrot użyty w treści certyfikatu „wyroby do kontroli radiacyjnej” wskazuje na urządzenia do kontroli wykorzystujące promieniowanie. Izba wzięła pod uwagę okoliczność, iż stanowi ono tłumaczenie zwrotu anglojęzycznego „Radiation Inspection Products”. W tłumaczeniu przysięgłym, tłumacz zobowiązany jest do zachowania wierności wobec tekstu źródłowego, na co wskazują zasady etyki zawodowej opracowane w Kodeksie Tłumacza Przysięgłego, wprowadzonego uchwałą Rady Naczelnej PT TEPIS z 31.03.2005 r., opracowaną z udziałem przedstawicieli Ministerstwa Sprawiedliwości. Oznacza to, iż nie jest zadaniem tłumacza dokonywanie własnych interpretacji tłumaczonego tekstu poprzez wyjaśnianie jego znaczenia, a jedynie zachowanie wierności przekładu. Zatem, samo tłumaczenie podlegało

dalszemu wyjaśnieniu, co nie stanowi podstawy do przyjęcia, iż samo tłumaczenie było nieprawidłowe. Izba przyjęła wyjaśnienia odwołującego przedstawione w ekspertyzie technicznej tłumaczenia, za wiarygodne dla przyjęcia istnienia kategorii urządzeń określanych, jako „urządzenia napromieniowujące”, które wykorzystują do swojego działania promieniowanie. W tych okolicznościach, interpretacja zakresu certyfikatu dokonana przez zamawiającego, była nieprawidłowa. Samo określenie kontrola radiacyjna, mogło być potraktowane, jako kontrola promieniowania, na co wskazuje definicja pojęcia „radiacja”, która w fizyce oznacza promieniowanie. Jednak w ocenie Izby, w odniesieniu do wyrobu, oznacza wskazanie na urządzenie do kontroli za pomocą radiacji (napromieniowywania). Na taki sposób rozumienia zwrotu wskazanego w certyfikacie wskazuje również oświadczenie organu certyfikującego CCCI, załączone do odwołania. Ponieważ tłumaczenie przysięgłe nie zostało złożone na rozprawie w oryginale, nie mogło stanowić one dowodu na okoliczność prawidłowej interpretacji zakresu wystawionego certyfikatu. Izba przyjęła je jako stanowisko odwołującego (argumentację), które w świetle wcześniej wskazanych okoliczności zasługiwało na uznanie.

Na tej podstawie Izba uznała, iż zachodzi konieczność unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonania ponownej oceny oferty odwołującego w kryterium technicznym nr 4 i 5, która winna prowadzić do przyznania dodatkowych punktów za złożony do oferty certyfikat. Zwiększenie ilości punktów uzyskanych przez odwołującego (81,86 pkt.) o kolejne 2 (za certyfikat producenta skanera oraz podmiotu odpowiedzialnego za świadczenie usług serwisowych) spowoduje, iż oferta ta uzyska największą ilość punktów uzyskanych łącznie w kryteriach oceny ofert (83,86). Ponieważ oferta wybrana przez zamawiającego uzyskała łącznie 83,33 pkt., uwzględnienie odwołania było konieczne, gdyż prowadzić będzie do zmiany wyniku postępowania.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty Rapiscan Systems Ltd., Izba uznała, iż w części zasługują one na uwzględnienie.

Izba nie uwzględniła zarzutu niezgodności oferty Rapiscan z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które winny prowadzić do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PrZamPubl.

Odwołujący nie przedstawił dowodu mogącego potwierdzić jego stanowisko o zaoferowaniu urządzenia prototypowego. Samo dostosowanie skanera Eagle G6003 do wymagań zamawiającego nie oznacza, iż staje się ono urządzeniem prototypowym. Zmiana, na jaką wskazał wykonawca w przystąpieniu do postępowania odwoławczego polegać ma na dostosowaniu poziomu skanowania (obniżenie detektorów do wymaganej wysokości 150 mm) oraz zastosowania źródła promieniowania o dwóch poziomach energetycznych. Zastosowanie systemu podwójnej energii nie wymaga dokonania zmian konstrukcyjnych,

gdyż w tym celu stosowany jest taki sam akcelerator 6 MeV, co przy systemie pojedynczej energii, czemu odwołujący nie zaprzeczył. Okoliczność konieczności dostosowania oferowanych urządzeń do skonkretyzowanych wymagań, była przez zamawiającego przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – pkt 2.2. tabeli, rozdział I siwz. Prawdziwości oświadczenia wykonawcy o dostarczeniu urządzenia spełniającego wymagania zamawiającego, nie będącego urządzeniem prototypowym, nie mogą podważać wskazywane przez odwołującego dane dostępne na stronie internetowej producenta, dotyczące urządzeń EAGLE G6000. Sam przystępujący potwierdził, iż urządzenie będzie wymagało dostosowania do wymagań wyspecyfikowanych przez zamawiającego, a zatem przy braku dowodów mogących wskazywać, na konieczność wprowadzenia takich zmian w urządzeniu, aby można było mówić o nowym urządzeniu, twierdzenie odwołującego o zaoferowaniu urządzenia prototypowego, jak również podaniu informacji nieprawdziwych należało uznać za bezzasadne.

Izba oddaliła jako bezzasadny zarzut dotyczący braku potwierdzenia w ofercie Rapiscan identyfikacji materiałów organicznych i nieorganicznych. Twierdzenie o niezgodności oferty z wymaganiami zamawiającego odwołujący opierał o treść zawartą w załączniku nr b do siwz uzupełnionym przez wykonawcę. W pkt 2.2 tabeli wykonawca wskazał, iż „Poprzez zastosowanie pulsującego źródła rentgenowskiego – liniowego akceleratora 6/3 MeV – system zobrazowania skanera ma zdolność rozróżniania materiałów o niskiej liczbie atomowej od materiałów o wysokiej liczbie atomowej”. Rozróżnienie rodzaju prześwietlanego materiału uzależnione jest od stopnia absorpcji promieniowania, zależnej od liczby atomowej. Zatem, to nie stopień absorpcji promieniowania decyduje o zakwalifikowaniu materiału jako organicznego lub nieorganicznego, lecz jego liczba atomowa. Oznacza to, iż wykonawca potwierdził, poprzez wskazanie na identyfikację materiału w zależności od liczby atomowej, na zdolność rozróżniania materiałów organicznych i nieorganicznych.

Odnośnie sposobu potwierdzenia w ofercie Rapiscan dostawy ogrodzenia strefy wjazdowej i wyjazdowej zgodnej z wymaganiami zamawiającego, Odwołujący nie przedstawił dowodu na okoliczność, iż złożone przez wykonawcę oświadczenie (str. 59 oferty pkt 4.2) jest nieprawdziwe. Oczekiwanie przeniesienia całości opisu zawartego w załączniku do opracowanej przez zamawiającego tabeli, nie zmieniałoby treści oświadczenia wykonawcy. Rozważanie, czy dostarczone ogrodzenie będzie odpowiednie dla wykonawcy czy zamawiającego, jest czysto teoretycznym dywagowaniem nad treścią oświadczenia, które w ocenie Izby nie wywołuje żadnych wątpliwości. Wykonawca potwierdził, iż dostarczy odpowiednie (czyli zgodne z wymaganiami zamawiającego) ogrodzenie. Podobnie Izba oceniła zarzut dotyczący sposobu wskazania minimalnego okresu gwarancji. Wykonawca zaproponował zamawiającemu minimum 68-miesięczną gwarancję liczoną od dnia

podpisania protokołu zdawczo-odbiorczego (pkt 15, str. 72 oferty). Skoro zamawiający wymagał minimum 60-miesięcznego okresu gwarancji, to wykonawca zaproponował okres spełniający w większym zakresie oczekiwania zamawiającego. Rozważania odwołującego o możliwości udzielenie dłuższej gwarancji aniżeli 68 miesięcy, Izba pozostawiła bez rozpoznania, uznając je za faktycznie nieistotne dla oceny zgodności oferty z wymaganiami zamawiającego.

Za głosowne Izba uznała również zarzuty odwołującego dotyczące deklaracji posiadania aktualnego certyfikatu ISO z rodziny 9000 dla producenta skanera (pkt 17.3 str. 74 oferty). Poza wskazaną deklaracją wykonawca załączył do oferty certyfikat ISO 9001:2008 (str. 45-48 oferty), co pozwala jednoznacznie ustalić normę certyfikatu, wymaganą przez zamawiającego.

W związku z wyjaśnieniami Rapiscan dotyczącymi deklarowanego terminu realizacji zamówienia udzielonymi w trybie art. 87 ustawy PrZamPubl, Izba uznała je za wystarczające i nie wymagające dalszych rozważań. Skoro wykonawca potwierdził termin wskazany w formularzu ofertowym i wynoszącym 7 miesięcy, to zarzuty odwołującego należało ocenić jako nieuzasadnione.

Izba oddaliła również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Rapiscan na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PrZamPubl, jako zawierającej rażąco niską cenę oraz zaniechania zastosowania procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – art. 90 PrZamPubl.

W postępowaniu złożonych zostały trzy oferty, z których najtańszą jest oferta Rapiscan Systems Ltd, która po dodaniu kwoty podatku VAT obejmuje cenę 9.901.340,66 zł. Następne w kolejności oferty zawierają ceny brutto w wysokościach: 14.612.855,00 PLN (oferta odwołującego) i 16.836.000,00 PLN (Smiths Heimann GmbH). Zamawiający oszacował wartość przedmiotowego zamówienia na kwotę brutto: 8.000.000,00 PLN.

Odwołujący zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Rapiscan opierał na porównaniu wysokości złożonych ofert, a także wysokości wartości szacowanej przez zamawiającego.

Samo porównanie wysokości cen oferowanych za wykonanie przedmiotowego zamówienia, zdaniem Izby nie uzasadnia stwierdzenia, iż cena Rapiscan jest rażąco niska, tj. niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu z cenami rynkowymi podobnych zamówień, odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji poniżej kosztów wytworzenia. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów dla poparcia postawionego zarzutu, opierając swoją argumentację w całości na rozważaniach dotyczących powinności dokonania przez zamawiającego weryfikacji prawidłowości szacowanej przez zamawiającego kwoty, jaką zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Okoliczność, iż wszystkie złożone oferty przekraczały kwotę, jaką zamawiający przewidział na realizację przedmiotu

zamówienia, może wskazywać na niedoszacowanie zamówienia przez zamawiającego, co znajduje potwierdzenie w notatce służbowej z dnia 9 grudnia 2009 r. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny, którejs z ofert. Mając na uwadze przedmiot zamówienia, który jest urządzeniem wysoce specjalistycznym, ceny oferowanych urządzeń mogą znacznie od siebie odbiegać, co wynika z użytych technologii i rozwiązań technicznych. Każde z oferowanych urządzeń produkowane jest przez różnych producentów z różnych części świata. Również sam zamawiający, przygotowując postępowanie miał kłopoty z pozyskaniem informacji o obecnych cenach urządzeń i założył ich spadek kierując się tendencją obniżania cen. Założenia te okazały się być błędnymi, co pokazały wysokości cen ofert złożonych w postępowaniu. W tych okolicznościach Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, iż oferta Rapiscan zawiera rażąco niską cenę. Ciężar dowodu spoczywał na wykonawcy wnoszącym odwołanie i w ocenie Izby, odwołujący nie wykazał, żadnym środkiem dowodowym okoliczności mogących potwierdzić zasadność stawianego zarzutu. Co do zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, Izba stwierdziła, iż zamawiający nie naruszył art. 90 PrZamPubl. Ocena, czy zachodzi podstawa do wystąpienia o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jest subiektywną oceną zamawiającego. Ustawodawca nie wskazał żadnych konkretnych wytycznych, pozostawiając zamawiającemu podjęcie decyzji czy w danych okolicznościach faktycznych uzasadnione jest podejrzenie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Skoro zaoferowane ceny były wyższe od kwoty zakładanej przez zamawiającego, zamawiający mógł nie powziąć podejrzenia, które winno prowadzić do wszczęcia postępowania wyjaśniającego. Procedura określona art. 90 PrZamPubl ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy, na co wskazał w wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu (X Ga 140/08). Zatem, brak wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie może stanowić dowodu dla potwierdzenia zarzutu rażąco niskiej ceny. Brak udowodnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl, jako dalej idącego od zarzutu naruszenia art. 90 ustawy, skutkowało oddaleniem odwołania w tym zakresie.

Izba uznała, iż zarzut dotyczący wymaganej aktualności dokumentu wystawionego dla wykonawcy mającego siedzibę poza terytorium RP, mającego potwierdzać, iż wobec wykonawcy nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości, zasługuje na uwzględnienie. Składany dokument powinien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, który upłynął w dniu 23 listopada 2009 r. Dokument załączony na stronie 142 oferty wydany przez Służbę Sądowniczą Jej Królewskiej Mości w dniu 22 maja 2009 r., potwierdza sytuację podmiotu ustaloną na dzień 22 maja 2009 r. Data wydania dokumentu jest wcześniejsza niż określona treścią rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów (...), a zatem zamawiający winien wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PrZamPubl. Dokumentu tego nie może zastąpić oświadczenie wykonawcy złożone przed notariuszem, które zastrzeżone zostało wyłącznie dla potwierdzenia sytuacji wykonawcy, w którego kraju pochodzenia, siedziby lub zamieszkania nie wydaje się dokumentów o których mowa w par. 2 rozporządzenia.

Izba uznała oświadczenia znajdujące się na stronach od 115-124 oferty, złożone przed notariuszem, za prawidłowe. Pominięcie w treści oświadczenia słowa „związku” nie zmienia zakresu oświadczeń, które obejmują zakres czynów opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy PrZamPubl. Fakt potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu znajduje potwierdzenie również w oświadczeniu wykonawcy znajdującym się na stronie 97 oferty. W tych okolicznościach podniesioną niezgodność należało uznać, za niezgodność co do formy, a nie treści. Sposób redakcji oświadczenia, czy to przez wyszczególnienie wszystkich okoliczności opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, czy też złożenie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania, nie ma wpływu dla potwierdzenia, że wykonawca wymagane oświadczenie złożył. Ponieważ wskazane oświadczenia zastępują dokumenty potwierdzające okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy PrZamPubl., które nie są wydawane przez organy kraju pochodzenia lub zamieszkania osoby, której dotyczą, stąd braki wskazane przez odwołującego w dokumentach znajdujących się na str. 127-134 oferty pozostają bez znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przypadku obywateli Stanów Zjednoczonych nie są wystawiane ogólnokrajowe ani stanowe zaświadczenia potwierdzające, że członek organu zarządzającego firmy nie został skazany za przestępstwo popełnione w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej, jak również zaświadczeń takich nie wystawia się dla samych obywateli amerykańskich. Potwierdza to złożone na rozprawie tłumaczenie przysięgłe pisma Attache Prawnego Ambasady USA. Tym samym, dokumenty załączone dodatkowo do oferty nie miały znaczenia i nie podlegały ocenie, ani uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PrZamPubl.

Izba uznała za wystarczające wyjaśnienia Rapiscan dotyczące danych adresowych spółki, wskazane w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego (pkt II). Na tej podstawie, wątpliwości odwołującego co do identyfikacji podmiotu składającego ofertę należało uznać za bezzasadne. Dokumenty złożone w ofercie dotyczą podmiotu ubiegającego się o przedmiotowe zamówienie i nie zachodzi podstawa do ich uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PrZamPubl. Wątpliwości składu orzekającego nie budziło umocowanie osoby udzielającej pełnomocnictwa do reprezentowania spółki (str. 162 oferty). Odwołujący nie wskazał na postanowienia statutu spółki (jego tłumaczenie na str. 153-160 oferty), z których wynikać miałyby ograniczenie Dyrektora do działania w imieniu spółki. Nie

było zatem podstaw do kwestionowania zakresu umocowania Dyrektora udzielającego pełnomocnictwa do reprezentowania spółki w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Ministerstwo Finansów.

Izba uwzględniła ostatni z podnoszonych względem oferty Rapiscan zarzut nieuprawnionego utajnienia opinii bankowej, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Opinia potwierdza wysokość zdolności kredytowej spółki, a zastrzeżenie banku informacji, jako ściśle tajnych nie uzasadnia uznania ich za tajemnicę przedsiębiorcy. Oczywistym jest, iż żaden inny podmiot nie może uzyskać informacji, objętych tajemnicą bankową. W związku z brakiem podstaw do uznania opinii bankowej za tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający powinien odtajnić pierwszą stronę oryginału oraz jego tłumaczenia, która pozwala na ustalenie przez pozostałych wykonawców, czy Rapiscan znajduje się w sytuacji ekonomicznej wymaganej przez zamawiającego.

W związku z uwzględnieniem części zarzutów, Izba nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownego badania i oceny ofert. Izba nakazuje zamawiającemu odtajnienie opinii banku dotyczącej spółki Rapiscan Systems Limited.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....