

Sygn. akt KIO 1356/10

Sygn. akt KIO 1366/10

Sygn. akt KIO 1374/10

WYROK

z dnia 15 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo

protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2010 r. w Warszawie odwołań wniesionych przez

1. MEDIX Sp. z o. o. Sp. k. ul. Kokoryczki 18, 04-191 Warszawa (sygn. akt KIO 1356/10),

2. TIMKO Sp. z o.o. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa (sygn. akt KIO 1366/10),

3. OK Medical Systems Sp. z o.o. spółka komandytowo – akcyjna ul. Piątkowska 161, 60-650 Poznań (sygn. akt KIO 1374/10)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2

Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie

al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołania o sygn. akt KIO 1356/10 i sygn. akt KIO 1366/10 i nakazuje Zamawiającemu: unieważnić czynność unieważnienia postępowania dla obu zadań, unieważnić czynności odrzucenia oferty MEDIX Sp. z o. o. Sp. k. dla zadania I oraz oferty TIMKO Sp. z o.o. dla zadania II, powtórzyć czynność badania i oceny ofert,**

2. oddała odwołanie o sygn. akt KIO 1374/10,

3. kosztami postępowania obciąża: w odwołaniu o sygn. akt KIO 1356/10 i KIO 1366/10 Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2 Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin, w odwołaniu o sygn. akt KIO 1374/10 OK Medical Systems Sp. z o.o. spółka komandytowo – akcyjna ul. Piątkowska 161, 60-650 Poznań i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **MEDIX Sp. z o. o. Sp. k. ul. Kokoryczki 18, 04-191 Warszawa,**
- 2) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **TIMKO Sp. z o.o. ul. Syrokomli 30, 03-335 Warszawa,**
- 3) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **OK Medical Systems Sp. z o.o. spółka komandytowo – akcyjna ul. Piątkowska 161, 60-650 Poznań,**
- 4) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2 Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin** na rzecz **MEDIX Sp. z o. o. Sp. k. ul. Kokoryczki 18, 04-191 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 5) dokonać wpłaty kwoty **18 599 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny Nr 2 Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin** na rzecz **TIMKO Sp. z o.o. ul. Syrokomli 30,**

03-335 Warszawa stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika,

- 6) dokonać wpłaty kwoty **1 200 zł 00 gr** (słownie: tysiąc dwieście złotych zero groszy) przez **OK Medical Systems Sp. z o.o. spółka komandytowo - akcyjna ul. Piątkowska 161, 60-650 Poznań** na rzecz **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego Nr 2 Pomorskiej Akademii Medycznej w Szczecinie al. Powstańców Wielkopolskich 72, 70-111 Szczecin** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE DO WYROKU

sygn. akt KIO 1356/10, KIO 1366/10 i KIO 1374/10

z 15 lipca 2010 r.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę aparatu mammograficznego, cyfrowego oraz stołu do biopsji stereotaktycznej w pozycji leżącej na brzuchu wraz z montażem, instalacją i uruchomieniem sprzętu” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 24 kwietnia 2010 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2010/S 80-119508.

Do postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) i ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778). Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych – zadanie I dotyczyło dostawy aparatu mammograficznego, cyfrowego wraz z montażem, instalacją i uruchomieniem aparatu, a zadanie II dostawy stołu do biopsji stereotaktycznej w pozycji leżącej na brzuchu wraz z montażem, instalacją i uruchomieniem stołu.

sygn. akt KIO 1356/10

21 czerwca 2010 r. Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty dla obu zadań na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, na którą to czynność 30 czerwca 2010 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie zadania I, w którym zarzucił Zamawiającemu dokonanie sprzecznych z prawem czynności

polegających na: odrzuceniu jego oferty z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 lub 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, alternatywnie do wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz unieważnieniu postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych pomimo tego, że oferta Odwołującego jest ważna, zgodna z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a poprzez to niepodlegająca odrzuceniu. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, po ewentualnym wcześniejszym wezwaniu do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów, a także o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że podstawą odrzucenia jego oferty dla zadania I była niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganych przez Zamawiającego: materiału anody – wolfram (pkt II.9 załącznika nr 5 do formularza oferty), pamięci operacyjnej min. 3 GB RAM (pkt VI.47 załącznika nr 5 do formularza oferty), interfejsu sieciowego min. 1 GB/sek. (pkt VII.70 załącznika nr 5 do formularza oferty), a zaoferowanych odpowiednio: zespołu lampy z anodą ze stopu wolframu i renu, pamięci operacyjnej min. 2 GB, interfejsu sieciowego 100 T czyli 100 KB/sek.

Zamawiający zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia opis swych wymagań w następujący sposób: „materiał anody – wolfram”, co wynika z wymagań funkcjonalnych, gdyż zastosowanie anody wolframowej z odpowiednim rodzajem filtrów pozwala na znaczną redukcję dawki promieniowania w stosunku do aparatów z anodą wykonaną z innego materiału. Anody lamp rentgenowskich w nowoczesnych, cyfrowych aparatach mammograficznych wykonuje się z wolframu, molibdenu i rodu, ale żaden z producentów nie stosuje do wykonywania anody lampy RTG

„czystego” metalu tj. metalu o zawartości 100 % określonego pierwiastka np. wolframu, technologicznie nie ma takiej możliwości. Wolfram stosowany w produkcji elementów lamp RTG zawsze posiada domieszki, co nie zmienia faktu, iż pozostaje on wolframem. Z analogią w nazewnictwie mamy do czynienia również w innych sytuacjach np. w przypadku złota. Sam proces uszlachetniania wolframu poprzez np. domieszkowanie poprawia właściwości mechaniczne tego metalu nie zmieniając jego emisyjności, która jest parametrem mającym bezpośredni wpływ na obniżenie dawki promieniowania. W punkcie 16. załącznika nr 5 do formularza oferty Zamawiający zawarł zapis obligujący wykonawców do zaoferowania filtrów „odpowiednich do materiału anody”, Odwołujący zaoferował filtry wykonane ze srebra i rodu, które są funkcjonalnie optymalne do konstrukcji filtrów, współpracujących z anodą wykonaną z wolframu. Odwołujący nie zna klinicznego przypadku stosowania filtra wykonanego ze srebra współpracującego z anodą wykonaną z materiału innego niż wolfram.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie wskazał na żadne dodatkowe ograniczenia dotyczące składu anody lampy RTG. W swojej ofercie Odwołujący jednoznacznie potwierdził, iż materiałem anody jest wolfram, zatem brak jest podstaw do odrzucenia oferty. Dodatkowo w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu dotyczącym dostawy aparatu RTG mammograficznego, cyfrowego wymogi co do rodzaju materiału, z jakiego ma być wykonana anoda lampy, były takie same. Odwołujący złożył ofertę oferując to samo urządzenie i wówczas Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do prawidłowości złożonej oferty w zakresie tego parametru.

Poza tym Zamawiający zaniechał wyjaśnienia ewentualnych wątpliwości dotyczących tego punktu, mimo że Odwołujący na stronie 1. swej oferty złożył oświadczenie woli: „zaoferowany przez nas przedmiot zamówienia jest zgodny z opisem zamieszczonym w załączniku nr 5 do formularza oferty i spełnia postawione w nim wymagania graniczne”, a także na stronie 81. oferty znajduje się kolejne oświadczenie dotyczące spełniania przez oferowany przedmiot zamówienia wymagań Zamawiającego: „Niniejszym

oświadczam, iż oferowany sprzęt posiada parametry techniczne określone powyżej”.

Bezzasadne są również zarzuty Zamawiającego dotyczące punktów 47. i 70. załącznika nr 5 do formularza oferty. Na stronach 57-69 oferty Odwołujący zamieścił oryginalne dane techniczne oferowanego aparatu mammograficznego, które zawierają opis podstawowej (minimalnej) konfiguracji, w której aparat GIOTTO IMAGE 3 DL jest oferowany na polskim rynku, na stronach 60. i 61. umieszczono informacje wskazujące na podstawowe (minimalne) parametry stacji akwizycyjnej oraz stacji przeglądowej. Pojemność pamięci RAM stacji akwizycyjnej określona jest w danych producenta jako „min. 2 GB”, zaś szybkość transferu dla stacji przeglądowej określona jest jako „min. 100 T”. Treść tych danych producenta nie przeczy wymogom Zamawiającego postawionym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a oczywiste jest, że podane w danych technicznych producenta minimalne wartości parametrów nie mogą być traktowane jako tożsame z parametrami zaoferowanymi Zamawiającemu. Odwołujący z pełną świadomością podpisał oświadczenia woli wskazujące na zgodność parametrów oferowanych z wymaganymi, gdyż, skoro Zamawiający wymagał wartości parametrów w zakresie pojemności i szybkości transferu odpowiednio min. 3 GB oraz min 1 GB/s, oczywiste jest, że takie wartości parametrów zostały mu zaoferowane. Jednocześnie Zamawiający wymagał złożenia formularza zawierającego opis przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 5 do formularza oferty bez wskazywania na możliwość dokonywania w tym formularzu zmian polegających np. na dopisaniu kolumny zawierającej oferowane parametry. Odwołujący złożył więc ofertę w pełni zgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a składając wymagane przez Zamawiającego oświadczenia woli potwierdził, iż dostarczony przedmiot zamówienia będzie w pełni zgodny z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tak więc również w zakresie tych parametrów podnieść należy zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień, alternatywnie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego podnosząc jednocześnie, iż jednoznacznie określił materiał anody jako wolfram i ze względu na podanie w ofercie materiału anody lampy RTG „wolfram z renem” (co zostało też potwierdzone w odwołaniu), nie miał wątpliwości co do składu wolframu i nie potrzebował wyjaśnień, a tym samym miał podstawy uznać niezgodność oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tym samym załączone do odwołania oświadczenie producenta o wykonaniu jako materiału wolframu jest mało wiarygodne. Odwołujący nie dowiódł, że żaden z producentów nie stosuje czystego wolframu do produkcji swoich lamp. Zamawiający przyznał, że w zakresie parametrów podanych w punkcie VI.47 i VII.70 zachodziły podstawy do wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków wymienionych w tych punktach (jak wyjaśnił Zamawiający, nie jest to uznanie zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty w tym zakresie), jednak uchybienie to nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż oferta i tak podlegałaby odrzuceniu ze względu na materiał anody lampy RTG.

sygn. akt KIO 1366/10

21 czerwca 2010 r. Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty dla obu zadań na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, na którą to czynność 1 lipca 2010 r. złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie zadania II, w którym zarzucił Zamawiającemu dokonanie niezgodnych z przepisami czynności i zaniechania czynności: odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co narusza ten przepis, gdyż oferta jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonania oceny parametrów technicznych oferowanego przez Odwołującego sprzętu medycznego przy zastosowaniu niewłaściwego wzoru, co narusza art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający jest bowiem zobowiązany wybrać ofertę na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, art. 26 ust. 4

i art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie uzyskania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty – art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stwarza co prawda prawo a nie obowiązek, aby zażądać wyjaśnień, jednakże w razie braku dokładnego zrozumienia treści oferty przez Zamawiającego, powinien on zażądać wyjaśnień przed ostatecznym podjęciem decyzji w sprawie oceny i odrzucenia oferty. Wskutek naruszenia powyższych przepisów doszło do niewłaściwego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych tj. unieważniono postępowanie w zakresie zadania II, mimo iż oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia decyzji polegającej na unieważnieniu postępowania przetargowego w zakresie zadania nr II, unieważnienie decyzji polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, dokonania powtórnej oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem prawidłowej oceny przedmiotu zamówienia i jego parametrów technicznych oraz wyboru oferty Odwołującego w zakresie zadania nr II.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu, a oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania postawione przez Zamawiającego, w szczególności posiada odpowiednio duże pole obrazowania.

W załączniku nr 5 do formularza ofertowego Zamawiający wymagał potwierdzenia przez wykonawców, że oferowane urządzenie spełnia parametry graniczne, m.in. wymiary pola obrazowania (pkt 24) wynosiły min. 50 x 50 mm, rozmiar piksela mniejszy niż 50 mikronów (pkt 22).

W trzeciej kolumnie tabeli technicznej załącznika nr 5 do formularza ofertowego Odwołujący potwierdził spełnianie powyższych parametrów przez oferowane urządzenie poprzez umieszczenie tam słowa „TAK” i załączył szczegółowy opis techniczny oferowanego przez siebie stołu, w którym podał wartości określające wielkości poszczególnych parametrów, w sekcji

„Detektor cyfrowy” określił, że wymiary pola obrazowania wynoszą 55 x 55 mm, a rozmiar piksela 23 mikrometry (przy tym popełnił omyłkę pisarską, ponieważ wielkość piksela wynosi 24 mikrometry, co w żaden sposób nie ma wpływa na ocenę spełniania warunku granicznego, gdyż Zamawiający wymagał, by wielkość piksela była mniejsza niż 50 mikrometrów). W związku z tym Zamawiający nie miał żadnych podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, a tymczasem z góry uznał, iż urządzenie nie spełnia wymagań, nie zwracając się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nawet w przypadku, gdy Zamawiający oczekiwał określenia wartości efektywnego rozmiaru piksela, a nie rzeczywistej wielkości piksela na przetworniku CCD, powinien poprosić wykonawców o dodatkowe wyjaśnienie, nie dochował więc należytej staranności w zakresie ustalenia rzeczywistego stanu rzeczy, nie żądając wyjaśnień mimo potwierdzenia przez Odwołującego spełnienia postawionych wymogów założył z góry, że oferowany przez Odwołującego ww. przedmiot zamówienia tych wymagań nie spełnia.

Błędna ocena oferty Odwołującego dokonana przez Zamawiającego polega na tym, że Zamawiający zastosował do analizy rozmiaru pola niewłaściwy wzór, gdyż w systemach do biopsji stereotaktycznej stosuje się częściej układy detektora typu wzmacniacz obrazu z kamerą/przetwornikiem CCD, gdzie stosuje się układy optyczne dokonujące powiększenia lub pomniejszenia obrazu i wówczas wzór ten nie ma tutaj zastosowania. Zamawiający nie uwzględnił tego faktu, mimo że wyraźnie wskazywał na przetworniki typu CCD, a ze względu na zastosowanie układu optycznego obraz pozorny na sensorze CCD jest mniejszy niż obraz powstający na wejściu detektora (folii wzmacniającej). W wyniku tego Zamawiający błędnie wyliczył wielkość pola obrazowania i odrzucił ofertę Odwołującego.

Odwołujący podniósł też, że przedstawione przez niego w odwołaniu fragmenty oryginalnej instrukcji serwisowej oraz oryginalnej karty katalogowej producenta wskazują jednoznacznie, że wielkość piksela sensora CCD wynosi 24 mikrony, matryca ma rozmiar 1024x1024 piksele i jest wyposażona w soczewkę, pole obrazowania piersi wynosi 5,5x5,5 cm, a efektywna wielkość piksela wynosi 49,91 mikrona (mikrometra).

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego wskazując, że z przeprowadzonych przez niego wyliczeń dokonanych w oparciu o parametry podane w ofercie wynikało, że faktyczne pole obrazowania wynosi tylko 24 mm, a nie wymagane min. 50x50 mm. Zdaniem Zamawiającego jego obliczenia są poprawne również w przypadku zastosowania detektora typu wzmacniacz obrazu, odnoszą się one do parametrów obrazu rzeczywistego generowanego przez detektor, ponieważ tylko te wartości mogą być oceniane w postępowaniu przetargowym ze względu na ich uniwersalność i dla wykonawców powinno być jasne, że podania tego parametru w ofercie wymagał Zamawiający. Nie miał on podstawy podejrzewać, że podana wielkość piksela 23 mikrony nie jest wielkością rzeczywistą, ale wielkością piksela sensora CCD. Odwołujący dopiero w odwołaniu podał efektywną wielkość piksela (jakkolwiek została ona zaciemniona i jest nieczytelna w jego kopii odwołania). Podanie dopiero w odwołaniu efektywnej wielkości piksela stanowi zmianę treści oferty i jest niedopuszczalne w sytuacji, gdy treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia była jednoznaczna i wykonawca nie powinien mieć żadnych wątpliwości co do tego, którą wielkość piksela należy podać. Zresztą nawet gdyby przyjąć, że wielkość obrazowania wynosi 55x55 mm, to i tak oferta Odwołującego byłaby sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, twierdzenie bowiem, że efektywna wielkość piksela wynosi 49,91 mikrona nie znajduje potwierdzenia w pozostałych parametrach, takich jak rozdzielczość i pole obrazowania – według obliczeń Zamawiającego wynosi ona 53,7 mikrona, więc jest większa niż wymagane 50 mikronów.

sygn. akt KIO 1374/10

21 czerwca 2010 r. Odwołujący otrzymał informację o wykluczeniu go z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty w zakresie zadania nr I i II, a w konsekwencji unieważnienia postępowania, na którą to czynność 1 lipca 2010 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, iż wykonawca nie wykazał spełnienia

warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem wykonawcy, a w konsekwencji unieważnieniem postępowania oraz art. § 1 pkt 9 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane* poprzez przyjęcie, iż przedstawiona informacja z banku jest informacją dotyczącą innego wykonawcy niż składającego ofertę OK Medical Systems Spółka z o.o. spółka komandytowo – akcyjna oraz przyjęcie, iż informacja nie pochodzi od banku, w którym Odwołujący posiada rachunek bankowy, co skutkowało wykluczeniem wykonawcy, a w konsekwencji unieważnieniem postępowania. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie dokonania czynności ponownego badania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił warunki udziału w postępowaniu oraz sposób wykazania spełniania tych warunków przez wykonawców, gdzie w punkcie VIII ppkt 3.1., w oparciu o treść § 1 pkt 9 rozporządzenia *w sprawie rodzajów dokumentów...* zażądał wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej, umożliwiającej wykonanie zamówienia poprzez przedstawienie informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący złożył ofertę załączając informację z banku, w którym posiada rachunek, z której treści wynika, iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający 10 czerwca 2010 r. wezwał go m.in. do złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej

wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący złożył wyjaśnienia 15 czerwca 2010 r. dołączając ponownie tę samą informację z banku i wyjaśniając, iż informacja pochodzi od banku, w którym posiada rachunek. Odwołujący jednocześnie wskazał, iż z dniem 21 kwietnia 2010 r. OK Medical Systems spółka z o.o. spółka komandytowa, z siedzibą w Poznaniu, przy ul. Piątkowskiej 161 wpisana pod nr KRS 00002450006, NIP: 781-177-46-96 oraz REGON: 300174593 została przekształcona w spółkę komandytowo – akcyjną pod firmą OK Medical Systems sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu przy ul. Piątkowskiej 161, wpisaną pod nr KRS 0000354378, NIP: 781-177-46-96 oraz REGON: 300174593. Zamawiający nie uznał argumentacji Odwołującego, co skutkowało jego wykluczeniem, a w konsekwencji unieważnieniem przedmiotowego postępowania.

Tymczasem istotą przekształcenia spółki jest zmiana formy prawnej spółki, przy zachowaniu jej tożsamości (ciągłości) podmiotowej, jej wyrazem jest funkcjonowanie zasady kontynuacji spółki przekształcanej w spółce przekształconej. Zasada ta została wprost wyrażona w przepisach kodeksu spółek handlowych – spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej. Zgodnie z treścią art. 530 ksh spółka dzielona zostaje rozwiązana bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego w dniu wykreślenia jej z rejestru, natomiast art. 493 ksh stanowi, że spółka przejmowana albo spółki łączące się przez zawiązanie nowej spółki zostają rozwiązane, bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego, w dniu wykreślenia z rejestru. Żaden z przepisów prawa nie przewiduje rozwiązania spółki przekształcanej w wyniku dokonanego przekształcenia, mimo iż spółka taka również jest wykreślana z Krajowego Rejestru Sądowego. Spółka przekształcana nie traci swojego bytu prawnego, następuje tylko zmiana jej formy prawnej i nie zmienia się treść stosunków cywilnoprawnych pomiędzy spółką a osobami trzecimi, przekształcenie dokonane na podstawie art. 551 i nast. ksh nie ma wpływu na treść czynności prawnych dokonanych przez spółkę przed przekształceniem – np. zawarte wcześniej umowy winne być w dalszym ciągu wykonywane, w tym

umowy o prowadzenie rachunku bankowego, spółka przekształcona pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane spółce przed jej przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej. Uregulowanie to jest uważane w doktrynie za potwierdzenie tożsamości podmiotowej spółki przekształcanej i przekształconej. Zewnętrznym wyrazem zasady kontynuacji jest zachowanie przez spółkę przekształconą brzmienia firmy spółki przekształcanej, przy założeniu, iż zmianie ulega tylko oznaczenie określające typ spółki (art. 554 ksh). Wobec zachowania tożsamości podmiotowej spółki przekształconej w stosunku do spółki przekształcanej spółka przekształcona zachowuje numer REGON oraz numer NIP spółki przekształcanej.

Zamawiający nie wskazał, iż żądana przez niego informacja musi zawierać pełną nazwę firmy (aktualną) wykonawcy, wskazał jedynie, iż ma być wystawiona nie wcześniej niż trzy miesiące przed terminem składania ofert oraz ma być wystawiona przez bank, w którym wykonawca posiada rachunek bankowy. Powyższe potwierdza wezwanie do uzupełnienia informacji bankowej, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca mając na względzie zasadę kontynuacji wskazaną w ksh, jak również posiadanie tych samych numerów rachunków, NIP, REGON, które identyfikują go jako wykonawcę który składał ofertę, uznał iż opinia bankowa wystawiona w dniu 18 maja 2010 r., tj. po przekształceniu spółki, potwierdza spełnianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, a zgodnie z zasadą kontynuacji umowa rachunku bankowego nadal wiąże bank i wykonawcę. Na złożony wniosek przez wykonawcę została wydana informacja (opinia bankowa), w której to wskazano ilość posiadanych środków na rachunku, a sama opinia bankowa była wystawiona z datą nie później niż trzy miesiące przed dniem składania ofert. Bank nie ma prawnych możliwości wystawienia takiej informacji o podmiocie, który nie istnieje.

Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego powołuje się na błędną informację z banku, przy czym Zamawiający nie wskazuje, na czym ta owa błędność informacji polega. Nietrafne są argumenty Zamawiającego

odnoszące się do braku jakiejkolwiek zasady kontynuacji, a tym samym do nieistnienia umowy rachunku bankowego, w którym Odwołujący posiada konto.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego podtrzymując swoje stanowisko zawarte w „Zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania” i stwierdzając dodatkowo, że powoływanie się na zasadę kontynuacji byłoby uzasadnione jedynie, gdyby opinia bankowa została wystawiona przed 21 kwietnia 2010 r., tj. w okresie, gdy istniała przekształcona spółka komandytowa, natomiast nie ma uzasadnienia prawnego wystawienie jej po wykreśleniu spółki z KRS, czyli na podmiot, który już nie istnieje i wskazywanie w opinii stanu środków finansowych na dzień 14 maja 2010 r. Odwołujący powinien był na wezwanie przedstawić prawidłową opinię bankową, czego nie uczynił.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń Stron i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołania o sygn. akt KIO 1356/10 i KIO 1366/10 zasługują na uwzględnienie, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 1374/10 nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że przedstawiony przez Strony stan faktyczny nie jest sporny i pokrywa się ze stanem ustalonym przez Izbę na podstawie dokumentacji postępowania.

W odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 1356/10 Izba stwierdziła, że odwołanie to zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w punkcie II.9. załącznika nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (późniejszy załącznik nr 5 do oferty) rzeczywiście w wymogach dotyczących lampy rentgenowskiej wskazał jedynie: „materiał

anody – wolfram” nie zaznaczając przy tym, czy ma to być czysty, stuprocentowy wolfram, czy może być to wolfram z domieszką/dodatkiem innych pierwiastków. Nie określa tego również wskazywana przez Zamawiającego odpowiedź na pytanie nr 5 z 25 maja 2010 r., bowiem nie dotyczy ona w ogóle anod wolframowych, gdyż pytający w pytaniu tym wniósł o dopuszczenie aparatu z lampą, w której materiał anody to molibden z domieszką wanadu i rod, na co Zamawiający nie wyraził zgody.

Tym samym, biorąc pod uwagę fakt, że, jak wskazał Odwołujący, nazwy metalu, jak również innych surowców, np. „złoto”, „srebro”, „stal” używa się do określenia przedmiotu z niego wyprodukowanego nie tylko przy 100-procentowym jego składzie, ale również przy obecności domieszek/dodatków czy zanieczyszczeń, wymóg „materiał anody – wolfram”, mógł dotyczyć obu tych przypadków. Tym bardziej, że pewne jest, iż anody są produkowane z domieszkowanego wolframu, a sam Zamawiający nie był w stanie wskazać, czy produkowane są anody z „czystego” wolframu – skład chemiczny anody miał on oceniać według informacji wykonawcy/producenta lampy, przy czym wykonawcy/producenti z różną dokładnością w różnych dokumentach taki skład opisują – jak choćby w informacji producenta, o której mowa w odwołaniu lub na str. 57/63 i 64 oferty Odwołującego, gdzie w jednej informacji wpisano, że jest to „specjalna anoda wolframowa” („special Tungsten (W) anode”), a w kolejnej, że wolframowa z renem.

Dodatkowo podczas rozprawy Zamawiający stwierdził, że za „czysty” wolfram mógłby uznać wolfram z naturalnymi zanieczyszczeniami. Skoro więc wolfram z zanieczyszczeniami, a więc czynnikiem, który jest co do zasady uznawany za negatywny, byłby dopuszczalny, nielogiczne byłoby nieuznanie wolframu z domieszką/dodatkiem, który z definicji jest dodawany w celu uszlachetnienia metalu.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących punktu VI.47 i VII.70 załącznika nr 5 Izba stwierdziła, iż mimo nie do końca pokrywających się oświadczeń zawartych w załączniku nr 5 i opisie danych technicznych od str. 57, Zamawiający na podstawie samej treści oferty w takim brzmieniu, w jakim została ona złożona, nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Dane z „Opisu technicznego” rzeczywiście nie wskazują bezpośrednio na

wymagane 3 GB RAM i 1 GB/s, jednak jako „min. 2 GB” i „min. 100 KB/s” nie świadczą również o tym, że oferowany sprzęt wymaganych parametrów nie będzie posiadał. Zatem Zamawiający, w celu uzyskania jednolitego oświadczenia, powinien poprosić Odwołującego o wyjaśnienia treści oferty i dopiero po uzyskaniu informacji, że oferowany sprzęt nie osiągnie wymaganych 3 GB i 1 GB/s, mógłby tę ofertę odrzucić. Natomiast przy potwierdzeniu parametrów 3 GB i 1 GB/s oferta ta byłaby zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do odwołania o sygn. akt 1366/10 Izba stwierdziła, że odwołanie to zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, ponieważ zgodnie z jego obliczeniami, nie spełniała ona wymagań podanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak, zdaniem Izby, argumentacja Odwołującego jest słuszna i Zamawiający, zauważając rozbieżność pomiędzy wielkościami podanymi w ofercie 55x55 mm, a wynikającymi z jego obliczeń, powinien był tę kwestię z Odwołującym wyjaśnić. Nawet jeśli Odwołujący nie zawarł w opisie stołu akurat tej wielkości, której Zamawiający (w sposób domniemany) oczekiwał, nie ma to znaczenia dla treści oferty, gdyż, jak wynika z dowodów przedstawionych w odwołaniu i podczas rozprawy, oferowany stół spełnia postawione wymogi we wskazanym w „Zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania” zakresie – z przedstawionej przez Odwołującego karty katalogowej producenta wynika bowiem, że oferowany produkt posiada „tissue image area 5,5 cm x 5,5 cm at the breast platform, effective pixel size 49,91 μm (H) x 49,91 μm (V), CCD sensor pixel size 24 μm (H) x 24 μm (V)”, co potwierdza również oświadczenie producenta z 1 czerwca 2010 r. (w którym powyższe dane zostały również przetłumaczone na język polski). Podanie dodatkowych danych lub też wyjaśnienie, które konkretnie parametry zostały w ofercie podane nie jest zmianą jej treści, Odwołujący oferuje bowiem ciąż ten sam stół o tych samych parametrach.

Ze względu na wyjaśnienie sprawy podczas niniejszego postępowania odwoławczego Zamawiający, powtarzając badanie oferty Odwołującego, nie musi podejmować dodatkowych czynności wyjaśniających, chociaż

oczywiście może, dla porządku, skorygować dane zawarte w ofercie dotyczące wymiaru pixela z 23 na 24 μm lub załączyć do umowy stosowne dokumenty wyjaśniające kwestię spornych parametrów.

W odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 1374/10 Izba stwierdziła, że odwołanie to nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w rozdziale VIII pkt 3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, by wykonawca przedstawił informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w którym posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.

Odwołujący przedstawił informację z banku z 18 maja 2010 r., w której treści figuruje OK Medical Systems Sp. z o.o. spółka komandytowa zamiast OK Medical Systems Sp. z o.o. spółki komandytowo – akcyjnej. Tym samym Zamawiający słusznie uznał, że w przedstawionym dokumencie znajduje się błąd i wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentu na dokument prawidłowy. Odwołujący takiego dokumentu nie przedstawił, wobec czego został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W tym miejscu należy przyznać rację Zamawiającemu, iż działanie takie należy uznać za brak należytej staranności Odwołującego (również w przypadku, gdyby nie zmienił on swoich danych w banku). Nie ma znaczenia, czy Zamawiający wymagał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podania nazwy wykonawcy w treści informacji z banku (choć w jaki inny sposób Zamawiający miałby stwierdzić, jakiego podmiotu ta informacja dotyczy) – w informacji przedstawionej przez Odwołującego taka nazwa się znalazła. Oczywiście jest także, nawet jeśli Zamawiający nie zawarł takiego postanowienia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż, skoro w informacji podano nazwę, powinna być ona prawidłowa i aktualna.

Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych „zastąpił” dotychczas obowiązujące art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24. ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, z których pierwszy odnosił się do wykluczenia

wykonawców, którzy „nie spełniają warunków udziału w postępowaniu”, a drugi do wykluczenia wykonawców, którzy „nie złożyli oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków”. Biorąc pod uwagę dotychczasową treść art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w poprzednim stanie prawnym nie byłoby zatem wątpliwości, że już samo niezłożenie prawidłowych dokumentów stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy.

Obecna treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołuje się nie do rzeczywistego spełniania warunków udziału w postępowaniu jak w dotychczasowym art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych ani do przedłożenia dokumentów, jak w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz do „niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Biorąc jednak pod uwagę, że w postępowaniu wykazanie spełniania warunków następuje poprzez przedłożenie dokumentów – w rozumieniu: prawidłowych i potwierdzających („wykazujących”) ich spełnianie i zasadniczo jest to jedyna forma wykazywania takiego spełnienia, „wykazanie spełnienia warunków” musi odnosić się też do oceny poprawności tych dokumentów, a interpretacja przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, niewątpliwie powinna uwzględniać okoliczności wskazane w dotychczasowych art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwłaszcza biorąc pod uwagę dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i logikę działania zamawiających – skoro bowiem muszą oni uzupełniać błędne dokumenty (a dodatkowo ich nieuzupełnienie skutkuje sankcją w postaci utraty wadium – art. 46 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych), to jednocześnie nie mogą zignorować ich nieuzupełnienia – a w niniejszym przypadku błąd dokumentu jest wyraźny – Odwołujący przedstawił dokument wystawiony już po przekształceniu spółki, zawierający jej nieaktualną nazwę i błędu tego nie naprawił. W związku z powyższym nie można stwierdzić, że działanie Zamawiającego narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na marginesie należy dodać, że wbrew twierdzeniu Odwołującego nie było to niemożliwe ze względu na późniejszą datę wystawienia nowej informacji – wystarczyłoby, gdyby bank sprostował nazwę spółki lub w treści nowej informacji poinformował o stanie środków na dzień, na który została wydana pierwotna informacja lub inny dzień przed upływem terminu składania ofert.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3, § 5 ust. 2 i 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....