

Sygn. akt KIO/UZP 300/08

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie w dniu/ w dniach 17 kwietnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Warmińska 1** i **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wielospecjalistyczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli z siedzibą w Nowej Soli, ul. Chałubińskiego 7** protestu /protestów z dnia 13 marca 2008r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie odwołującego się oraz **Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11** – po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Wielospecjalistyczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli z siedzibą w Nowej Soli, ul. Chałubińskiego 7 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4.064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Warmińska 1** i **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Wielospecjalistyczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli z siedzibą w Nowej Soli, ul. Chałubińskiego 7** na rzecz **OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Warmińska 1** i **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów zastępstwa przez pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xx. gr (słownie: xxxx) przez xxxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Warmińska 1** i **TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84**

Uzasadnienie

Postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę wraz z montażem i uruchomieniem fabrycznie nowego Tomografu Komputerowego wielorzędowego znak 127/07 zostało wszczęte przez Zamawiającego – Wielospecjalistyczny Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli z siedzibą w Nowej Soli, ul. Chałubińskiego 7 - w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2007/S 230-280325 dnia 29 listopada 2007r.

Zamawiający w dniu 7 marca 2008r. poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty. Wybrał ofertę Konsorcjum firm OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Warmińska 1 i TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 84 – zwaną dalej Odwołującym.

Na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty protest wniósł w dniu 13 marca 2008r. Siemens Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Żupnicza 11, zwany dalej Przystępującym. Przystępujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655) – zwaną dalej ustawą i wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. Odwołującego i dokonanie ponownej oceny ofert, wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty.

W uzasadnieniu protestu Przystępujący podniósł, że :

1. złożenie oferty przez Odwołującego narusza art. 23 ustawy oraz art. 78 kc, gdyż oferta wraz z dokumentami do niej załączonymi została podpisana przez osobę nieuprawnioną – Marcina Adamczaka, który nie został skutecznie upoważniony do samodzielnego reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Przystępujący wskazał, że zgodnie z art. 96 kc umocowanie do działania w cudzym imieniu może opierać się na ustawie – przedstawicielstwo ustawowe lub na oświadczeniu reprezentowanego. Dokument pełnomocnictwa z dnia 15 stycznia 2008r. stwierdza, że firma OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa z siedzibą w Poznaniu i firma TMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w celu wspólnego udziału i złożenia wspólnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego „Na dostawę wraz z montażem i uruchomieniem fabrycznie nowego Tomografu Komputerowego wielorzędowego dla Wielospecjalistycznego Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej w Nowej Soli”, działając na podstawie art. 23 ustawy, ustanawiają OK Medical Systems (jako Lidera konsorcjum) pełnomocnikiem umocowanym do samodzielnego reprezentowania ich w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz do zawarcia z Zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także do składania w ich imieniu i na ich rzecz środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie, w szczególności do czynności wymienionych w treści pełnomocnictwa na warunkach i według uznania pełnomocnika. W ostatnim zdaniu pełnomocnictwa stwierdza także, iż OK Medical Systems jest upoważniona również do udzielania innej osobie pełnomocnictwa do reprezentowania Odwołującego w zakresie wynikającym z przedmiotowego pełnomocnictwa. Pod treścią pełnomocnictwa widnieje jedynie podpis członka zarządu firmy TMS Sp. z o.o. Krzysztofa Kownackiego. Dokument ten jest ponadto potwierdzony z datą 24 stycznia 2008r. przez Marcina Adamczaka – Dyrektora handlowego jako oryginał. Z rejestru przedsiębiorców KRS spółki TMS z dnia 13 września 2007r. załączonego do oferty konsorcjum wynika, że Krzysztof Kownacki jako członek zarządu ma prawo samodzielnego reprezentowania spółki TMS, a więc

jedynie do udzielenia pełnomocnictwa do reprezentowania tej spółki. Nie ma on prawa udzielenia pełnomocnictwa w imieniu i na rzecz firmy OK Medical Systems. Pełnomocnictwo z 15 stycznia 2008r. jest wadliwe, gdyż nie zostało podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu firmy OK Medical Systems i nie wywołało skutku prawnego w postaci udzielenia pełnomocnictwa w trybie art. 23 ustawy. Zgodnie z art. 78 kc do zachowania formy pisemnej czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Tym samym OK Medical Systems nie miało prawa reprezentować Odwołującego i udzielić dalszych pełnomocnictw w imieniu Odwołującego w tym pełnomocnictwa rodzajowego dla Marcina Adamczaka. Przystępujący na poparcie swojej tezy powołał się na wyrok ZA z 23 maja 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-1471/06. Według Przystępującego oferta Odwołującego powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy.

2. w tabeli opisującej przedmiot zamówienia „Cześć I Tomograf komputerowy wielorzędowy” w pkt 35 Zamawiający wymagał potwierdzenia TAK dla parametru „oprogramowanie do synchronizacji startu badania spiralnego na podstawie automatycznej analizy napływu środka cieniującego w zadanej warstwie bez wykonywania wstrzyknięć testowych. Funkcja ta ma być dostępna dla wszystkich prędkości obrotowych układu lampa-detektor. (Odpowiedź Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2008r. na zadane pytanie, dotyczące pkt 35 ”Opisu przedmiotu zamówienia – parametry wybrane”. Odwołujący udzielił odpowiedzi „TAK SURE START™ automatyczny start badania po napływie środka cieniującego do zadanej warstwy”. Zgodnie z wymogiem SIWZ w pkt X.11 lit. E wykonawca był zobowiązany załączyć do oferty katalog, folder, ulotkę lub inny dokument opisujący zaproponowane przez wykonawcę urządzenie. W zamieszczonych przez Odwołującego materiałach technicznych producenta Toshiba na str. 129 (str. 131 tłumaczenie) podaje informację o ograniczonym stosowaniu opcji SURE START™. Można ją stosować wyłącznie dla czasu trwania jednego pełnego obrotu systemu detektory – lampa t=0,4s. Wyklucza to, zdaniem Przystępującego, możliwość zastosowania tej opcji do badań kardiologicznych, badań serca i nie obejmuje prędkości obrotowej podanej w SIWZ w pkt 15 „Ilość pełnych obrotów układu lampa – detektor w czasie 1 sekundy – O (Obr/s)”. Odwołujący w tym punkcie udzielił odpowiedzi „TAK O=2,86 obr/s”, co odpowiada czasowi pełnego jednego obrotu systemu lampa – detektor t=0,3496s.
3. w tej samej tabeli w pkt 5 Zamawiający żądał „Zadeklarowana O dostępna dla badań naczyniowych serca jak i badań naczyniowych naczyń obwodowych, tętnic kręgowych, tętnic kończynowych”. Odwołujący udzielił odpowiedzi „TAK. Wartość ta podana została w pkt 4 zestawienia parametrów i wynosi O=2,86 obr/s (0,35 czas

pełnego obrotu systemu lampa-detektor)". Według załączonej dokumentacji producenta str. 129 – 131 producent wyjaśnia za pomocą *2, że prędkość 0,35 s dostępna jest tylko dla badań serca (tzw. skan bramkowy sygnałem EKG). Z zestawienia danych z tabeli Odwołującego i materiałów producenta wynika, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd podając nieprawdziwe informacje i oferując urządzenie, które w rzeczywistości nie spełnia parametrów granicznych. Z tych względów należało Odwołującego, zdaniem Przystępującego, wykluczyć na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy i jego ofertę uznać za odrzuconą – art. 24 ust 4 ustawy.

Przystępujący wykazuje, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, bo odrzucenie oferty Odwołującego spowoduje, że jego oferta będzie uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 14 marca 2008r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu.

Odwołujący przystąpił do postępowania protestacyjnego w dniu 16 marca 2008r., wnosząc o oddalenie protestu w całości jako bezzasadnego. Odwołujący podniósł, że :

1. z żadnego przepisu prawa nie wynika obowiązek udzielania pełnomocnictwa samemu sobie przez mocodawcę. Zarzut naruszenia art. 78 kc nie znajduje w przedmiotowej sytuacji zastosowania, gdyż podpis mocodawcy jest na pełnomocnictwie zbędny. Wynikający z art. 23 ustawy obowiązek ustanowienia pełnomocnika jest spełniony, gdy w postępowaniu występuje osoba (fizyczna lub prawna), której prawo do reprezentowania wszystkich wspólnie działających wykonawców nie ulega wątpliwości. Niepodważalne jest to, że OK Medical Systems działa w imieniu własnym jak i mocodawcy – TMS Sp. z o.o. Wyrok SN z dnia 4 listopada 1998r. sygn. akt II CK 866/1997 wskazuje, że dla ustalenia woli reprezentowanego konieczne jest sięganie do reguł interpretacyjnych obowiązujących przy tłumaczeniu oświadczeń woli, tj. art. 56 i 65 kc. Dla oceny zakresu pełnomocnictwa mają znaczenie ustalenia dotyczące okoliczności towarzyszących udzieleniu pełnomocnictwa. Treść kwestionowanego pełnomocnictwa jest wynikiem umowy konsorcjalnej. Umowa ta w sposób jednoznaczny ustala zarówno wzajemne obowiązki stron, jak i ich prawa, a także definiuje wspólną wolę ubiegania się o zamówienie. Wynika z niej również, że OK. Medical Systems, składając ofertę, złoży ją w imieniu obu umawiających się stron. Również z pełnomocnictwa w sposób jasny, według Odwołującego, wynika pełen skład konsorcjum, co wskazuje, że strony działały posiadając pełen zakres informacji, w jaki sposób i na czyją rzecz będzie działał ustanowiony pełnomocnik. Nie ma tu zastosowania powołany przez Przystępującego wyrok Zespołu Arbitrów. Z pełnomocnictwa TMS Sp. z o.o. dla Lidera wynika wprost prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw, a pełnomocnictwo dla Marcina Adamczaka jest właśnie

pełnomocnictwem substytucyjnym. Zostało podpisane przez Piotra Okulicza – Kozaryna zgodnie z jednoosobową reprezentacją z KRS spółki OK Medical Systems. Zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny np. W. Cajselski, J. Turczynowicz-Kieryło pełnomocnik substytucyjny jest pełnoprawnym pełnomocnikiem pierwotnego mocodawcy, a nie pełnomocnika bezpośrednio udzielającego mu powyższego rodzaju pełnomocnictwa.

2. zaoferowana funkcja SureStart działa w sposób w pełni automatyczny. Start badania następuje sposobem automatyczny po potwierdzeniu, że kontrast dotarł w badaną okolicę we właściwym stężeniu i z właściwą dynamiką. Oferowane systemy umożliwiają wykorzystanie wszystkich funkcji systemu SureStart, w tym w pełni automatycznego startu badania, dla wszystkich prędkości obrotowych lampy. Dokumentacja producenta wyraźnie odróżnia funkcję SURE START™ od funkcji SURE START. Tylko ta ostatnie, nie oferowana przez Odwołującego działa przy szybkości 0,4s. Zarzut jest zatem nieuzasadniony i nie powinien być uwzględniony.
3. z danych producenta wynika, że przy użyciu tzw. Skanu bramkowego EKG osiągalne są szybkości 0,32 s, a bez użycia tej opcji m.in. 0,35s. Ponadto informacja ta opisuje wyłącznie rozszerzenia możliwości tomografu, informując, że badania serca bramkowane sygnałem EKG można wykonywać z podanymi prędkościami, nie wskazując wszakże, że z tymi prędkościami nie można wykonywać innych badań. Z prędkością 0,35 obr/s można wykonywać dowolne badanie. Zarzut Przystępującego jest niezasadny. W załączeniu do przystąpienia Odwołujący złożył umowę konsorcjum z dnia 15 stycznia 2008r.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 21 marca 2008r. i w całości go uwzględnił uznając, że pełnomocnictwo z dnia 15 stycznia 2008r. jest wadliwe, gdyż nie zostało podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu OK. Medical Systems, a więc nie wywołało skutku prawnego w postaci udzielania pełnomocnictwa na podstawie art. 23 ustawy. Powołał przytoczone przez Przystępującego orzeczenie Zespołu Arbitrów. Podzielił także zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Funkcję SURE Start wedle Zamawiającego można stosować wyłącznie dla czasu trwania jednego pełnego obrotu systemu detektory-lampa $t=0,4s$, co wyklucza możliwość stosowania tej opcji do badań kardiologicznych, badań serca. Wskazał, że w zakresie pkt 5 „opisu przedmiotu zamówienia – parametry podlegające ocenie” Odwołujący udzielił odpowiedzi TAK podczas gdy prędkość 0,35 s dostępna jest tylko dla badań serca, co jest niezgodne z SIWZ, bo miała być dostępna także dla badań naczyniowych naczyń obwodowych, tętnic kręgowych oraz tętnic kończynowych”

Odwołujący wniósł od rozstrzygnięcia protestu odwołanie w dniu 26 marca 2008r. listem poleconym i przesłał kopię odwołania Zamawiającemu faksem w tej samej dacie faksem, a

także nadając listem poleconym w tym dniu (przesyłka dotarła do Zamawiającego w dniu 27 marca 2008r.) Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski oraz swoją argumentację podniesioną w przystąpieniu w całości.

W dniu 9 kwietnia 2008r. Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania jako nieuzasadnionego, argumentując jak w proteście.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Przedmiotem postępowania jest dostawa wraz z montażem i uruchomieniem fabrycznie nowego Tomografu komputerowego wielorzędowego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 5 do SIWZ – pkt II.1.5. ogłoszenia, pkt III.1 i załącznik nr 5 do SIWZ.

W Załączniku nr 5 do SIWZ Część I – Tomograf komputerowy wielorzędowy, I.1 Wymagane parametry techniczne i użytkowe pkt 35 Zamawiający wymagał łącznie z podaniem nazwy :

1. „Oprogramowania do synchronizacji startu badania spiralnego na podstawie automatycznej analizy napływu środka cieniującego w zadanej warstwie bez wykonywania wstrzyknięć testowych” i

2. w Zestawieniu parametrów podlegających ocenie pkt 4 : „Liczba pełnych obrotów układu lampa detektor w czasie 1 sekundy – O [Obr/s] $\geq 2,8$ wartość najmniejsza – 0, wartość największa – 3, pozostałe proporcjonalnie” i

3. w pkt 5 „Zadeklarowana wartość O dostępna zarówno dla badań naczyniowych serca jak i badań naczyniowych naczyń obwodowych, tętnic kręgowych, tętnic kończynowych TAK/NIE Tak- 5 pkt, Nie – 0 pkt”.

Od podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie Zamawiający wymagał w pkt X.B).6 SIWZ „Wymogi, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty” : „Uwaga! Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (np. Spółka cywilna, Konsorcjum) winni ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w niniejszym postępowaniu i takie pełnomocnictwo szczególne należy dołączyć do oferty.”

Od wszystkich wykonawców Zamawiający oczekiwał w pkt X.B).4 SIWZ „Wymogi, których niespełnienie spowoduje odrzucenie oferty” : „Oferta oraz wszelkie załączniki do oferty Wykonawcy winny być podpisane przez upoważnionych przedstawicieli wykonawcy, opieczątowane oraz datowane” oraz - pkt VI „Uwaga” SIWZ „W przypadku, gdy wykonawca jako załącznik do oferty dołączy kopię jakiegoś dokumentu, to kopia winna być pisemnie potwierdzona przez upoważnionych przedstawicieli Wykonawcy za zgodność z oryginałem”.

W pkt X.11.e) SIWZ Zamawiający wymagał załączenia katalogu, folderu, ulotki lub innego dokumentu opisującego zaproponowane przez Wykonawcę urządzenie.

Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert Cena – 80%, Jakość – 10%, warunki gwarancji – 10%. W ramach kryterium „Jakość” opisał sposób oceny kryterium „Ocena

techniczna oferty najkorzystniejszej – najwyższa ocena techniczna (jakość) [zaproponowanego w ofercie urządzenia, zgodnie z tabelą wymaganych parametrów technicznych – (suma wszystkich punktów parametrów ocenianych)] spośród ofert złożonych i nie podlegających odrzuceniu.”

Nadto Zamawiający w dniu 14 stycznia 2008r. w odpowiedzi na pytanie 2 wyjaśnił :

„2. Dotyczy: SIWZ, OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, I.1. WYMAGANE PARAMETRY TECHNICZNE I UŻYTKOWE pkt 35 „Oprogramowania do synchronizacji startu badania spiralnego na podstawie automatycznej analizy napływu środka cieniującego w zadanej warstwie bez wykonywania wstrzyknięć testowych”. Czy Zamawiający potwierdza, że funkcja synchronizacji startu badania spiralnego na podstawie automatycznej analizy napływu środka cieniującego w zadanej warstwie bez wykonywania wstrzyknięć testowych, ma być dostępna dla wszystkich prędkości obrotowych układu lampy – detektor.

Odpowiadamy : Tak”

W dniu 28 stycznia 2008r. to jest w dniu składania ofert wpłynęły 4 oferty w tym oferta Odwołującego się. W dniu 4 lutego 2008r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty poprzez uzupełnienie załącznika nr 2 – formularza cenowego o zapis słowny wartości dostawy netto i brutto.

W dniu 12 lutego 2008r. Odwołujący złożył nowy formularz cenowy.

Całą ofertę wraz z załącznikami podpisał Dyrektor Handlowy Marcin Adamczak opatrując każdy dokument pieczęcią imienną, firmową, „za zgodność z oryginałem” albo „oryginał” oraz datą i kolejnym numerem strony – dowód oferta Odwołującego. Oświadczenie Wykonawcy w trybie art. 22 ust. 1 i 24 ust. 1 i 2 p.z.p. za członka Konsorcjum TMS Sp. z o.o. podpisał członek Zarządu Krzysztof Kownacki (str 24-25 oferty Odwołującego) oraz pełnomocnictwo dla OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa (str. 26 oferty Odwołującego), upoważniony do jednoosobowej reprezentacji spółki zgodnie z odpisem z KRS.

Pełnomocnictwo z dnia 15 stycznia (str. 26 oferty Odwołującego) wystawione w związku z umową konsorcjum zawartą w dniu 15 stycznia 2008r. pomiędzy OK Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytową i TMS Sp. z o.o. w celu wspólnego udziału i złożenia wspólnej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę wraz z montażem i uruchomieniem fabrycznie nowego Tomografu komputerowego wielorzędowego dla Wielospecjalistycznego Szpitala Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej ul. Chałubińskiego 7”, a po wyborze złożonej oferty, wspólnej realizacji wyżej określonego przedmiotu zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo to upoważnia OK. Medical Systems – Lidera do samodzielnego reprezentowania konsorcjum w tym postępowaniu oraz do zawarcia umowy z Zamawiającym, a także do składania w imieniu konsorcjum i na jego rzecz środków ochrony prawnej, w tym w szczególności do :

1. podpisywania i złożenia oferty oraz zmian, uzupełnień, wyjaśnień oraz wszelkich innych dokumentów związanych z ww. postępowaniem, w tym stwierdzających w szczególności i zgodnie z wymogami SIWZ, że nie podlegali oni wykluczeniu na podstawie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz potwierdzania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów każdego z nich z osobna,
2. podpisywania i składania protestów, odwołań i skarg oraz do zgłaszania przystąpień w wyniku wniesienia protestów i odwołań przez innych uczestników postępowania,
3. reprezentowania w postępowaniach :
 - protestacyjnych – przed Zamawiającym,
 - odwoławczych – przed Krajową Izbą Odwoławczą,
 - skargowych – przed Sądem Okręgowym, toczących się na wskutek wniesienia przez którąkolwiek ze stron skargi na wyrok zespołu arbitrów, na warunkach i według uznania pełnomocnika.

OK Medical Systems jest upoważniona również do udzielania innej osobie pełnomocnictwa do reprezentowania Konsorcjum firm OK. Medical Systems i TMS Sp. z o.o. w zakresie wynikającym z tego pełnomocnictwa.

Pełnomocnictwo podpisał członek Zarządu TMS Sp. z o.o Krzysztof Kownacki.

Pełnomocnictwa (str. 21 oferty Odwołującego) Marcinowi Adamczakowi do samodzielnego reprezentowania OK. Medical Systems udzielił Prezes Zarządu Medical Systems Sp. z o.o. Piotr Okulicz – Kozaryn – upoważniony do reprezentacji OK. Medical Systems Sp. z o.o. Sp. komandytowa jako jednoosobowo upoważniony reprezentant komplementariusza.

Pełnomocnictwo wymienia w szczególności czynności do jakich upoważniony jest Marcin Adamczak i mieszczą się one w granicach umocowania, wynikającego z pełnomocnictwa z dnia 15 stycznia 2008r. Pełnomocnictwo jest ważne do 31 grudnia 2008r.

Na str. 9 oferty Odwołującego w pkt 35 załącznika nr 5 do SIWZ Odwołujący napisał

1. „Oprogramowania do synchronizacji startu badania spiralnego na podstawie automatycznej analizy napływu środka cieniującego w zadanej warstwie bez wykonywania wstrzyknięć testowych TAK, ^{SURE}START™, automatyczny start badania po napływie środka cieniującego do zadanej warstwy” i
2. w Zestawieniu parametrów podlegających ocenie pkt 4 : „Liczba pełnych obrotów układu lampy detektor w czasie 1 sekundy – O [Obr/s] $\geq 2,8$ O=2,86 obr/s wartość najmniejsza – 0, wartość największa – 3, pozostałe proporcjonalnie” i
3. w pkt 5 „Zadeklarowania wartość O dostępna zarówno dla badań naczyniowych serca jak i badań naczyniowych naczyń obwodowych, tętnic kręgowych, tętnic kończynowych TAK/NIE - TAK”

Na stronach 129-130 (131-132 tłumaczenie) Odwołujący zamieścił folder urządzenia – Zestaw do szybkiego skanowania, zaś na stronach 133-140 (141-144 tłumaczenie) opisał działanie systemu bramkowanego przez EKG.

W pozycji parametry urządzenia wskazane są informacje na temat czasu skanu :

Skan konwencjonalny : 0,23; 0,32s (częściowy); 0,35*; 0,375*; 0,4;; 0,45*; 0,5; 0,75; 1,0; 1,5; 2,0; 3,0s

Skan dynamiczny

Skan spiralny :0,35*; 0,375*; 0,4; 0,45*; 0,5; 0,75; 1,0; 1,5s

^{SURE}START – można wykorzystywać przy 0,4s/Obr

* przy użyciu opcji skanu bramkowanego sygnałem EKG (dostarczonej jako opcja dla systemu TK).

Zamawiający w toku badania i oceny ofert uznał, że wszystkie złożone oferty nie podlegają odrzuceniu. W oparciu o postawione kryteria w dniu 6 marca 2008r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i wybrał ofertę Odwołującego.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. protokołu postępowania wraz z załącznikami, SIWZ wraz z załącznikami, pytań i wyjaśnień w toku postępowania, złożonych ofert oraz oświadczenie producenta Toshiba z dnia 4 kwietnia 2008r.

Izba zważyła, co następuje :

1. w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy poprzez uwzględnienie protestu Przystępującego i uznanie, że ofertę złożyła osoba nieuprawniona do składania oświadczeń woli w imieniu Odwołującego

Bezsporne jest pomiędzy stronami, że pełnomocnictwo udzielone przez TMS Sp. z o.o. z dnia 15 stycznia 2008r. zawiera upoważnienie do ustanawiania dalszych pełnomocnictw i jest pełnomocnictwem szczegółowym i rodzajowym.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego do postępowania, że udzielenie pełnomocnictwa jednemu z działających wspólnie wykonawców musi nastąpić wyłącznie poprzez udzielenie pełnomocnictwa przez wszystkich członków konsorcjum jednemu członkowi. Konsorcjum nie ma osobowości prawnej, nie jest także instytucją nazwaną w przepisach prawa. Konsorcjum jest umową pomiędzy dwoma lub więcej podmiotami (osobami prawnymi, fizycznymi, ulonnymi osobami prawnymi – spółkami osobowymi) zawieraną w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia. W wyniku zawarcia takiej umowy nie powstaje osobny byt prawny, który będzie od chwili zawarcia umowy posiadał zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Taką zdolność posiadają jedynie jego członkowie. Tym samym udzielenie pełnomocnictwa w imieniu własnym przez jednego wykonawcę ubiegającego się wspólnie o zamówienie drugiemu wykonawcy jest wystarczające dla uznania, że wykonawcy ustanowili pełnomocnika.

Udzielenie pełnomocnictwa jest czynnością jednostronną. Nie można na gruncie prawa cywilnego dokonywać czynności jednostronnych z samym sobą. Wymóg udzielenia pełnomocnictwa przez obu członków konsorcjum byłby uzasadniony tylko w przypadku gdy wykonawcy ubiegający się wspólnie o zamówienie publiczne chcieli upoważnić do działania w ich imieniu osobę trzecią. Wówczas mogliby udzielić albo jednego pełnomocnictwa wymieniającego każdego z nich jako mocodawców albo każdy udzieliłby tego pełnomocnictwa osobno. Dla oceny treści pełnomocnictwa i zbadania, czy pełnomocnictwo wynika z zawartej umowy o wspólne przedsięwzięcie istotne jest to, czy wola wspólnego działania z innym podmiotem została w nim wyrażona w sposób wyraźny lub dorozumiany – tj. daje się ją odczytać przy zastosowaniu wykładni oświadczeń woli. W przedmiotowej sprawie pełnomocnictwo TMS Sp. z o.o. udzielone OK. Medical Systems wyraźnie wskazuje na wolę wspólnego działania i wspólnego złożenia oferty w konkretnym postępowaniu. W tej sytuacji OK. Medical Systems podpisując pełnomocnictwo Marcinowi Adamczakowi działało w imieniu własnym oraz jako pełnomocnik TMS Sp. z o.o.

Podzielić w tym zakresie należy pogląd Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 29 marca 2007r. sygn. akt X Ga 65/06 „Nie można zaaprobować stanowiska (...), iż pełnomocnictwo dla pełnomocnika konsorcjum winno zostać udzielone przez wszystkich członków konsorcjum. Przyjęcie takiego wymogu byłoby uprawnione jedynie w sytuacji, gdyby pełnomocnik rekrutował się spoza grona członków konsorcjum. (...) gdy pełnomocnikiem konsorcjum jest jedno z podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, brak jest jakichkolwiek podstaw do statuowania takiego obowiązku. Wprowadzenie takiego wymogu pozostawałoby bowiem w sprzeczności z samą istotą pełnomocnictwa, jako jednostronnej czynności prawnej mającej charakter upoważnienia i kreujący po stronie osoby, której umocowanie dotyczy, kompetencje do podejmowania czynności prawnych ze skutkiem bezpośrednio dla reprezentowanego. Trudno byłoby bowiem wymagać, aby pełnomocnik – lider konsorcjum sam sobie udzielał stosowanego pełnomocnictwa do reprezentowania siebie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Z istoty pełnomocnictwa przewidzianego w art. 23 ust. 2 Pzp wynika przecież, że pełnomocnik – lider konsorcjum działa w imieniu własnym oraz w imieniu pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.”

Tym samym Zamawiający prawidłowo nie odrzucił oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, a rozstrzygnięcie protestu poprzez uwzględnienie tego zarzutu Przystępującego nie jest prawidłowe.

2. odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy poprzez uwzględnienie protestu Przystępującego i uznanie, że oferta Odwołującego

zasługuje na odrzucenie, gdyż Odwołujący powinien być wykluczony z postępowania z uwagi na złożenie informacji nieprawdziwych

Izba ustaliła, że ocena przedmiotu zamówienia miała następować wyłącznie w oparciu o wypełniony przez wykonawców załącznik nr 5 do SIWZ wymaganych parametrów technicznych i użytkowych oraz zestawienia parametrów podlegających ocenie. Załącznik ten Odwołujący załączył i wypełnił deklarując spełnianie przez oferowane przez niego urządzenie postawionych wymagań. Wymóg załączenia katalogu, folderu, ulotki lub innego dokumentu opisującego zaproponowane przez wykonawcę urządzenie dotyczył wymogu przedłożenia dokumentów przedmiotowych. Jednakże Zamawiający nie wskazał, że tymi dokumentami będzie się kierował przy ocenie oferty. Brak takiego wskazania należy uznać za zasadny, albowiem sam Zamawiający, wskazując na różne rodzaje dokumentów, jakimi może wykonawca opisać przedmiot zamówienia, miał świadomość, że informacje zamieszczane w takich dokumentach są wyłącznie zależne od woli producenta czy też wykonawcy i mają charakter marketingowy, a nie wiążący. W szczególności wielość dokumentów, jakie mogą być złożone oraz brak wymogów prawnych, co do minimalnych informacji, jakie powinny być zawarte w tych dokumentach powoduje, że nie nadają się one do oceny ofert. Wprowadzenie zatem wymogu przeprowadzania oceny ofert na ich podstawie, mogłoby prowadzić do niemożności weryfikacji kryterium oceny ofert, a w konsekwencji do nieporównywalności ofert. Tak jak w przedmiotowym postępowaniu w lepszej sytuacji byłby ten wykonawca, który w folderze nie informuje w ogóle o wymaganym przez Zamawiającego parametrze, niż ten, który w ulotce powołuje parametr, ale nie spełniający wymogów SIWZ, co nie musi jednak zawsze oznaczać, że faktycznie ów parametr nie jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego np. poprzez nieaktualność przedmiotowego folderu reklamowego, czy ulotki. Biorąc to pod uwagę należy stwierdzić, że dokonując badania i oceny ofert, na skutek którego doszło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, Zamawiający działał zgodnie z przepisami prawa i wymogami jakie zawarł we własnej SIWZ.

Potwierdzenie prawdziwości twierdzeń Odwołującego o spełnianiu przez oferowany sprzęt wymogów SIWZ zawartych w załączniku nr 5 do SIWZ i będącego podstawą dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert, załączonym do oferty Odwołującego, stanowi przedłożone na rozprawie oświadczenie producenta tego urządzenia.

Izba uznała, że dokonując wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego, Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, natomiast nieprawidłowo rozstrzygnął w tym zakresie protest Przystępującego. Dlatego też Izba uznała to rozstrzygnięcie za nie wywołujące skutków prawnych i faktycznych w postępowaniu w postaci konieczności wykonania przez Zamawiającego czynności ponownej oceny ofert na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy. Uwzględniając powyższe Izba w sentencji orzeczenia

wyłącznie uwzględniła odwołanie nie nakazując Zamawiającemu dokonania żadnych czynności.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień Publicznych nakazując Zamawiającemu zwrócić Odwołującemu koszty poniesionego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł, to jest maksymalnej wysokości określonej w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....