

Sygn. akt KIO 285/19

WYROK
z dnia 4 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Dagmara Gałczewska-Romek
Emilia Garbala

Protokolant: Marta Sioma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lutego 2019 r. przez wykonawcę Transactor Security Sp. z o.o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Komendę Główną Policji w Warszawie przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Back 2 Function Sp. z o.o. w Warszawie, IBCOL Sp. z o.o. w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
 2. kosztami postępowania obciąża Transactor Security Sp. z o.o. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Transactor Security Sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Transactor Security Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Komendy Głównej Policji w Warszawie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. 1 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....
.....
.....

Sygn. akt KIO 285/19

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Główna Policji w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa 9 sztuk urządzeń rentgenowskich służących do detekcji podejrzanych, potencjalnie niebezpiecznych przedmiotów. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2018 r. pod numerem 2018/S 238-543283. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania 18 lutego 2019 r. wykonawca Transactor Security Sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ”, gdyż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Back 2 Function Sp. z o.o. i IBCOL Sp. z o.o., dalej jako: „konsorcjum” nie podali, jakie urządzenie zaproponowali w złożonej ofercie w zakresie generatora promieniowania RTG;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum, które nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu wymaganego w Rozdziale VI ust. 1 pkt 3) SIWZ „posiadania zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, dalej jako: „Prezes PAA” na uruchomienie oferowanego urządzenia oraz na jego stosowanie”, gdyż konsorcjum w ofercie zaofერowało urządzenie: „NOVO 22 Rover 4K”, w sytuacji, gdy złożone przez ww. konsorcjum zezwolenie Prezesa PAA nie dotyczy tego urządzenia, lecz wyłącznie generatora promieniowania RTG - XRS-3;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum, które nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu wymaganego w Rozdziale VI ust. 1 pkt 3) SIWZ w zakresie: „posiadania zezwolenia Prezesa PAA na uruchomienie oferowanego urządzenia oraz na jego stosowanie”, gdyż konsorcjum złożyło w postępowaniu zezwolenia Prezesa PAA dotyczące poprzedniej wersji generatora promieniowania RTG XRS-3, a więc w konsekwencji ww. konsorcjum nie wykazało się zezwoleniem dot. „oferowanego urządzenia”, jeżeli konsorcjum oferuje generator promieniowania RTG wyprodukowany po maju 2017 r.;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ - pkt 10 Specyfikacji Technicznej, w zakresie:
 - dostawy sprzętu wyprodukowanego nie wcześniej niż w 2018 r. - generatora rentgenowskiego XSR-3, jeżeli w swojej ofercie konsorcjum oferuje generator promieniowania RTG wyprodukowany przed majem 2017 r. bo na ten rodzaj generatora przedłożyło zezwolenia Prezesa PAA oraz CE Deklarację Zgodności oraz głównego komputera - tabletu, tj. sprzęt: „FZ-Y1 - Panasonic 4K 20”, który w świetle informacji producenta tabletu nie jest produkowany od roku 2017;
 - dostawy fabrycznie nowego sprzętu, z uwagi na fakt, że w ofercie ww. konsorcjum oferowany „komputer główny - tablet” - FZ-Y1 Panasonic 4K 20”, stosownie do oświadczenia producenta systemu NOVO Rover 22 4K by modyfikowany,
 - posiadania przez oferowany sprzęt (tablet) ochrony IP 65 i pracy urządzenia w temperaturze od -20 do +40 stopni Celsjusza, z uwagi na fakt, że w świetle specyfikacji i instrukcji obsługi producenta tabletu firmy Panasonic oraz katalogów produktów NOVO DRte tablety nie pracują w wymaganym przez zamawiającego przedziale temperatur oraz nie posiadają ochrony IP 65;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum z uwagi na nie podlegającą poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 - 3 rozbieżność zachodzącą w cenie oferty konsorcjum, polegającą na podaniu ceny ofert liczbowo w kwocie: 4 428 000 złotych, oraz podaniu ceny oferty w kwocie: „cztery miliony dwieście dwadzieścia osiem tysięcy siedemset czterdzieści złotych”, w sytuacji braku w ofercie jakichkolwiek innych danych, które mogłyby służyć ustaleniu przez zamawiającego, jaka jest rzeczywista cena oferty konsorcjum;

6) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum, które w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz które w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj.:

- w piśmie z dn. 23 stycznia 2019 r. podpisanym przez M.S. konsorcjum oświadczyło, że „W ślad za producentem, informujemy również, iż cały oferowany przez nas w postępowaniu sprzęt jest fabrycznie nowy, wyprodukowany w 2019 r. i objęty pełną gwarancją”, co pozostaje w sprzeczności z przedłożonym do tego pisma tłumaczeniem pisma NOVO DR Ltd. z dn. 23 stycznia 2019 r. z którego wynika, że NOVO DR Ltd.: „Informujemy również, iż oferowane przez nas systemy są fabrycznie nowe, wyprodukowane w 2019 roku i objęte naszą pełną gwarancją” oraz tekstem oryginalnym pisma NOVO DR Ltd.: „We would like also to inform that NOVO systems to be provide are brand new equipment produced 2019”;

- przedstawiając wraz z ofertą kartę katalogową „XRS-3 Generator Promieniowania RTG”, w której zostało zamieszczone zdjęcie generatora promieniowania RTG wyprodukowanego po maju 2017 r. z podaniem specyfikacji niezgodnej z jakimikolwiek generatorami promieniowania produkowanymi przez firmę: Golden Engineering, co miało wprowadzić zamawiającego w błąd, iż oferta konsorcjum odpowiada treści wymagania z pkt 10 ust. 3 Specyfikacji Technicznej: „dostarczony sprzęt musi być fabrycznie nowy, wyprodukowany nie wcześniej niż w 2018 r.”, w szczególności, że generator promieniowania RTG XRS-3 został wyprodukowany w 2019 r., jeżeli w swojej ofercie konsorcjum oferuje generator promieniowania RTG wyprodukowany przed majem 2017 r. bo na ten rodzaj generatora przedłożyło zezwolenia Prezesa PAA oraz CE Deklarację Zgodności;

7) art. 92 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 Pzp przez wybór oferty konsorcjum, która powinna podlegać odrzuceniu, z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ oraz nie wykazanie, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego, a konsorcjum powinno podlegać wykluczeniu z uwagi na niewykazanie warunków udziału w postępowaniu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie:

- 1) wykluczenia konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 2) odrzucenia oferty konsorcjum;
- 3) w przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do dokonania czynności, o których mowa w pkt 1 i 2, dokonania ponownego badania i oceny oferty konsorcjum.

Wniósł również o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych oraz kosztów zastępstwa procesowego.

Konsorcjum przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Przystępujący w piśmie z 28 lutego 2019 r. wniósł o odrzucenie albo o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwolanie zostało wniesione w terminie i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zdaniem przystępującego termin na wniesienie odwołania powinien być liczony od dnia, w którym zamawiający zaprosił wykonawcę do testów – 21 stycznia 2019 r., a najpóźniej od dnia, w którym zamawiający podpisał bez zastrzeżeń protokół z testów – 25 stycznia 2019 r. Przystępujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ procedura testów miała być przeprowadzona jedynie wobec wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, zaś podpisanie protokołu z testów stanowi potwierdzenie, że oferta przystępującego spełnia wymagania SIWZ. We wskazanych datach odwołujący zatem miał wiedzę, że zamawiający uznał, że przystępujący nie podlega wykluczeniu, a złożona przez niego oferta nie podlega odrzuceniu.

Izba zważyła, że kwestionowana przez odwołującego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, za jaką zamawiający uznał ofertę konsorcjum, jest czynnością, o dokonaniu której zamawiający zobowiązany jest poinformować wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Do wnoszenia odwołania wobec takich czynności zastosowanie znajdzie z uwagi na wartość postępowania art. 181 ust. 2 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym termin na wniesienie odwołania wynosi 10 dni od dnia przesłania przez zamawiającego informacji o czynności stanowiącej podstawę jego wniesienia. Odwołanie zostało wniesione w tym terminie, gdyż informację o czynności wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający przesłał 6 lutego 2019 r. i termin ten skończył swój bieg w poniedziałek 18 lutego 2019 r. stosownie do art. 185 ust. 8 Pzp.

Izba zważyła, że procedura przeprowadzenia testów stanowi element badania oferty najwyżej ocenionej również pod względem zgodności z postanowieniami SIWZ. Potwierdza to m.in. pkt 11 *zasad przeprowadzenia testów oferowanego przedmiotu zamówienia* stanowiący, że dostarczenie na testy przedmiotu zamówienia niezgodnego z SIWZ skutkować będzie odrzuceniem oferty. Skoro wynikiem testów mogło być odrzucenie oferty, to brak jest podstaw do uznania, że czynność badania oferty przystępującego zamawiający zakończył przed przeprowadzeniem testów. Istotne jest również to, że już po przeprowadzeniu testów zamawiający żądał od przystępującego wyjaśnień dotyczących oferty. Tym bardziej zatem uznać należy, że datą zakończenia badania oferty przystępującego jest data przesłania informacji o uznaniu tej oferty za najkorzystniejszą. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty zawiera zarówno czynność badania i oceny ofert, jak i ocenę podmiotową wykonawcy pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (uchwały SN z 17 listopada 2017 r. w sprawach III CZP 56/17 i III CZP 58/17 oraz wyrok SN z 22 maja 2018 r. w sprawie IV CSK 448/18., data dostępu 6 marca 2019 r.), zatem wszystkie zarzuty odwołania zostały podniesione w terminie.

Powołana przez przystępującego uchwała SN z 28 lutego 2013 r. w sprawie III CZP 107/12 (data dostępu 6 marca 2019 r.) nie znajduje zastosowania w okolicznościach sprawy. Została ona wydana w sytuacji, gdy zamawiający dokonał czynności kwestionowanej przez odwołującego, a jedynie popełnił błąd przy przesyłaniu informacji o dokonaniu tej czynności. Skutkiem tego błędu odwołujący powziął wiedzę o okolicznościach uzasadniających wniesienie odwołania z dokumentacji postępowania. W badanej sprawie zamawiający prawidłowo przesłał informację o czynności badania i oceny ofert, która w dniu zakończenia testów nie była jeszcze dokonana.

Izba nie podzieliła również poglądu przystępującego, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu danego zamówienia w związku z czym nie jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Pogląd ten przystępujący opierał na ocenie, że odwołujący nie posiada zezwolenia Prezesa PAA na stosowanie aparatów

rentgenowskich.

Po pierwsze, Izba zważyła, że przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp podlegają ocenie w związku z zarzutami odwołania. Dla ich stwierdzenia, należy ustalić, czy potwierdzenie zarzutów odwołania da odwołującemu się wykonawcy możliwość uzyskania zamówienia. Ustawodawca nie wymaga przy tym pewności, że w razie potwierdzenia zarzutów wykonawca uzyska zamówienie. Wystarczająca jest możliwość jego uzyskania. Przepis art. 179 ust. 1 Pzp stanowi bowiem *in fine* nie tylko o poniesieniu szkody, ale również o możliwości poniesienia szkody przez odwołującego się wykonawcę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Po drugie, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wydanym po wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-689/13, kształtuje się pogląd, zgodnie z którym nie można odmówić prawa do rozpoznania odwołania nawet w sytuacji, jeśli skutkiem uwzględnienia odwołania mogłoby być unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (przykładowo: wyrok z 19 lutego 2018 r. sygn. akt KIO 204/18, data dostępu 6 marca 2019 r.). Pogląd ten znajduje zastosowanie w okolicznościach sprawy, gdyż o zamówienie ubiegają się wyłącznie odwołujący i przystępujący, i skład orzekający go podziela.

Po trzecie, zgodnie z art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co wzmacnia pogląd o dopuszczalności oceny w ramach postępowania odwoławczego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty pod kątem jej zgodności z przepisami ustawy, nawet jeśli w wyniku uwzględnienia odwołania konkurencyjnego wykonawcy postępowanie o udzielenie zamówienia podlegałoby unieważnieniu.

Wobec uznania, że odwołujący spełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp Izba zbadała zarzuty odwołania i uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznanie odwołania dokonano w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp. Zarzutu odwołania stanowi nie jedynie wskazanie kwestionowanej czynności lub zaniechania zamawiającego oraz przepisów ustawy, których naruszenia miał dopuścić się zamawiający. Istotne są przede wszystkim okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania, które konstytuują zarzut. Wydane rozstrzygnięcie zapadło zatem w granicach okoliczności faktycznych i prawnych wskazanych w odwołaniu z pominięciem okoliczności wskazanych dopiero na rozprawie, które kreowały nowe zarzuty wobec oferty przystępującego.

Rozstrzygnięcie oparto na dowodach z dokumentów i pism wskazanych w uzasadnieniu. Pozostałe pisma i dokumenty złożone na rozprawie pominięto z powodu braku doniosłości dla rozpoznawanych zarzutów.

Tytułem uwag wstępnych należy wskazać na znaczenie SIWZ w postępowaniu. SIWZ jest podstawowym dokumentem w postępowaniu, który zawiera m.in. opis potrzeb i wymagań zamawiającego co do jakości, ilości, cech technicznych i użytkowych oczekiwanego przez zamawiającego świadczenia. Ocena oferty, oferującej owo świadczenie, oraz oświadczeń i dokumentów składanych w postępowaniu przez wykonawców, następuje każdorazowo na podstawie postanowień SIWZ, co wynika wprost z przepisów ustawy (przykładowo art. 25 ust. 1, art. 82 ust. 3 Pzp). Podnoszenie zarzutów wobec czynności zamawiającego, które nie znajdują oparcia w dokumentacji postępowania, jest zatem niedopuszczalne, z uwagi na jasne brzmienie powołanych przepisów ustawy odwołujących się do opisanych wymagań zamawiającego oraz z racji zasad wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i ściśle z nimi związana zasada przejrzystości sprzeciwiają się, z jednej strony, temu, aby zamawiający dokonywał ocen w oparciu o wymagania, których nie zapisał jasno w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ, z drugiej, strony, chronią wykonawców, którzy zastosowali się do opisanych wymagań zamawiającego, przed zarzutami konkurencji. Zarzuty, które nie mają oparcia w brzmieniu dokumentacji postępowania nie mogą być skuteczne.

Ad. 1. Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przystępujący określił w ofercie, jaki generator RTG oferuje zamawiającemu.

Zamawiający w pkt 3.1. Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 2 do SIWZ wymagał dostarczenia w ramach systemu generatora rentgenowskiego z ekspozycją impulsową o klasie XRS-3 lub wyższej. Formularz ofertowy, którego wzór stanowi załącznik Nr 1 do SIWZ, nie przewiduje obowiązku wskazania oferowanego systemu, ani jego elementów, w tym również generatora promieniowania RTG. Identyfikacja oferowanego urządzenia jest możliwa na podstawie oświadczeń i dokumentów potwierdzających zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami zamawiającego.

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 SIWZ w celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego wykonawca zobowiązany był złożyć opis techniczny urządzenia RTG potwierdzający spełnianie wskazanych wymagań zamawiającego, określonych w Specyfikacji technicznej ust. 3-7, zawierający zdjęcia oferowanego produktu oraz głównych elementów składających się na całość zestawu. Do wymaganych cech generatora odnosi się ust. 3.1., w którym zamawiający wymienił następujące cechy generatora:

- a) Rentgenowski z ekspozycją impulsową;
- b) Klasa XRS-3 lub wyższa;
- c) Możliwość rozróżniania substancji organicznych i nieorganicznych;
- d) Możliwość prześwietlania materiałów lekkich kompozytowych oraz materiałów ciężkich takich jak stal, beton.

W odpowiedzi przystępujący złożył:

- 1) kartę katalogową systemu NOVO 22 Rover 4 K, w której na s. 4 zdaniem odwołującego przedstawiono zdjęcie generatora, który nie był już produkowany przez Golden Engineering w dniu składania ofert;
- 2) opis generatora XRS-3 dokonany przez przystępującego, nazwany przez odwołującego „kartą katalogową”, w którym niespornie przedstawiono zdjęcie aktualnego generatora, natomiast zdaniem odwołującego podano w nim parametry techniczne urządzenia nieistniejącego na rynku - część parametrów dotyczyła bowiem nowego generatora, a część dotyczyła generatorów produkowanych przed majem 2017 r.

Badając ten zarzut Izba skonstatowała, że okoliczność zaoferowania przez przystępującego generatora rentgenowskiego z ekspozycją impulsową klasie XRS-3 jest zasadniczo bezsporna między stronami. Odwołujący nie kwestionował bowiem, że generator ten nie jest generatorem wymaganej klasy. Podnosił natomiast brak możliwości bliższej identyfikacji tego generatora.

To spostrzeżenie jest wystarczające do oddalenia zarzutu w świetle wymagań SIWZ, w której zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku podawania w ofercie dalszych danych identyfikujących oferowany generator, przykładowo: serii, modelu, wersji. W sytuacji, gdy formularz ofertowy nie przewiduje podania jakichkolwiek danych, uznać należy, że przez złożenie oferty wykonawca zobowiązuje się do dostawy urządzeń zgodnych z wymaganiami zamawiającego.

Z powołanych dokumentów przedmiotowych złożonych przez przystępującego wynika, że zaoferował on system Novo Dr

z generatorem promieniowania rentgenowskiego XRS-3, a wątpliwości podnoszone przez odwołującego w żaden sposób nie dotyczą wymaganej cechy generatora. Odwołujący nie zakwestionował również spełniania przez oferowany generator wymagań zamawiającego opisanych w Załączniku Nr 2 do SIWZ.

Izba uwzględniła, że zamawiający nie żądał od wykonawców złożenia aktualnych kart katalogowych pochodzących od producenta, ale opisu zawierającego wymagane dane, zatem wykonawca mógł złożyć dowolne dokumenty, z których wynika spełnienie jego opisanych wymagań, co przystępujący uczynił.

Karta katalogowa systemu NOVO 22 Rover 4 K na str. 4 nie prezentuje generatora, dotyczy natomiast Control box, komunikacyjnego elementu systemu, który może współpracować z różnymi generatorami uwidocznionymi na zdjęciu. Natomiast oferowany generator widoczny jest na dokumencie przygotowanym przez przystępującego.

Ad. 2. Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, gdyż przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zezwolenia Prezesa PAA na uruchomienie oferowanego urządzenia oraz na jego stosowanie. W Rozdziale VI ust. 1 pkt 3 SIWZ zamawiający wymagał posiadania przez wykonawcę zezwolenia Prezesa PAA na uruchomienie oferowanego urządzenia oraz na jego stosowanie. W odpowiedzi przystępujący złożył zezwolenie Nr D-17004 z 25 listopada 2008 r. wydane dla IBCOL Polska Sp. z o.o. w Warszawie, na uruchamianie urządzeń rentgenowskich produkowanych przez Golden Engineering m.in. typu XRS-3. Zdaniem odwołującego zezwolenie nie dotyczy urządzenia NOVO 22 Rover 4K, lecz wyłącznie generatora promieniowania RTG - XRS-3.

W pierwszej kolejności Izba zważyła, że zezwolenie posiadane przez odwołującego stanowi, że dotyczy ono urządzeń typu m.in. XRS-3.

Ustawa z 29 listopada 2000 r. - Prawo atomowe (na datę wydania zezwolenia: Dz.U. z 2007 r. Nr 42 poz. 278, aktualnie Dz. U. z 2018 r. poz. 792) nie zawiera definicji pojęcia urządzenie. Stanowi natomiast w art. 3 pkt 50), którego brzmienie nie uległo zmianie od daty wydania badanego zezwolenia, że urządzenia radiologiczne to źródła promieniowania jonizującego lub urządzenia służące do detekcji promieniowania jonizującego, wykorzystywane do celów leczniczych lub diagnostycznych. W oparciu o brzmienie tego przepisu, zawierającego alternatywę łączną, Izba uznała, że brak dostatecznych podstaw do stwierdzenia, że sam generator promieniowania RTG nie może być uznany za urządzenie radiologiczne, skoro, jest jedynym elementem systemu oferowanego przez przystępującego wytwarzającym promieniowanie RTG, a więc będącym źródłem promieniowania. Art. 4 ust. 1 pkt 5 ww. ustawy nakazuje uzyskanie zezwolenia wyłącznie dla urządzeń wytwarzających promieniowanie RTG, zatem zezwolenie nie może dotyczyć urządzenia, które tego promieniowania nie emituje, nawet jeśli wchodzi w skład oferowanego systemu (*arg. a contrario*). Odwołujący nie uzasadnił, ani nie udowodnił swego twierdzenia. Stanowisko Prezesa PAA z 7 lutego 2019 r. złożone na rozprawie, gdzie w pkt 3 zawarte jest stwierdzenie, że „Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo atomowe zezwolenia wydawane są na stosowanie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące, a nie generatorów RTG”, nie zostało uznane przez Izbę za wystarczający dowód.

Po pierwsze: nie wiadomo, co Prezes PAA rozumiał pod pojęciem generatora, którego nie może dotyczyć zezwolenie. Odwołujący nie załączył swego pisma z 17 stycznia 2019 r., na które udzielono cytowanej odpowiedzi z 7 lutego 2019 r., natomiast w innym piśmie kierowanym do Prezesa PAA z 14 lutego 2019 r., sam wskazuje generator XRS-3, jako aparat rentgenowski. Pojęcia urządzenie i aparat to synonimy, zatem generator XRS-3 jako aparat rentgenowski jest również urządzeniem.

Ad. 3. Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, gdyż przystępujący złożył aktualne zezwolenie Prezesa PAA na uruchomienie oferowanego urządzenia oraz na jego stosowanie wymagane w Rozdziale VI ust. 1 pkt 3 SIWZ. Nie potwierdził się zarzut, że przystępujący złożył nieaktualne zezwolenie dotyczące poprzedniej wersji generatora promieniowania RTG XRS-3, pomimo zaferowania generatora promieniowania RTG wyprodukowanego po maju 2017 r. Istotą zarzutu było twierdzenie, że zmiana parametrów generatora XRS-3 w roku 2017 r., powoduje brak możliwości posłużenia się posiadanym zezwoleniem Prezesa PAA z roku 2008 r. na uruchomienie generatora i powoduje obowiązek uzyskania nowego zezwolenia.

Na wzmocnienie argumentacji odwołujący złożył na rozprawie pismo Prezesa PAA z 28 lutego 2019 r., w której Prezes PAA w odpowiedzi na pisma z 14 i 22 lutego 2019 r. stwierdził, że zezwolenie wydane na podstawie art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo atomowe uprawnia do uruchamiania urządzenia, którego konfiguracja, parametry techniczne, sposób obsługi oraz wyposażenie, zgodne są z dokumentacją techniczną przedłożoną wraz z wnioskiem o wydanie zezwolenia. Wszelkie zmiany typu, budowy, konfiguracji, parametrów technicznych, sposobu obsługi oraz wyposażenia tego urządzenia mogą mieć wpływ na ochronę radiologiczną i wymagają uzyskania nowego zezwolenia Prezesa PAA na działalność z tym urządzeniem, określonej w art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zgodnie z art. 4 ust. 7 ustawy – Prawo atomowe zezwolenia Prezesa PAA wydawane są bezterminowo, zatem - w ocenie składu orzekającego – uzyskane zezwolenie jest aktualne, tak długo, jak generator typu XRS-3 może być użytkowany zgodnie z opisem zawartym w instrukcjach serwisowych, obsługi i dokumentacjach techniczno-ruchowych, do czego zobowiązuje sama treść zezwolenia. Tak też powinno być rozumiane oświadczenie Prezesa PAA z 28 lutego 2019 r., w którym stwierdzono, że zezwolenie dotyczy urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące XRS-3, którego budowa, konfiguracja, parametry techniczne, sposób obsługi i wyposażenia są zgodne z dokumentacją złożoną wraz z wnioskiem. W konsekwencji – zdaniem Izby – uzyskanie nowego zezwolenia jest wymagane nie w razie wprowadzenia jakichkolwiek zmian w zakresie parametrów generatora, lecz w sytuacji, gdy wprowadzono takie zmiany typu (którego przystępujący nie zmienił), budowy, konfiguracji, parametrów technicznych, sposobu obsługi oraz wyposażenia, które wprowadzają zmiany w stosunku do dokumentacji technicznej, na podstawie której zostało wydane zezwolenie z roku 2008.

Treść pisma odwołującego z 14 lutego 2019 r. budzi wątpliwości, co do tego, czy jest ono tym pismem, na które Prezes PAA udzielił odpowiedzi 28 lutego 2019 r. W piśmie z 14 lutego 2019 r. odwołujący zadał pytanie, czy w przypadku posiadania zezwolenia Prezesa PAA na uruchamianie aparatu rentgenowskiego produkcji Golden Engineering – generatora XRS-3, który następnie został zastosowany w urządzeniu Novo Rover 22 4K i jest sterowany przez wbudowane w nim i dedykowane do tego złącze komunikacyjne, bez jego modyfikacji, zgodnie z instrukcją obsługi, uprawnia do uruchomienia urządzenia Novo Rover 22 4K, czy też w ww. przypadku konieczne jest uzyskanie odrębnego zezwolenia Prezesa PAA na uruchomienie urządzenia Novo Rover 22 4K, którego elementem jest ww. aparat rentgenowski XRS-3. Do pisma odwołujący załączył kartę katalogową urządzenia Novo Rover 22 4K wraz z instrukcją użytkowania.

Zwraca uwagę fakt, że Prezes PAA w odpowiedzi z 28 lutego 2019 r. nie odnosi się do kwestii istnienia obowiązku uzyskania zezwolenia na uruchomienie aparatu Novo Rover 22 4K, w którym zastosowano posiadający zezwolenie

generator XRS-3. Treść odpowiedzi dotyczy natomiast zmian, w tym również zmian typu, dokonanych w urządzeniu XRS-3 wytwarzającym promieniowanie jonizujące.

Jest to tym bardziej widoczne, że odwołujący dołączył również inne pismo i udzieloną na nie odpowiedź, dotyczące samego odwołującego. W piśmie z 12 lutego 2019 r. odwołujący zapytał Prezesa PAA, czy obowiązek uzyskania zezwolenia na stosowanie urządzenia Golden Engineering, generator promieni RTG w zestawie VIDISCO ALFA wytwarzającego promieniowanie jonizujące spoczywa na kupującym urządzenie od odwołującego, który posiada zezwolenie na uruchamianie sprzedawanych urządzeń. W odpowiedzi z 22 lutego 2019 r. Prezes PAA stwierdził, że obowiązek uzyskania zezwolenia spoczywa na kierowniku jednostki organizacyjnej zamierzającej stosować urządzenie wytwarzające promieniowanie jonizujące. Prezes PAA udzielił zatem jednoznacznej odpowiedzi na zadane pytanie. Tymczasem odpowiedź na pytanie dotyczące aparatu Novo Rover 22 4K mimo jasno zadanego pytania, nie jest jednoznaczna i wydaje się być pozbawiona bezpośredniego związku z pytaniem.

Zdaniem Izby, skoro decydujące znaczenie dla aktualności zezwolenia ma przestrzeganie wymagań zawartych w instrukcjach serwisowych, obsługi i dokumentacjach techniczno-ruchowych, od odwołującego, na którym spoczywa ciężar dowodu twierdzonych okoliczności (art. 190 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp) należałoby oczekiwać co najmniej wykazania, że zmiany parametrów dokonane w generatorze dotyczą danych ujawnianych w dokumentacji, na podstawie której uzyskano zezwolenie. Odwołujący wskazał jedynie parametry, które jego zdaniem zostały zmienione, jednak bez podania, czy są to parametry brane pod uwagę w toku uzyskiwania zezwolenia oraz czy ich dokonanie ma wpływ na typ urządzenia, na które uzyskano zezwolenie.

Ad. 4. Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu. Spełnione zostały wymagania zamawiającego opisane w pkt 10 Specyfikacji Technicznej.

Istotą szczegółowych zarzutów było kolejno:

1. niespełnienie wymagania dostawy sprzętu wyprodukowanego nie wcześniej niż w 2018 r. w odniesieniu do generatora rentgenowskiego XSR-3.

Izba zważyła, że w SIWZ na potwierdzenie spełnienia tego wymagania zamawiający nie żądał złożenia dokumentu, ani odrębnego oświadczenia. Jedynym potwierdzeniem spełniania tego warunku przez wykonawców było oświadczenie składane przez nich w pkt 2 oferty. W oświadczeniu tym wykonawcy zobowiązywali się do realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ i załącznikami do SIWZ.

Odwołujący opierał ten zarzut na przyjętej przez siebie konstrukcji myślowej, zgodnie z którą przystępujący, albo zaoferował generator wyprodukowany przed rokiem 2017, wówczas posiada odpowiednie zezwolenie Prezesa PAA, ale nie spełnia wymagania dotyczącego roku produkcji generatora, albo zaoferował generator wyprodukowany zgodnie z wymaganiem zamawiającego, jednak w takim razie nie posiada zezwolenia Prezesa PAA na urządzenie z uwagi na zmiany wprowadzone w nim w roku 2017.

W czasie rozprawy odwołujący sam przyznał, że kwestia roku produkcji generatora została wyjaśniona. Zarzut okazał się być nietrafny.

2. niespełnienie wymagania dostawy sprzętu wyprodukowanego nie wcześniej niż w 2018 r. w odniesieniu do głównego komputera - tabletu sprzęt: „FZ-Y1 - Panasonic 4K 20”, którego produkcja miała zostać zakończona w roku 2017.

Zarzut okazał się nietrafny, co Izba uznała na podstawie dowodu złożonego przez odwołującego. W korespondencji mailowej z 22 lutego 2019 r. pracownik firmy Panasonic, Pan J. W., oświadczył, że produkcja tabletów zakończyła się w roku 2018.

W tym stanie sprawy Izba uznała, że dostarczenie tabletu wyprodukowanego w roku 2018 r. jest możliwe.

3. dostawy fabrycznie nowego sprzętu, gdyż zdaniem odwołującego z oświadczenia producenta systemu NOVO Rover 22 4K wynika, że tablet - FZ-Y1 Panasonic 4K, 20" został przez niego zmodyfikowany.

Treść zarzutu oparta jest na oświadczeniu NOVO DR Ltd 23 stycznia 2019 r. Wbrew pogładowi odwołującego, brak jest w nim jednak stwierdzenia, że producent systemu Novo Rover dokonał modyfikacji tabletu. W oświadczeniu wskazano jedynie, że ograniczenia wersji standardowej nie dotyczą tabletów, oferowanych przez NOVO DR, które są dostosowane do systemów tego producenta i nie wchodzi w zakres instalacji standardowych wersji tabletu w obszarze elektrowni atomowych (nuclear equipment/ nuclear systems) i innych lokalizacjach, gdzie istnieją dodatkowe, unikalne normy i wymagania związane z bezpieczeństwem tych instalacji. Z oświadczenia tego należy zatem wywieść jedynie, że tablet - FZ-Y1 zintegrowany z systemem NOVO Rover 22 4K, nie posiada ograniczeń wskazanych w standardowej wersji tabletu.

4. posiadania przez tablet ochrony IP 65 i możliwości pracy w temperaturze od -20 do +40 stopni Celsjusza.

Odwołujący opierał zarzut na twierdzeniu, że zgodnie ze specyfikacją i instrukcją obsługi producenta tabletu firmy Panasonic oraz katalogów produktów NOVO DR tablety nie pracują w wymaganym przez zamawiającego przedziale temperatur oraz nie posiadają ochrony IP 65.

Izba zważyła, że wymagania te opisane w pkt 4.1 i 4.2. Specyfikacji technicznej nie odnoszą się literalnie do tabletu – komputera głównego, ale do urządzenia. Pojęcia urządzenie, wbrew stanowisku prezentowanemu na rozprawie, zamawiający nigdzie nie zdefiniował. Specyfikacja techniczna używa zamiennie pojęć urządzenie – sprzęt – system.

Zamawiający w SIWZ nie wskazał również, w jaki sposób jego wymagania mają być spełnione, tzn. czy może ma to wynikać z samych właściwości fizycznych poszczególnych urządzeń (w tym tabletu), czy wymaganie może być spełnione przez zastosowanie odpowiednich zabezpieczeń. Nie żądał też zamawiający żadnych dokumentów na potwierdzenie spełnienia swojego wymagania.

Izba uznała za godne wiary oświadczenie NOVO DR Ltd. z 23 stycznia 2019 r., w którym potwierdzono, że system Novo Rover 22 4K System, włączając w to zintegrowany tablet FZ-Y1 gwarantuje prawidłową pracę urządzenia, w zakresie od -20 C do +40 C. Jest to możliwe ze względu na nasze unikalne projektowanie i rozwiązania, które różnią się od tych zastosowanych w produktach komercyjnych „z półki”. Zgodnie z treścią oświadczenia, jakiejkolwiek informacje dotyczące restrykcji w stosowaniu tabletów w systemach RTG kategorycznie nie mają zastosowania. Ograniczenia dotyczą instalacji standardowych wersji tabletu w obszarze elektrowni atomowych (nuclear equipment/nuclear systems) i innych lokalizacjach, gdzie istnieją dodatkowe, unikalne normy i wymagania związane z bezpieczeństwem tych instalacji.

Oświadczenie zawiera również potwierdzenie spełniania wymagania dotyczącego wymaganej ochrony IP. NOVO DR Ltd. Wskazano bowiem, że Novo Rover 22 4K System, w tym zintegrowany z nim tablet FZ-Y1, posiada stopień ochrony IP 65. Wyjaśniono, że wszystkie komponenty mają, albo ze swojej istoty IP 65, albo ten poziom ochrony jest osiągany za pomocą rozwiązań zapewniających urządzeniom wymagany poziom odporności. Standardowa skrzynia Pelican mieszcząca sprzęt spełnia wszystkie wymogi IP 65, a NOVO DR posiada zintegrowane rozwiązania dla każdego elementu aby spełnić wymagania w trakcie pracy, w postaci naszych specjalnych osłon do stosowania w trudnych warunkach.

Izba uznała to oświadczenie za wystarczające.

Powołany wyżej mail z 22 lutego 2009 r. pracownika firmy Panasonic, z którego odwołujący wywodził brak spełniania wymagań zamawiającego, odnosi się do standardowych wersji tabletu, odwołuje się do katalogów firmy i przekazanej karty katalogowej, zatem nie potwierdza trafności zarzutu.

Ad. 5. Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Rozbieżność w cenie oferty polegająca na podaniu ceny oferty liczbowo: 4 428 000 złotych oraz podaniu ceny oferty w kwocie: „cztery miliony dwieście dwadzieścia osiem tysięcy siedemset czterdzieści złotych” nie uzasadnia odrzucenia oferty przystępującego.

Izba ustaliła, że zamawiający w rozdziale XIII SIWZ oraz w załączniku Nr 1 do SIWZ –wzorce formularza ofertowego, nie przewidział obowiązku podawania ceny słownie. Wykonawca podawał jedynie całkowitą cenę oferty wyrażoną liczbą, bez wskazania cen poszczególnych elementów składowych oferty. W szczególności wzór formularza oferty nie zawiera miejsca na podanie ceny słownie. Zdaniem Izby w takiej sytuacji brak jest podstaw do uznania, że przystępujący dopuścił się omyłki, niemożliwej do poprawy.

Przed wszystkim sytuacja ta nie oznacza niezgodności oferty z SIWZ, gdyż wymaganie SIWZ dotyczące podania ceny brutto wyrażonej wartością liczbową zostało spełnione przez przystępującego.

Nie podzielono poglądu, że podanie przez przystępującego nadmiarowo ceny słownie i to o innej wartości niż podana liczbowo, nie może nastąpić skutkiem omyłki. Omyłka taka mogłaby nastąpić przykładowo skutkiem zmiany decyzji dotyczącej ceny oferty, zastosowania formularza z innego postępowania (zwłaszcza że przystępujący inaczej niż odwołujący nie wypełnił formularza ręcznie, ale elektronicznie).

W ocenie składu orzekającego zamawiający trafnie uznał, że przystępujący wskazał w swojej ofercie cenę podaną liczbowo i przyjmując ją postąpił zgodnie z postanowieniami SIWZ. Działanie zamawiającego mieści się w granicach wyznaczonych przez art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podanie ceny słownie, czego zamawiający nie wymagał w SIWZ, jest bowiem działaniem niezgodnym z SIWZ, a usunięcie tego oświadczenia nie powoduje zmiany prawidłowo podanej ceny oferty. Przepis art. 87 ust. 2 *in fine* Pzp nakazuje poinformowanie wykonawcy o dokonanej poprawie, jednak nakazanie zamawiającemu dokonania tej czynności Izba uznała za zbędne z racji braku wpływu tej czynności na wynik postępowania, zwłaszcza wobec oświadczenia przystępującego zawartego w piśmie i podtrzymanego na rozprawie, że podanie ceny słownie nastąpiło skutkiem omyłki.

Możliwość wpływu nadmiarowego błędnego podania ceny oferty słownie na ocenę ofert we wszystkich kryteriach została wprawdzie powołana przez odwołującego, ale nie została wskazana konkretnie. Ponieważ cena wyrażona liczbowo była wyższa o ok. 190.000 zł od ceny wyrażonej słownie, oparcie się na niższej wartości powiększyłoby jedynie przewagę punktową oferty przystępującego.

Ad. 6. Zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Przystępujący nie wprowadził zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu lub spełnia warunki udziału w postępowaniu, ani też w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa nie przedstawił informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający opierał ten zarzut na treści wyjaśnień udzielonych przez przystępującego pismem z 23 stycznia 2019 r., w którym oświadczył on, że w ślad za producentem, informuje, iż cały oferowany przez nas w postępowaniu sprzęt jest fabrycznie nowy, wyprodukowany w 2019 r. i objęty pełną gwarancją”, co zdaniem odwołującego miało stworzyć mylne wrażenie dotyczące roku produkcji tabletu. Przystępujący zarzucił, że oświadczenie to pozostaje w sprzeczności z załączonym do tego pisma tłumaczeniem pisma NOVO DR Ltd. z dn. 23 stycznia 2019 r. Z pisma tego wynika bowiem, że systemy oferowane przez NOVO DR Ltd. są fabrycznie nowe, wyprodukowane w 2019 roku i objęte pełną gwarancją oraz tekstem oryginalnym pisma NOVO DR Ltd.: „We would like also to inform that NOVO systems to be provide are brand new equipment produced 2019”.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego powołanych przepisów.

Należy przypomnieć, że warunkiem koniecznym postawienia zarzutu złożenia informacji wprowadzających w błąd zamawiającego jest jasność sformułowania wymagania zamawiającego, którego dotyczy dana informacja. Tymczasem zamawiający w Załączniku Nr 2 do SIWZ używa pojęć sprzęt i urządzenie całkowicie dowolnie. Nie ma zatem pewności co do tego, czy tłumaczenie może być efektem świadomego działania przystępującego, zwłaszcza, że przystępujący dołączył do wyjaśnień oryginał tłumaczonego oświadczenia.

Ponadto zarzut jest całkowicie bezzasadny w świetle ustalenia, że tablety były produkowane jeszcze w roku 2018.

Również bezzasadny jest zarzut w zakresie daty wyprodukowania generatora XRS-3, cowynika z ustaleń i ocen zaprezentowanych wyżej. Przystępujący zaoferował nowy generator, a zezwolenie Prezesa PAA Izba uznała za aktualne, z racji braku wystarczających dowodów na twierdzenie przeciwne.

Ad. 7. W konsekwencji przez wybór oferty przystępującego zamawiający nie naruszył art. 92 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 Pzp. Oferta ta nie podlega odrzuceniu, a sam przystępujący nie podlega wykluczeniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....

.....
.....