Sygn. akt: KIO 1114/22

WYROK

z dnia 17 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kurowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 kwietnia 2022 r. przez Wykonawcę Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Izbę Administracji Skarbowej w Gdańsku,

przy udziale Wykonawcy Multicontrol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego punktem 2.3. petitum odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 107 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Multicontrol Sp. z o.o. do uzupełnienia deklaracji CE dla oferowanego modelu komputera i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności

wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie Wykonawcy Multicontrol Sp. z o.o. do uzupełnienia deklaracji zgodności CE do oferowanego modelu komputera lub dokumentu równoważnego;

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania obciąża Odwołującego Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 2/3 oraz Zamawiającego Izbę

Administracji Skarbowej w Gdańsku w części 1/3;

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Odwołującego Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Zamawiającego Izby Administracji Skarbowej w Gdańsku na rzecz Odwołującego Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1114/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Gdańsku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia mającego za przedmiot Dostawę wielkogabarytowego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów oraz kontenerów na potrzeby Izby Administracji Skarbowej w Gdańsku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 030-074145 w dniu 11 lutego 2022 r.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej - oferty Wykonawcy Multicontrol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 22 kwietnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Wykonawcy Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o., dalej jako „Odwołujący", od:

1. czynności wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez Wykonawcę Multicontrol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako oferty najkorzystniejszej;

2. zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Multicontrol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Multicontrol złożonej w Postępowaniu, pomimo że zaoferowane przez Multicontrol urządzenie RTG Canis Gantry ma charakter modelowy / prototypowy, bowiem Multicontrol nie dostarczał jeszcze urządzeń RTG do skanowania pojazdów ciężarowych, a wyłącznie jedno urządzenie RTG do skanowania wagonów kolejowych (Canis), stanowiące odmienne urządzenie, co jest niezgodne z warunkami zamówienia;

ewentualnie:

2. art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Multicontrol do uzupełnienia zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchamianie oferowanego urządzenia na terenie Rzeczpospolitej Polskiej, pomimo że przedłożone przez Multicontrol zezwolenie Prezesa PAA dotyczy urządzenia Canis, a nie urządzenia Canis Gantry, a zatem nie potwierdza spełniania przez Multicontrol warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale VII ust. 7.1.2 SWZ;

3. art. 107 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie wezwania Multicontrol do uzupełnienia deklaracji CE dla oferowanego modelu komputera, pomimo że obowiązek jej złożenia wraz z ofertą wynikał z OPZ oraz specyfikacji funkcjonalno-technicznej obowiązujących w Postępowaniu, a Multicontrol nie przedłożył wskazanego przedmiotowego środka dowodowego.

Podstawowe żądanie, jakie podniósł Odwołujący to uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert;

3. odrzucenia oferty Wykonawcy Multicontrol Sp. z o.o. ewentualnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert i wezwanie Wykonawcy Multicontrol Sp. z o.o. do uzupełnienia zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchamianie urządzenia Canis Gantry oraz deklaracji zgodności CE dla oferowanego komputera.

W części argumentacyjnej Odwołujący podniósł, co następuje.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że urządzenia wykorzystywane przez Zamawiającego można podzielić na dwie grupy: urządzenia RTG służące do prześwietlania wagonów kolejowych oraz urządzenia RTG służące do prześwietlania całych pojazdów ciężarowych - będące przedmiotem niniejszego postępowania. Odwołujący zwrócił uwagę na różnice występujące pomiędzy wymienionymi grupami urządzeń wskazując, że urządzenia RTG służące do prześwietlania wagonów klejowych są urządzeniami stacjonarnymi, natomiast urządzenia RTG służące do prześwietlania całych pojazdów ciężarowych są urządzeniami samobieżnymi poruszającymi się na szynach lub kołach. Odwołujący wskazał na odmienną konstrukcję tych dwóch grup urządzeń przejawiającą się w tym, że urządzenia RTG służące do prześwietlania wagonów klejowych nie przemieszczają się, a zatem nie wymagają służącej do tego wymienionej przez Odwołującego infrastruktury. Ponadto wskazane grupy urządzeń różnią się także zakresem i metodą prześwietlania oraz infrastrukturą. Odwołujący wskazał, że urządzenia RTG służące do prześwietlania wagonów kolejowych pracują wyłącznie w funkcji Portal. Odwołujący podniósł również, że wymienione typy urządzeń cechuje odmienne przeznaczenie, parametry i funkcje.

Odwołujący powołując się na swoją najlepszą wiedzę podniósł, że także w ofercie Wykonawcy Multicontrol Sp. z o.o. występują urządzenia do prześwietlania wagonów kolejowych - urządzenia Canis oraz urządzenia służące do prześwietlania pojazdów ciężarowych - Canis Gantry.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. w ofercie złożonej w przedmiotowym postępowaniu zaoferował urządzenie Canis Gantry.

Jednocześnie, jak wskazał Odwołujący, Zamawiający zastrzegł w opisie przedmiotu zamówienia, że „akcelerator nie może być urządzeniem modelowym ani prototypowym, co nie jest równoznaczne z brakiem możliwości dostosowania już istniejącego modelu/typu do skonkretyzowanych w niniejszej specyfikacji potrzeb i wymagań Zamawiającego” - pkt 1 tabeli OPZ; pkt 2 specyfikacji funkcjonalno-technicznej. Odwołujący przywołał także odpowiedź na pytanie do treści SWZ, w której Zamawiający doprecyzował, iż w ww. zapisie „chodzi o całe urządzenie RTG (z akceleratorem)”

Następnie Odwołujący wskazał, że Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. nie dostarczył żadnego urządzenia Canis Gantry służącego do prześwietlania pojazdów ciężarowych, co oznacza, że urządzenie to ma charakter modelowy/prototypowy.

Odwołujący wskazał, że bez wpływu na spełnianie wymagań Zamawiającego w kwestionowanym zakresie pozostaje fakt, że ww. Wykonawca zrealizował dostawę urządzenia Canis, wykazaną na potrzeby potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu z uwagi na odmienne przeznaczenie, parametry i funkcje ww. urządzeń. Odwołujący wskazał na odrębność urządzenia Canis w stosunku do urządzenia Canis Gantry.

W ocenie Odwołującego dozwolonym „dostosowaniem urządzenia do potrzeb Zamawiającego” może być modyfikacja polegająca na zmianie wartości energii lub

parametrów jakości obrazów lub dodanie funkcjonalności - w obrębie tego samego modelu/typu urządzenia. Odwołujący stwierdził, że zmiana przeznaczenia urządzenia RTG nie stanowi dozwolonego dostosowania urządzenia.

W odniesieniu do zarzutu oznaczonego punktem 2. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że złożone przez Wykonawcę Multicontrol Sp. z o.o. zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki nie obejmuje urządzenia Canis Gantry, ale wyłącznie urządzenie Canis. Odwołujący stwierdził, że Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. nie wykazał dysponowania zezwoleniem Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchamianie oferowanego urządzenia.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie oznaczonym numerem 3. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z dokumentami zamówienia - opisem przedmiotu zamówienia oraz specyfikacją funkcjonalno-techniczną - wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz z ofertą deklaracji zgodności CE dla oferowanego modelu komputera. Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. ww. dokumentu nie złożył, co powinno skutkować wezwaniem go do uzupełnienia ww. przedmiotowego środka dowodowego.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W odniesieniu do podniesionych przez Odwołującego zarzutów Zamawiający przedstawił następującą argumentację.

Ad 1.

Zamawiający zakwestionował słuszność badania zgodności oferty złożonej przez Wykonawcę Multicontrol Sp. z o.o. z warunkami zamówienia w kwestionowanym zakresie przez pryzmat dokumentów składanych w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu - wykazu wykonanych dostaw sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ. W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, że twierdzenia Odwołującego są przypuszczeniami i domysłami, a Odwołujący nie udowodnił, by zaoferowane przez Wykonawcę Multicontrol Sp. z o.o. urządzenie było modelowe/prototypowe. Zamawiający podniósł, że nie przewidział dodatkowych dokumentów na potwierdzenie wymogów określonych w punkcie 2 załącznika nr 1b do SWZ.

Ad 2.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie 2. petitum odwołania Zamawiający wskazał, że Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. złożył zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchamianie na terenie Rzeczpospolitej Polskiej urządzeń Canis oraz pismo zawierające wyjaśnienia, zgodnie z którymi złożone zezwolenie dotyczyło trzech typów urządzeń Canis oferowanych przez Wykonawcę Multicontrol Sp. z o.o. - w tym urządzenia Canis Gantry.

Ad 3.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 3. petitum odwołania Zamawiający podniósł, że w rozdziale VIII SWZ pkt 8.3.B (tabela) wskazał przedmiotowe środki dowodowe, jakie należało złożyć wraz z ofertą - w tym miejscu SWZ Zamawiający nie wymienił deklaracji CE dla oferowanego modelu komputera. Zapis w specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowił pozostałość po pierwotnych zapisach w dokumentacji i omyłkowo nie został usunięty. Zamawiający wskazał, że kwestionowany dokument nie został przez niego wymieniony jako przedmiotowy środek dowodowy, zatem nie mógł stanowić o odrzuceniu oferty.

Pismem z dnia 11 maja 2022 r. stanowisko procesowe przedstawił Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Ad 1.

W odniesieniu do zarzutu oznaczonego numerem 1. petitum odwołania Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. wskazał, co następuje.

„(...) Nie było wymaganiem przetargowym wg treści specyfikacji warunków zamówienia wykazanie przez wykonawcę zrealizowania już wcześniej dostawy urządzenia o identycznych parametrach jak będące przedmiotem oferty na rzecz innego podmiotu. Multicontrol nie musiał i nie musi udowadniać takiej dostawy, bo nie było to warunkiem przetargowym. Przypuszczenia Odwołującego w tym zakresie nie mają żadnego znaczenia

dla oceny prawidłowości złożonej oferty. Multicontrol wykazał wymagane przez Zamawiającego doświadczenie podając i załączając referencje Wojewody Podlaskiego dla zrealizowanej dostawy urządzenia Canis na przejście graniczne Kuźnica Białostocka - Grodno. Wymaganie nieprototypowego charakteru oferowanego urządzenia jest wymaganiem w ramach realizacji umowy, niepodlegającym udowadnianiu na etapie weryfikacji i oceny ofert. Multicontrol złożył w ofercie oświadczenia potwierdzające, że przedmiot oferty spełnia wszelkie oczekiwane przez Zamawiającego parametry i zobowiązał się m.in. do tego, że w wykonaniu umowy nie dostarczy urządzenia będącego prototypem. Zamawiający w SWZ nie sformułował wymagania wykazywania tej okoliczności innymi środami dowodowymi poza samym zobowiązaniem wykonawcy. Zamawiający nie miał zatem żadnych podstaw dla odrzucenia oferty złożonej przez Multicontrol. Sformułowany przez Odwołującego zarzut w tym zakresie nie znajduje podstaw prawnych. Niezależnie od powyższego Odwołujący nie wykazał swojej tezy, jakoby zaoferowane przez Multicontrol urządzenie miało modelowy / prototypowy charakter. Nie wykazał i nie mógł tego uczynić bowiem teza ta jest nieprawdziwa. Na nieporozumieniu opiera się wnioskowanie Odwołującego, zgodnie z którym skoro Multicontrol dotychczas rzekomo nie dostarczył urządzenia Canis w typie przeznaczenia gantry, to oznacza, że zaoferowane urządzenie ma charakter prototypu. Prototypem jest egzemplarz stworzony na potrzeby prób i badań. Zamawiający wyraźnie zastrzegł, że w ramach zamówienia nie jest zainteresowany nabyciem prototypu. Multicontrol w wykonaniu przedmiotowego zamówienia dostarczy nowe urządzenie Canis wyprodukowane na potrzeby tego konkretnego zamówienia o specyfikacji zgodnej z wymaganiami SWZ, przeznaczone do realnej pracy w ruchu ciągłym, a nie prototyp do testów lub badań. (...)”

W dalszej kolejności Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. wskazał, że „(...) prototyp urządzenia Canis został wykonany przez Narodowe Centrum Badań Jądrowych. Prototyp ten nie jest przedmiotem oferty złożonej w niniejszym postępowaniu podobnie jak nie był przedmiotem ofert w poprzednich podobnych postępowaniach. Multicontrol w ramach swojej działalności gospodarczej oferuje urządzenie Canis do bezinwazyjnej kontroli wagonów kolejowych, samochodów i kontenerów stworzony we współpracy z Narodowym Centrum Badań Jądrowych. Urządzenie Canis jest oferowane jako stacjonarny system do kontroli wagonów kolejowych oraz jako system montowany na konstrukcji suwnicowej do kontroli pojazdów i kontenerów stojących w miejscu lub poruszających się (typ oznaczany wg nomenklatury urządzeń RTG jako gantry) lub poruszających się (typ portal). (...) Wbrew przypuszczeniom Odwołującego Multicontrol wykonywał już urządzenia Canis we wszystkich przeznaczeniach:

> • urządzenie Canis przeznaczone do skanowania wagonów kolejowych dostarczone przez Multicontrol z powodzeniem pracuje na kolejowym przejściu granicznym Kuźnica Białostocka - Grodno (zamówienie zrealizowane na zlecenie Wojewody Podlaskiego - stanowiło referencyjną dostawę).”

W tym miejscu Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. zamieścił zdjęcia prezentujące urządzenie Canis pracujące na przejściu kolejowym Kuźnica Białostocka - Grodno.

Następnie Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. wskazał, że wykonał także urządzenie Canis służące do skanowania samochodów - w tym miejscu ww. Wykonawca zamieścił zdjęcie prezentujące urządzenie.

W dalszej kolejności Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. wskazał, że „(...) Opracowany przez NCBJ dwuenergetyczny akcelerator rentgenowski umożliwiający płynną zmianę energii w czasie rzeczywistym jest sercem urządzenia Canis. (...)”

W odniesieniu do zarzutu oznaczonego numerem 2. petitum odwołania Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. wskazał, co następuje.

„Multicontrol spełnił wymaganie SWZ w zakresie wykazania posiadania zezwolenia na uruchamianie oferowanego urządzenia rentgenowskiego przedkładając dokument urzędowy - decyzję administracyjną nr D-20977 wydaną w dniu 7.01.2019 r. Decyzja administracyjna w postaci zezwolenia Prezesa PAA stanowi samodzielny i wystarczający środek dowodowy w tym zakresie. Decyzja ta obejmuje swoim zakresem zaoferowane w niniejszym postępowaniu urządzenie Canis w konfiguracji do skanowania pojazdów w ruchu jak i obiektów / pojazdów stojących, co wynika z załączonej do wniosku dokumentacji technicznej, której fragment załączam do niniejszego pisma (pozostała część dokumentacji technicznej załączonej do wniosku zawiera informacje techniczne stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa). (...) Każde urządzenie Canis - niezależnie od przeznaczenia - składa się z następujących elementów:

1) system tworzenia obrazu RTG:

a. dwuenergetyczny akcelerator liniowy z możliwością naprzemiennego emitowania promieniowania rentgenowskiego niskiej energii do 6 MeV i wysokiej energii do 9 MeV,

b. elementy detekcyjne dla promieniowania X prześwietlającego kontrolowany obiekt,

c. elementy sterujące pracą akceleratora i elementów detekcyjnych,

d. oprogramowanie sterujące i obrazujące,

2) elementy konstrukcyjne detektora montowane za pomocą stalowych kratownic wraz z ramą montażową akceleratora,

3) stanowisko operatorskie do sterowania urządzeniem,

4) stanowisko do analizy zdjęć rentgenowskich,

5) system barier zabezpieczających.

W zależności od metody skanowania urządzenia Canis, zespół ramienia detektorów i podstawa akceleratora mocowane są na stałe do gruntu (skanowaniu podlega pojazd w ruchu) lub na konstrukcji bramowej z układem jezdnym na suwnicach (skanowaniu podlega stojący obiekt - pojazd / kontener poprzez ruch bramy na suwnicach wzdłuż skanowanego obiektu). Poszczególne konfiguracje urządzenia Canis i związane z tym różnice w sposobie posadowienia poszczególnych elementów (na nieruchomych lub ruchomych konstrukcjach) nie mają znaczenia w zakresie parametrów technicznych istotnych z punktu widzenia zezwolenia na uruchamianie - różnice dotyczą jedynie elementu z pkt 2 powyżej, tj. konstrukcji ramienia detektorów i wynikają z oczywistego stanu techniki. Niektórzy z producentów RTG oferują różne urządzenia w zależności od ich przeznaczenia. Multicontrol oferuje natomiast jedno urządzenie Canis dostosowywane w zależności od potrzeb, co w żaden sposób nie wyklucza udziału z tego postępowania podobnie jak nie wykluczyło z udziału z innych tego typu przetargów. Kwestia ta jest przedmiotem zarzutów stawianych przez Nuctech w każdym z postępowań, w których Multicontrol brał udział i w związku z tym była już wielokrotnie wyjaśniana."

W tym miejscu Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. zamieścił diagram prezentujący urządzenie Multicontrol Canis do skanowania pojazdów stojących (gantry) oraz diagram prezentujący urządzenie Multicontrol Canis do skanowania pojazdów w ruchu.

Następnie Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. wskazał:

„Multicontrol podjął decyzję o stworzeniu jednego urządzenia Canis i uzyskaniu zezwolenia Prezesa PAA na uruchamianie na jedno urządzenie Canis, które na podstawie dokumentacji technicznej podlega dostosowaniu do różnych przeznaczeń i metod skanowania w zależności od potrzeb. Na podstawie przedłożonego zezwolenia Multicontrol ma prawo uruchamiania urządzenia Canis zgodnego z dokumentacją - a zatem w każdej z konfiguracji objętych jednym wnioskiem, jedną dokumentacją i jedną decyzją Prezesa PAA. Prezes PAA wydając zezwolenie uprawnił Multicontrol do uruchamiania urządzenia Canis we wszystkich typach do skanowania wagonów, pojazdów i kontenerów. Decyzja Multicontrol w tym zakresie - jedno urządzenie z możliwością konfiguracji do różnych przeznaczeń i metod skanowania - została usankcjonowana decyzją Prezesa PAA.

Wbrew tezom odwołującego z pkt 2.4 odwołania Multicontrol nie oferuje odrębnych urządzeń o różnych nazwach. Nie oferuje odrębnego urządzenia o nazwie Canis Gantry, a jedno urządzenie Canis konfigurowane do różnych metod skanowania - dostosowywane do skanowania obiektów w ruchu lub obiektów statycznych. Multicontrol dla potrzeb realizacji zamówienia posiada zezwolenie na uruchamianie urządzenia Canis, które będzie zainstalowane na terenie BTC w Gdyni, bowiem decyzja Prezesa PAA z 7.01.2019 r. dotyczy urządzenia Canis w każdym z typów przeznaczenia. Decyzja ta jest obowiązującym prawem niepodlegającym kwestionowaniu w niniejszym postępowaniu."

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie oznaczonym numerem 3. petitum odwołania Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. wskazał, co następuje.

„(...) W samej specyfikacji warunków zamówienia, w przejrzystej tabeli na stronach od 16 do 25, Zamawiający szczegółowo i enumeratywnie wylistował wymagane dokumenty ze wskazaniem wymaganej treści i właściwego momentu ich złożenia. W pkt B.I tabeli na stronie 24 specyfikacji Zamawiający nakazał złożenie wraz z ofertą podpisanej specyfikacji funkcjonalno-technicznej z zaznaczeniem potwierdzeń dla spełnienia wymogów - w tym również w zakresie owego dodatkowego komputera PC. Zamawiający nie zawarł w tym wykazie wymogu załączenia deklaracji CE producenta tego komputera do oferty.

Zamawiający swoim postępowaniem usunął sprzeczność między SWZ i załącznikami do SWZ w ten sposób, że zrezygnował na tym etapie z oczekiwania otrzymania deklaracji CE dodatkowego komputera, co do wyboru którego wykonawcy mają czas aż do daty zakończenia realizacji umowy, z jednoczesnym podtrzymaniem oczekiwania, że deklaracja CE zostanie wydana wraz z samym sprzętem. Potwierdzeniem takiego rozumienia była treść otrzymanego od Zamawiającego wezwania z dnia 28.03.2022 r. do przedstawienia dokumentów składanych przez najlepiej punktowanego oferenta - również w tym dokumencie Zamawiający nie wspomniał o deklaracji CE dla komputera klasy PC.

Kierując się potrzebą zapewnienia ekonomii procesowej w ramach przedmiotowego zamówienia wykonawca załącza do niniejszego pisma deklarację CE wystawioną przez producenta Dell Inc dotyczącą komputera, o której mowa w pkt 9 załącznika nr 1a do SWZ (opis przedmiotu zamówienia) i w pkt 10 załącznika nr lb do SWZ (specyfikacja funkcjonalno-techniczna). Dell, podobnie jak inni producenci, udostępnia na swoich stronach internetowych deklaracje CE dla całego oferowanego asortymentu. (...)".

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Izba uznała zgłoszone przystąpienie za skuteczne.

W trakcie rozprawy Odwołujący, Zamawiający oraz Przystępujący Multicontrol Sp. z o.o. podtrzymali również swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest Dostawa wielkogabarytowego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów oraz kontenerów na potrzeby Izby Administracji Skarbowej w Gdańsku.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został umieszczony w następujących załącznikach: załączniku nr 1a do SWZ - OPZ, załączniku nr 1b do SWZ - Specyfikacja funkcjonalno-techniczna, załączniku nr 2 do SWZ (punkt 2.) - Projektowanych postanowieniach umowy.

W załączniku nr 1a do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia oraz w załączniku nr 1b do SWZ - Specyfikacja funkcjonalno-techniczna dla oferowanego urządzenia Zamawiający zawarł następujące zastrzeżenie:

Akcelerator nie może być urządzeniem modelowym, ani prototypowym, co nie jest

równoznaczne z brakiem możliwości dostosowania już istniejącego modelu/typu do skonkretyzowanych w niniejszej specyfikacji potrzeb i wymagań Zamawiającego.

Pismem z dnia 11 marca 2022 r. zawierającym odpowiedzi na pytania zadawane do treści SWZ Zamawiający zawarł następujące doprecyzowanie:

Pytanie 4: Załącznik nr 1b do SWZ - Specyfikacja funkcjonalno-techniczna dla oferowanego urządzenia. Czy użyte sformułowanie „Akcelerator" w punkcie 2 należy traktować tożsamo ze sformułowaniem „urządzenie RTG"?

Odpowiedź 4: Zamawiający doprecyzowuje, ze chodzi o całe urządzenie RTG (z akceleratorem).

Zgodnie z punktem 7.1.2 SWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej: Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje zezwoleniem Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchamianie oferowanego urządzenia zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchamianie oferowanego Skanera zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe na terenie Rzeczpospolitej Polskiej.

Zgodnie z punktem 9.3 tiret 15 tabeli zawartej w załączniku nr 1a do SWZ-Opis Przedmiotu Zamówienia oraz zgodnie z punktem 10.3 tiret 15 tabeli zawartej w załączniku nr 1b do SWZ-Specyfikacji funkcjonalno-technicznej dla oferowanego urządzenia - dotyczącego niezależnego/przenośnego stanowiska do interpretacji obrazu oraz dodatkowego oprogramowania, sprzętu i licencji Zamawiający zawarł wymóg: Certyfikaty: Deklaracja zgodności CE dla oferowanego modelu komputera (załączyć do oferty) lub równoważne.

Zamawiający w rozdziale VIII punkt 8.3 tabela B zawierającym wykaz przedmiotowych środków dowodowych nie zawarł żądania załączenia do oferty deklaracji zgodności CE dla oferowanego modelu komputera.

Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. w punkcie 5 formularza ofertowego w rubryce „Marka, model, typ" wskazał: MultiControl, Canis, Gantry.

Jednocześnie w załączniku nr 1b do SWZ punkt 1 tabeli ww. Wykonawca w rubryce „oferta wykonawcy (szczegółowy opis)" wskazał: Producent/marka/rok produkcji/model urządzenia rentgenowskiego MultiControl Sp. z o.o./Multicontrol Canis/Canis/2022.

W załączniku nr 1b do SWZ punkt 2 tabeli w rubryce „Oferta Wykonawcy (szczegółowy opis)" w odniesieniu do zastrzeżenia „akcelerator nie może być urządzeniem modelowym ani prototypowym (.)" zaznaczył „TAK".

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 marca 2022 r. Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. złożył zezwolenie nr D-20977 z dnia 7 stycznia 2019 r. wydane przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, w którym wskazano:

Na podstawie art. 5 ust. 3 i 7a w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r.

- Prawo atomowe (...), po rozpatrzeniu wniosku, który wpłynął w dniu 19.10.2018 r. zezwalam MultiControl sp. z o.o. (...) na wykonywanie działalności, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy - Prawo atomowe polegającej na uruchamianiu urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące: Canis (.).

Jednocześnie ww. Wykonawca w treści pisma przewodniego z dnia 8 kwietnia 2022 r. wskazał, co następuje:

Na podstawie zezwolenia nr D-20977 z 7.01.2019 r. wykonawca posiada uprawnienie do uruchamiania urządzenia wytwarzającego promieniowanie jonizujące Canis, co świadczy o spełnieniu warunku udziału w postepowaniu. Urządzenie Canis objęte zezwoleniem występuje w trzech typach przeznaczenia: kolejowym, samochodowym portal i zaoferowanym w niniejszym postępowaniu samochodowym gantry. Dokumentacja techniczna Canis załączona do wniosku o wydanie zezwolenia nr D-20977 z 7.01.2019 r., która definiuje zakres zezwolenia, obejmuje swoim zakresem typy Canis dla wszystkich trzech przeznaczeń. Prezes PAA wydając zezwolenie uprawnił wykonawcę do uruchamiania urządzenia Canis dla kolei, dla przeznaczenia samochodowego gantry i dla przeznaczenia samochodowego portal.

Wykonawca Multicontrol Sp. z o.o. nie załączył do złożonej oferty deklaracji zgodności CE dla oferowanego modelu komputera lub dokumentu równoważnego.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - złożonej przez Wykonawcę Multicontrol Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowisko Zamawiającego i Przystępującego złożone na piśmie, jak również stanowiska stron podane do protokołu rozprawy oraz złożone dowody, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie

po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Izba uznała, że zarzut główny oznaczony numerem 2.1. petitum odwołania nie zasługuje na uwzględnienie i odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 2.1. petitum odwołania - naruszenia 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Multicontrol Sp. z o.o. pomimo, że zaoferowane urządzenie Canis Gantry ma charakter modelowy/prototypowy, a zatem jest niezgodne z warunkami zamówienia - Izba uznała, że zarzut ten jest niezasadny.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przy czym zgodnie z poglądem doktryny „(...) Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia (.). Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91-98 Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. (.)”, (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 719).

Jako przykłady okoliczności, które powinny skutkować odrzuceniem oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, doktryna wskazuje zdarzenia, które mogą dotyczyć „(.) zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi (.)” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021, s. 719).

Jednocześnie zgodnie z przepisem art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy w pierwszej kolejności należy wskazać, że Izba ustaliła, iż Zamawiający w załączniku nr 1a do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia oraz w załączniku nr 1b do SWZ - Specyfikacja funkcjonalno-techniczna dla oferowanego urządzenia Zamawiający zawarł następujące zastrzeżenie:

Akcelerator nie może być urządzeniem modelowym, ani prototypowym, co nie jest równoznaczne z brakiem możliwości dostosowania już istniejącego modelu/typu do skonkretyzowanych w niniejszej specyfikacji potrzeb i wymagań Zamawiającego.

Pismem z dnia 11 marca 2022 r. zawierającym odpowiedzi na pytania zadawane do treści SWZ Zamawiający zawarł następujące doprecyzowanie:

Pytanie 4: Załącznik nr 1b do SWZ - Specyfikacja funkcjonalno-techniczna dla oferowanego urządzenia. Czy użyte sformułowanie „Akcelerator” w punkcie 2 należy traktować tożsamo ze sformułowaniem „urządzenie RTG”?

Odpowiedź 4: Zamawiający doprecyzowuje, ze chodzi o całe urządzenie RTG (z akceleratorem).

W złożonej ofercie Przystępujący Multicontrol Sp. z o.o. zawarł oświadczenie

(załącznik nr 1b do SWZ), zgodnie z którym oferuje urządzenie, które nie jest urządzeniem modelowym ani prototypowym.

Tym samym Izba uznała, że Zamawiający nie określił granic pojęcia „urządzenie modelowe" ani „urządzenie prototypowe", ani też nie określił granic dozwolonej modyfikacji (dostosowania) istniejącego już modelu/typu urządzenia do wyspecyfikowanych przez Zamawiającego w treści SWZ potrzeb i wymagań. Zamawiający nie zawarł w ustalonym opisie przedmiotu zamówienia kryteriów, które pozwalałyby zróżnicować urządzenie o charakterze modelowym lub prototypowym od urządzenia, które takiego charakteru nie posiada. Zamawiający nie dokonał także wykładni ww. pojęć poprzez ustalenie definicji przeciwnej - np. wskazanie cech lub kryteriów, których spełnianie prowadzić będzie do negatywnej weryfikacji zaoferowanego urządzenia.

Jednocześnie Izba ustaliła, że zastosowane przez Zamawiającego sformułowania: „urządzenie modelowe", „urządzenie prototypowe" nie posiadają definicji legalnych.

Wskutek powyższego pojęcie „urządzenia modelowego" i „urządzenia prototypowego" było odmiennie interpretowane przez Wykonawców ubiegających się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Potwierdzeniem tego jest fakt przedstawienia przez Odwołującego i Przystępującego odmiennych definicji pojęcia „prototyp" w toku postępowania odwoławczego oraz wyciąganie z przedstawionych definicji odmiennych wniosków.

Mając na uwadze stwierdzoną niejednoznaczność ustalonego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia wyrażającą się w braku zdefiniowania pojęć „urządzenie modelowe" i „urządzenie prototypowe", jak również fakt, że podstawą faktyczną uzasadniającą uznanie oferty za niezgodną z warunkami zamówienia musi być okoliczność oparta na zobiektywizowanych przesłankach, Izba uznała, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy, w granicach podniesionego w odwołaniu zarzutu, brak jest podstaw do uznania oferty złożonej przez Przystępującego za podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 2.2. petitum odwołania, tj. zarzutu zaniechania wezwania Wykonawcy Multicontrol Sp. z o.o. do uzupełnienia zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki (.) pomimo, że złożone zezwolenie dotyczy urządzenia Canis, a nie Canis Gantry, Izba uznała przedmiotowy zarzut za niezasadny, a odwołanie w tym zakresie za podlegające oddaleniu.

Podstawą do ustaleń Izby w tym zakresie był fakt, że złożone przez Przystępującego Multicontrol Sp. z o.o. zezwolenie nr D-20977 z dnia 7 stycznia 2019 r. cechuje się znacznym stopniem ogólności. Wskazano w nim urządzenie „Canis", co jest zgodne z treścią wniosku skierowanego przez Przystępującego Multicontrol Sp. z o.o. do Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki z dnia 10 października 2018 r. Izba zwróciła uwagę, że w treści formularza wniosku istotnie znajduje się rubryka oznaczona „nazwa, typ urządzenia", jednak Przystępujący w ww. rubryce zamieścił jedynie nazwę „Canis". Wydane i złożone przez Przystępującego zezwolenie stanowi zatem odzwierciedlenie złożonego wniosku i odpowiada szczegółowością stopniowi szczegółowości wniosku. Jednocześnie Izba zwróciła uwagę, że zezwolenie zostało wydane w okolicznościach wskazania przez Wnioskodawcę - Przystępującego Multicontrol Sp. z o.o. - w rubryce oznaczonej „nazwa i typ urządzenia" jedynie nazwy własnej „Canis". Jednocześnie Przystępujący wyjaśnił, że oferowane przez niego urządzenie Canis, które zostało objęte zezwoleniem występuje w trzech typach przeznaczenia: kolejowym, samochodowym portal oraz samochodowym gantry. Przystępujący wskazał, że dokumentacja techniczna urządzenia Canis, która została załączona do wniosku o wydanie kwestionowanego zezwolenia dotyczyła typów Canis dla wszystkich trzech przeznaczeń, zatem uzyskane zezwolenie również obejmuje wszystkie trzy typy.

Izba uznała przedstawioną przez Przystępującego argumentację za wiarygodną i spójną zarówno z treścią złożonego przez Przystępującego zezwolenia nr D-20977, jak również z treścią przedłożonej w toku rozprawy kopii wniosku o wydanie ww. zezwolenia. Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego - nie wykazał, by kwestionowane zezwolenie nr D-20977 nie obejmowało urządzenia Canis Gantry. W odniesieniu do złożonych przez Odwołującego dowodów - kopii pisma Przystępującego z dnia 3 grudnia 2021 r. złożonego w postępowaniu odwoławczym oznaczonym sygnaturą akt KIO 3444/21 toczącym się na gruncie innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba wskazuje, że każde postępowanie o udzielenie

zamówienia publicznego cechuje odmienna charakterystyka, co odnosi się nie tylko do wyspecyfikowanego przedmiotu zamówienia, ale również do wymagań formalnych, które muszą pozostać spełnione i wykazane przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Stąd też Izba złożone przez Odwołującego dowody - kopię pisma procesowego Przystępującego Multicontrol Sp. z o.o. z dnia 3 grudnia 2021 r. złożoną na okoliczność wykazania, że Przystępujący dysponuje trzema typami urządzeń i na każdy z trzech typów powinno zostać wydane zezwolenie, w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia sprawy, zwłaszcza wobec faktu, że organ wydający kwestionowane zezwolenie wydał je w zaistniałych okolicznościach - tj. w warunkach wskazania w rubryce „nazwa i typ urządzenia" jedynie nazwy własnej „Canis".

W odniesieniu do zarzutu wskazanego w punkcie 2.3. petitum odwołania, tj. zarzutu zaniechania wezwania Wykonawcy Multicontrol Sp. z o.o. do uzupełnienia deklaracji CE dla oferowanego modelu komputera Izba uznała zarzut ten za zasadny i zasługujący na

uwzględnienie.

Izba uznała, że Zamawiający istotnie nie wskazał żądania kwestionowanego dokumentu - deklaracji zgodności CE dla oferowanego modelu komputera w katalogu przedmiotowych środków dowodowych zawartym w SWZ - w rozdziale VIII pkt 8.3. tabela B „Przedmiotowe środki dowodowe", jednak żądanie to zostało w sposób czytelny i jednoznaczny wyartykułowane w załączniku nr 1a oraz 1b do SWZ, gdzie: zgodnie z punktem 9.3 tiret 15 tabeli zawartej w załączniku nr 1a do SWZ-Opis Przedmiotu Zamówienia oraz zgodnie z punktem 10.3 tiret 15 tabeli zawartej w załączniku nr 1b do SWZ-Specyfikacji funkcjonalno-technicznej dla oferowanego urządzenia - dotyczącego niezależnego/przenośnego stanowiska do interpretacji obrazu oraz dodatkowego oprogramowania, sprzętu i licencji Zamawiający zawarł wymóg: Certyfikaty: Deklaracja zgodności CE dla oferowanego modelu komputera (załączyć do oferty) lub równoważne.

W ocenie Izby ww. żądanie istotnie zostało wyrażone w sposób cechujący się niekonsekwencją wyrażającą się w tym, że żądanie kwestionowanego dokumentu nie zostało powtórzone w SWZ - w rozdziale VIII pkt 8.3. tabela B „Przedmiotowe środki dowodowe". Izba uznała jednak, że w ustalonych przez Zamawiającego postanowieniach SWZ w zakresie kwestionowanego żądania nie ma sprzeczności - kompleksowa treść SWZ wraz z załącznikami w ocenie Izby wskazuje w sposób dostateczny i wystarczający, że Zamawiający żądał złożenia deklaracji zgodności dla oferowanego modelu komputera wraz z ofertą, co zostało przez Zamawiającego dwukrotnie wyrażone w treści załączników do SWZ: załącznika nr 1a oraz 1b do SWZ, gdzie Zamawiający wskazał: Deklaracja zgodności CE dla oferowanego modelu komputera (załączyć do oferty) lub równoważne.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała omawiany zarzut za potwierdzony i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwanie Wykonawcy Multicontrol Sp. z o.o. do uzupełnienia deklaracji zgodności CE do oferowanego modelu komputera lub dokumentu równoważnego - mając na uwadze, że to Zamawiający jest uprawniony i zobowiązany do dokonania weryfikacji dokumentu, do którego złożenia zobowiązał wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania Odwołującego w części 2/3 odpowiadającej liczbie zarzutów nieuwzględnionych oraz Zamawiającego w części 1/3 odpowiadającej liczbie zarzutów uwzględnionych. Izba ustaliła, że Odwołujący poniósł dotąd koszty postępowania odwoławczego w całości, tzn. w kwocie 18.600 zł, natomiast Zamawiający nie poniósł kosztów. Stąd też Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6.200 zł stanowiącą trzecią część ustalonych kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodniczący .....