Sygn. akt: KIO 2801/22
KIO 2805/22

WYROK

z dnia 8 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2022 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2022 r. przez wykonawcę IBKOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Sejmikowa 8, 04-602 Warszawa sprawach sygn. akt KIO 2801/22 i KIO 2805/22 w postępowaniu prowadzonym przez Izbę Administracji Skarbowej w Gdańsku, ul. Długa 75/76, 80-831 Gdańsk

przy udziale wykonawcy PID Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Poleczki 32, 02-822 Warszawa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt: KIO 2801/22 i KIO 2805/22

orzeka:

1. Oddala odwołania w sprawach sygn. akt: KIO 2801/22 i KIO 2805/22;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: IBKOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr

(słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisów od odwołań w sprawach sygn. akt KIO 2801/22 i KIO 2805/22,

2.2. zasądza od odwołującego: IBKOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego: Izba Administracji Skarbowej w Gdańsku kwotę 7 783 zł 38 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset osiemdziesiąt trzy złote trzydzieści osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu w kwocie
583 zł 38 gr (słownie: pięćset osiemdziesiąt trzy złote trzydzieści osiem groszy) i wynagrodzenia pełnomocnika strony w kwocie po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) w sprawach sygn. akt KIO 2801/22 i KIO 2805/22.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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 2801/22
KIO 2805/22

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

Izba Administracji Skarbowej w Gdańsku (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych dalej: „ustawa Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług pogwarancyjnego serwisu konserwacyjnego sprzętu RTG na rzecz izb administracji skarbowej" numer referencyjny: 2201-ILZ.260.12.2022. Zamówienie zostało podzielone na części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 4 lipca 2022 r., nr 2022/S 126358900 (dla części IV i V) oraz 5 sierpnia 2022 r., nr 2022/S 150-428354 (dla części I).

24 października 2022 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w częściach nr I, IV i V, złożonej przez PID Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „PID Polska"). Wykonawca IBKOL sp. z o. o. (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołania wobec tych czynności (sygn. akt 2805/22 w części nr I i sygn. akt 2801/22w częściach I i V), zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 58 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, dalej „K.c") poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzucenie oferty wykonawcy PID Polska, pomimo że wykonawca ten złożył nieprawdziwe oświadczenia w Formularzu ofertowym,

2) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która w świetle postanowień specyfikacji warunków zamówienia i obowiązujących przepisów powinna podlegać odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) powtórzenia czynności badania, a w rezultacie odrzucenie oferty wykonawcy PID Polska sp. z o.o.

2) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

1) korespondencja e-mailowa z Comet Technologies Denmark A/S Helgesh0j Alle 38 2630 Taastrup, Dania,

2) korespondencja e-mailowa z Spellman High Voltage Electronics Ltd,

3) korespondencja e-mailowa z AMS Technologies AG, FraunhoferstraBe 22, D - 82152

Martinsried, Niemcy,

4) oświadczenie Rapiscan Systems / American Science & Engineering z dnia 21.09.2022 r. na okoliczności wskazane w odwołaniu.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie przez Izbę PID Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa do przedstawiania dokumentów lub innych dowodów:

1) potwierdzających, iż posiada lub ma zapewnione dostawy następujących części zamiennych do urządzeń typu pojazdów typu AS&E ZBvan (ZBV C-klasy oraz ZBV S-klasy):

a) X-ray tube 225 keV (lampa RTG) wraz z przewodem zasilającym, produkcji Comet Technologies,

b) Dedykowana (do lampy RTG) pasta silikonowa do przewodów zasilania wysokiego napięcia lampy, produkcji Comet Technologies,

c) Zasilacz XRV225N3000X4151 produkcji Spellman High Voltage Electronics Ltd,

d) Wymiennik ciepła do lampy RTG, typ MCS produkcji Lytron TTS,

2) potwierdzających, że dysponuje uprawnieniami do oprogramowania dla urządzeń rtg objętych zamówieniem.

W uzasadnieniu odwołań w sprawach KIO 1801/22 i KIO 2805/22, które jako analogiczne, co do stawianych zarzutów i zawartej w nich argumentacji, są przedstawione łącznie, Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia w częściach nr I, IV i V, jest usługa pogwarancyjnego serwisu konserwacyjnego urządzeń rentgenowskich do prześwietlania pojazdów typu AS&E ZBvan (ZBV C-klasy, ZBV S-klasy) w postaci przeglądów serwisowych oraz w zależności od potrzeby - diagnostyki i napraw ww. urządzeń (załączniki nr 1, 4 i 5 do SWZ). Naprawy obejmować mają zarówno naprawy dotyczące części mechanicznych, obejmujących również naprawy urządzeń rentgenowskich, jak i oprogramowania urządzeń. Ze względu na charakter urządzeń, które mają być objęte usługą serwisowania, podmiot, któremu zostanie powierzone świadczenie usługi, musi zagwarantować:

1) dostęp do części zamiennych oraz podzespołów, koniecznych do przeprowadzenia napraw,

2) dostęp do oprogramowania dla każdego typu urządzenia, które ma być objęte serwisowaniem (a zatem winien mieć dostęp do pozyskanych legalnie loginów i haseł),

3) doświadczenie w realizacji usług serwisowych w zakresie wszystkich rodzajów sprzętu, jakie miałyby być przez niego serwisowane, a w związku z tym powinien legitymować się referencjami, dotyczącymi wszystkich rodzajów urządzeń, o których serwisowanie się ubiega (a nie tylko niektórych typów/rodzajów).

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 58 K.c. Odwołujący wskazał, że PID Polska, składając ofertę na formularzu ofertowym, podpisała oświadczenia zawarte w tym formularzu, w tym między innymi oświadczenie o treści następującej: Oświadczamy, iż posiadamy dostęp do części zamiennych i oprogramowania dla urządzeń rtg objętych niniejszym zamówieniem. Podpisanie tego oświadczenia przez PID Polska jest równoznaczne z zadeklarowaniem, że wykonawca ma zagwarantowany zarówno dostęp do wszystkich koniecznych do przeprowadzenia napraw części zamiennych, jak również, że posiada legalny dostęp do oprogramowania, co wymaga posiadania legalnego dostępu do loginów i haseł do oprogramowania koniecznego do funkcjonowania serwisowanych urządzeń. Tymczasem, według wiedzy IBKOL Sp. z o.o., PID Polska nie posiada ani dostępu do kluczowych części zamiennych do urządzeń rentgenowskich zainstalowanych w urządzeniach ZBV C-klasy oraz ZBV S-klasy, ani legalnego dostępu do oprogramowania (loginów i haseł). Zastrzeżenia te podniesione zostały przez Odwołującego w pismach skierowanych do Zamawiającego, w wyniku czego Zamawiający skierował stosowne pytania do PID Polska. W odpowiedzi PID Polska w pismach z 27.09.2022 r. i 28.09.2022 r. poinformowała, że:

- ogromna większość podzespołów urządzeń objętych postępowaniem nie pochodzi z produkcji AS&E. Są to produkty komercyjne różnych producentów, do których PID Polska ma dostęp bezpośrednio lub pośrednio,

- PID Polska posiada w ramach własnych zasobów pokaźny magazyn części, w tym również takich, które mogą okazać się potrzebne przy wykonywaniu usług objętych tym postępowaniem,

- dysponuje źródłami pozyskania równowartościowych zamienników dla podzespołów zainstalowanych oryginalnie, których dostępność może być zagrożona,

- samodzielnie lub przez podwykonawców wytwarza oraz regeneruje podzespoły, na które może pojawić się zapotrzebowanie,

- należyte wywiązanie się z umowy przez PID Polska nie jest uwarunkowane

bezpośrednim kontaktem z AS&E lub Odwołującym, zaś dostęp do części, z których wykonane są urządzenia ZBV nie wymaga posiadania umowy autoryzacyjnej z AS&E.

- bezpodstawny jest zarzut dotyczący rzekomego braku dostępu do oprogramowania dla urządzeń objętych przetargiem, bowiem PID Polska nie potrzebuje odrębnej licencji do oprogramowania udzielonej przez jego producenta dla usuwania błędów, które mogą się pojawić. Posiada dostęp do oprogramowania z racji historycznie wykonanych serwisów osobiście i przez osoby trzecie, z którymi współpracuje. Usługi serwisowe bazują na dostępie do konkretnego urządzenia wraz z wgranym na dane urządzenie oprogramowaniem, do którego dostęp zapewnia umowa serwisowa. Usuwanie błędów i nieprawidłowości z reguły nie polega tylko na prostym przywróceniu poprzedniej wersji oprogramowania, ale na programistycznej ingerencji celem trwałego usunięcia wady bez konieczności uzyskiwania jakichkolwiek dodatkowych danych lub informacji od producenta.

Ponadto PID Polska załączyła wykaz dostawców części zamiennych, jednak wykaz ten został przez wykonawcę utajniony ze względu na fakt, że zawiera on informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Po złożeniu powyższych wyjaśnień przez PID Polska Zamawiający dokonał ponownej oceny jej oferty, przyjmując te wyjaśnienia za wiarygodne i wystarczające do dokonania wyboru wykonawcy. W rezultacie oferta PID Polska uznana została przez Zamawiającego za rzetelną, skoro oferta ta została wybrana w przetargu. Tymczasem, jak wynika z wiedzy i doświadczenia IBKOL Sp. z o.o. jako podmiotu będącego autoryzowanym dystrybutorem firmy Rapiscan Systems / American Science & Engineering w Polsce, oświadczenie PID Polska, iż posiada dostęp do wszystkich części zamiennych koniecznych do napraw serwisowanego sprzętu nie jest prawdziwe. Odwołujący stwierdził, że kwestionuje twierdzenia PID Polska, że dysponuje ona innymi aniżeli AS&E i Odwołujący źródłami zaopatrzenia w niektóre oryginalne części zamienne oraz w niektóre zamienniki niepochodzące z produkcji AS&E. Jednakże twierdzenie to nie może dotyczyć około kilkunastu bardzo istotnych części urządzeń rentgenowskich, które są skonstruowane przez producenta, objęte są ochroną prawa własności przemysłowej lub zostały wytworzone lub są niestandardowe, są zmodyfikowane do potrzeb wytworzenia urządzeń AS&E, które mają być poddane serwisowaniu, i nie posiadają zmienników; dotyczy to m.in. następujących części:

a) X-ray tube 225 keV (lampa RTG) wraz z przewodem zasilającym, produkcji Comet Technologies,

b) Dedykowana (do lampy RTG) pasta silikonowa do przewodów zasilania wysokiego napięcia lampy, produkcji Comet Technologies,

c) Zasilacz XRV225N3000X4151 produkcji Spellman High Voltage Electronics Ltd,

d) Wymiennik ciepła do lampy RTG, typ MCS produkcji Lytron TTS.

Powyższe podzespoły są kluczowe dla sprawnego i bezpiecznego funkcjonowania urządzeń rentgenowskich wchodzących w skład serwisowanych urządzeń. Są one wytwarzane przez ich producentów wyłącznie na potrzeby i zgodnie z dokumentacją techniczną produkcyjną Rapiscan Systems / American Science & Engineering (np. zasilacz XRV225N3000X4151 jest niestandardową jednostką OEM wytwarzaną wyłącznie dla RAPISCAN, podobnie jak ww. wymienniki ciepła), w związku z czym nie ma możliwości ich nabycia od ich producentów, którzy zaopatrują w nie wyłącznie producenta systemu. Nie mają one także zamienników, jak również - zgodnie z zasadami sztuki i wiedzy technicznej - nie podlegają one regeneracji, bowiem regenerowane urządzenia nie gwarantowałyby pełnego bezpieczeństwa użytkowania systemu, bądź ich regeneracja nie jest możliwa. Takich komponentów, których nie można zakupić na rynku w postaci części „after-marketowych", jest ok. 10, przy czym dotyczy to m.in. istotnych części elektronicznych. (Odwołujący zadeklarował uzupełnienie wykazu w późniejszym terminie). Nabycie powyższych podzespołów (części zamiennych) jest możliwe albo w Rapiscan Systems / American Science & Engineering albo u autoryzowanych dystrybutorów dysponujących tymi częściami (pozyskanymi od producenta). Według Odwołującego Rapiscan Systems / American Science & Engineering nie sprzedaje bezpośrednio części zamiennych dowolnym nabywcom, lecz za pośrednictwem swej sieci dystrybucyjnej (co jest, oczywiście, dopuszczalne). Spośród polskich firm jedynie IBKOL Sp. z o.o. (poprzednia nazwa IBCOL Sp. z o.o.) posiadała i posiada dostęp do części zamiennych.

Odwołujący stwierdził, że w swoich wyjaśnieniach PID Polska w sposób bardzo ogólnikowy poinformowała o dostępnych zamiennikach i innych źródłach zaopatrzenia, jednak z wyjaśnień tych nie wynika, aby miała ona zapewnioną możliwość nabywania

niestandardowych (jak wymienione powyżej) części zamiennych z jakichkolwiek źródeł. Źródłem takim nie jest Rapiscan Systems / American Science & Engieneering (co potwierdza ww. jego oświadczenie), nie jest nim także Odwołujący, bowiem PID Polska nie wystąpiła do Odwołującego z zapytaniem o możliwość ich odsprzedaży. PID Polska co prawda podała w swoich wyjaśnieniach wykaz dostawców części zamiennych, jednak wykaz ten został utajniony, w związku z tym Odwołujący nie miał możliwości zweryfikowania, czy wyżej wymienione niestandardowe części zamienne do pojazdów typu AS&E ZBvan (ZBV C-klasy oraz ZBV S-klasy) są objęte gwarancją dostaw dla PID Polska, np. od innych dystrybutorów Rapiscan Systems / American Science & Engieneering. W związku z tym konieczne jest w toku postępowania przed Izbą zweryfikowanie, czy PID Polska ma zapewnione dostawy części niestandardowych, wytwarzanych przez niego lub na jego zamówienie i według jego dokumentacji technicznej, nieposiadających zamienników, a jeżeli tak - to z jakiego źródła. W przypadku niewykazania przez PID Polska, iż gwarancję zaopatrzenia w części niestandardowe posiada, uzasadnione jest uznanie, że ww. oświadczenie, które PID Polska złożyła w Formularzu ofertowym jest nieprawdziwe.

Zdaniem Odwołującego, PID celowo w swoim piśmie uogólniła kwestię dostępności części zamiennych na rynku i braku konieczności korzystania z części dostarczanych przez Rapiscan (czy też autoryzowanych dystrybutorów, w tym IBKOL Polska Sp. z o.o.), bowiem nie wykazała, że ma doświadczenie w serwisowaniu pojazdów typu AS&E ZBvan (ZBV C-klasy oraz ZBV S-klasy), jako że nie wykazała się rekomendacjami dotyczącymi serwisowania tych pojazdów. Referencje, które PID Polska Sp. z o.o. przedstawiła w złożonej ofercie, dotyczą wyłącznie urządzeń produkowanych przez Rapiscan Systems, oznaczonych jako modele EAGLE G45 oraz EAGLE R90. Ze względu na odmienny graficzny interfejs użytkownika (GUI), jak i odmienny dostęp do kont administracyjnych, aniżeli w przypadku skanerów ZBV-C oraz ZBV-S, obsługa ich nie jest analogiczna. Sprawia to, że referencje na obsługę czy serwisowanie skanerów typu EAGLE nie mogą być ekstrapolowane na inny rodzaj urządzeń rentgenowskich, w tym na serwisowanie skanerów ZBV-C oraz ZBV-S, i nie mogą być podstawą uznania, że przedsiębiorca ma doświadczenie w serwisowaniu tych ostatnich. Może to oznaczać, że PID Polska nie posiada specjalistycznej wiedzy o częściach, które mogą być przedmiotem usterek, awarii lub wymiany oraz nie posiada wiedzy oraz doświadczenia w zakresie prowadzenia napraw sprzętu ZBV. Ponadto PID Polska w swoich wyjaśnieniach nie uwzględnia faktu, że dla wielu istotnych komponentów systemu, nie ma na rynku dostępnych rozwiązań after-marketowych, które mogłyby stanowić zamienniki dla części produkowanych przez Rapiscan Systems.

Następnie Odwołujący stwierdził, że nie jest także prawdziwe twierdzenie PID Polska, że posiada ona dostęp do oprogramowania obsługującego systemy w pojazdach typu AS&E ZBvan (ZBV C-klasy oraz ZBV S-klasy), a tym samym, że ma możliwość właściwego zdiagnozowania usterki. Spółce tej nigdy nie udzielono dostępu do kont administracyjnych wewnątrz graficznego interfejsu użytkownika. PID Polska nigdy nie wystąpiła o taką autoryzację, co potwierdziła w wyjaśnieniach z 28 września 2022 r. Dostęp danego podmiotu do loginów i haseł uzależniony jest od autoryzacji producenta lub posiadania stosownej licencji, uzyskanej od podmiotu uprawnionego. Brak dostępu do odpowiednich loginów i haseł powoduje brak możliwości przeprowadzenia pełnego przeglądu serwisowego, zgodnie z warunkami postępowania, a w przypadku usterki lub awarii skanera, może uniemożliwić jakąkolwiek skuteczną naprawę sprzętu. Warunkiem przyjęcia przez Zamawiającego oferty jest podpisanie Formularza ofertowego, w którym zawarte jest ww. oświadczenie. PID Polska wraz z podpisaniem oferty podpisała to oświadczenie, co powinno oznaczać, że w dacie jego podpisania PID Polska posiadała dostęp do tego oprogramowania. Tymczasem w piśmie z dnia 28 września 2022 r. wykonawca ten szeroko opisuje, że posiada wiedzę i doświadczenie z historycznych napraw realizowanych osobiście lub przez podwykonawców i kontrahentów, samodzielnie posiada kompetencje i zasoby pozwalające na usuwanie uszkodzeń oprogramowania wgranego na dane urządzenie, oraz wykonuje backup danych celem ochrony przed ich utratą, a także że potrafi naprawiać błędy w oprogramowaniu i samodzielnie wytwarza różne rodzaje oprogramowania sterującego i obrazującego, co nie potwierdza, że posiada dostęp do oprogramowania sterującego urządzeniami, które mają być serwisowane na podstawie licencji udzielonej przez producenta Rapiscan Systems / American Science & Engineering lub na podstawie innego tytułu prawnego. Należy zatem wysnuć wniosek, że w dacie składania przedmiotowego oświadczenia PID Polska nie miała dostępu do oprogramowania, nie miała uprawnienia do korzystania z loginów i haseł, nie mała także licencji.

W celu wyjaśnienie tej okoliczności Odwołujący wniósł o zobowiązanie przez Izbę PID Polska, do przedstawiania dokumentów lub innych dowodów na okoliczność, że w dacie składania oświadczenia miał dostęp do oprogramowania dla urządzeń rtg objętych zamówieniem, oraz o przeprowadzenie tych dowodów.

Odwołujący zaznaczył, że jedyna licencja, która została przekazana przez Odwołującego dotycząca skanerów, które mają być objęte usługą serwisowania, została udzielona właściwej Izbie Administracji Skarbowej, zgodnie z zapisami umów.

W podsumowaniu zarzutu Odwołujący podał, że dokumenty złożone dotychczas przez PID Polska nie wskazują, aby oświadczenie w Formularzu ofertowym w pkt 2, było oświadczeniem prawdziwym i zauważył, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy lub jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Zdaniem Odwołującego, oferta PID Polska jest nieważna, bowiem złożone w niej i stanowiące jej immanentną część oświadczenie PID Polska o posiadaniu dostępu do części zamiennych i do oprogramowania jest nieprawdziwe. W związku z tym sprzeczne jest ono zarówno w prawem, jak i z zasadami współżycia społecznego, narusza bowiem elementarne zasady etyki w biznesie, jak również stanowić może przestępstwo w rozumieniu art. 286 § 1 kodeksu karnego, polegające na wprowadzeniu w błąd zamawiającego co do posiadanego przez wykonawcę potencjału koniecznego do zrealizowania zamówienia, co prowadzić może do szkody majątkowej u Zamawiającego. W rezultacie, zgodnie z art. 58 § 1 i 2 k.c., stanowiącymi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy, jak również czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego jest nieważna, oferta PID Polska uznana winna być przez Zamawiającego za nieważną jako całość, bowiem brak

przedmiotowego oświadczenia czyni ofertę niespełniającą wymogów SWZ, ergo - podlegającą na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp odrzuceniu. W tej sytuacji Zamawiający winien był odrzucić ofertę PID Polska. Nieodrzucenie tej oferty równoznaczne jest z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która w świetle postanowień specyfikacji warunków zamówienia i obowiązujących przepisów powinna podlegać odrzuceniu, Odwołujący wskazał, że oświadczenie PID Polska o treści: Oświadczamy, iż posiadamy dostęp do części zamiennych i oprogramowania dla urządzeń rtg objętych niniejszym zamówieniem nie jest zgodne ze stanem faktycznym, jest próbą wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Nie odrzucając w tych warunkach oferty PID Polska i dokonując jej wyboru, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązującego Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców poprzez naruszenie tych zasad, prowadzące do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu. Wybór takiej oferty godzi w fundamentalną zasadę prawa zamówień publicznych - prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, bowiem wybór oferty podlegającej odrzuceniu równoznaczny jest z uprzywilejowaniem PID Polska, na skutek udzielenia mu zamówienia pomimo niegwarantowania przez tego wykonawcę należytego wykonania umowy:

- ze względu na wysoce prawdopodobny brak możliwości zaopatrzenia w kluczowe części zamienne konieczne do serwisowania urządzeń, w tym zwłaszcza specyficzne części zamienne gwarantowane wyłącznie przez producenta, jak również

- ze względu na brak efektywnego dostępu do oprogramowania.

Zamawiający winien był dokonać wyboru oferty, która spełnia wszystkie wymogi specyfikacji warunków zamówienia, w tym złożył ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i rzetelny. W niniejszym przypadku sytuacja taka nie wystąpiła, w dniu 14 października 2022 r. zamawiający dokonał wyboru PID Polska, pomimo że złożyła ona nieprawdziwe i wprowadzające w błąd oświadczenie co do faktycznej możliwości świadczenia usług serwisowych. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający dokonując tego wyboru naruszył słusznej wymienione przepisy prawa.

Do odwołań zostały załączone: korespondencje e-mail z Comet Technologies Denmark A/S wraz z tłumaczeniem, korespondencja e-mail z Spellman High Voltage Electronics Ltd wraz z tłumaczeniem, korespondencja e-mail z AMS Technologies AG wraz z tłumaczeniem, Oświadczenie spółki Rapiscan Systems / American Science & Engieneering, z dnia 21.09.2022 wraz z tłumaczeniem.

W pisemnych odpowiedziach na odwołania w sprawach KIO 2801/22 i KIO 2805/22, Zamawiający wniósł o ich oddalenie oraz o oddalenie wniosków o zobowiązanie PID Polska sp. z o.o. do przedstawienia dokumentów lub innych dowodów.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że Odwołujący wraz z pismem z dnia 22 września 2022 r. o wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przez Wykonawcę PID Polska Sp. z o.o., przekazał również informację od Producenta ZBvanów firmy Rapiscan System AS&E o tym, że Ibkol Sp. z o.o. jest jedyną autoryzowaną spółką, która posiada dostęp do kompletnej dokumentacji technicznej urządzeń ZBvan C-klasa i ZBvan S-klasa oraz, że żadna inna spółka nie jest autoryzowana do zakupu lub dystrybucji części zamiennych na terenie Polski. Na skutek informacji od Odwołującego Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu w dniu 23 września 2022 r. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części I oraz IV i V zamówienia, co opublikował na swojej platformie zakupowej w tym dniu i przystąpił do ponownego badania i oceny ofert. W związku z powyższym w dniu 23 września 2022 r. zwrócił się do Wykonawcy PID Polska sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień dotyczących domniemanego złożenia niezgodnego z prawdą oświadczenia w formularzu ofertowym w sprawie dostępności do oprogramowania i części zamiennych urządzeń RTG objętych zamówieniem. W dniu 27 września 2022 r. Wykonawca PID Polska Sp. z o. o. złożył wyjaśnienia dotyczące oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym oraz dostępu do oprogramowania i części zamiennych do urządzeń rtg typu ZBvan. Zamawiający zapoznał się z tymi wyjaśnieniami i je przyjął. W dniu 28 września 2022 r. Wykonawca PID Polska Sp. z o. o. przesłał kolejne pismo w sprawie wyjaśnień i zapowiedział w nim przesłanie zastrzeżonych tajemnicą przedsiębiorstwa informacji dotyczący dostawców i firm współpracujących w kwestii oprogramowania i części zamiennych umożliwiających Wykonawcy świadczenie serwisu na ww. urządzeniach. W dniu 3 października 2022 r. Wykonawca PID Polska Sp. z o. o. przesłał pismo dotyczące wykazu firm współpracujących z Wykonawcą, zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Zamawiający wskazał, że wykonawca PID Polska Sp. z o.o. przedstawił wykaz firm z nim współpracujących, zastrzegając zawarte w nim informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa i przedstawiając uzasadnienie w tym zakresie, które Zamawiający uznał za potwierdzające skuteczność zastrzeżenia. W związku z tym za niezasadny uznał wniosek odwołań dotyczący zobowiązanie przez Izbę ww. podmiotu do przedstawienia wskazanych tam dokumentów i dowodów. Nadto, jeżeli Odwołujący kwestionuje możliwość uznania przedmiotowych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, powinien był to twierdzenie udowodnić, w myśl art. 6 Kc w związku z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Dodatkowo należy zauważyć, że Odwołujący, mimo przedstawienia wniosku o zobowiązanie przez Izbę PID Polska sp. z o.o. do przedstawienia określonych dowodów i informacji, uznanych przez ten podmiot za tajemnicę przedsiębiorstwa, nie wskazał, aby w postępowaniu doszło do naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z ostrożności procesowej, Zamawiający zauważył, że Wykonawca PID Polska Sp. z o.o. nie złożył fałszywego oświadczenia. Oferty zostały złożone w dniu 12 sierpnia 2022 r., natomiast pismo producenta urządzeń ZBvan firmy Rapiscan System AS&E o autoryzacji na Polskę Odwołującego jest datowane na 21 września 2022 r. W ocenie Zamawiającego interpretacja wsteczna tego dokumentu jest niedopuszczalna. Na dzień składania ofert, a nawet na dzień ogłoszenia wyniku postępowania (pierwszy wybór) pismo Producenta urządzeń ZBV nie istniało. Zostało ono przesłane do Zamawiającego w okresie stand still. Po opublikowaniu informacji z otwarcia ofert Odwołujący w żaden sposób nie zasygnalizował, że złożenie oferty przez PID Polska Sp. z o.o. przeczy jakimkolwiek prawom do uzyskania przez tego Wykonawcę zamówienia. Informacja z otwarcia ofert została opublikowana na stronie postępowania dnia 12 sierpnia 2022 r., w związku z czym Odwołujący wiedział, kto złożył oferty w postępowaniu. Odwołujący tymczasem milczał. Na podstawie przebiegu wydarzeń Zamawiający wnioskuje zatem, że Odwołujący podejmował w tym czasie działania zmierzające do uzyskania w/w dokumentu od producenta. Zadaniem Zamawiającego pozyskanie go po terminie otwarcia ofert i po ogłoszeniu wyniku postępowania jest co najmniej zaskakujące i może świadczyć o działaniu celowym, zmierzającym do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący na żadnym etapie postępowania nie informował Zamawiającego o wątpliwościach w zakresie możliwości złożenia oferty przez innego Wykonawcę. Odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu prawa do wniesienia odwołania na treść SWZ, na wybór trybu postępowania ani na dokonany 21 września 2022 r. wybór najkorzystniejszej oferty. Zamiast tego Odwołujący przysłał Zamawiającemu dokument od producenta i sformułował zarzut, że PID Polska wprowadził Zamawiającego w błąd.

W stosunku do twierdzeń Odwołującego, że PID Polska sp. z o.o. nie wykazała się rekomendacjami dotyczącymi serwisowania pojazdów typu AS&E ZBvan Zamawiający podniósł, że w specyfikacji warunków zamówienia (7.1.4.) określono jako warunek udziału w postępowaniu zdolność techniczną lub zawodową rozumianą jako konieczność wykazania się przez Wykonawcę wykonaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, usługi polegającej na przeglądach lub naprawie urządzeń rentgenowskich do prześwietlania

pojazdów lub kontenerów o łącznej wartości minimum: dla części IV zamówienia - 80 000 zł

brutto; dla części V zamówienia - 80 000 zł brutto. Zatem przystąpienie do przetargu nie wymagało przedstawienia rekomendacji dotyczących serwisowania jedynie określonego typu pojazdów.

Zamawiający nie zgodził z wnioskami Odwołującego, jakoby ofertę PID Polska należało odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ponieważ przyczyną odrzucenia oferty w oparciu o ten przepis jest rażąco niska cena. W ocenie Zamawiającego w świetle zapisów SWZ oraz przedłożonych przez PID Polska Sp. z o.o. wyjaśnień nie zachodzą żadne okoliczności potwierdzające zarzuty Odwołującego. Na żadnym etapie postępowania Zamawiający nie wymagał od Wykonawców dostępu do części zamiennych producenta urządzenia oraz do oprogramowania producenta urządzenia. Zamawiający wymagał od Wykonawców złożenia jedynie oświadczenia w pkt 1. Formularza ofertowego, że „Oświadczamy, iż posiadamy dostęp do części zamiennych i oprogramowania dla urządzeń rtg objętych niniejszym zamówieniem". Także w załącznikach nr 4 i 5 pkt 10 „Rozliczenie kosztów usługi napraw" określono, że podstawą rozliczenia kosztów

wykonywania naprawy jest koszt jednej roboczogodziny serwisanta oraz koszt wymienionych

części zamiennych/materiałów eksploatacyjnych. Gdyby Zamawiający żądał dostępu do części zamiennych określonego producenta lub oprogramowania producenta urządzeń ZBvan musiałby inaczej sformułować wymagania postawione w SWZ i opisać warunki dotyczące równoważności wynikające z art. 99 ust. 5 ustawy Pzp. Gdyby na etapie przygotowywania i prowadzenia postępowania istniały jakiekolwiek okoliczności potwierdzające istnienie praw wyłącznych do świadczenia serwisu pogwarancyjnego, Zamawiający musiałby przeprowadzić postepowanie w trybie niekonkurencyjnym. Zdaniem Zamawiającego takie przesłanki nie istniały, ponieważ w momencie wszczęcia postepowania nie było żadnej podstawy, aby uznać, że tylko Odwołujący jest zdolny do świadczenia usług serwisu pogwarancyjnego.

Zamawiający, mając na uwadze twierdzenia Odwołującego o braku dostępu do określonych zamienników, w tym lampy RTG, wskazał, że z przedmiotu zamówienia - co wynika z opisu przedmiotu zamówienia - załączniki nr 1, 4 i 5 do SWZ pkt 8 wyłączone zostało: Przegląd techniczny pojazdu samochodowego z wymianą materiałów eksploatacyjnych. Wymiana lampy rentgenowskiej. Gwarancja urządzeń ZBvan Klasa-S z części I, IV i V zamówienia skończyła się dnia w dniu 12 grudnia 2021 r. W tym okresie Ibkol Sp. z o.o. nie informowała żadnego z użytkowników ani Zamawiającego o posiadanej wyłączności na serwis pogwarancyjny tych urządzeń.

Zdaniem Zamawiającego ocena oferty Wykonawcy PID Polska sp. z o.o. została dokonana prawidłowo, wg wskazań SWZ oraz zgodnie z art. 16 i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec warunków w SWZ, w których Zamawiający żądał wypełnienia druku oferty i specyfikacji funkcjonalno-technicznej, a nie żądał dodatkowych dokumentów potwierdzających źródła nabywania części i oprogramowania do serwisowanych urządzeń, nie ma podstaw do odrzucenia oferty. Wykonawca złożył wszelkie wymagane dokumenty i oświadczenia, a co najważniejsze uzyskał zezwolenie PAA na uruchamianie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące typu ZBV klasy S produkcji American Science & Engineering. Urządzenia ZBV użytkowane przez jednostki KAS objęte są serwisem pogwarancyjnym po raz pierwszy. W dotychczasowej praktyce Zamawiającego nie wystąpiły przypadki, aby serwis tych urządzeń był dokonywany przez inny podmiot niż producent urządzenia. Jednak w ocenie Zamawiającego nie świadczy to o tym, że żaden inny podmiot nie byłby zdolny do prowadzenia prac serwisowych. Zasady funkcjonowania tych urządzeń, technika świetlenia i otrzymywania obrazu nie różnią się od innych urządzeń rentgenowskich, w tym urządzeń wykorzystywanych w medycynie, przemyśle itp. Takie założenie przyświecało Zamawiającemu w momencie opracowywania SWZ, dlatego też nie zostały postawione warunki udziału w postępowaniu związane z doświadczeniem. Postawienie takich warunków mogłoby w nieuzasadniony sposób zawęzić krąg potencjalnych wykonawców.

Wykonawca PID Polska sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach KIO 2801/22 i KIO 2805/22 i wobec spełnia wymogów ustawowych stał się uczestnikiem tych postępowań.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o niedopuszczenie do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawach KIO 2801/22 i KIO 2805/22 Wykonawcy PID

Polska sp. z o.o. z uwagi na to, że na zgłoszeniu nie widnieje prawdziwy podpis M. K. W. - Prezesa zarządu PID Polska sp. z o.o. uznając, iż zarzuty Odwołującego dotyczące sfałszowania tego podpisu nie zostały udowodnione.

Odwołujący wprawdzie przedłożył na tę okoliczność dwie prywatne opinie z 7 listopada 2022 r., które zostały sporządzone na jego zlecenie, jednak wnioski z nich płynące nie tylko nie są jednoznaczne, ale też budzą wątpliwości. Nadto w świetle poczynionych na posiedzeniu ustaleń, w szczególności stanowiska pełnomocnika Przystępującego, należy je uznać za nieprzydatne dla oceny skuteczności przystąpień.

W opinii pozasądowej wydanej przez dr hab. prof. ucz. M. G., używającego pieczęci Ekspert dokumentów Polskiego Towarzystwa Kryminalistycznego, znalazły się m.in. stwierdzenia, że materiał porównawczy obejmuje próbki z lat 2018-2021. Chodzi o podpisy złożone pod uchwałami nr 1 i 2 dotyczącymi sprawozdań finansowych za lata 2018, 2019,2021,2021 przedstawione do ekspertyzy w postaci kopii cyfrowych o dosyć niskiej rozdzielczości (str. 24-25 opinii), które zostały porównane z podpisami widniejącymi na zgłoszeniach przystąpień do postępowań odwoławczych w sprawach KIO 2801/22 i KIO 2805/22. W konkluzji opinii zostało stwierdzone, że podpisy złożone pod przystąpieniami zawierają znamiona nienaturalnego wykonania i cechują się takim poziomem różnic graficznych w zestawieniu z przedstawionymi do badań wzorami podpisów M. K. W., który wyklucza możliwość pozytywnej weryfikacji i autentyczności i daje podstawę do stwierdzenia ze znacznym prawdopodobieństwem, że zostały podrobione najprawdopodobniej metodą naśladownictwa wzrokowego połączonego z naśladownictwem wyuczonym.

W treści ww. opinii, poza brakiem kategorycznych wniosków oraz istnieniem uwag co do niezbyt obszernego materiału referencyjnego, zwraca m.in. uwagę to, iż na stronie 11 jako materiał porównawczy podane są uchwały Zgromadzenia Wspólników PID Polska sp. z o.o. nr 1 i 2 w sprawie zatwierdzenia sprawozdania finansowego i przeznaczenia zysku za lata 2018, 2019, 2021 i 2021, to jednak przedstawione na kolejnych stronach uchwały tej spółki dotyczą jedynie 2018 i 2019 roku (str. 12 i 13 opinii), natomiast 2 uchwały za 2021 r. to uchwały Zgromadzenia Wspólników MWMW Finanse sp. z o.o. (str. 14) i Multicontrol sp. z o.o. (str. 15). Nadto jakkolwiek ww. uchwały Zgromadzenia Wspólników PID Polska sp. z o.o., stanowiące materiał porównawczy zawierają podpisy Przewodniczącego Zgromadzenia i Protokolanta (uchwały nr 1 i 2 za lata 2018 i 2019), to już uchwały nr 1 i 2 Zgromadzenia Wspólników MWMW Finanse sp. z o.o. oraz uchwały nr 1 i 2 Zgromadzenia Wspólników Multicontrol sp. z o.o. zostały podpisane tylko przez Przewodniczącego Zgromadzenia. Przy żadnym z podpisów nie widnieje nazwisko podpisującego. Zwraca uwagę, że do porównania zostały przyjęte podpisy Protokolanta (uchwały Zgromadzenia Wspólników PID Polska sp. z o.o. za lata 2018 i 2019) natomiast w pozostałych przypadkach podpisy Przewodniczącego Zgromadzenia. Jedynie z adnotacji zamieszczonej przez autora opinii nad zaprezentowanymi uchwałami wynika, że przyjęty do porównania podpis został złożony przez M. K. W. Nie jest natomiast wiadomo skąd autor opinii pozyskał w tym zakresie wiedzę. Do opinii nie zostały bowiem załączone protokoły Zgromadzeń Wspólników wraz z listami obecności. Nie jest zatem wiadomo, dlaczego autor opinii przyjął do porównania wybrane podpisy (raz Przewodniczącego Zgromadzenia a innym razem Protokolanta). Nadto nie jest wiadomo, dlaczego pisząc o prawdopodobieństwie podrobienia podał, że takie określenie dotyczy podpisów na zgłoszeniach przystąpienia, a nie na uchwałach. Nie jest także wiadomo, dlaczego do porównania przyjął uchwały Zgromadzeń Wspólników innych spółek niż PID Polska sp. z o.o.

Druga ze złożonych przez Odwołującego opinii, wydana przez K. B., używającego pieczęci: Ekspert z zakresu kryminalistycznych badań dokumentów, za materiał porównawczy w stosunku do podpisu złożonego pod zgłoszeniem przystąpienia do postępowania, przyjmuje uchwały Zgromadzenia Wspólników różnych spółek, bez wykazania związku z PID Polska sp. z o.o., przy czym katalog tych dokumentów przedstawiony na str. 4-5 opinii zawierający 8 pozycji, różni się od załączonych do opinii dokumentów (7 sztuk):

- PID Polska sp. z o.o. - uchwały nr 1 i 2 PID Polska sp. z o.o. o podziale zysku za rok 2018, 2020 (wg opisu na str. 4 i 5 opinii, bez zaznaczenia której spółki), podczas gdy w załączniku znajdują się uchwały nr 1 w sprawie zatwierdzenia sprawozdań finansowych za lata 2018, 2019 i 2020 i nr 2 w sprawie podziału zysku. Nadto według informacji na str. 4 i 5 opinii do porównania zostały przyjęte podpisy Przewodniczącego Zgromadzenia, bez wyjaśnienia, dlaczego właśnie te podpisy, w sytuacji, gdy uchwały za 2018 i 2019 r. zawierają podpisy Przewodniczącego Zgromadzenia i Protokolanta. Zwraca przy tym uwagę, że w tym zakresie wybór jest inny, niż w przypadku opinii wydanej przez dr hab. prof. ucz. M. G., gdzie przyjęto do porównania podpis Protokolanta,

- MWMW Finanse sp. z o.o. oraz Multicontrol sp. z o.o. - uchwały Zgromadzenia Wspólników za 2020 i 2021 r.: nr 1 w sprawie zatwierdzenia sprawozdań finansowych i nr 2 w sprawie podziału zysku, gdzie do porównania zostały przyjęte podpisy Przewodniczącego Zgromadzenia (jako jedyne widniejące pod uchwałami), które jednak zdecydowanie różnią się między sobą i trudno przyjąć, że chodzi o podpisy tej samej

osoby, tym bardziej, że nawet pobieżna analiza wskazuje, że jeden z nich jest zbliżony do podpisu Protokolanta natomiast drugi do podpisu Przewodniczącego Zgromadzenia pod ww. uchwałami Zgromadzenia Wspólników PID Polska sp. z o.o.

W opinii tej zostało wskazane: W związku z występowaniem materiału kwestionowanego i

porównawczego w postaci kopii dokumentów wydana opinia będzie miała charakter prawdopodobny. Nadto także w materiale porównawczym tej opinii nie występuje wskazanie nazwisk osób, które się podpisały pod uchwałami. Do opinii nie zostały załączone protokoły Zgromadzeń Wspólników wraz z listami obecności. Nie jest także wiadomo, dlaczego do porównania zostały przyjęte uchwały Zgromadzeń Wspólników innych spółek niż PID Polska sp. z o.o., jak też, dlaczego do oceny zostały przyjęte zdecydowanie różne podpisy Przewodniczącego Zgromadzenia zamieszczone pod ww. uchwałami.

Zauważenia przy tym wymaga, że pełnomocnik PID Polska sp. z o.o. na posiedzeniu oświadczył, że Pan M. K. W. jest Prezesem Zarządu PID Polska Sp. z o.o. od początku działania tej spółki i znany jest mu podpis ww. Prezesa Zarządu, złożony na każdym z zakwestionowanych przez Odwołującego dokumentach. Nie ma w związku z tym żadnych wątpliwości co do autentyczności podpisów. Nadto sam sporządził dokumenty zgłoszenia przystąpienia i osobiście przekazał Prezesowi Zarządu, który złożył podpisy w jego obecności oraz w obecności p. B. O., która następnie zajęła się ich przekazaniem do adresatów.

Mając na uwadze powyższe, w szczególności braki i oczywiste nieścisłości w złożonych przez Odwołującego opiniach, a także jednoznaczne stanowisko pełnomocnika PID Polska sp. z o.o. w osobie adwokata - według oświadczenia - współpracującego z PID Polska sp. z o.o. od 2016 r., Izba uznała, że nie istnieją wiarygodne podstawy do przyjęcia za uzasadnione kwestionowanie prawidłowości złożenia podpisów na zgłoszeniu przystąpienia do postępowania tego wykonawcy w obydwu sprawach.

Z tych też względów Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego w celu wyjaśnienia kwestii podpisu wykonawcy PID Polska Sp. z o.o., uznając, że został zgłoszony dla zwłoki.

W pisemnym stanowisku złożonym na posiedzeniu w sprawach KIO 2801/22 i KIO 2805/22 Przystępujący wniósł o oddalenie odwołań.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego oraz ww. dowody załączone do złożonych w postępowaniu pism.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołania, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska Stron i Przystępującego a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołania nie zawierają braków formalnych. Wpisy w prawidłowej wysokości zostały uiszczone w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że złożył ofertę nieobarczoną wadami, ubiega się o zamówienie. Uwzględnienie odwołania oznacza odrzucenie w postępowaniu oferty wykonawcy PID Polska i oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą i mógłby zostać wykonawcą zamówienia. Może zatem ponieść szkodę z uwagi na utratę możliwości uzyskania zamówienia na skutek zaaprobowania przez Zamawiającego oferty zawierającej nierzetelne oświadczenia PID Polska.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę i jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby liczyć na zawarcie umowy i uzyskanie korzyści z niej wynikających.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołania w sprawach KIO 2801/22 i KIO 2805/22 podlegają oddaleniu.

Na wstępie zauważenia wymaga, że na rozprawie Odwołujący stwierdził, że w odwołaniu omyłkowo wskazał na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, a zarzut dotyczy naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, na co wskazuje treść uzasadnienia odwołania.

Ad. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, art. 58 ustawy Kodeks cywilny (dalej „Kc")

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 3) jest niezgodna z przepisami ustawy, 4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Przez ofertę niezgodną z przepisami ustawy przyjmuje się ofertę niezgodną z ustawą Pzp i aktami wykonawczymi. Niezgodność ta może dotyczyć np. braku zachowania właściwej formy oferty, niezgodności oferty z zasadami Pzp np. zasadą pisemności, złożenie więcej niż jednej oferty. Nieważność na podstawie odrębnych przepisów związana jest natomiast najczęściej z norami Kc dotyczącymi zasad reprezentacji lub dokonania bezprawnej czynności. Zgodnie z art. 58. § 1 i 2 Kc. czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy, jak również czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego jest nieważna.

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, że spór dotyczy oświadczenia złożonego przez Przystępującego w formularzu ofertowym według wzoru opracowanego przez Zamawiającego, że posiada zapewniony dostęp do części zamiennych i oprogramowania dla urządzeń rtg objętych zamówieniem.

Według Odwołującego oświadczenie to jest niezgodne ze stanem faktycznym, ponieważ Przystępujący na dzień składania oferty nie miał zapewnionego dostępu do niektórych części zamiennych, nazwanych przez niego unikatowymi, co wywodził z braku wystąpienia tego wykonawcy przed złożeniem oferty do niego lub do producenta z zapytaniem ofertowym. W związku z tym jest ono sprzeczne zarówno w prawem, jak i z zasadami współżycia społecznego, narusza bowiem elementarne zasady etyki w biznesie, jak również stanowić może przestępstwo w rozumieniu art. 286 § 1 Kodeksu karnego, polegające na wprowadzeniu w błąd Zamawiającego co do posiadanego przez wykonawcę potencjału koniecznego do zrealizowania zamówienia, co prowadzić może do szkody majątkowej u Zamawiającego. W rezultacie, zgodnie z art. 58. § 1 i 2 Kc, oferta Przystępującego uznana winna być przez Zamawiającego za nieważną jako całość, bowiem brak przedmiotowego oświadczenia czyni ofertę niespełniającą wymogów SWZ, podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Według Zamawiającego natomiast Przystępujący zastosował się do wymogów SWZ i nie ma wątpliwości, że - w sposób przez niego wymagany - wykazał, że posiada dostęp do części zamiennych i oprogramowania dla urządzeń rtg objętych zamówieniem.

Z kolei, w ocenie Przystępującego, twierdzenia Odwołującego zawarte w odwołaniu wskazują na wolę wprowadzenia zmian SWZ. Przedmiotowe oświadczenie nie oznacza, że wykonawca już w dacie składania oferty musiał mieć np. w magazynie jakiś zasób potencjalnie potrzebnych podzespołów. Z treści SWZ wynika bowiem, że wykonawca składając oświadczenie bierze na siebie odpowiedzialność za jego treść i ponosi odpowiedzialność kontraktową w razie zawarcia umowy. Twierdzenia Odwołującego natomiast wskazują na to, że zmierza on do budowania monopolu, do pozbawionego podstaw ograniczenia dostępu do rynku i ograniczenia konkurencyjności w sytuacji, w której standardem jest możliwość korzystania przez użytkowników z usług serwisu pogwarancyjnego oferowanych przez podmioty niepowiązane z producentem. Dostęp do części zamiennych i podzespołów ZBV może być realizowany z różnych źródeł, nie tylko polskich, a zatem jest niezależny od polskiego dystrybutora, jakim jest Odwołujący. Należyte wywiązanie się z umowy nie jest uwarunkowane ani bezpośrednim kontaktem z AS&E ani posiadaniem umowy autoryzacyjnej z AS&E. Ogromna większość podzespołów urządzeń objętych postępowaniem nie pochodzi z produkcji AS&E.

Odwołujący na rozprawie wskazał, na rynku serwisowym w tej branży są różne części, występują zamienniki, jak też jest możliwość regenerowania części. Występują jednak części, które są możliwe do pozyskania tylko z określonych źródeł, co wynika ze specyfiki urządzeń, i do takich odnosi swoje zastrzeżenia odnośnie braku prawdziwości oświadczenia Przystępującego. Chodzi - jak to określił - o unikatowe części, które nie podlegają regeneracji i nie mają zamienników, np. lampy RTG (pkt 1 lit. a wniosku na str. 3 odwołań oraz pozostałe części wymienione w tym punkcie lit. b, c, d). Odwołujący nie wykazał przy tym, że przedstawiane przez niego w odwołaniu części jako unikatowe są wymagane w postępowaniu. Jak natomiast wskazał Zamawiający i co wynika z dokumentacji

postępowania, wymieniane przez Odwołującego lampy rtg zostały wyłączone z postępowania. Argumentacja Odwołującego w odniesieniu do nieobjętych zamówieniem części jest zatem bezprzedmiotowa.

Za nietrafione należy uznać stanowisko Odwołującego, że brak zwrócenia się Przystępującego przed złożeniem oferty z zapytaniem ofertowym do niego, jako autoryzowanego dystrybutora Rapiscan Systems/American Science & Engineering (dalej: „AS&E"), bądź bezpośrednio do tego producenta, wskazuje na nieprawdziwość oświadczenia. Nie zostało bowiem wykazane przez Odwołującego, że SWZ wymaga posiadania dostępu do części zamiennych lub oprogramowania wyłącznie tego producenta.

Jak natomiast wskazał Zamawiający, gdyby przewidział, że określone części mają pochodzić z produkcji konkretnego podmiotu, to - stosując się do wymogów ustawy Pzp - wprowadziłby także postanowienia dotyczące równoważności.

Nadto nie zostało podniesione i wykazane, że Przystępujący nie jest w stanie nabyć części z innych źródeł, np. od innego autoryzowanego dystrybutora. Zauważenia przy tym wymaga, że z odwołania wynika, że części wskazane w pkt 1 a-d (str. 3 odwołań) są produkowane przez inne podmioty, niż producent urządzeń, tj. AS&E. Odwołujący nie wykazał, że wskazani w odwołaniu producenci nie sprzedają swoich produktów innym podmiotom niż producent urządzeń. Jego twierdzenia na rozprawie w tym zakresie są gołosłowne.

Co istotne, na rozprawie sam Odwołujący stwierdził, że zarówno on, jako oficjalny dystrybutor AS&E, jak też ten producent, pozytywnie odpowiadają na zapytania ofertowe, kierowane także ze strony konkurencyjnych wykonawców. Oznacza to, że zakup tych części nie jest problematyczny. Odwołujący nie wykazał, że z jakiegoś powodu powyższe, tj. wola sprzedaży części, a w konsekwencji swoboda zakupu tych części, nie dotyczy Przystępującego. Nie wykazał także, aby z postanowień SWZ wynikało, że już w dacie składania oferty każdy z wykonawców musiał mieć na stanie magazynowym lub zamówione wszystkie potencjalnie potrzebne części.

Według założeń Zamawiającego opisanych w dokumentach zamówienia, co nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego, w ramach umowy Wykonawca, przed zleceniem przez Zamawiającego wykonania naprawy, ma m.in. obowiązek dokonania diagnozy awarii i sporządzenia kosztorysu naprawy. Naprawa jest wykonywana przez wykonawcę jedynie w sytuacji, gdy Zamawiający zaakceptuje taki kosztorys i udzieli zlecenia. Od decyzji Zamawiającego zależy, czy zrezygnuje z naprawy, czy też zleci naprawę wybranemu w postępowaniu wykonawcy, bądź innemu podmiotowi. Oznacza to zatem, że składając ofertę wykonawca nie miał pewności, że w razie wyboru jego oferty, naprawy będą przez niego wykonywane. Nie dziwi zatem, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców załączenia do oferty wykazu dostawców wszystkich potencjalnie potrzebnych części. Oczekiwał jedynie oświadczenia o posiadanym dostępie do części, który to dostęp, jak wyżej wskazano, Odwołujący potwierdził na rozprawie.

Z tego względu, niezależnie od tego, że jak wyżej wskazano, niektóre z tych części zostały wyłączone z postępowania, wniosek Odwołującego o zobowiązanie Przystępującego do przedstawienia dowodów dotyczących posiadania lub zapewnienia sobie dostaw części wskazanych w odwołaniu, należało uznać za pozbawiony jakichkolwiek podstaw. Nie znajduje on bowiem uzasadnienia ani w dokumentach zamówienia, ani w okolicznościach faktycznych przyznanych przez Odwołującego na rozprawie.

Skoro zarówno on, jako dystrybutor na Polskę, jak też AS&E nie czynią przeszkód w nabyciu części tego producenta, to oznacza, że Przystępujący ma możliwość ich zakupu, a zatem posiada do nich dostęp. W związku z tym załączona do odwołania korespondencja mailowa np. z Spellman High Voltage Electronics Ltd, dotycząca jednostki XR

V225N3000X4151 w zakresie odmowy udzielenia informacji na zapytanie ofertowe jest zatem nieprzydatna dla rozpoznania odwołania. Nadto Korespondencja z Comet Technologies dotyczy wyłączonej z postępowania lampy rtg 225 kV. Podobnie należy ocenić oświadczenie producenta As&E dotycząca tego, iż Odwołujący jest jego przedstawicielem w Polsce na prawach wyłączności.

Ze stanowiska Odwołującego wynika, że ma on wątpliwości co do tego, czy Przystępujący przed złożeniem oferty zagwarantował sobie dostęp do ww. części i oczekiwał, że przed Izbą te jego wątpliwości się potwierdzą, przy czym według koncepcji Odwołującego miałoby to nastąpić za sprawą zobowiązania nałożonego przez izbę, tj. zobowiązania do przedłożenia dokumentów, których Zamawiający nie wymagał w SWZ.

Tymczasem zarówno Zamawiający, jak też każdy z wykonawców, są związani treścią SWZ. Po otwarciu ofert wprowadzanie zmian SWZ nie jest możliwe.

W sytuacji, gdy Zamawiający nie wymagał od wykonawców dostępu do części zamiennych producenta urządzenia oraz do oprogramowania producenta urządzenia, a jedynie złożenia oświadczenia o posiadaniu dostępu do części zamiennych i oprogramowania dla urządzeń rtg objętych zamówieniem, a rozliczenie kosztów usługi naprawy miało następować w oparciu o zaoferowany koszt jednej roboczogodziny serwisanta oraz koszt wymienionych części zamiennych/materiałów eksploatacyjnych, przy czym decyzja co do naprawy, ma być podejmowana po zapoznaniu się z kosztorysem naprawy, to przy braku jednoznacznych postanowień SWZ wskazujących na konieczność wykazania przez wykonawców posiadania na etapie składania ofert potencjalnie potrzebnych części, przy jednoczesnym braku wykazania, że tylko Odwołujący ma możliwość świadczenia usług serwisu pogwarancyjnego trudno podzielić wątpliwości Odwołującego.

Zauważenia również wymaga, że Przystępujący na żądanie Zamawiającego, złożył wyjaśnienia w przedmiocie posiadania dostępu do części i oprogramowania dla urządzeń rtg objętych zamówieniem, w tym złożył - mimo takiego wymogu SWZ - wykaz dostawców części ze wskazaniem asortymentu. Wyjaśnienia zostały ocenione przez Zamawiającego jako potwierdzające, iż Przystępujący składając w formularzu ofertowym oświadczenie, że posiada dostęp do części zamiennych i oprogramowania dla urządzeń rtg objętych zamówieniem, uczynił to zgodnie z istniejącym stanem rzeczy.

W ocenie Izby treść złożonych przez Przystępującego wyjaśnień, przy uwzględnieniu celu składania przedmiotowego oświadczenia w świetle postanowień SWZ, w tym postanowień wskazanych powyżej w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, pozwala na taką ocenę. Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie ma możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Przeciwnie, sam w zakresie dostępu do części takie możliwości potwierdził. Ze stanowiska Odwołującego zaprezentowanego na rozprawie wynika bowiem, że w przypadku wystąpienia przez Przystępującego z zapytaniem ofertowym spotkałoby się ono z pozytywną odpowiedzią. Wobec natomiast opisanej w SWZ procedury związanej z naprawami i braku wymogu, iż zapytanie ofertowe winno być skierowane do Odwołującego lub producenta przed złożeniem oferty, należy przyjąć, że może ono nastąpić także po wystąpieniu konkretnej awarii a przed sporządzeniem kosztorysu. Złożony przez Przystępującego, niewymagany w SWZ, wykaz dostawców, który został objęty tajemnicą jego przedsiębiorstwa, wskazujący na inne podmioty dostawców, zatem jedynie dodatkowo potwierdza, iż Przystępujący, posiada dostęp do części zamiennych, niezależnie od możliwości ich zakupu od Odwołującego czy AS&E. Nadto jak wskazał Przystępujący niezależnie od wskazanych dostawców, posiada w ramach własnych zasobów pokaźny magazyn części, w tym również takich, które mogą okazać się potrzebne przy wykonywaniu usług objętych tym postępowaniem, dysponuje źródłami pozyskania równowartościowych zamienników dla podzespołów zainstalowanych oryginalnie, a także samodzielnie lub przez podwykonawców wytwarza oraz regeneruje podzespoły, na które może pojawić się zapotrzebowanie. Nadto większość podzespołów urządzeń objętych postępowaniem nie pochodzi z produkcji AS&E, lecz są to produkty komercyjne różnych producentów, do których Przystępujący ma dostęp.

Skoro żaden z wykonawców nie miał obowiązku przedkładania wykazu dostawców, żaden z wykonawców nie ma pewności co do tego, że w razie wyboru jego oferty, będzie wykonywał naprawy, a jednocześnie ma wiedzę, że nie będzie napotykał trudności w zakupie także ww. części, nazywanych przez Odwołującego unikatowymi, to trudno podzielić pogląd Odwołującego, że kwestionowane przez niego oświadczenie Przystępującego jest nieprawdziwe, tylko z tego powodu, że przed złożeniem oferty nie wystąpił do Odwołującego lub AS&E z zapytaniem ofertowym odnośnie do części wskazanych w pkt 1 a-d (str. 3 odwołań). W sytuacji, gdy Przystępujący ma możliwość zakupu części, to oznacza, że złożone przez niego oświadczenie o posiadaniu dostępu do części zamiennych nie wprowadza Zamawiającego w błąd.

Za niewykazane należy uznać także stanowisko Odwołującego dotyczące posiadania przez Przystępującego dostępu do oprogramowania dla urządzeń rtg objętych zamówieniem. W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący podał, że posiada dostęp do oprogramowania z racji serwisów wykonanych przez siebie lub przez osoby trzecie, z którymi współpracuje. Nadto wskazał, że nie potrzebuje odrębnej licencji do oprogramowania udzielonej przez jego producenta dla usuwania błędów, które mogą się pojawić. Usługi serwisowe bazują na dostępie do konkretnego urządzenia wraz z wgranym na dane urządzenie oprogramowaniem, do którego dostęp zapewnia umowa serwisowa. W ramach użytkowania i przed jakąkolwiek ingerencją serwisową wykonywany jest tzw. backup umożliwiający przywrócenie systemu w razie awarii. Przystępujący zauważył również, że dysponuje dokumentacją techniczną urządzeń, czego dowodem jest uzyskanie zezwolenia Prezesa

Państwowej Agencji Atomistyki na jego uruchamianie, przy czym zezwolenie dotyczące ZBV klasy C posiada od 27 lipca 2021 r., a zezwolenie dotyczące klasy S zostało uzyskane na potrzeby świadczenia usług objętych tym postępowaniem (zgodnie z treścią pkt 2.5.1 załącznika nr 1 do rozporządzenia Rady Ministrów z 30.08.2021 r. w sprawie dokumentów wymaganych przy składaniu wniosku o wydanie zezwolenia na wykonywanie działalności związanej z narażeniem na działanie promieniowania jonizującego albo przy zgłoszeniu wykonywania tej działalności obligatoryjnym załącznikiem do wniosku o wydanie zezwolenia na uruchamianie jest dokumentacja techniczna urządzenia). Dokumentacją taką dysponuje Zamawiający, który jest uprawniony do jej udostępniania na potrzeby obsługi serwisowej podmiotom działającym na jego zlecenie, bez konieczności pytania o zgodę AS&E, ani Odwołującego. Odwołujący nie wykazał, że powyższe twierdzenia, jak też twierdzenia, że Zamawiający nie wymagał od wykonawców wykazania dostępu do części zamiennych oraz do oprogramowania producenta urządzenia, są nieuprawnione.

Ad zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która w świetle postanowień specyfikacji warunków zamówienia i obowiązujących przepisów powinna podlegać odrzuceniu

Zgodnie z art. 239 ust. 1: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Stosownie do ar. 17 ust. 2 ustawy Pzp: Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący nie podnosił w odwołaniu że ocena oferty została dokonana przez Zmawiającego w oparciu o inne kryteria niż określone w SWZ, jak też, że np. Zamawiający w inny sposób innego wykonawcę będącego w takiej samej sytuacji. Zarzut ten wiąże się z zarzutem zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi złożenie przez niego nieprawdziwego, zdaniem Odwołującego, oświadczenia dotyczącego dostępu do części zamiennych i oprogramowania. Zwraca przy tym uwagę stanowisko Odwołującego, który używa sformułowania wskazującego jedynie na prawdopodobieństwo braku po stronie Przystępującego możliwości zaopatrzenia w kluczowe części zamienne konieczne do serwisowania urządzeń, w tym zwłaszcza specyficzne części zamienne, jak twierdzi, gwarantowane wyłącznie przez producenta, a także stanowisko odnoszące się do braku efektywnego dostępu do oprogramowania, którym nie towarzyszy wykazanie podnoszonych braków. Nie jest w sprawie sporne, że Zamawiający nie wymagał, aby wykonawca był oficjalnym przedstawicielem AS&E.

Jak wyżej został stwierdzone, zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przesypującego z uwagi na złożenie spornego oświadczenia okazał się nietrafiony. Nie zostało zatem potwierdzone, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał wyboru oferty złożonej Przystępującego, jak też, że doszło do uprzywilejowana tego wykonawcy, na skutek udzielenia mu zamówienia pomimo niegwarantowania przez tego wykonawcę należytego wykonania umowy.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanych sprawach nie stwierdzono

naruszenia przepisów Pzp, mającego wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołań.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono

jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Izba oddaliła odwołania. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania w sprawach KIO

2801/22 i KIO 2805/22 ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b 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).

Przewodniczący: .....