

WYROK

z dnia 27 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 lutego 2018 r. przez wykonawcę SAE Oświetlenie i Zabezpieczenia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa ul. Narbutta 83 lok. U1, 02-524 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Izbę Administracji Skarbowej w Białymstoku, ul. Słonimska 1, 15-026 Białystok

przy udziale wykonawcy PID Polska Sp. z o.o., ul. Osmańska 12, 02-823 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.	oddala odwołanie;				
2.	kosztami postępowania	obciąża	odwołującego	SAE Oświetlenie	

i Zabezpieczenia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego

SAE Oświetlenie i Zabezpieczenia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1579z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Izba Administracji Skarbowej w Białymstoku (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie serwisu i napraw pogwarancyjnych trzech urządzeń rentgenowskich do prześwietlania pojazdów Rapiscan Eagle G4500 na potrzeby Izby Administracji Skarbowej w Białymstoku, Olsztynie i Rzeszowie”, numer referencyjny: 2001- ILN.260.13.2017. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 grudnia 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2017/S 234-486152. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 12 lutego 2018 r. wykonawca - SAE Oświetlenie i Zabezpieczenia spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp i art. 22 ust.

1a ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania PID Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: PID Polska) pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia;

2) ewentualnie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania PID Polska do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia;

3) art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PID Polska pomimo, iż Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia;

4) ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PID Polska pomimo, iż Wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie spełniania przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia;

5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PID Polska i zaniechanie wykluczenia PID Polska pomimo, iż Wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu

o udzielenie zamówienia, tj. złożył oświadczenie, skutkujące uznaniem przez Zamawiającego, iż jego oferta jest zgodna z treścią SIWZ, tj. że Wykonawca posiada dostęp do części zamiennych i oprogramowania dla urządzeń rtg objętych niniejszym zamówieniem, co w przypadku braku takiego dostępu powoduje również niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) unieważnienia czynności badania i oceny ofert;

3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, i w konsekwencji:

a. wykluczenia PID Polska z postępowania,

b. odrzucenia oferty PID Polska, ewentualnie

c. wezwania PID Polska do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3, a w przypadku zaniechania odpowiedzi na wezwanie albo uzupełnienia dokumentów w sposób niepotwierdzający spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczących dysponowania wiedzą i doświadczeniem - wykluczenia PID Polska z postępowania.

Uzasadniając interes we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i wykluczenia PID Polska z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, za najkorzystniejszą zostałaby uznana oferta złożona przez Odwołującego. W związku z tym objęte odwołaniem czynności Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, polegającej na uniemożliwieniu uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż do wykonywania usług objętych przedmiotem zamówienia potrzebne są specjalne uprawnienia, tj. zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki (dalej: „Prezesa PAA”). Zamawiający w zakresie posiadanych kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej wymagał, aby Wykonawca posiadał zezwolenie Prezesa PAA na uruchamianie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące typu Rapiscan Eagle G4500, zgodnie z art. 4.1.5 ustawy - Prawo atomowe (Dz. U. z 2012 r. poz. 264 wraz z późn. zm.). Powyższe, zdaniem Odwołującego, oznacza, iż Zamawiający wymagał posiadania przez Wykonawców, zezwolenia na uruchamianie urządzeń rentgenowskich z akceleratorem, gdyż w urządzeniu Rapiscan Eagle G4500 promieniowanie rentgenowskie wytwarzane jest przez akcelerator rentgenowski. Jednocześnie, w Rozdziale 11 pkt 2 SIWZ Zamawiający wprowadził wymóg, aby w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy wykazali się wykonaniem usług polegających na naprawie urządzeń rentgenowskich o łącznej wartości minimum 100 000 PLN brutto w okresie ostatnich czterech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Odwołujący zauważył, iż urządzenia generujące promieniowanie rentgenowskie dzielą się m.in. w zależności od stosowanego źródła promieniowania jonizującego oraz rodzaju zastosowania (medyczne, spożywcze, przemysłowe, kontroli bagażu, kontroli pojazdów tzw. Cargo, w skład którego wchodzi również, kontrola składów kolejowych). W zakresie źródeł promieniowania jonizującego wyróżnia się urządzenia, które wykorzystują jako źródło lampę rentgenowską (generator) oraz urządzenia, w których zastosowany został akcelerator.

W lampach rentgenowskich (generatorach) uzyskuje się energie rzędu 90.000-300.000 eV podczas gdy w akceleratorach uzyskiwane są energie rzędu 2.500.000 do 9.000.000 eV. Zastosowanie generatorów i akceleratorów w urządzeniach jest różne ze względu na specyfikę pracy i wymagania bezpieczeństwa. Generatory rentgenowskie które są

stosowane w przemyśle spożywczym, a w których uzyskiwane energie są niskie, rzędu 140-160 keV, pracują w urządzeniach nazywanych detektorami rentgenowskimi umożliwiającymi wykrywanie w produktach żywnościowych zanieczyszczeń a bezpieczeństwo pracy jest zapewnione przez standardowe środki ochrony takie jak np. płytki ołowiane. Natomiast akcelerator rentgenowski, w którym uzyskiwane energie są rzędu 2500-9000 keV czyli 20-60 razy większe niż w generatorach rentgenowskich, stosuje się w urządzeniach rentgenowskich prześwietlających ładunki Cargo (pojazdy samochodowe, składy kolejowe, kontenery), w których istotne jest odpowiednie zobrazowanie prześwietlanego obiektu oraz możliwość jak największej penetracji prześwietlanego obiektu. Wiąże się to również z koniecznością zapewnienia specjalnych warunków bezpieczeństwa w pracy z takimi urządzeniami rentgenowskimi, w których stosuje się specjalne osłony radiacyjne nawet w postaci bunkrów betonowych, w których umieszcza się takie źródło promieniowania. Serwisowanie tak skomplikowanych urządzeń rentgenowskich, które służą do prześwietlania ładunków Cargo wymaga również przeszkolenia podmiotu świadczącego takie usługi przez producenta tych urządzeń, z zakresu pełnej obsługi urządzenia, jego uruchomienia i systemów bezpieczeństwa urządzenia, w które wyposażone jest takie urządzenie rentgenowskie. Taki podmiot powinien posiadać również dostęp do specjalistycznego oprogramowania dla tych urządzeń oraz części zamiennych.

Odwołujący podniósł, iż również rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 lipca 2006 r. w sprawie szczegółowych warunków bezpiecznej pracy ze źródłami promieniowania

jonizującego (Dz.U. Nr 140, poz. 994 dalej: „rozporządzenie w sprawie bezpiecznej pracy ze źródłami promieniowania jonizującego”) rozróżnia te urządzenia, definiując je jako: akcelerator - urządzenie wytwarzające promieniowanie jonizujące w wyniku przyspieszania cząstek naładowanych, w szczególności: przyspieszacz liniowy, betatron, cyklotron, generator neutronów; aparat rentgenowski - aparat lub zestaw składający się z urządzeń przeznaczonych do wytwarzania i wykorzystywania promieniowania rentgenowskiego, w którym źródłem promieniowania jonizującego jest lampa rentgenowska.

Odwołujący stwierdził, iż urządzenia, którymi zajmuje się PID Polska oraz urządzenia wykorzystujące akceleratory różnią się znacznie między sobą. „Detektory rentgenowskie” umożliwiają wykrywanie w produktach żywnościowych zanieczyszczeń, co jest wyraźnie wskazane w broszurach PID Polska i działają automatycznie wskazując, które produkty z linii produkcyjnej mają takie zanieczyszczenia i powinny być usunięte. Już z samej nazwy stosowanej przez PID Polska wynika, iż są to detektory czyli wykrywacze. W urządzeniach rentgenowskich do badania Cargo typu Rapiscan Eagle G4500 stosowane są natomiast inne algorytmy analizy obrazu, gdyż wytwarzają one obrazy prześwietlanych obiektów (pojazdów TIR, kontenerów), które następnie analizowane są przez operatorów w celu wykrycia przemytu bądź zagrożenia. Aby uzyskać taki obraz przy tak dużych energiach uzyskiwanych z akceleratorów stosowane są specjalne, dedykowane odbiorniki promieniowania.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający używa sformułowania „urządzenia rentgenowskie” w odniesieniu do opisu przedmiotu zamówienia tj. do urządzenia rentgenowskiego typu Rapiscan Eagle G4500, nazywanego również urządzeniem RTG, na co wskazuje treść Załącznika nr 1 do SIWZ. Urządzenia rentgenowskie, które objęte są przedmiotem zamówienia są urządzeniami, w których wykorzystywany jest akcelerator jako źródło promieniowania jonizującego. Odwołujący nie miał żadnych wątpliwości, że warunek doświadczenia wprowadzony przez Zamawiającego dotyczy wykonania usług naprawczych urządzeń rentgenowskich, w których źródłem promieniowania jonizującego jest akcelerator. Potwierdza to nie tylko, wymagane przez Zamawiającego, zezwolenie Prezesa PAA, które dotyczy uruchamiania właśnie takich urządzeń. Wskazuje na to również jednoznacznie opis przedmiotu zamówienia. Tymczasem, PID Polska, jak wynika z załączonego przez tego wykonawcę do oferty wykazu usług, na potwierdzenie spełniania ww. warunku, wskazała cztery usługi, które określiła jako „Naprawę urządzenia rentgenowskiego typu Eagle Pack oraz Eagle Quad View”. Urządzenia Eagle Pack oraz Eagle Quad View nie mają jednak nic wspólnego z urządzeniami, których serwisowanie jest przedmiotem zamówienia. Są to bowiem urządzenia służące do kontroli jakości produktów spożywczych przez detekcję zanieczyszczeń (wtrącin, nieregularności) w badanych produktach. Wątpliwości, w tym zakresie, powstają już po samej analizie treści referencji załączonych do wykazu (str. 35 oferty). Zgodnie bowiem z oświadczeniem wystawcy referencji - Nestle Polska S.A. referencje dotyczą wykonywania umowy serwisowej na „świadczenie usług w zakresie przeglądu technicznego, konserwacji oraz naprawy 5 szt. detektorów do rentgenowskiej kontroli produkcji”. Aparaty te, jako źródła promieniowania jonizującego używają, zgodnie z nazewnictwem z rozporządzenia w sprawie bezpiecznej pracy ze źródłami promieniowania jonizującego, lamp rentgenowskich nie zaś akceleratorów, jak w urządzeniach rentgenowskich, których dotyczy przedmiot zamówienia.

O braku doświadczenia w zakresie usług serwisowania urządzeń rentgenowskich będących przedmiotem zamówienia, zdaniem Odwołującego, świadczy również fakt, iż PID Polska uzyskała zezwolenie Prezesa PAA na wykonywanie takiej działalności dopiero w dniu 4 stycznia 2018r., a więc na 6 dni przed terminem składania ofert. Również przed samym terminem składania ofert, PID Polska rozszerzyła zakres polisy OC. Jak wynika z treści, złożonej przez tego wykonawcę polisy OC, do 8 stycznia 2017 r., czyli jeszcze na dwa dni przed złożeniem ofert, PID Polska zajmowała się: sprzedażą, montażem i serwisem detektorów metali i detektorów rentgenowskich dla przemysłu spożywczego. Aneks z dnia 8 stycznia 2018r. do polisy OC dopisany został, na potrzeby niniejszego przetargu, nowy zakres usług: „Świadczenie serwisu i napraw pogwarancyjnych urządzeń rentgenowskich do prześwietlania pojazdów i bagażu”. Powyższe, w ocenie Odwołującego jednoznacznie wskazuje, iż PID Polska nigdy nie traktowała oferowanych przez siebie detektorów rentgenowskich jako urządzeń rentgenowskich do prześwietlania pojazdów czy bagażu, gdyż w oczywisty sposób nie mogą być one tak traktowane. Oznacza to także, że PID Polska nigdy nie prowadziła prac serwisowych urządzeń z akceleratorami, gdyż ani nie posiadała, aż do dnia 4 stycznia 2018, stosowanego zezwolenia Prezesa PAA, ani nie posiadała odpowiedniego ubezpieczenia. Złożenie przez PID Polska oświadczenia i referencji, w których nazwa „detektory rentgenowskie”, które PID Polska sprzedaje na rynku polskim i tak nazywane są również w broszurach dostępnych na stronie internetowej PID Polska, a także w przytoczonej w referencjach umowie, zmieniona jest w dalszej części referencji na urządzenia rentgenowskie, było, w ocenie Odwołującego, świadomym działaniem mającym na celu wywołanie u Zamawiającego wrażenia, że ww. urządzenia odpowiadają swym charakterem opisowi przedmiotu zamówienia. Nazwanie detektorów rentgenowskich urządzeniami rentgenowskimi, nie zmienia jednak faktu, iż urządzenia te nie posiadają źródła

promieniowania jonizującego w postaci akceleratora, tak jak typ urządzenia rentgenowskiego opisywany w przedmiocie zamówienia. Odwołujący dodał, iż gdyby przyjąć stanowisko dopuszczające uznanie wykazanego przez PID Polska doświadczenia, jako spełniającego postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, to równie dobrze można byłoby przedstawić, jako spełniające warunek, usługi dotyczące naprawy rentgena stomatologicznego. Rentgen stomatologiczny, też można bowiem nazwać urządzeniem rentgenowskim i również twierdzić, iż jego serwisowanie potwierdza zdolności techniczne i wiedzę w zakresie uruchamiania, serwisowania i naprawy urządzeń objętych postępowaniem, które jako źródła promieniowania jonizującego używają akceleratora i służą do prześwietlania pojazdów.

W podsumowaniu argumentacji przedstawionej na poparcie zarzutu, Odwołujący stwierdził, iż z uwagi na to, że urządzenia do rentgenowskiej kontroli produkcji, ze względu na swą konstrukcję i sposób działania, nie używają akceleratora, jako źródła promieniowania jonizującego, tak jak urządzenia rentgenowskie typu G4500 i opisywane przez Zamawiającego w SIWZ, to tym samym PID Polska nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Następnie Odwołujący podniósł, iż przepis art. 22 ust. 1a ustawy Pzp stanowi nie tylko o obowiązku Zamawiającego, na etapie tworzenia ogłoszenia i SIWZ, określenia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i do niego proporcjonalny, ale także jest ustawową wytyczną interpretacyjną dla rozumienia treści warunku na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców. Nie jest zatem tak, że jeśli Zamawiający użyje w opisie sposobu spełniania warunku pojęcia nieposiadającego swej legalnej definicji, ani nie stworzy na potrzeby postępowania własnej definicji, to Wykonawca może wykazać spełnianie warunku każdym dokumentem, choćby odnoszącym się do użytego pojęcia w sposób zupełnie oderwany od treści SIWZ. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący wskazał na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 września 2011 r. sygn. akt KIO 1882/11, 1895/11 i dodał, iż jeżeli przedmiotem zamówienia jest świadczenie serwisu i napraw pogwarancyjnych urządzeń rentgenowskich używających akceleratora jako źródła promieniowania jonizującego i Zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu tego typu usług (urządzenia typu CARGO), to świadczenie napraw detektorów rentgenowskich do przemysłu spożywczego jest niewystarczające dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i dlatego Wykonawca PID Polska powinien zostać wykluczony z postępowania.

Uzasadniając zarzuty dotyczące wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp Odwołujący przytoczył treść przepisów i podał, iż w przedmiotowym przypadku występuje celowe działanie Wykonawcy lub, co najmniej, jego lekkomyślność lub niedbalstwo, przy przedstawianiu informacji i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Informacje te zostały bowiem przedstawione w sposób, który miał wywołać u Zamawiającego wrażenie, że PID Polska posiada doświadczenie w realizacji usług tożsamych z przedmiotem zamówienia. Dodatkowo, w piśmie z dnia 30 stycznia 2018 r. Wykonawca wprost potwierdził posiadanie doświadczenia przy dostawach i obsłudze urządzeń cargo. Tymczasem, zgodnie z wiedzą Odwołującego, PID Polska nie dostarczała, ani nie serwisowała takich urządzeń. Brak takiego doświadczenia potwierdza również okoliczność, braku posiadania przez PID Polska, aż do dnia 4 stycznia 2018 r., zezwolenia Prezesa PAA na wykonywanie tej działalności. Ponieważ Zamawiający, opierając się na oświadczeniach PID Polska dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy, jako najkorzystniejszej, to w ocenie Odwołującego ziściły się przesłanki, określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, skutkujące koniecznością wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania.

Na uzasadnienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty PID Polska, Odwołujący wskazał, iż w pkt 5 Formularza oferty Wykonawca PID Polska oświadczył, iż posiada dostęp do części zamiennych i oprogramowania dla urządzeń rtg objętych zamówieniem. Zdaniem Odwołującego oświadczenie to jest nieprawdziwe, wprowadzające w błąd Zamawiającego. Wynika to z tego, iż oprogramowanie dla urządzeń rentgenowskich do prześwietlania pojazdów Rapiscan Eagle G4500 jest objęte prawami autorskimi producenta - Rapiscan System i zgodnie z wiedzą Odwołującego producent nie udzielił licencji do tego oprogramowania, ani nie przekazał praw autorskich PID Polska. Tym samym, w ocenie Odwołującego, również z tego powodu PID Polska podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, gdyż informacja ta wprowadziła Zamawiającego w błąd podczas dokonywania oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. W konsekwencji oferta PID Polska podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie jest zgodna z treścią SIWZ.

Uzasadniając alternatywnie zgłoszony zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

Odwołujący wskazał, iż jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż w jego ocenie, w zaistniałym stanie faktycznym, nie ma podstaw do wzywania PID Polska do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, ponieważ nie występują przesłanki wskazane w ww. przepisie. Wykonawca złożył oświadczenie dotyczące potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz referencje, z których wynika, iż nie posiada on doświadczenia adekwatnego do przedmiotu zamówienia i nie może takiego posiadać, gdyż wymagane ustawą uprawnienia do prowadzenia takiej działalności uzyskał na 6 dni przed terminem składania ofert. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie będzie możliwe również w przypadku potwierdzenia się zarzutów związanych z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu i posiadaniu dostępu do części zamiennych i oprogramowania, a także w przypadku konieczności odrzucenia oferty PID Polska. Jednak z daleko idącej ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje na możliwość naruszenia przez Zamawiającego również tego przepisu i ewentualną konieczność wezwania PID Polska do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 23 lutego 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego i o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w piśmie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., iż Wykonawca PID Polska spełnił postawione w SIWZ warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający podniósł, iż opis przedmiotu zamówienia i warunków udziału w postępowaniu musi być zgodny z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a na Zamawiającym ciąży obowiązek zapewnienia jak najszerzego dostępu wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dodał, iż od 21 lat wykorzystuje urządzenia rentgenowskie i aktualnie posiada na stanie 16 urządzeń rentgenowskich różnego typu. Zdaniem Zamawiającego używanie określenia detektory rentgenowskie nie zmienia faktu, iż chodzi o urządzenia rentgenowskie. Poprzez urządzenia rentgenowskie rozumie się bowiem urządzenia wytwarzające promieniowanie, w którym na skutek podania napięcia do lampy/akcelaratora na skutek uderzania/hamowania elektronów w anodę powstaje wiązka promieniowania rentgenowskiego. W akceleratorach celem uzyskania większego natężenia promieniowania dodatkowo elektrony są przyspieszane w polu elektromagnetycznym. Stąd też PID Polska spełnił wymogi określone w SIWZ w zakresie zdolności technicznej i zawodowej poprzez przedstawienie wykazu usług polegających na naprawie urządzeń rentgenowskich.

Zamawiający dodał, iż zgodnie z umową zawartą pomiędzy dawną Izbą Celną a Rapiscan na dostawę trzech urządzeń rentgenowskich, opis przedmiotu zamówienia obejmuje 21 stron tekstu, a opis źródła promieniowania jest jednym z 46 parametrów określających wymagania minimalne, co świadczy o złożoności całego systemu rentgenowskiego, gdzie serwisowaniu i naprawom podlega dużo więcej elementów niż akcelerator. Zamawiający podał, iż z rozważą nie wprowadził wymogu świadczenia usług polegających na naprawie urządzeń rentgenowskich, w których źródłem promieniowania jest akcelerator, a zastosował zapis szerszy uwzględniający wszystkie rodzaje urządzeń rentgenowskich, aby nie zawęzić grona wykonawców. Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług serwisu i naprawy pogwarancyjnych urządzeń rentgenowskich, co jest równoznaczne z dopuszczeniem do udziału w postępowaniu także innych serwisów niż Odwołującego, po to, aby zapobiegać monopolizacji rynku poprzez zawieranie umów na wyłączność.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w związku z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający podał, iż nie miał wątpliwości co do prawidłowości dokumentów, złożonych przez PID Polska na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Są one kompletne i nie zawierają błędów. Natomiast ustosunkowując się do zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż aby uzyskać zezwolenie Prezesa PAA na uruchamianie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące typu G4500, które PID Polska posiada, należy zgodnie z przepisami rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 czerwca 2015 r. przedstawić m.in. dokumentację techniczną urządzeń będących przedmiotem działalności, której dotyczy wnioski, informacje o sposobie, miejscu i warunkach przechowywania źródeł promieniotwórczych i odpadów promieniotwórczych, informacje o sposobie i warunkach transportu źródeł promieniotwórczych i odpadów promieniotwórczych, jak również informacje dotyczące np.

uprawnień osób zatrudnionych na stanowisku mającym istotne znaczenie dla zapewnienia bezpieczeństwa jądowego i ochrony radiologicznej oraz uprawnieniach inspektora ochrony radiologicznej.

W opinii Zamawiającego, skoro Odwołujący stawia tak daleko idące zarzuty, to powinien przedstawić decyzję Prezesa PAA unieważniającą zezwolenie posiadane przez PID Polska.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, stwierdzając, iż oferta złożona przez PID Polska jest zgodna z treścią SIWZ.

Pismem z dnia 16 lutego 2018 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca PID Polska Sp. z o.o. (dalej również: „Przystępujący”), podając, iż w jego interesie jest rozstrzygnięcie odwołania na korzyść Zamawiającego, ponieważ jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. W związku z tym Przystępujący ma zamiar podpisać z Zamawiającym umowę o realizację zamówienia i uzyskać wszelkie korzyści z tym związane, a w szczególności wynagrodzenie. Uwzględnienie odwołania uniemożliwi zawarcie tej umowy, pozbawi go szansy na realizację przedmiotowego zamówienia publicznego i narazi na poniesienie szkody. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Po zapoznaniu się m.in. z treścią SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu, po przeprowadzeniu rozprawy i wysłuchaniu stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych, nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oraz, że wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Tym samym odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdziła, iż Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej, z uwagi na to, iż została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę, która według przyjętych w SIWZ kryteriów oceny ofert, w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, co mogłoby skutkować uzyskaniem przez niego zamówienia. Wybór oferty Przystępującego skutkuje pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji możliwością poniesienia szkody.

Izba stwierdziła, iż stosownie do art. 185 ust. 3 ustawy Pzp, Przystępujący stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego. Przystąpienie nastąpiło z zachowaniem wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, w tym z wykazaniem interesu Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Oferta Przystępującego została wybrana, jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania może spowodować wykluczenie wykonawcy z postępowania, a tym samym może uniemożliwić uzyskanie przez tego wykonawcę zamówienia.

Następnie, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający przewidział trzy warunki udziału w postępowaniu. W zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, Zamawiający wymagał posiadania przez wykonawców zezwolenia Prezesa PAA na uruchamianie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące typu Rapiscan Eagle G4500, zgodnie z art. 4.1.5 ustawy Prawo atomowe (Dz.U. z 2012 r. poz. 264 wraz z późn.zm.). W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał legitymowania się przez wykonawców doświadczeniem w wykonaniu w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie usługi polegającej na naprawie urządzeń rentgenowskich o łącznej wartości minimum 100 000 złotych. Wykonawcy winni wykazać spełnienie tego warunku przedstawiając wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. W zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej Zamawiający wymagał posiadania opłaconej polisy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 1 000 000,00 zł.

Pkt. 5 Formularza ofertowego, w brzmieniu nadanym przez Zamawiającego stanowi:
„5. Oświadczamy, iż posiadamy dostęp do części zamiennych i oprogramowania dla urządzeń rtg objętych niniejszym zamówieniem.”

Oferta Przystępującego zawierająca podpisany Formularz ofertowy, w zakresie wykazania spełniania przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zawiera m.in. aneks Prezesa PAA nr 2 z dnia 04.01.2018 r. do zezwolenia Nr D-16973 z dnia 09.10.2008 r., rozszerzający zakres zezwolenia m.in. o urządzenia wytwarzające promieniowanie jonizujące Rapiscan Eagle G4500, wykaz wykonanych usług i dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług przedstawionych w wykazie oraz Aneks nr 1 z dnia 8 stycznia 2018 r. do polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Nr 440-17-430 - 05934030, obejmujący wymagane w SIWZ: wielkość sumy gwarancyjnej i rodzaj prowadzonej działalności.

Izba zważyła, co następuje:

Odwwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały określone przez zamawiającego m.in. w ogłoszeniu o zamówieniu. W przedmiotowym postępowaniu, jak wyżej ustalono, Zamawiający określił takie warunki. Zostało wykazane, iż żaden z wykonawców nie skorzystał w ustawowym terminie z możliwości wniesienia w tym zakresie środków ochrony prawnej, jak również nie zadawał pytań. Można zatem przyjąć, że w ocenie wykonawców, warunki udziału w postępowaniu były jasne i zgodne z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp. Z tych względów, zarzut naruszenia przez Zamawiającego tego przepisu, należy uznać za spóźniony. Stosownie bowiem do przepisu art. 182 ust. 2 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec treści SIWZ, w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej. Skoro ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 grudnia 2017 r., termin na wniesienie odwołania dotyczącego określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, upłynął w dniu 16 grudnia 2017 r.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp stanowi m.in., iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. W ocenie Izby, Zamawiający zasadnie ocenił, iż Przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Nie jest sporne pomiędzy stronami, iż Przystępujący aktualnie posiada wymagane zezwolenie Prezesa PAA, jak też, że posiada wymagane ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Nie jest również sporne, iż dokumenty te, stosownie do postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, winny być złożone dla potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, odpowiednio w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej. Tym samym dokumenty te potwierdzają spełnianie przez Przystępującego warunków, na potwierdzenie spełniania których zostały złożone.

W ocenie Izby powyższej oceny nie zmienia przedłożony przez Odwołującego na rozprawie jego wniosek z dnia 14 lutego 2018 r., złożony do Prezesa PAA w dniu 15 lutego 2018 r. o „stwierdzenie nieważności decyzji alternatywnie o wznowienie postępowania w trybie art. 145 k.p.a. „, w treści którego znajduje się wniosek o „uchylenie decyzji administracyjnej tj. aneksu nr 2 do zezwolenia Nr D-16973 z dnia 24 stycznia 2018 r. („Decyzja”). Na powyższą ocenę nie wpływa także, złożone przez Odwołującego na rozprawie, pismo Rapiscan Systems z dnia 15 lutego 2018 r., skierowane do Prezesa PAA (bez potwierdzenia wpływu do adresata). Wynika to w szczególności z tego, iż w postępowaniu zostało wykazane i przyznane przez Odwołującego na rozprawie, iż na dzień składania ofert oraz na dzień rozprawy, Przystępujący posiadał wymagane zezwolenie. Okoliczność, iż po wniesieniu odwołania, Odwołujący, na drodze administracyjnej, podjął kroki aby wyłączyć decyzję Prezesa PAA z obrotu prawnego, nie zmienia tego stanu rzeczy. Odwołujący nie wykazał bowiem, aby nastąpiło stwierdzenie nieważności decyzji obejmującej zezwolenie, wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Nie jest również sporne, iż Przystępujący, wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, złożył wykaz zawierający usługi na wymaganą wartość oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wymienionych w wykazie usług. Z uwagi na treść odwołania, rozstrzygnięcia Izby wymaga zatem, czy okoliczność, iż wymienione w wykazie usługi dotyczą naprawy urządzeń rentgenowskich, w których źródłem promieniowania jonizującego są lampy rentgenowskiej, a nie takich, w których zastosowany jest akcelerator, potwierdzają wykazanie przez Przystępującego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, określonego w SIWZ.

Należy zauważyć, iż warunki udziału w postępowaniu ustala zamawiający i informuje o tym m.in. w SIWZ. Postanowienia w tym zakresie zawarte w SIWZ są wiążące zarówno dla Zamawiającego jak i dla wszystkich wykonawców. Zmiana warunków udziału w postępowaniu na etapie badania i oceny ofert jest niedopuszczalna, ponieważ prowadziłaby do naruszenia zasad określonych a art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w tym naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości.

Zostało wykazane i przyznane na rozprawie przez Odwołującego, że urządzeniami rentgenowskimi są zarówno te, w których źródłem promieniowania jonizującego są lampy rentgenowskiej, jak i te, w których zastosowany jest akcelerator. SIWZ w żadnym miejscu nie zawiera wskazania, iż dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w wykonywaniu usług naprawy urządzeń rentgenowskich, Zamawiający wymagał, aby wykonane usługi odnosiły się wyłącznie do tych urządzeń rentgenowskich, w których źródłem promieniowania jest akcelerator. W związku z tym nie jest zasadne twierdzenie Odwołującego wskazujące, że skoro przedmiot zamówienia dotyczy naprawy takich urządzeń rentgenowskich, to warunek określony w SIWZ należy interpretować zawężająco i odnosić użyte w nim określenie „urządzeń rentgenowskich” tylko do jednego typu takich urządzeń. W ocenie Izby należy podzielić stanowisko Zamawiającego, iż w sytuacji, gdy Odwołujący uważał, iż postanowienia SIWZ nie powinny tak szeroko ujmować warunku udziału w postępowaniu, lecz zawężać go do doświadczenia w naprawie jedynie urządzeń dokładnie takich, jak objęte przedmiotem zamówienia, to mógł w ustawowym terminie wnieść odwołanie na czynność sporządzenia SIWZ, ewentualnie zadać w tym zakresie pytanie. Odwołujący nie skorzystał z takiej możliwości. Na etapie oceny ofert nadawanie postanowieniom SIWZ innej treści niż w niej jednoznacznie zapisana, jest nieuprawnione.

W ocenie Izby z faktu, iż Zamawiający wymagał posiadania zezwolenia Prezesa PAA na uruchamianie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące typu Rapiscan Eagle G4500, tj. urządzenia z akceleratorem, jako źródła promieniowania jonizującego, jak również z opisu przedmiotu zamówienia, również nie można wywodzić, iż warunek w zakresie doświadczenia w wykonaniu usług naprawy urządzeń rentgenowskich, mimo jego literalnego brzmienia, winien być odnoszony wyłącznie do takich urządzeń. Zgodzić się należy z Zamawiającym, iż przy formułowaniu warunków udziału w postępowaniu winien zadbać m.in. o to, aby nie ograniczać w sposób nieuzasadniony konkurencji oraz o to, aby zapewnić sobie możliwość wyboru oferty wykonawcy, który jest zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty. Jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie, wykonawca, który posiada doświadczenie w wykonaniu napraw urządzeń rentgenowskich, bez względu na występujące w takim urządzeniu źródło promieniowania jonizującego, jest w stanie należycie wykonać przedmiot zamówienia. Nadto Zamawiający świadomie nie wprowadził wymogu wykazania się doświadczeniem w wykonaniu usług polegających na naprawie urządzeń rentgenowskich, w których źródłem promieniowania jest akcelerator, a zastosował zapis szerszy, uwzględniający wszystkie rodzaje urządzeń rentgenowskich, aby nie zawęzić konkurencji. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie napraw pogwarancyjnych urządzeń rentgenowskich, co przemawia za dopuszczeniem do udziału w postępowaniu także innych wykonawców, niż Odwołujący który wykonywał takie usługi w okresie gwarancji. Wyjaśnienia Zamawiającego, w ocenie Izby są spójne i wiarygodne.

Należy również zauważyć, iż Odwołujący nie wykazał, aby podmiot, który ma doświadczenie w wykonaniu napraw urządzeń rentgenowskich, w których źródłem promieniowania jest lampa, któremu zostało wydane zezwolenie Prezesa PAA na uruchamianie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące typu Rapiscan Eagle G4500, nie jest w stanie wykonać zamówienia objętego przedmiotem postępowania. Jak sam Odwołujący przyznaje, Przystępujący wykazał się należytych wykonaniem napraw urządzeń, w których źródłem promieniowania jonizującego są lampy rentgenowskie. Sformułowanie użyte w referencjach wystawionych przez Nestle Polska S.A. : "detektorów do rentgenowskiej kontroli produkcji", które również Odwołujący odnosi do urządzeń rentgenowskich używających lamp rentgenowskich jako źródła promieniowania jonizującego, zgodnie z rozporządzeniem w sprawie bezpiecznej pracy ze źródłami promieniowania jonizującego, także nie wskazuje na brak potwierdzenia przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Nadto należy zauważyć, iż

przedłożony przez Odwołującego na rozprawie wydruk zawierający, w podziale na: „PID” i „SAE/RAPISCAN”, zdjęcia wykrywaczy metali z dodaniem w nawiasie: „detektory” oraz urządzeń rentgenowskich, potwierdza, iż zarówno do PID jak i SAE/Rapiscan przyporządkowane są przez Odwołującego zarówno wykrywacze (detektory) metali jak i urządzenia rentgenowskie.

W ocenie Izby o braku wykazania doświadczenia Przystępującego nie świadczą również daty: polisy ubezpieczeniowej oraz aneksu nr 2 do zezwolenia Prezesa PAA. Daty te potwierdzają spełnienie wymogów SIWZ na moment składania ofert i tylko temu miały służyć. Okoliczność, iż nie wynika z nich, że we wcześniejszym okresie Przystępujący wykonywał usługi w zakresie naprawy urządzeń rentgenowskich dokładnie takiego typu, jak przedmiot zamówienia, nie świadczy o tym, iż nie posiada on doświadczenia, wymaganego przez Zamawiającego w SIWZ dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, tj. doświadczenia w naprawie urządzeń rentgenowskich.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16 lub 17 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PID Polska na tej podstawie. Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia, jak również aby w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

W ocenie Izby, twierdzenie Odwołującego przedstawione na poparcie tego zarzutu, że ze sposobu przedstawionych przez Przystępującego informacji i dokumentów wynika, iż chciał wywołać u Zamawiającego wrażenie, iż posiada doświadczenie w realizacji usług tożsamych z przedmiotem zamówienia, pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy i równocześnie prezentowanym przez Odwołującego stanowiskiem, dotyczącym braku spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w postaci doświadczenia. Skoro Zamawiający nie wymagał doświadczenia w wykonaniu napraw urządzeń tożsamych z przedmiotem zamówienia, lecz określił ten warunek szerzej, tj. odniósł go do urządzeń rentgenowskich, a nie tylko dokładnie do takich urządzeń rentgenowskich, jakich dotyczy przedmiot zamówienia, a PID Polska, co jest bezsporne, wykazał się wykonaniem usług w zakresie napraw urządzeń rentgenowskich, to nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż wykonawca ten działał w sposób, który miałby wprowadzić Zamawiającego w błąd.

Za niezadany należy uznać także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, iż w pkt 5 Formularza ofertowego

Zamawiający wymagał oświadczenia, iż wykonawca posiada dostęp do części zamiennych i oprogramowania dla urządzeń objętych niniejszym zamówieniem i wywodzi, iż Odwołujący złożył takie oświadczenie, podczas gdy oprogramowanie Rapiscan Eagle G4500 jest objęte prawami autorskimi producenta, a zgodnie z wiedzą Odwołującego, producent ten nie udzielił licencji do tego oprogramowania ani nie przekazał praw autorskich Przystępującemu. Na rozprawie Przystępujący wykazał, iż ma dostęp do części zamiennych, zaś Odwołujący stwierdził, iż zasadniczo w tym zarzucie chodzi mu o tę część oświadczenia, która dotyczy dostępu do oprogramowania.

Nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby Zamawiający oczekiwał, iż dostęp do oprogramowania urządzeń, będących przedmiotem serwisowania i naprawy, wykonawca nabył od producenta. Zostało natomiast wykazane przez Zamawiającego, że wraz z nabyciem przez niego urządzeń, które w przedmiotowym postępowaniu mają być przedmiotem serwisowania, Zamawiający nabył szeroki zakres licencji, w tym prawo do udzielania dalszych licencji, co potwierdza złożona na rozprawie umowa z dnia 30 czerwca 2010 r., zawarta z dostawcą urządzeń, tj. Rapiscan System Limited. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż zamierza z tego uprawnienia korzystać, zaś wprowadzając do Formularza ofertowego punkt 5, miał na uwadze to, że mogą pojawić się nowe części, w tym zawierające oprogramowanie.

Tym samym nie potwierdził się zarzut dotyczący sprzeczności oferty złożonej przez Przystępującego z treścią SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgłoszony z ostrożności i jako ewentualny, także należy uznać za niezasadny, co wynika m.in. z treści odwołania. Skoro Odwołujący w odwołaniu stwierdza, iż w zaistniałym stanie faktycznym nie ma podstaw do wzywania PID Polska do uzupełnienia dokumentów, z uwagi na to, że nie występują przesłanki określone

w tym przepisie, to nie można uznać za zasadne czynienie zarzutu z braku wezwania, jak również nie można uznać za zasadne żądania odwołania, dotyczącego nakazania Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie tego przepisu. Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, skoro Przystępujący potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wymaganych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, postawiony przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisu należy uznać za bezzasadny.

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

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: