

Sygn. akt KIO 1503/20

**WYROK**  
**z dnia 3 sierpnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę: **Ibcol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Izbę Administracji Skarbowej w Lublinie;**

przy udziale wykonawcy: **Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża wykonawcę: **Ibcol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Ibcol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie.**

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

**Izba Administracji Skarbowej w Lublinie** (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę mobilnego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów samochodowych dla Izby Administracji Skarbowej w Lublinie”; znak sprawy zamawiającego: 0601-ILZ.260.1.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 kwietnia 2020 r., pod numerem 2020/S 075-177835.

W dniu 6 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **Ibcol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1, art. 180 ust. 1 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na: wyborze oferty Nuotech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Nuotech” lub „przystępujący”), jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu; zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Nuotech pomimo wniesienia przez niego wadium w sposób nieprawidłowy; zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Nuotech pomimo, że jego oferta nie odpowiadała treści SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty wykonawcy Nuotech pomimo, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;
2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie niedopuszczonych przepisami negocjacji, w celu ustalenia przedmiotu oferty po upływie terminu składania ofert;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Nuotech, który nie wykazał że oferowane przez niego urządzenie spełniało wymogi SIWZ;
4. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) i obowiązujących przepisów;
5. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji

a w konsekwencji do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu;

6. innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia niniejszego odwołania.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy Nuctech, wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, na podstawie przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert ewentualnie poprzedzony wezwaniem do złożenia przez odwołującego dokumentów.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Podnosząc zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp argumentował, że wadium zostało wniesione przez przystępującego w sposób nieprawidłowy. Wykonawca Nuctech złożył, wraz z ofertą, gwarancję bankową nr GK20-1400016 wystawioną przez Bank Handlowy w Warszawie S.A., ul. Senatorska 16, 00-923 Warszawa, w której zawarto m.in. następujące postanowienia (str. 2 gwarancji): „Niniejsza Gwarancja powinna być zwolniona przez Beneficjenta na wniosek Zleceniodawcy: (1) który wycofał Ofertę przed upływem terminu składania ofert, (2) który został wykluczony z postępowania, (3) którego Oferta została odrzucona. Obowiązek zwolnienia Gwarancji na żądanie Zleceniodawcy nie dotyczy sytuacji, gdy Zleceniodawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust 1 ustawy, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zleceniodawcę jako najkorzystniejszego.”

Odwołujący przypomniał, że wadium pełni w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doniosłą rolę - stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą. Z uwagi na powyższe, kwestia oceny skuteczności wniesienia wadium musi być dokonywana rygorystycznie, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia się zamawiającego w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach ustawy Pzp - muszą pozostawać poza sferą domniemań. Nie wolno również zapominać, że z uwagi na fakt, iż wadium nie stanowi ani treści oferty wykonawcy, ani dokumentu, o którym mowa w przepisach Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający jest pozbawiony zarówno możliwości wyjaśniania treści tego dokumentu, czy to w oparciu o przepis art. 26 ust. 4, czy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jak i wzywania o jego uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wreszcie poprawiania w nim

jakichkolwiek omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący zauważył, że w praktyce z samego dokumentu składanego w charakterze wadium musi jasno wynikać możliwość zrealizowania celu, jakiego służy wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a który zdefiniowany został powyżej

Odwołujący stwierdził, że złożona przez wykonawcę Nuctech wadium gwarancja bankowa ma charakter warunkowy i nie odpowiada wymogom zamawiającego wyartykułowanym w treści SIWZ. W treści przedmiotowej gwarancji wprowadzono obowiązek jej zwrotu na wniosek wykonawcy Nuctech (Zleceniodawcy) gdyby oferta wykonawcy została odrzucona lub zostałby on wykluczony z przedmiotowego postępowania. W sposób niebudzący wątpliwości treść gwarancji wskazuje, że zamawiający musiałby dokonać zwrotu wadium z naruszeniem art. 46 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a ustawy Pzp. Wymaga podkreślenia, że zgodnie z postanowieniami art. 92 ust.1 ustawy Pzp zamawiający zobligowany jest informować o podjętych czynnościach: wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawcach, którzy zostali wykluczeni, wykonawcach, których oferty zostały odrzucone itd., niezwłocznie podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Obowiązujący stan prawny nie wskazuje na obowiązek łącznego (zbiorczego) informowania o wszystkich tych czynnościach, wraz z wyborem oferty najkorzystniejszej, jak miało to miejsce w stanie prawnym obowiązującym do dnia wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2016 r. poz. 1020), a narzuca konieczność informowania wykonawców niezwłocznie o każdej z nich. Należy stwierdzić, że zamawiający zanim powiadomi wykonawców o tym którą ofertę wybrał jako najkorzystniejszą, poinformuje ich we wcześniejszych terminach o tym, który z nich został wykluczony, czy też czyja oferta została odrzucona (jeżeli decyzje dotyczące odrzucenia/ wykluczenia dokonywane są przed wyborem). Zestawienie obowiązujących przepisów prawa z treścią złożonej przez wykonawcę Nuctech gwarancji prowadzi do wniosku, że mamy do czynienia z gwarancją, w której przewidziano możliwość skrócenia okresu jej obowiązywania, a więc skrócenie czasu w którym zamawiającemu przysługuje prawo skutecznego zaspokojenia się z niej, w stosunku do postanowień SIWZ oraz obowiązujących przepisów prawa. Niezwykle istotne jest zwrócenie uwagi, że gwarant wprost wprowadził obowiązek zwolnienia gwarancji w sytuacji kumulatywnego wystąpienia dwóch okoliczności: oferta wykonawcy Nuctech zostanie odrzucona albo wykonawca ten zostanie wykluczony z postępowania, oraz wykonawca Nuctech (Zleceniodawca) złoży wniosek z żądaniem o zwolnienie gwarancji. Nie może budzić wątpliwości, że zwolnienie gwarancji oznacza automatycznie wygaśnięcie zobowiązań w niej wskazanych. Zatem żądanie zapłaty, przekazane po dokonaniu zwolnienia, skutkować

będzie automatycznym wygaśnięciem zobowiązań wynikających z treści gwarancji i prowadzić będzie do niemożliwości zaspokojenia zamawiającego.

Za oczywiste, w ocenie odwołującego, należy uznać, że wadium wnoszone w gwarancjach lub poręczeniach musi bezwarunkowo gwarantować zamawiającemu wypłatę pieniędzy na jego wezwanie, złożone w formie oświadczenia, jeżeli zajdzie którykolwiek z przypadków określonych w ustawie Pzp, uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium, bez konieczności spełniania warunków dodatkowych. Wniesione wadium winno zabezpieczać możliwość zaspokojenia się z niego przez cały okres związania ofertą. Gwarancja bankowa złożona przez wykonawcę Nuctech nie spełnia powyższych wymogów, gdyż treść gwarancji wskazuje, że już samo złożenie wniosku przez wykonawcę Nuctech, na zasadach w niej określonych, skutkowałoby powstaniem roszczenia o zwolnienie gwarancji co pozwoliłoby gwarantowi skutecznie uchylić się od zapłaty z tytułu wystawionej gwarancji po tym fakcie.

Odwołujący zwrócił również uwagę na kolejny zapis zawarty w komentowanej gwarancji bankowej. Gwarant oświadczył: „Niniejsza Gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej Oferty złożonej przez Zleceniodawcę”. W ocenie odwołującego powyższy zapis również świadczy, że nie mamy do czynienia z gwarancją o charakterze bezwarunkowym, jak tego wymagał w SIWZ zamawiający. Ustawa Pzp nakłada na jednostkę zamawiającą prowadzącą postępowanie szereg obowiązków, od których nie ma on możliwości odstąpić. Jednym z nich jest obowiązek narzucony nakazem wynikającym z postanowień art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający zobligowany jest poprawić w ofercie: (1) oczywiste omyłki pisarskie, (2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, (3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Nie sposób nie zauważyć, że tak skonstruowana treść gwarancji wadialnej pozwoli gwarantowi na skuteczne uchylenie się od obowiązku zapłaty na rzecz zamawiającego w sytuacji, gdy wystąpi jedna z okoliczności o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp a także w art. 92 ust. 4-6 ustawy Pzp i zamawiający wezwie wykonawców do złożenia ofert dodatkowych. Tekst gwarancji literalnie wskazuje, że oferta dodatkowa wykonawcy Nuctech nie będzie już objęta ochroną i np. w przypadku odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, zamawiający nie będzie mógł się z niej zaspokoić.

Reasumując, odwołujący wskazał, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp ma zastosowanie do sytuacji, gdy wbrew żądaniu zamawiającego oferta złożona w postępowaniu nie jest zabezpieczona wadium, bądź zabezpieczenie nie jest skuteczne w kontekście wymogów ustawy Pzp. W zaistniałym stanie faktycznym mamy do czynienia

właśnie z takim przypadkiem. Wniesiona przez wykonawcę Nuctech wadialna gwarancja bankowa nie spełnia postawionych przez zamawiającego w SIWZ wymogów, co powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

Odwołujący, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 w zw. z 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podkreślał, że zgodnie z treścią SIWZ zamawiający wymagał aby w treści oferty sprecyzować dokładnie co jest jej przedmiotem, podając informacje pozwalające na identyfikację oferowanego urządzenia oraz pojazdu. W sposób nie budzący wątpliwości zamawiający chciał uzyskać informacje, które w sposób jednoznaczny pozwolą na zidentyfikowanie oferowanego urządzenia/ pojazdu oraz na sprawdzenie czy spełniają one wymogi wynikające z SIWZ.

Ponadto, we worze dokumentu „Specyfikacja funkcjonalno-techniczna oferowanego mobilnego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów samochodowych zawierająca informację w zakresie wszystkich parametrów oferowanego Urządzenia” - załącznik nr 1 do umowy (dalej „specyfikacja techniczna”), zawarł dodatkowe pouczenie (na wstępie) zgodnie z którym: „Uwaga: należy dokładnie wypełnić i zaznaczyć właściwe pozycje w kolumnie nr 4 w poniższej tabeli, celem umożliwienia zamawiającemu weryfikację zgodności oferowanego Urządzenia z opisem przedmiotu zamówienia”. Wykonawca Nuctech, w treści złożonego formularza oferty, jak również w treści złożonej na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp specyfikacji technicznej oświadczył: „Mobilne urządzenie RTG zostanie zainstalowane na pojeździe specjalnym: (1) marka – Iveco; (2) model - New Daily 2019; (3) rok produkcji - 2020”. Odwołujący podkreślił, że wskazanie zaoferowanego urządzenia/ pojazdu stanowi samo sedno treści oferty i powinno mieć charakter stanowczy, kategoryczny - przyjęcia zobowiązania przez wykonawcę dostarczenia zamawiającemu takiego, a nie innego wyrobu, oznaczonego w sposób sprecyzowany w ofercie i pozwalający na jednoznaczną jego identyfikację. Zwracał uwagę, że treść zobowiązania wykonawcy Nuctech, zawartego w formularzu oferty oraz w treści złożonej specyfikacji technicznej w tym zakresie nie została złożona w sposób umożliwiający identyfikację wspomnianego pojazdu, gdyż odnosi się do całej rodziny pojazdów, które mogą występować w wielu konfiguracjach, dla których (w zależności od wybranej opcji) przypisany jest konkretny model pojazdu z rodziny IVECO New Daily (np.: model HI-MATIC FURGON 50CI8HA8V, model HI-MATIC CAB 45CI8HA8). Powyższy brak uniemożliwia zweryfikowanie zgodności zaoferowanego pojazdu z wymaganiami wyartykułowanymi w punkcie 19 „Specyfikacja pojazdu samochodowego”, ponieważ w zależności od wybranego modelu jeden potwierdzałby spełnianie wymogów SIWZ, a inny nie. Odwołujący, jako dowód powyższych twierdzeń, przedstawiał zrzut ekranu ze strony producenta pojazdów IVECO.

Dalej odwołujący podnosił, że nieuwzględnienie wymaganego przez zamawiającego stopnia szczegółowości oferowanego pojazdu, tj. bez jednoznacznego oznaczenia

zaoferowanego produktu w sposób umożliwiający jego identyfikację, stanowi niezgodność z SIWZ i jest samodzielną podstawą odrzucenia oferty. Oferta taka jest bowiem niedookreślona i nie daje zamawiającemu pewności, jaki produkt (pojazd) zostanie mu dostarczony na etapie realizacji zamówienia. Niesprecyzowanie przedmiotu oferowanego świadczenia przesądza o wadliwości oferty i stanowi zasadniczą podstawę do jej odrzucenia, jako niezgodnej z treścią SIWZ - bez dalszych dociekań, czy ewentualnie taką ofertę można uznać, czy też nie za niezgodną z innymi wymaganiami zamawiającego, w tym wymaganiami natury technicznej. Skoro nie podano skonkretyzowanej nazwy pojazdu, zamawiający został pozbawiony instrumentu oceny treści oferty, spełnienia przez nią istotnych wymagań technicznych, warunkujących prawidłowe użytkowanie przedmiotu dostawy. Na podstawie tak niesprecyzowanej oferty, jaką stanowiła oferta wykonawcy Nucotech możliwe jest dostarczenie różnych produktów (pojazdów), których wybór zostanie dokonany przez tego wykonawcę dopiero przy realizacji dostawy i z reguły sprowadza się do dostarczenia wyrobu, który dla wykonawcy jest tańszy.

Zamawiający, jako prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek przestrzegać warunków zapewnienia równego traktowania wykonawców oraz uczciwej między nimi konkurencji, ujętych jako wiodące zasady w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w SIWZ wymaganiami, a działania zamawiającego będą zgodne z SIWZ i przewidywalne. Brak dokładnego oznaczenia wyrobu (pojazdu) w ofercie wykonawcy ma charakter nieusuwalny i stanowi samoistną podstawę do odrzucenia oferty z tej przyczyny. Wszelkie czynności zamawiającego, zmierzające do ustalenia jaki dokładnie pojazd został zaoferowany przez wykonawcę Nucotech, stanowiłoby naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niedopuszczalne prowadzenie negocjacji pomiędzy zamawiającym a tym wykonawcą. Negocjacje te prowadzić by mogły wyłącznie do dokonania istotnej zmiany w treści złożonej oferty, co jest wprost niedozwolone na gruncie ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający zwrócił się pismem z 10 czerwca 2020 r. o wyjaśnienie w powyższym zakresie zadając pytanie: „Czy zaoferowany pojazd samochodowy IVECO New Daily 2019, na którym będzie zainstalowane urządzenie RTG, posiada jednolitą bryłę typu furgon ? Prosimy również, jeżeli to możliwe, o załączenie zdjęcia poglądowego oferowanego pojazdu samochodowego celem potwierdzenia zgodności oferowanego pojazdu z wymaganiami zamawiającego”, podnosząc ponadto, że zgodnie z ogólnodostępnymi informacjami zawartymi na stronie internetowej przystępującego zaoferowany model urządzenia MT0200BX montowany jest na samochodzie IVECO, ale w wyodrębnionym kontenerze/ wyodrębnionej części ładunkowej, co wskazuje na rodzaj nadwozia skrzyniowego, a nie typu furgon tj. w konfiguracji określonej przez zamawiającego. Ponadto z informacji zawartych na stronie internetowej producenta pojazdów IVECO wynika,

że pojazd ten (z rodziny IVECO New Daily - wg oferty wykonawcy) może występować w wielu konfiguracjach, dla których (w zależności od wybranej opcji) przypisany jest konkretny model pojazdu z rodziny IVECO New Daily (np.: model HI-MATIC FURGON 50CI8HA8V, model HI-MATIC CAB 45CI8HA8, itd.). W ocenie odwołującego zamawiający naruszył, wyrażony w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zakaz prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty, polegający na wezwaniu wykonawcy do wyjaśnień w zakresie ustalenia, jaki w rzeczywistości pojazd został mu zaoferowany i czy spełnia on wymogi SIWZ. Umożliwiło to de facto złożenie konkretnej oferty dopiero w odpowiedzi na to wezwanie, po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący podnosił, że niezależnie od udzielonych przez wykonawcę Nuctech wyjaśnień nadal nie można stwierdzić jaki pojazd został faktycznie zaoferowany, ponieważ wykonawca ten przesłał jedynie zdjęcie poglądowe pojazdu, nie pozwalające na weryfikację spełnienia wymogów SIWZ. Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić że oferta Nuctech winna zostać odrzucona w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodna z treścią SIWZ.

W dalszej części odwołujący formułował zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie dotyczącym złożonej przez przystępującego deklaracji zgodności CE. Zwracał uwagę, że zgodnie z zapisem w Rozdziale VII ust. 9 pkt 3 SIWZ zamawiający wymagał, na potwierdzenie, że oferowane Urządzenie spełnia wymagania określone przez zamawiającego, aby wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożył między innymi deklarację zgodności CE wydaną przez producenta Urządzenia. Dostarczone Urządzenie musi być trwale oznakowany znakiem - w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Przedmiotem zamówienia jest dostawa mobilnego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów samochodowych zainstalowanego na podwoziu samochodowym, natomiast w treści przesłanej przez Nuctech deklaracji CE oferowanego urządzenia w nazwie produktu wpisano: Stacjonarne urządzenie rentgenowskie do prześwietlania pojazdów, Typ: MT, Numer(y) modelu: MT0200BX. Deklaracja CE o przedłożonej treści nie potwierdza, że zaoferowano urządzenie mobilne posiadające deklarację zgodności.

W ocenie odwołującego Nuctech nie potwierdził, że oferowane przez niego urządzenie spełnia wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ. Nie może bowiem budzić wątpliwości, że zgodność treści oferty z treścią SIWZ oceniana jest wyłącznie według stanu na dzień złożenia oferty i nie jest możliwe wykazanie posiadania określonych cech wymaganych przez zamawiającego dokumentami wystawionymi już po upływie terminu składania ofert, który w przedmiotowym postępowaniu upłynął 20 maja 2020 r.

Zgodnie z art. 5 pkt 10, 15 i 16 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz.U. z 2019 r. poz. 155) deklaracja zgodności to dokument wystawiany przez



producenta wyrobu albo jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzające, na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z zasadniczymi wymaganiami, a więc wymaganiami w zakresie cech wyrobu, jego projektowania lub wytwarzania, określonymi w dyrektywach nowego podejścia (dyrektywy nowego podejścia to dyrektywy Wspólnoty Europejskiej, uchwalone zgodnie z zasadami zawartymi w uchwale Rady Unii Europejskiej z dnia 7 maja 1985 r., w sprawie nowego podejścia do harmonizacji technicznej oraz normalizacji).

Odwołujący zwrócił uwagę, że urządzenie zaoferowane przez wykonawcę Nuctech, na dzień składania ofert, mogło nie spełniać wymogów SIWZ i posiadać w chwili otwarcia ofert inne właściwości, w szczególności nie spełniać wymagań niezbędnych do wydania deklaracji CE tj. nie spełniać wymagań określonych w dyrektywach nowego podejścia. Zamawiający na podstawie przedłożonych dokumentów nie ma możliwości zweryfikować, czy po terminie składania ofert urządzenie nie było modyfikowane w celu wypełnienia wymogów SIWZ i dlatego dopiero wówczas zadeklarowano jego zgodność. Podkreślał, że nie jest rolą zamawiającego poszukiwanie okoliczności czy dowodów świadczących o spełnianiu wymogów SIWZ przez danego wykonawcę, ale badanie czy są one spełnione w oparciu o dokumenty przedstawione przez wykonawcę. Ciężar dowodu wykazania spełnienia wymogów SIWZ na dzień składania ofert, w zakresie oferowanego urządzenia spoczywał na wykonawcy Nuctech. W takich okolicznościach akceptacja przez zamawiającego dokumentu wydanego z datą po otwarciu ofert prowadzi wprost do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (inni, potencjalni wykonawcy, których urządzenie nie posiadało deklaracji CE w dniu 20 maja 2020 r. zaniechali złożenia oferty).

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że żadna z deklaracji CE przedłożonych przez wykonawcę Nuctech nie została podpisana przez osobę do tego uprawnioną. W pozycji „podpis” dokumenty nie zawierają żadnego znaku graficznego, złożonego przez osobę która została określona w treści deklaracji jako „Dyrektor”, a każda z nich została podpisana przy użyciu podpisu kwalifikowanego przez Pana X. L., odpowiednio jedna 1 czerwca 2020 r., a druga 15 czerwca 2020 r. (co dodatkowo dowodzi, że żadna z nich nie istniała w ogóle na dzień składania ofert). Pan X. L. nie jest zgodnie z dokumentami rejestrowymi wykonawcy Nuctech osobą upoważnioną do wystawiania deklaracji CE w imieniu tego wykonawcy, a jedynie pełnomocnikiem upoważnionym do reprezentowania tego wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący podnosił, że deklaracja zgodności jest dokumentem wystawianym przez producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela, który stanowi wiążące prawnie oświadczenie, że wyrób wprowadzany do obrotu lub użytku spełnia wymaganiami odpowiednich dyrektyw Unii Europejskiej, a jego obligatoryjnym elementem jest m.in. data i miejsce wydania deklaracji oraz podpis i stanowisko upoważnionej osoby. Nie jest to tylko drobny wymóg formalny, a okoliczność o istotnej

doniosłości, ponieważ w chwili podpisania deklaracji zgodności producent bierze całkowitą odpowiedzialność za zgodność wyrobu z przepisami prawa.

Abstrahując od powyższego odwołujący zauważył, że zamawiający nie ma możliwości wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wadliwych deklaracji. Należy z całą stanowczością stwierdzić, że wezwanie, jakie zostało wystosowane do wykonawcy Nuctech w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp było wezwaniem wadliwym, ponieważ brak było podstaw dla jego zastosowania. Wyjaśnienia składane w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w odniesieniu do dokumentu, który został już przez wykonawcę złożony, mogą jedynie służyć rozwianiu wątpliwości co do jego treści, ale nie mogą prowadzić do umożliwienia zastąpienia wadliwego dokumentu nowym dokumentem. Zamawiający sam w treści wezwania oświadczył, że złożona przez wykonawcę Nuctech deklaracja CE nie potwierdza, że zaoferowano urządzenie mobilne posiadające deklarację zgodności CE. Ponadto, w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Wykonawca Nuctech uzupełnił dokument, a więc wykorzystał już możliwość uzupełnienia, jaką daje mu treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wezwanie wykonawcy Nuctech do uzupełnienia deklaracji w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp naruszałoby zasadę jednokrotności wezwania i prowadziłoby wprost do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że oferta przystępującego winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na niewykazanie, że na dzień składania ofert oferowane urządzenie posiadało Deklarację zgodności CE wydaną przez producenta.

Dalej odwołujący odniósł się do formułowanego przez siebie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie zezwolenie wydane przez Prezesa Polskiej Agencji Atomistyki (dalej „zezwolenie PAA”). Opisywał stan faktyczny niniejszej sprawy wskazując, że 10 czerwca 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę Nuctech do usunięcia wątpliwości dotyczących złożonego zezwolenia PAA wskazując: „Podczas analizy zezwolenia wydane przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki w zakresie uruchamiania oferowanego Urządzenia zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1792 z późn. zm.), zamawiający stwierdził ingerencję wykonawcy w treść załączonego Aneksu nr 7 z dnia 20 maja 2020 r. do Zezwolenia nr D-17193 z dnia 15 maja 2009 r., poprzez dokonanie zmian w oryginalnym dokumencie podczas wykonywania jego kopii (zakrycie tekstu żółtymi karteczkami). Przedłożony dokument budzi zatem wątpliwości co do jego prawdziwości”. Zamawiający zażądał, powołując się na §15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii Aneksu nr 7 do Zezwolenia nr D-17193. W odpowiedzi na powyższe

wezwanie wykonawca Nuctech 10 czerwca 2020 r. złożył do Zamawiającego kopię Aneksu nr 7, potwierdzoną za zgodność przez tego wykonawcę.

Zdaniem odwołującego brak przedstawienia, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 10 czerwca 2020 r., żądanego oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii przedmiotowego dokumentu winno stanowić podstawę decyzji do odrzucenia oferty Nuctech na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem wykonawca Nuctech nie potwierdził, w sposób wynikający z ustawy Pzp, ww. rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów oraz wezwania zamawiającego, że oferowane przez niego urządzenie spełnia wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ.

Tymczasem zamawiający, pismem z 18 czerwca 2020 r, naruszając zasadę jednokrotności wezwania, wezwał wykonawcę ponownie, zwracając się o udzielenie wyjaśnień dotyczących rozbieżności budzących wątpliwości zamawiającego co do zgodności kopii z oryginałem oraz uzupełnienie aktualnego zezwolenia PAA. Zamawiający zażądał, aby uzupełniany dokument został dostarczony w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu, poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Wyraźnie zaznaczył, że nie dopuszcza się kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Dopuszczył przesłanie oryginału dokumentu w formie papierowej na adres zamawiającego.

Wykonawca Nuctech, w odpowiedzi na wezwanie, złożył w postaci pisemnej (papierowej) odpis notarialny Aneksu nr 7 wykonany w dniu 8 czerwca 2020 r.

Odwołujący podkreślił, że zasada jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów jest utrwalona w stanowiskach doktryny oraz orzecznictwie. Ma ona przeciwdziałać wzywaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów „do skutku”. Ponadto, ponowne wezwanie prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Doszło więc w postępowaniu do dwukrotnego uzupełnienia przez Nuctech tego samego dokumentu, co samo w sobie stanowi podstawę odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w tym znaczeniu, że zamawiający winien był dokonać oceny oferty z pominięciem dokumentu złożonego na drugie, nieuprawnione wezwanie.

Co więcej, zdaniem odwołującego, dokument wysłany przez Nuctech kurierem 18 czerwca 2020 r. nie może być brany pod uwagę przez zamawiającego również dlatego, że nie został on złożony w formie wymaganej ustawą Pzp oraz wezwaniem zamawiającego. Zgodnie z §14 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci

dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, poświadczonej za zgodność z oryginałem. Zamawiający w wezwaniu z 18 czerwca 2020 r. wskazał w jakiej formie może zostać przedłożony żądany dokument. Zamawiający dopuścił złożenie dokumentu w formie papierowej, jednakże wyłącznie w odniesieniu do oryginału dokumentu. Skoro Nuctech podjął decyzję o złożeniu zamawiającemu odpisu notarialnego Aneksu nr 7, wykonanego w dniu 8 czerwca 2020 r. a nie oryginału dokumentu, to winien uzyskać i posłużyć się „elektroniczną kopią dokumentu poświadczoną za zgodność z oryginałem przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego”, co zadośćuczyniłoby zarówno treści § 14 ust. 2 ww. rozporządzenia, jak i wezwaniu zamawiającego.

Nawet jeżeliby uznać zatem, że złożenie przez wykonawcę tego samego dokumentu w postępowaniu po raz trzeci było dopuszczalne tj. że dokument ten może w ogóle podlegać ocenie zamawiającego w ramach badania, czy treść oferty odpowiada SIWZ, nie mógłby on być uwzględniony przez zamawiającego dlatego, że został on złożony w niewłaściwej formie. Raz jeszcze prowadzi to do wniosku o konieczności odrzucenia oferty Nuctech na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył również, że uruchamianie produktu stanowiącego przedmiot zamówienia stanowi działalność związaną z narażeniem, w rozumieniu art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (t.j. Dz.U. z 2007 roku, Nr 42, poz. 276) i wymaga zezwolenia w zakresie ochrony radiologicznej Państwowej Agencji Atomistyki. Wykonawca Nuctech przedłożył żądane przez zamawiającego zezwolenie PAA z aneksem nr 7 z 20 maja 2020 r., wskazujące na urządzenie MT0200BX (bez wskazania pod-rodzaju oferowanego systemu). W ocenie odwołującego przedłożone zezwolenie nie może być zostać uznane za prawidłowe również dlatego, że zgodnie ze standardami PAA zezwolenie wydawane jest dla konkretnego urządzenia a każda, najdrobniejsza zmiana w urządzeniu powoduje, że zezwolenie musi być aneksowane. Aneksowanie poprzedzone jest złożeniem odpowiedniej dokumentacji technicznej zmienionego urządzenia, która będzie potwierdzała spełnienie wymogów umożliwiających wydanie zezwolenia dla urządzenia, które uległo zmianie.

Przedłożone przez Nuctech zezwolenie PAA z aneksem nr 7 odnosić się może wyłącznie do skanera MT0200BX, które przystępujący uzyskał na podstawie dokumentacji, w tym broszury urządzenia, dotyczącej oferowanej tylko jednej wersji, w której podwozie składa się z osobnej kabiny kierowcy/ pasażera oraz nadbudówki w postaci kontenera (która nie stanowi jednolitej bryły bez nadbudówki). Oznacza to, że Nuctech nie posiada wymaganego w Rozdziale VII ust. 8 pkt 3 SIWZ aktualnego zezwolenia wydanego przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki w zakresie uruchamiania oferowanego Urządzenia zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe, obejmującego

swoim zakresem oferowane urządzenie rentgenowskie (z pojazdem, który stanowi jednolitą bryłę).

Odnosząc się w dalszej kolejności do naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaoferowanie przez Nuctech prototypu, odwołujący przywoływał definicję słowa „prototyp” ze słownika języka polskiego PWN, zgodnie z którą: „prototyp: (1) pierwszy wykonany według dokumentacji model maszyny lub urządzenia, stanowiący podstawę do dalszej produkcji; (2) pierwowzór czegoś”. Wykonawca Nuctech złożył do zamawiającego wyjaśnienia (pismem z 10 czerwca 2020 r.), w których zawarł informację o rodzaju oferowanego podwozia (pojazd Iveco), załączając zdjęcie poglądowe producenta, jako swoje dla oferowanego pojazdu - wklejając zdjęcie na swój papier firmowy.

Odwołujący zauważył, że brak jest jakiegokolwiek informacji na stronie producenta, oraz na stronie spółki polskiej - Nuctech Warsaw Company Limited, ani w innych dostępnych źródłach, ażeby taki produkt, tj. Mobilne urządzenie rentgenowskie do prześwietlania pojazdów, Typ: MT, Numer(y) modelu: MT0200BX na pojeździe o jednolitej bryle (typu furgon bez nadbudówki) w ogóle istniał i był oferowany przez Nuctech. Brak istnienia jakichkolwiek informacji o oferowanym urządzeniu, jak również istnienia kart katalogowych producenta, która potwierdzałaby istnienie oferowanego produktu, budzi wątpliwość wobec zwykłej praktyki informowania potencjalnych klientów o urządzeniach produkowanych przez wykonawcę (informacje o innych urządzeniach tego producenta są dostępne) wskazuje, że wbrew SIWZ mamy tu do czynienia z prototypem, czego zamawiający nie dopuścił. Stanowi to w ocenie odwołującego kolejny, wystarczający powód do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zauważył również, że wobec powyższych okoliczności należy stwierdzić, że doszło także do naruszenia również art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż zamawiający poprzez zaniechanie odrzucenia oferty odwołującego nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert.

Zamawiający dopuścił się także naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych wyżej w treści odwołania przepisów.

Zamawiający, w dniu 6 lipca 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia. Swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił, w dniu 9 lipca 2020 r. wykonawca: **Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.**

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, 28 lipca 2020 r., złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

W dniu 28 lipca 2020 r., wykonawca Nuctech złożył do akt sprawy pismo procesowe, prezentujące jego stanowisko w sprawie.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, treścią oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego, korespondencją prowadzoną w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a Nucotech, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, pismem procesowym złożonym przez przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje**

Izba ustaliła, że nie zaszała żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. W przypadku potwierdzenia się podniesionych zarzutów, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie publiczne.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez przystępującego, korespondencji prowadzonej w postępowaniu pomiędzy zamawiającym a Nucotech.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego w postaci:

1. Opinii Państwowej Agencji Atomistyki dotyczącej konieczności występowania o nowe pozwolenie w przypadku jakichkolwiek zmian w produkcji;
2. Dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę podręcznych detektorów przemytu RTG dla Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie”;
3. Dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Dostawę ręcznych skanerów RTG do wykrywania przemytu m.in. wyrobów tytoniowych na potrzeby jednostek organizacyjnych Izby Administracji Skarbowej w Lublinie”.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez przystępującego, załączone do pisma procesowego w postaci:

1. pisma banku (Gwaranta) z 9 lipca 2020 r.;
2. pełnomocnictwa dla p. X. L. dotyczącego wystawiania deklaracji zgodności CE;

3. oraz złożone na rozprawie w postaci:
4. umów zawartych pomiędzy Nuctech a innymi podmiotami, dotyczącymi sprzedaży skanera RTG MT0200BX.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje**

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z Rozdziałem III SIWZ jest dostawa mobilnego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów samochodowych dla Izby Administracji Skarbowej w Lublinie, zwanego w dalszej części „Urządzeniem”, zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ - Projekt umowy oraz załącznikiem nr 1 do umowy - Opis przedmiotu zamówienia. W Rozdziale tym zamawiający wymagał, aby zaoferowane przez wykonawcę Urządzenie charakteryzowało się parametrami nie gorszymi niż przedstawione w załączniku nr 1 do umowy. Zgodnie z zapisem w ust. 3: Urządzenie musi być fabrycznie nowe, nieużywane, nieregenerowane, nienaprawiane, wyprodukowane nie wcześniej niż w 2020 r. Urządzenie nie może być ani systemem modelowym, ani prototypowym, co nie jest równoznaczne z brakiem możliwości dostosowania już istniejącego modelu/ typu do określonych w niniejszej specyfikacji potrzeb i wymagań zamawiającego. W ust. 4 określono wymagania, aby wykonawca udzielił gwarancji na dostarczone Urządzenie, na okres minimum 3 lat.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, że w Załączniku nr 5 do SIWZ, stanowiącym Projekt umowy, w §1 opisano przedmiot umowy. Zgodnie z opisem zawartym w ust. 1 przedmiotem umowy jest dostawa mobilnego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów samochodowych (producent/marka/model ..... ) dla Izby Administracji Skarbowej w Lublinie, zainstalowanego na pojeździe samochodowym (producent/marka/model ....., zwanego dalej „Urządzeniem”, zgodnie z załącznikiem nr 1 do umowy - Opis przedmiotu zamówienia. W ust. 2 zastrzeżono, że realizacja przedmiotu umowy, o którym mowa w ust. 1, obejmuje: (1) dostarczenie Urządzenia do wskazanego przez zamawiającego miejsca we właściwości miejscowej Izby Administracji Skarbowej w Lublinie; dostarczenie wraz z Urządzeniem licencji na zainstalowane w nim programy komputerowe, scenariusze testów i ich harmonogram, a także wszystkich materiałów, wzorców i narzędzi/sprzętu niezbędnych do przeprowadzenia testów Urządzenia - wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia we własnym zakresie i na swój koszt wszystkich praw (w tym licencji/ sublicencji do korzystania z oprogramowania); (3) uruchomienie Urządzenia oraz wykonanie w obecności przedstawicieli zamawiającego wszystkich wymaganych testów oraz pomiarów wraz z udokumentowaniem ich wyników, zgodnie z § 2 ust. 8-11 niniejszej umowy; (4) przeprowadzenie w języku polskim przeszkoleń, o których mowa w § 2 ust. 12-13 niniejszej umowy, zgodnie ze złożoną w tym zakresie ofertą oraz opracowanym przez wykonawcę i zatwierdzonym przez zamawiającego programem szkoleń, o którym mowa, w § 2 ust. 2 niniejszej umowy; (5) dostarczenie wraz z Urządzeniem

wszystkich dokumentów niezbędnych do dokonania rejestracji pojazdu oraz polis ubezpieczeniowych, o których mowa w załączniku nr 1 do umowy; (6) świadczenie usług gwarancyjnych na zasadach określonych w § 7 niniejszej umowy. Zgodnie z ust. 3 wykonawca gwarantuje, że Urządzenie, o którym mowa w ust. 1, jest urządzeniem całkowicie bezpiecznym dla obsługi oraz otoczenia, spełniającym wszystkie wymagania bezpieczeństwa promieniowania, zawarte w odpowiednich przepisach i normach prawa polskiego (ustawa Prawo atomowe i rozporządzenia wykonawcze) oraz prawa europejskiego i międzynarodowego (w tym: Międzynarodowej Agencji Energii Atomowej, Międzynarodowej Komisji Ochrony Radiologicznej - ICRP60 oraz Światowej Organizacji Zdrowia).

Ponadto, jak ustaliła Izba, załącznikiem nr 1 do umowy był Opis przedmiotu zamówienia (Specyfikacja funkcjonalno-techniczna oferowanego mobilnego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów samochodowych). W nagłówku zamawiający zaznaczył, jako uwagę: należy dokładnie wypełnić i zaznaczyć właściwe pozycje w kolumnie nr 4 w poniższej tabeli, celem umożliwienia zamawiającemu weryfikację zgodności oferowanego Urządzenia z opisem przedmiotu zamówienia - dokument składany na wezwanie zamawiającego. W tabeli poniżej w wierszu pierwszym pn. Identyfikacja Urządzenia wpisano: Mobilne urządzenie RTG: (1) producent, (2) marka, (3) model, (4) rok produkcji; Pojazd specjalny: (1) marka, (2) model, (3) rok produkcji. Obowiązkiem wykonawcy było uzupełnienie tabeli, poprzez wskazanie brakujących elementów oraz złożenie oświadczenia o spełnianiu opisanych przez zamawiającego wymagań, poprzez zaznaczenie kwadratu „tak” lub „nie”.

Dalej Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem VII ust. 9 pkt 3 SIWZ zamawiający wskazał, że na potwierdzenie, że oferowane Urządzenie spełnia wymagania określone przez zamawiającego wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożył za pośrednictwem Platformy, m.in. następujące dokumenty: (3) Deklarację zgodności CE wydaną przez producenta Urządzenia. Dostarczone Urządzenie musi być trwale oznakowane znakiem - w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W zakresie tego wymagania Nuotech, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył, wystawioną przez siebie, jako producenta urządzenia, deklarację zgodności CE odnoszącą się do produktu: „Nazwa produktu: Stacjonarne urządzenie rentgenowskie do prześwietlania pojazdów Typ: MT, Numer(y) modelu: MT0200BX”. Deklaracja została wystawiona w dniu 1 czerwca 2020 r. Zamawiający 10 czerwca 2020 r. zwrócił się do Nuotech z wezwaniem o wyjaśnienia w następującym zakresie: „Prosimy o wyjaśnienie zapisów Deklaracji zgodności CE, w zakresie określenia nazwy produktu. W rozdz. VII ust 9 pkt 3 SIWZ zamawiający wymagał, na potwierdzenie, że oferowane Urządzenie spełnia wymagania określone przez zamawiającego, aby wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, złożył między innymi deklarację



zgodności CE wydaną przez producenta Urządzenia. Dostarczone Urządzenie musi być trwale oznakowany znakiem - w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Przedmiotem zamówienia jest dostawa mobilnego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów samochodowych zainstalowanego na podwoziu samochodowym, natomiast w treści przesłanej deklaracji CE oferowanego urządzenia w nazwie produktu wpisano: Nazwa produktu: Stacjonarne urządzenie rentgenowskie do prześwietlania pojazdów, Typ: MT, Numer(y) modelu: MT0200BX. Deklaracja CE o przedłożonej treści nie potwierdza, że zaoferowano urządzenie mobilne posiadające deklarację zgodności CE". W odpowiedzi na powyższe wykonawca Nuctech, pismem z 10 czerwca 2020 r. wyjaśnił: „Informuję, że zaistniała omyłka pisarska na przekazanej deklaracji zgodności CE. Nazwa produktu powinna brzmieć: „Mobilne urządzenie rentgenowskie do prześwietlania pojazdów”. Dodatkowo informuję, że typ MT oznacza linię mobilnych urządzeń RTG. Dotychczas na rynek polski zostały dostarczone następujące urządzenia mobilne tego typu: MT1213LH oraz MT1213DE". Do pisma Nuctech została dołączona nowa deklaracja CE odnosząca się do produktu: „Nazwa produktu: Mobilne urządzenie rentgenowskie do prześwietlania pojazdów Typ: MT, Numer(y) modelu: MT0200BX". Przedmiotowa deklaracja została wystawiona w dniu 10 czerwca 2020 r.

Izba ustaliła także, że zamawiający w Rozdziale VII ust. 8 pkt 3 SIWZ wskazał, że w celu potwierdzenia, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy Pzp, należy złożyć, za pośrednictwem Platformy, m.in. następujące dokumenty: 3) aktualne zezwolenie wydane przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki w zakresie uruchamiania oferowanego Urządzenia zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1792 z późn. zm.), obejmujące swoim zakresem oferowane urządzenie rentgenowskie - w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Zamawiający 22 maja 2020 r. wezwał w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcę Nuctech do złożenia ww. dokumentu. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący złożył kopię zezwolenia wydanego przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki nr D-17193 z dnia 15.05.2009 r., wraz z Aneksami nr 7 do tego zezwolenia z dnia 20 maja 2020 r. W dniu 10 czerwca 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę Nuctech do usunięcia wątpliwości dotyczących złożonych dokumentów zwracając uwagę, że: „Podczas analizy zezwolenia wydanego przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki w zakresie uruchamiania oferowanego Urządzenia zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 10) ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1792 z późn. zm.), Zamawiający stwierdził ingerencję Wykonawcy w treść załączonego Aneksu nr 7 z dnia

20 maja 2020 r. do Zezwolenia nr D-17193 z dnia 15 maja 2009 r., poprzez dokonanie zmian w oryginalnym dokumencie podczas wykonywania jego kopii (zakrycie tekstu żółtymi karteczkami). Przedłożony dokument budzi zatem wątpliwości co do jego prawdziwości". Wykonawca Nuctech, w odpowiedzi złożył elektroniczną kopię Aneksu nr 7 poświadczoną za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez wykonawcę. W związku z powyższym w piśmie z 18 czerwca 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących rozbieżności, budzących wątpliwości zamawiającego co do zgodności kopii z oryginałem, gdyż jak stwierdził elektroniczna kopia Aneksu nr 7 nie jest wiernym odwzorowaniem dokumentu złożonego 2 czerwca 2020 r. z uwagi na fakt, iż różni się ona od kopii złożonej w dniu 2 czerwca 2020 r. między innymi brakiem daty przy podpisie osoby sporządzającej dokument. Jednocześnie zamawiający wezwał do uzupełnienia aktualnego zezwolenia wydanego przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki w zakresie uruchamiania oferowanego Urządzenia zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 10) ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1792 z późn. zm.), obejmującego swoim zakresem oferowane urządzenie rentgenowskie. Zaznaczył, że uzupełniany na wezwanie dokument należy dostarczyć w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Nie dopuszcza się kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Dopuszczył również przesłanie oryginału dokumentu w formie papierowej na adres Izby Administracji Skarbowej w Lublinie, ul. Szeligowskiego 24, 20-883 Lublin. Wykonawca Nuctech, w odpowiedzi na wezwanie, złożył w postaci pisemnej (papierowej) odpis notarialny Aneksu nr 7, wykonany 8 czerwca 2020 r.

Ponadto, jak ustaliła Izba zamawiający nie dopuścił w niniejszym postępowaniu zaoferowania prototypu. Zgodnie z Rozdziałem III pkt 3 SIWZ zamawiający wymagał: „Urządzenie nie może być ani systemem modelowym, ani prototypowym, co nie jest równoznaczne z brakiem możliwości dostosowania już istniejącego modelu /typu do określonych w niniejszej specyfikacji potrzeb i wymagań zamawiającego”.

Dalej, skład orzekający ustalił, że w Rozdziale IX SIWZ opisano wymagania dotyczące złożenia wadium w postępowaniu. W ust. 8 zamawiający zastrzegł, że okres ważności wadium złożonego w formach wymienionych w ust. 2 (Wadium może być wnoszone w następujących formach: pieniądzu; poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; gwarancjach bankowych; gwarancjach ubezpieczeniowych; poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości), musi obejmować cały okres związania ofertą

(tj. musi pokrywać się z okresem ważności oferty). Z kolei zgodnie z ust. 9 w przypadku, gdy wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej z treści tych gwarancji musi w szczególności jednoznacznie wynikać: (1) zobowiązanie gwaranta (banku, zakładu ubezpieczeń) do zapłaty całej kwoty wadium, nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego (beneficjenta gwarancji), zawierające oświadczenie, że zaistniały okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, bez potwierdzania tych okoliczności; (2) termin obowiązywania gwarancji, który nie może być krótszy niż termin związania ofertą; (3) miejsce i termin zwrotu gwarancji.

Nuctech, jako potwierdzenie wniesienia wadium, złożył gwarancję bankową nr GK20-1400016 z 19 maja 2020 r. (dalej „gwarancja”). Z treści dokumentu wynika, że Bank Handlowy w Warszawie S.A. („Gwarant”) zobowiązuje się nieodwołalnie, bezwarunkowo i na pierwsze żądanie do zapłacenia na rzecz zamawiającego każdej kwoty w maksymalnej wysokości 150.000,00 zł., w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego żądania zamawiającego. Żądanie takie musi spełniać wymogi: (i) zostać przesłane listem poleconym lub pocztą kurierską; (ii) wskazywać numer Gwarancji; (iii) wskazywać kwotę żądania; (iv) zawierać informację o zaistnieniu jednej z okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp; (v) zostać złożone za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek zamawiającego. W treści przedmiotowej gwarancji znalazło się też postanowienie, że: „Niniejsza gwarancja powinna być zwolniona przez beneficjenta na wniosek Zleceniodawcy: (1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert, (2) który został wykluczony z postępowania, (3) którego Oferta została odrzucona”. Ponadto bank zaznaczył, że „Niniejsza gwarancja jest ważna tylko w stosunku do pierwotnej Oferty złożonej przez Zleceniodawcę”.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie dotyczącym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, poprzez przyjęcie, że wadium zostało wniesione przez przystępującego w sposób prawidłowy - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Wykonawca Nuctech złożył, wraz z ofertą, gwarancję bankową, w której Bank Handlowy w Warszawie S.A. („Gwarant”) zobowiązał się nieodwołalnie, bezwarunkowo i na pierwsze żądanie do zapłacenia na rzecz zamawiającego każdej kwoty, w maksymalnej

wysokości 150.000,00 zł., w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego żądania zamawiającego. Bank sprecyzował dodatkowe wymogi, które spełnić musiał zamawiający zamierzając skorzystać z gwarancji, dotyczyły one jednak kwestii formalnych. I tak żądanie winno: (i) zostać przesłane listem poleconym lub pocztą kurierską; (ii) wskazywać numer Gwarancji; (iii) określać kwotę; (iv) zawierać informację o zaistnieniu jednej z okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp; (v) zostać złożone za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek zamawiającego.

Izba zwraca uwagę, że w przypadku każdej gwarancji, bankowej lub ubezpieczeniowej, ustanowienie wadium polega na wystawieniu przez gwaranta dokumentu gwarancji, z którego wynika obowiązek gwaranta do wypłaty beneficjentowi oznaczonej kwoty, w określonych okolicznościach i okresie. Tym samym nie ma określonego wzorca, do którego należałoby porównywać zapisy poszczególnych gwarancji. Co za tym idzie, ocena poszczególnych postanowień przedkładanej gwarancji winna być dokonywana w ramach ogólnie obowiązujących przepisów prawa przez pryzmat celu, jakiemu taka gwarancja ma służyć. Celem tym jest w takich przypadkach zabezpieczenie składanej w postępowaniu oferty, w okolicznościach uregulowanych przepisami ustawy Pzp.

Zwrócić należy uwagę, że gwarancja bankowa jest umową a zgodnie z treścią art. 65 ust. 2 kodeksu cywilnego w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Natomiast zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, mającym zastosowanie do wszelkich oświadczeń woli, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak wymagają tego ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy zauważyć należy, że odwołujący, pomimo istnienia w treści gwarancji jednoznacznych zapisów, dających zamawiającemu możliwość skorzystania z niej w przypadkach, określonych przepisami ustawy Pzp, wskazywał na zapisy świadczące o jej warunkowym charakterze. Przywoływał między innymi zapis, zgodnie z którym „Niniejsza gwarancja powinna być zwolniona przez beneficjenta na wniosek Zleceniodawcy: (1) który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert, (2) który został wykluczony z postępowania, (3) którego Oferta została odrzucona” stojąc na stanowisku, że zamawiający musiałby dokonać zwrotu wadium z naruszeniem art. 46 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, że zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła tego stanowiska. Należy bowiem zauważyć, że z literalnego brzmienia przywołanego zapisu w dokumencie wadium wynika, że to beneficjent gwarancji,

a zatem zamawiający, podejmuje każdorazowo decyzję o zwolnieniu gwarancji. Owa „powinność”, o której stanowi gwarancja dotyczy zwolnienia gwarancji, które to zwolnienie nastąpić może na wniosek zleceniodawcy (wykonawcy). Jednakże decyzję, czy zaistniały okoliczności umożliwiające zwolnienie wadium - podejmuje zamawiający. Zależy ona, wbrew temu co wskazywał odwołujący w treści odwołania, wyłącznie od decyzji zamawiającego. Sama możliwość złożenia przez zleceniodawcę (wykonawcę) wniosku w tej sprawie, nie przesądza o warunkowym charakterze samego dokumentu wadium. Z tego powodu, za nieuzasadnione należy uznać twierdzenia odwołującego, że z powodu zamieszczenia niniejszego zapisu, gwarancja przewiduje możliwość skrócenia czasu jej obowiązywania. Cytowane wyżej postanowienia przewidują jedynie „powinność” zwolnienia gwarancji w przypadkach zaistnienia określonych przesłanek. Niezależnie od tego, że decyzja w niniejszym przypadku należy do zamawiającego, zwrócić należy uwagę, że w treści gwarancji nie wskazano również żadnych brzegowych terminów, kiedy taki obowiązek winien zostać przez zamawiającego zrealizowany.

Ponadto, wbrew stanowisku odwołującego, o warunkowym charakterze gwarancji nie świadczy także zapis, zgodnie z którym jest ona ważna tylko w stosunku do pierwotnej Oferty złożonej przez Zleceniodawcę. W pierwszej kolejności, Izba nie podziela twierdzenia odwołującego, że cytowane sformułowanie uniemożliwia zamawiającemu wykonanie takich czynności w postępowaniu jak sprostowanie oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych lub innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, nieprowadzących do istotnych zmian w treści oferty. Co kluczowe, powyższe nie prowadzą bowiem do modyfikacji treści oferty, a tym samym w dalszym ciągu mamy do czynienia z pierwotną ofertą. Ponadto, prawo zamawiającego do dokonywania takich poprawek wprost wynika z treści przepisów ustawy Pzp - art. 87 ust. 2 ustawy Pzp i nie prowadzi do istotnych zmian w treści złożonej oferty. Nietrafiona jest również argumentacja, że w przypadku złożenia oferty dodatkowej przez przystępującego, jeśli zostałby on wezwany przez zamawiającego w trybie art. 91 ust. 4 ustawy Pzp, oferta dodatkowa złożona przez Nucotech nie będzie już objęta ochroną. Okoliczności, kiedy może dojść do złożenia oferty dodatkowej również przewidziane zostały w ustawie Pzp. Nie sposób uznać, że złożenie oferty dodatkowej powoduje, że mamy do czynienia z nową ofertą, nawet jeśli ulegnie w tym przypadku zmianie cena zaproponowana przez wykonawcę. W dalszym ciągu mamy do czynienia z ofertą, składaną w danym postępowaniu, w okolicznościach i granicach przewidzianych przepisami ustawy Pzp.

Powyższe stanowisko potwierdza pismo banku - Gwaranta z 9 lipca 2020 r., złożone przez przystępującego jako dowód, w załączeniu do pisma procesowego. Bank, na wstępie zwraca uwagę przede wszystkim na zapisy zamieszczone w treści dokumentu, wskazujące na bezwarunkowy charakter Gwarancji, wynikający wprost z jej treści oraz samej istoty. Izba nie podziela w tym zakresie zastrzeżeń odwołującego, który stwierdzał, że pismo banku,

w tym przypadku należy traktować jako uzupełnienie treści złożonego wadium. Dowód ten potwierdza jedynie sposób rozumienia poszczególnych zapisów w dokumencie gwarancji, potwierdzając stanowisko Nuctech o jego bezwarunkowym charakterze i jest w istocie odpowiedzią na zarzuty i wątpliwości, podnoszone w treści złożonego odwołania.

Mając na uwadze powyższe, Izba doszła do przekonania, że wniesiona przez wykonawcę Nuctech wadialna gwarancja bankowa spełnia postawione przez zamawiającego w SIWZ wymogi, tym samym nie doszło do naruszenia wskazanych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp.

Nie zasługują, w ocenie Izby, na uwzględnienie zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 w zw. z 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jak ustalili skład orzekający zamawiający w SIWZ wymagał, aby w treści formularza ofertowego wykonawcy podali następujące dane odnoszące się do oferowanego pojazdu specjalnego: marka, model, rok produkcji. Przystępujący zastosował się do powyższej dyspozycji oferując następujący produkt: pojazd marki Iveco, model New Daily 2019, rok produkcji 2020. Z uwagi na to, że był to jedyny, wymagany zakres informacji na tym etapie postępowania, rację ma zamawiający który w odpowiedzi na odwołanie zauważył, że nie sprecyzował w dokumentacji przetargowej jaki powinien być stopień szczegółowości w odniesieniu do modelu pojazdu, tym samym nie można wyciągać wobec Nuctech negatywnych konsekwencji z tego tytułu. W treści formularza znajdowało się też ogólne oświadczenie, z treści którego wynikało, że wykonawca składający ofertę akceptuje wszystkie wymagania odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia, deklarując spełnienie wszystkich wymaganych (w tym przez pojazd specjalny) parametrów. Izba przyjęła także wyjaśnienia przystępującego, że wbrew twierdzeniom odwołującego New Daily 2019 nie jest wyłącznie „rodziną” pojazdów, dla których przypisywany jest dopiero następnie konkretny model. Nuctech, odnosząc się do dowodu przedstawionego przez odwołującego w postaci zrzutu ekranu ze strony Iveco wskazał, że w nagłówku widoczny jest opis „DAILY. Jeden model. Różne opcje. Skonfiguruj swój pojazd”. Tym samym jeśli sam producent „Daily” określił mianem modelu (a nie rodziny, jak wskazuje odwołujący) to nie sposób uznać, że przedstawiając informacje w treści formularza oferty, Nuctech nie podał danych o niezbędnym stopniu szczegółowości.

Izba nie zgadza się również z odwołującym, że Nuctech nie zastosował się do dyspozycji zamawiającego, który wymagał aby w treści oferty sprecyzować dokładnie co jest jej przedmiotem, podając informacje pozwalające na identyfikację oferowanego urządzenia oraz pojazdu. Dokument, na który powołuje się odwołujący tj. „Specyfikacja funkcjonalno-techniczna oferowanego mobilnego urządzenia RTG do prześwietlania pojazdów samochodowych”, który został przez przystępującego złożony, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp został przez Nuctech wypełniony zgodnie

z instrukcją zamawiającego. Odwołujący twierdził, że z treści pouczenia, znajdującego się w nagłówku, zgodnie z którym: „Uwaga: należy dokładnie wypełnić i zaznaczyć właściwe pozycje w kolumnie nr 4 w poniższej tabeli, celem umożliwienia zamawiającemu weryfikację zgodności oferowanego Urządzenia z opisem przedmiotu zamówienia” wynikało, że wykonawca podać miał bardziej szczegółowy zakres danych. Umknęło uwadze odwołującego, że powyższa „instrukcja” odnosiła się do konieczności szczegółowego i starannego wypełnienia wszystkich informacji zamieszczonych w tabeli, w której znajdowało się odniesienie do wymagań i parametrów w zakresie zamawianego urządzenia RTG, jak i pojazdu specjalnego. Treść pouczenia odnosiła się zatem do danych i informacji w tabeli i tak należy odczytywać intencje zamawiającego. W konsekwencji uznać należy, że przedmiot oferty został sprecyzowany w taki sposób i z taką szczegółowością, która wynikała z opisu znajdującego się w treści tabeli.

Izba nie podzieliła również zastrzeżeń odwołującego, że w niniejszym postępowaniu doszło do prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej przez Nuctech oferty. Zamawiający wezwał bowiem przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wymagania, spełnienie którego Nuctech zadeklarował składając stosowne oświadczenie w pkt. 19 specyfikacji funkcjonalno-technicznej. Przystępujący, już w momencie złożenia specyfikacji deklarował, że oferowany przez niego pojazd specjalny posiada jednolitą bryłę typu furgon. Zamawiający, wzywając Nuctech do wyjaśnień, w piśmie z 10 czerwca 2020 r. poprosił jedynie o potwierdzenie czy zaoferowany przez niego samochód posiada jednolitą bryłę typu furgon i załączenie, jeżeli to możliwe, zdjęcia poglądowego oferowanego pojazdu samochodowego. Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień potwierdził, że taki właśnie pojazd oferuje oraz załączył zdjęcie poglądowe pojazdu.

Skład orzekający pragnie podkreślić, że przedmiotowy zarzut uznać należy za bezzasadny z tego powodu, że zamawiający nie żądał od wykonawców podania informacji co do oferowanego pojazdu o stopniu szczegółowości większym, niż to wynikało z treści: najpierw formularza ofertowego, a następnie specyfikacji technicznej. Zastrzeżenia odwołującego są tym bardziej nieuzasadnione, że jak wynika z dokumentacji przedmiotowego postępowania sam składając ofertę podał informacje w analogiczny sposób co Nuctech, oferując pojazd specjalny marka: Mercedes-Benz, model - Sprinter, rok produkcji - 2020.

Izba zwraca również uwagę, że odwołujący domaga się odrzucenia oferty Nuctech, jako niezgodnej z treścią SIWZ, nie precyzując jednocześnie na czym polega owa niezgodność. Przypomnieć należy, że aby stwierdzić, że dana oferta jest niezgodna z treścią SIWZ odwołujący musi wskazać konkretne wymaganie, opisane przez zamawiającego, a następnie porównać z deklaracją złożoną w tym zakresie przez wykonawcę. Odwołujący tymczasem nie wskazuje w ogóle, weryfikacja jakiego parametru sprecyzowanego w OPZ, a dotyczącego pojazdu specjalnego zaoferowanego przez przystępującego, jest negatywna

w świetle wymagań opisanych w dokumentacji przetargowej lub jakich, w świetle deklaracji złożonych przez przystępującego - niemożliwa. Nie wskazał również jakie to informacje, które w jego ocenie były przez zamawiającego wymagane - w ofercie Nuctech nie zostały podane.

Mając na uwadze powyższe – zarzuty formułowane przez odwołującego, dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 w zw. z 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - należy uznać za niezasadne.

Izba oddaliła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie dotyczącym złożonej przez przystępującego deklaracji zgodności CE.

Na wstępie Izba zwraca uwagę, co kluczowe dla oceny przedmiotowego oraz kolejnych zarzutów formułowanych w treści odwołania (dotyczących zezwolenia Prezesa Polskiej Agencji Atomistyki oraz zaoferowania przez przystępującego prototypu Urządzenia), że nie sposób zgodzić się z odwołującym, że pod pojęciem „Urządzenie” należy rozumieć zarówno skaner, jak też pojazd specjalny, na którym urządzenie ma być zainstalowane. Wniosek taki, płynie z szeregu zapisów znajdujących się w dokumentacji przetargowej. Z opisu, znajdującego się w Rozdziale III pkt 1 wynika, że przedmiotem zamówienia jest skaner RTG. Dalej zamawiający odwołał się wprawdzie do opisu przedmiotu zamówienia, w którym oprócz parametrów samego urządzenia opisano również pojazd specjalny, nie ulega jednak wątpliwości, że mówiąc o „Urządzeniu” odnosi się wyłącznie do skanera RTG. W treści SIWZ istnieje wyraźny podział na dwa elementy: urządzenie RTG oraz pojazd specjalny. Zamawiający wyszczególnił je odrębnie w formularzu oferty, oddzielnie opisał parametry i wymagania dla tych dwóch elementów zamówienia w specyfikacji technicznej. W samej tabeli, zamawiający mówiąc o Urządzeniu odnosi się wyłącznie do skanera RTG, wyraźnie rozróżniając samo urządzenie od pojazdu specjalnego.

Analogiczne stanowisko prezentował zamawiający na rozprawie argumentując, że rola pojazdu specjalnego sprowadza się do zapewnienia mobilności systemu skanującego oraz miejsca pracy dla operatorów. Jego zdaniem, te funkcje realizować mogą pojazdy specjalne różnych typów i form, a niezależnie od zmian w tych pojazdach, pozostanie to bez wpływu na działanie i wydajność samego urządzenia. Z tych powodów możliwe byłoby również zamówienie odrębnie, w innym postępowaniu samego urządzenia RTG, a w innym pojeździe specjalnego.

Stąd należy uznać, że nieuzasadnione są twierdzenia odwołującego, że przedkładane na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp dokumenty, w tym deklaracja CE winny dotyczyć urządzenia rozumianego jako skaner RTG wraz z pojazdem specjalnym. Pośrednio potwierdzeniem tego stanowiska jest również okoliczność, że zamawiający w SIWZ żądał złożenia innych jeszcze dokumentów, dotyczących „Urządzenia” - skanera RTG (a nie dla systemu skanującego wraz z konkretnym pojazdem specjalnym), takich jak deklaracja producenta, która miała potwierdzić spełnianie norm bezpieczeństwa promieniowania czy też



oświadczenia producenta określającego wskaźnik detekcji wykrywanych substancji organicznych.

Izba nie podzieliła również zastrzeżeń formułowanych w odniesieniu do dokumentu deklaracji CE, odnoszących się do jego aktualności. Deklaracja CE, składana na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, jest dokumentem potwierdzającym spełnianie przez oferowane przez wykonawcę dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (wynikało to z zapisów w Rozdziale VII ust. 9 pkt 3 SIWZ oraz wezwania zamawiającego do złożenia dokumentów z 22 maja 2020 r.).

Z treści przepisów ustawy Pzp wprost wynika, że wskazane dokumenty mają być aktualne na dzień ich złożenia na wezwanie zamawiającego, skierowane do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 Pzp. Przypomnieć należy, że dokumenty, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu muszą potwierdzać okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, o którym mowa w art. 25a Pzp. Nie można wykluczyć sytuacji, w której aktualnym na dzień jego złożenia będzie również dokument opatrzony datą przypadającą po upływie terminu składania ofert. W takim przypadku istotne jest bowiem to, czy potwierdza on spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składania ofert.

Urząd Zamówień Publicznych (dalej „UZP”) w opinii pt. „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp” zwraca uwagę, że za oświadczenia lub dokumenty „aktualne” należy uznać takie, które oddają rzeczywistość w momencie ich złożenia. Innymi słowy potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył wstępne oświadczenie, i która obecnie (w czasie teraźniejszym) występuje. Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie teraźniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności - adekwatnie do całego toku postępowania. UZP zwraca również uwagę, że „Oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać, że teraz (w czasie teraźniejszym) stan faktyczny jest taki, o jakim zaświadcza dokument. Złożenie przez wykonawcę takiego oświadczenia lub dokumentu wskazuje, że ten stan, o którym zaświadcza dane oświadczenie lub dokument, nie uległ zmianie od dnia składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.” Dalej w opinii UZP stwierdza wprost, że bez znaczenia jest data wystawienia dokumentu przez wykonawcę, jeśli ten potwierdza istniejący stan rzeczy. Tym samym wystawienie dokumentu z datą po terminie otwarcia ofert jest bez znaczenia dla uznania przez zamawiającego tego dokumentu za aktualny.

W niniejszej sprawie odwołujący podkreślał, że zarówno pierwsza deklaracja CE z 1 czerwca 2020 roku, jak i kolejna - opatrzona datą 10 czerwca 2020 r. wystawione zostały

po terminie składania ofert. Tymczasem, jak wskazano wyżej bez znaczenia są daty na dokumentach, jeśli dokumenty te pozostają aktualne na dzień ich złożenia.

W tym miejscu odnosząc się do zarzutu odwołującego, że urządzenie oferowane przez przystępującego mogło nie spełniać wymagań na dzień składania ofert, Izba zwraca uwagę, że to rolą odwołującego w tym przypadku jest wykazanie, że takiej deklaracji Nuotech nie posiadał. Jednocześnie przyjąć należy w tym zakresie argumentację przystępującego, że skoro wskazane Urządzenie (w rozumieniu przyjętym w SIWZ tj. odnoszące się do skanera RTG) oferowane przez przystępującego tj. system skanujący MT0200BX było już oferowane na rynku przed złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu - musiało posiadać już wcześniej deklarację zgodności CE.

Nie potwierdził się również zarzut, że deklarację CE podpisała osoba nie posiadająca stosownego upoważnienia. Jak wynika z dowodu przedstawionego przez przystępującego (załącznik do pisma procesowego) w postaci pełnomocnictwa dla Pana X. L., posiada on upoważnienie do wystawiania deklaracji zgodności CE dotyczących urządzeń produkowanych przez przystępującego. Przedmiotowe pełnomocnictwo zostało mu udzielone przed wystawieniem kwestionowanych przez odwołującego deklaracji zgodności CE.

Nie potwierdziły się także, w ocenie Izby zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, formułowane w odniesieniu do składanego przez przystępującego dokumentu – zezwolenia PAA.

W pierwszej kolejności, odnosząc się do zarzutu, że zamawiający naruszył zasadę jednokrotności wzywania do uzupełnienia zezwolenia PAA - Izba uznała, że wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w formie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii zostało skierowane do Nuotech tylko raz tj. 18 czerwca 2020 r.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający wielokrotnie zwracał się do przystępującego w kwestiach, dotyczących przedmiotowego zezwolenia. Zauważyć należy jednak, że wezwanie z 10 czerwca 2020 r. było wezwaniem do złożenia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii, kierowanym w trybie §15 Rozporządzenia ws. dokumentów. Ponadto nie miało ono na celu weryfikacji spełniania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu, lecz weryfikację prawdziwości dokumentu przedłożonego w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentu z 22 maja 2020 r. Kolejne wezwanie, z 18 czerwca 2020 r. miało z kolei na celu wyjaśnienie rozbieżności, tym razem dotyczących zgodności kopii aneksu nr 7 z oryginałem, które zamawiający dostrzegł pomiędzy dwoma egzemplarzami kopii. Podstawą wezwania był art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Dopiero wezwanie z 18 czerwca 2020 r. zostało skierowane do Nuotech w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wobec omyłkowego

złożenia zezwolenia PAA w formie elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem przez przystępującego, dotyczyło uzupełnienia zezwolenia PAA w formie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii.

Izba nie podziela również argumentacji odwołującego, że nawet gdyby uznać, że zamawiający był uprawniony do skierowania do przystępującego wezwania z 18 czerwca 2020 r., to i tak przedłożony przez przystępującego ostatecznie dokument (notarialnie poświadczona za zgodność z oryginałem kopia przekazana za pośrednictwem kuriera) nie odpowiada wymaganej przez zamawiającego formie. Nie można bowiem zgodzić się z odwołującym, że w wezwaniu z 18 czerwca 2020 r. zamawiający dopuścił wyłącznie przekazanie oryginału zezwolenia PAA w formie papierowej, zaś w stosunku do notarialnie poświadczonej kopii zastrzegł wyłącznie formę elektroniczną. Powyższe stałoby w sprzeczności z art. 98 Prawa o notariacie, w którym przyznano notariuszom uprawnienie do stwierdzania zgodności kopii z okazanym dokumentem (jego oryginałem). Nie ma więc żadnych podstaw do tego, aby w przypadku oryginału dokumentu dopuścić formę papierową, zaś w przypadku notarialnej kopii (poświadczonej za zgodność z oryginałem) - zastrzec wyłącznie formę elektroniczną.

Tym samym uznać należy, że przedłożony przez Nuctech 18 czerwca 2020 r. dokument został przedłożony w wymaganej formie, tj. notarialnie poświadczonej kopii, przekazanej zamawiającemu za pośrednictwem kuriera.

Odnosząc się z kolei do samej treści zezwolenia PAA, co do którego odwołujący formułował zarzuty, że odnosi się ono wyłącznie do skanera MT0200BX, aktualne pozostają rozważania Izby odnoszące się do deklaracji zgodności CE. Analogicznie, jak w przypadku wspomnianej deklaracji CE, zezwolenie PAA obejmuje Urządzenie (rozumiane jako system skanujący), a nie pojazd specjalny. Przystępujący przedłożył stosowne zezwolenie PAA, którym zostało objęte oferowane przez niego w postępowaniu Urządzenie - skaner RTG, tym samym spełnił wymagania opisane w SIWZ.

Odwołujący na rozprawie wywodził wprawdzie, że ewentualna zmiana pojazdu specjalnego, na którym instalowane jest skaner RTG prowadzi do zmiany parametrów badanych przez Prezesa PAA przed wydaniem zezwolenia, uznać zatem należy, że przystępujący takiego zezwolenia nie posiada. W tym zakresie skład orzekający doszedł do przekonania, że odwołujący nie sprostął ciężarowi udowodnienia, że każdorazowa zmiana pojazdu, na którym to urządzenie jest instalowane, wymaga wydania nowego zezwolenia. Nie wynika to w szczególności z treści przedłożonego przez odwołującego jako dowód pisma Państwowej Agencji Atomistyki, dotyczącej konieczności występowania o nowe pozwolenie w przypadku dokonywania zmian w produkcji. Prezes Państwowej Agencji Atomistyki stwierdził jedynie, że Nuctech otrzymał zezwolenie na wykonywanie działalności związanej z narażeniem na promieniowanie jonizujące, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo

atomowe, polegającej na: uruchamianiu urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące, m.in. MT0200BX, którego budowa, konfiguracja parametry techniczne, sposób obsługi oraz wyposażenia są zgodne z przedłożoną z wnioskiem dokumentacją techniczną. Dalej zaznaczył wprawdzie, że wszelkie zmiany typu, budowy, konfiguracji, parametrów technicznych i sposobu obsługi lub wyposażenia tych urządzeń mogą mieć wpływ na ochronę radiologiczną i wymagają uzyskania nowego zezwolenia Prezesa PAA, jednak nie odniósł się wprost do kwestii, którą próbował wykazać odwołujący tj. konieczności uzyskania nowego zezwolenia w przypadku zmian dotyczących pojazdu specjalnego.

Za dowód w niniejszej sprawie nie może być uznana również dokumentacja z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę podręcznych detektorów przemytu RTG dla Izby Administracji Skarbowej w Rzeszowie” oraz na: „Dostawę ręcznych skanerów RTG do wykrywania przemytu m.in. wyrobów tytoniowych na potrzeby jednostek organizacyjnych Izby Administracji Skarbowej w Lublinie”. W pierwszej kolejności zauważyć należy, że nie może stanowić dowodu na okoliczność prawidłowości decyzji zamawiającego, podejmowanych w danym postępowaniu fakt, że w innym postępowaniu wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, lub w stosunku do dokumentów składanych w toku innego postępowania, istniały określone wątpliwości. Niezależnie od powyższego dostrzec również należy, że okoliczności, które miały miejsce w przywoływanych przez odwołującego przetargach dotyczyły dokonywania zmian w samych urządzeniach RTG, nie zaś w zakresie, w jakim mamy do czynienia w okolicznościach niniejszej sprawy.

W zakresie dotyczącym naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaoferowanie przez Nuotech prototypu - Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego jakoby Urządzenie (system skanujący) zaoferowane przez Nuotech w postępowaniu miało charakter prototypowy.

Jak wynika z wcześniejszych rozważań, dotyczących deklaracji CE oraz pozwolenia PAA, także w tym przypadku nie ulega wątpliwości, że zakaz zaoferowania prototypu ograniczony został przez zamawiającego do Urządzenia, w rozumieniu systemu skanującego, a nie Urządzenia zainstalowanego na konkretnym pojeździe specjalnym. Już z tego powodu zarzuty odwołującego nie zasługują na uwzględnienie.

Ponadto przystępujący wykazał, za pomocą dowodów złożonych na rozprawie, że oferowany w postępowaniu system skanujący MT0200BX znajduje się na stałe w jego ofercie i był wcześniej przedmiotem sprzedaży. Świadczą o tym dowody w postaci umów zawartych pomiędzy przystępującym a innymi podmiotami, w których przedmiotem sprzedaży były urządzenia – skanery RTG MT0200BX, oferowane także w przedmiotowym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe Izba nie dopatrzyła się również w działaniach zamawiającego naruszenia pozostałych, wskazanych w treści odwołania przepisów ustawy Pzp: art. 91 ust. 1 oraz art., 7 ust. 1 ustawy Pzp, które to zarzuty należało uznać za związane z wcześniej sformułowanymi naruszeniami.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

**Przewodniczący:** .....