

Sygn. akt: KIO 1756/18

WYROK
z dnia 26 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Członkowie: Luiza Łamejko

Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2018 r. przez Odwołującego: Nuctech Warsaw Company Limited spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Wojewoda Podlaski

przy udziale wykonawcy: MultiControl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Wojewoda Podlaski prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Dostawa i montaż skanera do prześwietlania wagonów kolejowych wraz z podstawową infrastrukturą na kolejowym przejściu granicznym Kuźnicka Białostocka – Grodno” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 czerwca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2018/S 105-239230.

I. W dniu 3 września 2018 r. wykonawca Nuctech Warsaw Company Limited spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie („Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności podjęte oraz zaniechane przez Zamawiającego w Postępowaniu, tj. na zaniechanie wykluczenia wykonawcy MultiControl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (dalej jako „MultiControl”) oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, a w konsekwencji także na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MultiControl, który złożył ofertę wybraną przez Zamawiającego, pomimo braku spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez MultiControl;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MultiControl nieodpowiadającej wymogom, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali co najmniej jedną dostawę wraz z instalacją i uruchomieniem wysokoenergetycznego urządzenia rentgenowskiego (z wyłączeniem urządzenia zainstalowanego na podwoziu samochodowym) do prześwietlenia samochodów ciężarowych lub wagonów kolejowych lub kontenerów, wraz z budową infrastruktury niezbędnej do funkcjonowania urządzenia o wartości nie mniejszej niż 10.000,000,00 PLN brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zaś MultiControl nie wykazał,

że złożona oferta odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do jakości oraz innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym interesy Zamawiającego;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia MultiControl z Postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali co najmniej jedną dostawę wraz z instalacją i uruchomieniem wysokoenergetycznego urządzenia rentgenowskiego (z wyłączeniem urządzenia zainstalowanego na podwoziu samochodowym) do prześwietlenia samochodów ciężarowych lub wagonów kolejowych lub kontenerów, wraz z budową infrastruktury niezbędnej do funkcjonowania urządzenia o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, a tym samym nie spełnił warunków udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji wadliwe wybranie oferty tego wykonawcy;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MultiControl, pomimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419) jako wprowadzająca w błąd Zamawiającego;
5. art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia MultiControl z Postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ, a w konsekwencji wadliwe wybranie oferty tego wykonawcy;
6. art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia MultiControl z Postępowania mimo faktu, iż wykonawca ten lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, związane ze spełnieniem warunków, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ, a mianowicie, iż MultiControl spełnia ww. warunki, a w konsekwencji wadliwe wybranie oferty tego wykonawcy;
7. art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wadliwe uznanie za wystarczające wyjaśnienia MultiControl złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 3

sierpnia 2018 r, dotyczące m. in. wykazania i udowodnienia, że wykonawca ten wykonał prace wraz z budową infrastruktury towarzyszącej, pomimo że wykonawca ten nie przedstawił żadnego oświadczenia czy dowodu w tym zakresie, a także nie wskazał powodów oraz poprzez zaniechanie wezwania MultiControl do wyjaśnienia rozbieżności między wykazem robót a referencjami odnośnie zakresu wykonanych prac w ramach inwestycji wskazanej na potwierdzenie spełniania warunku określonego w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ;

zaś ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów:

8. naruszenie art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dalszego wezwania MultiControl do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty MultiControl jak i poprzedzającej ją czynności oceny spełnienia warunków udziału w Postępowaniu (badania i oceny ofert);
3. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownej czynności oceny i badania ofert;
a w konsekwencji powyższego
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia MultiControl z Postępowania i dokonania wyboru oferty Odwołującego;
zaś ewentualnie, w przypadku uwzględnienia zarzutu ewentualnego:
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej czynności oceny i badania ofert złożonych w Postępowaniu;
6. nakazanie Zamawiającemu wezwanie MultiControl do dalszego złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia dowodów wykazujących spełnienie warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wskazanym w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ;

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności, co następuje:

1. Uzasadnienie faktyczne.

W pierwszej kolejności Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia MultiControl, w oparciu o wadliwe uznanie, że przedstawił on prawidłowe referencje. W konsekwencji, Zamawiający wadliwie nie wykluczył MultiControl z Postępowania. Odwołujący zauważył, iż istotą referencji jest wykazanie spełniania warunków udziału

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. O ile nie ulega wątpliwości, że referencje mogą być lapidarne, o tyle jasnym jest, iż nie może to jednocześnie oznaczać całkowitego pominięcia szczegółowego wykazania projektów, osób zaangażowanych w realizację projektu czy zakresu projektu referencyjnego. Umożliwia to bowiem zidentyfikowanie wykonanych usług czy prac. Dodatkowo kluczowym jest, aby referencje zostały wystawione przez podmiot, który z całą pewnością może zaświadczyć o jakości wykonanej usługi, a zatem był uprawniony do wystawienia referencji. Ponadto, referencje muszą umożliwiać identyfikację podmiotu wystawiającego referencje. Co do zasady żadnych wątpliwości nie pozostawia referencja, która jest na tyle szczegółowa, że oprócz należytego wykonania, potwierdza też wszelkie dane zawarte w wykazie. W niniejszej sprawie taka sytuacja nie ma miejsca. Ani referencja, ani wykaz dostaw czy protokół odbioru przedstawiony przez MultiControl, nie potwierdzają spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

1.1. Wadliwość formalna referencji.

1.1.1. Brak powiązania referencji z wykazem wykonanych dostaw.

Odwolujący zauważył, iż referencje muszą umożliwiać ich połączenie z odpowiednią pozycją z wykazu. Referencja ma bowiem potwierdzać należyte wykonanie prac, które wykonawca (w tym przypadku - MultiControl) prezentuje w wykazie. Konieczne jest zatem stosowne połączenie ww. dokumentów, tj. takich, które umożliwiają ocenę oferty pod kątem spełnienia warunków podmiotowych. W niniejszej sprawie nie jest to możliwe. Nie zachodzi bowiem zgodność między zlecającym wskazanym w wykazie i miejscem spełnienia dostawy oraz między wystawcą referencji i miejscem spełnienia dostawy. Podobnie, przedstawione referencje także nie wykazują spełnienia ww. warunku. Oświadczenie Spółki Tomac sp. z o.o. dołączone do wyjaśnień MultiControl w odpowiedzi na wezwanie przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z dnia 20 sierpnia 2018 r. również nie precyzuje jakiego zakresu dotyczyła dostawa objęta referencjami - zawiera jedynie wskazanie do czego urządzenie jest przeznaczone i wykorzystywane. Z wykazu wykonanych dostaw wynika, że dostawy zostały zrealizowane dla podmiotu mającego siedzibę przy ul. Marszałkowskiej 58, 00-545 Warszawa. Z protokołu odbioru technicznego urządzenia przedstawionego jako załącznik do wykazu wykonanych dostaw wynika, że dostawy zostały zrealizowane na ul. Chełmżyńskiej 223, 04-458 Warszawa. Przedstawione referencje nie precyzują ww. rozbieżności. Nie ma zatem pewności co do tego, czy podmiot wystawiający faktycznie mógł zaświadczyć o jakości dostawy.

Ponadto, protokół nie wskazuje jakie dokładnie urządzenie było przedmiotem odbiorów. Wskazuje on tylko na „urządzenie rentgenowskie do prześwietlania pojazdów 3 MeV wraz z infrastrukturą towarzyszącą”. Po pierwsze, tego rodzaju oznaczenie w żaden sposób nie umożliwia powiązania go z referencjami lub z wykazem wykonanych dostaw. Po drugie, protokół nie wskazuje nazwy producenta ani modelu urządzenia. Praktyka biznesowa wskazuje zaś na to, że zapisy na protokołach mają formę przyjmującą postać np. Urządzenie rentgenowskie marki XXX model YYY typ ZZZ do prześwietlania (...) [dowód: *przykładowy protokół zdawczo odbiorczy Odwołującego (załącznik nr 7)*]. Po trzecie, protokół nie wspomina o budowie infrastruktury towarzyszącej, co było z kolei wymagane przez Zamawiającego.

W lokalizacji działa firma, która na swojej stronie podaje 6 klientów, wśród nich jest PID Polska sp. z o.o. (jedyne logo w kolorze). Firma ta zawarła z MultiControl sp. z o.o. w dniu 20 lipca 2018 r. umowę zobowiązującą do udzielenia finansowania dla MultiControl sp. z o.o. w związku z realizacją umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego przetargu. Na dokumencie referencji oraz oświadczenia złożonego w ramach udzielonych przez MultiControl wyjaśnień podpisały się osoby tytułujące się jako prezes zarządu Tomac sp. z o.o. (tj. wystawcy referencji), aczkolwiek nazwiska te różnią się (raz jest to T. O., a raz T. O.). Dodatkowo, na dokumencie referencji adres spółki to Marszałkowska 58, zaś na oświadczeniu złożonym w ramach wyjaśnień jest to Marszałkowska 68. Wątpliwości te nie zostały wyjaśnione przez Zamawiającego.

Powyższe okoliczności potwierdzają brak możliwości powiązania referencji z wykazem wykonanych dostaw.

1.1.2. Wystawienie referencji za wykonanie dostawy w innym miejscu niż siedziba wystawcy referencji.

Odwołujący zauważył, że na ul. Chełmżyńskiej 223, 04-458 Warszawa (a zatem w miejscu dostarczenia usługi wskazanym przez MultiControl, dalej jako „Lokalizacja”) nie mieści się oddział firmy Tomac sp. z o.o. (a zatem wystawcy referencji), lecz Zakład Ślusarski S.B. [dowód: *wydruk z portalu internetowego (załącznik nr 8); dokumentacja zdjęciowa ul. Chełmżyńska 223 - miejsce instalacji Urządzenia, załącznik nr 9)*]. Zdaniem Odwołującego w oparciu o ww. referencję nie sposób jednoznacznie ustalić na rzecz jakiego podmiotu wykonywane były określone prace.

1.2. Wadliwość faktyczna referencji.

W ocenie Odwołującego nie jest możliwe, aby sprzęt będący przedmiotem zamówienia mógł być przedmiotem dostawy. Protokół zdawczo odbiorczy wskazuje jako miejsce instalacji ul.

Chełmżyńską 223, 04-458 Warszawa. Pod tym adresem mieści się firma zajmująca się obróbką blach.

1.2.1. Niemożność faktycznej obsługi Urządzenia w miejscu wskazanym przez wystawcę referencji.

W wyniku dokonanych oględzin terenu nie została stwierdzona obecność takiego rodzaju urządzenia, a co więcej zdjęcia w pełni korespondują z typowym wyglądem miejsca, które wykorzystywane jest na prowadzenie działalności związanej z obróbką blachy [Dowód: dokumentacja zdjęciowa ul. Chełmżyńska 223 - miejsce instalacji Urządzenia (załącznik nr 9)].

1.2.2. Brak fizycznej możliwości obsługi Urządzenia w Lokalizacji.

Na terenie wskazanym w protokole zdawczo-odbiorczym przez MultiControl nie występuje nawet teoretyczna możliwość zainstalowania Urządzenia. Jest to uzasadnione względami faktycznymi.

Odwołujący wskazał, iż występują dwa rozwiązania stacjonarnych urządzeń RTG do prześwietlania samochodów ciężarowych (tj. takich, jak Urządzenie):

- portal/bramowy - pojazd przejeżdża przez specjalną bramę. Pojazd podczas przejazdu musi utrzymać stałą prędkość (najczęściej ok 10 km/h). Oznacza to, że potrzebny dość długi odcinek prosty (zwykle ok. 100m): pojazd ciężarowy, który może ważyć do 40t, musi się rozpędzić, przejechać cały przez urządzenie, a następnie się zatrzymać lub kontynuować jazdę;
albo
- przejezdny - pojazd nie porusza się, bramą/skaner porusza się na szynach ponad całym pojazdem. Z racji tego, że pojazd ciężarowy może mieć do 4m wysokości, cały skaner powinien mieć co najmniej 5m wysokości (zapas bezpieczeństwa plus poziome ramię detektorów) oraz poruszać się na torowisku o długości min. 20-25m (standardowe pojazdy typu TIR mają 18m długości)

[dowód: wydruk ze strony internetowej <https://www.as-e.com/products/drive-through/product/sentry-portal> oraz <https://www.as-e.com/products/drive-through/product/rapiscan-eagle-p25> (załącznik nr 10); informacja techniczna HCVP Z60 (załącznik nr 11); informacja techniczna HCVG viZual (załącznik nr 12)].

Odwołujący stwierdził, iż lokalizacja wskazana przez MultiControl w protokole zdawczo-odbiorczym nie daje nawet teoretycznej możliwości pracy jakiegokolwiek z ww. rodzajów urządzeń RTG do prześwietlania samochodów ciężarowych. Wynika to jednoznacznie z dokumentacji zdjęciowej oraz z oględzin ww. miejsca [dowód: dokumentacja zdjęciowa

(załącznik nr 9); informacja techniczna HCVP Z60 (załącznik nr 11); informacja techniczna HCVG viZual (załącznik nr 12)]. Brak jest również śladów typowej tzw. infrastruktury towarzyszącej funkcjonowaniu urządzeń RTG takiej jak: wygrodzenie sfery działania skanera, ścian osłonowych, szlabanów wjazdowych/wyjazdowych. Zdjęcia potwierdzają prowadzenie w Lokalizacji działalności o profilu obróbka blachy. Ponadto, budynki skanera mają zawsze wjazd i wyjazd na szczytowych ścianach budynku, aby można było łatwo przejechać przez skaner. Zdjęcia wykazują brak tego rodzaju wjazdów i wyjazdów. Brakuje także wymaganego oznakowania o zagrożeniu promieniowaniem (tzw. koniczynka) [dowód: dokumentacja zdjęciowa (załącznik nr 9)]. Co więcej, przez całą długość nowego budynku będą pomieszczenia pracownicze (okna na obu ścianach szczytowych). Pracownicy mogliby być narażeni na promieniowanie ze względu na zbytnią bliskość skanera. Okna na ścianie południowej nowego budynku oraz bramy sprawiają, że strefa ochronna musiałaby być większa, mimo że nie praktykuje się tego typu rozwiązań [dowód: dokumentacja zdjęciowa (załącznik nr 9)]. Charakterystyka budynku znajdującego się w Lokalizacji nie wskazuje na to, aby mogły być tam w praktyce zainstalowane Urządzenia. Nie pomieści on chociażby całej ciężarówki. Praca skanera w trybie „portal” (ciężarówka przejeżdża przez skaner) najlepiej działa ze standardowymi pojazdami typu TIR ze względu na to, że pominięta w skanowaniu musi być kabina kierowcy. W małych ciężarówkach jest to o wiele trudniejsze, jeżeli miało to być robione automatycznie. Po drugie, należy przyjąć, że w trybie stacjonarnym (skaner porusza się np. po torowisku) długość powinna mieć min. 20-25m, aby cały pojazd typu TIR został zeskanowany. Byłoby to wbrew logice, rozsądkowi i dobrej praktyce, aby skaner skanował tylko bardzo krótkie pojazdy ciężarowe [dowód: dokumentacja zdjęciowa (załącznik nr 9); informacja techniczna HCVP Z60 (załącznik nr 11); informacja techniczna HCVG viZual (załącznik nr 12)].

1.2.3. Brak uzyskania właściwej decyzji o pozwoleniu na budowę.

Odwołujący stwierdził, iż zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego budowa Urządzenia miała być powiązana z postawieniem stosownej infrastruktury towarzyszącej, co z kolei musi się wiązać z uzyskaniem stosownych zgód organów budowlanych. Budowa infrastruktury towarzyszącej Urządzeniu nie podlega wyłączeniu z obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę. Tym samym wykonawca chcąc zrealizować zamówienie obowiązany jest uzyskać pozwolenie na budowę. Wyszukiwarka Generalnego Urzędu Nadzoru Budowlanego (GUNB) pokazuje zaś tylko jedną decyzję o pozwoleniu na budowę w tej lokalizacji. Jest ona z października 2016 roku, a więc co najmniej półtora roku przed budową infrastruktury urządzenia objętego referencjami. Oznacza to, że w dacie wystawienia referencji MultiControl z całą pewnością nie wybudował infrastruktury towarzyszącej dla Urządzenia [dowód: wyniki wyszukiwania GUNB (załącznik nr 13);

wniosek o dostęp do informacji publicznej ws. decyzji budowlanych (załącznik nr 12)]. Oznacza to, że daty wskazane w referencjach nie pokrywają się ze stanem faktycznym, a zatem referencje są wadliwe.

1.2.4. Brak racjonalnej potrzeby instalacji Urządzenia w Lokalizacji przez MultiControl czy wystawcę referencji.

Odwołujący stwierdził, iż nie potrafi znaleźć obiektywnego wytłumaczenia dla instalacji Urządzenia w Lokalizacji. Urządzenia tego rodzaju są używane niemal wyłącznie do kontroli celnych lub kontroli bezpieczeństwa na granicach lub w portach (jak zresztą ma to miejsce w Postępowaniu). Wystawca referencji Tomac sp. z o.o. - zgodnie z przedmiotem działalności określonym w KRS - nie miała żadnego interesu w korzystaniu z Urządzenia [dowód: KRS Tomac sp. z o.o. (załącznik nr 16)]. Niezależnie od powyższego wydaje się, że Tomac sp. z o.o. nie posiada zezwolenia PM na uruchamianie zakupionego Urządzenia. Dodatkowo obrazuje to całkowity brak potrzeby posiadania Urządzenia przez wystawcę referencji i niskie prawdopodobieństwo, że Urządzenie było tam kiedykolwiek zainstalowane [dowód: wniosek o dostęp w trybie informacji publicznej (załącznik nr 17)].

Ponadto, zgodnie z raportem handlowym, którego przedmiotem była MultiControl, firma ta zatrudnia 2 osoby i osiągnęła w 2017 r. obrót 88.000,00 PLN. Poniosła ona także wysokie straty oraz oznaczona została jako posiadająca „słabą zdolność płatniczą”. W stosunku do niej „odradza się udzielana kredytów”. Jedynie na marginesie można dodać, że jest to firma o kapitale zakładowym 5.000,00 PLN, podobnie zresztą jak wystawca referencji [dowód: raport handlowy z dnia 2 sierpnia 2018 r. (załącznik nr 18); KRS MultiControl (załącznik nr 19); KRS Tomac sp. z o.o. (załącznik nr 16)]. Tym bardziej zastanawiające jest ubieganie się po raz pierwszy o uzyskanie zamówienia o wartości ok. 20.000.000,00 PLN, w szczególności biorąc pod uwagę, że wszystkie dotychczasowe zamówienia (analogiczne do tych, dla których udzielone zostały referencje) kształtowały się w wartościach wskazanych poniżej:

Lp/Rok/Miejsce/Cena netto/Rodzaj

- 1/2014 /Połowce/PLN 5.107.360,00/Do samochodów ciężarowych
- 2/2014/Terespol/PLN 17.210.999,00/Do wagonów kolejowych
- 3/2016/Kuźnica/PLN 7.893.456,00/Do samochodów ciężarowych
- 4/2016/Gronowo/PLN 4.155.826,02/Do samochodów ciężarowych
- 5/2017/Hrebenne/PLN 8.130.081,30/Do samochodów ciężarowych
- 6/2017/Koroszczyń/PLN 8.942.782,11/Do samochodów ciężarowych
- 7/2018/Dorohusk/PLN 12.558.000,00/Do samochodów ciężarowych
- 8/2018/Dorohusk/PLN 18.811.336,00/Do wagonów kolejowych

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że prokurentem MultiControl jest firma PID Polska sp. z o.o., która to widnieje z kolei jako kluczowy klient zakładu ślusarskiego mieszczącego się w Lokalizacji [dowód: wyciąg z KRS MultiControl (załącznik nr 19)].

Ponadto Odwołujący podniósł, iż istotne w niniejszej sprawie jest również oświadczenie Działu Centrum RTG - specjalistycznej komórki działającej w strukturach Izby Administracji Skarbowej w Gdańsku, otrzymane w odpowiedzi na zapytanie Odwołującego. Dział ten zajmuje się kompleksowo skanerami/prześwietleniami. Dysponuje oprogramowaniem do interpretacji od wszystkich producentów, którzy byli dostawcami urządzeń do prześwietlania pojazdów dla Krajowej Administracji Skarbowej/Służby Celnej. Ponadto, zajmuje się wspomaganiami analizy i jej weryfikacją oraz bierze udział w ustalaniu kryteriów wymagań technicznych dla skanerów. Z ww. oświadczenia jednoznacznie wynika, że spółki Tomac sp. z o.o. i MultiControl nie są znane na rynku Urządzeń i dotychczas nie funkcjonowały w jakichkolwiek postępowaniach prowadzonych przez Krajową Administrację Skarbową w zakresie sprawowania kontroli RTG [dowód: odpowiedź na zapytanie z Krajowej Administracji Skarbowej w Gdańsku (załącznik nr 19)]. Pokazuje to szerszy kontekst sprawy oraz dodatkowo uzasadnia brak logicznego uzasadnienia dla montażu Urządzenia przez MultiControl na rzecz wystawcy referencji.

Odwołujący zauważył również, iż w wyjaśnieniach z dnia 20 sierpnia 2018 r. MultiControl nie podał nazwy producenta ani modelu urządzenia. Podał jedynie model akceleratora. MultiControl skupiło się na wyjaśnieniu dotyczącym energii akceleratora, a nie na udowodnieniu, że rzekomo dostarczone urządzenie służy do prześwietlania samochodów ciężarowych. Oznacza to, że wyjaśnienia te są niewystarczające. Do ww. wyjaśnień MultiControl jako załącznik zostało załączone oświadczenie wystawcy referencji tj. Tomac sp. z o.o. Oświadczenie jest bardzo lakoniczne. Nie wyjaśnia w jaki sposób firma o tak niskim kapitale zakładowym (5.000,00 PLN) używa specjalistycznego i niezwykle drogiego (rzędu kilku/kilkudziesięciu milionów złotych) urządzenia do prześwietlania samochodów ciężarowych.

1.3. Odrzucenie oferty.

W ocenie Odwołującego przytoczone powyżej okoliczności przemawiają za uznaniem, że mamy do czynienia z ofertą naruszającą dobre obyczaje. Odwołujący stwierdził, że opisana powyżej działalność spółki MultiControl nie sprzyja zachowaniu przejrzystości oraz czytelności postępowania dla innych wykonawców oraz dla samego Zamawiającego.

1.4. Podsumowanie okoliczności faktycznych.

Podsumowując, Odwołujący wskazał na następujące okoliczności faktyczne potwierdzające zasadność wniesionego odwołania:

• Wadliwość referencji natury formalnej:

- MultiControl otrzymał referencje uniemożliwiające ich powiązanie z wykazem robót;
- Wykaz robót nie wykazuje wszystkich warunków koniecznych do wykazania warunków niezbędnych do udziału w Postępowaniu;
- Referencje zawierają liczne wady formalne oraz rozbieżności w stosunku do wykazu robót oraz protokołu zdawczo-odbiorczego, uniemożliwiających ich powiązanie;
- Referencje oraz wykaz dostaw nie odnoszą się do wszystkich warunków wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ;
- Referencje ani wykaz dostaw oraz protokół zdawczo-odbiorczy nie wskazują producenta i modelu Urządzenia;
- Nie wskazują one także na użytkownika końcowego, co wskazuje, że referencje zostały wystawione przez niewłaściwy podmiot (miejsce dostawy Urządzenia nie jest w żaden sposób powiązane z miejscem siedziby czy działalności wystawcy referencji);
- Żaden z ww. dokumentów nie wykazuje wykonania jakichkolwiek robót budowlanych infrastruktury towarzyszącej dla Urządzenia;
- Protokół zdawczo-odbiorczy nie wymienia jakie Urządzenia były przedmiotem odbiorów. Nie występuje żadne powiązanie wskazanego w nich Urządzenia z wykazem dostaw czy referencjami;
- Oświadczenia składane w ramach wyjaśnień są lakoniczne i w żaden sposób nie precyzują ww. wątpliwości. Wręcz przeciwnie - zawierają dodatkowe wady formalne oraz dotyczą wyjaśnienia energii akceleratora, a w żaden sposób nie udowadniają, iż urządzenie wskazane w referencjach miało służyć prześwietlaniu samochodów ciężarowych.

• Wadliwość referencji natury faktycznej (brak należytego wyjaśnienia przez Zamawiającego oraz wprowadzenie w błąd przez MultiControl):

- Oględziny Lokalizacji potwierdziły, że nie stwierdzono w niej obecności urządzenia wskazanego w referencjach;
- Oględziny Lokalizacji potwierdziły, że na Lokalizacji nie znajdują się przestrzenie umożliwiające pracę czy nawet instalację Urządzeń;

- Wyszukiwarka Generalnego Urzędu Nadzoru Budowlanego pokazuje tylko jedną decyzję o pozwoleniu na budowę w Lokalizacji. Okoliczności faktyczne wskazują na to, że decyzja ta nie dotyczyła budowy infrastruktury towarzyszącej dla Urządzenia;
- Nie ma żadnej fizycznej, praktycznej, biznesowej czy faktycznej potrzeby, dla której Urządzenie miałyby być zainstalowane w Lokalizacji.

• Pozostałe wadliwości referencji natury faktycznej (brak należytego wyjaśnienia przez Zamawiającego oraz wprowadzenie w błąd przez MultiControl:

- Wyjaśnienia nie tłumaczą, w jaki sposób firma o tak słabych wynikach finansowych oraz posiadająca minimalny kapitał zakładowy, zatrudniająca dwie osoby, ma sprostać wykonaniu zamówienia o wartości bliskiej 20.000.000,00 PLN;
- Wystawca referencji nie wskazał w PKD prowadzenia działalności związanej z obsługą Urządzeń. Podobnie, tego rodzaju działalności nie wskazał MultiControl;
- Występują znaczne powiązania osobowo - kapitałowe między podmiotami wykazującymi warunki udziału w Postępowaniu dla MultiControl. W Lokalizacji działa jedynie zakład ślusarski, którego klient jest gwarantem finansowym dla MultiControl w postępowaniu (PID Polska sp. z o.o.). PID Polska sp. z o.o. jest zaś prokurentem MultiControl;
- Raport handlowy wskazuje na brak możliwości finansowych czy organizacyjnych do realizacji Zamówienia przez MultiControl;
- Wystawca referencji (Tomic sp. z o.o.) nie ma stosownych uprawnień do uruchamiania Urządzeń. Nie ma zatem możliwości korzystania z nich. Nie ma zatem żadnego wytłumaczenia dla wystawienia przez tę spółkę referencji (niezależnie od wszystkich wadliwości wskazanych wcześniej).

2. Uzasadnienie prawne.

Zdaniem Odwołującego kluczowym zagadnieniem w niniejszej sprawie jest fakt, że podmiot wybrany przez Zamawiającego w ramach przeprowadzonego Postępowania nie posiada stosownych referencji wymaganych w treści SIWZ. Odwołujący stwierdził, iż brak przedstawienia stosownych referencji powinien wiązać się z odrzuceniem oferty lub wykluczeniem podmiotu z Postępowania.

2.1. Zaniechanie odrzucenia oferty ze względu na wadliwość formalną referencji.

W tym zakresie Odwołujący powołał się na regulację art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

2.2. Zaniechanie wykluczenia MultiControl.

Odwołujący wskazał, iż zarzuca zaniechanie wykluczenia MultiControl z Postępowania ze względu na niespełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

2.2.1. Względy formalne przemawiające za wykluczeniem.

Odwołujący stwierdził, iż o ile w orzecznictwie uznaje się za dopuszczalne, aby Zamawiający ograniczali się do badania tzw. „prawdy formalnej” (co de facto oznacza wyłącznie badanie przedstawienia całości wymaganej dokumentacji), o tyle okoliczności wskazane w części dotyczącej uzasadnienia faktycznego powyżej jednoznacznie przesądzają, że referencje oraz wykaz dostaw czy też protokół zdawczo odbiorczy zostały wystawione wadliwie oraz zawierają liczne braki formalne. Z całą zaś pewnością uniemożliwiają ich skuteczne powiązanie między sobą. Odwołujący powołując się na stanowisko przedstawione w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok z dnia 13 czerwca 2011 r. KIO 1127/11), zgodnie z którym brak możliwości powiązania wykazu robót z referencjami świadczy o braku ich skutecznego przedłożenia, stwierdził, iż analizowanym przypadku, na podstawie Wykazu przedstawionego przez MultiControl oraz dołączonych referencji należy uznać, że wymóg ten nie został spełniony.

2.2.2. Względy faktyczne przemawiające za wykluczeniem.

Odwołujący wskazał, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia tego, że spełnia on warunki opisane przez zamawiającego, i to on ponosi konsekwencje (w postaci wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) niewypełnienia tego obowiązku (wyrok KIO z dnia 23 marca 2016 r. KIO 338/16). Zamawiający jest zaś zobowiązany do weryfikacji, czy zachodzi podstawa wykluczenia, co następuje na podstawie złożonych przez wykonawcę oświadczeń. Jeżeli zamawiający uzyska dowody przeczące oświadczeniu, powinien uwzględnić je podejmując odpowiednią decyzję o wykluczeniu. Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r. KIO 576/17, zgodnie z którym *aby mogło dojść do podważenia oświadczeń, ujętych i przedstawionych w jakimkolwiek dokumencie składanym na potwierdzenie warunków, powinny zostać przedstawione dowody spoza dokumentacji postępowania (spoza treści wniosku lub oferty złożonej w postępowaniu, jak również spoza korespondencji pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a podmiotem zamawiającym). Wówczas na skutek swego rodzaju "wyjścia" poza informacje dostępne w ramach postępowania dochodzi do wykazania rzeczywistego stanu rzeczy podważającego stan wiedzy dostępny podmiotowi zamawiającemu w postępowaniu.* Odwołujący stwierdził, iż przedstawił wszelkie dowody przemawiające za zasadnością odwołania, a zatem sprostał

spoczywającemu na nim ciężarowi dowodowemu, wykazując rzeczywisty stan rzeczy, obrazując, że MultiControl nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia.

2.3. Wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

W dalszej kolejności Odwołujący zarzucił MultiControl wprowadzenie Zamawiającego w błąd, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, ewentualnie w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Jako uzasadnienie prawne ww. zarzutów Odwołujący przytoczył twierdzenia zawarte w uzasadnieniach wyroków Krajowej Izby Odwoławczej (z dnia 2 listopada 2017 r. KIO 2014/17; z dnia 10 stycznia 2018 r. KIO 2686/17; z dnia 19 czerwca 2017 r. KIO 1058/17; z dnia 20 marca 2017 r. KIO 382/17; z dnia 19 czerwca 2017 r. KIO 1058/17; z dnia 2 stycznia 2018 r. KIO 265/17 oraz z dnia 10 lipca 2017 r. KIO 1257/17).

2.4. Czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący stwierdził, iż wskazane wcześniej argumenty w całości uzasadniają również twierdzenie, iż złożenie oferty przez MultiControl stanowi jednocześnie czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na stanowisko Sądu Najwyższego przedstawione w wyroku z dnia 9 czerwca 2009 r. sygn. akt II CSK 44/09, zgodnie z którym art. 3 ust. 1 Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może stanowić samodzielną podstawę uznania określonego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji.

2.5. Zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentacji.

Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący zauważył, iż *przepisy art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładają na zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia* (wyrok KIO z dnia 17 kwietnia 2013 r. KIO 719/13). Za *"niezłożone" uznaje się nie tylko takie dokumenty, których w ogóle nie załączono do oferty, ale i takie, w oparciu o które nie sposób ustalić faktu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. (...) Skoro procedurę sanacyjną z art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych uruchamia się w przypadku, gdy wykonawca w ogóle nie składa wymaganych dokumentów, to tym bardziej należy ją zastosować wobec wykonawcy, który starał się wykazać spełnienie warunku składając dokumenty niedoskonałe (...). Niezależnie od tego, czy zostanie to zakwalifikowane jako błąd w dokumencie, czy jako brak dokumentu, istnieje obowiązek wezwania o uzupełnienia* (wyrok KIO z 21 czerwca 2013 r. KIO 1375/13). Oznacza to, że Zamawiający powinien wezwać do uzupełnienia MultiControl poprzez wskazanie, czy spełnia warunki wskazane w V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ w zakresie budowy infrastruktury niezbędnej do funkcjonowania urządzenia o wartości nie mniejszej niż

10.000.000,00 PLN brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, czego Zamawiający zaniechał, w szczególności biorąc pod uwagę wadliwości referencji opisane szerzej w cz. 1 niniejszego odwołania, w tym w szczególności w zakresie braku wybudowania infrastruktury towarzyszącej.

2.6. Wadliwość procedury wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego wyjaśnienia udzielone przez MultiControl w żaden sposób nie wyjaśniały wątpliwości przedstawionych przez Zamawiającego. W szczególności, wyjaśnienia koncentrują się na kwestii energii akceleratora, a nie na wykazaniu, że Urządzenia MultiControl służą do prześwietlania samochodów ciężarowych. Udzielenie wyjaśnień niewystarczających do wykazania Zamawiającemu spełniania warunków udziału w postępowaniu może być potraktowane tak, jak nieudzielenie wyjaśnień. To zaś może skutkować wezwaniem do uzupełnienia dokumentów (wyrok KIO z dnia 4 lutego 2014 r. KIO 62/14; ponadto Odwołujący powołał się na stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 23 listopada 2018 r. KIO 2356/17 oraz z dnia 5 kwietnia 2017 r. KIO 549/17).

Ponadto, na rozprawie przed Izbą, Odwołujący uzupełnił zarzuty odwołania o zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu 36a ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy MultiControl sp. z o.o., który zamierza zlecić całość prac podwykonawcy. Uzasadniając ww. zarzut Odwołujący stwierdził, iż w treści pisma procesowego wykonawca MultiControl sp. z o.o. wskazał na współpracę z Narodowym Centrum Badań Jądrowych, co jest sprzeczne z zakresem prac deklarowanym przez niego w ofercie. Odwołujący dodał, iż nie jest to zarzut spóźniony, albowiem dopiero w związku ze złożeniem przez Przystępującego pisma procesowego powziął informację stanowiącą podstawę zarzutu.

II. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 5 września 2018 r. wykonawca MultiControl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

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

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy MultiControl spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie (dalej jako „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania, a ponadto: dokumenty złożone przez Odwołującego: kopia przykładowego protokołu zdawczo - odbiorczego Odwołującego (DO1), wydruk z portalu internetowego Bujalski.pl – Warsztat Ślusarski (DO2), dokumentacja zdjęciowa - ul. Chełmżyńska 223 w Warszawie - miejsce instalacji Urządzenia (DO3), informacja techniczna HCVP Z60 (DO4), informacja techniczna HCVP e series (DO5), wyniki wyszukiwania GUNB – wydruk ze strony internetowej (DO6), wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 29 sierpnia 2018 r. adresowany do Prezydenta Miasta Warszawa – Rembertów /wydruk/ (DO7), informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców (KRS) MultiControl (DO8), informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców (KRS) Tomac sp. z o.o. (DO9), wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 29 sierpnia 2018 r. adresowany do Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki /wydruk/ (DO10), raport handlowy dotyczący MultiControl sp. z o.o. z dnia 2 sierpnia 2018 r. (DO11), wniosek o udzielenie odpowiedzi z dnia 29 sierpnia 2018 r. adresowany do Izby Administracji Skarbowej w Gdańsku Dział Centrum RTG wraz z odpowiedzią Krajowej Administracji Skarbowej – Izby Administracji Skarbowej w Gdańsku z dnia 30 sierpnia 2018 r. znak: 2201-RTG.070.11.2018.2 /wydruki/ (DO12a i 12b); odpowiedź mailowa z dnia 7 września 2018 r. na wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 29 sierpnia 2018 r. adresowany do Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki (DO13), kopia decyzji Starosty Tomaszowskiego z dnia 24 października 2017 r. nr AB.6740.421.2017 (DO14), specyfikacja funkcjonalno – techniczna dla urządzenia RTG zlokalizowanego na terenie Terminala Samochodowego w Koroszczyńcu – załącznik nr 2 do SIWZ w postępowaniu o nr 0601-ILZ.260.10.2017 (DO15), kopia pisma Burmistrza Dzielnicy Rembertów Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 10 września 2018 r. (znak: UD-VIII.WOD.1431.121.2018.KRS) wraz załącznikami, tj. kopiami decyzji: nr 24/2015 z dnia 19 lutego 2015 r., nr 6/2016 z dnia 27 stycznia 2016 r., nr 169/2016 z dnia 3 listopada 2016 r. oraz nr 9/2014 z dnia 14 stycznia 2014 r. (DO16), zdjęcie obiektu zlokalizowanego pod adresem ul. Chełmżyńska 223 w Warszawie (DO17), informacja techniczna akceleratora

Linatron-M3 & M3A (DO18), kopia decyzji Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki – zezwolenie Nr D-16973 z dnia 9 października 2008 r. wraz z kopią aneksu nr 1 z dnia 27 czerwca 2017 r. i kopią aneksu nr 2 z dnia 24 stycznia 2018 r. (DO19) oraz informacja techniczna urządzenia HCVP 3024 (DO20); dokumenty złożone przez Zamawiającego: zdjęcia budynków, w których zainstalowano urządzenia rentgenowskie w Budzisku i Kuźnicy Białostockiej (DZ1) oraz dokument złożony przez Przystępującego: oświadczenie złożone w imieniu Tomac sp. z o.o. z dnia 10 września 2018 r. (DP1).

W poczet materiału dowodowego nie został zaliczony załączony do odwołania wydruk ze strony internetowej <https://www.as-e.com/products/drive-through/product/sentry-portal> oraz <https://www.as-e.com/products/drive-through/product/rapiscan-eagle-p25>, w związku z tym, że został on złożony wyłącznie w angielskiej wersji językowej, bez tłumaczenia na język polski, a zatem niezgodnie z §19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092). Natomiast złożony na rozprawie dokument zawierający zestawienie postępowań o udzielenie zamówienia na dostawę urządzenia RTG został zakwalifikowany jako stanowisko własne Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej został przez Zamawiającego określony w rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. c SIWZ jako wykonanie co najmniej jednej dostawy wraz z instalacją i uruchomieniem wysokoenergetycznego urządzenia rentgenowskiego (z wyłączeniem urządzenia zainstalowanego na podwoziu samochodowym) do prześwietlania samochodów ciężarowych, lub wagonów kolejowych lub kontenerów, wraz z budową infrastruktury niezbędnej do funkcjonowania urządzenia, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdziale VI ust. 3 pkt 1 SIWZ w celu potwierdzenia spełniania warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, obowiązany jest do złożenia na wezwanie Zamawiającego wykazu zawierającego co najmniej jedną dostawę wraz z instalacją i uruchomieniem wysokoenergetycznego urządzenia rentgenowskiego (z wyłączeniem urządzeń zainstalowanych na podwoziu samochodowym) do prześwietlania samochodów ciężarowych, lub wagonów kolejowych lub kontenerów, wraz z budową infrastruktury niezbędnej do funkcjonowania urządzenia, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem jego przedmiotu, dat wykonania i podmiotu, na rzecz którego dostawa została

wykonana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta dostawa została wykonana należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawa była wykonywana, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy.

W Postępowaniu zostały złożone dwie oferty – przez Odwołującego oraz Przystępującego.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w rozdziale VI ust. 3 SIWZ, w tym określonych w rozdziale VI ust. 3 pkt 1 SIWZ.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący udzielił pismem z dnia 10 sierpnia 2018 r. składając jako załączniki do ww. pisma między innymi następujące dokumenty: „1. Wykaz wykonanych dostaw wraz kopią referencji oraz kopią protokołu odbioru – potwierdzone za zgodność z oryginałem”.

W wykazie została wskazana następująca usługa:

Lp./Przedmiot dostawy/Podmiot na rzecz którego dostawy zostały wykonane/Data wykonania dostawy

1./Dostawa wysokoenergetycznego urządzenia rentgenowskiego wykorzystywanego do prześwietlania samochodów ciężarowych wraz z instalacją, budową infrastruktury towarzyszącej, uruchomieniem oraz szkoleniem personelu.

W dokumencie referencji z dnia 16 lipca 2018 r. zawarto oświadczenie o następującej treści:

„W imieniu Tomac sp. z o.o. oświadczam, że MultiControl sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie należycie i rzetelnie wywiązała się ze swoich zobowiązań wynikających z umowy z dnia 30.03.2018 zapewniając Tomac sp. z o.o. dostawę z instalacją, i uruchomieniem urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania samochodów ciężarowych o mocy 3 MeV wraz z budową niezbędnej infrastruktury oraz szkoleniem personelu.

Ogół obowiązków umownych MultiControl sp. z o.o. został protokolarnie odebrany bez uwag w dniu 12.07.2018 r.

Rekomendujemy MultiControl sp. z o.o. jako rzetelnego dostawcę tego typu urządzeń.”

Pismem z dnia 20 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień w następującym zakresie:

„- czy urządzenie rentgenowskie, dostarczone przez Wykonawcę na rzecz Tomac Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (przedłożony przez Wykonawcę protokół odbioru technicznego urządzenia z dnia 12.07.2018 r.), może służyć do prześwietlania samochodów ciężarowych,

- jaki jest zakres mocy akceleratora typ Lillyput 4/6 i czy będzie on miał zdolność odróżniania materiałów o różnej liczbie atomowej – pozwalającej na identyfikację materiałów organicznych i nieorganicznych”.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący udzielił pismem z dnia 22 sierpnia 2018 r. W pkt 1 ww. pisma Przystępujący potwierdził, iż dostarczone przez MultiControl sp. z o.o. na rzecz Tomac sp. z o.o. urządzenie rentgenowskie jest urządzeniem o przeznaczeniu do prześwietlania samochodów ciężarowych. Udzielone w tym zakresie wyjaśnienia zostały uzupełnione dodatkowym oświadczeniem złożonym w imieniu Tomac sp. z o.o. dotyczącym przeznaczenia i sposobu wykorzystywania urządzenia przez nabywcę. W pkt 2 ww. pisma Przystępujący udzielił wyjaśnień w zakresie akceleratora typ Lillyput 4/6 (uzupełniając je wyciągiem z dokumentacji technicznej urządzenia).

Pismem z dnia 23 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MultiControl, który złożył ofertę wybraną przez Zamawiającego, pomimo braku spełnienia warunków udziału w Postępowaniu przez MultiControl.

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Natomiast w myśl art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Z ww. przepisów wynika, iż stwierdzenie przez Zamawiającego faktu niespełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu stanowi podstawę powzięcia decyzji o jego wykluczeniu, a nie o odrzuceniu oferty. Natomiast konsekwencją wykluczenia wykonawcy z postępowania jest uznanie jego oferty za odrzuconą.

W Postępowaniu Zamawiający nie dokonał czynności wykluczenia Przystępującego z Postępowania, a w konsekwencji brak było podstaw do uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą. Tym samym działanie Zamawiającego nie było sprzeczne z przywołanymi przez Odwołującego przepisami ustawy Pzp. Ponadto, jeżeli traktować niniejszy zarzut jako konsekwencję innego zarzutu postawionego przez Odwołującego, tj. zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2), to także w tym przypadku –

wobec nie uwzględnienia przez Izbę drugiego z wymienionych zarzutów zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MultiControl nieodpowiadającej wymogom, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali co najmniej jedną dostawę wraz z instalacją i uruchomieniem wysokoenergetycznego urządzenia rentgenowskiego (z wyłączeniem urządzenia zainstalowanego na podwoziu samochodowym) do prześwietlenia samochodów ciężarowych lub wagonów kolejowych lub kontenerów, wraz z budową infrastruktury niezbędnej do funkcjonowania urządzenia o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zaś MultiControl nie wykazał, że złożona oferta odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do jakości oraz innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym interesy Zamawiającego;

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi podstawę odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oferta nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ. Odmienność ta może przejawiać się przede wszystkim w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobie jego realizacji, tj. polegać na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SIWZ i którego przyjęcia oczekuje. Może przejawiać się też w innym sposobie sporządzenia oferty, niż żądał zamawiający, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy (tak np. w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej: z 13 listopada 2013 r. KIO 2478/13, z 5 kwietnia 2017 r. KIO 501/17, z 12 stycznia 2018 r. KIO 2739/17 oraz z 24 lipca 2018 r. KIO 1339/18).

Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołał się nie do okoliczności związanych z treścią zobowiązania Przystępującego odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, na które Postępowanie jest prowadzone, lecz do okoliczności związanych z jednym z warunków udziału w Postępowaniu. Brak potwierdzenia spełnienia

warunków udziału w postępowaniu stanowi podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, a nie odrzucenia jego oferty.

W konsekwencji powyższego, wobec braku wykazania i udowodnienia jakichkolwiek okoliczności dotyczących wadliwej treści zobowiązania lub wadliwego sposobu sporządzenia oferty w zakresie dotyczącym tego zobowiązania, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należało uznać za niezasadny.

Zarzuty:

- naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia MultiControl z Postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali co najmniej jedną dostawę wraz z instalacją i uruchomieniem wysokoenergetycznego urządzenia rentgenowskiego (z wyłączeniem urządzenia zainstalowanego na podwoziu samochodowym) do prześwietlenia samochodów ciężarowych lub wagonów kolejowych lub kontenerów, wraz z budową infrastruktury niezbędnej do funkcjonowania urządzenia o wartości nie mniejszej niż 10.000.000,00 PLN brutto, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, a tym samym nie spełnił warunków udziału w Postępowaniu, a w konsekwencji wadliwe wybranie oferty tego wykonawcy;
- naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MultiControl, pomimo że została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 419) jako wprowadzająca w błąd Zamawiającego;
- naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia MultiControl z Postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ, a w konsekwencji wadliwe wybranie oferty tego wykonawcy;
- naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17) w zw. z art. 7 ust. 1 i art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia MultiControl z Postępowania mimo faktu, iż wykonawca ten lekkomyślnie lub niedbale przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, związane ze spełnieniem warunków, o których mowa w rozdziale V pkt

1 ust. 2 c) SIWZ, a mianowicie, iż MultiControl spełnia ww. warunki, a w konsekwencji wadliwe wybranie oferty tego wykonawcy.

Ww. zarzuty zostaną omówione łącznie w związku z tym, iż Odwołujący wywodzi je z tej samej okoliczności, jaką jest brak wykonania przez Przystępującego dostawy spełniającej wymogi postawione przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ, co w konsekwencji świadczy o niespełnianiu przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu określonego w ww. postanowieniu SIWZ, a złożenie przez Przystępującego oświadczenia o spełnianiu tego warunku należy zdaniem Odwołującego uznać za wprowadzenie Zamawiającego w błąd, stanowiące po pierwsze podstawę wykluczenia Przystępującego z Postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp, a po drugie – czyn nieuczciwej konkurencji.

Na wstępie, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 54/12 należy wskazać, iż "Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11)."

Ponadto, jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w trakcie postępowania odwoławczego to odwołujący kwestionuje podjęte przez zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to na odwołującym, w pierwszej kolejności, ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko zamawiającego jest nieprawidłowe.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ Zamawiający żądał złożenia wykazu zawierającego co najmniej jedną

dostawę, o której mowa w ww. postanowieniu SIWZ, wraz z podaniem jej przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta dostawa została wykonana należyście. W toku Postępowania, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Przystępujący złożył wymagane oświadczenia i dokumenty, tj. wykaz wykonanych dostaw wraz kopią referencji oraz kopią protokołu odbioru, które zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem. W zakresie w jakim Zamawiający miał wątpliwości, tj. w odniesieniu do tego, czy urządzenie będące przedmiotem referencyjnej dostawy może służyć do prześwietlania samochodów ciężarowych oraz w odniesieniu do parametrów i właściwości akceleratora, Przystępujący został wezwany do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Udzielając odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których potwierdził, iż dostarczone przez niego na rzecz Tomac sp. z o.o. urządzenie rentgenowskie jest urządzeniem o przeznaczeniu do prześwietlania samochodów ciężarowych, co zostało uzupełnione dodatkowym oświadczeniem złożonym w imieniu Tomac sp. z o.o. Przystępujący złożył również wyjaśnienia w odniesieniu do parametrów i właściwości akceleratora.

Mając na uwadze powyższe, tj. że Przystępujący złożył w Postępowaniu oświadczenia i dokumenty wymagane zgodnie z SIWZ na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jak i złożył wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Odwołujący stawiając ww. zarzuty obowiązany był udowodnić, iż w rzeczywistości Przystępujący nie zrealizował dostawy spełniającej wymogi określone w warunku udziału w Postępowaniu, a złożone w tym zakresie oświadczenia zawierają informacje niezgodne z rzeczywistością. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostął spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu. Złożone przez Odwołującego dokumenty nie potwierdzają podnoszonej przez niego okoliczności, tj. niespełnienia przez Przystępującego warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ i tym samym nie stanowią dowodu świadczącego o nieprawdziwości złożonych oświadczeń.

W szczególności ze złożonego przez Odwołującego na rozprawie dowodu w postaci informacji technicznej urządzenia HCVP 3025 (dowód DO20), które zdaniem Odwołującego mogło być przedmiotem dostawy referencyjnej wskazanej przez Przystępującego, wynika, iż urządzenie to może być przeznaczone między innymi do skanowania ciężarówek. Okoliczność ta nie tylko nie świadczy o braku spełnienia przez dostawę wskazaną przez Przystępującego jednego z wymogów zawartych w opisie warunku udziału w Postępowaniu („do prześwietlania samochodów ciężarowych”), lecz wręcz zdaje się spełnienie tego wymogu uprawdopodobniać. Złożone przez Odwołującego (zarówno wraz z odwołaniem, jak

i na rozprawie) zdjęcia obiektów znajdujących się w lokalizacji stanowiącej miejsce dostawy referencyjnej (dowody DO3 oraz DO17) nie dowodzą podnoszonego przez Odwołującego twierdzenia co do braku możliwości zainstalowania w tej lokalizacji wysokoenergetycznego urządzenia skanującego do prześwietlania samochodów ciężarowych. Po pierwsze, ww. zdjęcia nie stanowią dowodu potwierdzającego rzeczywiste wymiary znajdujących się na nich obiektów. Po drugie, dokładne miejsce zainstalowania urządzenia na terenie objętym adresem ul. Chełmżyńska 223 w Warszawie stanowi wyłącznie przypuszczenie ze strony Odwołującego, albowiem nie wynika to z żadnego z dokumentów złożonych w Postępowaniu. Po trzecie, z dowodu złożonego przez Odwołującego, tj. dokumentacji technicznej urządzenia HCVP 3025 wynika, iż *„dzięki modułowej konstrukcji, HCVP 3025, może być wyposażony w portale mechaniczne o różnych rozmiarach, aby skanować różne obciążenia, od palety po ciężarówkę.”* Wysokość urządzenia może być zatem różna, co pozostaje w zgodności z nazwą parametru, do którego odnosi się wysokość 4,5 m, tj. *„maksymalna wysokość poniżej portalu”*. Niezależnie od powyższego Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających z jednej strony wysokość samego urządzenia HCVP 3025 (na rozprawie stwierdził jedynie, iż do wysokości 4,5 m [będącej wysokością maksymalną] należy dodać ok. 0,5 m, jednakże twierdzenie to nie zostało poparte żadnym dowodem), a z drugiej strony nie została również wykazana przez Odwołującego wysokość pojazdów zaliczanych do samochodów ciężarowych, którą należałoby przyjąć w tym przypadku. Wymaga przy tym zauważenia, iż w postanowieniach SIWZ Zamawiający nie sprecyzował pojęcia samochodu ciężarowego, jakim posłużył się w ramach opisu warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Sposobu rozumienia tego pojęcia nie można również odnieść do opisu przedmiotu zamówienia, na które prowadzone jest Postępowanie, albowiem przedmiotem tym jest dostawa i montaż urządzenia do prześwietlania wagonów kolejowych, a nie samochodów ciężarowych. Jak na przykład wynika to z przepisów rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 27 września 2003 r. w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach (Dz.U. z 2016 r. poz. 1088, ze zm.) do rodzaju pojazdu „samochód ciężarowy” zalicza się następujące podrodzaje pojazdów: skrzynia, furgon, wywrotka, pojemnik, cysterna, skrzynia/żuraw, furgon/podest, ciężarowo-osobowy, terenowy, wielozadaniowy, van oraz „inny” (załącznik nr 4 Klasyfikacja pojazdów, tabela nr 1 – Rodzaje i podrodzaje pojazdów). W konsekwencji powyższego nie są w ogóle znane dokładne dane, które miałyby zostać przyjęte do przeprowadzenia obliczeń mających potwierdzić nieprawdziwość oświadczeń złożonych przez Przystępującego. Ww. dowody nie stanowiły zatem w ocenie Izby potwierdzenia

podnoszonych przez Odwołującego twierdzeń odnośnie braku możliwości instalacji urządzenia w lokalizacji wskazanej przez Przystępującego.

Odnosząc się do dowodów w postaci kopii pisma Burmistrza Dzielnicy Rembertów Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 10 września 2018 r. (znak: UD-VIII.WOD.1431.121.2018.KRS) wraz załącznikami, tj. kopiami decyzji: nr 24/2015 z dnia 19 lutego 2015 r., nr 6/2016 z dnia 27 stycznia 2016 r., nr 169/2016 z dnia 3 listopada 2016 r. oraz nr 9/2014 z dnia 14 stycznia 2014 r. (DO16), wydruku ze strony internetowej - wyniki wyszukiwania GUNB (DO6), kopii decyzji Starosty Tomaszowskiego z dnia 24 października 2017 r. nr AB.6740.421.2017 (DO14), specyfikacji funkcjonalno – technicznej dla urządzenia RTG zlokalizowanego na terenie Terminala Samochodowego w Koroszczynie – załącznik nr 2 do SIWZ w postępowaniu o nr 0601-ILZ.260.10.2017 (DO15) - należy wskazać, iż w treści warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający nie postawił konkretnych wymagań co do infrastruktury niezbędnej do funkcjonowania urządzenia. Wymogi co do samego urządzenia zostały zawarte w opisie warunku. Nie jest uprawnione uzupełnianie tego warunku o jeszcze inne wymagania, nie ujęte w jego opisie zawartym w SIWZ, w tym na podstawie treści SIWZ obowiązujących w innych postępowaniach (dowód DO15 oraz zestawienie treści warunku dotyczącego doświadczenia w podobnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jakie zostało przedstawione przez Zamawiającego na rozprawie). Zgodnie z postanowieniem zawartym w rozdziale V ust. 1 pkt 2 lit. c) Zamawiający wymagał, aby urządzenie będące przedmiotem dostawy było: wysokoenergetyczne, rentgenowskie oraz do prześwietlania samochodów ciężarowych lub wagonów kolejowych lub kontenerów, a dostawie tego urządzenia miała towarzyszyć jego instalacja i uruchomienie oraz budowa infrastruktury niezbędnej do funkcjonowania urządzenia. Jednocześnie Zamawiający nie dopuścił urządzeń zainstalowanych na podwoziu samochodowym. Z treści przedmiotowego warunku wynika zatem, iż przedmiotem dostawy mogło być każde urządzenie (w tym urządzenie przestawne), spełniające ww. wymogi, za wyjątkiem urządzenia zainstalowanego na podwoziu samochodowym. W konsekwencji, o tym jaka infrastruktura była niezbędna do funkcjonowania danego urządzenia decydował rodzaj urządzenia będącego przedmiotem dostawy. Treść ww. opisu warunku nie wyłączała urządzenia przestawnego, które zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika Przystępującego złożonego na rozprawie było przedmiotem dostawy referencyjnej. Odwołujący nie przedstawił dowodów potwierdzających, iż także instalacja urządzenia przestawnego wymaga w każdym przypadku budowy infrastruktury, na którą konieczne jest uzyskanie pozwolenia na budowę. Infrastruktura, jaka była wybudowana w ramach dostawy, na którą powołuje się Przystępujący, została wskazana w oświadczeniu złożonym jako załącznik do pisma procesowego. Zgodnie z tym oświadczeniem

(podpisany w imieniu Tomac sp. z o.o.) na infrastrukturę tą składały się w szczególności: mur z płyt betonowych, instalacje elektryczne oraz instalacje sygnałowe. Na rozprawie pełnomocnik Przystępującego wyjaśnił, iż budowa ww. infrastruktury nie wymagała uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę – jako podstawę prawną wskazał art. 29 ust. 1 pkt 20 i 23 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2018 r. poz. 1202, ze zm.) Zgodnie z tymi przepisami pozwolenia na budowę nie wymaga budowa: przyłączy: elektroenergetycznych, wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, ciepłych i telekomunikacyjnych (pkt 20) oraz ogrodzeń (23). Odwołujący zakwestionował możliwość skorzystania przez Przystępującego z ww. wyłączeń od wymogu uzyskania decyzji o pozwoleniu na budowę, powołując się na przepis art. 3 pkt 3 ustawy Prawo budowlane (w odniesieniu do budowy muru). Kwalifikacja ww. elementów infrastruktury pod kątem obowiązku uzyskania pozwolenia na budowę, zwolnienia z tego obowiązku czy też obowiązku dokonania zgłoszenia w ocenie Izby wykracza poza ramy niniejszego postępowania odwoławczego, zważywszy iż: Po pierwsze brak jest dokładnych informacji dotyczących ww. muru stanowiącego element infrastruktury towarzyszącej urządzeniu będącemu przedmiotem dostawy Przystępującego. Po drugie i przede wszystkim, okoliczność budowy ww. elementu została potwierdzona złożonym oświadczeniem. Okoliczność, czy budowie tego elementu infrastruktury towarzyszyło dopełnienie niezbędnych formalności administracyjnych nie ma istotnego znaczenia w kontekście prowadzonego Postępowania, jak i postawionego zarzutu, albowiem Odwołujący nie przedstawił dowodu potwierdzającego, iż oświadczenie co do budowy muru jest nieprawdziwe.

Odnosząc się do pozostałych dowodów, nie omówionych powyżej, należy wskazać, co następuje:

- kopia przykładowego protokołu zdawczo - odbiorczego Odwołującego (DO1) – dokument ten może potwierdzać jedynie treści w nim zawarte; z okoliczności, iż protokół zdawczo – odbiorczy o takiej treści został podpisany przez Odwołującego nie należy wyciągać generalnych wniosków co do obligatoryjnej treści każdego protokołu zdawczo - odbiorczego odnoszącego się do podobnego przedmiotu dostawy, a tym bardziej nie jest uprawniony wniosek, iż skoro protokół podpisany przez Przystępującego nie został sporządzony dokładnie w taki sposób jak protokół Odwołującego to znaczy, że protokół Przystępującego jest wadliwy;
- wydruk z portalu internetowego Bujalski.pl – Warsztat Ślusarski (DO2) – informacje zawarte na portalu internetowym mogą co najwyżej stanowić potwierdzenie tego, iż pod adresem ul. Chełmżyńska 223 w Warszawie między innymi prowadzony jest warsztat

- ślusarski, nie potwierdzają natomiast tezy prezentowanej przez Odwołującego, iż na terenie objętym ww. adresem nie mogło zostać zainstalowane urządzenie;
- informacja techniczna HCVP Z60 (DO4) oraz informacja techniczna HCVP e series (DO5) – dokumenty te mogą stanowić źródło informacji na temat przykładowych urządzeń rentgenowskich, a nie konkretnego urządzenia będącego przedmiotem dostawy wskazanej przez Przystępującego; ponadto Odwołujący nie wykazał, które dokładnie informacje zawarte w tych dokumentach miałyby świadczyć o nieprawdziwości oświadczeń Przystępującego i dlaczego;
 - wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 29 sierpnia 2018 r. adresowany do Prezydenta Miasta Warszawa – Rembertów /wydruk/ (DO7), wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 29 sierpnia 2018 r. adresowany do Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki /wydruk/ (DO10), wniosek o udzielenie odpowiedzi z dnia 29 sierpnia 2018 r. adresowany do Izby Administracji Skarbowej w Gdańsku Dział Centrum RTG /wydruk/ (DO12a) – dokumenty te potwierdzają jedynie okoliczność złożenia przez Odwołującego wniosków o dostęp do informacji publicznej;
 - informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców (KRS) MultiControl (DO8) oraz informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców (KRS) Tomac sp. z o.o. (DO9) – informacje zawarte w tych dokumentach nie mogą stanowić dowodu potwierdzającego brak realizacji referencyjnej dostawcy, w szczególności, że zgodnie z przepisem art. 40 pkt 1 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2018 r. poz. 986) w rejestrze nie zamieszcza się całego przedmiotu działalności spółki, lecz nie więcej niż dziesięć pozycji przedmiotu działalności według Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD);
 - raport handlowy dotyczący MultiControl sp. z o.o. z dnia 2 sierpnia 2018 r. (DO11) – informacje zawarte w tym dokumencie mogłyby mieć znaczenie w przypadku postawienia w odwołaniu zarzutu odnoszącego się do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej; w odniesieniu do tego warunku Przystępujący korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, tj. PID Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – Odwołujący nie kwestionował żadnych dokumentów, jakie zostały złożone w tym zakresie;
 - odpowiedź Krajowej Administracji Skarbowej – Izby Administracji w Gdańsku z dnia 30 sierpnia 2018 r. znak: 2201-RTG.070.11.2018.2 /wydruk/ (DO12b) – okoliczność, iż dany podmiot nie jest znany ww. organowi nie świadczy o braku realizacji dostawy referencyjnej, która zgodnie z SIWZ nie musiała być wykonana na rzecz ww. organu ani innego zamawiającego obowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp;

- odpowiedź mailowa z dnia 7 września 2018 r. na wniosek o dostęp do informacji publicznej z dnia 29 sierpnia 2018 r. adresowany do Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki (DO13) – informacje zawarte w tym dokumencie przestały mieć dla sprawy istotne znaczenie w związku ze złożeniem przez Przystępującego oświadczenia na rozprawie, iż *„referencyjna dostawa została zrealizowana przy udziale podwykonawcy, tj. PID Polska sp. z o.o. i to właśnie ten podmiot uzyskał zezwolenie ww. organu”*;
- informacja techniczna akceleratora Linatron-M3 & M3A /w zakresie w jakim dokument ten został przetłumaczony na język polski/ (DO18) – z treści przetłumaczonego na język polski fragmentu tego dokumentu wynika, iż *„Linatron-M jest zaprojektowany by pasować do mobilnych, bramowych i stałych instalacji.”* - informacja ta w żaden sposób nie przeczy prawdziwości oświadczenia o realizacji dostawy przez Przystępującego, a wręcz – wskazując na szeroki zakres zastosowania akceleratora – okoliczność tą nawet uprawdopodobnia;
- kopia decyzji Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki – zezwolenie Nr D-16973 z dnia 9 października 2008 r. wraz z kopią aneksu nr 1 z dnia 27 czerwca 2017 r. i kopią aneksu nr 2 z dnia 24 stycznia 2018 r. (DO19) – z treści Aneksu nr 2 wynika wyłącznie, iż urządzeniem będącym przedmiotem dostawy referencyjnej Przystępującego mogło być urządzenie Smith Detection HCVP 3025.

Należy również podkreślić, iż wskazywane przez Odwołującego dodatkowe okoliczności niezwiązane bezpośrednio z podniesionymi zarzutami, odnoszącymi się do spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (rozdział V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ), nie mogły mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Chodzi tu o takie okoliczności jak dotyczące powiązań pomiędzy różnymi spółkami, złej sytuacji finansowej Przystępującego czy też braku funkcjonowania Przystępującego oraz jego kontrahenta na rynku urządzeń RTG.

Podsumowując, Izba uznała, iż Odwołujący nie przedstawił przekonujących dowodów na potwierdzenie stawianej przez siebie tezy braku realizacji przez Przystępującego dostawy odpowiadającej wymogom postawionym przez Zamawiającego w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ, a w konsekwencji również okoliczności wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do spełniania ww. warunku udziału w Postępowaniu. Przystępujący złożył w Postępowaniu wymagane SIWZ oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Treść tych dokumentów nie została przez Odwołującego skutecznie zakwestionowana.

Należy również dodać, iż w ocenie Izby całokształt twierdzeń przedstawionych przez Odwołującego może wywoływać pewne pytania co do okoliczności realizacji referencyjnej

dostawy (co być może spowodowane jest wyłącznie ograniczonym zakresem informacji przekazywanych przez Przystępującego). Twierdzenia te stanowią jednak na ogół przypuszczenia, domysły, formułowane na podstawie innych okoliczności, niestanowiących potwierdzenia postawionych zarzutów. Przede wszystkim jednak, jak już była o tym mowa powyżej, twierdzenia te nie zostały przez Odwołującego w ogóle udowodnione, co skutkowało brakiem możliwości uwzględnienia przez Izbę ww. zarzutów. Wymaga przy tym zauważenia, iż rola Krajowej Izby Odwoławczej w procedurach udzielania zamówień publicznych ogranicza się do rozpoznawania odwołań składanych na czynności podjęte lub zaniechane przez zamawiających. Izba rozpoznaje odwołanie wyłącznie w granicach postawionych zarzutów, które, aby mogły zostać uwzględnione, muszą zostać przez odwołującego udowodnione.

Zarzuty:

- zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wadliwe uznanie za wystarczające wyjaśnienia MultiControl złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 sierpnia 2018 r, dotyczące m. in. wykazania i udowodnienia, że wykonawca ten wykonał prace wraz z budową infrastruktury towarzyszącej, pomimo że wykonawca ten nie przedstawił żadnego oświadczenia czy dowodu w tym zakresie, a także nie wskazał powodów oraz poprzez zaniechanie wezwania MultiControl do wyjaśnienia rozbieżności między wykazem robót a referencjami odnośnie zakresu wykonanych prac w ramach inwestycji wskazanej na potwierdzenie spełniania warunku określonego w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ.
- zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dalszego wezwania MultiControl do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ.

Ww. zostaną również omówione wspólnie, w związku z tym iż po pierwsze odnoszą się do tej samej podstawy prawnej, a także czynności zamawiającego, jakim jest wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień, a po drugiej w uzasadnieniu odwołania Odwołujący nie wskazał wyraźnie które z podnoszonych okoliczności faktycznych należy przyporządkować któremu ze wskazanych powyżej zarzutów.

Izba uznała, iż ww. zarzuty nie zasługują na uwzględnienie. Postawienie ww. zarzutów oznacza, że Odwołujący kwestionuje przeprowadzoną przez Zamawiającego czynność badania i oceny dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ, nie wzywając Przystępującego do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia oświadczeń lub

dokumentów, pomimo zaistnienia podstawy do zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp. Izba nie podzieliła stanowiska Odwoływającego. Trzeba w tym miejscu jeszcze raz przypomnieć, iż Przystępujący złożył wszystkie wymagane postanowieniami SIWZ oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Treść tych oświadczeń i dokumentów potwierdzała spełnienie przez Przystępującego ww. warunku, a drobne nieścisłości, jakie w nich wystąpiły, w ocenie Izby nie świadczyły o nieprawdziwości złożonych oświadczeń, lecz raczej o braku staranności ze strony osoby, które te dokumenty sporządziła.

Jest rzeczą oczywistą, iż treść takich dokumentów jak wykaz oraz referencje nie musi być identyczna, albowiem inny jest cel i rola tych dokumentów. Jak wynika z przepisu § 2 ust. 4 pkt 2 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) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu dostaw lub usług wykonanych (...) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane (...). Istota referencji sprowadza się do potwierdzenia, iż usługa, dostawa lub roboty budowlane wskazane w wykazie zostały wykonane należycie. Referencje nie muszą być wystawiane na potrzeby danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i często w praktyce nie są, a zatem ich treść nie musi w pełni odpowiadać treści postawionego warunku udziału w postępowaniu. Na podstawie treści złożonego wykazu zamawiający ocenia, czy dany wykonawca posiada wymaganą postanowieniami SIWZ zdolność techniczną lub zawodową (odnosząc to do Postępowania – czy wykonał dostawę wskazaną w rozdziale V pkt 1 ust. 2 c) SIWZ). Oceny takiej dokonuje na podstawie treści oświadczenia zawartego w wykazie. Natomiast dokument referencji jest dla zamawiającego źródłem informacji o tym, czy dana usługa, dostawa (jak w przypadku Postępowania) czy roboty budowlane zostały wykonane należycie. Treść referencji musi umożliwiać powiązanie tego dokumentu z daną pozycją w wykazie, a ponadto dokument ten musi potwierdzać należyte wykonanie danej usługi, dostawy lub roboty budowlanej. Nie jest jednak wymagane, aby zawierał wszystkie informacje zamieszczone w opisie warunku. To samo należy odnieść do innego dokumentu składanego zamiast referencji (np. protokołu odbioru). Wywody Odwoływającego na temat

koniecznego stopnia szczegółowości dokumentu referencji są w dużym stopniu oderwane od przepisów regulujących procedurę udzielania zamówień publicznych.

W złożonym w Postępowaniu wykazie Przystępujący zawarł następującą usługę: „Dostawa wysokoenergetycznego urządzenia rentgenowskiego wykorzystywanego do prześwietlania samochodów ciężarowych wraz z instalacją, budową infrastruktury towarzyszącej, uruchomieniem oraz szkoleniem personelu”. Treść dokumentu referencji z dnia 16 lipca 2018 potwierdzała należyte wykonane ww. dostawy, jak i z całą pewnością umożliwiała powiązanie tego dokumentu z dostawą wskazaną w wykazie (zbieżność wielu danych podanych w obydwu dokumentach). Potwierdzeniem należytego wykonania umowy jest złożony dodatkowo protokół odbioru technicznego urządzenia. Wymaga przy tym wskazania, iż Przystępujący nie miał obowiązku składania dwóch dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dostawy: referencji oraz protokołu odbioru – wystarczające było złożenie jednego dokumentu. Jak wynika z przywołanego powyżej przepisu § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia dowodami potwierdzającymi, czy dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane. Nie jest zatem konieczne składanie referencji, lecz dokument ten może zostać zastąpiony protokołem odbioru.

Nieścisłości, jakie wystąpiły w ww. dokumentach mają w ocenie Izby charakter omyłek i nie skutkują podważeniem prawdziwości złożonych oświadczeń. Dotyczy to zarówno nazwiska Prezesa Zarządu Tomac sp. z o.o. (O./O.), jak i adresu spółki (Marszałkowska 58/Marszałkowska 68). Omyłka co do nazwiska dotyczy wyłącznie pisma komputerowego, natomiast nie dotyczy własnoręcznego podpisu ww. osoby. W przypadku każdego z dokumentów podpis złożył Pan T. O. Takie samo nazwisko widnieje w Rejestrze Przedsiębiorców KRS. Natomiast omyłka w adresie dotyczy wyłącznie dodatkowego pisma, złożonego jako załącznik do wyjaśnień. Na pozostałych dokumentach złożonych na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp widnieje poprawny adres – przybita jest także pieczętka zawierająca również numery NIP i REGON. Nie ma zatem żadnych wątpliwości kto podpisał te dokumenty i w imieniu którego podmiotu.

W dalszej kolejności należy wskazać, iż w wykazie nie wskazuje się miejsca dostawy, a jedynie podmiot, na rzecz którego dostawa została wykonana. Niewątpliwie miejsce dostawy może być inne niż siedziba spółki. Nie ma w tym zakresie żadnych rozbieżności pomiędzy dokumentami, wymagającymi wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający nie wymagał wskazania nazwy producenta ani modelu urządzenia. Nie można

zatem czynić wykonawcy zarzutu, iż złożony przez niego protokół informacji tych nie zawierał, nawet jeżeli taki sposób sporządzania protokołu jest najczęściej spotykaną praktyką biznesową. Ponadto, jak wskazano powyżej, protokół stanowił dodatkowy dokument, jaki został złożony przez Przystępującego. Natomiast okoliczność, iż urządzenie nie było zainstalowane na podwoziu samochodowym wynikała ze wskazania, iż dostawie towarzyszyła budowa niezbędnej infrastruktury. Okoliczność ta została dodatkowo potwierdzona przez Przystępującego w treści oświadczenia załączonego do jego pisma procesowego (DP1) oraz na rozprawie, a zatem nakazywanie zamawiającemu wezwanie ww. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie byłoby tym bardziej bezcelowe. Przede wszystkim jednak okoliczność ta nie została podniesiona w treści złożonego odwołania, a zatem zarzut w tym zakresie należy uznać za spóźniony.

Pismem z dnia 20 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień w zakresie tego, czy urządzenie rentgenowskie dostarczone na rzecz Tomac Sp. z o.o. może służyć do prześwietlania samochodów ciężarowych, a ponadto jaki jest zakres mocy akceleratora typ Lillyput 4/6 i czy będzie on miał zdolność odróżniania materiałów o różnej liczbie atomowej – pozwalającej na identyfikację materiałów organicznych i nieorganicznych. Odpowiedzi na ww. wezwanie Przystępujący udzielił pismem z dnia 22 sierpnia 2018 r., składając wyjaśnienia w odniesieniu do obydwu ww. zagadnień. Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego w jego ocenie udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia są niewystarczające, z pewnością nie świadczy o tym wskazana przez Odwołującego okoliczność skupienia się na odpowiedzi dotyczącej akceleratora. Ponadto, nie można stawiać wykonawcy zarzutu, iż nie udzielił wyjaśnień w innym zakresie niż wymagany przez zamawiającego w treści wezwania (tj. m.in. jak wskazał Odwołujący w odwołaniu: *„w jaki sposób firma o tak niskim kapitale zakładowym (5.000,00 PLN) używa specjalistycznego i niezwykle drogiego (rzędu kilku/kilkudziesięciu milionów złotych) urządzenia do prześwietlania samochodów ciężarowych.”*).

Należy zatem stwierdzić, iż przeprowadzając czynność badania oświadczeń i dokumentów złożonych przez Przystępującego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający nie był w posiadaniu żadnych informacji, które zaprzeczałyby treści złożonych w Postępowaniu oświadczeń i dokumentów, a tym samym nie zaistniała podstawa prawna do wezwania Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp do złożenia dokumentów lub wyjaśnień - poza wezwaniem wystosowanym do Przystępującego pismem z dnia 20 sierpnia 2018 r., albowiem wyłącznie w tym zakresie Zamawiający powziął wątpliwości wymagające wyjaśnienia.

Podsumowując, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca nie jest obowiązany udowodnić zamawiającemu nabycie określonej zdolności technicznej lub zawodowej (np. poprzez wykonanie dostawy) w odniesieniu do każdego z wymogów zawartych w opisie warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca składa w tym zakresie wyłącznie oświadczenie. Oświadczenie to musi być uzupełnione dowodem, jednakże dowód ten ma wyłącznie potwierdzać fakt należytego wykonania umowy (np. w dostawy). W toku postępowania może zajść konieczność wezwania wykonawcy do przedstawienia dodatkowych wyjaśnień lub dokumentów, jednakże wyłącznie w przypadku zaistnienia podstawy prawnej do takiego wezwania (w szczególności chodzi o art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp). Stawiając w odwołaniu zarzuty braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu, np. w odniesieniu do wymaganej realizacji dostawy, jak i złożenia nieprawdziwych informacji w tym zakresie, odwołujący obowiązany jest te zarzuty udowodnić – w przypadku drugiej kategorii zarzutów konieczne jest udowodnienie, iż oświadczenia zawarte w złożonych przez innego wykonawcę dokumentach są nieprawdziwe. Z kolei stawiając zarzuty zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień, w przypadku gdy za podstawę prawną zarzutu wskazano art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp, odwołujący obowiązany jest udowodnić (w tym poprzez odwołanie się do treści dokumentacji postępowania), iż zamawiający w toku prowadzonego postępowania zaniechał wezwania, pomimo iż wystąpiła do tego podstawa. W niniejszej sprawie ww. zarzuty nie zostały przez Odwołującego udowodnione, co musiało skutkować uznaniem ich za niezasadne.

Zarzut naruszenia przepisu 36a ust. 1 w związku z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy (MultiControl sp. z o.o.), który zamierza zlecić całość prac podwykonawcy (podniesiony na rozprawie).

Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Jak wyjaśnił Przystępujący na rozprawie Narodowe Centrum Badań Jądrowych jest producentem urządzenia. Stwierdzenie to koresponduje z treścią pisma procesowego Przystępującego, w którym na str. 9 stwierdza się co następuje: „przedmiotem zaoferowanym przez Uczestnika w ramach zamówienia jest właśnie wysokoenergetyczny skaner rentgenowski CANIS stworzony we współpracy z Narodowym Centrum Badań Jądrowych”. Przedmiotem zamówienia, na które prowadzone jest Postępowanie, jest dostawa i montaż skanera do prześwietlania wagonów kolejowych wraz z podstawową infrastrukturą. Z oczywistych zatem względów nie można mówić o sytuacji powierzenia podwykonawcy całości prac składających się na przedmiot zamówienia, skoro chodzi wyłącznie o producenta urządzenia mającego być przedmiotem dostawy i montażu.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....