

Sygn. akt: KIO 3444/21

WYROK
z dnia 8 grudnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 grudnia 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 listopada 2021 roku** przez wykonawcę **Nuctech Warsaw Company Limited Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, Izbę Administracji Skarbowej w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie**

przy udziale wykonawcy **Multicontrol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **Nuctech Warsaw Company Limited Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – Nuctech Warsaw Company Limited Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego - Nuctech Warsaw Company Limited Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie** na rzecz – **Zamawiającego**

Skarbu Państwa, Izby Administracji Skarbowej w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie
kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą
uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Izba Administracji Skarbowej w Olsztynie z siedzibą w Olsztynie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Doposażenie Oddziału Celnego w Korszach w stacjonarne urządzenie rentgenowskie do prześwietlania wagonów kolejowych wraz z montażem i instalacją oraz budową infrastruktury towarzyszącej”, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 162-426368 z dnia 23 sierpnia 2021 r.

Dnia 25 listopada 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w prowadzonym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1) i pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r., poz. 1129 ze zmianami, dalej jako „PZP”) i art. 505 ust. 1 PZP w związku z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) PZP odwołanie złożył wykonawca Nuctech Warsaw Company Limited Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec czynności podjętych przez Zamawiającego, polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Multicontrol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz zaniechaniu odrzucenia jego oferty.

Odwołujący zarzucał naruszenie:

1. art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wykluczenia Multicontrol z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do informacji dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. dysponowania osobą na stanowisko Kierownika budowy (zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu wynikającym z rozdziału XIX ust. 2 pkt 2.4 ppkt 2a Specyfikacji Warunków Zamówienia, „SWZ”), gdyż z treści przedstawionych przez Multicontrol dokumentów nie wynika prawo do dysponowania przez Multicontrol A. J. na stanowisko Kierownika budowy, co w konsekwencji spowodowało zaniechanie odrzucenia oferty Multicontrol na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP,
2. ewentualnie na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1., art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Multicontrol z postępowania, mimo że Multicontrol nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale XIX ust. 2 pkt 2.4 ppkt 2a SWZ, tj. wykazania dysponowania osobą na stanowisko Kierownika budowy,
3. ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu 2., art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Multicontrol

do uzupełnienia i wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynikającego z rozdziału XIX ust. 2 pkt 2.4 ppkt 2a SWZ,

4. art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Multicontrol z postępowania, mimo że nie wskazał on wersji oferowanego urządzenia RTG, podczas gdy zgodnie z rozdziałem XXIV ust. 4 pkt 1 SWZ Zamawiający wymagał przedstawienia takich informacji w treści oferty, co w konsekwencji powinno skutkować odrzuceniem oferty Multicontrol,

5. art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Multicontrol do uzupełnienia i wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynikającego z rozdziału XIX ust. 2 pkt 2.2 SWZ, tj. zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, na uruchamianie oferowanego urządzenia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo atomowe, gdyż przedstawiona przez Multicontrol decyzja Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki nie dotyczy urządzenia oferowanego w tym postępowaniu,

6. art. 239 ust. 1 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty Multicontrol, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu, natomiast oferta Odwołującego w świetle kryteriów oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
2. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, i wykluczenie Multicontrol z postępowania i odrzucenie jego oferty;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Wartość przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem przekracza progi unijne. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 15 listopada 2021 roku. Odwołanie zostało zatem wniesione w wymaganym przepisami PZP dziesięciodniowym terminie. Odwołujący uiszczył wpis od odwołania na rachunek UZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, ponieważ ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów PZP, interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem zamówienia doznał uszczerbku. Multicontrol powinien zostać

wykluczony z postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu. Tym samym, to Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu. Gdyby nie naruszenia Zamawiającego wskazane w odwołaniu, oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący uzyskałby zamówienie i osiągnąłby zakładany zysk z jego realizacji. W związku z powyższym, Odwołujący może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów PZP.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest doposażenie Oddziału Celnego w Korszach w stacjonarne urządzenie rentgenowskie do prześwietlania wagonów kolejowych wraz z montażem i instalacją oraz budową infrastruktury towarzyszącej.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty – Odwołującego oraz Multicontrol.

W dniu 15 listopada 2021 roku Zamawiający poinformował o wyborze oferty Multicontrol jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W ramach warunku udziału w postępowaniu dysponowania osobą na stanowisko Kierownika budowy w rozdziale XIX ust. 2.3. pkt 1. ppkt 2) a) SWZ wymagał, jako warunek udziału w postępowaniu, aby wykonawca wykazał, że dysponuje osobą na stanowisko Kierownika budowy. Zamawiający przedstawił szczegółowe wymagania na temat doświadczenia i uprawnień dla tej osoby.

Multicontrol w wykazie osób (zarówno z dnia 11.10.2021 r., jak i z dnia 25.10.2021 r.) wskazał, że na to stanowisko dysponuje A. J.. Jednocześnie jako podstawę dysponowania wskazał zobowiązanie podmiotu trzeciego – Dynamik M. P. („Dynamik”). Multicontrol, wraz z ofertą złożył umowę z dnia 20 września 2021 r. („Umowa”) z Dynamik, na podstawie której Dynamik udostępnił Multicontrol swoje zasoby. Z treści jednak Umowy nie wynika, aby Dynamik udostępnił Multicontrol A. J. na stanowisko Kierownika budowy. Z § 1 ust. 2 Umowy bowiem wynikają wprost osoby udostępnione przez Dynamik na rzecz Multicontrol. Wśród tych osób nie została wymieniona A. J.. Oznacza to zatem, że Multicontrol nie dysponuje A. J. na stanowisko Kierownika budowy.

Powyższe oznacza, że Multicontrol wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie dysponowania A. J. na stanowisko Kierownika budowy. Z żadnego dokumentu złożonego przez Multicontrol nie wynika bowiem, aby Dynamik taką osobę udostępnił Multicontrol. Wprost z Umowy wynika, że Dynamik na stanowisko Kierownika budowy udostępnił R. C.. Pomimo takiego jednoznacznego oświadczenia Dynamik, Multicontrol w obu złożonych wykazach osób konsekwentnie wskazuje A. J. jako osobę na to stanowisko, oświadczając przy tym, że jest to osoba udostępniona przez Dynamik.

Co istotne, w toku postępowania Multicontrol złożył aneks nr 1 do Umowy, zgodnie z którym zmieniona została osoba na stanowisko Kierownika robót w branży teletechnicznej.

Aneks nr 1 do Umowy został zawarty w dniu 2 listopada 2021 r., co wynika z daty jego podpisania przez strony. Zgodnie z pkt 4 aneksu nr 1 do Umowy, w pozostałym zakresie aktualna pozostaje treść Umowy ustalona w dniu 20 września 2021 r. Oznacza to zatem, że do dnia 2 listopada 2021 r. nie został zawarty żaden inny aneks do Umowy, co potwierdza w konsekwencji, że na dzień upływu terminu składania ofert Dynamik nie udostępnił Multicontrol A. J.. Tym samym nie jest prawdą, aby Multicontrol dysponował A. J. na podstawie zobowiązania Dynamik do udostępnienia zasobów (w tym przypadku Umowy).

Multicontrol zatem przedstawił Zamawiającemu nieprawdziwe informacje dotyczące dysponowania A. J., a takiemu działaniu wykonawcy należy przypisać znamiona rażącego niedbalstwa. A. J. nie została przez Dynamik udostępniona Multicontrol. Skoro natomiast Multicontrol został udostępniony inny pracownik (czy też współpracownik) Dynamik – R. C., Multicontrol mógł skorzystać z doświadczenia tej osoby celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Multicontrol powinien wiedzieć jakie zasoby są mu udostępniane przez Dynamik. Wykonawca nie jest natomiast uprawniony do rozszerzania uzyskanego udostępnienia zasobów. Jednocześnie zasady należytej staranności nakładają na każdego wykonawcę weryfikację składanych oświadczeń. Oczywiście jest zatem sprawdzenie przez Multicontrol jakie osoby zostały mu udostępnione przez podmiot trzeci. Skoro zatem Dynamik nie udostępnił Multicontrol A. J., Multicontrol nie był uprawniony do podania jej jako osoby na stanowisko Kierownika budowy. Natomiast przy zachowaniu należytej staranności Multicontrol nie powinien oświadczać w wykazie osób, że stanowisko Kierownika budowy będzie pełnił A. J..

Multicontrol zatem wskazało na stanowisko Kierownika budowy osobę, która wykracza poza udostępnione mu zasoby, co w konsekwencji doprowadziło do wadliwego przyjęcia przez Zamawiającego, że Multicontrol wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W konsekwencji spełniły się podstawy wykluczenia Multicontrol z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP, co skutkować powinno odrzuceniem oferty tego wykonawcy zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP.

Powyżej opisane okoliczności faktyczne oznaczają również, że Multicontrol nie wykazał również, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą na stanowisko Kierownika budowy. Dynamik nie udostępniło Multicontrol A. J., a tym samym Multicontrol nie wykazało, że dysponuje lub będzie dysponować tą osobą. W konsekwencji Multicontrol nie wykazał spełnienia warunku udziału wynikającego

z rozdziału XIX ust. 2.3. pkt 1. ppkt 2) a) SWZ, co oznacza, że oferta Multicontrol powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt b) PZP.

Jedynie z ostrożności procesowej, Odwołujący podnosił zarzut ewentualny polegający na zaniechaniu wezwania Multicontrol do uzupełnienia w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. naruszenia art. 128 ust. 1 PZP. Odwołujący zaznaczył jednocześnie, że Multicontrol był już wezwany do uzupełnienia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganym przez Zamawiającego personelem, a tym samym Multicontrol nie powinien być wezwany ponownie do uzupełnienia lub poprawienia wykazu osób.

Brak wskazania wersji oferowanego urządzenia

Oferta Multicontrol zdaniem Odwołującego podlega odrzuceniu ze względu na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, treścią SWZ.

Zgodnie z rozdziałem XXIV ust. 4 pkt 1 SWZ *„Wykonawca ma obowiązek wskazać w Formularzu ofertowym producenta oraz model i wersję (jeżeli dany model występuje w wielu wersjach) oferowanego urządzenia RTG. W przypadku, gdy Wykonawca nie wskaże producenta lub modelu lub wersji (jeżeli dany model występuje w wielu wersjach) oferowanych urządzeń Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 223 ustawy Pzp”.*

W Formularzu ofertowym został określony jedynie model oferowanego urządzenia, tj. *„Producent/Model/Wersja urządzenia rentgenowskiego: Multicontrol Sp. z o.o., Canis”.*

Z powszechnie dostępnych natomiast informacji wynika jednoznacznie, że urządzenie rentgenowskie Multicontrol - Canis jest oferowane w różnych wersjach oraz wariantach technicznych. Podstawowym rozróżnieniem urządzenia oferowanego przez Multicontrol jest jego przeznaczenie. Istnieje bowiem wersja znajdująca zastosowanie do kontroli pojazdów drogowych oraz wersja do kontroli pojazdów kolejowych. Informacje te wynikają chociażby z oficjalnej strony internetowej Multicontrol, na której można znaleźć następującą informację: *„W ofercie firmy znajduje się zarówno wersja modułowego systemu suwnicowego (tzw. gantry) do kontroli pojazdów na przejściach granicznych i kontenerów cargo oraz stacjonarny system do kontroli wagonów kolejowych.”* Wersja gantry była oferowana przez Multiconsult w innym postępowaniu.

Ponadto Multicontrol, będący producentem urządzenia, wskazuje na swojej stronie internetowej, że *„Dwuenergetyczny akcelerator dedykowany do systemu MultiControl CANIS umożliwia płynną zmianę energii wiązki w czasie rzeczywistym w pełnym zakresie energii, tj. od 2MeV do 9MeV”.* Urządzenie posiada również różne wersje, w zależności od

posiadanych parametrów technicznych, np. wariant 6/9 MeV (oferowany na stronie internetowej Multicontrol) albo wariant 4/6 MeV (zgodnie z informacją na stronie Narodowego Centrum Badań Jądrowych, współproducenta urządzenia Canis – Załącznik nr 4d).

Odwolujący wyjaśnił, że akcelerator oznaczony jako „6/9 MeV” albo „9/6 MeV” oznacza akcelerator emitujący naprzemiennie niską i wysoką energię o wartościach odpowiednio 6 MeV i 9 MeV. Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku innych wartości np. „4/6 MeV”. We wszystkich postępowaniach dot. urządzeń kolejowych zamawiający wymagali, aby akcelerator emitował naprzemiennie niską i wysoką energię. Oznacza to zatem, że urządzenia RTG oferowane przez wykonawców powinny umożliwiać emisję energii o wartościach oczekiwanych przez zamawiającego w konkretnym postępowaniu. Tym samym wykonawcy powinni zaoferować różne wersje urządzenia w zależności od oczekiwań zamawiających. Multicontrol natomiast ograniczył się do podania modelu urządzenia, pomimo tego że powinien był podać wersję urządzenia umożliwiającą sprawdzenie czy wymagania Zamawiającego odnoszące się do rodzaju urządzenia i emitowanej energii zostały spełnione, gdyż z nazwy modelu Canis taka weryfikacja jest niemożliwa.

W innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego Multicontrol doprecyzowywał wersję urządzenia. Potwierdza to między innymi treść oferty złożonej przez Multicontrol w postępowaniu pn. „Na dostawę nowego urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania pojazdów wraz z instalacją i montażem oraz budową infrastruktury towarzyszącej na terenie drogowego przejścia granicznego w Terespolu”, numer referencyjny 0601-ILZ.260.11.2020. Z formularza ofertowego, z rubryki dotyczącej modelu i typu urządzenia RTG, wynika, że Multicontrol zaoferował dostawę urządzenia RTG Canis w wersji gantry - CANIS / GANTRY.

Multicontrol dotychczas oferował urządzenie Canis w wersji wyposażonej w akcelerator radiograficzny Lillyput 4/6. Takie urządzenie zostało zaoferowane w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i montaż skanera do prześwietlania wagonów kolejowych wraz z podstawową infrastrukturą na kolejowym przejściu granicznym Kuźnica Białostocka – Grodno”, numer referencyjny: OK-III.272.10.2018. Obecnie, zgodnie z ofertą Multicontrol, urządzenie jest wyposażone w akcelerator radiograficzny Lillyput 6/9i Narodowego Centrum Badań Jądrowych. Oznacza to zatem, że w tym postępowaniu zostało zaoferowane inne urządzenie niż w postępowaniu Kuźnica Białostocka – Grodno. Natomiast zmianie nie uległa nazwa urządzenia, bowiem w obu postępowaniach Multicontrol zaoferował model Canis bez jakiegokolwiek określenia jego wersji.

To w ocenie Odwołującego potwierdza, że urządzenie rentgenowskie Canis, oferowane przez Multicontrol, występuje w różnych wersjach – zbudowane w oparciu o różne akceleratory.

Zamawiający wymagał, by *„Wykonawca ma obowiązek wskazać w Formularzu ofertowym producenta oraz model i wersję (jeżeli dany model występuje w wielu wersjach) oferowanego urządzenia RTG.”* Niewątpliwie Zamawiający wymagał zatem precyzyjnego podania modelu i wersji oferowanego przez wykonawców urządzenia celem ustalenia faktycznie jakie urządzenie zostanie mu dostarczone. Z Formularza ofertowego złożonego przez Multicontrol powyższe nie wynika. Co więcej, biorąc pod uwagę informacje dostępne na stronie internetowej Multicontrol lub w innych postępowaniach, Zamawiający nie wie jakie urządzenie zostanie mu dostarczone przez Multicontrol. Oznacza to, że Multicontrol pomimo występowania różnych wersji oferowanego urządzenia nie wskazał odpowiedniej wersji w Formularzu ofertowym. Dlatego też, zgodnie z postanowieniami SWZ jego oferta powinna podlegać odrzuceniu.

Zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki

Zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca posiada zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchamianie oferowanego urządzenia na terenie Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo atomowe (Dz.U. z 2021 r., poz. 623 ze zm.) - (rozdział XIX, ust. 2, pkt 2.2 SWZ).

Multicontrol przedłożył zezwolenie nr D-20977 wydane przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki z 7 stycznia 2019 r.

To samo zezwolenie zostało również złożone przez Multicontrol w ramach realizacji umowy zawartej w postępowaniu Kuźnica Białostocka – Grodno. Zgodnie natomiast z dokumentacją postępowania Kuźnica Białostocka – Grodno, w szczególności Deklaracją zgodności WE z 1 sierpnia 2018 r., Deklaracją WE z 10 sierpnia 2018 r. i Deklaracją producenta z 10 sierpnia 2018 r., Multicontrol dostarczył wówczas urządzenie działające w oparciu o akcelerator radiograficzny Lillyput 4/6.

W tym postępowaniu natomiast Multicontrol zaoferował urządzenie zaopatrzone w akcelerator radiograficzny Lillyput 6/9i (deklaracja WE z 23 września 2021 r.).

W związku z powyższym zezwolenie nr D-20977 przez Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki z 7 stycznia 2019 r. dotyczy urządzenia Canis w wersji jednak wyposażonej w akcelerator radiograficzny Lillyput 4/6. Z kolei, zgodnie z art. 5 ust. 9 Ustawy Prawo atomowe Kierownik jednostki organizacyjnej jest obowiązany zgłaszać organowi wydającemu zezwolenie wszelkie zmiany danych określonych w zezwoleniu. Zmiana tak

kluczowego elementu jakim jest akcelerator powinna być zgłoszona, a zezwolenie powinno zostać na tej podstawie zmienione. W postępowaniu o wydanie zezwolenia, które mają odpowiednie zastosowanie także do jego zmiany (art. 5 ust. 7c Prawa atomowego) konieczne jest między innymi podanie maksymalnej aktywności lub stężenia promieniotwórczego izotopów promieniotwórczych, typu urządzeń zawierających źródło promieniotwórcze lub typu urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące. Multicontrol zmieniając akcelerator, czyli urządzenie wytwarzające promieniowanie jonizujące, w urządzeniu Canis powinien uzyskać nowe zezwolenie od Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki lub zawnioskować o zmianę dotychczasowego zezwolenia. Złożone natomiast zezwolenie przez Multicontrol dotyczy innej wersji urządzenia, tj. wyposażonej w akcelerator radiograficzny Lillyput 4/6. Takie urządzenie nie jest przedmiotem oferty Multicontrol.

W związku z powyższym, Multicontrol powinien zostać wezwany do uzupełnienia zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, na uruchamianie oferowanego urządzenia

W świetle powyższych argumentów, zdaniem Odwołującego zarzuty odwołania są zasadne i zasługują na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem zainteresowanym udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, złożył ofertę. Proces badania i oceny ofert przeprowadzony przez Zamawiającego i wybór jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy, zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia i może również skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca Multicontrol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Zamawiający i Przystępujący złożyli stanowiska pisemne, w których zgodnie wnosili o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XIX SWZ – Warunki udziału w postępowaniu – Zamawiający wymagał, by Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia dysponowali lub będą dysponować w okresie wykonywania zamówienia i skierują do jego realizacji:

a) min. jedną osobą, która będzie pełnić funkcję Kierownika budowy spełniającą łącznie następujące wymagania:

- posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno – budowlanej bez ograniczeń lub odpowiadające im równoważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, a w przypadku Wykonawców zagranicznych – uprawnienia budowlane do kierowania robotami równoważne do wyżej wskazanych;

- która w okresie ostatnich 5 lat przed terminem składania ofert pełniła funkcję kierownika budowy przy realizacji roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie obiektu budowlanego obejmującej co najmniej branże: ogólnobudowlaną, konstrukcyjną, sanitarną elektryczną i teletechniczną o wartości robót co najmniej 5.000.000 złotych brutto.

Z rozdziału XX SWZ wynikało, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca mógł polegać na zdolnościach zawodowych lub technicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Wykonawca nie mógł, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogli polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wykonawca, który polegał na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składał wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby lub inny środek dowodowy, potwierdzać miało, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Rozdział XXIII SWZ stanowił, że Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

W celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca, na wezwanie o którym mowa w ust. 1, będzie obowiązany do złożenia następujących dokumentów:

a) zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, na uruchamianie na terenie Rzeczypospolitej Polskiej oferowanego Urządzenia RTG zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo atomowe (Dz.U. z 2021 r., poz. 623 z późn. zm.);

(...)

f) wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami sporządzonego zgodnie z Załącznikiem Nr 5 do SWZ – *w odniesieniu do warunku określonego w rozdziale XIX pkt 2.2. 4 ppkt. 2 lit a-h SWZ.*

Przystępujący złożył wraz z ofertą umowę zawartą między Wykonawcą a M. P. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Dynamik.

W punkcie VII. Złożonej umowy Dynamik potwierdzał, że dysponuje doświadczeniem, o którym mowa w SWZ, osobami, o których mowa w SWZ oraz posiada zdolności, wiedzę i zasoby ludzkie, techniczne, w tym sprzętowe, organizacyjne oraz finansowe niezbędne do zrealizowania robót budowlanych objętych Zamówieniem. W punkcie VIII. Dynamik oświadczył, że złożył Multicontrol ofertę na wykonanie robót budowlanych objętych zamówieniem.

W punkcie IX. podano, że celem umowy jest zobowiązanie się przez Dynamik wobec Multicontrol do oddania jej do dyspozycji należących do niego zasobów, w szczególności w zakresie osób, sprzętu, wiedzy, doświadczenia, środków technicznych, organizacyjnych i finansowych na potrzeby realizacji zamówienia oraz wykazanie, że Multicontrol będzie dysponowała zasobami Dynamik w toku realizacji umowy dotyczącej zamówienia zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przetargu w ten sposób, że Dynamik wykona na zlecenie Multicontrol roboty budowlane objęte Zamówieniem.

Następnie w § 1 określono, że Dynamik M. P. zobowiązuje się do udzielenia Multicontrol swoich zasobów, w szczególności w zakresie osób, pracowników, sprzętu, wiedzy, doświadczenia, środków technicznych, organizacyjnych i finansowych na potrzeby realizacji robót budowlanych objętych zamówieniem. W § 1 ust. 2 wymieniono osoby na poszczególne stanowiska, w przypadku a) osoby, która będzie pełnić funkcję Kierownika budowy był to Pan R. C. – dysponowanie na podstawie Umowy zlecenia.

Wskazano, że zasoby Dynamik, w tym osoby, zatrudnieni pracownicy, sprzęt, wiedza, doświadczenie, środki techniczne, organizacyjne i finansowe zostaną udostępnione Multicontrol w ten sposób, że Dynamik M. P. wykona na zlecenie Multicontrol roboty budowlane objęte zamówieniem, Dynamik działał w ramach realizacji Zamówienia jako wykonawca robót budowlanych w pełnym zakresie i zrealizuje roboty budowlane objęte Zamówieniem w całości, zobowiązuje się do uczestniczenia w realizacji Zamówienia od daty zawarcia przez Multicontrol umowy z Zamawiającym na realizację Zamówienia aż do podpisania protokołu odbioru końcowego, a następnie będzie wykonywał zobowiązania wynikające z gwarancji lub rękojmi co do wykonanych robót budowlanych na zasadach zgodnych z dokumentacją przetargową.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że zarzuty odwołania oznaczone w petitum jako 1-3, nie zasługiwały na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że SWZ nie kształtowała obowiązku podania w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów lub innym podmiotowym środku dowodowym nie

wymagała wskazania w przypadku osób konkretnych nazwisk. Złożona przez Przystępującego umowa spełnia wymogi ustalone zarówno przez przepisy ustawy Pzp oraz SWZ co do treści, którą powinno zawierać prawidłowo skonstruowane zobowiązanie do udostępnienia zasobów i w odniesieniu do tych regulacji Zamawiający winien był dokonać oceny treści zobowiązania. W punktach w umowie opisano jakiego rodzaju zasoby będą Przystępującemu przez Dynamic przekazane (czyli zakres zobowiązania), następnie określono w jaki sposób owo przekazanie będzie realizowane, prawidłowo podano, że Dynamic będzie realizował roboty budowlane (czyli w jakim czasie zasoby będą wykorzystywane).

Dostrzeżenia wymaga, iż w § 1 umowy, do którego nawiązywał na rozprawie Odwołujący, wymienienie osób z imienia i nazwiska dedykowanych do pełnienia poszczególnych wymaganych funkcji nie ma charakteru wyczerpującego. Użyto tam sformułowania „w szczególności”. Podanie tych danych nie uchybia ważności zobowiązania, nie oznacza również w ocenie Izby, że tylko te osoby mogą być lub mogły być skierowane do pełnienia określonych funkcji w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Podanie nazwisk miało jedynie walor dodatkowych informacji, ale nie wpływało na ważność samego zobowiązania i nie wyczerpywało jego treści w tym zakresie udostępnianego zasobu osobowego. Z punktu oceny ważności zobowiązania odbywającego się w ujęciu przepisów ustawy Pzp, w ujęciu oceny przez Zamawiającego skuteczności przekazanego zasobu wraz z ofertą, dane te nie miały charakteru kluczowego. Była to pewnego rodzaju deklaracja wstępna przekazania zasobów. Jak słusznie podkreślił w piśmie procesowym Przystępujący był to fakultatywny element umowy pełniący w tym postępowaniu rolę zobowiązania do udostępnienia zasobów. Dopiero bowiem na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca którego oferta uzyskała najwyższą punktację w rankingu, przedstawić miał konkretne dane potwierdzające posiadane przez daną osobę uprawnień wykształcenia, doświadczenia zawodowego. W przypadku Przystępującego Wykaz osób jako Załącznik nr 5 został przedstawiony i w tym zakresie Odwołujący nie kwestionuje jego poprawności. Dodatkowo Przystępujący wraz z pismem procesowym złożył oświadczenie Pana M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Dynamic zawierające wyjaśnienie, dlaczego doszło do zmiany osoby na stanowisko kierownika budowy. Udostępniający powoływał się na przyczyny organizacyjne. Wyjaśnienia te Izba uznaje za spójne i wiarygodne oraz nie zmieniające oceny prawidłowości przedstawionego wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia zasobów, które Zamawiający zbadać musi pod kątem realności udostępnienia. Odwołujący nie wykazał ponad wszelką wątpliwość, że daną osobą firma Dynamic nie dysponuje, bądź też nie dysponowała.

W ocenie Izby nie są uprawnione zarzuty odwołania jakoby treścią złożonej umowy Zamawiający został wprowadzony w błąd. Podkreślić należy, iż na podstawie danych zawartych w umowie Zamawiający nie dokonywał oceny spełniania warunków w postępowaniu przez danego Wykonawcę, ale oceniał możliwość dysponowania określonymi zasobami. Przy czym podkreślić należy, iż mowa tu o udostępnieniu zasobów kadrowych w ujęciu ogólnym. Umowa, poza wskazaniem osoby z imienia i nazwiska, nie określa ani jakie wykształcenie, ani jakie uprawnienia, czy też doświadczenie zawodowe posiada dana osoba. Podanie samych danych osobowych nie może Zamawiającego w takim przypadku wprowadzić w błąd, bądź też prowadzić do zaburzonej oceny zdolności danego Wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia. Z danych o takim charakterze nie płyną jakiegokolwiek informacje, na podstawie których Zamawiający dokonuje oceny spełniania warunków udziału i wyboru oferty najkorzystniejszej. Konkretnie informacje zostały bowiem Zamawiającemu przekazane treścią Załącznika nr 5.

Reasumując, Zamawiający prawidłowo ocenił możliwość poleganie przez Wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego badając treść złożonej umowy, a następnie Wykaz osób złożony na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Informacje przedstawione w tych dokumentach nie wprowadzały w błąd, nie stanowiły informacji niezgodnych ze stanem rzeczywistym, co oznacza, że zarzuty odwołania się nie potwierdziły.

Z rozdziału XXIV SWZ wynikało, że Wykonawca ma obowiązek wskazać w Formularzu ofertowym producenta oraz model i wersję (jeżeli dany model występuje w wielu wersjach) oferowanego urządzenia RTG. W przypadku, gdy Wykonawca nie wskaże producenta lub modelu lub wersji (jeżeli dany model występuje w wielu wersjach) oferowanych urządzeń Zamawiający podał, że odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem art. 223 ustawy Pzp.

Przystępujący w formularzu ofertowym podał następujące dane: „Multicontrol Sp. z o.o., Canis”.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że w ofercie Przystępującego określenie oferowanego urządzenia ma charakter niepełny, że Przystępujący nie wskazał wersji urządzenia, które ofertuje. Zdaniem składu orzekającego Izby zrzut oparty jest na przypuszczeniach i domysłach własnych Odwołującego, nie znajduje on natomiast potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Jeżeli Odwołujący twierdzi, że występują różne wersje urządzenia, to powyższe winien wykazać. Tymczasem Odwołujący ani w odwołaniu, ani na rozprawie, na potwierdzenie powyższej tezy nie przedstawił wiarygodnego materiału dowodowego.

Dostrzeżenia wymaga, iż w samym odwołaniu Odwołujący powoływał się na treść informacji handlowych zawartych na stronie internetowej Przystępującego: *„W ofercie firmy znajduje się zarówno wersja modułowego systemu suwnicowego (tzw. gantry) do kontroli pojazdów na przejściach granicznych i kontenerów cargo oraz stacjonarny system do kontroli wagonów kolejowych.”* Pomijając charakter informacji zamieszczanych na stronach internetowych, gdzie przedsiębiorcy posługują się raczej językiem potocznym, a informacje nie mają na celu prezentację szczegółowych rozwiązań technicznych, zdaniem Izby odczytanie już tylko tego fragmentu ze zrozumieniem dowodzi niezasadności zarzutów. Wbrew bowiem twierdzeniom Odwołującego wersja modułowego systemu suwnicowego (gantry) dotyczy kontroli pojazdów i kontenerów, a nie kontroli wagonów kolejowych. Do systemu kontroli pojazdów i kontenerów odnosi się użyte sformułowanie „wersja”. Tymczasem z opisu przedmiotu zamówienia wprost i niezbiecie wynika, że przedmiotem zamówienia jest stacjonarne urządzenie rentgenowskie do prześwietlania wagonów kolejowych wraz z montażem i instalacją oraz budową infrastruktury towarzyszącej. W tym zaś przypadku informacje handlowe zamieszczone na stronie internetowej mówią o *„stacjonarnym systemie do kontroli wagonów kolejowych.”* Jeżeli więc nie występują żadne „wersje” takiego systemu, to Przystępujący zwolniony był z obowiązku wskazywania w formularzu ofertowym tego typu informacji.

Przystępujący i Zamawiający w pismach procesowych wyjaśnili różnice między typami „gantry” i „portal”, jednak zauważyć należy, iż wyjaśnienia te mają charakter informacji dodatkowych. Żadne bowiem z tych rozwiązań nie odnosi się do kontroli wagonów kolejowych. Powyższe potwierdza również korespondencja mailowa złożona przez samego Odwołującego. Materiał ten stawowi po pierwsze, że urządzenia typu gantry lub portal mają charakter mobilny. Po drugie nawet jeżeli używane są do kontroli kontenerów (co wprost wynika z treści maila), (a nie wagonów kolejowych), to ma to miejsce w sytuacjach wyjątkowych, awaryjnych, ponieważ inne jest pierwotne przeznaczenie tych urządzeń.

Odwołujący zdaje się także wywodzić, że istnieją różne wersje urządzenia Canis z uwagi na stosowanie w systemie akceleratorów o różnej mocy. Tego jednak Odwołujący również nie wykazał. Z przedstawionych przez Przystępującego dokumentów związanych z realizacją zamówienia na przejściu granicznym w Kuźnicy Białostockiej (do którego nawiązywało również odwołanie) wynika, że oferowano tam urządzenie o tożsamej mocy akceleratora, jak w przedmiotowym postępowaniu. Potwierdzają to złożony opis przedmiotu zamówienia oraz protokół odbioru końcowego, przy czym Izba zaznacza, iż nie zmienia jej stanowiska przedstawiony materiał fotograficzny tabliczki znamionowej. W tym wypadku należy przyznać rację Odwołującemu, iż bez dokładnego określenia z jakiego urządzenia

zamontowanego w konkretnym miejscu pochodzi dane zdjęcie, trudno uznać jego wiarygodność.

Izba nie przeczy, że produkowane są akceleratory o różnej mocy, tym niemniej z dokumentów przedstawionych przez Przystępującego wynika, że w swojej ofercie stosuje on jeden typ akceleratora Lillyput 6/9 MeV. Końcowo podkreślić należy, iż nawet jeżeli uznać by, że stosowane są różne typy akceleratora, to wymaganie SWZ dotyczyło podania wersji urządzenia, a nie wersji akceleratora.

Analizując zarzut dotyczący złożenia nieprawidłowego zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie oferowanego urządzenia, Izba doszła do przekonania, że nie zasługiwał on na uwzględnienie.

Przystępujący przedstawił zezwolenie wydane dnia 7 stycznia 2019 roku. Z treści dokumentu wynika, że Przystępujący jest uprawniony do prowadzenia działalności polegającej na uruchomieniu urządzenia wytwarzającego promieniowanie jonizujące Canis. Zezwolenie jest ważne bezterminowo.

W ocenie Izby Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów przemawiających na korzyść sformułowanych zarzutów. Przedłożone Zamawiającemu zezwolenie wskazuje na produkt zaoferowany w ofercie, zatem wymóg SWZ został spełniony. Specyfikacja w ustalonych wymaganiach nie nawiązywała do konieczności złożenia wniosku, na podstawie którego wydane zostało zezwolenie. Odwołujący nie wykazał, by od daty wydania zezwolenia nastąpiły jakiegokolwiek okoliczności, które warunkują jego zmianę. Przedstawione zezwolenie złożone zostało również w postępowaniu prowadzonym dla przejścia granicznego w Kuźnicy Białostockiej, a jak wynika z innych złożonych Izbie dokumentów, wówczas Przystępujący dostarczył tożsame urządzenie.

Konkludując, w świetle powyższych ustaleń Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania wskazujące na naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy. Izba uważa, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....