

**WYROK**

**z dnia 3 czerwca 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 czerwca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 maja 2011 r. przez **Dom Samochodowy GERMAZ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, 54-428 Wrocław, ul. Strzegomska 139** od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Izbę Celną w Olsztynie, 10-413 Olsztyn, ul. Dworcowa 1**

przy udziale wykonawcy „**ZESZUTA**” **spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, 03-683 Warszawa, ul. Tużycka 8**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Dom Samochodowy GERMAZ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Dom Samochodowy GERMAZ spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Izba Celna w Olsztynie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na *dostawę mobilnych urządzeń rentgenowskich do prześwietlania bagażu na rzecz Izby Celnej w Olsztynie, Izby Celnej w Przemysłu oraz Izby Celnej we Wrocławiu* (nr sprawy 370000-ILGW-253-7/11).

13 maja 2011 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał Odwołującemu – Domowi Samochodowemu GERMAZ spółce z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „ZESZUTA” spółkę z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, iż *jej treść, w świetle wyjaśnień treści oferty udzielonych przez Wykonawcę, nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt. 2., 4.2., 4.3., 4.20. Specyfikacji funkcjonalno-technicznej – Załącznik nr 2 do SIWZ) – oferowany skaner (pojazd samochodowy oraz zainstalowane na nim urządzenie rentgenowskie) jest urządzeniem prototypowym nie sprawdzonym pod względem dystrybucji kontrolowanego bagażu, eksploatacji pojazdu, bezpieczeństwa radiologicznego oraz bezpieczeństwa i higieny pracy operatora skanera. Urządzenie rentgenowskie po zamontowaniu w podłużnej osi pojazdu nie spełnia wymogów określonych przez Zamawiającego w zakresie tunelu kontrolnego, obciążenia taśmociągu oraz przepustowości.*

23 maja 2011 r. Odwołujący za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższych czynności oraz zaniechania odrzucenia oferty „ZESZUTA” spółki z o.o., zarzucając Zamawiającemu *mające istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania* naruszenia następujących przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2, *poprzez jego błędne zastosowanie wyrażające się w uznaniu przez zamawiającego, iż oferta złożona przez odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w punkcie 2., 4.2., 4.3., 4.20, Specyfikacji funkcjonalno-technicznej stanowiącej Załącznik numer 2 do SIWZ, i przyjęciu, że oferowany skaner jest urządzeniem prototypowym, nie sprawdzonym pod względem dystrybucji kontrolowanego bagażu, eksploatacji pojazdu, bezpieczeństwa radiologicznego oraz bezpieczeństwa i higieny pracy operatora skanera, oraz że urządzenie po zamontowaniu w podłużnej osi pojazdu nie spełnia wymogów określonych*

*w zakresie tunelu kontrolnego, obciążenia taśmociągu oraz przepustowości – podczas gdy oferta Domu Samochodowego Germaz Sp. z o.o. odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pełnym zakresie.*

2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez jego błędne niezastosowanie wyrażające się w braku odrzucenia oferty numer 2 złożonej przez Zeszuta Sp. z o.o., pomimo braku przedłożenia prawidłowego wykazu wykonanych dostaw, zgodnie z punktem 6.1.1.b SIWZ.
3. Art. 26 ust. 4 p.z.p., polegające na zaniechaniu przez zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zarzucanego rzekomo prototypowego charakteru urządzenia, w sytuacji zupełnie niedopuszczalnego odrzucenia oferty odwołującego.
4. Art. 7 ust.1 i 3, art. 24 ust. 4, art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 182 ust. 1, polegające na udzieleniu zamówienia wykonawcy Zeszuta Sp. z o.o. niezgodnie z przepisami ustawy, tj. przy nieuprawnionym odrzuceniu oferty odwołującego się, wobec czego postępowanie należy uznać za obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
3. Unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania.
4. Odrzucenia oferty złożonej przez „Zeszuta” spółkę z o.o.
5. Powtórzenia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał między innymi następujące okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania:

Odnosząc się do poszczególnych zapisów specyfikacji funkcjonalno-technicznej rzekomo naruszonych przez Odwołującego stwierdzić należy kolejno, przez porównanie wymagań minimalnych i charakterystyki funkcjonalno-technicznej z ofertą Odwołującego. W punkcie 4.2 dotyczącym przepustowości skanera wymagano: *Szybkość taśmociągu minimum 0,2 m/s w obu kierunkach przesuwu taśmociągu. Maksymalne dopuszczalne obciążenie taśmociągu nie może być mniejsze niż 150 kg. Wykonawca musi zapewnić osłony wystających elementów taśmociągu przed działaniem czynników atmosferycznych, np. deszczu, śniegu.* Szybkość taśmociągu w ofercie Domu Samochodowy Germaz wynosi 0,24 m/s, zaś maksymalne dopuszczalne obciążenie taśmociągu wynosi 150 kg, co świadczy o spełnieniu wymagań w tym zakresie. W punkcie 4.3 określającym obszar prześwietlenia wymagano: *Rozmiar tunelu kontrolnego minimum 800 mm x 800 mm. Wysokość taśmociągu*

*maksymalnie 1000 mm od powierzchni podłoża.* Rozmiar tunelu kontrolnego w ofercie Domu Samochodowego Germaz Sp. z o.o. wynosi 1000 mm x 800 mm, zaś wysokość taśmociągu maksymalnie 990 mm od powierzchni podłoża, co świadczy o spełnieniu wymagań w tym zakresie. W punkcie 4.20 określającym oświetlenie wymagano: *Skaner musi być wyposażony w oświetlenie umożliwiające pracę w nocy, w tym dwustronne oświetlenie tunelu kontrolnego oraz lampy na statywach i kablem zasilającym (odporne na działanie czynników atmosferycznych, np. deszcz) do oświetlenia miejsca pracy.* Również to wymaganie oferta Domu Samochodowego Germaz Sp. z o.o. spełniała.

Nie sposób zatem zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego jakoby urządzenie rentgenowskie po zamontowaniu w podłużnej osi pojazdu nie spełniało wymogów określonych przez Zamawiającego w zakresie tunelu kontrolnego, obciążenia taśmociągu oraz przepustowości, również z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie określił w s.i.w.z wymagań dotyczących położenia skanera w pojeździe.

Co do zarzutu, iż oferowany skaner jest urządzeniem prototypowym niesprawdzonym pod względem dystrybucji kontrolowanego bagażu, eksploatacji pojazdu, bezpieczeństwa radiologicznego oraz bezpieczeństwa i higieny pracy operatora skanera, to Odwołujący, w załączonym do oferty Certyfikacie bezpieczeństwa promieniowania – potwierdził spełnianie norm bezpieczeństwa promieniowania określonych w ustawie z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe oraz rozporządzeniach wykonawczych oraz przepisach prawa europejskiego i międzynarodowego, w tym Międzynarodowej Agencji Energii Atomowej, Międzynarodowej Komisji Ochrony Radiologicznej – ICRP60 oraz Światowej Organizacji Zdrowia. Oferowany skaner Auto Clear 10080T jest produktem oferowanym przez Transactor sp. z o.o., autoryzowanego i wyłącznego przedstawiciela na Polskę przedsiębiorstwa Control Screening z USA, będącego światowym liderem wśród producentów niezawodnych systemów kontrolnych z zastosowaniem promieni rentgenowskich.

Gdyby zamawiający-profesjonalista miał zamiar w zakresie prototypowości skanera zagwarantować swoje najdalej idące interesy, określiłby szczegółowe wymania odnośnie wykazania braku tejże prototypowości skanera. *Niejasną bowiem treść zobowiązania należy interpretować na korzyść dłużnika* (tak m. in. wyrok SN z dnia 12.01.1960 r., III CR 436/60, NP 1961/10/1326). W razie powzięcia wątpliwości co do prototypowości oferowanego skanera Zamawiający, z naruszeniem obowiązków przewidzianych treścią art. 26 ust. 4 pzp, zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia w rzeczonym przedmiocie wyjaśnień. uznając wadliwie, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu.

Wobec powyższego uznać należy za naruszone podstawowe zasady postępowania o udzielenie zamówień publicznych wyrażone treścią art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 4, art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 182 ust. 1 pzp, polegające na udzieleniu zamówienia wykonawcy

„Zeszuta” sp. z o.o. niezgodnie z przepisami ustawy, tj. przy nieuprawnionym odrzuceniu oferty Odwołującego, wobec czego postępowanie należy uznać za obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie wbrew przepisom ustawy pzp Zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez „Zeszuta” sp. z o.o., pomimo iż nie spełnia ona warunków określonych w pkt. 6.1.1.b s.i.w.z., a mianowicie braku przedłożenia wymaganego wykazu wykonanych dostaw. Przedłożony dokument (karta 000027 oferty *List of deliveries*) został wystawiony na AFSCAN s.r.l. z siedzibą we Włoszech, nie zaś na Agates sp. z o.o., to jest spółkę, która miałaby być dostawcą skanera, czy też przedsiębiorstwo w jakikolwiek z Agtes sp. z o.o. związane. Przedłożone dokumenty wystawione zostały dla AFSCAN s.r.l., to jest w ramach przedmiotowego postępowania podmiotu trzeciego, co bezpośrednio i wprost, w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp winno skutkować odrzuceniem oferty „Zeszuta” sp. z o.o. Nie zmienia konieczności zastosowania przedmiotowego przepisu fakt przedłożenia dokumentu, z którego wynika rzekome przekazanie referencji AFSCAN, które uznać należy za niemożliwe do przeniesienia na Agtes Sp. z o.o.

3 czerwca 2011 r. Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, której odpis został przekazany obecnym na posiedzeniu uczestnikom postępowania odwoławczego (Przystępującemu).

Zamawiający w specyfikacji funkcjonalno-technicznej w sposób nie budzący wątpliwości jako skaner traktuje łącznie pojazd samochodowy oraz zainstalowane na nim urządzenie rentgenowskie. Odwołujący natomiast podkreśla rozdzielenie urządzenia rentgenowskiego (które nazywa skanerem) i pojazdu samochodowego. Jest to bardzo głęboka różnica w sensie funkcjonalno-technicznym.

Dowodząc, że oferowany skaner nie jest urządzeniem prototypowym, Odwołujący powołuje się na Certyfikat bezpieczeństwa promieniowania urządzenia rentgenowskiego AutoClear 10080T oraz renomę firmy Control Screening, której autoryzowanym przedstawicielem w Polsce jest firma Transactor sp. z o.o. Zamawiający stwierdził prototypowość skanera a nie urządzenia rentgenowskiego. Oferowany sposób montażu urządzenia rentgenowskiego w podłużnej osi pojazdu czyni skaner prototypowym, powoduje również, że urządzenie rentgenowskie nie spełnia wymogów określonych w s.i.w.z. (pkt. 4.2., 4.3, 4.10., 4.20 specyfikacji funkcjonalno-technicznej. Jedynym znanym i sprawdzonym pod względem technologii kontroli bagażu, eksploatacji pojazdu, bezpieczeństwa radiologicznego oraz bezpieczeństwa i higieny pracy operatora skanera rozwiązaniem jest montaż urządzenia rentgenowskiego w poprzecznej osi pojazdu. Zamawiający przygotowując niniejsze postępowanie dokonał rozpoznania rynku, zwracając się m.in. do firmy Transactor

sp. z o.o., podwykonawcy Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Do dnia dzisiejszego na stronie [www.transactor.pl/securityjtgskanery.html](http://www.transactor.pl/securityjtgskanery.html) znajduje się informacja „Mobilny system rentgenowski firmy Control Screening” z załączonym folderem prezentującym skaner tego typu. Ważne w kontekście omawianej kwestii jest również wiele mówiące hasło reklamowe zawarte w tym folderze: „Technologia, która sprawdza się od 70ciu lat!”. Identyczny sposób montażu jest prezentowany przez innych najważniejszych na świecie producentów, np. Rapiscan Systems, Smiths Heimann. Dodać również należy, że Zamawiający dysponuje specjalistami w dziedzinie skanerów, którzy biorąc udział w konferencjach, warsztatach, targach, szkoleniach nie spotkali się nigdy z oferowanym sposobem montażu urządzenia rentgenowskiego. Powyższe jednoznacznie pozwala stwierdzić, że oferowany przez Odwołującego skaner jest urządzeniem prototypowym.

Niezrozumiały jest zarzut Odwołującego, że Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do prototypowości skanera. Wezwanie w tym zakresie zostało skierowane w dniu 22 kwietnia 2011 r. Odwołujący w odpowiedzi z dnia 29 kwietnia 2011 r. podtrzymał swoją deklarację (z wcześniejszych wyjaśnień dotyczących wymiarów pojazdu) w zakresie montażu urządzenia rentgenowskiego w podłużnej osi pojazdu, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów, pozwalających stwierdzić, że oferowany skaner jest produkowany seryjnie a technologia kontroli bagażu jest sprawdzona w użytkowaniu. Takich dowodów nie przedstawił również w odwołaniu. Dalsze wyjaśnianie tej sprawy było bezcelowe.

Oferowane rozwiązanie powoduje również, że urządzenie rentgenowskie nie spełnia wymogu dotyczącego obciążenia taśmociągu oraz wymaganej przepustowości. Biorąc pod uwagę istotę tunelu, w którym przedmioty są z jednej strony tunelu wkładane a z drugiej odbierane oraz wymóg obciążenia taśmociągu do 150 kg, przy oferowanym montażu brak jest możliwości zespołowego włożenia lub odbioru kontrolowanego przedmiotu ze względu na usytuowanie wylotu skanera – zgodnie z przepisami rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 14 marca 2000 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy ręcznych pracach transportowych (Dz. U. Nr 26, poz. 313), przenoszenie przedmiotów, których masa przekracza 50 kg musi być dokonywane zespołowo. W przypadku bagażu lub przesyłek o wadze do 150 kg wymagane jest ich zespołowe przenoszenie z zapewnieniem co najmniej 0,75 m odstępu pomiędzy pracownikami. Zamawiający nie dopuszczał w treści s.i.w.z. żadnych rozwiązań polegających na np. częściowym skanowaniu jednej sztuki bagażu lub przesyłki, ponieważ precyzyjnie określił wymóg w zakresie szybkości taśmociągu, a co za tym idzie prędkość prześwietlanych obiektów i wymaganą przepustowość skanera. Praca urządzenia ma mieć charakter ciągły. Zamawiający określając wymóg dotyczący zastosowania osłon wystających elementów taśmociągu przed działaniem czynników

atmosferycznych, np. deszczu, śniegu, nie przewidywał ani nie dopuszczał rozwiązania polegającego na montażu całego urządzenia rentgenowskiego w części ładunkowej pojazdu. Zamawiający nie określił wprost sposobu montażu urządzenia rentgenowskiego, jednakże w specyfikacji funkcjonalno-technicznej zawarł zapisy jednoznacznie wskazujące na wymóg montażu w poprzecznej osi pojazdu. Wyraźną intencją Zamawiającego był montaż urządzenia rentgenowskiego w poprzecznej osi pojazdu.

Urządzenie rentgenowskie np. umieszczone w hali lub zamontowane w poprzecznej osi pojazdu, spełniać będzie swoje funkcje. Natomiast oferowany prototypowy sposób montażu powoduje, że urządzenie rentgenowskie nie spełnia również wymogów określonych w s.i.w.z. w zakresie tunelu kontrolnego oraz bezpieczeństwa radiologicznego. Zamawiający wymagał zapewnienia tunelu kontrolnego o określonych wymiarach, natomiast rozwiązanie oferowane przez Odwołującego powoduje, że urządzenie rentgenowskie będzie posiadało komorę inspekcyjną (ograniczoną co najmniej z jednej strony ścianą zabudowy) zamiast tunelu kontrolnego, tj. w pełni dostępnego wejścia i wyjścia. Przy takim rozwiązaniu nie będzie również możliwe prześwietlenie obiektów o rozmiarach do 800 mm x 1000 mm x 2013 mm (zgodnie z informacją zawartą w piśmie Odwołującego nr 2711SP1/LM/011 z dnia 29.04.2011 r.). Zamawiający dokonał wyliczeń w tym zakresie, a także wizji lokalnej w Biurze Ochrony Rządu na podstawie załączonych do oferty referencji. Zastosowanie komory inspekcyjnej w bardzo istotnym stopniu ogranicza możliwości skanera i jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Urządzenie rentgenowskie posiada tunel, którego Zamawiający nie będzie w stanie wykorzystać. Zamawiający w punkcie 4.20 specyfikacji funkcjonalno-technicznej określił także wymóg dwustronnego oświetlenia tunelu kontrolnego, co także świadczy o intencji zamawiającego w zakresie wymogu zapewnienia tunelu kontrolnego. Zamawiający nie określił wymiaru głębokości, ponieważ tunel ze względu na swoją istotę nie posiada ograniczeń w tym względzie.

Niezwykle ważną kwestią jest bezpieczeństwo radiologiczne (pkt. 4.10. specyfikacji funkcjonalno-technicznej). Skaner musi zapewniać maksimum bezpieczeństwa przed promieniowaniem jonizującym. Prototypowy sposób montażu urządzenia rentgenowskiego powoduje, że obsługa skanera podczas normalnej pracy jest narażona na otrzymanie dawki większej niż jest to dopuszczalne ze względu na technologię wkładania i odbierania prześwietlanych przedmiotów lub bagażu (promieniowanie odbite). Istnieje również zagrożenie otrzymania dawki promieniowania podczas ekspozycji promieniowania rentgenowskiego w trakcie wyjmowania prześwietlanego obiektu. W związku z powyższym urządzenie rentgenowskie byłoby używane niezgodnie z normą na podstawie której został wydany Certyfikat bezpieczeństwa promieniowania urządzenia AutoClear 10080T, przywołany w odwołaniu przez Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty „Zeszuta” sp. z o.o., Zamawiający na podstawie art. 26 ust 3 ustawy pzp, wezwał tego wykonawcę do złożenia dokumentu potwierdzającego udostępnienie niezbędnej wiedzy i doświadczenia w celu wykorzystania ich w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust 2b pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. 28 kwietnia 2011 r. wezwano wykonawcę „Zeszuta” sp. z o.o. do uzupełnienia pisemnego zobowiązania podmiotu AFSCAN s.r.l., iż udostępni on wykonawcy niezbędną wiedzę i doświadczenie w celu wykorzystania ich w niniejszym postępowaniu. 6 maja 2011 r. wykonawca uzupełnił dokument, który komisja uznała za prawidłowy. Art. 26 ust. 2b ustawy pzp pozwala wykonawcy polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. *W zakresie określonym w ust. 2b to prawo wykonawcy jest w zasadzie niczym nieograniczone. Podmiot, z którego zasobów skorzysta wykonawca, nie musi być w trakcie wykonywania zamówienia nawet podwykonawcą nie mówiąc już o konsorcjancie (...). Odwoływanie się do zasobów innych podmiotów jest ustawowym uprawnieniem wykonawcy i nie można tego uprawnienia ograniczać. Skorzystanie przez wykonawcę z tego uprawnienia skutkuje koniecznością udowodnienia zamawiającemu, iż wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów, przy czym przepis ust. 2b uznaje, iż wystarczającym dowodem jest załączenie do oferty (wniosku) pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na czas korzystania z nich przy realizacji zamówienia* (Jerzy Pieróg „Prawo zamówień publicznych. Komentarz.” C. H. Beck 2010 r.).

27 maja 2011 r. „ZESZUTA” spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (w reakcji na wezwanie Zamawiającego z 24 maja 2011 r.) zgłosiła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – wnosząc o oddalenie odwołania jako bezzasadnego i przedstawiając argumentację wziętą pod uwagę przez skład orzekający Izby w zakresie niewykraczającym poza stanowisko Zamawiającego wyrażone na rozprawie.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i przy braku podstaw



do ustalenia niedochowania wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie stwierdziła podstaw do odmowy prawa udziału temu wykonawcy w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypełniona żadna przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i przy braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie – Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, co poparł Przystępujący, natomiast Odwołujący, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia Izby – nie stawiał się.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Zamawiającego i Uczestnika postępowania, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika zawarte w środkach ochrony prawnej, a także oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 10 marca 2011 r. pod nr 2011/S\_48-078827, z tym że 8 marca 2011 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej ([www.olsztyn.ic.gov.pl](http://www.olsztyn.ic.gov.pl)), na której udostępnił również s.i.w.z.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 2.740.000,00 zł co stanowi równowartość 713.727,53 euro.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Odwołującego z najniższą ceną wynoszącą 2.121.918,00 zł i Przystępującego z ceną 2.198.790,00 zł, przy czym zgodnie z s.i.w.z. cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego

zamówienia, gdyż w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty, a ponieważ Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert – ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego i wybór oferty Przystępującego, naraża Odwołującego na szkodę z powodu niezyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na którego uzyskanie liczył.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej również w skrócie „s.i.w.z.”), oferty Odwołującego, oferty Przystępującego, pism zawierających kierowane przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień i odpowiedzi udzielonych przez Odwołującego lub Przystępującego, a także z protokołu postępowania. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej i dalszych pismach procesowych oraz wyrażone ustnie w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z powołaniem się na sprzeczność treści tej oferty z treścią s.i.w.z.

Z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem składu orzekającego Izby, podzielającego utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z. przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Nie budzi również wątpliwości, iż z uwagi na

odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Wobec tego dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy istotne jest, czy Zamawiający wykazał, iż z treści oferty Odwołującego wynika zaoferowanie świadczenia nieodpowiadającego wymaganiom Zamawiającego, określonym w konkretnych postanowieniach s.i.w.z.

W zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Zamawiający wskazał konkretne pkt. s.i.w.z. (pkt. 2, 4.2, 4.3 i 4.20 specyfikacji funkcjonalno technicznej), z których postanowieniami stwierdził sprzeczność treści oferty złożonej przez Odwołującego. Pomijając pkt. 2, który zawiera przede wszystkim wymaganie opisowe o charakterze swoistej klauzuli generalnej, pozostałe trzy wymagania zostały głównie opisane, albo przez podanie konkretnych parametrów minimalnych opisanych wielkościami liczbowymi (pkt. 4.2 i 4.3), albo przez precyzyjny opis wymaganego wyposażenia, które zostało wprost wymienione (pkt. 4.20). Dla tego ostatniego wymagania Odwołujący potwierdził, że oferowane urządzenie je spełnia, a zatem oferowany skaner jest *wyposażony w oświetlenie umożliwiające pracę w nocy, w tym dwustronne oświetlenie tunelu kontrolnego oraz lampy na statywach i kablem zasilającym (odporne na działanie czynników atmosferycznych, np. deszcz) do oświetlenia miejsca pracy*. W pozostałych dwóch przypadkach Odwołujący podał w ofercie konkretne parametry. Po pierwsze, określił, iż szybkość taśmociągu wynosi 0,24 m/s a jego maksymalne dopuszczalne obciążenie wynosi 150 kg – Zamawiający wymagał w pkt. 4.2 odpowiednio: minimum 0,2 m/s i minimum 150 kg. Po drugie, wskazał, iż rozmiar tunelu kontrolnego wynosi 1000 mm x 800 mm, a wysokość taśmociągu maksymalnie 990 mm od powierzchni podłoża – Zamawiający wymagał w pkt. 4.3 tunelu kontrolnego o wymiarach minimum 800 mm x 800 mm i wysokości taśmociągu nieprzekraczającej 1000 mm od powierzchni podłoża. Zatem w zakresie pkt. 4.2 i 4.3 specyfikacji funkcjonalno-technicznej samo porównanie wymaganych i oferowanych parametrów, wskazuje na ich pełną zgodność, a nawet oferowanie większości z nich przez Odwołującego na poziomie lepszym niż niezbędne minimum.

Skład orzekający zważył jednak, aczkolwiek zostało to wyrażone w podstawie faktycznej odrzucenia oferty w sposób nazbyt skrótowy, iż Zamawiający pośrednio wskazał w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, iż oferowane przez Odwołującego rozwiązanie jest sprzeczne z całokształtem potrzeb i wymagań Zamawiającego skonkretyzowanych w specyfikacji technicznej, wyrażających się w generalnym wymaganiu pkt. 2 aby oferowany skaner nie był urządzeniem prototypowym, z jednoczesnym dopuszczeniem możliwości dostosowania już istniejącego modelu/typu. Pomimo ogólnego charakteru tego wymagania, w ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający wykazał w toku postępowania

odwoławczego słuszność swojego stanowiska, zasadzającą się na ustaleniu, iż taki niedopuszczalny prototypowy charakter ma rozwiązanie oferowane przez Odwołującego, polegające na zainstalowaniu urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania bagażu w osi podłużnej pojazdu samochodowego. Mniej istotne jest przy tym udowodnienie przez Zamawiającego (za pomocą folderów kilku różnych producentów załączonych do odpowiedzi do odwołania, w tym podwykonawcy Odwołującego), iż na rynku stosuje się powszechnie rozwiązanie polegające na montażu tunelowego urządzenia rentgenowskiego w osi podłużnej pojazdu samochodowego. Decydujące znaczenie ma natomiast wykazanie, iż jest to jedyne sensowne rozwiązanie umożliwiające spełnianie funkcji mobilnego urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania bagażu. Owa funkcja wynika natomiast nie tyle z poszczególnych parametrów, rozpatrywanych w oderwaniu od siebie, samego tunelowego urządzenia rentgenowskiego, lecz z faktu osadzenia go na ograniczonej przestrzeni podwozia samochodowego, które ma służyć nie tylko do jego przemieszczania, ale i umożliwić w pełni praktyczne korzystanie z tych właściwości. Jednocześnie okoliczność, iż poszczególne parametry techniczne urządzenia rentgenowskiego należy rozpatrywać z uwzględnieniem jego mobilnej funkcji, zostało przez Zamawiającego wyrażone przez to, iż na wstępie tabeli parametrów specyfikacji techniczno-użytkowej zdefiniował, iż mobilne urządzenie rentgenowskie do prześwietlenia bagażu, zainstalowane na podwoziu samochodu, tworzą łącznie *skaner*, a dalsze parametry, nawet jeżeli bezpośrednio odnoszą się do samego urządzenia rentgenowskiego, to zostały wskazane jako wymagania odnośnie skanera, a więc pewnej całości funkcjonalno-użytkowej. Uwzględniając powyższe, uzasadniona była ocena Zamawiającego, iż przy wzdluznym ułożeniu urządzenia rentgenowskiego nie sposób w praktyce wykorzystać w pełni ani szybkości taśmociągu 0,24 m/s i jego dopuszczalnego obciążenia 150 kg, ani rozmiar tunelu kontrolnego o szerokości 1000 mm i wysokości 800 mm. Zatem o ile w wyjaśnieniach treści oferty z 29 kwietnia 2011 r. (znak pisma 2711 SF1/LM/011) Odwołujący zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy wskazywał, iż Zamawiający nie wskazał wprost w s.i.w.z. ani położenia urządzenia względem osi pojazdu, ani gabarytów przedmiotów podlegających kontroli, o tyle błędnie utożsamia skaner z samym urządzeniem rentgenowskim, wbrew definicji stworzonej przez Zamawiającego na potrzeby postępowania, która niewątpliwie ma pierwszeństwo przed skrótowym tytułem postępowania. Stąd choć w wyjaśnieniach tych Odwołujący oświadczył, iż w oferowanym urządzeniu rentgenowskim możliwe jest prześwietlenie bagażu o długości do 2013 mm, to przy wzdluznym położeniu urządzenia z braku miejsca na odbiór lub włożenie, parametr ten dla całego skanera pozostanie czysto teoretyczny.

Skład orzekający Izby uznał za wiarygodną argumentację Zamawiającego, że montaż wzdluzny urządzenia rentgenowskiego powoduje, iż cały skaner będzie dysponował *de facto*

funkcjonalnością komory inspekcyjnej, gdyż łatwy i nieograniczony dostęp do otworu tunelu będzie wyłącznie z jednej strony (z tyłu pojazdu). W ocenie składu orzekającego Izby wymóg zapewnienia osłon wystających elementów taśmociągu przed działaniem czynników atmosferycznych, wskazuje na poprzeczne zamontowanie urządzenia rentgenowskiego w pojeździe. W tym przypadku pozornym spełnieniem tego wymogu przez Odwołującego jest zamontowanie urządzenia rentgenowskiego w ten sposób (wzdłużnie), iż żaden element taśmociągu nie wystaje na zewnątrz poza przestrzeń bagażową pojazdu. Przez schowanie wszystkich elementów urządzenia rentgenowskiego we wnętrzu pojazdu przez montaż wzdłużny zostało ono zabezpieczone przed warunkami atmosferycznymi, ale zniweczona została funkcja całego skanera jako mobilnego punktu do ciągłego prześwietlania bagażu. Elementy taśmociągu mają właśnie po to wystawać poza obrys ścian bocznych pojazdu w czasie pracy urządzenia rentgenowskiego, aby zapewnić do niego swobodny dostęp z obu stron tunelu (wkładanie i wyjmowanie skanowanych przedmiotów), w celu pełnego wykorzystania dopuszczalnego obciążenia i szybkości taśmociągu co ma zapewnić adekwatną do tych parametrów przepustowość całego skanera.

Wobec tego, choć za zbyt daleko idące i nieudowodnione należy uznać twierdzenia Zamawiającego, iż oferowane przez Odwołującego rozwiązanie nie zapewnia bezpieczeństwa radiologicznego (w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty nie wskazano zresztą na niezgodność z pkt. 4.1 specyfikacji funkcjonalno-technicznej dotyczącym tego aspektu skanera), jak również obarczanie Odwołującego odpowiedzialnością za niezapewnienie wymagań bezpieczeństwa i higieny pracy przy obsłudze skanera – odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, z uwagi na niespełnianie przez oferowany skaner funkcjonalności użytkowej wynikającej z treści wymagań specyfikacji techniczno-użytkowej, należy uznać za zasadne.

Odwołujący nie wykazał w jaki sposób z *przekazanie referencji AFSCAN, które uznać należy za niemożliwe do przeniesienia na Agtes Sp. z o.o.* ma wynikać bezpodstawne zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp z uwagi na sprzeczność tej oferty z treścią pkt. 6.1.1. b s.i.w.z. Przywołane postanowienie s.i.w.z. wskazuje na właściwy dokument (wykaz wykonanych dostaw), który należało załączyć do oferty w celu wykazania potwierdzenia wynikającego z pkt. 5.2 s.i.w.z. warunku dotyczącego dysponowania wiedzą i doświadczeniem. Odwołujący nie sprecyzował natomiast na czym miałyby polegać wada dokonanego na podstawie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy pzp udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, co ewentualnie mogłoby skutkować wykluczeniem z postępowania Przystępującego. Przepis ten znajduje zastosowanie, niezależnie od tego czy Zamawiający przywołał go w treści s.i.w.z., choć niewątpliwie byłoby

to pożądanego z punktu widzenia przejrzystości prowadzonego postępowania. Sformułowany w odwołaniu zarzut jest również oparty na błędnych (nieaktualnych) ustaleniach faktycznych, gdyż z dokumentacji postępowania wynika, iż Przystępujący w wyniku wezwania na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 pzp (dokonanego przez Zamawiającego wobec stwierdzenia, iż z oferty nie wynika spełnianie przez Przystępującego warunku z pkt. 5.2 s.i.w.z.) do uzupełnienia dokumentów, przedstawił zobowiązanie włoskiej spółki AFSCAN s.r.l. do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia na rzecz „Zeszuta” sp. z o.o. w związku z udziałem w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.

Wobec tego, że Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu, działając na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisami: § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 4 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. Nr 41, poz. 238), obciążając Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

**Przewodniczący:**

.....