

Sygn. akt: KIO 1004/20

WYROK

z dnia 30 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 maja 2020 r. przez wykonawcę **MultiControl Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Osmańskiej 12 bud. C1 (02-823 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Izbę Administracji Skarbowej w Białymstoku** z siedzibą w przy ul. Jana Klemensa Branickiego 9 (15-085 Białystok)

przy udziale wykonawcy **Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Emilii Plater 53 (00-113 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **MultiControl Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Izbę Administracji Skarbowej w Białymstoku zwana dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Budowa stacjonarnego skanera do prześwietlania wagonów na kolejowym przejściu granicznym w Siemianówka – Świsłocz* (numer zamówienia: 2001- ILZ.260.2.2020), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16 marca 2020 r., pod numerem 523942-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 11 kwietnia 2020 r. wykonawca MultiControl Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- odrzuceniu oferty odwołującego;
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- wyboru oferty Nuctech Warsaw Company Limited sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „Nuctech”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126; zwanego dalej: „Rozporządzeniem”) przez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz stwierdzenie, że złożone przez niego dokumenty nie potwierdzają należytego wykonania zamówienia referencyjnego, podczas gdy podmiot składający referencje co do odwołującego jednoznacznie przyznał w dopuszczalnej prawem formie, że zamówienie zostało wykonane należyście – a odwołujący nie miał ani obowiązku ani możliwości przedstawienia innych oświadczeń;

- art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia odwołującego, spełniającego wszystkie kryteria zamieszczone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, z dokonaniem dowolnej interpretacji SIWZ przez zamawiającego, powołaniem się na kwestie nieistotne z punktu widzenia SIWZ i niezależne od działań lub zaniechań odwołującego, niestanowiące przedmiotu referencyjnego zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, który nie powinien zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec spełniania przez niego wszystkich wymagań zamieszczonych w SIWZ;
- art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego i dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza w zakresie ceny przy jednakowym z ofertą Odwołującego poziomie pozostałych kryteriów wyboru.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Nuctech oraz poprzedzającej ją czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (badanie i ocena ofert);
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia jego oferty;
- nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (badanie i ocena ofert);
- nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, według norm przepisanych.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

- dokumentacji postępowania, w tym SIWZ wraz z załącznikami, pytania i odpowiedzi do SIWZ z 27 marca 2020 r., oferty odwołującego wraz z załącznikami, wezwania odwołującego do przedłożenia aktualnych dokumentów i oświadczeń z 27 kwietnia 2020 r., pisma odwołującego do zamawiającego z 30 kwietnia 2020 r. wraz z załącznikiem, pisma zamawiającego z 6 maja 2020 r. informującego o wyborze oferty i wykluczeniu odwołującego z postępowania, na okoliczność treści wymogów przetargowych stawianych wykonawcy i ich spełnienia przez odwołującego;

- zezwolenia Nr D-21611 Prezesa PAA z 27 kwietnia 2020 r. – na okoliczność braku aktualności w momencie wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia twierdzenia zamawiającego o występujących po swojej stronie „brakach formalnych” co do możliwości wykorzystywania urządzenia RTG do prześwietlania wagonów na kolejowym przejściu granicznym w Kuźnicy Białostockiej;
- zezwolenia nr D-20977 Prezesa PAA z 7 stycznia 2019 r. – na okoliczność prawidłowości formalnej wykorzystywania urządzenia RTG do prześwietlania wagonów na kolejowym przejściu granicznym w Kuźnicy Białostockiej na podstawie zezwolenia posiadanego przez odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą, który w przepisany terminie złożył ofertę i brał udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Naruszenia przepisów Pzp przez zamawiającego doprowadziły do wykluczenia odwołującego, odrzucenia jego oferty oraz dokonania wyboru jedynej innej (mniej korzystnej dla zamawiającego od oferty odwołującego) oferty Nuctech. Odwołujący miał zatem podstawy dla uzyskania zamówienia. Innymi słowy, naruszenia Pzp prowadzą bezpośrednio do narażenia odwołującego na brak możliwości uzyskania zamówienia – co przełoży się na poniesienie szkody – utratę zysku, który odwołujący mógłby osiągnąć w wyniku uznania jego oferty za najkorzystniejszą i zawarcia umowy o realizację zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w piśmie z 6 maja 2020 r. dowiedział się, że został wykluczony z postępowania a jego oferta uległa odrzuceniu. Powodem wykluczenia było rzekome nienależyte wykonanie zamówienia referencyjnego i niewystarczające zdolności techniczne i zawodowe odwołującego. Wyżej opisane czynności zamawiającego naruszają ustawę Pzp, a odwołujący podważył ich zasadność, poprawność i zgodność z prawem. Zamawiający stwierdził, że do dnia przedłożenia oferty i również do dnia 6 maja 2020 r. zamawiający jako użytkownik referencyjnego urządzenia RTG w Kuźnicy Białostockiej z przyczyn formalnych nie mógł go wykorzystywać. Powodem formalnym było oczekiwanie przez zamawiającego na uzyskanie zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na stosowanie. Zdaniem zamawiającego okoliczność ta stanowi powód braku potwierdzenia należytego wykonania przez odwołującego referencyjnej dostawy – pomimo przedłożenia przez odwołującego przy ofercie referencji. Dalej zamawiający implikuje, że skoro odwołujący nie posiada wymaganych zdolności, tj. jeśli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych odwołującego w referencyjne przedsięwzięcie jest niewystarczające, to może mieć negatywny wpływ na realizację przyszłego zamówienia.

Implikacja ta jest nieprawidłowa, bowiem opiera się na błędnym założeniu. Faktyczne postępowanie użytkownika z referencyjnym urządzeniem i istnienie po jego stronie faktycznych przeszkód dla stosowania nie ma wpływu na ocenę sposobu wykonania zamówienia przez odwołującego jako wykonawcę. Ocena tego sposobu znajduje się w referencjach, których podważać zamawiającemu w ten sposób nie wolno.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 1 petitum odwołania, odwołujący wyjaśnił, że pkt 11 SIWZ stworzonej przez zamawiającego w postępowaniu zakreślał warunki udziału wykonawców w postępowaniu. Punkt 11.3 SIWZ dotyczył wymogów zdolności technicznej lub zawodowej wykonawców. Zamawiający stwierdził tam: *Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, iż należycie wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na realizacji przedsięwzięcia o zbliżonym charakterze i przeznaczeniu wraz z instalacją i uruchomieniem urządzenia RTG do prześwietlania wagonów kolejowych, wykonane w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem jej przedmiotu, dat wykonania i podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana, oraz załączeniem dowodów, czy została wykonana należycie (zaleca się wykorzystanie wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ lub przedstawienie wszelkich informacji wymaganych we wzorze).*

Następnie odwołujący wskazał, że toku postępowania zamawiającemu zadano szereg pytań dotyczących treści SIWZ. Jeden z wykonawców, w odniesieniu do pkt. 11.3 SIWZ zadał następujące pytanie (pytanie nr 46 według numeracji zamawiającego): *W związku z dość ogólnym warunkiem dotyczącym wymaganego doświadczenia w punkcie 11.3. SIWZ prosimy o odpowiednie zmiany lub potwierdzenie, że „realizacja przedsięwzięcia o zbliżonym charakterze i przeznaczeniu wraz z instalacją i uruchomieniem urządzenia RTG do prześwietlania wagonów kolejowych” oznacza, że dostarczony skaner powinien spełniać swoją funkcję, tj. być wykorzystywany do kontroli wagonów kolejowych. W związku z tym, taka dostawa powinna być potwierdzona również przez użytkownika urządzenia RTG z podaniem okresu użytkowania tego urządzenia. Takie wymagania w żaden sposób nie ograniczają konkurencji a jedynie wyeliminują podmioty, które mogłyby powoływać się na pozorowane dostawy np. wykonując je do podmiotów powiązanych, z tej samej grupy lub bez intencji wykorzystania dostaw do kontroli ładunków.* Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *Zamawiający informuje, iż żąda od Wykonawcy, aby należycie wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na realizacji przedsięwzięcia o zbliżonym charakterze i przeznaczeniu wraz z instalacją i uruchomieniem urządzenia RTG do prześwietlania wagonów. Oznacza to że dostarczony skaner powinien spełniać swoją funkcjonalność tj. być uruchomiony / wykorzystywany do kontroli wagonów kolejowych przez użytkowników*

zgodnie z obowiązującym prawem. Zamawiający nie dokonał zmiany SIWZ w części dotyczącej pkt 11.3.

Odwołujący wyjaśnił, że wraz z ofertą złożył wykaz zamówień zrealizowanych w ostatnich 5 latach na załączniku nr 4 do SIWZ, zgodnie z żądaniem zamawiającego. Powołał się tam na dostawę, montaż wraz z uruchomieniem skanera do prześwietlania wagonów kolejowych wraz z podstawową infrastrukturą na kolejowym przejściu granicznym Kuźnica Białostocka - Grodno. Wyżej opisane zamówienie referencyjne miało charakter wysoce zbliżony (niemal identyczny) do tego, objętego postępowaniem. Na dowód należytego wykonania zamówienia referencyjnego, odwołujący przedstawił referencje wystawione mu przez Wojewodę Podlaskiego, zamawiającego zamówienia referencyjnego. Wojewoda Podlaski potwierdził zakres przedmiotu zamówienia – zbieżny z zakresem postępowania, a także poprawność zrealizowania zadania. Referencje wskazują podstawowe elementy zakresu zamówienia, w tym część budowlaną, dostawę, montaż, instalację i uruchomienie a następnie szkolenie użytkownika z obsługi urządzenia rentgenowskiego do prześwietlania wagonów kolejowych na przejściu granicznym Kuźnica Białostocka – Grodno. W referencjach pada jednoznaczne stwierdzenie: „Przedmiot umowy został wykonany należyście”.

Zamawiający wykluczył z postępowania odwołującego, powołując się na treść pkt. 11.3 SIWZ. W piśmie z 6 maja 2020 r. zamawiający stwierdził, że wymagał, aby dostarczony skaner spełniał swoją funkcjonalność, tj. był uruchomiony i wykorzystywany do kontroli wagonów kolejowych przez użytkowników zgodnie z obowiązującym prawem. Ponadto stwierdził, mimo że zamawiającym co do zamówienia referencyjnego był Wojewoda Podlaski, to Izba Administracji Skarbowej w Białymstoku będzie użytkownikiem końcowym urządzenia do prześwietlania wagonów kolejowych. Izba Administracji Skarbowej w Białymstoku nie używa zaś urządzenia ze względu „braków formalnych” (tj. przeszkód występujących wyłącznie po jej stronie – nie po stronie zamawiającego zamówienia referencyjnego, ani odwołującego – oczekiwanie na uzyskanie przez użytkownika zezwolenia Prezesa PAA na stosowanie urządzenia). Zdaniem zamawiającego odwołujący nie posiada wymaganych zdolności, pomimo posiadania referencji potwierdzających należyte wykonanie referencyjnego zamówienia i może to mieć negatywny wpływ na realizację przyszłego zamówienia. Odwołujący stwierdził, że ów potencjalny brak zdolności po stronie jego zamawiający wywodzi z faktu niewykorzystywania przez użytkownika (którym jest zamawiający) urządzenia referencyjnego z powodu oczekiwania na zezwolenie Prezesa PAA, którego uzyskanie dla użytkownika nie było przedmiotem zamówienia. Zamawiający twierdzi tym samym, że odwołujący nie udowodnił należytego wykonania referencyjnego zamówienia pomimo przedłożenia referencji, bowiem z przyczyn leżących po stronie

zamawiającego nie wykorzystuje on jako użytkownik aktualnie urządzenia z powodów formalnych, na których istnienie odwołujący nie miał i nie ma żadnego wpływu. Odwołujący jako wykonawca referencyjnego zamówienia wywiązał się należycie z zobowiązania i zostało to potwierdzone w referencjach. Niezależnie od tego podkreślił, że referencyjne urządzenie wykonało skanowania wagonów w toku odbioru w obecności użytkownika i również później na podstawie zezwolenia posiadanego przez odwołującego.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 12 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. Zdaniem zamawiającego odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu co do zdolności technicznej i zawodowej. Tymczasem odwołujący przekazał zamawiającemu wszelkie oświadczenia, o które proszony był na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz pkt. 11.3 SIWZ. Przede wszystkim złożył wykaz zamówień referencyjnych, zgodnie z wytycznymi zamawiającego na formularzu stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ. Dołączył też referencje Wojewody Podlaskiego z 24 marca 2020 r. (odwołujący załączył do oferty referencje pomimo tego, że dokument ten zgodnie z SIWZ składany miał być dopiero na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp kierowane po dokonaniu formalnej oceny ofert).

Odwołujący wyjaśnił, że podmiotem, na rzecz którego roboty zostały wykonane był Wojewoda Podlaski – zamawiający zamówienia referencyjnego. Tylko ten podmiot miał prawo potwierdzenia należytego wykonania zobowiązania – a co za tym idzie, potwierdzenia odpowiednich zdolności techniczno-zawodowych wykonawcy. Takie referencje zostały złożone w postępowaniu – co jest jednoznaczne (w przypadku braku kwestionowania ważności referencji przez zamawiającego), a zatem warunek punktu 11.3 SIWZ został spełniony. Nie było wśród dokumentów, których może choćby teoretycznie żądać od wykonawcy zamawiający takiego, który odnosiłby się do sposobu korzystania z referencyjnego urządzenia przez faktycznego użytkownika. W szczególności takim dokumentem nie mogą być referencje – bowiem stanowią ocenę sposobu wykonania przez wykonawcę zamówienia, a nie są źródłem informacji o działalności użytkownika w okresie po odbiorze urządzenia. Szczególnego znaczenia okoliczność ta nabiera w przypadku urządzenia przeznaczonego do strzeżenia bezpieczeństwa Państwa. Trudno nawet wyobrazić sobie, aby użytkownik informował kogokolwiek o tym, czy zainstalowane na przejściu granicznym urządzenie do skanowania przejeżdżających pociągów jest czy nie jest wykorzystywane, w jakich okresach i w jakim trybie. Dodatkowo podkreślić należy, że inny

organ był zamawiającym w referencyjnym zamówieniu, a inny użytkownikiem referencyjnego zamówienia.

Odwołujący stwierdził, że spełnił wszystkie obowiązki nałożone na niego przez SIWZ, wezwał zamawiającego na podstawie art. 25 ust. 1 Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia. Zamawiający zamówienia referencyjnego wywiązał się ze swojego obowiązku wobec odwołującego, wystawiając mu standardowy dokument poświadczający należyłość wykonania umowy. Zignorowanie tych dokumentów w postępowaniu i wyznaczenie dodatkowych żądań – nie mających umocowania w prawie – i niemożliwych do osiągnięcia dla odwołującego, naruszyło wszystkie ww. przepisy Pzp i aktu wykonawczego.

W trakcie postępowania nie uległa zmianie SIWZ w zakresie pkt. 11.3. W pytaniu nr 46 zadający pytanie poprosił zamawiającego o sprecyzowanie, że dostarczony w ramach referencyjnej dostawy skaner powinien spełniać swoją funkcję, tj. być wykorzystywany do prześwietlania wagonów kolejowych. Uzasadnieniem dla takiego wniosku o sprecyzowanie była potrzeba wyeliminowania podmiotów, które mogłyby powoływać się na pozorowane dostawy. W odpowiedzi zamawiający powtórzył dotychczasową treść wymogu SIWZ, tj. aby wykonawca wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na realizacji przedsięwzięcia o zbliżonym charakterze i przeznaczeniu, wraz z instalacją i uruchomieniem urządzenia RTG do prześwietlania wagonów. Nie dokonał zmiany SIWZ. Nie rozszerzył, ani nie zmodyfikował oczekiwań co do referencyjnej dostawy stanowiącej podstawę doświadczenia wykonawcy. Nie zmodyfikował załącznika nr 4 do SIWZ. Nie rozszerzył ani nie zmodyfikował listy dokumentów do przedłożenia przez wykonawcę. Wyjaśnił jedynie, że dostarczony w ramach referencyjnej dostawy skaner powinien spełniać swoją funkcjonalność – być uruchomiony i wykorzystywany do kontroli wagonów kolejowych przez użytkowników zgodnie z obowiązującym prawem. O tym, że nie doszło do zmiany wymagań SIWZ świadczy jednoznacznie odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 46 oraz brak dokonania zmiany omawianego wymogu pkt 11.3 SIWZ w części dokumentu z 27 marca 2020 r. pt. „Modyfikacja treści specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”. Zamawiający powtórzył treść SIWZ i dodał, co jego zdaniem treść ta oznacza. Tak sformułowaną odpowiedź zamawiający nie rozszerzył zakresu wymagania co do referencyjnej dostawy. Nie mógł tego uczynić udzielając odpowiedzi interpretacyjnej. W części pisma z 27 marca 2020 r., w której dokonał zmian w SIWZ nie ujął pkt 11.3 SIWZ ani treści załącznika nr 4 do SIWZ.

Oczywistym jest, że zamówienie referencyjne nie zostało wykonane przez odwołującego jako dostawa pozorowana. Wojewoda Podlaski potwierdził, że odwołujący wykonał umowę w ramach zamówienia publicznego – obwarowanego szeregiem przepisów kontrolujących uczciwość o rzetelność procesu. Potwierdził to również zamawiający, wskazując że sam

zamierza używać urządzenia będącego przedmiotem zamówienia referencyjnego. Przedstawiciele zamawiającego uczestniczyli w odbiorze, uruchomieniu i szkoleniach na pracującym urządzeniu RTG referencyjnym, w trakcie których to czynności wykonywano skanowanie wagonów. W dacie składania oferty przez odwołującego nie czynił tego samodzielnie, w związku z oczekiwaniem na uzyskanie zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na stosowanie urządzenia. Urządzenie było wykorzystywane w obecności odwołującego dysponującego zezwoleniem Prezesa PAA.

Odwołujący zaznaczył, że w dacie sporządzania pisma informującego o wykluczeniu odwołującego, nieaktualnym było już twierdzenie o „brakach formalnych”, uniemożliwiających wykorzystywanie urządzenia z zamówienia referencyjnego, jego użytkownikowi. Jak wspomniano, użytkownikiem tamtego urządzenia jest sam zamawiający. W dniu 27 kwietnia 2020 r., a zatem na ponad tydzień przed wykluczeniem odwołującego, uzyskał on zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na jego stosowanie.

Wreszcie odwołujący wskazał, że przedmiot zamówienia referencyjnego dla odwołującego został tak określony na mocy jego umowy z Wojewodą Podlaskim, że dla jego poprawności konieczne było uruchomienie i wykorzystanie urządzenia. Wojewoda potwierdził to w punkcie 17 i 18 referencji. Odwołujący złożył zaś także odpowiednie oświadczenie w piśmie skierowanym do zamawiającego 30 kwietnia 2020 r. wraz z załącznikiem w postaci raportu z działania skanera zawierającym raport z wybranych wykonanych skanowań pociągów. Zamawiający nie mógł zatem – przeciw tym dowodom – twierdzić, że z urzędu wiadomym jest, iż urządzenie nie jest wykorzystywane w sposób odpowiadający pkt 11.3 SIWZ. Zamawiający takiej urzędowej wiedzy nie ma.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2 petitum odwołania, odwołujący wyjaśnił, że wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu zostało dokonane z naruszeniem podstawowych zasad Pzp, jakimi są zasada uczciwej konkurencji oraz zasada równego traktowania wykonawców. Wymaga to omówienia w ramach dodatkowego, odrębnego zarzutu. Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zasada uczciwej konkurencji oznacza zakaz ograniczania konkurencji poprzez zawężanie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia wykonania zamówienia przez podmiot wiarygodny i zdolny do należytej realizacji. Art. 7 ust. 1 Pzp zakazuje w związku z tym wykluczania wykonawców, którzy złożyli rzetelną ofertę, spełniającą warunki SIWZ i w której uczciwie przedstawione są dowody spełniania tych warunków. Zasada równego traktowania, płynąca z tego samego przepisu oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym

etapie postępowania, bez stosowania środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Należy bowiem wobec wykonawców, znajdujących się w podobnej sytuacji stosować według jednej miary. Wreszcie, zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp wskazują na konieczność kierowania się przez zamawiających dorobkiem orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w ramach całego postępowania związanego z udzieleniem zamówienia publicznego – i nie odchodzenie od wypracowanych w judykaturze rozwiązań bez istotnej potrzeby. Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy, zamawiający stwierdził, że odwołujący nie zdołał potwierdzić należytego wykonania zamówienia referencyjnego. Jest to zaprzeczeniem wystawionych odwołującemu referencji Wojewody Podlaskiego, a także wykładni przepisów Pzp dokonywanej w ramach orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający w sposób niedopuszczalny zażądał od odwołującego przedstawienia konkretnie uzupełnionych referencji w piśmie z 27 kwietnia 2020 r.

Zdaniem odwołującego, zamawiający arbitralnie twierdził, że odwołujący nienależycie wykonał zamówienie referencyjne – a z referencji nie wynika fakt uruchomienia i wykorzystywania urządzenia. Powyższe stało w bezpośredniej sprzeczności z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. W ten sposób zamawiający nie zachował zasad uczciwej konkurencji – a także w sposób nierówny – dyskryminujący traktuje odwołującego. Niezależnie od tego zamawiający pominął w podstawach podjętego rozstrzygnięcia fakt potwierdzenia w referencjach uruchomienia urządzenia i wykonania szkoleń z obsługi urządzenia skanującego – wykonującego skanowanie pociągów. Fakt oczekiwania Użytkownika na uzyskanie wyżej wskazanego zezwolenia Prezesa PAA nie ma znaczenia z punktu widzenia niniejszego postępowania również z tego powodu, że odpowiednie zezwolenie posiada odwołujący i w jego obecności urządzenie mogło być i było wykorzystywane zgodnie z przeznaczeniem do skanowania wagonów. W trakcie odbiorów jak również po odbiorze testowany i weryfikowany w realnym działaniu był m.in. system automatycznej selekcji wagonów przeznaczonych do skanowania i wagonów ze skanowania wyłączanych z uwagi na potencjalną obecność ludzi. Obowiązek dowodzenia co użytkownik czyni z referencyjnym urządzeniem nie wynika z treści SIWZ, a okoliczność ta w żaden sposób nie dotyczy jakichkolwiek zdolności odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zarówno Wojewoda Podlaski jak i Izba Administracji Skarbowej w Białymstoku jako jednostki organizacyjne reprezentują Skarb Państwa. Dochodzi zatem do kuriozalnej sytuacji, sprzecznej z podstawowymi zasadami zamówień publicznych, w której jeden podmiot (Skarb Państwa) reprezentowany poprzez różne jednostki organizacyjne wskazuje, że zamówienie referencyjne zostało wykonane należycie, a jego przedmiot

przeznaczony do skanowania wagonów został uruchomiony – oraz że nie można potwierdzić należyłości wykonania zamówienia, a jego przedmiot nie jest uruchomiony i wykorzystywany. Idąc dalej, zamawiający nie może usprawiedliwiać nieopartego w prawie działania swoimi wyjaśnieniami dotyczącymi treści SIWZ.

SIWZ wskazywała na konieczność złożenia wykazu zamówień referencyjnych – Rozporządzenie umożliwiło zaś poparcie wykazu stosownymi oświadczeniami zamawiającego zamówienia referencyjnego w postaci referencji. Odwołujący spełnił wszelkie wymagania pkt. 11.3 SIWZ, popierając oświadczenia dokumentami opisanymi w Rozporządzeniu. Twierdzenie obecnie, że nie ma on wymaganego doświadczenia, posługując się dowolną interpretacją wyjaśnień do SIWZ, narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. SIWZ nie został zmieniony w zakresie wymogu z pkt 11.3, co wprost wynika z treści pisma zamawiającego z 27 marca 2020 r. Gdyby SIWZ został zmieniony poprzez odniesienie zdolności technicznych zawodowych wykonawcy do sposobu wykorzystywania urządzenia po jego dostawie przez użytkownika, taka zmiana zostałaby zaskarżona, bowiem wymóg byłby nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia; nie dotyczy wykonawcy. Dowolna interpretacja polega w szczególności na tym, że za spełnianie wymaganej funkcjonalności urządzenia referencyjnego – prześwietlanie wagonów kolejowych – zamawiający uznaje tylko czynienie tego przez podmiot trzeci w stosunku do odwołującego oraz zamawiającego zamówienia referencyjnego. W odpowiedzi na pytanie nr 46 z 27 marca 2020 r. zamawiający nie zmienił pkt 11.3 SIWZ (co wynika wprost z pisma zamawiającego z 27 marca 2020 r., w którym w odrębnej części od str. 13 wskazuje na dokonane zmiany w trybie art. 38 ust. 4 Pzp). Wymaganiem pkt 11.3 SIWZ wg stanu na datę składania ofert było wylegitymowanie się wykonaniem co najmniej jednego zamówienia polegającego na realizacji przedsięwzięcia o zbliżonym charakterze i przeznaczeniu wraz z instalacją i uruchomieniem urządzenia RTG do prześwietlania wagonów kolejowych. Zamawiający oczekiwał oświadczenia wykonawcy wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ i referencji – dokumenty te odwołujący przedłożył wraz z ofertą.

W zakresie dwóch ostatnich zarzutów odwołujący wyjaśnił, że powyższe uchybienia spowodowały w konsekwencji niezgodne z prawem odrzucenie oferty odwołującego oraz wybranie mniej korzystnej dla zamawiającego oferty Nucotech. Bezspornym jest bowiem, że oferta odwołującego była korzystniejsza – opiewała na kwotę o ponad 2,7 mln złotych niższą niż oferta Nucotech, przy takim samym okresie gwarancji. Podkreślił jeszcze raz opisane powyżej okoliczności:

- odwołujący spełnił wszelkie możliwe do spełnienia oczekiwania w zakresie wykazania

zdolności technicznych i zawodowych – w szczególności składając oświadczenie wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ i referencje Wojewody Podlaskiego;

- zamówienie referencyjne – zobowiązanie umowne odwołującego, wykonano w sposób należyty, co potwierdził Wojewoda Podlaski;

- wykazano uruchomienie urządzenia stanowiącego zamówienie referencyjne (a nadto oraz przeprowadzenie szkoleń użytkowników);

- postanowienia SIWZ, interpretowane w sposób zgodny z ich językowym brzmieniem, zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie nakładały na odwołującego obowiązku przekazywania dodatkowych dokumentów potwierdzających zdolności techniczne i zawodowe.

Tym samym wobec odwołującego nie można było zastosować przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp i odrzucić jego oferty w związku z wykluczeniem z postępowania. Równocześnie wybór oferty Nuctech, jako mniej korzystnej, należy uznać za niepoprawny. Wobec zaniechania wyboru oferty odwołującego doszło zatem do naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wraz ze zgłoszonym przystąpieniem ww. wykonawca podał argumentację dotyczącą konieczności odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący następnie złożył pismo z dnia 18 maja 2020r. w którym:

- wniósł o stwierdzenie bezskuteczności zgłoszonego przystąpienia Nuctech do postępowania odwoławczego wobec niewykazania uprawnienia osoby podpisującej zgłoszenie do działania w imieniu tego wykonawcy;

- wskazał na bezzasadność wniosku o odrzucenie odwołania podnoszonego przez zgłaszającego przystąpienie.

W zakresie obu powyższych okoliczności odwołujący przedstawił uzasadnienie. Ponadto do przedmiotowego pisma załączył kolejne dokumenty.

Zamawiający w dniu 22 maja 2020 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Odwołujący za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 5 czerwca 2020 r. złożył pismo procesowe stanowiące replikę na odpowiedź na odwołanie.

W dniu 22 czerwca 2020 r. zamawiający złożył także dokument w postaci protokołu zdawczo-odbiorczego przekazania skanera RTG w Kuźnicy z dnia 17 czerwca 2020 r.

Zgłaszający przystąpienie na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego złożył oryginał pisma procesowego w którym podtrzymał wniosek o odrzucenie odwołania oraz przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów przez odwołującego i zamawiającego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawcę – Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym”).

Izba tym samym nie uwzględniła wniosku odwołującego o stwierdzenie bezskuteczności zgłoszonego przystąpienia Nuctech do postępowania odwoławczego wobec niewykazania uprawnienia osoby podpisującej zgłoszenie do działania w imieniu tego wykonawcy, podniesionego w piśmie z dnia 18 maja 2020 r.

W tym kontekście odwołujący wskazał, że dnia 14 maja 2020 r. osoba podana w treści pełnomocnictwa przesłała na adres zamawiającego oraz odwołującego wiadomość e-mail zawierającą kopię przystąpienia spółki Nuctech do postępowania odwoławczego. Załącznikami pisma były odpis KRS przystępującego a także pełnomocnictwo do jego reprezentowania. Dokument pełnomocnictwa nie został jednak podpisany. Odwołującemu nie przesłano skanu pełnomocnictwa z podpisem odręcznym, na dokumencie nie pokazuje się również żaden podpis elektroniczny (co zostało potwierdzone na różnych komputerach odwołującego oraz jego pełnomocnika). W istocie zatem przesłana zamawiającemu oraz odwołującemu wersja pisma zawiera jedynie blankiet pełnomocnictwa. Jako że kopia zgłoszenia powinna zawierać dokumenty tożsame z tymi przesłanymi do Prezesa Izby – dochodzi do sytuacji, w której osoba podpisująca pismo nie wykazała uprawnienia do działania w imieniu przystępującego. To z kolei jest brakiem formalnym pisma. Dalej odwołujący zwrócił uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza bada poprawność zgłoszenia pod kątem formalnym, na podstawie art. 185 ust. 2 Pzp. W ustalonej linii orzeczniczej Izba wskazuje, że przystąpienie podpisane przez osobę do tego nieuprawnioną jest bezskuteczne prawnie. Bezskuteczność ma charakter definitywny, gdyż braki formalne zgłoszenia

przystąpienia (inaczej niż odwołania) w obecnym stanie prawnym nie podlegają uzupełnieniu. Wobec definitywności braku formalnego zgłoszenia, wnoszę o stwierdzenie jego bezskuteczności i niedopuszczenie spółki Nuctech do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron skład orzekający w obecności pełnomocników stron oraz przystępującego dokonał weryfikacji pełnomocnictwa załączonego do przystąpienia, a sporządzonego w postaci elektronicznej. W wyniku tej weryfikacji okazało się, że pełnomocnictwo zostało podpisane podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do udzielania pełnomocnictw. Należy przy tym podkreślić, że zgodnie z art. 185 ust. 2 zd. 2 Pzp *Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie*. Tym samym otrzymanie przez stronę kopii pisma z informacją o zgłoszonym przystąpieniu wraz załącznikami (w tym pełnomocnictwem), nie stanowi podstawy do uznania zgłoszonego przystąpienia za bezskuteczne. W związku z tym wniosek odwołującego w powyższym zakresie okazał się chybiony i nie mógł zostać uwzględniony.

Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Co oznacza, że skład orzekający nie uwzględnił wniosku przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, popartego przez zamawiającego.

W zakresie powyższego wniosku Izba uznała, że przesłanką zasadności środków ochrony prawnej jest dokonanie czynności przez zamawiającego niezgodnie z przepisami Pzp albo zaniechanie czynności pomimo obowiązku jej dokonania wynikającego z Pzp. W odwołaniu został wskazany katalog działań i zaniechań zamawiającego co do których je wniesiono. Odnosiły się do czynności zamawiającego jakie miały miejsce w dniu 6 maja 2020 r., kiedy to zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczył odwołującego z postępowania oraz uznał jego ofertę za odrzuconą. W tego typu przypadkach dzień rozstrzygnięcia postępowania wyznacza granicę od którego należy liczyć termin na wniesienie odwołania, ponieważ do tego momentu wykonawcy nie wiedzą jaką decyzję podejmie zamawiający.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci papierowej, przesłanej do akt sprawy w dniu 22 maja 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - pytań i odpowiedzi do SIWZ z 27 marca 2020 r.;
 - oferty odwołującego wraz z załącznikami;
 - wezwania odwołującego do przedłożenia aktualnych dokumentów i oświadczeń z 27 kwietnia 2020 r.;
 - pisma odwołującego do zamawiającego z 30 kwietnia 2020 r. wraz z załącznikiem;
 - pisma zamawiającego z 6 maja 2020 r. informującego o wyborze oferty i wykluczeniu odwołującego z postępowania;
- 2) załączonych do odwołania:
 - zezwolenia Nr D-21611 Prezesa PAA z 27 kwietnia 2020 r.;
 - zezwolenia Nr D-20977 Prezesa PAA z 7 stycznia 2019 r.;
- 3) załączonych do pisma odwołującego z 18 maja 2020 r.:
 - protokołu odbioru końcowego z 25 października 2018 r. wraz z listą obecności oraz załącznikami;
 - protokołu odbioru szkoleń;
- 4) złożonego przez zamawiającego za pomocą poczty elektronicznej protokołu zdawczo-odbiorczego przekazania skanera RTG w Kuźnicy z dnia 17 czerwca 2020 r.;
- 5) złożonego na posiedzeniu przez odwołującego wydruku z systemu zgłaszania usterek urządzenia referencyjnego w Kuźnicy Białostockiej;
- 6) złożonych na posiedzeniu przez zamawiającego:
 - zarządzenia nr 26/2017 dyrektora Izby Administratora w Białymstoku z dnia 1 marca 2017 r.;
 - decyzji nr IOR/72/2018 o nadaniu uprawnień dla pana J.T. w zakresie inspektora ochrony radiologicznej typu IOR-1;
 - zezwolenia nr D-21611 z dnia 27 kwietnia 2020 r. poświadczającego uprawnienia w zakresie kontroli radiologicznej zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje

Otwarcie ofert w postępowaniu nastąpiło w dniu 3 kwietnia 2020 r. i zamawiający stwierdził, iż oferta nr 2 tj. oferta odwołującego posiada najniższą cenę.

W pkt 11.3 SIWZ zamawiający wskazał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w sposób następujący:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, iż należycie wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na realizacji przedsięwzięcia o zbliżonym charakterze i przeznaczeniu wraz z instalacją i uruchomieniem urządzenia RTG do prześwietlania wagonów kolejowych, wykonane w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem jej przedmiotu, dat wykonania i podmiotu, na rzecz którego dostawa została wykonana, oraz załączeniem dowodów, czy została wykonana należycie (zaleca się wykorzystanie wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ lub przedstawienie wszelkich informacji wymaganych we wzorze).

W dniu 27 marca 2020r Zamawiający udzielił odpowiedzi na zadane pytania i opublikował je na własnej stronie internetowej. Jedno z pytań i udzielonej odpowiedzi (pytanie nr 46) dotyczyło warunków udziału w postępowaniu:

Pytanie nr 46:

W związku z dość ogólnym warunkiem dotyczącym wymaganego doświadczenia w punkcie 11.3. SIWZ prosimy o odpowiednie zmiany lub potwierdzenie, że „realizacja przedsięwzięcia o zbliżonym charakterze i przeznaczeniu wraz z instalacją i uruchomieniem urządzenia RTG do prześwietlania wagonów kolejowych” oznacza, że dostarczony skaner powinien spełniać swoją funkcję, tj. być wykorzystywany do kontroli wagonów kolejowych. W związku z tym, taka dostawa powinna być potwierdzona również przez użytkownika urządzenia RTG z podaniem okresu użytkowania tego urządzenia. Takie wymagania w żaden sposób nie ograniczają konkurencji a jedynie wyeliminują podmioty, które mogłyby powoływać się na pozorowane dostawy np. wykonując je do podmiotów powiązanych, z tej samej grupy lub bez intencji wykorzystania dostaw do kontroli ładunków.

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

Zamawiający informuje, iż żąda od Wykonawcy, aby należycie wykonał co najmniej jedno zamówienie polegające na realizacji przedsięwzięcia o zbliżonym charakterze i przeznaczeniu wraz z instalacją i uruchomieniem urządzenia RTG do prześwietlania wagonów. Oznacza to że dostarczony skaner powinien spełniać swoją funkcjonalność tj. być uruchomiony / wykorzystywany do kontroli wagonów kolejowych przez użytkowników zgodnie z obowiązującym prawem.

Zamawiający stwierdził, iż w załączniku nr 4 do SIWZ (wykaz zamówień zrealizowanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, w zakresie i wartości zgodnie z SIWZ) odwołujący zamieścił wykaz robót, który zgodnie z uszczegółowionym zapisem zawartym w odpowiedzi na pytanie nr 46 jest nieprawdziwy. W ocenie zamawiającego, odwołujący nie spełnił

warunku udziału w postępowaniu, gdyż *Dostawa i montaż skanera do prześwietlania wagonów kolejowych wraz z podstawową infrastrukturą na kolejowym przejściu granicznym Kuźnica Białostocka – Grodno* realizowana w okresie od 25 października 2018 r. do 10 marca 2020 r. na rzecz Podlaskiego Urzędu Wojewódzkiego do dnia upływu terminu na składanie ofert nie została uruchomiona i nie była wykorzystywana do kontroli wagonów kolejowych przez użytkowników zgodnie z obowiązującym prawem. To znaczy, że nie zostały spełnione wymagania prawne określone w ustawie *Prawo budowlane* (Dz.U. z 2019 r. poz. 217) jak też wymogi określone w ustawie z dnia 29 listopada 2000 r. *Prawo atomowe* (Dz. U. z 2019 r. poz. 1792 ze zm.)

Zamawiający stwierdził, że inwestor tj. Podlaski Urząd Wojewódzki w Białymstoku nie przekazał skanera RTG i przynależnej mu infrastruktury do użytkowania Służbie Celno-Skarbowej Izby Administracji Skarbowej w Białymstoku. Wydanie pozwolenia na użytkowanie było w toku. Zamawiający wyjaśnił, że na moment złożenia odpowiedzi na odwołanie tj. na dzień 22 czerwca 2020 r. były pozyskiwane dokumenty formalno-prawne do zgłoszenia tj. zgoda Wód Polskich na pobór wody, opinia Straży Pożarnej i Sanepidu.

W ocenie zamawiającego, odwołujący zgodnie z przedłożoną do odwołania kserokopią posiada zezwolenie Nr D-20977 z dnia 7 stycznia 2019 r. Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na wykonywanie działalności polegającej tylko na uruchamianiu urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące, stąd też obecność użytkownika (pracowników IAS w Białymstoku) traktowanego na ten czas zgodnie z ustawą *Prawo atomowe* jako osoby z ogółu ludności możliwa jest przy realizacji zamówienia publicznego tylko przy testach odbioru technicznego. Do pracy przy na stanowisku wymagającym stosowania urządzenia rentgenowskiego typu CANIS może dopuścić tylko pracodawca jakim jest Izba Administracji Skarbowej w Białymstoku po spełnieniu wymagań określonych w Programie Zapewnienia Jakości a w jego imieniu bezpośredni nadzór nad dopuszczeniem do pracy z urządzeniami wytwarzającymi promieniowanie jonizujące urządzeniami RTG sprawują kierownicy komórek organizacyjnych.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia referencji o dodatkowe informacje dotyczące zrealizowania i spełnienia funkcjonalności to znaczy, że wskazane urządzenie jest uruchomione i wykorzystywane do kontroli wagonów kolejowych przez użytkowników zgodnie z obowiązującym prawem.

Odwołujący odpowiedział pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r., w którym potwierdził, że złożone referencje z dnia 24 marca potwierdzają należyte wykonanie zamówienia, podał uzasadnienie na tą okoliczność oraz załączył dowód w tym zakresie.

Zamawiający jednak uznał, że żadne tworzone przez odwołującego dokumenty typu „Raport z działania” czy też inne ukazujące się informacje na stronach internetowych w dniu następnym po ogłoszeniu przez IAS w Białymstoku wyboru oferty typu cyt.: „Urządzenie rentgenowskie do prześwietlania wagonów kolejowych działa z pełną funkcjonalnością na przejściu granicznym z Białorusią, urządzenie działa na przejściu granicznym w Kuźnicy Białostockiej”, nie zmieniają faktu że dostarczony skaner nie został uruchomiony (tj. brak wydanego pozwolenia nadzoru budowlanego na użytkowanie) i nie był wykorzystywany do kontroli wagonów kolejowych przez użytkowników (Izbę Administracji Skarbowej w Białymstoku) zgodnie z obowiązującym prawem.

W związku z powyższym zamawiający w dniu 6 maja 2020 r. wykluczył odwołującego z postępowania, odrzucił ofertę tego wykonawcy i dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 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;*

- art. 25 ust. 1 Pzp – *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:*

1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,

2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert;

- §2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z 26 lipca 2016 r. – *W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów:*

1) wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały

wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty;

- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;

- art. 91 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- art. 7 ust. 1 Pzp – Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby z treści warunku udziału w postępowaniu oraz przy uwzględnieniu wyjaśnienia zamawiającego, wynikało że zamawiający oczekuje wykazania się doświadczeniem w realizacji zadania obejmującego uruchomienie i wykorzystywanie urządzenia RTG do kontroli wagonów kolejowych, którego funkcjonalność pozwala na jego faktyczne wykorzystywanie zgodnie z jego przeznaczeniem oraz zgodnie z obowiązującym prawem. Jak słusznie zauważył przystępujący takie rozumienie treści warunku udziału było tym bardziej zrozumiałe i uzasadnione w kontekście wymagań określonych w pkt. 1.2. Załącznika nr 1A do SIWZ Specyfikacja funkcjonalno-techniczna skanera do prześwietlania wagonów. Zgodnie z przywołanym punktem zamawiający wymagał, aby oferowane urządzenie rentgenowskie nie było urządzeniem modelowym, ani prototypowym – co oznacza, że działanie oferowanego urządzenia musi być zweryfikowane w praktyce i codziennym użytkowaniu.

Przechodząc do oceny argumentacji odwołującego należy wskazać, że zasadniczy jej ciężar sprowadzał się do kwestionowania sposobu rozumienia warunku udziału w postępowaniu oraz próby wykazania, iż wyjaśnienia zamawiającego zawarte w odpowiedzi na pytanie nr 46 pozostają bez znaczenia dla sposobu rozumienia i interpretacji treści warunku, ponieważ:

- w ocenie odwołującego treść warunku nie uległa modyfikacji lub zmianie, o czym ma świadczyć brak dokonania zmiany omawianego wymogu pkt 11.3 SIWZ, a zamawiający *Wyjaśnił jedynie, że dostarczony w ramach referencyjnej dostawy skaner powinien spełniać swoją funkcjonalność – być uruchomiony i wykorzystywany do kontroli wagonów kolejowych przez użytkowników zgodnie z obowiązującym prawem* (str. 8 odwołania);
- zamawiający powtórzył treść SIWZ i dodał, co jego zdaniem treść ta oznacza. Tak sformułowaną odpowiedzią zamawiający nie rozszerzył zakresu wymagania co do referencyjnej dostawy. Nie mógł tego uczynić udzielając odpowiedzi interpretacyjnej. (str. 8 odwołania).

Izba nie przyjęła argumentacji odwołującego. Po pierwsze, kwestionowany przez odwołującego na obecnym etapie postępowania (po terminie składania ofert oraz wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty) sposób rozumienia warunku udziału należy uznać za spóźniony. Zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt. 2) Pzp odwołującemu przysługiwało prawo do zaskarżenia czynności zamawiającego z dnia 27 marca 2020 r. polegającej na udzieleniu odpowiedzi na pytanie nr 46, w której to zamawiający wyjaśnił i uściślił w jaki sposób rozumie pojęcie realizacji przedsięwzięcia o zbliżonym charakterze i przeznaczeniu. Wobec braku złożenia przez odwołującego stosownego odwołania, treść warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu ustalonym w wyniku odpowiedzi na pytanie nr 46 stała się wiążąca.

Po drugie, wbrew twierdzeniom odwołującego, zamawiający nie musiał dokonywać formalnej zmiany treści SIWZ oraz treści warunku. Odpowiedź zamawiającego na pytanie nr 46 polegała na dokonaniu wyjaśnienia treści warunku. W odpowiedzi zamawiający wyjaśnił bowiem, że „realizacja przedsięwzięcia o zbliżonym charakterze i przeznaczeniu wraz z instalacją i uruchomieniem urządzenia RTG do prześwietlania wagonów” oznacza, że dostarczony skaner powinien spełniać swoją funkcjonalność tj. być uruchomiony i wykorzystywany do kontroli wagonów kolejowych przez użytkowników zgodnie z obowiązującym prawem.

W związku z powyższym w ocenie Izby, zamawiający nie uzupełniał treści SIWZ (opisu warunku) o nowe brzemienne, ale wyjaśnił sposób rozumienia i znaczenie pojęć użytych w opisie warunku. Natomiast wszystkie odpowiedzi i wyjaśnienia do SIWZ ze swej istoty uzupełniają jej treść i wykonawcy powinni brać je pod uwagę przy sporządzaniu ofert.

W tym zakresie Izba przyjęła za własną argumentację przystępującego, który wskazał, że pytanie i udzieloną odpowiedź zamawiającego należy traktować jako wyjaśnienie w trybie art. 38 Pzp, a odpowiedzi na pytania udzielane przez zamawiającego stanowią integralną część SIWZ. Pogląd ten ugruntowany jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i

sądów okręgowych. W tym zakresie orzecznictwo przywołane zarówno przez zamawiającego jak i przystępującego było adekwatne (zob. wyrok z 11 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 929/18, wyrok z 11 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2642/18, wyrok z 28 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1615/18, wyrok z 28 stycznia 2015 r., z dnia KIO 110/15, wyrok z 11 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2334/19, wyrok z 16 lipca 2019 r. sygn. akt: KIO 1193/19, wyrok z dnia 29 lipca 2013 r., KIO 1718/13, wyrok z 14 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1479/18, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 9 kwietnia 2019 r., sygn. V ACa 41/18, wyrok SN z 18 lutego 2016 r., II CSK 197/15).

Odnosząc się z kolei do oczekiwania odwołującego w zakresie dokonania zmiany treści SIWZ należy wskazać, iż odpowiedź na pytanie nr 46 pozwalała na ustalenie znaczenia i sposobu rozumienia warunku oraz użytych w nim pojęć – nie sposób zatem uznać, że zachodziła uzasadniona konieczność zmiany treści opisu warunku. Znamienne było także użyte przez odwołującego stwierdzenie (str. 8 odwołania), iż *Zamawiający powtórzył treść SIWZ i dodał, co jego zdaniem treść ta oznacza*. Odwołujący zatem *de facto* przyznał, że w odpowiedzi na pytanie nr 46 zamawiający wyjaśnił, jak należy rozumieć postawiony warunek, a w konsekwencji można przyjąć, że odwołujący przed upływem terminu składania ofert zdawał sobie sprawę z tego, że dla spełnienia warunku udziału zrealizowana inwestycja musi być faktycznie użytkowana.

Jest to o tyle istotne, że w przypadku wystąpienia wątpliwości co do rozumienia SIWZ wykonawca ma wręcz obowiązek zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby jak i sądów, gdzie podkreśla się, że skorzystanie z dyspozycji art. 38 ust. 1 Pzp stanowi w związku z art. 355 § 2 k.c. nie tylko uprawnienie, ale także obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ (zob. wyrok KIO z 17 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2618/20; wyrok SN z 5 czerwca 2014 r., IV CSK 626/13).

Przechodząc do kwestii oceny i znaczenia poświadczenia (referencji) udzielonych przez Wojewodę Podlaskiego w świetle treści warunku udziału w postępowaniu Izba ustaliła, że Izba Administracji Skarbowej – jako użytkownik urządzenia typu CANIS – miała wiedzę co do tego, czy na dzień złożenia oferty urządzenie było wykorzystywane do kontroli. Zgodnie z utrwalonym i słusznym orzecznictwem Izby z racji tego, że wykonawcy nie mają wpływu na treść referencji czy też poświadczeń wystawionych przez inny podmiot zamawiający nie mają możliwości kwestionowania tych referencji w sytuacji, gdy nie pokrywają się one z treścią warunku udziału w postępowaniu. Powyższa okoliczność dotyczy jednak sytuacji, w których zamawiający nie ma wiedzy na temat dostawy, usługi lub roboty budowlanej wskazanych w referencjach i nie jest w stanie lub nie chce ustalić jak zakres wynikających z referencji

informacji rzeczywiście przekłada się na treść postawionego warunku. W przedmiotowej sprawie zamawiający był bardzo dobrze zorientowany w realiach inwestycji, której dotyczyły referencje, zatem w dniu 27 kwietnia wystosował wezwanie do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania*. Powyżej wskazane okoliczności budziły wątpliwości zamawiającego zatem wezwał do uzupełnienia dokumentu w tym zakresie.

Ocena zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy do realizacji zamówienia odbywa się przez pryzmat warunków udziału określonych przez zamawiającego. Izba powyżej ustaliła i zważyła, że zamawiający nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów. Odnosząc się do dowodów złożonych przez odwołującego należy wskazać, że załączone do odwołania zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki wskazują, że wcześniejsze zezwolenie z dnia 7 stycznia 2019 r. dotyczyło możliwości uruchomienia wskazanych tam urządzeń w tym urządzeniu CANIS, natomiast zezwolenie do stosowania tego urządzenia wydane zostało 27 kwietnia 2020 r. czyli już po upływie terminu składania ofert wyznaczonym na dzień 3 kwietnia 2020 r. Zamawiający na rozprawie podkreślał różnicę pomiędzy zezwoleniem na uruchomienie urządzenia, a zezwoleniem na jego stosowanie przez określony podmiot. Już sama treść złożonych zaświadczeń oraz fakt, że jedno dotyczyło uruchomienia, a drugie stosowania pozwala założyć, że oba zezwolenia określają różne aspekty objętego nim sprzętu. Konfrontując to z treścią warunku, dookreślonego przez odpowiedź na pytanie 46, która odnosiła się do funkcjonalności tj. uruchomienia i wykorzystywania do kontroli, Izba doszła do wniosku, że o ile w zakresie uruchomienia sprzętu odwołujący posiadał stosowne zezwolenie to jeśli chodzi o stosowanie, które odpowiada wykorzystywaniu sprzętu, odwołujący uzyskał właściwe zezwolenie już po upływie terminu na składanie ofert.

W zakresie dowodów załączonych do pisma z dnia 18 maja 2020 r. należy przypomnieć, że odwołujący przedstawił dwa protokoły odbioru dotyczące zadania referencyjnego.

Z protokołu odbioru szkoleń przedstawionego przez odwołującego (załącznik nr 2) wynika, że przeprowadzono szkolenia:

- w dnia 23-29 września 2019 r. – szkolenie typu A-A dla operatorów akceleratorów stosowanych do kontroli pojazdów;
- w dniach 17-23 października 2019 r. – szkolenie operatorsko-serwisowe;
- w dniu 22 października 2019 r. – szkolenie w zakresie obsługi ręcznego przyrządu dozymetrycznego;
- w dniu 22 października 2019 r. – szkolenie dla administratorów systemu.

Jak wynika z wymagań opisu przedmiotu zamówienia (pkt. 13 protokołu odbioru z 10 marca 2020 r. – załącznik nr 1 do pisma odwołującego z 18 maja 2020 r.), szkolenia dzielą się na: szkolenia wykonywane przed odbiorem urządzenia RTG (pkt. 13 1) — 4)) oraz szkolenia prowadzone po odbiorze urządzenia RTG (pkt. 13 5)-6) – str. 15-16)). Z protokołów odbioru przedstawionych przez odwołującego oraz wskazanych dat (szkolenia prowadzono w 2019 r.) i opisów szkoleń wynika, że przeprowadzono co najwyżej szkolenia przed odbiorem urządzenia RTG. Do wykonania pozostał więc cały zakres szkoleń, związanych z obsługą konkretnego, zainstalowanego urządzenia, które winny być wykonane po odbiorze urządzenia. Jednocześnie, wykonanie całego zakresu szkoleń określonych w wymaganiach zamawiającego (Wojewody Podlaskiego) może być uznany za wykonanie całego przedmiotu umowy dotyczącego Zadania Kuźnica Białostocka. Rację miał zatem zamawiający twierdząc, że szkolenia nie zostały przeprowadzone, a tym samym nie wykonano przedmiotu ww. umowy. Brak przeszkolenia personelu użytkownika w zakresie obsługi konkretnego, zainstalowanego w Kuźnicy Białostockiej urządzenia dodatkowo potwierdził okoliczność, iż urządzenie to nie mogło być wykorzystywane przez użytkownika, a tym samym nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu.

Wykorzystywanie urządzenia nie wynika również w żaden sposób z poświadczenia Wojewody Podlaskiego – w poświadczeniu wskazano, że uruchomiono urządzenie (zapewne na potrzeby testów), co nie jest równoznaczne z jego użytkowaniem. Za użytkowanie urządzenia nie można uznać testów prowadzonych w ramach odbioru przedmiotu umowy. W dacie wykonywania testów urządzenie nie mogło posiadać pozwolenia na użytkowanie, a jak wynika z dokumentów przedstawionych przez samego odwołującego, zezwolenie Prezesa PAA dla użytkownika zostało wydane dopiero 27 kwietnia 2020 r., a więc po upływie terminu składania ofert. Urządzenie nie mogłoby być zatem wykorzystywane zgonie z przepisami prawa. Faktyczne użytkowanie urządzenia zgodnie z przepisami prawa jest o tyle istotne, że potwierdza, iż zostało wydane zezwolenie Prezesa PPA – co oznacza, że Prezes PPA nie zgłosił uwag ani zastrzeżeń do dokumentacji i instrukcji urządzenia oraz potwierdza, że całość przedmiotu umowy została wykonana i uzyskano pozwolenie na użytkowanie. Należy pamiętać, że przedmiot umowy to nie tylko skaner, ale cały zespół urządzeń i infrastruktury

technicznej (budowlanej), która podlega odbiorom przez organy administracji w toku uzyskiwania pozwolenia na użytkowanie. W przeciwnym wypadku mogłoby się okazać, że urządzenie zostało oddane, ale nie może funkcjonować z powodu niewystarczających informacji w instrukcji obsługi (PAA), błędów projektowych/konstrukcyjnych. Z dokumentów przedstawionych przez zamawiającego (pismo z dnia 22 czerwca 2020 r.) dodatkowo wynika, że zadanie referencyjne zostało przekazane użytkownikowi 17 czerwca 2020 r. Tym samym złożone przez odwołującego dowody nie mogły stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

Skład orzekający pominął także dowód złożony przez odwołującego na posiedzeniu w postaci wydruku z systemu zgłaszania usterek urządzenia referencyjnego w Kuźnicy Białostockiej. Wydruk ten w bardzo wąskim i ograniczonym zakresie odnosił się do okoliczności testowania referencyjnego urządzenia i nie mógł stanowić potwierdzenia tylko jedynego problemu jaki pojawił się w tym zakresie.

W związku z powyższym Izba uznała, że nie znalazły potwierdzenia zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp oraz § 2 ust. 4 pkt 1 Rozporządzenia oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp postawione w pkt 1 i 2 *petitum* odwołania.

Tym samym w wyniku potwierdzenia się zasadności wykluczenia odwołującego z postępowania zamawiający nie naruszył dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

W konsekwencji oddalenia wszystkich powyżej wskazanych zarzutów nie mógł znaleźć potwierdzenia zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż w ocenie Izby zamawiający w kontekście okoliczności przedmiotowego odwołania wybrał ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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

(t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: