

WYROK

z dnia 18 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 grudnia 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 grudnia 2012 r.

przez wykonawcę: **Eckert & Ziegler BEBIG S.A. z siedzibą w Seneffe (Belgia)**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Specjalistyczny w Brzozowie Podkarpacki Ośrodek Onkologiczny im. ks. B. Markiewicza z siedzibą w Brzozowie.**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Eckert & Ziegler BEBIG S.A. z siedzibą w Seneffe (Belgia) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b 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 **Krośnie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny w Brzozowie Podkarpacki Ośrodek Onkologiczny im. ks. B. Markiewicza z siedzibą w Brzozowie – 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 aparatury i sprzętu medycznego do brachyterapii* (oznaczenie sprawy Sz.S.P.O.O. SZPiGM 3820/73/2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2012/S_224-369409 z 29 września 2012 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.szpital-brzozow.pl), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwanej również dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 1.938.456,14 zł, co stanowi równowartość 482.251,00 euro.

30 listopada 2012 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Eckert & Ziegler BEBIG S.A. z siedzibą w Seneffe (Belgia) – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w zakresie części nr I (*dostawa aparatu do brachyterapii HDR z pełnym zestawem aplikatorów i unieruchomień 1 sztuka*). Zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez RTA VC sp. z o.o. spółkę komandytową z siedzibą w Warszawie, natomiast Odwołujący został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Zamawiający podał uzasadnieniu faktycznym, że zgodnie z ppkt 19 pkt 7 SIWZ wymagał przedłożenia zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na prowadzenie działalności związanej z narażeniem na promieniowanie jonizujące, a więc na produkcję, instalowanie, stosowanie i obsługę urządzeń zawierających źródła promieniotwórcze oraz obrót tymi urządzeniami, potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie załączył do oferty takiego dokumentu wystawionego na siebie oraz nie dokonał uzupełnienia w wyznaczonym na godz. 14:00 30 listopada 2012 r. terminie, a tym samym nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

10 grudnia 2012 r. Odwołujący wniósł za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie: art. 22 ust. 1 pkt 1, art. 25 ust. 1, art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp w zw. z art. 4 ust. 1 pkt 4 Prawa atomowego – przez wykluczenie

Odwołującego z postępowania ze względu na brak posiadania przez niego zezwolenia Prezesa Agencji Atomowej na prowadzenie działalności związanej z narażeniem na promieniowanie jonizujące, w sytuacji, gdy Odwołujący nie jest zobowiązany do posiadania takiego zezwolenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny i badania oferty oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzut przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesione odwołanie.

Odwołujący podał, że warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania uprawnień ma następujące brzmienie: *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: Posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania,*

– *zamawiający w zakresie części nr 1 przedmiotu zamówienia stwierdzi spełnienie powyższego warunku na podstawie zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na prowadzenie działalności związanej z narażeniem na promieniowanie jonizujące, a więc na produkcję, instalowanie, stosowanie i obsługę urządzeń zawierających źródła promieniotwórcze oraz obrót tymi urządzeniami,*

– *zamawiający w zakresie części nr 2 i 3 przedmiotu zamówienia stwierdzi spełnienie powyższego warunku na podstawie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ.*

Odwołujący wyjaśnił, że postawiony w ten sposób warunek i opis dokonania oceny jego spełnienia był wynikiem zmiany postanowień SIWZ dokonanej na podstawie art. 38 ust. 4 pzp 2 października 2012 r.

Zdaniem Odwołującego sformułowany przez Zamawiającego opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności nie może stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania, gdyż obowiązujące przepisy Prawa atomowego nie nakładają – na podmiot prowadzący działalność o takim charakterze jak Odwołujący – obowiązku posiadania zezwolenia wskazanego w tym opisie. Przyjęty przez Odwołującego sposób wykonywania działalności gospodarczej nie wiąże się bowiem z narażeniem na promieniowanie jonizujące.

Stosownie do art. 1 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe, ustawa ta określa działalność w zakresie pokojowego wykorzystywania energii atomowej związaną z rzeczywistym i potencjalnym narażeniem na promieniowanie jonizujące od sztucznych źródeł promieniotwórczych, materiałów jądrowych, urządzeń wytwarzających

promieniowanie jonizujące, odpadów promieniotwórczych i wypalonego paliwa jądrowego. Pojęcie „narażenia” na promieniowanie jonizujące zostało zdefiniowane w art. 3 pkt 15 tej ustawy jako proces, w którym organizm ludzki podlega działaniu promieniowania jonizującego. Natomiast „zagrożenie (narażenie potencjalne)” to – zgodnie z art. 3 pkt 53 tej ustawy – narażenie, które może nastąpić, przy czym prawdopodobieństwo jego wystąpienia może być wcześniej oszacowane. Definicja pojęcia „zagrożenie” koresponduje z definicją pojęcia „potencjalne narażenie” zawartą w art. 1 Dyrektywy Rady nr 96/29 z dnia 13 maja 1996 r. ustanawiającej podstawowe normy bezpieczeństwa w zakresie ochrony zdrowia pracowników i ogółu społeczeństwa przed zagrożeniami wynikającymi z promieniowania jonizującego (Dz. U. UE L. z 1996 r. Nr 159, s. 1) – jako narażenie, którego pojawienie się nie jest pewne, ale prawdopodobne, które można określić wcześniej.

Odwołujący stwierdził, że choć z zestawienia definicji „narażenia” i „potencjalnego narażenia” wynika, że w przypadku potencjalnego narażenia pojawienie się narażenia nie jest pewne, niemniej prawdopodobieństwo tego, że dana działalność doprowadzi do napromienienia organizmu ludzkiego musi być tego rodzaju, że jest możliwe jej oszacowanie. Z kolei przepis art. 4 ust. 1 pkt 4 Prawa atomowego stanowi, że wykonywanie działalności związanej z narażeniem, polegającej na produkowaniu, instalowaniu, stosowaniu i obsłudze urządzeń zawierających źródła promieniotwórcze oraz obrocie tymi urządzeniami – wymaga zezwolenia.

Odwołujący wywiódł, że niewątpliwie prowadzi działalność związaną z obrotem źródłami promieniotwórczymi, niemniej działalność ta nie jest związana z narażeniem, nawet potencjalnym, na promieniowanie jonizujące osób postronnych i jego pracowników. Działalność Odwołującego nie wiąże się bowiem z przejściem przez niego w posiadanie źródeł promieniotwórczych. Według Odwołującego występuje on wyłącznie jako autoryzowany przedstawiciel wytwórcy w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych, tj. jako podmiot wyznaczony przez wytwórcę do działania w jego imieniu. Według Odwołującego w praktyce obrotem – wymagającym zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki – systemów do brachyterapii oraz instalacją źródeł radioaktywnych zajmuje się więc Eckert & Ziegler BEBIG GmbH. Jak wskazywał Odwołujący w załączonym do oferty oświadczeniu, Eckert & Ziegler BEBIG GmbH jest jego spółką córką, w której zakres działalności wchodzi produkcja, instalowanie i obsługa urządzeń zawierających źródła promieniotwórcze. W zakresie działalności Odwołującego mieści się jedynie pozyskiwanie w całej Europie kontrahentów zainteresowanych zakupem systemów do brachyterapii oraz zawieranie z nimi umowy sprzedaży we własnym imieniu. Zakupiony produkt jest przygotowywany do wysyłki w fabryce należącej do Eckert & Ziegler BEBIG GmbH, skąd transportowany jest do miejsca docelowego montażu przez podmiot

posiadający stosowne zezwolenia na transport źródeł promieniowania jonizującego. Następnie, w miejscu działania kupującego, urządzenie to jest montowane przez pracowników spółki córki Eckert & Ziegler BEBIG GmbH. Z kolei pozwolenie na stosowanie urządzeń zawierających źródła promieniowania – w opisanej sytuacji – pozyskuje sam Zamawiający. Odwołujący podał, że taki sposób dostawy systemów do brachyterapii (tj. występowanie Odwołującego jako autoryzowanego przedstawiciela wytwórcy urządzenia, bez kontaktu fizycznego z samym urządzeniem pracowników Odwołującego) od wielu lat jest z powodzeniem jest praktykowany przez niego w całej Europie, a obecnie również w Polsce. Odwołujący szczególnie podkreślił, że w żadnym z krajów Europy nie wymagano dotychczas od niego posiadania własnego pozwolenia na obrót urządzeniami zawierającymi źródła promieniowania.

Odwołujący podsumował, że niewątpliwie abstrakcyjnie ujmowany obrót systemów do brachyterapii oraz instalacja źródeł radioaktywnych wiąże się z potencjalnym narażeniem na promieniowanie jonizujące, niemniej obrót wykonywany przez niego takiego charakteru nie ma, gdyż jest jedynie pośrednikiem w obrocie wyrobu medycznego i to takim, który nie ma żadnego fizycznego kontaktu ze źródłami radioaktywnymi.

Ponadto Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Natomiast art. 22 ust. 4 pzp stanowi, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Jak wyjaśniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 26 sierpnia 2011 r. (sygn. akt KIO 1721/11): *w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp zamawiający ma prawo i obowiązek opisanie, jak będzie oceniał ich spełnianie przez wskazanie minimalnych wymagań, które muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Zamawiający kształtując ten opis, aby nie narazić się na zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękąmi należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, poprzez wprowadzanie nadmiernych i wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu.*

Odwołujący ocenił, że Zamawiający był uprawniony do postawienia warunku polegającego na konieczności posiadania przez wykonawcę zezwolenia na prowadzenie działalności z narażeniem na promieniowanie jonizujące. Jednak w konkretnych okolicznościach niniejszej sprawy warunek ten nie może być podstawą do wyciągnięcia

negatywnych skutków dla Odwołującego w postaci wykluczenia z postępowania, skoro przepisy prawa nie nakładają na Odwołującego – przy przyjętym przez niego sposobie wykonania zamówienia – obowiązku posiadania przedmiotowego zezwolenia. Z tego względu – w ocenie Odwołującego – wymaganie od niego tego zezwolenia, jako sprzeczne z prawem, nie może wywoływać jakichkolwiek skutków prawnych.

Zdaniem Odwołującego stanowisko takie znajduje uzasadnienie w wyroku z 9 czerwca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 969/10, w którym Izba wyjaśniła, że *żądanie przez zamawiającego jakichkolwiek dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, które nie zostały ujęte w katalogu dokumentów przewidzianych przepisami rozporządzenia w sprawie dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane, jest niezgodne z bezwzględnie obowiązującą dyspozycją art. 25 ust. 1 Pzp i jako takie nie może wywoływać jakichkolwiek skutków prawnych.* Według Odwołującego Izba wyraziła w ten sposób, że nie można wykluczyć z postępowania wykonawcy, który nie przedstawił dokumentu wymaganego w SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowania – niezależnie od tego, czy wykonawca ten zaskarżył zapisy SIWZ lub wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu – jeżeli wymóg ten został skonstruowany przez zamawiającego w sposób sprzeczny z prawem. Natomiast w wyroku z 19 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1268/09) Izba stwierdziła wprost: *Niewątpliwie postępowanie o udzielenie zamówienia należy do kategorii zdarzeń prawnych określonych w prawie cywilnym materialnym jako czynności prawne. Zgodnie zaś z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W przedmiotowej sprawie zamawiający w siwz zawarł zapisy sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. (...) W tej sytuacji zastosowanie znajdzie art. 58 K.c., który w § 1 stanowi, iż czynność prawna sprzeczna z ustawą jest nieważna. Stosownie zaś do treści § 3 in principio tegoż artykułu, jeżeli nieważnością jest dotknięta tylko część czynności prawnej, czynność pozostaje w mocy co do pozostałych części. Nieważna czynność prawna (lub jej część) jest nieważnością bezwzględną, co oznacza, że czynność ta nie wywołuje żadnych skutków prawnych i każdy, kto ma w tym interes prawny, może się na tę nieważność powołać.* Odwołujący podał, że podobne stanowisko Izba zajęła w wyroku z 24 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 846/10). Zdaniem Odwołującego warto także przypomnieć wyrok Izby wydany 5 marca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 194/09, w którym stwierdza się: *Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (wyrok Sądu Okręgowego*

w Gliwicach z dnia 23.02.2007 roku, sygn. akt X Ga 23/07). Wskazując na intencje ustawodawcy przy dokonywaniu kolejnych nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych wskazać też należy, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien być postrzegany z uwzględnieniem celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wybór oferty z najniższą ceną, bądź oferty zawierającej najkorzystniejszy bilans cen i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego (art. 91 ust. 2 P/p). Odwołujący ocenił, że w niniejszej sprawie wskazana powyżej reguła postępowania o zamówienie publiczne, nabiera szczególnego znaczenia.

Odwołujący podniósł ponadto, że obok ceny kryteriami oceny ofert w niniejszym postępowaniu były także inne parametry techniczne, które w stopniu najwyższym spełnia produkt oferowany przez Odwołującego. Cechą odróżniającą produkt oferowany przez Odwołującego od produktu oferowanego przez drugiego Wykonawcę - RTA VC sp. z o.o. sp. k. jest bowiem to, że zastosowanym w nim źródłem jonizującym jest źródło Co (Kobalt). Może ono funkcjonować przez 5 lat bez konieczności jego wymiany, podczas gdy źródło Ir (Iryd), na którym bazuje druga oferta – jedynie ok. 3 miesięcy. Zakup aparatu ze źródłem Co-60, na co wskazywał Zamawiający, *...jest w pewnym stopniu korzystniejszy technicznie, organizacyjnie i środowiskowo. Jest to zarówno stabilność źródła w okresie użytkowania, mniejsza ilość przerw w pracy aparatu (i Zakładu Brachyterapii) wynikająca z mniejszej ilości wymian źródeł, mniejsza ilość (w zakresie ilości) wytwarzanych i składowanych odpadów, mniejsza ilość wykonywanych procedur transportowych, a tym samym istotne zmniejszenie ryzyk w zakresie transportu materiałów promieniotwórczych.* W konsekwencji dostarczany przez Odwołującego aparat do brachyterapii pozwoliłoby zaoszczędzić Zamawiającemu ok. 200.000 € w stosunku do aparatu oferowanego przez drugiego Wykonawcę, bazującego na Irydzie 192. Odwołujący podniósł także, że oferowany przez niego aparat jest znacznie bezpieczniejszy w zakresie stosowanych w nim materiałów promieniotwórczych i korzystniejszy dla Zamawiającego z uwagi na mniejszą liczbę przerw w pracy, będzie lepiej spełniał swoją funkcję, jaką jest leczenie schorzeń raka, a zatem jego zakup leży w szeroko pojętym interesie publicznym. W ocenie Odwołującego również z tych względów przyjęty przez Zamawiającego opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może eliminować Odwołującego z postępowania. Zdaniem Odwołującego instrumentalne traktowanie warunków udziału nie może bowiem eliminować z postępowania wykonawców oferujących najtańsze i najlepsze urządzenia, w sytuacji, gdy z obowiązujących przepisów Prawa atomowego nie wynika obowiązek posiadania przez Odwołującego zezwolenia opisanego przez Zamawiającego.

Odwołujący podsumował ten wątek rozważań, że skoro Prawo atomowe nie nakłada na niego obowiązku uzyskania zezwolenia na obrót urządzeniem objętym przedmiotem

zamówienia, a zatem zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp przepis prawa nie nakłada na Odwołującego posiadania przedmiotowego zezwolenia, to jego brak na etapie ubiegania się o zamówienie, nie może powodować negatywnych skutków w postaci wykluczenia z postępowania, w szczególności gdy przedmiotowe zezwolenie nie jest dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, o czym stanowi art. 25 ust. 1 pzp.

Zamawiający przed rozprawą nie wniósł na piśmie lub ustnie do protokołu odpowiedzi na odwołanie.

26 listopada 2012 r. Zamawiający zamieścił kopię odwołania na swojej stronie internetowej. Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego.

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 w tym zakresie odmiennych wniosków na posiedzeniu, Izba przeprowadziła rozprawę, na której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Odwołujący, który nie stawił się na rozprawę, podtrzymał odwołanie w przesłanym przed rozprawą pisemnym stanowisku.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Zamawiającego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron – zawarte w odwołaniu, przesłanym piśmie, a także wyrażone przez Zamawiającego ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole – Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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 Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę, która wedle obowiązujących kryteriów oceny ofert mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Jednocześnie objęte zarzutem odwołania wykluczenie z postępowania naraża Odwołującego na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

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, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, pism pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym na etapie badania ofert, a także z protokołu postępowania.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zarzuty podniesione w odwołaniu i podlegające rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający prawidłowo wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień – zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na prowadzenie działalności związanej z narażeniem na promieniowanie jonizujące, a więc na produkcję, instalowanie, stosowanie i obsługę urządzeń zawierających źródła promieniotwórcze oraz obrót tymi urządzeniami (pkt 3, ppkt 1 oraz pkt 7, ppkt 19 s.i.w.z.).

Odwołujący bezskutecznie usiłuje wywieść, że w jego przypadku sprecyzowany w s.i.w.z. (adekwatnie przytoczony w odwołaniu) warunek udziału w postępowaniu nie znajduje zastosowania. Z jednej strony Odwołujący nie zaprzecza (przynajmniej w niektórych miejscach odwołania), że z uwagi na przedmiot zamówienia – urządzenie medyczne zawierające źródło promieniotwórcze – Zamawiający był uprawniony do żądania od wykonawców wykazania posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności polegającej na produkcji, instalowaniu, stosowaniu i obsłudze oraz obrocie tymi urządzeniami. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego co do abstrakcyjności tego warunku udziału w postępowaniu. Warunek (opis sposobu oceny jego spełnienia) był jednoznaczny – wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w zakresie aparatu do brachyterapii HDR miał obowiązek przedstawić zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na prowadzenie działalności związanej z narażeniem na promieniowanie jonizujące. Nie ulega wątpliwości, że swoboda prowadzenia działalności gospodarczej w tym zakresie podlega ograniczeniom, co wynika już wprost z ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t.j. Dz. U. z 2010 Nr 220, poz. 1447, z późn. zm.). Zgodnie z art. 75 ust. 2 tej ustawy uzyskania zezwolenia albo dokonania zgłoszenia wymaga wykonywanie działalności związanej z narażeniem na działanie promieniowania jonizującego, określonej w ustawie z dnia 29 listopada 2000 r. – Prawo atomowe (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 276,

z późn. zm.). Z kolei z art. 4 ust. 1 Prawa atomowego wynika, że wykonywanie działalności związanej z narażeniem, polegającej między innymi na: produkowaniu, instalowaniu, stosowaniu i obsłudze urządzeń zawierających źródła promieniotwórcze oraz obrocie tymi urządzeniami (pkt 4) czy zamierzonym dodawaniu substancji promieniotwórczych w procesie produkcyjnym wyrobów powszechnego użytku i wyrobów medycznych, wyrobów medycznych do diagnostyki *in vitro*, wyposażenia wyrobów medycznych, wyposażenia wyrobów medycznych do diagnostyki *in vitro*, aktywnych wyrobów medycznych do implantacji, w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107, poz. 679 oraz z 2011 r. Nr 102, poz. 586 i Nr 113, poz. 657), obrocie tymi wyrobami oraz przywozie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i wywozie z tego terytorium tych wyrobów i wyrobów powszechnego użytku, do których dodano substancje promieniotwórcze. Zamawiający we wprowadzonym do treści s.i.w.z. ppkt 1 pkt 3 s.i.w.z. prawidłowo zidentyfikował, że o ile w zakresie pozostałych części zamówienia przepisy prawa nie nakładają obowiązku posiadania uprawnień do wykonywania działalności z nimi związanej, o tyle od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia w zakresie części pierwszej zamówienia należy zażądać przedstawienia stosownego zezwolenia wynikającego z powyżej przywołanych uregulowań Prawa atomowego.

Odwołujący w pierwszej kolejności zupełnie niepotrzebnie przytacza i wyciąga wnioski z definicji zawartych w art. 3 Prawa atomowego, który zawiera wyjaśnienie znaczenia pojęć użytych w tej ustawie, między innymi wyjaśniając co należy rozumieć przez *narażenie* czy *zagrożenie (narażenie potencjalne)*. Odwołujący bezskutecznie usiłuje wywieść, że skoro w art. 4 ust. 1 tej ustawy mowa jest o działalności związanej z narażeniem, to w kompetencji Zamawiającego mieściło się zbadanie, czy sposób prowadzenia działalności gospodarczej przez danego wykonawcę wiąże się, choćby potencjalnie, z *procesem, w którym ludzki organizm podlega działaniu promieniowania jonizującego*. W rzeczywistości przesądził o tym ustawodawca, regulując w Prawie atomowym między innymi działalność w zakresie pokojowego wykorzystania energii atomowej związaną z rzeczywistym i potencjalnym narażeniem na promieniowanie jonizujące od sztucznych źródeł promieniotwórczych i urządzeń wytwarzających takie promieniowanie. W art. 4 ust. 1 określono w sposób wiążący wykonywanie jakiej działalności uznaje się za związaną z narażeniem, wymagając obligatoryjnie zezwolenia na jej prowadzenie. Wyjątki wynikają z wydanego na podstawie art. 6 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 6 sierpnia 2002 r. w sprawie przypadków, w których działalność związana z narażeniem na promieniowanie jonizujące nie podlega obowiązkowi uzyskania zezwolenia albo zgłoszenia, oraz przypadków, w których może być wykonywana na podstawie zgłoszenia (Dz. U. Nr 137, poz. 1153, z późn. zm.). Odwołujący nie powołał się na żaden przepis tego rozporządzenia, który uwalniałby go od obowiązku

uzyskania zezwolenia. Zamiast tego Odwołujący powołał się w przesłanym przed rozprawą piśmie na interpretację przepisów niemieckiego prawa związanego z energią atomową. Zarówno ustawa Prawo atomowe jak i rozporządzenie wykonawcze wiążą istnienie narażenia z poziomem emisji promieniowania określonych przedmiotów, dopuszczając przy jego niższych wartościach poprzestanie na zgłoszeniu prowadzenia działalności związanej z tymi źródłami promieniowania radioaktywnego lub nawet odstąpienie od tego obowiązku. Załączone do oferty Zezwolenie nr D-18336 z 7 listopada 2012 r. ewidentnie potwierdza, że wykonywanie działalności związanej z oferowanym przez Odwołującego urządzeniem HDR-MultiSource produkcji Eckert & Ziegler BEBIG GmbH, zawierającego zamknięte źródła promieniotwórcze (Izotopy promieniotwórcze: Co-60, o aktywności na poziomie 81 GBq; Ir-192, o aktywności na poziomie 481 GBq) – wymaga zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, na mocy art. 4 ust. 1 pkt 4 i 7 Prawa atomowego. Na podstawie tego zezwolenia wspomniany producent może na terenie Polski prowadzić działalność polegającą na instalowaniu i obsłudze tego urządzenia oraz jego obrocie, przywozie (na) i wywozie (z) terytorium Polski jako wyrobu medycznego, do którego dodano substancje promieniotwórcze. Z oczywistych względów – urządzenie jest produkowane poza granicami Polski – zezwolenie nie obejmuje tego początkowego etapu.

Odwołujący, choć przyznaje się do prowadzenia działalności w zakresie obrotu wspomnianym urządzeniem – twierdzi w odwołaniu, że był zwolniony z uzyskania zezwolenia, gdyż po zawarciu umowy wszystkie dalsze czynności zmierzające do wykonania przedmiotu zamówienia wykona jako podwykonawca producent urządzenia. Tymczasem zarówno w pkt 4 jak i 7 ust. 1 art. 4 Prawa atomowego obrót jest wymieniony jako jeden z rodzajów działalności takiego zezwolenia wymagających. Dodatkowo Odwołujący powołuje się, ponownie wyłącznie w zakresie definicji, na odrębną ustawę z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107, poz. 676, z późn. zm.). Tymczasem z przywołanego art. 2 ust. 1 pkt 2 wynika dokładnie tyle, że użyte w tej ustawie określenie *autoryzowany przedstawiciel* oznacza podmiot, mający miejsce zamieszkania lub siedzibę w państwie członkowskim, który jest wyznaczony przez wytwórcę do działania w jego imieniu oraz do którego mogą zwracać się, zamiast do wytwórcy, władze i instytucje państw członkowskich w sprawach obowiązków wytwórcy określonych tą ustawą. Odwołujący nie sprecyzował, na czym miałyby polegać związki pomiędzy wynikającymi z ustawy o wyrobach medycznych obowiązkami, w których sprawie władze i instytucje mogą się zwracać do autoryzowanego przedstawiciela, a wymaganiem posiadania zezwolenia wynikającym z Prawa atomowego. Na marginesie należy zauważyć, że na gruncie ustawy o wyrobach medycznych funkcjonowanie takiego przedstawiciela oznacza egzekwowanie od niego – zamiast od producenta – dopełnienia określonych w tej ustawie obowiązków, a zatem *de facto* nie jest to

pożądany przez Odwołującego kierunek argumentacji. Nie jest również oczywiste, czy ze złożonej oferty wynika, że niemiecka spółka-córka Odwołującego ma być podwykonawcą. Nie sposób wywodzić tego wyłącznie na podstawie załączenia do oferty wspomnianego powyżej zezwolenia. Natomiast przed terminem składania ofert Odwołujący dostał ogólne oświadczenie, zawierające wyjaśnienie, że Eckert & Ziegler BEBIG GmbH jest spółką córką Eckert & Ziegler BEBIG S.A. zajmującą się produkcją, przechowywaniem, transportem oraz instalacją systemów do brachyterapii i źródeł radioaktywnych, a spółka matka reprezentuje spółkę córkę i sprzedaje jej produkty na całym świecie. O ile można by uznać, że stanowi to wyraz wskazania zakresu podwykonawstwa (w bardzo szerokim zakresie), o tyle nie ma wątpliwości, że oferta została złożona przez Odwołującego działającego we własnym imieniu, a nie jako pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ma to kluczowe znaczenie, gdyż Odwołujący argumentacją odwołania usiłuje obejść obowiązującą zasadę, że to wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma spełniać warunki udziału w postępowaniu – zмирzając do jej zastąpienia wykazaniem spełnienia warunku w zakresie uprawnień przez podwykonawcę. Odwołujący bezskutecznie usiłuje w ten sposób uzyskać przyzwolenie na obejście przepisów art. 22 ust. 1 pkt 1 i art. 26 ust. 2a pzp, gdyż nie ma wyjątków od zasady, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany do wykazania spełniania przez siebie warunków udziału w postępowaniu. Uzasadnieniem tego ma być sposób prowadzenia działalności gospodarczej przez grupę spółek zależnych od Odwołującego. Izba zważyła, że w tych okolicznościach Odwołujący mógł złożyć ofertę w konsorcjum ze swoją spółką zależną, która niewątpliwie dysponuje zezwoleniem na pełny zakres czynności niezbędnych dla wykonania zamówienia dotyczącego dostawy urządzenia do brachyterapii. Jednak Odwołujący złożył ofertę samodzielnie i nie może po złożeniu oferty domagać się od Zamawiającego przeprowadzenia oceny spełniania przez niego warunku tak, jakby złożył ofertę wspólnie ze spółką niemiecką. Analogicznie w toku badania ofert Odwołujący nie mógł oczekiwać, że Zamawiający uwzględni alternatywny wniosek o umożliwienie złożenia zezwolenia, o które Eckert & Ziegler BEBIG S.A. dopiero miał wystąpić. Nie wiadomo również na jakiej podstawie Odwołujący twierdzi w przesłanym przed rozprawą piśmie, że Zamawiający przyjął założenie niedozwolonego posługiwania się potencjałem innego podmiotu w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Nic takiego nie wynika z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu z postępowania przesłanego Odwołującemu ani z pozostałej dokumentacji postępowania prowadzonej przez Zamawiającego.

Wbrew niektórym twierdzeniom zawartym w odwołaniu, w niniejszej sprawie ma również znaczenie, że Odwołujący dopiero po wykluczeniu go z postępowania zaczął

kwestionować postanowienia treści s.i.w.z. wprowadzone zmianą z 2 października 2012 r. Niezależnie od powyższych rozważań, Izba na tym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie byłaby uprawniona do negatywnej oceny przydatności czy celowości zezwolenia zażądanego przez Zamawiającego w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Wszelkie zarzuty odwołania w tym zakresie należy uznać za spóźnione. Jak to słusznie zauważono w uzasadnieniu wyroku Izby z 14 lutego 2012 r. (sygn. akt KIO 225/12) na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego po złożeniu ofert zgodność czynności zamawiającego (czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej) – należy oceniać według obowiązujących postanowień s.i.w.z. Natomiast nieuprawnione jest na tym etapie kwestionowanie zasadności wprowadzenia określonych wymagań s.i.w.z., według których ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu była *de facto* dokonywana. Należy również zauważyć, że ponieważ wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne, Zamawiający z mocy art. 26 ust. 1 miał obowiązek zażądać od wykonawców dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku dotyczącego posiadania uprawnień w zakresie wynikającym z Prawa atomowego.

Izba stwierdziła, że wszystkie przywoływane przez Odwołującego orzeczenia nie dotyczą okoliczności choćby zbliżonych do występujących w rozstrzyganej sprawie. W szczególności wyrok z 24 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 846/10) i wyrok z 19 października 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1268/09) dotyczyły uznania za niewiążące na etapie badania ofert postanowień s.i.w.z. wymagających od wykonawców złożenia na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu dokumentów wykraczających poza zamknięty katalog wynikający z obowiązującego rozporządzenia wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 pzp. Również przywołane w przesłanym piśmie orzeczenia dotyczą problemów, które nie wystąpiły w rozstrzyganej sprawie, gdyż nie było wątpliwości co do treści warunku udziału w postępowaniu, który był jednoznaczny. Odwołujący nie może się zresztą zdecydować, czy postanowienia s.i.w.z. podważa jako niewiążące (orzeczenia przywołane w odwołaniu), czy też uznaje je za prawidłowe i stanowiące podstawę do oceny zasadności wykluczenia go z postępowania (teza sformułowana w późniejszym piśmie z powołaniem się na wyrok Izby z 13 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 624/12). Odwołujący w sposób nieuzasadniony okolicznościami sprawy powołuje się na pochodzącą z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 r. (sygn. akt X Ga 23/07/za) tezę, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad wynikających z art. 7 ust. 1 pzp. Została ona wypowiedziana na gruncie konkretnej sprawy, w odniesieniu do zupełnie innego stanu faktycznego (dotyczącego błahej niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z.) i nie może być bezkrytycznie przenoszona na dowolne stany faktyczne dotyczące odstępiania od wyboru

oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma jednak charakter sformalizowany, co w szczególności przejawia się w ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie dostrzega, że w istocie domaga się pominięcia warunków ustalonych tym postępowaniu i specjalnego traktowania z uwagi na swój sposób prowadzenia działalności gospodarczej, której nie chciał do nich dostosować. Z tego względu wywody odwołania – dotyczące zalet i przewag oferowanego urządzenia – nie mają merytorycznego powiązania z rozstrzyganą sprawą, która dotyczy spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie oceny złożonej oferty.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), obciążając Odwołującego kosztami niniejszego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Przewodniczący: