

WYROK
z dnia 18 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka
Jolanta Markowska
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2022 r. przez odwołującego: wykonawcę P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

- A. wykonawcy Nuctech Warsaw Company Limited Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark Spółka Akcyjna z siedzibą w Złotkowie oraz Anglosec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark Spółka Akcyjna z siedzibą w Złotkowie oraz Anglosec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

oznaczonych w odwołaniu nr 1 - 4.

2. W zakresie pozostałych zarzutów oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawcę P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zakup i instalacja 4 szt. Urządzeń EDS (Explosive Detection System) co najmniej normy 3.1 do Sortowni 1 (Strefa AB) wraz z integracją z systemem BHS”, nr ref. 134/PN/ZP/TLLZP/22 (dalej jako „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 lipca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 141-404781.

I. W dniu 31 października 2022 r. wykonawca P. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. S. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. i Anglosec Sp. z o. o. (dalej jako „Konsorcjum”) w Postępowaniu, w zakresie:
 - a) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum i uznania, że oferta jest zgodna z SWZ w zakresie:
 - i. wymogu zagwarantowania dostępności części zamiennych oraz złożenia przedmiotowych środków dowodowych zgodnie z wymogiem z pkt 6.24 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „SOPZ”),
 - ii. wymogu złożenia dokumentacji technicznej w postaci projektu wstępnego montażu – dokument złożony przez Konsorcjum nie nosi znamion dokumentacji technicznej,
 - iii. zaproponowanego sposobu montażu i wyboru oferowanego urządzenia EDS, podczas gdy zaoferowany projekt montażu jest niemożliwy do wykonania z uwagi na gabaryty urządzenia;
 - iv. sposobu realizacji i podmiotu wykonującego prace montażowe urządzeń,
 - b) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum i uznania, że Konsorcjum wykazało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej – w zakresie

- zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki dla tego partnera Konsorcjum, który wykona prace związane z uruchomieniem maszyn EDS;
2. wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej, pomimo iż podlegała ona odrzuceniu jako złożona przez podmiot niespełniający warunków udziału w postępowaniu, oraz niespełniająca wymogów określonych w SWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”: art. 362 pkt 1 ustawy Pzp w związku z:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz pkt 6.24 SOPZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż na etapie składania ofert Konsorcjum nie złożyło przedmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w pkt 6.24 SOPZ tj. deklaracji producenta urządzeń EDS potwierdzającego dostępność części zamiennych przez minimum 10 lat od daty wykonania zamówienia, którego możliwość uzupełnienia nie została przewidziana w dokumentach zamówienia [dalej jako: *zarzut oznaczony w odwołaniu nr 1*];
2. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z p. 6.24 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, w której złożona oferta nie obejmuje deklaracji producenta urządzeń EDS ws. dostępności części zamiennych przez minimum 10 lat od daty wykonania zamówienia [dalej jako: *zarzut oznaczony w odwołaniu nr 2*];
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, w której oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem z uwagi na dostępną wysokość w rejonie EDS wykazaną w obmiarze geodezyjnym stanowiącym załącznik do SWZ nie jest możliwe wykonanie robót wykazanych we wstępnym planie montażu, w sposób uwzględniający uwarunkowania przestrzenne i odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego co do zakresu ingerencji w istniejącą infrastrukturę [dalej jako: *zarzut oznaczony w odwołaniu nr 3*];
4. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, w której oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem Konsorcjum nie zapewniło wymaganego światła przejazdu 236 cm określonej w pkt 7.2 opisu przedmiotu zamówienia [dalej jako: *zarzut oznaczony w odwołaniu nr 4*];
5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z rozdz. V pkt. 1 pkt 2 b) SWZ – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji, w której lider Konsorcjum wskazał, że jest odpowiedzialny za cały zakres prac, podczas gdy nie posiada

zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na montaż oferowanych urządzeń EDS, zaś partner konsorcjum Anglosec Sp. z o. o. został wskazany wyłącznie jako dostawca urządzeń, a ich montaż powierzono innym podmiotom – przez co nie wykazano spełnienia warunków udziału w postępowaniu [dalej jako: *zarzut oznaczony w odwołaniu nr 5*];

6. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp – poprzez nieuprawnione faworyzowanie Konsorcjum, polegające na bezkrytycznym uznaniu złożonej oferty za zgodną z SWZ, pomimo istniejących i sygnalizowanych Zamawiającemu wątpliwości w tym zakresie, podczas gdy w na podstawie głosownych zarzutów Konsorcjum, oferta Odwołującego była uznawana za wadliwą; ujawnianiu Konsorcjum informacji o decyzjach podjętych w postępowaniu z wyprzedzeniem względem Odwołującego; utrudnianiu Odwołującemu dostępu do dokumentacji postępowania [dalej jako: *zarzut oznaczony w odwołaniu nr 6*].

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenia oferty Konsorcjum jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz złożonej przez podmiot niespełniający warunków udziału w Postępowaniu,
- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert niepodlegających odrzuceniu.

Dodatkowe stanowisko w sprawie Odwołujący przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 15 listopada 2022 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 15 listopada 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 1 – 4 jako zarzutów podniesionych po upływie terminu określonego w ustawie, a w przypadku nieuwzględniania przez Izbę tego wniosku - wniósł o oddalenie tych zarzutów. Ponadto Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów oznaczonych nr 5 – 6.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosili następujący wykonawcy:

- wykonawca Nuctech Warsaw Company Limited Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (po stronie odwołującego),
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Dimark Spółka Akcyjna z siedzibą w Złotkowie oraz Anglosec spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie - Konsorcjum (po stronie zamawiającego).

W piśmie wniesionym w dniu 16 listopada 2022 r. Konsorcjum przedstawiło stanowisko w sprawie. Konsorcjum wniosło o odrzucenie odwołania, wskazując na podniesienie zarzutów oznaczonych nr 1 – 4 po upływie terminu określonego w ustawie, względnie – o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba uznała, że w zakresie zarzutów oznaczonych nr 1 – 4 odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp. Izba stwierdziła, że ww. zarzuty zostały podniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Uzasadniając zachowanie terminu do wniesienia odwołania Odwołujący wskazał: *Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 21 października 2022 r. Tym samym, odwołanie wniesione w dniu 31 października 2022 r. jest odwołaniem wniesionym z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu. Jednocześnie Odwołujący wyjaśnia, że na wcześniejszych etapach Postępowania dwukrotnie składał do Krajowej Izby Odwoławczej, podnosząc w nich zarzuty dotyczące złożonej przez Konsorcjum oferty. W sprawie obydwu wspomnianych odwołań, zarejestrowanych pod sygn. akt KIO 2488/22 i 2736/22, Krajowa Izba Odwoławcza odmówiła merytorycznego rozpoznania zarzutów objętych zakresem niniejszego odwołania – wskazując, że dotyczą one czynności oceny oferty Konsorcjum, które nie zostały jeszcze dokonane lub o których wyniku Zamawiający nie informował wykonawców na wcześniejszych etapach Postępowania. Mając na uwadze powyższe, konieczne jest merytoryczne rozstrzygnięcie kwestii podnoszonych w niniejszym odwołaniu, z uwagi na prawo Odwołującego do skorzystania ze środków odwoławczych, gwarantowane zarówno w Dziale XI PZP, w Dyrektywie 2007/66/WE z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającej dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz.UE L 335 z 20.12.2007, s. 31), jak i w art. 45 w zw. z art. 2 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.*

W świetle powyższego stanowiska Odwołującego za istotne należy uznać następujące zagadnienia, tj. (1) zasady liczenia terminu na wniesienie odwołania wobec zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty innego wykonawcy w przypadku prowadzenia postępowania z zastosowaniem aukcji elektronicznej, jak również (2) zagadnienie związania orzeczeniami Izby wydanymi na wcześniejszym etapie postępowania oraz prawo wykonawcy do korzystania ze środków odwoławczych.

W odniesieniu do pierwszego z ww. zagadnień należy wskazać, że jak wynika z przepisów dotyczących ustalania terminów na wniesienie odwołania ustawodawca kierował się w tym zakresie m.in. zasadą, że odwołanie powinno być wnoszone w możliwie najwcześniejszym terminie. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 13 maja 2021 r. (XXIII Zs 28/21): *celem zasady koncentracji środków ochrony prawnej jest zapewnienie sprawnego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co sprzyja terminowemu dokonywaniu wydatków publicznych. (...).*

Zgodnie z przepisem art. 515 ust. 3 ustawy Pzp (odpowiednik art. 182 ust. 3 ustawy Pzp z 2004 r.) odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie: 1) 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne; 2) 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 28 lutego 2013 r. (III CZP 107/12) *w sytuacji gdy wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego poweźmie wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania przed dniem przesłania mu przez zamawiającego informacji o kwestionowanej czynności, bieg terminu do wniesienia odwołania liczy się według zasad określonych w art. 182 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).* Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu ww. uchwały *Termin do złożenia odwołania określony w art. 182 ust. 3 ZamPublU rozpocznie zatem swój bieg w dniu, w którym wykonawca uzyskał lub przy zachowaniu należytej staranności mógł uzyskać wiedzę o podjętych przez zamawiającego zaskarżalnych czynnościach, co do których (uprzednio) zamawiający nie przesłał informacji (art. 182 ust. 1 ZamPublU). Bez znaczenia jest przy tym to, czy czynności, o których uzyskał informację wykonawca należą do kategorii czynności objętych obowiązkiem informacyjnym czy też nie. Artykuł 182 ust. 3 ZamPublU ma zastosowanie wobec braku aktywności*

informacyjnej zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w odniesieniu do wszystkich czynności zaskarżalnych podjętych w toku postępowania przetargowego.

Natomiast zgodnie z przepisem art. 232 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. Zaproszenie do aukcji elektronicznej następuje zatem po przeprowadzeniu przez zamawiającego czynności badania ofert w zakresie zaistnienia podstaw do ich odrzucenia. W związku z tym kluczowe znaczenie dla ustalenia terminu na wniesienie odwołania wobec czynności zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy i w konsekwencji nieprawidłowego zaproszenia tego wykonawcy do udziału w aukcji elektronicznej ma czynność aukcji elektronicznej. Zgodnie z przepisem art. 232 ust. 2 ustawy Pzp w zaproszeniu zamawiający obowiązany jest poinformować wykonawcę o wyniku badania i oceny oferty tego wykonawcy, do którego zaproszenie jest kierowane. Wskazany obowiązek informacyjny nie dotyczy wyniku badania i oceny ofert pozostałych wykonawców. Jeżeli zatem informacja o wynikach badania i oceny pozostałych ofert nie została wykonawcy przekazana na etapie pomiędzy zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej a przeprowadzeniem aukcji, informację w tym zakresie wykonawca uzyskuje wraz z rozpoczęciem aukcji. Termin na wniesienie odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy winien być zatem liczony najpóźniej od przeprowadzenia aukcji elektronicznej, jeżeli informacja o wynikach badania i oceny ofert innych wykonawców nie została danemu wykonawcy przekazana wcześniej, a wykonawca dochował w tym względzie należytej staranności.

W niniejszej sprawie wystosowane przez zamawiającego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej zawierały, zgodnie z przepisem art. 232 ust. 2 ustawy Pzp, informacje wyłącznie o indywidualnym wyniku badania i oceny oferty danego wykonawcy. Natomiast aukcja elektroniczna została przeprowadzona w dniu 27 września 2022 r., a zatem najpóźniej od tej daty należało liczyć termin na wniesienie odwołania w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na niespełnienie wymagań przedmiotowych (wobec zastosowania w postępowaniu procedury określonej w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp). Niemniej jednak, w treści odwołania wniesionego w sprawie o sygn. akt KIO 2488/22 Odwołujący sam wskazał, że informację o zaniechaniu przez Zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum powziął jeszcze na etapie poprzedzającym przeprowadzenie aukcji, tj. z zaproszenia do udziału w aukcji z dnia 21 września 2022 r. W świetle powyższych okoliczności nie powinno budzić wątpliwości, że podniesienie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum z uwagi na niespełnienie wymagań

przedmiotowych (zarzuty oznaczone nr 1 – 4) w dniu 31 października 2022 r., podczas gdy zaproszenie do udziału w aukcji miało miejsce w dniu 21 września 2022 r. , a aukcja została przeprowadzona w dniu 27 września 2022 r. – należy uznać za spóźnione. W odniesieniu do zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 3 – 4 Konsorcjum w piśmie wniesionym w dniu 16 listopada 2022 r. przedstawiło stanowisko, że pomimo udostępnienia Odwołującemu projektu wstępnego Konsorcjum w dniu 5 października 2022 r. podniesienie ww. zarzutów było możliwe na wcześniejszym etapie postępowania, tj. w terminie liczonym od pozyskania przez Odwołującego informacji o wyniku badania i oceny oferty Konsorcjum. W piśmie tym Konsorcjum wskazało, że *„cała retoryka Odwołującego sprowadza się do tezy, że urządzenie EDS produkcji SMITHS DETECTION model HI-SCAN 10080 XCT o standardowych wymiarach, nie zmieści się ze względu na jego wysokość, w istniejącej aktualnie przestrzeni sortowni, tj. na istniejącej antresoli (podeście technicznym). (...) Warto bowiem uwypuklić, że w treści odwołania z dnia 17 października 2022 roku (sygn. akt KIO 2736/22), Odwołujący wskazał, że wymiary standardowego urządzenia produkcji SMITHS DETECTION model HI-SCAN 10080 XCT są ogólnodostępne, a do pisma procesowego z dnia 24 października 2022 roku (sygn. akt KIO 2736/22) dołączył pobraną z Internetu informację techniczną standardowego urządzenia produkcji SMITHS DETECTION model HI-SCAN 10080 XCT zawierającą jej wymiary. (...) Łącząc tę okoliczność, z faktem, że część SWZ był operat geodezyjny oraz rzut antresoli (podestu technicznego), stanowiące odpowiednio załącznik nr 7 i 8 do SWZ, zawierające rzędne przestrzeni, w której mają zostać zamontowane urządzenia EDS, zarzut ewentualnego niezamieszczenia się urządzenia EDS produkcji SMITHS DETECTION model HI-SCAN 10080 XCT o standardowych wymiarach w istniejącej aktualnie przestrzeni sortowni, tj. na istniejącej antresoli (podeście technicznym) należało podnieść w odwołaniu wniesionym najpóźniej do dnia 03 października 2022 r.”*. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie stanowiska przeciwnego. Nawet jeżeliby uznać, że termin na podniesienie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 3-4 winien być liczony od daty udostępnienia Odwołującemu projektu wstępnego (5 października 2022 r.), to i tak nie zmieniałoby to oceny, że podniesienie ww. zarzutów w dniu 31 października 2022 r. należy uznać za spóźnione. Trzeba dodać, że termin do wniesienia odwołania (podniesienia zarzutów) jest terminem zawitym. Przepisy ustawy Pzp nie regulują instytucji przywrócenia tego terminu czy „przesunięcia” go na inny etap postępowania o udzielenie zamówienia.

Należy również dodać, że ww. stanowisko dotyczące zasad liczenia terminu na wniesienie odwołania wobec czynności zaniechania odrzucenia oferty innego wykonawcy w przypadku prowadzenia postępowania z zastosowaniem aukcji elektronicznej było już wielokrotnie

przedstawiane w orzecznictwie Izby, tak jak miało to miejsce m.in. w sprawie o sygn. akt KIO 2622/22.

Wymaga jednak podkreślenia, że prawo do rozpoznania ww. zarzutów w ramach obecnego postępowania odwoławczego odwołujący wywodził przede wszystkim z faktu odmowy przez Izbę merytorycznego rozpatrzenia tych zarzutów w ramach wcześniejszych postępowań odwoławczych (oddalenie zarzutów wyrokiem z dnia 10 października 2022 r., KIO 2488/22, oraz umorzenie postępowania odwoławczego postanowieniem z dnia 26 października 2022 r. KIO 2736/22). W ramach stanowiska ustnego przedstawionego na posiedzeniu Odwołujący powołał się na prawo wykonawcy do skorzystania ze środków odwoławczych, wynikające zarówno z przepisów ustawy Pzp, prawa unijnego, jak i Konstytucji RP. Wskazał, że Zamawiający na wcześniejszych etapach postępowania nie informował o dokonaniu oceny Konsorcjum. Stwierdził również, że wyrok wydany w sprawie sygn. akt: KIO 2488/22 jest prawomocny i obowiązuje wszystkich. Ponadto przystępujący po stronie odwołującego wykonawca Nuctech Warsaw Company Limited Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie powołał się na przepis art. 365 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego („KPC”), który w jego ocenie, mimo braku odesłania w ustawie Pzp do stosowania przepisów KPC, winien mieć w sprawie zastosowanie z uwagi na regulację art. 562 ustawy Pzp.

Odnosząc się do powyższego stanowiska należy wskazać, co następuje:

Prawo wykonawcy do rozpatrzenia zarzutów wobec czynności i zaniechań zamawiającego gwarantowane jest nie tylko przepisami dotyczącymi wnoszenia odwołań podlegających rozpoznaniu Krajowej Izby Odwoławczej, lecz również przepisami regulującymi prawo wniesienia skargi na orzeczenie Izby do Sądu Okręgowego – sądu zamówień publicznych. Jak wynika z treści odwołań wniesionych przez Odwołującego w sprawach o sygn. akt KIO 2488/22 oraz KIO 2736/22 odwołujący przedstawiał odmienne – od zajętego w tych sprawach przez Izbę - stanowisko w zakresie sposobu liczenia terminów na podniesienie zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Nie zgadzając się z zapadłymi w tych sprawach rozstrzygnięciami Odwołujący powinien był je zaskarżyć do Sądu Okręgowego. Jak była już o tym mowa powyżej, przepisy ustawy Pzp nie regulują instytucji przywrócenia tego terminu czy „przesunięcia” go na inny etap postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie składu orzekającego Izby nieskorzystanie przez Odwołującego z wszystkich przysługujących mu środków ochrony prawnej w ramach poprzednich postępowań odwoławczych stoi na przeszkodzie uznaniu, że postanowienie o odrzuceniu zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr

1 – 4 w ramach obecnego postępowania odwoławczego oznacza pozbawienie wykonawcy prawa do wniesienia odwołania.

Kwestia prawomocności orzeczenia Izby została w ustawie Pzp uregulowana wyłącznie w odniesieniu do orzeczenia Izby wydanego na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b albo c tejże ustawy. Zgodnie z przepisem art. 565 ust. 1 ustawy Pzp orzeczenie Izby, wydane na podstawie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b albo c, staje się prawomocne odpowiednio z dniem upływu terminu do wniesienia skargi lub z dniem wydania przez sąd w wyniku rozpatrzenia skargi na orzeczenie Izby wyroku oddalającego skargę. Natomiast ogólną regulacją dotyczącą wszystkich orzeczeń Izby jest przepis art. 562 ustawy Pzp normujący kwestię stwierdzenia wykonalności orzeczenia Izby. Zgodnie z tym przepisem: 1. Orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Przepis art. 781 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego stosuje się odpowiednio. 2. O stwierdzeniu wykonalności orzeczenia Izby sąd orzeka na wniosek strony. Strona jest obowiązana załączyć do wniosku oryginał lub poświadczony przez Prezesa Izby odpis orzeczenia Izby. 3. Sąd stwierdza wykonalność orzeczenia Izby nadającego się do wykonania w drodze egzekucji, nadając orzeczeniu klauzulę wykonalności.

Upływ terminu do wniesienia skargi na orzeczenie Izby oznacza, że mamy w takim przypadku do czynienia z orzeczeniem, na które nie przysługuje środek odwoławczy (orzeczenie niezaskarżalne). Niezaskarżalność wyroku Krajowej Izby Odwoławczej odpowiada pojęciu tzw. prawomocności formalnej orzeczenia sądu cywilnego, uregulowanej przepisem art. 363 KPC. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają odesłania do stosowania przepisów KPC. Wymaga jednak zauważenia, że przepisy KPC regulują nie tylko instytucję tzw. prawomocności formalnej orzeczeń sądu, ale również instytucję prawomocności materialnej (art. 365 KPC oraz art. 366 KPC regulujący tzw. powagę rzeczy osądzonej). Zgodnie z przepisem art. 365 § 1 KPC orzeczenie prawomocne wiąże nie tylko strony i sąd, który je wydał, lecz również inne sądy oraz inne organy państwowe i organy administracji publicznej, a w wypadkach w ustawie przewidzianych także inne osoby. Natomiast zgodnie z przepisem art. 366 KPC wyrok prawomocny ma powagę rzeczy osądzonej tylko co do tego, co w związku z podstawą sporu stanowiło przedmiot rozstrzygnięcia, a ponadto tylko między tymi samymi stronami. Ww. przepisy określające zakres przedmiotowy i podmiotowy mocy wiążącej orzeczenia sądu mają niezwykle istotne znaczenie praktyczne i nie mogą być w drodze analogii, przy braku wyraźnego odesłania w ustawie Pzp, stosowane do orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Ustawa Pzp zawiera własne regulacje, uwzględniające specyfikę postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, tj. m.in. przepisy art. 528 pkt 4 oraz 5 ustawy Pzp.

Jedynie zatem na marginesie przedstawionego powyżej stanowiska należy poczynić uwagę, że zgodnie z przeważającym stanowiskiem Sądu Najwyższego uregulowana w art. 365 KPC moc wiążąca prawomocnego orzeczenia dotyczy tylko samej treści sentencji orzeczenia, a nie poglądów prawnych i ustaleń faktycznych wyrażonych w jego uzasadnieniu (wyr. SN z 13.3.2008 r., III CSK 284/07, Legalis, wyr. SN: z 15.11.2007 r., II CSK 347/07, Legalis; z 5.7.2011 r., I PK 198/10, Legalis; z 12.5.2011 r., I PK 193/10, Legalis; z 3.10.2012 r., II CSK 312/12, Legalis; z 19.10.2012 r., V CSK 485/11, Legalis. wyr. z 12.5.2011 r., I PK 214/10, Legalis; w wyr. z 11.5.2011 r., I PK 194/10, Legalis). Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 3 czerwca 2009 r. (IV CSK 511/08): *Moc wiążąca prawomocnego orzeczenia (tzw. prawomocność materialna w sensie pozytywnym) zabezpiecza poszanowanie dla rozstrzygnięcia sądu ustalającego i regulującego stosunek prawny stanowiący przedmiot rozstrzygnięcia. Wynikający z niej stan związania ograniczony jest jednak co do zasady - zgodnie z poglądem utrwalonym w orzecznictwie Sądu Najwyższego - tylko do rozstrzygnięcia zawartego w sentencji orzeczenia i nie obejmuje jego motywów (zob. m.in. wyroki SN: z dnia 13.1.2000 r., II CKN 655/98, nie publ.; z dnia 23.5.2002 r., IV CKN 1073/00, nie publ.; z dnia 15.11.2007 r., II CSK 347/07, nie publ.). Przedmiotem prawomocności materialnej jest jedynie ostateczny rezultat rozstrzygnięcia, a nie przesłanki, które do niego doprowadziły. Sąd nie jest więc związany zarówno ustaleniami faktycznymi poczynionymi w innej sprawie, jak i poglądami prawnymi wyrażonymi w uzasadnieniu zapadłego wyroku.* Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że nawet w sytuacji, w której przepisy ustawy Pzp przewidywałyby odesłanie do stosowania do orzeczeń Izby przepisów art. 365 i art. 365 KPC, Izba nie byłaby związana poglądami prawnymi dotyczącymi zasad liczenia terminu na podniesienie zarzutów wobec zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Konsorcjum, jak i ustaleniami faktycznymi w tym zakresie, przedstawionymi w uzasadnieniach uprzednio wydanych orzeczeń.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 528 pkt 3 w związku z art. 553 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu nr 5 – 6 podlega oddaleniu.

W ramach zarzutu oznaczonego w odwołaniu nr 5 Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że zaniechał on odrzucenia oferty Konsorcjum w sytuacji niespełniania warunku udziału w Postępowaniu, co Odwołujący wywodził z dwóch okoliczności: 1) że odpowiedzialnym za cały zakres prac jest Lider Konsorcjum (Dimark S.A.), który nie posiada wymaganego przez

zamawiającego zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na montaż oferowanych urządzeń EDS, zaś 2) Partner Konsorcjum Anglosec Sp. z o. o. został wskazany wyłącznie jako dostawca urządzeń. Odwołujący wskazał, że w złożonej ofercie Konsorcjum wprost wskazało, że zakresem prac Anglosec Sp. z o.o. jest jedynie dostawa i szkolenia, a reszta prac wykonywana jest przez Lidera Konsorcjum oraz podwykonawcę Dimark Group Sp. z o. o. (pkt 9 formularza ofertowego). Odwołujący zauważył, że w oświadczeniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (wg. załącznika nr 4 do SWZ), Konsorcjum również wskazało, że Anglosec Sp. z o. o. nie będzie prowadziło żadnych prac poza dostawą urządzeń i szkoleniami. W ocenie Odwołującego wszelkie inne prace zostały przypisane domyślnie spółce Dimark S.A., względnie podwykonawcy Dimark Group Sp. z o. o. O ile bowiem zakres obowiązków Anglosec Sp. z o.o. jest ściśle ograniczony, precyzyjny (dostawa i szkolenia), o tyle zobowiązania Dimark S.A. są określone w sposób szeroki, otwarty – zatem, zdaniem Odwołującego, zasadne jest przyjęcie domniemania, że wszystkie prace niezastrzeżone wprost dla Anglosec Sp. z o.o. obciążają Dimark. W ocenie Odwołującego, z uwagi na fakt, że umowa (Załącznik nr 3 do SWZ) odróżnia pojęcia dostawy, montażu i uruchomienia urządzeń EDS (§ 1 ust. 2 podp. e), h)) nie sposób uznać, że pojęcie dostawy i uruchomienia urządzeń EDS są pojęciami tożsamymi. Obydwa te zdarzenia są przewidziane do wykonania w ramach Etapu 3, jednak traktowane są jako niezależne czynności, odmienne rodzaje prac do wykonania. Odwołujący przedstawił wykładnię ww. oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie o podziale zadań (wg. załącznika nr 4 do SWZ), stwierdzając, że na gruncie oferty Konsorcjum i użytych w niej sformułowań, czynność uruchomienia urządzeń EDS wchodzi w zakres montażu, a nie dostawy. Ponadto Odwołujący przedstawił pogląd prawny, zgodnie z którym dokumenty dotyczące podziału zadań, których treść jednoznacznie wskazuje, iż członek Konsorcjum posiadający pozwolenie nie wykona prac, do realizacji których jest zobowiązany, nie mogą być uzupełniane. Są to bowiem istotne elementy oferty, od których zależy weryfikacja zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W ramach stanowiska ustnego przedstawionego na rozprawie Odwołujący stwierdził, że treść oświadczenia o podziale zadań jest również oświadczeniem co do sposobu wykonania zamówienia, a zatem treścią oferty. W związku z tym – wyjaśnił - nie postawił w tym zakresie zarzutu zaniechania wezwania Konsorcjum do uzupełnienia tego dokumentu.

Odnosząc się do powyższego należy wskazać, co następuje.

W pkt V.1. 2) lit. b) Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu wymagając, aby wykonawcy posiadali zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące.

Zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące stanowiło wymagany przez Zamawiającego podmiotowy środek dowodowy - pkt. VII.2.3 SWZ, z uwzględnieniem zmiany wprowadzonej odpowiedzią na pytanie nr 55.

Natomiast odpowiedzią na pytanie nr 7 Zamawiający wyjaśnił, iż ww. zezwolenie w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, ma posiadać wykonawca realizujący część zamówienia, do którego wymagane jest posiadanie zezwolenia.

W ramach oferty Konsorcjum złożyło m.in. następujące dokumenty:

- oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (na podstawie art.117 ust. 4 ustawy Pzp),
- formularz oferty - wskazując jako podwykonawcę w pkt 9 Dimark Group sp. z o.o.,
- zobowiązanie podmiotu trzeciego w sprawie udostępnienia zasobów przez Dimark Group sp. z o.o.

Ponadto w toku postępowania jako podmiotowy środek dowodowy Konsorcjum złożyło zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie oferowanych urządzeń EDS, wystawione dla Anglosec sp. z o.o.

Okoliczność, że odpowiedzialnym za cały zakres prac jest Lider Konsorcjum nie wynika z żadnych dokumentów, które zostały złożone w postępowaniu, a wręcz przeciwnie, przeczy temu treść ww. oświadczenia o podziale zadań, złożonego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. W oświadczeniu tym wskazano, że Dimark S.A. zrealizuje następujące prace: *Zarządzanie projektem, prace projektowe, prace montażowe i instalacyjne, nadzór autorski*, natomiast Anglosec sp. z o.o. zrealizuje następujące prace: *Dostawa urządzeń EDS, dostawa stacji roboczych, szkolenia*. Natomiast w pkt 9 formularza oferty Konsorcjum wskazało jako podwykonawcę w zakresie prac montażowych: Dimark Group Sp. z o.o. Istotnie, w ww. oświadczeniu o podziale zadań nie zostało wskazane, że prace w zakresie uruchomienia urządzeń EDS zostaną zrealizowane przez wykonawcę Anglosec Sp. z o.o. Jednakże nie zostało również wskazane, że prace te zostaną wykonane przez inny podmiot. Inaczej rzecz ujmując, w ww. oświadczeniu nie zawarto wprost informacji, który podmiot zrealizuje prace z zakresu uruchomienia urządzeń EDS, do czego wymagane jest posiadanie zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki.

Zgodnie z ustalonymi na gruncie przepisu art. 65 Kodeksu cywilnego regułami wykładni oświadczeń woli należy jej dokonywać z uwzględnieniem tzw. kontekstu sytuacyjnego, tj. należy je tłumaczyć stosownie do okoliczności, w których zostały złożone. W ocenie składu orzekającego Izby okoliczności faktyczne złożenia ww. oświadczenia woli, w tym

w szczególności fakt złożenia zezwolenia Prezesa Agencji Państwowej Agencji Atomistyki wystawionego dla Anglosec Sp. z o.o., nie pozwalają na przyjęcie wykładni ww. oświadczenia o podziale zadań, jaka została zaprezentowana w treści odwołania przez Odwołującego. Za całkowicie nieracjonalny należałoby uznać zamiar powierzenia prac polegających na uruchomieniu urządzeń EDS innemu podmiotowi niż Anglosec Sp. o.o., skoro wyłącznie ten podmiot posiada zezwolenie wymagane do wykonania tych prac. Jeszcze raz należy podkreślić, że ani w oświadczeniu o podziale zadań, ani w formularzu ofertowym, nie wskazano wprost, aby ww. prace miały zostać wykonane przez inny podmiot niż Anglosec Sp. z o.o. Natomiast jak wskazał sam Odwołujący, sporządzony przez Zamawiającego projekt umowy odróżnia pojęcia dostawy, montażu i uruchomienia. Takie rozróżnienie stosowane jest również przez Konsorcjum, o czym świadczy treść złożonej przez Przystępującego Nuctech umowy podwykonawczej pomiędzy Dimark S.A. a Anglosec sp. z o.o.

Ponadto, skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Odwołującego, że oświadczenie składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp stanowi treść oferty i w związku z tym nie podlega uzupełnieniu. Zgodnie z poglądami wyrażanymi w orzecznictwie Izby oświadczenie składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp uznawane jest za podmiotowy środek dowodowy. Takie stanowisko zostało przedstawione np. w wyroku z dnia 18 stycznia 2022 r. (KIO 3795/21). W opinii Urzędu Zamówień Publicznych zatytułowanej „Oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, jako podmiotowy środek dowodowy”¹ stwierdzono: *W przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań, wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. W celu potwierdzenia spełnienia tych warunków wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mają obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofertą oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni współwykonawcy. Ratio legis art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Należy*

¹ <https://www.gov.pl/web/uzp/oswiadczenie-o-ktorym-mowa-w-art-117-ust-4-ustawy-pzp-jako-podmiotowy-srodek-dowodowy-stwierdzono>

w związku z tym wyjaśnić, że w świetle art. 7 pkt 17 ustawy Pzp, środki służące potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu zaliczają się do podmiotowych środków dowodowych. Tym samym oświadczenie o podziale zadań pomiędzy współwykonawców, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, stanowi podmiotowy środek dowodowy.

Wobec braku wyraźnego wskazania w treści ww. oświadczenia o podziale zadań, który podmiot ma zrealizować prace polegające na uruchomieniu urządzeń EDS, zastosowanie mogła znaleźć procedura wezwania do uzupełnienia, uregulowana w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia ww. dokumentu nie został postawiony w odwołaniu. Niezależnie od tego, w obecnym stanie faktycznym sprawy nakazywanie Zamawiającemu wystosowania do Konsorcjum wezwania do uzupełnienia ww. oświadczenia należałoby uznać za zbędne. Oświadczenie w tym zakresie zostało już przedstawione w treści pisma z dnia 27 września 2022 r., jak również wyjaśnienia w tym zakresie zostały złożone w toku niniejszego postępowania odwoławczego. Okoliczność, że podmiotem realizującym prace polegające na uruchomieniu urządzeń EDS będzie Anglosec Sp. z o.o., potwierdza również treść umowy Konsorcjum z 2 września 2022 r. Nakazywanie zamawiającego unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wyłączenie w celu powtórzenia przez Konsorcjum oświadczenia, które w toku postępowania zostało już złożone, należałoby uznać za przejaw nieuzasadnionego formalizmu.

Zarzut oznaczony nr 6 podlegał oddaleniu jak zarzut nieskonkretyzowany w sposób dostateczny. W ramach uzasadnienia tego zarzutu odwołujący wyraził bardziej swoją refleksję na temat sposobu prowadzenia postępowania przez zamawiającego, niż wskazał na konkretne naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Nie przedstawiając konkretnego opisu czynności zamawiającego, które mogłyby zostać ocenione pod kątem wskazanych przepisów ustawy Pzp, Odwołujący uczynił rozpoznane tego zarzutu niemożliwym.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....