

**WYROK**  
**z dnia 10 października 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokołant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2022 r. przez wykonawcę P. Sz. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. Sz. z siedzibą w Płocku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Przedsiębiorstwo Państwowe „Porty Lotnicze” z siedzibą w Warszawie:

przy udziale

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2488/22 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy Neutech Warsaw Company Limited sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. KIO 2488/22 po stronie odwołującego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę P. Sz. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. Sz. z siedzibą w Płocku i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P. Sz. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. Sz. z siedzibą w Płocku tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „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”, numer referencyjny: 134/PN/ZP/TLLZP/22.

Informację o zaproszeniu do aukcji elektronicznej Zamawiającego Odwołujący: P. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Savicon P. Sz. z siedzibą w Płocku powziął w dniu 21 września 2022 r., w tym o zaproszeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

W dnia 9 września 2022 r. Odwołujący zażądał od Zamawiającego odtajnienia oferty konkurenta.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w 22 września 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

a) oceny oferty złożonej przez – konsorcjum Dimark S.A. i Anglosec Sp. z o. o. zwanej dalej Konsorcjum lub Przystępującym w trybie przetargu nieograniczonego na „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 sprawy 134/PN/ZP/TLLZP/2022 – dalej jako „postępowanie”, w zakresie:

i. 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 montażowe maszyn EDS;

ii. zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum i uznania, że oferta jest zgodna z SWZ w zakresie sposobu realizacji i podmiotu wykonującego prace montażowe urządzeń, zagwarantowania dostępności części zamiennych oraz złożenia dokumentów przedmiotowych zgodnie z wymogiem z p. 6.24 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia,

iii. uznania, że wobec ww. oferty nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawcy wynikające z art. 226 ust. 1 pkt. 2 b) ustawy z dnia 11 września

2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwanej dalej PZP lub ustawą Pzp oraz 226 ust. 1 pkt. 5 PZP

b) wystosowania przez Zamawiającego zaproszenia do aukcji elektronicznej – a także dalszego procedowania w zakresie aukcji, w sytuacji w której nie są spełnione przesłanki prowadzenia aukcji, bowiem tylko jedna oferta nie podlega odrzuceniu;

c) nieuzasadnionego utajnienia części oferty Konsorcjum i odmowie przekazania Odwołującemu – projektu wstępnego montażu urządzeń EDS – w sytuacji, w której Konsorcjum nie wykazało, że informacje zawarte w tym opracowaniu stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a ich wartość wykracza poza ramy niniejszego postępowania.

Czynnościami Zamawiającego zarzucił naruszenie:

a) z art. 226 ust. 1 pkt. 2 b) 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;

b) 226 ust. 1 pkt. 5 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;

c) 227 ust. 1 PZP poprzez wszczęcie i prowadzenie procedury aukcji elektronicznej w sytuacji, w której w postępowaniu nie złożono co najmniej 2 ofert niepodlegających odrzuceniu;

d) art. 18 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 11. ust. 2 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione zachowanie poufności i odmowę ujawnienia Odwołującemu części oferty Konsorcjum, pomimo niewykazania przez Konsorcjum, że ww. informacje spełniają definicję tajemnicy przedsiębiorstwa, brak odpowiedzi na wniosek Odwołującego.

W związku z tym Odwołujący zażądał:

- a) uwzględnienia odwołania w całości,
- b) nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty Konsorcjum,

c) nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum na skutek niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niezgodności zakresu oferty z SWZ,

d) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej, a w przypadku jej przeprowadzenia przed rozstrzygnięciem odwołania: unieważnienia samej aukcji i jej wyników,

e) nakazania Zamawiającemu ujawnienia części oferty Konsorcjum – projektu wstępnego montażu urządzeń EDS,

f) obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania.

W ocenie Odwołującego - niniejsze odwołanie pozostaje w pełni uzasadnione, albowiem Zamawiający, kierując zaproszenie do składania ofert potwierdził, że ocena oferty złożonej przez Konsorcjum nie doprowadziła do jej odrzucenia.

Mając na uwadze fakt, iż:

a) oferta ta nie potwierdza, aby Konsorcjum spełniało warunki udziału w postępowaniu, nakreślone w SWZ i udzielonych odpowiedziach, a ponadto

b) deklarowany sposób realizacji zamówienia w zakresie podmiotu dokonującego montażu urządzeń EDS jest sprzeczny z wymogami Zamawiającego, jak również

c) zakres złożonej oferty nie obejmuje wymaganego zapewnienia dostępności części zamiennych,

d) Konsorcjum nie złożyło wymaganych dokumentów przedmiotowych, co do których nie przewidziano możliwości uzupełnienia ocena Zamawiającego - musi zostać uznana za błędną.

W konsekwencji stwierdził, że w postępowaniu została złożona tylko jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu – oferta Odwołującego. Tym samym nie są spełnione przesłanki do prowadzenia aukcji elektronicznej, wobec czego podjęcie działań w tym kierunku – zarówno wystosowanie zaproszenia, jak i ewentualne przeprowadzenie aukcji – jest pozbawione podstawy prawnej, i jako takie podlegające unieważnieniu.

Zwrócił również uwagę, że osobną kwestią jest zagadnienie zastrzeżenia poufności części oferty złożonej przez Konsorcjum.

Odwołujący zauważył, że wnosił do Zamawiającego o ujawnienie tego dokumentu, wskazując na konkretne okoliczności, dla których nie sposób uznać, aby Konsorcjum wykazało, że zastrzeżenie poufności jest uprawnione.

W zakresie zarzutu dotyczącego niespełniania warunku udziału w postępowaniu Odwołujący podniósł, że Zamawiający w rozdziale V SWZ, punkt 1 podp. 2 b) wskazał warunki udziału w postępowaniu, które dotyczą uprawnień do prowadzenia określonej działalności. W przypadku niniejszego postępowania, obejmującego dostawę maszyn generujących promieniowanie jonizujące, warunkiem prowadzenia działalności w tym zakresie jest posiadanie stosownego zezwolenia Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki.

Argumentował, że wspomniane zezwolenie – wydawane dla konkretnej firmy i konkretnego urządzenia, modelu – jest konieczne do przeprowadzenia prac związanych z jego uruchomieniem i stosowaniem, zostało to zresztą wyraźnie wskazane w SWZ. Mając na uwadze zakres przedmiotowy zamówienia w niniejszej sprawie, pojęcie „uruchomienia” urządzenia wiąże się z jego podłączeniem i uruchomieniem w ramach infrastruktury Zamawiającego – a więc z montażem urządzeń EDS oraz wykonaniem czynności wskazanych w instrukcji urządzenia, będącej załącznikiem do wniosku składanego do Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki o wydane zezwolenia.

Zaznaczył przy tym, że zgodnie z przepisami prawa atomowego, wymagane jest aby posiadać zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na konkretne urządzenie - do jego uruchamiania. Podstawą wydania takiego zezwolenia jest przekazanie do PAA instrukcji montażu, uruchomienia, kalibracji i serwisowania danego urządzenia. Wszystkie te czynności muszą być opisane w dokumentach przekazanych do PAA i tym samym, te wszystkie czynności z przekazanej instrukcji wymagają posiadania uprawnień PAA.

Zdaniem Odwołującego - w realiach niniejszej sprawy – te wszystkie czynności powinien wykonać ten członek Konsorcjum, który złożył wymagane uprawnienia.

Ponadto, wywodził, że z uwagi na fakt, że wspomniane zezwolenie jest elementem warunkiem prowadzenia działalności, na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest możliwe powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego – co wynika zarówno z art. 118 PZP, jak i z treści SWZ, gdzie w rozdziale V ust. 2.1 Zamawiający wśród zdolności podlegających użyczeniu, nie wymienił uprawnień do prowadzenia działalności.

Wyjaśnił również, że Zamawiający doprecyzował w odpowiedzi na pytanie nr 7 z dnia 5 sierpnia 2022 r, zadane prawdopodobnie przez samo Konsorcjum:

W przypadku składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających o zamówienie(konsorcjum) wystarczy aby co najmniej jeden z Wykonawców spełnił warunek w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej to znaczy wykaże, że posiada zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie i stosowanie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące wynikające z ustawy z dnia 29.11.2000 r. Prawo atomowe (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 792 z późn. zm.), pod warunkiem że Wykonawca ten zrealizuje tę część zamówienia do wykonania której zezwolenie jest konieczne (podstawa prawna art. 117 ust 2 ustawy PZP)

Według Odwołującego - z powyższej odpowiedzi wynikają dwie okoliczności, kluczowe dla oceny, czy Konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu, oraz deklaruje wykonanie zamówienia zgodnie z dokumentacją:

1) zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki dla konsorcjanta będzie wystarczające, pod warunkiem, że to ten konsorcjant wykona prace objęte zezwoleniem: w tym przypadku wszystkie czynności wykazane w instrukcji złożonej jako załącznik do wniosku o wydanie Zezwolenia, również montaż;

2) wykonanie montażu EDS przez podwykonawcę, niezależnie od posiadania przez niego stosownego zezwolenia, jest wykluczone – skoro Zamawiający zastrzegł to dla członka konsorcjum.

W świetle powyższego Odwołujący wskazał, że członkiem konsorcjum posiadającym stosowne zezwolenie jest Anglosec Sp. z o. o., a zatem zgodnie z odpowiedzią udzieloną przez Zamawiającego – jeżeli zezwolenie Anglosec Sp. z o. o. ma zostać uznane za spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to właśnie ta spółka musi wykonać montaż urządzeń EDS (bo do tego jest wymagane takie zezwolenie).

Zaznaczył przy tym, że był to warunek, wprost wskazany w odpowiedzi Zamawiającego – która jest dla wykonawców wiążąca i nie została zakwestionowana.

Zwrócił uwagę, że w złożonej ofercie Konsorcjum wprost wskazuje, że zakresem prac firmy Anglosec 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).

Podniósł również, 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. Wszelkie inne prace, zostały przypisane domyślnie spółce Dimark S.A., względnie podwykonawcy Dimark Group Sp. z o. o.

Dalej wywodził, że Konsorcjum samo wskazało, że montaż urządzeń EDS nie będzie prowadzony przez Anglosec Sp. z o. o., a wobec tego zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki, jakie posiada ta spółka, jest w świetle odpowiedzi na pytanie nr 7 obojętne dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Z powyższego deklarowanego przez Konsorcjum podziału prac, wynikało – zdaniem Odwołującego, że należało wykazać się zezwoleniem wydanym dla Dimark S.A., oraz zweryfikować, czy prace związane z montażem EDS nie zostaną powierzone podwykonawcy Dimark Group Sp. z o. o., co deklaruje Konsorcjum.

Zauważył, że innego zezwolenia dotyczącego montażu urządzeń EDS nie wskazano – i wskazać nie można, bowiem na chwilę obecną nikt poza Anglosec Sp. z o. o. nie ma takiego zezwolenia na montaż zaoferowanych urządzeń HI-SCAN 10080 XCT.

W świetle powyższego – w ocenie Odwołującego - nie wykazano w żaden sposób, że wykonawca który wykona prace montażowe urządzeń EDS, posiada stosowne zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki. Przeciwnie – dołączona przez Odwołującego informacja udowadnia, że spółki Dimark takiego zezwolenia nie posiadają.

W konkluzji stwierdził, że Konsorcjum w takim układzie personalnym, przy takim podziale zadań, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Konsorcjum z SWZ wskazał, że przejawia się to w dwóch obszarach: oferowanym sposobie wykonania montażu urządzeń EDS, oraz zawarcia w ofercie zobowiązania o dostępności części zamiennych w okresie 10 lat po wykonaniu zamówienia.

Pierwszy z wskazanych aspektów wynika wprost z kwestii zezwolenia na uruchamianie i obsługę urządzeń emitujących promieniowanie jonizujące, jakimi są urządzenia EDS.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający wprost wskazał (m. in. w odpowiedzi na pytanie nr 7), że ta część zamówienia – z uwagi na jej specyfikę i związane z nią zagrożenia – musi zostać wykonana przez wykonawcę, a nie podwykonawcę.



W opinii Odwołującego - z art. 4 ust. 1 pkt. 10 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 1941) wynika, że działalność taka wymaga może być wykonywana wyłącznie przez podmioty legitymujące się stosownym zezwoleniem.

Przekonywał przy tym, że zgodnie ze złożonymi przez Konsorcjum dokumentami, Dimark S.A. zrealizuje prace cały zakres robót, poza dostarczeniem samych urządzeń i przeprowadzeniem szkoleń.

Kontynuując swój wywód argumentował, że z oświadczenia Konsorcjum wynika zatem, że za koordynację i zarządzanie projektem, prace projektowe, montażowe, instalacyjne, nadzór autorski – odpowiada lider Konsorcjum: Dimark S.A. Tak określony zakres odpowiedzialności nie oznacza jednak, że lider Konsorcjum osobiście wykona te prace – bowiem dla prac montażowych wskazano, że będą one wykonane przez podwykonawcę Dimark Group Sp. z o. o.

Podsumowując – stwierdził, że wbrew jasno wyrażonym wymagom Zamawiającego, oferowany przez Konsorcjum sposób wykonania zamówienia przewiduje wykonanie montażu urządzeń EDS przez podmiot, który nie jest wykonawcą w ramach postępowania.

Odnosząc się natomiast do kwestii dostępności części zamiennych, powołał się na treść pkt. 6.24 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (Wymagania szczegółowe dla realizacji wymiany urządzeń EDS):

Dostępność części zamiennych przez minimum 10 lat od daty odbioru systemu przez Zamawiającego. Na etapie składania ofert należy dostarczyć dokument wystawiony przez producenta urządzeń potwierdzający spełnienie powyższych wymagań. (podkreślenie własne).

Według Odwołującego - w tym przypadku nie mamy do czynienia z formalnym warunkiem poprawności oferty, lecz z merytoryczną treścią oferty, obejmującej zakres oferowanego świadczenia.

Mając na uwadze to, jaką postać przyjął formularz ofertowy, dołączenie do oferty oświadczenia producenta o dostępności części zamiennych jest – zdaniem Odwołującego - jedynym sposobem wyrażenia przez oferenta, że podejmuje względem Zamawiającego zobowiązanie w tym zakresie. Co za tym idzie, brak takiego dokumentu oznacza, iż w ofercie Konsorcjum nie było zobowiązania do takiego świadczenia – co nie może być aktualnie sanowane, bowiem stanowiłoby to niedozwolone negocjacje co do zakresu świadczenia.

Przekonywał, że nawet gdyby przyjąć, że rzeczony dokument nie kształtuje zakresu zobowiązania oferenta, to oświadczenie producenta, o którym mowa w pkt. 6.24 SOPZ, w ramach dokumentów składanych w postępowaniu przez oferentów, należy zakwalifikować jako dokument przedmiotowy w rozumieniu art. 7 pkt. 20 PZP, bowiem potwierdza on, że wykonawca oferuje dostępność części zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego. Obowiązek jego przedłożenia został przewidziany w SOPZ, który stanowi dokument zamówienia – a zatem obowiązek ten nałożono zgodnie z art. 106 ust. 1 PZP. Co więcej – żaden z wykonawców nie kwestionował jego wprowadzenia.

Zdaniem Odwołującego - nie ma przy tym znaczenia, że obowiązek ten wyrażono w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, a nie w SWZ – bowiem art. 106 ust. 1 mówi o wskazaniu tego obowiązku z dokumentach zamówienia, a takim dokumentem Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, bez wątplenia jest.

W konsekwencji zwrócił uwagę na treść art. 107 ust. 2 PZP, zgodnie z którym możliwość uzupełnienia rzeczzonego oświadczenia na wezwanie Zamawiającego jest uzależniona od tego, czy została przewidziana w dokumentach zamówienia.

Analiza dokumentów zamówienia, w szczególności SWZ oraz Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia doprowadziła Odwołującego do wniosku, że możliwość uzupełniania dokumentów przedmiotowych nie została przewidziana w niniejszym postępowaniu, a dokument winien być złożony „na etapie składania ofert”, który to etap został już zamknięty.

Tym samym, na gruncie niniejszej sprawy – zdaniem Odwołującego - Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami Zamówienia, bowiem zakresem dyspozycji tej normy prawnej objęta jest również sytuacja, w której zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty nie znajdzie potwierdzenia w zażądanych przez zamawiającego na zasadzie art. 106 ust. 1 PrZamPubl i złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą, o czym z kolei stanowi art. 107 ust. 1 PrZamPubl, przedmiotowych środków dowodowych.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł zarzut nieuprawnionego wszczęcia procedury aukcji elektronicznej w warunkach, gdy oferta Konsorcjum podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 i 5 PZP.

Odwołujący wyraził pogląd, że niezależnie od błędnej (i kwestionowanej) oceny oferty Konsorcjum, obiektywnie rzecz biorąc w postępowaniu jest tylko jedna oferta niepodlegająca

odrzuconiu. Tym samym nie jest spełniona przesłanka do wszczęcia procedury aukcji elektronicznej, określona w art. 227 ust. 1 PZP.

Wobec powyższego zasadne jest dla Odwołującego, aby Zamawiający zaniechał prowadzenia aukcji elektronicznej do czasu rozstrzygnięcia postępowania, bowiem jakiegokolwiek postąpienia poczynione w nieważnie prowadzonej aukcji, będą nieskuteczne – nie wystąpi też skutek określony w art. 235 ust. 1 PZP.

Jednocześnie jednak, zdaniem Odwołującego - przeprowadzenie aukcji i dokonywanie postąpień może doprowadzić do faktycznego ujawnienia konkurentom założeń biznesowych, jakie towarzyszyły złożeniu oferty – takich jak np. strategia ofertowania, strategia prowadzenia aukcji, wysokość zakładanej marży, czy możliwości obniżenia ceny – a które nie podlegałyby ujawnieniu, gdyby nie przeprowadzano aukcji.

Tym samym przeprowadzenie aukcji nieskutecznej na gruncie PZP może spowodować wyrządzenie rzeczywistej szkody dla obydwu wykonawców biorących udział w aukcji.

Ostatni z zarzutów odwołania dotyczył nieuprawnionej odmowy ujawnienia części oferty Konsorcjum, w szczególności zastrzeżenia poufności elementu oferty, jakim jest Projekt wstępnego montażu EDS.

Z racji uwzględnienia tego zarzutu odwołania przez Zamawiającego i odtajnienia w piśmie z dnia 27 września 2022 r. w całości oferty Przystępującego: Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zreferowanie treści uzasadnienia tego zarzutu odwołania jest bezprzedmiotowe.

W dniu 26 września 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a wykonawca Neutech Warsaw Company Limited sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dokonał w tej samej dacie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego: Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – Druk ZP-PN, pisma Zamawiającego z dnia 27 września 2022 r. o odtajnieniu powyższej oferty w całości, jak również na podstawie złożonych wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.18 ust.1 i 3 ustawy Pzp, 226 ust.1 pkt 2 lit. b i ust. 5 ustawy Pzp, art.227 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy czynności Zamawiającego w aspekcie zgłoszonych zarzutów odwołania w konsekwencji doprowadziły do naruszenia powołanych na wstępie przepisów ustawy Pzp i czy oferta Przystępującego: Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie została złożona w okolicznościach niespełniania warunków udziału w postępowaniu i czy powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu jej zaoferowania niezgodnie z warunkami zamówienia.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdziły się zarzuty odwołania, które – według Izby – zostały zgłoszone przedwcześnie.

Kluczowe w tym względzie znaczenie mają ustalenia Izby w zakresie powyższego protokołu postępowania z którego wynika, że w pkt 10, str.5 Zamawiający zastosował procedurę, o której mowa w art.139 ust.1 ustawy Pzp.

Stosownie do cyt. wyżej przepisu prawa Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Jednocześnie, Izba ustaliła, że rozdziale II SWZ Zamawiający określił Tryb udzielenia zamówienia przyjmując, że zgodnie z art. 139 Ustawy, Zamawiający przewiduje najpierw dokonanie badania i oceny ofert, a następnie dokonanie kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dalej, Izba stwierdziła, że Zamawiający w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. a ustanowił Warunki udziału w postępowaniu, gdzie przyjął, że udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów – wykażą, że posiadają zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie i stosowanie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące wynikające z ustawy z dnia 29.11.2000 r. Prawo atomowe (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 792 z późn. zm.).

Natomiast w rozdziale VII pkt.2 zd.1 SWZ Zamawiający postanowił, że przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów wymienionych w pkt 2.1 i 2.2 poniżej.

W spornym zakresie Izba stwierdziła, że w rozdziale VII pkt.3 SWZ Zamawiający w Wykazie oświadczeń lub dokumentów postanowił, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zezwolenie Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie i stosowanie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące wynikające z ustawy z dnia 29.11.2000 r. Prawo atomowe (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 792 z późn. zm.).

Ponadto Izba ustaliła, że w pkt 6.24 załącznika nr 1 do umowy Opis przedmiotu zamówienia zawarte jest postanowienie, że dostępność części zamiennych przez minimum 10 lat od daty odbioru systemu przez Zamawiającego. Na etapie składania ofert należy dostarczyć dokument wystawiony przez producenta urządzeń potwierdzający spełnienie powyższych wymagań.

Dokonując analizy przedmiotowej sprawy, w oparciu o powyższe postanowienia SWZ Izba stwierdziła, że w aktach sprawy brak jest dokumentu potwierdzającego przeprowadzenie przez Zamawiającego czynności badania i oceny oferty Odwołującego oraz innych powyższych dokumentów przewidzianych na gruncie SWZ.

Wymaga również zauważenia, że w pkt 15 str. 6 powołanego wyżej protokołu postępowania nie ma adnotacji o dokonanej ocenie ofert (pkt 2). Z protokołu tego wynika jedynie, że została odrzucona oferta wykonawcy Neutech Warsaw Company Limited sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Z powyższych względów można mieć wątpliwości czy w ogóle nastąpiło przez Zamawiającego badanie i ocena oferty Przystępującego: Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

Jeżeli zatem taka ocena tej oferty formalnie nie nastąpiła, a Zamawiający przewidział ocenę wymaganych dokumentów w procedurze odwróconej, to zastosowanie przepisu art.126 ust.1 pkt 2 lit.b ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, nie jest prawnie dopuszczalne przed czynnością badania i oceny spełniania warunku odnoszącego się do posiadania zezwolenia przez wykonawców Prezesa Państwowej Agencji Atomistyki na uruchomienie i stosowanie urządzeń wytwarzających promieniowanie jonizujące.

Podobne wnioski będą dotyczyć oceny przez Zamawiającego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia w aspekcie składanego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie zezwolenia, a także jego oceny odnoszącej się do wymagania opisanego w pkt 6.24 załącznika nr 1 do umowy Opis przedmiotu zamówienia w zakresie jego zgodności z warunkami zamówienia.

Nie jest również zasadny zarzut odwołania skierowany przeciwko przeprowadzonej przez Zamawiającego aukcji elektronicznej, skoro ten w ogóle nie dokonał badania i oceny ofert przed tą czynnością i nie jest wiadome czy druga ze złożonych ofert (oferta Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie) będzie podlegała odrzuceniu z przyczyn podniesionych w odwołaniu (między innymi niespełnianie warunków udziału w postępowaniu).

Z treści powołanych wyżej postanowień SWZ i protokołu postępowania należy zatem wnioskować, że Zamawiający takie czynności badania i oceny spełniania warunków udziału w przetargu dokona po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej.

Powyższe zapatrywanie Izby nie wyklucza zatem sytuacji, że Zamawiający dokonując oceny i badania oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, owe zastrzeżenia Odwołującego do tej oferty i innych dokumentów uwzględni i podzieli zaprezentowaną obecnie przez niego ocenę.

Przy czym motywacja Zamawiającego w tym zakresie takiej czy innej oceny spornej oferty powinna być dostatecznie wyartykułowana i zakomunikowana uczestnikom prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w taki sposób aby mogli skorzystać we właściwym czasie ze środka ochrony prawnej.

Co istotne w tej sprawie, taki sposób procedowania przez Zamawiającego, w zasadzie dający mu możliwość oceny składanych dokumentów w ramach procedury odwróconej, czyli po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej mógł zostać wywiedziony z obowiązującej treści SWZ, która w żaden sposób nie została zakwestionowana przez wykonawców, a zatem stała się dla nich wiążąca.

W związku z tym, że Zamawiający w dalszym toku postępowania podejmie czynności badania i oceny oferty, w tym spornych dokumentów zarzut naruszenia przez niego dyspozycji przepisu art.226 ust.1 pkt 2 lit. b i art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp należało uznać na tym etapie za bezzasadny.

Podobnie, w związku z okolicznością braku oceny przez Zamawiającego czy sporna oferta podlega odrzuceniu, Izba doszła do wniosku, że nie można przesądzić ile i które oferty podlegają odrzuceniu.

Jeżeli zatem nie zostało ustalone przez Zamawiającego, że jest tylko jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu, to nie może występować negatywna przesłanka do skorzystania z przepisu art.227 ust.1 ustawy Pzp, który stanowi, że w przypadku postępowań o udzielenie zamówienia prowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający może przewidzieć w ogłoszeniu o zamówieniu, że wybór najkorzystniejszej oferty zostanie poprzedzony aukcją elektroniczną, jeżeli warunki zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia, są określone w dokumentach zamówienia w sposób precyzyjny i świadczenia mogą być sklasyfikowane za pomocą metod automatycznej oceny oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

Ostatecznie nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.18 ust.1 i 3 ustawy Pzp, jako, że pismem z dnia 27 września 2022 r. oświadczył on, że dokonuje odtajnienia całości złożonej przez konkurenta oferty.

Biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie udowodnił okoliczności obowiązku wykonania przez Zamawiającego powyższej czynności odtajnienia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie w określonym terminie, a dokonana przez Zamawiającego czynność w pełni odpowiada treści żądania odwołania w omawianym zakresie, należało uznać go za nieuzasadniony, tym bardziej, że Zamawiający w istocie nie dokonał, co zostało wyrażone na wstępie, czynności badania i oceny spornej oferty.

Reasumując, Izba uznała, że wszystkie złożone w tym postępowaniu przez strony i uczestników dodatkowe dowody, z wyjątkiem dokumentacji przekazanej na nośniku elektronicznym przez Zamawiającego, w tym SWZ i protokół postępowania, nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy na tym etapie postępowania przetargowego i mogą co najwyżej posłużyć jako materiał pomocniczy dla Zamawiającego przy badaniu i ocenie oferty Przystępującego: Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dimark S.A. z siedzibą w Złotkowie i Anglosec sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

**Przewodniczący:.....**