Sygn. akt KIO 4501/24

WYROK

Warszawa, dnia 23 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:**Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 grudnia 2024 r. przez wykonawcę **ZPUE Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszczowej, ul. Jędrzejowska 79c, 29-100 Włoszczowa**
w postępowaniu prowadzonym przez **Enea Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań**

orzeka:

1. Odrzuca zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 – 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zarzut 1 odwołania) oraz zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c) w zw. art. 107 ust. 2 ustawy Pzp (zarzut 2 odwołania).
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **ZPUE Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszczowej, ul. Jędrzejowska 79c, 29-100 Włoszczowa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ZPUE Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszczowej, ul. Jędrzejowska 79c, 29-100 Włoszczowa** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Enea Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę **736 zł 00 gr** (słownie: siedemset trzydzieści sześć złotych zero groszy) poniesioną przez **Enea Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** tytułem kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę,
   2.2. zasądza od wykonawcy **ZPUE Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszczowej, ul. Jędrzejowska 79c, 29-100 Włoszczowa** na rzecz **Enea Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Strzeszyńska 58, 60-479 Poznań** kwotę **4 336 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:……..……

Sygn. akt KIO 4501/24

Uzasadnienie

Enea Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwany dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Dostawę stacji transformatorowych kompaktowych SN/nn i złącz SN dla potrzeb ENEA Operator Sp. z o.o.”. Postępowanie prowadzone jest podziałem na 4 zadania.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 czerwca 2024 r. pod numerem 380144-2024.

W dniu 2 grudnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ZPUE S.A. z siedzibą we Włoszczowej, zwany dalej „odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1) art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zwaną dalej „znku”, oraz w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia złożonego na wezwanie

przedmiotowego środka dowodowego,

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c) w zw. art. 107 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Lamel Rozdzielnice Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Pępowo, zwanego dalej „wykonawcą Lamel", pomimo że w odpowiedzi na wezwanie nie złożył on prawidłowego przedmiotowego środka dowodowego (certyfikatu wymaganego dla rozdzielnic SN), co powoduje niezgodność oferty z warunkami zamówienia,

zarzut ewentualny

3)art. 232 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2) ustawy Pzp oraz art. 238 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia wyników aukcji i powtórzenia czynności badania ofert i w konsekwencji ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej wskutek uznania, że wykonawca Lamel nie złożył przedmiotowego środka dowodowego, co przesądza, że do udziału w aukcji zaproszono wykonawcę Lamel przedwcześnie. Zamawiający wezwał do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego po przeprowadzeniu aukcji, zaś zgodnie z art. 232 ust. 1 do aukcji zaprasza się wykonawców, których złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)odtajnienia dokumentu złożonego wraz z wyjaśnieniami z dnia 19 listopada 2024 r. zastrzeżonego jako tajemnica przedsiębiorstwa,

3)powtórzenia czynności badania oferty wykonawcy Lamel i w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy Lamel,

4)w zakresie zarzutu ewentualnego unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej dla zadania 4 w dniu 27.09.2024r; unieważnienia czynności zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej dla zadania 4; powtórzenia czynności badania oferty wykonawcy Lamel;

5)zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł m.in.:

W zakresie zarzutu nr 1 dotyczącego zaniechania odtajnienia przedmiotowego środka dowodowego odwołujący podniósł, że zastrzeżony dokument jest kluczowy dla weryfikacji oferty wykonawcy Lamel, a jego utajnienie ma na celu wyłącznie pozbawienie możliwości jego weryfikacji przez konkurencyjnych wykonawców. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w Zeszyt 1. Stacje transformatorowe kompaktowe prefabrykowane SN/nn do 630 kVA oraz złącza/szafy kablowe SN w punkcie 4.10.9 wymagane było przedstawienie certyfikatów, które zostały wystawione na podstawie sprawozdań i raportów nie starszych niż 6 lat.

W udzielonych wyjaśnieniach do SWZ, na pytanie 3 z dnia 19 sierpnia 2024 r. pismo nr RPUZ/P/0419/2024/DI/IM zamawiający dopuścił raporty starsze niż wskazane w standardzie, ale tylko gdy otrzyma stosowne oświadczenie producenta i raporty będą nie starsze niż 10 lat. Ze złożonego przez wykonawcę Lamel certyfikatu zgodności nr DZC.522.44.2022 wydanie 2 rozdzielnicy SN producenta Siemens typu 8DJH wynika, iż został wystawiony na podstawie raportów 2152-16, TIC 2059-13, TIC 2060-13. Nazewnictwo raportów jednoznacznie wskazuje, iż zostały wydane w roku 2013 (-13 – w certyfikatach liczba po myślniku oznacza rok), co jednoczenie wykracza poza graniczny termin wskazany w powyższej odpowiedzi oraz wymaganiami zamawiającego zawartymi w Zeszycie 1 Stacje transformatorowe kompaktowe prefabrykowane SN/nn do 630 kVA oraz złącza/szafy kablowe SN. Wskutek ewidentnego przekroczenia czasu ważności raportów (13 lat, a wymagane było maksymalnie 10), zamawiający na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp zastosował procedurę naprawczą i wezwał wykonawcę do złożenia właściwych przedmiotowych środków dowodowych w postaci certyfikatów wystawionych dla oferowanego sprzętu na postawie sprawozdań i raportów nie starszych niż 6 lat lub nie starszych niż 10 lat pod warunkiem złożenia oświadczenia producenta. Wykonawca w zakreślonym terminie złożył wyjaśnienia (jawne), oświadczenie producenta (utajnione) oraz uzasadnienie objęcia oświadczenia tajemnicą przedsiębiorstwa. Ze względu na fundamentalną i mającą pierwszeństwo zasadę jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy Pzp) skuteczność zastrzeżenia informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa wymaga nie tylko ogólnego uzasadnienia, ale także nie budzącego wątpliwości wykazania, że zastrzeżona informacja jest w swej istocie tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp w celu skutecznego zastrzeżenia informacji, stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca zobowiązany jest jednocześnie zastrzec i wykazać, że informacje te rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przywołał w tym zakresie wyrok Izby z dnia 29 marca 2021 r., sygn. akt KIO 720/21. Tymczasem uzasadnienie wykonawcy Lamel jest lakoniczne, ogólne i nie spełnia przesłanek niezbędnych dla wykazania zasadności zastrzeżenia informacji. Wykonawca przytoczył przepisy prawa, stanowisko doktryny, wyroki, zaś samo wykazanie sprowadził do konkluzji, że dokument nie jest publicznie dostępny.

Zastrzeżone oświadczenie, którego treść i zakres dokładnie zakreślił zamawiający (Oświadczenie producenta powinno potwierdzać, że proces produkcyjny nie zmienił się od czasu otrzymania raportu z badań, że wyrób jest produkowany w tym samym zakładzie, wg tej samej dokumentacji technologicznej, że konstrukcja nie uległa zmianie, a

materiały do produkcji nie zmieniły się i są dostarczane przez tych samych dostawców i poddostawców), nie powinno być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, bowiem dotyczy tego konkretnego postępowania, o indywidulanie określonym zakresie i przedmiocie, okresie trwania i uwarunkowaniach prawnych i przede wszystkim: treści narzuconej przez zamawiającego. Sam Lamel zaznaczył, iż oświadczenie jest wydane na wniosek i związane z niniejszym postępowaniem (nie jest zaś ekstrapolowane na działalność wykonawcy w przyszłości). Samo to potwierdza, że celem wykonawcy Lamel było wyłącznie udaremnienie dostępu do dokumentu (i jego weryfikacji) konkurentom. Motyw nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej w żaden sposób nie został uzasadniony, jedynie skwitowany jednym zwrotem. Niczym niezwykłym jest, że wykonawca może powołać się na osłabienie jego pozycji na rynku wskutek odtajnienia informacji, jednakże, jeżeli twierdzenia te pozostają w sferze domysłów i zdarzeń hipotetycznych, nie potwierdzonych żadnymi przykładami nie zasługują na walor tajemnicy.

Odnośnie braku wykazania wartości gospodarczej wykonawcy Lamel nie wykazał wartości gospodarczej informacji, lakonicznie powołując się na „szkodę" i nieuzasadnioną przewagę konkurentów, gdyby powzięli informację o treści oświadczenia. W uzasadnieniu nie ma odniesienia się do indywidualnej sytuacji w kontekście wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. Nie wykazano, jaką konkretną i sprecyzowaną wartość gospodarczą posiadają zastrzegane informacje.

Odnośnie braku wykazania zachowania informacji w poufności wykonawca Lamel w ogóle nie odniósł się do kwestii zachowania informacji w poufności. Nie przedłożył jakichkolwiek dowodów, aby wprowadzono jakieś polityki bezpieczeństwa, środki bezpieczeństwa (poza tymi, które są standardem dla każdego przedsiębiorcy, bez względu na to czy utajnia on czy nie jakieś informacje), stosowano umowy typu NDA, stosowano szczególny obieg dokumentów. Jedyne co wskazano to, że takie są „wytyczne" producenta, który uznał oświadczenie za poufne.

Odwołujący podniósł także, że odnośnie zastrzeżenia informacji a nie całego dokumentu Sąd Okręgowy w wyroku z 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21 stwierdził, że obowiązek wykazania, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa bliski jest pojęciu udowodnienia tego faktu. Sąd wskazał, że dopuszczalne jest zastrzeganie jako tajemnica przedsiębiorstwa tylko konkretnych informacji, które posiadają takie walory, a nie całych dokumentów. Każda z informacji, która ma zostać zastrzeżona powinna być wyszczególniona, opisana i to do niej powinny być przyporządkowane argumenty uzasadniające objęcie tej konkretnej informacji tajemnicą przedsiębiorstwa. Oznacza to, że nie jest uzasadnione zastrzeganie dokumentu „oświadczenie" jako całości. Nawet jeżeli są tam informacje dotyczące procesu produkcji czy certyfikacji – to wyłącznie one mogłyby być (po odpowiednim wykazaniu, czego w tym przypadku nie ma) zastrzeżone jako tajemnica. Nie zaś treść oświadczenia narzucona przez zamawiającego, data wystawienia oświadczenia czy podpis osoby składającej oświadczenie, umożliwiający weryfikację źródła pochodzenia oświadczenia.

Tajemnica przedsiębiorstwa i kwestia odpowiedniego wykazania jest w orzecznictwie Izby ugruntowana. Przywołał w tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt 902/21.

Tymczasem uzasadnienie zastrzeżenia informacji przez wykonawcę Lamel miało ogólny charakter, nie konkretyzowało informacji na potrzeby prowadzonego postępowania o udzielenie zmówienia publicznego, nie wykazano również wartości gospodarczej zastrzeganych informacji. W konsekwencji zarzut zaniechania udostępnienia oświadczenia jest uzasadniony.

Odnośnie zarzutu 2 odwołujący podniósł m.in., że wraz z ofertą wykonawca Lamel złożył certyfikat zgodności nr DZC.522.44.2022 wydanie 2 rozdzielnicy SN producenta Siemens typu 8DJH wynika, iż został wystawiony na podstawie raportów 2152-16, TIC 2059-13, TIC 2060-13. Nazewnictwo raportów jednoznacznie wskazuje, iż zostały wydane w roku 2013 (-13 – w certyfikatach liczba po myślniku oznacza rok), co jednoczenie wykracza poza graniczny termin wskazany w wyjaśnieniach oraz wymaganiami zamawiającego zawartymi w dokumentach zamówienia. Po wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 3318/24 zamawiający uznał, że certyfikat złożony wraz z ofertą wymagań nie spełnia, dlatego 12 listopada 2024 r. wezwał wykonawcę Lamel w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, przytaczając zapisy punktu 6.13 SWZ oraz przywołując treść wyjaśnień z 19 sierpnia 2024 r.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Lamel przedłożył wyjaśnienia własne i oświadczenie producenta. Dokumentów tych nie można uznać za spełniające wymagania wskazane w dokumentach zamówienia. Nie są to prawidłowe i potwierdzające spełnienie wymagań przedmiotowe środki dowodowe. W złożonych wyjaśnieniach Lamel podniósł, że „(…) wzywacie nas do przedłożenia oświadczenia producenta" – co jest nieprawdą. Zamawiający w wezwaniu przytoczył zapisy SWZ i udzielonych wyjaśnień. Nie zakreślił wezwania wyłącznie do uzupełnienia oświadczenia producenta. Nadto zamawiający użył w wezwaniu sformułowania: „brak w/w dokumentów" – co wskazuje na liczbę mnogą, a nie na jeden dokument (oświadczenie). Zamawiający jest profesjonalnym podmiotem, prowadzącym postępowania strategiczne o dużej wartości i pewnie, gdyby zasadne było wyłącznie uzupełnienie oświadczenia – to jasno wskazałby to w wezwaniu. Niezależnie od powyższego zamawiający wymagał certyfikatów, które zostały wystawione na podstawie sprawozdań i raportów nie starszych niż 6 lat. Wyjaśnieniami z 19 sierpnia 2024 r. dopuścił możliwość certyfikatów wystawionych na podstawie raportów nie starszych niż 10 lat, pod warunkiem złożenia

stosownego oświadczenia producenta. Wykonawca Lamel w odpowiedzi na wezwanie złożył wyjaśnienia wraz z oświadczeniem producenta, co nie zmienia jednak faktu, że certyfikat został wydany na podstawie raportu z 2013 r., co oznacza, że termin ważności upłynął w 2023 r. Oświadczenie producenta byłoby więc prawidłowym uzupełnieniem przedmiotowych środków dowodowych o ile wydane raporty mieściłyby się w okresie 10 lat. Ponieważ czynność wezwania do złożenia/uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych jest czynnością jednokrotną, zamawiający nie może ponownie wezwać o uzupełnienie przedmiotowego środka dowodowego, więc oferta wykonawcy Lamel winna zostać odrzucona.

Odnośnie zarzutu 3 (ewentualnego) – zaniechania czynności unieważnienia wyników aukcji zamawiający w skierowanym do wykonawcy wezwaniu z dnia 12 listopada 2024 r. sygn. RPUZ/P/0419/2024/DI/IM wezwał wykonawcę w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego. W uzasadnieniu wskazał, że nie jest możliwe przeprowadzenie procedury badania ofert w zakresie dotyczącym przedmiotowego środka dowodowego po przeprowadzeniu aukcji, bowiem zaprasza się do niej wyłącznie wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Ewentualne badanie oferty pod kątem przesłanek odrzucenia mogłoby dotyczyć wyłącznie kwestii prawidłowości podpisu lub rażąco niskiej ceny, ewentualnie innych okoliczności, które mogłyby wystąpić po aukcji (np. czyn nieuczciwej konkurencji). Zgodnie z art. 238 ustawy Pzp po zamknięciu aukcji elektronicznej zamawiający dokonuje oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem aukcji elektronicznej, więc ten zakres wyznacza czynności dokonywane przez zamawiającego po aukcji.

Badanie oferty pod kątem zgodności z warunkami zamówienia i prawidłowości przedmiotowego środka dowodowego musi nastąpić przed aukcją.

W sprawie certyfikatów toczyło się przed Krajową Izbą Odwoławczą postępowanie o sygnaturze KIO 3318/24 co do zadań 1 i 2 w postępowaniu podzielonym na części. Izba orzekła, że zaoferowane certyfikaty nie spełniają wymagań. Z obecnie przeprowadzonych czynności zamawiającego wynika, iż po wyroku w sprawie zadań 1 i 2 zrewidował swoje stanowisko co do prawidłowości certyfikatu i uznając niespełnienie wymagań postanowił wezwać wykonawcę do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w nierozstrzygniętym jeszcze zadaniu 4. Niemniej jednak podejmowanie czynności po ich ustawowym terminie i przewidzianym ustawą porządku czynności przeczy zasadzie przejrzystości postępowania nie wspominając o równym traktowaniu wykonawców.

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest sformalizowane i nawet jeżeli formalizm nie jest celem samym w sobie to jednak czynności podejmowane wbrew regulacjom ustawowym naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przedmiotowe środki dowodowe mają na celu potwierdzenie zgodności oferowanej dostawy z wymaganiami zamawiającego. Ich badanie odnosi się do merytorycznej weryfikacji oferty, która musi być przeprowadzona przed zaproszeniem do aukcji, bo to na tym etapie zamawiający ocenia ofertę pod kątem przesłanek odrzucenia.

Zamawiający przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej zobowiązany jest do dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu zgodnie z przyjętymi warunkami. Za komentarzem UZP pod red. H. Nowaka: Zaproszenie do udziału w aukcji określonego grona wykonawców oznacza, iż zamawiający dokonał wstępnej, pełnej oceny ofert i ustalił krąg wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, niepodlegających wykluczeniu (na tym etapie na podstawie oświadczeń własnych) i których oferty spełniają wymagania określone w Pzp oraz dokumentach zamówienia.

Zamawiający kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu w dniu 3 grudnia 2024 r. przez Portal e-Zamówienia

W dniu 5 grudnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Lamel Rozdzielnice Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Pępowo, zwany dalej „wykonawcą Lamel", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego. Wykonawca nie przekazał odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Wykonawca Lamel w dniu 17 grudnia 2024 r. (pismem z tej samej daty) złożył pismo procesowe w sprawie, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 18 grudnia 2024 r. (pismem z dnia 16 grudnia 2024 r.) złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia wykonawcy Lamel Rozdzielnice Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Pępowo, zwanego dalej „wykonawcą Lamel", do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego z uwagi na brak przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu. Art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi bowiem, że:

„*1. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.*

2. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie."

Oznacza to, że do zgłoszenia przystąpienia należy dołączyć dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz odwołującemu. Brak przeslania kopii zgłoszenia przystąpienia skutkuje brakiem skuteczności przystąpienia. Taka sytuacja ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Jak bowiem wynika z akt postępowania do zgłoszenia przystąpienia wykonawca Lamel nie załączył dowodu przeslania kopii zgłoszenia przystąpienia. Kopii zgłoszenia przystąpienia odwołujący – jak oświadczył na posiedzeniu – nie otrzymał. Okoliczność tę potwierdził także wykonawca Lamel. Wobec powyższego Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia wykonawcy Lamel Rozdzielnice Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Pępowo do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 rokuw sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba odrzuciła zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 – 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zarzut 1 odwołania) oraz zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c) w zw. art. 107 ust. 2 ustawy Pzp (zarzut 2 odwołania).

Przede wszystkim podkreślić należy, że w postępowaniu przeprowadzono aukcję elektroniczną. I czynność ta przekłada się na ocenę działań zamawiającego. Do udziału w aukcji zaprasza się bowiem wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Tak więc przedmiotowe środki dowodowe są oceniane przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej a odwołanie w tym zakresie – co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - powinno być wniesione „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 staranności". Aukcja była przeprowadzona 19 września 2024 r. i od tego terminu zaczynał się bieg terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie.

Zarzut 1 odwołania odwołujący sformułował jako zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 – 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz w zw. z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odtajnienia złożonego na wezwanie przedmiotowego środka dowodowego, żądając odtajnienia dokumentu złożonego przez wykonawcę wraz z wyjaśnieniami w dniu 19 listopada 2024 r. natomiast w treści uzasadnienia zarzutu odwołał się do treści dokumentów złożonych przed przeprowadzeniem aukcji, która odbyła się w dniu 19 września 2024 r. Zarzut dotyczy więc dokumentu, który po raz pierwszy został złożony przez wykonawcę w sierpniu 2024 r. (termin składania ofert upływał bowiem w dniu 1 sierpnia 2024 r.). Co więcej zaproszenie do aukcji w zakresie zadania 4 zostało skierowane do wykonawców w dniu 16 września 2024 r. a aukcja odbyła się w dniu 19 września 2024 r. Tak więc bieg terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie powinien być podniesiony najpóźniej, licząc od przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Sam odwołujący, wnosząc odwołanie w zakresie pozostałych części słusznie wskazywał, że termin na wniesienie odwołania na odtajnienie przedmiotowych środków dowodowych upływał w dniu 26 września 2024 r., licząc od daty zaproszenia do aukcji. W tej sytuacji ocena prawidłowości zastrzeżenia dokumentów, których ocena była dokonywana przed zaproszeniem do aukcji jest spóźnione.

Zarzut 2 odwołania odwołujący sformułował jako zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c) w zw. art. 107 ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Lamel, pomimo że w odpowiedzi na wezwanie nie złożył prawidłowego przedmiotowego środka dowodowego (certyfikatu wymaganego dla rozdzielnic SN), co powoduje niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Niemniej jednak podnieść należy, że kwestionowanie prawidłowości przedmiotowych środków dowodowych może się odbyć „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 staranności" a certyfikat, na który wskazał odwołujący został złożony wraz z ofertą. Aukcja była przeprowadzona 19 września 2024 r. i od tego terminu zaczynał się najpóźniej bieg terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie. Zgodnie z art. 238 ustawy Pzp„po zamknięciu aukcji elektronicznej zamawiający dokonuje oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej". Dlatego też Izba uznała, że zarzut ten podlega także odrzuceniu.

Zarzut 3 odwołania – zarzut ewentualny, tj. zarzut naruszenia art. 232 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2) ustawy Pzp oraz art. 238 ustawy Pzp przez zaniechanie unieważnienia wyników aukcji i powtórzenia czynności badania ofert i w konsekwencji ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej wskutek uznania, że wykonawca Lamel nie złożył przedmiotowego środka dowodowego, co przesądza, że do udziału w aukcji zaproszono wykonawcę Lamel przedwcześnie. Zamawiający wezwał do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego po przeprowadzeniu aukcji, zaś zgodnie z art. 232 ust. 1 do aukcji zaprasza się wykonawców, których złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Termin składania ofert – zgodnie z treścią SWZ – określono na dzień 1 sierpnia 2024 r.

Dla zadania nr 4 oferty złożyło 3 wykonawców, tj.:

1. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ENERGY KRZYSZTOF LANGER z siedzibą Bielsku-Białej oraz INCOBEX-ELPLAST Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej.
2. Wykonawca LAMEL ROZDZIELNICE Sp. z o.o. z siedzibą w miejscowości Pępowo.
3. Wykonawca ZPUE Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszczowej (odwołujący).

Zaproszenie do aukcji elektronicznej skierowano do ww. wykonawców w dniu 16 września 2024 r.

Zamawiający aukcję elektroniczną przeprowadził w dniu 19 września 2024 r.

W dniu 18 października 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok w sprawach o sygn. akt: KIO 3518/24 i KIO 3565/24.

Zamawiający w dniu 26 października 2024 r. wezwał wykonawcę Lamel do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 5 listopada 2024 r. wykonawca Lamel złożył wymagane dokumenty.

Zamawiający w dniu 12 listopada 2024 r., działając na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp wezwał wykonawcę Lamel do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, wskazując iż:

„1) zgodnie z pkt. 6.13 SWZ „w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w niniejszej SWZ wykonawca obowiązany był złożyć wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

„Zadanie 1 – 4

d) aktualne certyfikaty (atesty) i legalizacje uzyskane w Polsce lub w kraju producenta dotyczące stacji transformatorowej SN/nn wymienionych w pkt. 4.10.2, 4.10.3, 4.10.4 Rozdziału II SIWZ oraz dla złącza/Szafy SN wymienionych w pkt. 5.9.2 5.9.3, 5.9.4, rozdziału II SIWZ.

Badania na podstawie których zdefiniowano w certyfikacie zgodność oferowanej stacji SN/nn lub złącza/szafy SN z wymaganiami standardu ENEA Operator pn.: „Stacje transformatorowe kompaktowe prefabrykowane SN/nn oraz złącza/szafy kablowe SN" winny być wykonane na egzemplarzu stacji lub złącza wyposażonej w maksymalnym zakresie zgodnie ze Standaryzacją ENEA Operator tj. w przypadku stacji SN/nn: rozdzielnica SN - 5 polowa, 12 polowa rozdzielnia nn, zabudowane obudowy dla potrzeb AMI oraz smart grid; w przypadku złącza/stacji SN: 5 polowa rozdzielnia SN.

Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2024 r., udzielając wyjaśnień do SWZ na pytanie nr 3, Zamawiający dopuścił „raporty starsze niż wskazane w Standardzie, ale tylko i wyłącznie gdy otrzyma stosowne oświadczenie producenta i raporty będą nie starsze niż 10 lat. Oświadczenie producenta powinno potwierdzać, że proces produkcyjny nie zmienił się od czasu otrzymania raportu z badań, że wyrób jest produkowany w tym samym zakładzie, wg tej samej dokumentacji technologicznej, że konstrukcja nie uległa zmianie, a materiały do produkcji nie zmieniły się i są dostarczane przez tych samych dostawców i poddostawców."

W toku badania i oceny ofert Zamawiający stwierdził brak w/w dokumentów wymaganych w pkt 6.13 SWZ oraz pytaniem nr 3 z dnia 19 sierpnia 2024 r. Mając na uwadze powyższe Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia oferty o wskazany w pkt. 1) niniejszego pisma przedmiotowy środek dowodowy.".

W dniu 19 listopada 2024 r. wykonawca Lamel złożył wyjaśnienia, załączając do nich dokumenty, które były złożone wraz z ofertą oraz pismo producenta wraz z załącznikami. Załączniki objęto tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający pismem z dnia 22 listopada 2024 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Lamel jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 232 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że „*zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu*.". Oznacza to, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w sposób prawidłowy, są jednocześnie zapraszani do udziału w aukcji, prowadzonej przy użyciu systemu teleinformatycznego wskazanego w treści zaproszenia. Zamawiający przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej zobowiązany jest bowiem do dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu zgodnie z przyjętymi warunkami. Zaproszenie do udziału w aukcji określonego grona wykonawców oznacza, iż zamawiający dokonał wstępnej, pełnej oceny ofert i ustalił krąg wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, niepodlegających wykluczeniu i których oferty spełniają wymagania określone w Pzp oraz dokumentach zamówienia.

Z kolei art. 16 pkt 2 stanowi, że „*Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (…) 2) przejrzysty*;". Oznacza to, że działania zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podlegają ocenie przez pryzmat zasad wymienionych w art. 16 ustawy Pzp, a więc w sposób czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę. Wyrazem zasady przejrzystości są więc wszystkie określone w ustawie Pzp obowiązki informacyjne nałożone na zamawiającego dotyczące uzasadnienia podjętych przez niego czynności w zakresie oceny ofert, przekazywania informacji wymaganych przez ustawę Pzp, jak również umożliwienie korzystania przez wykonawcę m.in. z prawa do posiadania pełnej wiedzy w zakresie tego, jakimi przesłankami kierował się zamawiający, oceniając jego ofertę i inne oferty i dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty. (H. Nowak, M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2024).

Natomiast art. 238 ustawy Pzp stanowi, że „*Zamawiający po zamknięciu aukcji elektronicznej dokonuje oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej*.".

Oznacza to, że „*po zakończeniu akcji elektronicznej zamawiający przystępuje do oceny ofert w oparciu o kryteria wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia, uwzględniając przy tym wartości kryterium przedstawione w aukcji elektronicznej, a w zakresie niepodlegającym dogrywce – ujęte w ofertach. Powyższe powoduje, iż w odniesieniu do czynności zamawiającego dokonywanych po zakończeniu aukcji elektronicznej zastosowanie znajdą ogólne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności odnoszące się do wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym art. 248 Pzp – regulujący procedurę wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku uzyskania ofert remisowych, art. 249 ust. 1 – wskazujący sposób postępowania z ofertami remisowym w okolicznościach, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena lub koszt, art. 250 – odnoszący się do sposobu wyboru oferty, w przypadku ofert z takim samym kosztem, stanowiącym jedyne kryterium oceny ofert oraz art. 251 Pzp – wprowadzający zakaz proponowania w ofertach dodatkowych cen lub kosztów wyższych niż zaoferowane w ofertach pierwotnych*.".

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy stwierdzić należy, że nieuprawnione jest kwestionowanie na tym etapie postępowania prawidłowości przedmiotowych środków dowodowych. Może mieć ono miejsce „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 staranności", zwłaszcza że dokument, który jest kwestionowany przez odwołującego został złożony wraz z ofertą. Aukcja była przeprowadzona 19 września 2024 r. i od tego terminu zaczynał się bieg terminu na wniesienie odwołania w tym zakresie.

Odwołanie, które zostało wniesione w tym postępowaniu w sprawie o sygn. akt KIO 3318/24 nie dotyczyło zadania nr 4, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 3556/ 24 dotyczyło (jak wprost w nim wskazano) zadania 1, 3 i 4, przy czym nie dotyczyło ono dokumentów przedmiotowych złożonych przez wykonawców w postępowaniu ale przeprowadzenia aukcji z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w sytuacji, gdy wykonawcy nie mogli składać postąpień w pełnym czasie jej trwania (naruszenia art. 234 ust. 1 w zw. z art. 237 w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp), zaniechanie przerwania aukcji elektronicznej na skutek wadliwie działającego systemu teleinformatycznego zamawiającego i zaniechania wyznaczenia terminu kontynuowania aukcji elektronicznej (art. 236 ustawy Pzp), zamknięcia aukcji wbrew ustalonym uprzednio warunkom jej zakończenia (naruszenia art. 237 ustawy Pzp) oraz użycia wadliwego systemu teleinformatycznego do obsługi aukcji, uniemożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w

trybie bezpośredniego połączenia z Platformą, składania kolejnych postąpień podlegających automatycznej ocenie i klasyfikacji (art. 228 ust. 1 w zw. z art. 234 ust. 1 ustawy Pzp) czyli działania systemu teleinformatycznego zamawiającego za pomocą, którego była przeprowadzana aukcja elektroniczna.

W treści uzasadnienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 3518/24 Izba wskazała, że „zamawiający nie podważał w odpowiedzi na odwołanie tego, że na podstawie SWZ wykonawcy byli obowiązani przedłożyć stosowne certyfikaty, w tym dotyczące rozdzielnic. Skoro zamawiający nie zaprzeczył zasadności złożenia certyfikatów w pozostałych zadaniach, a wymagania SWZ w pkt 6.13 dotyczyły wszystkich zadań 1-4, to nie było w ocenie Izby wiarygodne twierdzenie, że z SWZ nie wynikał wymóg złożenia certyfikatu rozdzielnic, skoro rzeczony punkt SWZ odnosił się także do rozdzielnic i pozostali wykonawcy złożyli takie certyfikaty w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec niewezwania również wykonawcy ELEKTROMONTAŻ – LUBLIN SPÓŁKA OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ do złożenia certyfikatu Izba nakazała dokonanie takiego wezwania.” Niem jednak treść ta odnosiła się wyłącznie do obowiązku wezwania wykonawcy ELEKTROMONTAŻ – LUBLIN SPÓŁKA OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ i nie dotyczyła obowiązku wzywania wykonawców w zakresie zadania nr 4 składania jakichkolwiek dokumentów.

Wobec powyższego działanie zamawiającego dotyczące wykonawcy Lamel było nieuprawnione. Nie wynikało bowiem z przywołanego wyroku Izby. Okoliczność tę spowodowaną błędem pracownika przyznał także zamawiający. Art. 238 ustawy Pzp stanowi bowiem, że „*po zamknięciu aukcji elektronicznej zamawiający dokonuje oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej*”. Nie ma więc już na tym etapie postępowania a więc po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej powrotu do oceny ofert w zakresie złożonych dokumentów przedmiotowych. Ustawa wprost wskazuje jakich czynności może dokonać zamawiający. Czynność, której dokonał zamawiający była więc nieuprawniona, czym zamawiający naruszył wskazany przez odwołującego przepis art. 238 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 20 ustawy Pzp. Niemniej jednak czynność ta nie ma wpływu na prawidłowość czynności dokonanych przez zamawiającego na wcześniejszym etapie postępowania. Dlatego też Izba oddaliła odwołanie.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:……..…….……