

Sygn. akt: KIO 4780/24

WYROK

Warszawa, dnia 20 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska
Andrzej Niwicki
A.O. - Baran

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 15 stycznia 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mirores Mining Data Services Sp. z o.o., GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., Creotech Instruments S.A. z siedzibą lidera we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Polska Agencja Kosmiczna z siedzibą w Gdańsku przy udziale uczestnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SKA Polska Sp. z o.o., Europejska Fundacja Kosmiczna, VIGO Photonics S. A., LuxSpace Sàrl z siedzibą lidera w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mirores Mining Data Services Sp. z o.o., GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., Creotech Instruments S.A. z siedzibą lidera we Wrocławiu, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mirores Mining Data Services Sp. z o.o., GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., Creotech Instruments S.A. z siedzibą lidera we Wrocławiu, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mirores Mining Data Services Sp. z o.o., GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., Creotech Instruments S.A. z siedzibą lidera we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Polskiej Agencji Kosmicznej z siedzibą w Gdańsku kwotę 558 zł 00 gr (słownie: pięćset pięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu na rozprawę oraz koszt udzielonego pełnomocnictwa.

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 4780/24

Uzasadnienie

Polska Agencja Kosmiczna z siedzibą w Gdańsku (dalej: „zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa Pzp”, którego przedmiotem jest: „Wstępna analiza i projekt misji księżycowej”; znak sprawy BO/23/2024 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia przekracza kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 czerwca 2024 r. pod numerem wydania Dz.U. S: 117/2024, numer publikacji ogłoszenia: 358350-2024.

W dniu 6 grudnia 2024 r. zamawiający opublikował na stronie prowadzonego postępowania Zawiadomienie o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SKA Polska Sp. z o.o., Europejska Fundacja Kosmiczna, VIGO Photonics S. A., LuxSpace Sàrl z siedzibą lidera w Warszawie (dalej „SKA” lub „przystępujący”).

W dniu 16 grudnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mirores Mining Data Services Sp. z o.o., GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., Creotech Instruments S.A. z siedzibą lidera we Wrocławiu

(dalej: „odwołujący”) zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu. Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia:

- 1.art. 16, art. 128 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu;
- 2.art. 16, art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie, że wykonawca SKA spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;
- 4.art. 17 ust. 2 oraz art. 239 ustawy Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że oferta była ofertą najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w dokumentach zamówienia.

Wobec postawionych zarzutów odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2.powtórzenia czynności oceny ofert i odrzucenia oferty Konsorcjum SKA;
- 3.dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SKA Polska Sp. z o.o., Europejska Fundacja Kosmiczna, VIGO Photonics S. A., LuxSpace Sàrl z siedzibą lidera w Warszawie.

Zamawiający w piśmie złożonym do akt sprawy na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 10 stycznia 2025 r. - Odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Przystępujący zaprezentował swoje stanowisko w sprawie w piśmie procesowym z 10 stycznia 2025 r.

Wobec tego, że odwołujący podtrzymał w całości zarzuty i żądania odwołania, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią na nie, stanowiskiem przystępującego zaprezentowanym w piśmie procesowym z 10 stycznia 2025 r. a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o to zamówienie. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego oraz dokonał wyboru oferty wykonawcy SKA, która zdaniem odwołującego winna zostać odrzucona, gdyż wykonawca nie spełnia warunku udziału

w postępowaniu, a jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Powyższe spowodowało, że odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Gdyby zamawiający dokonał wszystkich żądanych w odwołaniu czynności,

to oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W konsekwencji działań zamawiającego odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, przekazaną przez zamawiającego w formie elektronicznej.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, jak też inne wnioskowane przez odwołującego i przystępującego, na okoliczności przez nich wskazane, załączone do odwołania, pisma procesowego odwołującego, jak też złożone na rozprawie.

Izba oddaliła wnioski dowodowe odwołującego o przesłuchanie w charakterze świadków Pana J.C. (Prezes Zarządu i wspólnik MIRORES) oraz Pani N.Z. (MIRORES), na okoliczność zakresu współpracy pomiędzy MIRORES Pane.M. Pan J.C., w myśl art. 540 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie mógł zostać powołany na świadka, gdyż zgodnie z wyżej wymienionym przepisem świadkami w postępowaniu odwoławczym nie mogą być przedstawiciele ustawowi stron lub uczestników postępowania oraz osoby, które mogą być przesłuchane w charakterze strony lub uczestnika postępowania, jako organy osoby prawnej lub innej organizacji mającej legitymację do wniesienia odwołania. Nie budzi

wątpliwości, że zgodnie z odpisem z KRS Pan J.C. jest Prezesem Zarządu i współnikiem spółki MIRORES, który t podmiot, zgodnie

z pełnomocnictwem udzielonym mu 29 lipca 2024 r. jest liderem konsorcjum odwołującego.

Z kolei dowód z zeznań Pani N.Z., która była również adresatem wszystkich maili przedstawionych przez odwołującego jako dowód w sprawie, a która miała zostać przesłuchana na temat okoliczności zawartych w korespondencji mailowej, Izba uznała

za zbędny w sprawie. Należy bowiem zauważyć, że dowód z przesłuchania świadka powoływany jest w przypadku, gdy brak jest innych środków dowodowych lub w przypadku ich wyczerpania, gdy pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Taka sytuacja nie miała miejsca w okolicznościach tej sprawy, albowiem zakres prowadzonych uzgodnień pomiędzy MIRORES a Pane.M. wynika ze wskazywanej powyżej korespondencji mailowej, jak też z treści złożonego przez niego oświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Na wstępie Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale III specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) jest opracowanie wstępnej analizy i projektu misji księżycowej. Realizacja przedmiotu zamówienia obejmuje opracowanie projektu orbitalnej misji księżycowej do poziomu i szczegółowości odpowiadającego fazy A (łącznie zgodnie ze standardem opisanym w ECSS-M-ST-10C) z wykorzystaniem potencjału polskich podmiotów z sektora kosmicznego, której celem jest stworzenie mapy złóż Księżyca.

Zamawiający w Rozdziale IX pkt 1 ppkt 4 lit. b SWZ opisał następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące Kierownika Zespołu: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy dysponują osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie, w tym: Kierownik Zespołu (1 osoba): w ciągu ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, kierował dwoma (2) projektami B+R w obszarze związanym z satelitarnym użytkowaniem przestrzeni kosmicznej lub z obszaru technologii kosmicznych, które zakończyły się co najmniej na modelu lotnym”.

Skład zespołu był także jednym z kryteriów oceny ofert. W rozdziale XVIII SWZ opisano kryteria oceny ofert, którymi były cena - waga 30; doświadczenie kadry - waga 30; propozycja misji - waga 20; dokumentacja - 20. W ramach kryterium doświadczenie kadry zamawiający oceniał doświadczenie zespołu kluczowego, prezentując wymagania odnoszące się do zespołu wykonawcy w tabelach.

W tym, w ramach tabeli numer 2 opisał wymagania odnoszące się do doświadczenia Kierownika Zespołu w poniższy sposób:

Kryterium doświadczenie - D1 - Kierownik Zespołu (1 osoba): w ciągu ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert kierował projektem B+R w obszarze związanym z satelitarnym użytkowaniem przestrzeni kosmicznej lub z obszaru technologii kosmicznych które zakończyły się co najmniej na modelu lotnym (uwaga: model lotny będzie rozumiany jako model dostarczony do klienta końcowego i przygotowany do wyniesienia lub już wyniesiony w przestrzeń kosmiczną).		
Lp.	Liczba zrealizowanych (zakończonych) usług/projektów w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert	Liczba przyznawanych punktów
1.	5 i powyżej	10
2.	4	5
3.	3	2
4.	2	0
5.	1 lub mniej	Brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu

Izba ustaliła ponadto, że wykonawcy mając wątpliwości w zakresie dotyczącym możliwości odrębnego wykazywania (poprzez wskazanie różnych podmiotów) spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz podstaw do uzyskania punktów w ramach kryteriów oceny ofert - zwrócili się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. W piśmie z 24 lipca 2024 r. zamawiający odpowiadając na pytanie wykonawcy o treści: „Wykonawca zwraca się z zapytaniem, czy Zamawiający - w związku z wymogiem złożenia Wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w którym dla wykazania warunku dysponują osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie podać należy Kierownika projektu o wymaganym minimalnym doświadczeniu - dopuszcza na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazania innej osoby niż wskazana w Formularzu ofertowym wg wzoru stanowiącego zał. nr 2 do SWZ. Podkreślamy, że zgodnie z art. 128 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych złożenie, uzupełnienie lub poprawienie podmiotowych środków dowodowych (czyli m. in. Wykazu osób) nie może służyć potwierdzeniu spełniania kryteriów selekcji - a jednocześnie w razie niezłożenia,

niekompletności lub błędów w Wykazie osób, ów wykaz może podlegać zmianie. Prosimy w związku z tym o doprecyzowanie kryterium oceny ofert i/lub warunku dysponowania osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie

w przedmiotowym postępowaniu”, udzielił następującej odpowiedzi: „Zgodnie z treścią SWZ, kryterium jakościowym wyboru oferty jest doświadczenie kierownika, przy czym jego minimalne cechy są wskazane w ramach warunków udziału w postępowaniu. Wobec tego, że jedynie jedna osoba może pełnić powyższą funkcję, nie jest możliwe aby inna osoba otrzymała punkty w kryterium oceny ofert, a inna spełniała warunki udziału w postępowaniu.”

Otwarcie ofert w postępowaniu odbyło się 30 lipca 2024 r. Oferty złożyły następujące podmioty: (1) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: SKA Polska Sp. z o.o., LuxSpace Sàrl, Europejska Fundacja Kosmiczna, Cilium Engineering Sp. z o.o., Vigo Photonics SA (przystępujący) oraz (2) wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: MIRORES Mining Data Services Sp. z o.o., GMV Innovating Solutions Sp. z o.o., Creotech Instruments S.A. (odwołujący).

MIRORES, w Formularzu oferty wskazało na stanowisko Kierownika Zespołu Pana J.C., wymieniając jako posiadane przez niego doświadczenie dwa projekty:

(1) Towards understanding endogenous ore formation on Mars: new data from ExoMars/TGO and geochemical fingerprinting of meteorites. Funding: National Science Centre Poland, program OPUS 19, grant no. 2020/37/B/ST10/01420 (https://projekty.ncn.gov.pl/index.php?projekt_id=483125), Termin realizacji: 2021-2025;

(2) Towards prospecting ore deposits on Mars: remote sensing of the planetary field analogue in the Rio Tinto mining area, Spain. Funding: Europlanet2024-research infrastructure, grant no. 20-EPN2-020 (https://www.europlanet-society.org/wp-content/uploads/2022/08/Europlanet_TA_Report_Publishable_Template_Dec20_JC.pdf). Termin realizacji: 2021-2023.

Pismem z 20 września 2024 r. zamawiający, działając w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień odnoszących się do oświadczeń złożonych przez niego w Formularzu oferty w zakresie, w jakim wskazał on doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał między innymi:

„Wykonawca w treści oferty wskazał osoby skierowane do realizacji zamówienia, wraz z wskazaniem posiadanego doświadczenia. Zamawiający na podstawie posiadanej wiedzy eksperckiej

w niniejszej materii, w tym współpracując przy ocenie ofert z ekspertami, nie może z całą stanowczością stwierdzić, iż realizacji wskazane w wykazach doświadczenia przytoczonych osób, w rzeczywistości obejmowały zakres, za realizację którego Zamawiający przyznaje punkty w kryterium doświadczenia (model lotny w przypadku Kierownika Zespołu) lub model kwalifikacyjny dostarczone do klienta). Wiedza Zamawiającego w zakresie projektów realizowanych w sektorze kosmicznym, pozwala na zaistnienie wątpliwości, czy nie wystąpiły pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcami różnice interpretacyjne, jakie cechy muszą posiadać realizacje by stanowiły podstawę przyznania punktów w kryterium doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia. W rozumieniu Polskiej Agencji Kosmicznej rozumienie terminów model lotny i model kwalifikacyjny jest zgodne z dokumentem „ECSS-S-ST-00-01C - ECSS system; Glossary of terms” (dla modelu lotnego jest to definicja z sekcji 2.3.88 („flight model”) natomiast dla modelu kwalifikacyjnego definicja z sekcji 2.3.77 („engineering qualification model”). Dodatkowo w interpretacji POLSA uwzględnia dobre praktyki ESA (stworzone na podstawie dokumentu „ECSS-M-ST-10-01C”) określające fazy misji i sugerowany harmonogram przeglądów („reviews”). Zgodnie z nimi oba wspomniane modele tworzone są w fazie D misji. Uzyskanie modelu kwalifikacyjnego jest związane również z przejściem „qualification review” natomiast uzyskanie modelu lotnego z „acceptance review” (TRL na poziomie 8). Z uwagi na zaistniały stan faktyczny, Zamawiający prosi o potwierdzenie, że wskazane przez Wykonawcę informacje nt. projektów/ przedsięwzięć wskazanych

w wykazach, wypełniają przesłanki wskazane w SWZ. Brak jednoznacznego potwierdzenia, że wskazane projekty osiągnęły odpowiednio model kwalifikacyjny/lotny, spowoduje brak przyznania punktów we wskazanych kryteriach. Zestawienie elementów wymagających wyjaśnienia wskazano w załączonej tabeli”. W treści załącznika do niniejszego wezwania zamawiający wymienił między innymi osobę Pana J.C. (rola - kierownik zespołu), wskazując następujące wątpliwości, w tym pytanie o model który został osiągnięty, celem potwierdzenia osiągnięcia wymaganego modelu: „Wskazane projekty dotyczą analizy danych. Zgodnie z treścią SWZ, rozpatrywane przez Zamawiającego są jedynie doświadczenie

w projektach w zakresie kierowania projektem związanym z satelitarnym użytkowaniem przestrzeni kosmicznej (...) które zakończyły się co najmniej na modelu lotnym. Prosimy

o potwierdzenie, że we wskazanych projektach osiągnięto etap projektu lotnego” (model wymagany: lotny).

W piśmie z 26 września 2024 r. MIRORES złożył następujące wyjaśnienia: „Potwierdzamy, że wskazane projekty kierownika zespołu - J.C. - dotyczyły satelitarnego użytkowania przestrzeni kosmicznej. Przyrządy w obu projektach - CRISM/MRO oraz MSI/Sentinel-2 - osiągnęły etap lotny. Uzupełniająco informujemy, że Wykonawca jest gotowy skorzystać również z doświadczenia p. T.L. (którego projekty także osiągnęły etap lotny) dzięki zasobom udostępnionym

MIRORES MDS przez Lockheed Martin (por. zał. 1: zestaw dokumentów z 29.07.24 w tym CV i zał. 2: zestaw dokumentów z 23.09.24). Dokumenty w tym zakresie nie mogły zostać formalnie złożone wraz z dokumentacją przetargową ze względu na brak procedur używania kwalifikowanych podpisów elektronicznych w Stanach Zjednoczonych w takim zakresie jak w Polsce (zał. 3: list wyjaśniający od Lockheed Martin)".

Ponadto odwołujący, pismem z 22 października 2024 r. został wezwany, w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów podmiotowych, w tym Wykazu osób w zakresie Kierownika Zespołu. Zamawiający uzasadniał, że: „Zgodnie z treścią rozdz. IX. SWZ w niniejszym postępowaniu, Wykonawca winien jest wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału zawodowego i technicznego/ dysponowanie osobami: Kierownik Zespołu (1 osoba): w ciągu ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, kierował dwoma (2) projektami B+R w obszarze związanym z satelitarnym użytkowaniem przestrzeni kosmicznej lub z obszaru technologii kosmicznych, które zakończyły się co najmniej na modelu lotnym. Przedstawiony przez Państwa wykaz osób wskazuje Kierownika Zespołu oraz realizacje przedłożone celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jednakże wskazane tam przedsięwzięcia, nie potwierdzają wymaganego osiągnięcia w ich ramach modelu lotnego. Jak już wskazano w niniejszym postępowaniu, przyjęte przez Polską Agencję Kosmiczną rozumienie terminu model lotny jest zgodne z dokumentem „ECSS-S-ST-00-01C – ECSS system; Glossary of terms” (dla modelu lotnego jest to definicja z sekcji 2.3.88 („flight model”). Dodatkowo w interpretacji POLSA uwzględnia dobre praktyki ESA (stworzone na podstawie dokumentu „ECSS-M-ST-10-01C”) określające fazy misji i sugerowany harmonogram przeglądów („reviews”). Zgodnie z nimi oba wspomniane modele tworzone są w fazie D misji. Uzyskanie modelu kwalifikacyjnego jest związane również z przejściem „qualification review” natomiast uzyskanie modelu lotnego z „acceptance review” (TRL na poziomie 8). Bazując na powyższym Zamawiający uznał, że żaden z wymienionych przez Państwa projektów nie spełnia niniejszego wymagania. W tym stanie rzeczy Zamawiający nie może przyjąć, iż w zakresie spełnienia warunku dotyczącego dysponowania Kierownikiem o wymaganym doświadczeniu, przedłożone przez Państwa dokumenty potwierdzają spełnienie warunku. Wobec powyższego Zamawiający, wypełniając dyspozycję art. 128 ust 1 ustawy Pzp, wzywa do uzupełnienia dokumentu - wykaz osób, w zakresie realizacji Kierownika Zespołu, potwierdzającego spełnienie warunku udziału”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie odwołujący w załączeniu do pisma z 25 października 2024 r. przesłał uaktualniony wykaz osób z wprowadzonymi zmianami w zakresie kierownika zespołu (załącznik 1). Z treści ww. wykazu wynika, że na stanowisko Kierownika zespołu wskazany został Pan Timothy M. Linn (M.Sc. Aerospace Engineering, University of Colorado, Boulder), który brał udział w realizacji następujących projektów: (1) Advanced Programs Senior Manager for DSE, leading a group of mission analysts, spacecraft architects and system and subsystem engineers to develop planetary mission and spacecraft designs; (2) Deputy Program Manager and Entry, Descent and Landing (EDL) Manager for the InSight Mars Lander leading a development team thru the design, integration, testing, launch and mission operations; (3) GN&C Central Engineering Manager, responsible for leading the GN&C LM-Space organization, including GN&C product line execution (A2100 and SmallSat platforms), Model Based System Design, training, engineering operations excellence and staffing of GN&C engineers across LM-Space; (4) Chief Systems Engineer on NASA's OSIRIS-REx Asteroid Sample Return Mission, responsible for all LM technical aspects of this New Frontiers mission; (5) Attitude Control System (ACS) Subsystem Lead on NASA's GRAIL Moon Mission and before that, the Phoenix Mars Lander, in charge of leading a team of GN&C engineers through the preliminary and critical designs, hardware procurement, integrate & test of the GN&C subsystem, launch and mission operations, earned value and program management status.

Ponadto Izba ustaliła, że zamawiający w piśmie z 29 listopada 2024 r. zwrócił się do SKA, w związku ze skierowaniem do niego korespondencji przez MIRORES, w której podniesiono zarzut stosowania nieuczciwych praktyk w procedurze ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia, o złożenie wyjaśnień odnoszących się do zagadnień tam poruszonych, w tym wskazania jaki był zakres wiedzy wykonawcy w przedmiocie treści oferty konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MIRORES Mining Data Services Sp. z o.o. (MIRORES MDS), GMV Innovating Solutions Sp. z o.o. ; Creotech Instruments S.A. (w szczególności w zakresie wysokości ceny, opracowania koncepcji oraz osób kierowanych do realizacji), przed terminem jej złożenia.

SKA, w piśmie z 3 grudnia 2024 r. udzieliło wyjaśnień, zaprzeczając w szczególności, aby posiadało wiedzę na temat wysokości ceny zaproponowanej przez MIRORES, przed terminem złożenia oferty konsorcjum SKA, miało dostęp do informacji dotyczących koncepcji opracowanej przez konsorcjum MIRORES lub też, że posiadało wiedzę na temat składu personalnego konsorcjum MIRORES lub osób kierowanych przez nich do realizacji projektu. SKA odniosło się w sposób szczegółowy do zarzutów przedstawionych przez MIRORES w załączonym piśmie.

Zamawiający w dniu 6 grudnia 2024 r. poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez SKA

oraz odrzuceniu oferty odwołującego. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty MIRORES wskazał art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, powołując się na brak spełnienia przez odwołującego warunków udziału

w postępowaniu dotyczącego Kierownika Zespołu: „Zamawiający nie może uznać zmiany Kierownika Zespołu za uprawnione, z uwagi na brak możliwości wprowadzenia zmiany istotnej treści oferty po upływie terminu jej składania. Ponadto w piśmie skierowanym do wykonawcy Zamawiający wskazał, że brak jest możliwości zmiany Kierownika Zespołu wskazanego

w ofercie jako brak możliwości wprowadzenia istotnych zmiany treści oferty po terminie jej złożenia”.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, wnosząc swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy przepisy ustawy Pzp, których naruszenie zarzucał odwołujący, a które były podstawą orzekania w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty i proporcjonalny.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Z kolei art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nakazuje odrzucenie takiej oferty, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 oświadczenie wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: (1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub (2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 c ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeśli ta została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Stosownie do art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 16, art. 128 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu.

W powyższym zakresie odwołujący wskazywał, że zamawiający w dniu 6 grudnia 2024 odrzucił złożoną przez niego ofertę, wskazując jako podstawę prawną art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp powołując się na brak spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu dotyczącego Kierownika Zespołu. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym wskazał, że nie może uznać zmiany Kierownika Zespołu za uprawnione, z uwagi na brak możliwości wprowadzenia zmiany istotnej treści oferty po upływie terminu jej składania. Ponadto brak jest możliwości zmiany Kierownika Zespołu wskazanego w ofercie, gdyż nie ma możliwości wprowadzenia istotnych zmiany treści oferty po terminie jej złożenia.

Odwołujący polemizował z tym stanowiskiem twierdząc, że taka interpretacja zapisów warunku udziału w postępowaniu jest sprzeczna z zasadami postępowania i przepisami ustawy Pzp. Jego zdaniem należy bowiem rozróżnić warunki udziału w postępowaniu, które określają pewne minimalne poziomy zdolności wykonawcy od kryteriów oceny ofert, które decydują o tym która oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. W tym zakresie podkreślał, że nie powinna mieć miejsca sytuacja, która zaistniała w niniejszym postępowaniu, że określone wymaganie jest zarówno warunkiem, jak i elementem oceny ofert, bo funkcje tych instytucji są różne i różne są także instytucje prawne związane ze składaniem odpowiednich dokumentów (w przypadku oceny warunków udziału w postępowaniu wykonawca powinien mieć możliwość uzupełnienia dokumentów na wezwanie zamawiającego, podczas gdy informacje odnoszące się do kryteriów oceny ofert są co do zasady niezupełniane i w żaden sposób nie można ich modyfikować).

Istota sporu sprowadzała się zatem do kwestii oceny prawidłowości działań zamawiającego w świetle

opisywanych w ustawie Pzp zasad i przepisów, odnoszących się

do badania oferty wykonawcy w zakresie warunków udziału w postępowaniu, jak też kryteriów oceny ofert. Odwołujący zdawał się całkowicie pomijać regulacje i zapisy zawarte przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w tym treść SWZ w tym postępowaniu.

W tym miejscu Izba pragnie podkreślić, że wszelkie wymagania podmiotu zamawiającego, zarówno co do opisu przedmiotu zamówienia, warunków udziału

w postępowaniu, kryteriów oceny ofert, jak też innych kluczowych elementów są wyrażone

w dokumentacji postępowania, w tym w treści SWZ oraz załączników do niej. Jest zatem oczywiste, że dokumenty te wiążą zarówno samego zamawiającego, wykonawców biorących udział w postępowaniu, ale także Izbę rozpoznającą w ramach danego postępowania środek ochrony prawnej. Stanowią one zatem ramy prowadzonego postępowania odwoławczego. Izba zwraca uwagę na tą oczywistą okoliczność, gdyż bez szczegółowej analizy tej dokumentacji niemożliwa jest kontrola działań zamawiającego w ramach podniesionych zarzutów.

Nie budzi w niniejszej sprawie wątpliwości, że zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami posiadającymi kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie, w tym: Kierownik Zespołu (1 osoba), który spełnia następujące wymagania: w ciągu ostatnich 5 (pięciu) lat przed upływem terminu składania ofert, kierował dwoma (2) projektami B+R w obszarze związanym z satelitarnym użytkowaniem przestrzeni kosmicznej lub z obszaru technologii kosmicznych, które zakończyły się co najmniej na modelu lotnym. Jednocześnie w ramach kryteriów oceny ofert (zgodnie z Rozdziałem XVIII SWZ) ocenie poddawano doświadczenie zespołu kluczowego, w tym doświadczenie Kierownika Zespołu. Powyższe wykonawcy mieli opisać już w złożonej ofercie, w tabeli przygotowanej przez zamawiającego. Nie budzi zatem w świetle postanowień SWZ wątpliwości, że osoba wskazana w treści oferty była poddawana ocenie zarówno w kontekście spełniania przez nią warunków udziału w postępowaniu, jak też oceniana w zakresie opisanych kryteriów.

O takim rozumieniu SWZ świadczy także odpowiedź zamawiającego na pytanie

w piśmie z 24 lipca 2024 r., w którym wyjaśniając treść dokumentów zamówienia jednoznacznie wskazał: „Zgodnie z treścią SWZ, kryterium jakościowym wyboru oferty jest doświadczenie kierownika, przy czym jego minimalne cechy są wskazane w ramach warunków udziału w postępowaniu. Wobec tego, że jedynie jedna osoba może pełnić powyższą funkcję, nie jest możliwe aby inna osoba otrzymała punkty w kryterium oceny ofert, a inna spełniała warunki udziału w postępowaniu.” Podkreślić należy, że powyższe stanowi jedynie powtórzenie uregulowań zawartych w SWZ, dodatkowo jasno i w sposób nie budzący wątpliwości precyzując zasady, jakie przyjął zamawiający w dokumentacji postępowania. Tym samym, jeśli nawet treść SWZ mogła budzić wcześniej jakiegokolwiek wątpliwości - powyższa odpowiedź je rozwiewała w tym znaczeniu, że jasno określała, że nie jest dopuszczalna zmiana osoby na etapie postępowania. Powyższa regulacja jest zasadną i logiczną o tyle,

że w przypadku dopuszczenia odmiennego rozwiązania możliwa byłaby sytuacja, w której zamawiający wcześniej przyznał by punkty danej osobie za posiadane przez nią doświadczenie, a następnie wykonawca oświadczył, że skieruje do realizacji inną osobę, która wprawdzie spełni warunki udziału w postępowaniu, ale nie legitymuje się takim doświadczeniem, jak osoba wskazana w treści oferty, która otrzymała już punkty w ramach kryteriów oceny ofert.

Co kluczowe w tej sprawie odwołujący, kwestionując decyzję zamawiającego, wdaje się w istotnie w polemikę z treścią uregulowań zawartych w SWZ, które jak wcześniej Izba zważyła wraz z jej publikacją, jeśli nie zostały zaskarżone - stają się wiążące dla wszystkich stron postępowania.

W tak zakreślonych wymaganiach zamawiającego, oświadczenie odnoszące się do kryterium pozacenowego składane wraz z ofertą należy rozpatrywać łącznie z treścią oświadczenia składanego na potrzeby spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu. Taki wniosek jest bowiem jedyną logiczną konsekwencją, czytanych kompleksowo w całości, wymagań zamawiającego ujętych w treści dokumentacji postępowania.

Powyższe oznacza, że MIRORES nie miał żadnych prawnych czy faktycznych podstaw do zmiany terminu składania ofert, wskazanej w ofercie osoby, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji treści oferty w zakresie sposobu wykonania zamówienia - poprzez skierowanie innej osoby do realizacji przedmiotowego zamówienia, dedykowanej na stanowisko Kierownika Zespołu.

Tym samym zamawiający, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty MIRORES, trafnie wskazał przepisy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, powołując się zarówno na brak spełnienia przez odwołującego warunków udziału

w postępowaniu dotyczącego Kierownika Zespołu (nie zostały potwierdzone w stosunku do Kierownika Zespołu wskazanego w treści złożonej oferty) oraz niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SWZ (brak możliwości dokonania zmiany Kierownika Zespołu

za uprawnione w świetle postanowień SWZ). Tym samym czynność zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty MIRORES, należy uznać za prawidłową.

Oddaleniu podlegał także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 i art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione uznanie, że wykonawca SKA spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Powyższy zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie już tylko z tej przyczyny, że odwołujący nie sprecyzował i nie opisał w sposób szczegółowy z jakich powodów uważa, że zamawiający niewłaściwie ocenił spełnianie przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów oceny ofert w zakresie dotyczącym Kierownika Zespołu.

Należy podkreślić, że Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia czynności dokonywane przez zamawiającego w postępowaniu, jednakże bada powyższe wyłącznie w zakresie, w jakim odwołujący sformułuje zarzuty w odwołaniu. Przy czym, na co wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zarzut to nie tylko podstawa prawna, ale także podstawa faktyczna, a więc dokładne opisanie co i z jakich przyczyn odwołujący kwestionuje w danym postępowaniu.

Podnosząc przedmiotowy zarzut odwołujący ograniczył się jedynie do ogólnych twierdzeń dotyczących między innymi tego, że wyjaśnienia treści oferty złożone przez SKA w piśmie z 24 września 2024 r. wykraczają poza zadane przez zamawiającego pytania (nie precyzując nawet w jakim zakresie i jakie konsekwencje z tego tytułu zamawiający powinien wyciągnąć w stosunku do tego wykonawcy), jeden z wymienionych projektów nie jest projektem lotnym (nie wyjaśniając i nie opisując z jakich powodów należy dojść do takich wniosków). W zakresie podstaw faktycznych zarzutów wskazuje także na naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 253 ust. 1 ustawy Pzp z tego powodu, że zamawiający przyznał SKA w kryterium oceny ofert - doświadczenie kadry 30 pkt, nie precyzując ile punktów wykonawca ten otrzymał w ramach 8 podkryteriów, co miało uniemożliwić odwołującemu ocenę prawidłowości przyznanych punktów.

Odwołujący nie podołał w tym przypadku ciężącemu na nim obowiązкови, wynikającemu z art. 534 ustawy Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. To na odwołującym spoczywa ciężar wykazania okoliczności faktycznych będących podstawą odwołania i uzasadniających jego wnioski. To on bowiem wywodzi

z okoliczności podnoszonych w odwołaniu korzystne dla siebie skutki prawne, opierając na nich żądanie odwołania, co za tym idzie oczywistym jest, że jego obowiązkiem jest nie tylko wskazanie i sformułowanie ogólne zarzutów, ale także ich opisanie i sprecyzowanie w taki sposób, aby Izba mogła z treści uzasadnienia wywieść z jakimi czynnościami odwołujący się nie zgadza i co zamawiającemu zarzuca. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie

- Sąd Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 10 sierpnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 86/22: „Co prawda w brak jest odpowiednika, który wprowadza ogólną regułę rozkładu ciężaru dowodu w postępowaniu cywilnym, jednak zasada wyrażona w tym przepisie ma na tyle uniwersalny charakter, że nie tylko może, ale i powinna znaleźć zastosowanie również w postępowaniu odwoławczym. Zgodnie z ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Procesowym odpowiednikiem tego przepisu jest, który nakłada na strony obowiązki procesowe stanowiące wyraz reguły rozkładu ciężaru dowodu mające zapewnić jej realizację. W tym zakresie w znalazł się, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, Izba może z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę. Przepis ten w oczywisty sposób stanowi odpowiednik Sens regulacji zawartej w precyzyjnie wyłożył Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 7 listopada 2007 r. (Sygn. akt II CSK 293/07): *Stosownie do ciężar udowodnienia faktu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami poniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności. Tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik procesu. Jeszcze dobitniej wyjaśnił to Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 5 czerwca 2013 r. (sygn. akt I ACa 390/13), gdzie stwierdził, iż: *instytucja ciężaru dowodu w znaczeniu materialnym służy do kwalifikacji prawnej negatywnego wyniku postępowania dowodowego. Przepis regulujący rozkład ciężaru dowodu określa jaki wpływ na wynik procesu ma nieudowodnienie pewnych faktów, inaczej mówiąc kto poniesie wynikające z przepisów prawa materialnego negatywne konsekwencje ich nieudowodnienia*”.*

W niniejszej sprawie to zatem na odwołującym ciążył obowiązek wykazania okoliczności, które leżały u podstaw zarzutów, czemu odwołujący nie podołał. Jak wynika

z wyjaśnień złożonych przez zamawiającego w piśmie procesowym - Odpowiedzi na odwołanie, wykonawca SKA, w celu potwierdzenia doświadczenia Kierownika Projektu przedstawił 3 projekty, z których przywołany przez odwołującego SeRANIS nie został uznany również przez zamawiającego za potwierdzający spełnienie wymogów określonych w dokumentacji zamówienia. Pozostałe dwa projekty (ESAIL maritime satellite, Triton-X Genesis satellite) zostały uznane za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zatem kwestionuje wyłącznie projekt, który również przez zamawiającego nie został wzięty pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków.

Z kolei w odniesieniu do przyznawanej przez zamawiającego punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, z treści

Rozdziału XVIII SWZ - Opis kryteriów oceny ofert wraz

z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, w odniesieniu do opisu zawartego

w zakresie kryterium doświadczenie kadry - nie wynika, że zamawiający będzie przyznawał odrębnie punkty w ramach poszczególnych podkryteriów. Wystarczające było zatem podanie liczby punktów, które przyznał w wymienionych tam, poszczególnych kryteriach, który

to obowiązek zamawiający wykonał w informacji o wyborze oferty z dnia 6 grudnia 2024 r.

Nie znalazł też oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym w sprawie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty złożonej przez SKA, która w ocenie odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Na wstępie należy wskazać, że także w przypadku sformułowanego w tym zakresie zarzutu odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił i nie wykazał jakiego to czynu nieuczciwej konkurencji miał dopuścić się wykonawca SKA.

Jak wskazuje przepis art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca taką ofertę, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK”). Z kolei w art. 3 ust. 1 UZNK zawarto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji, którym jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Ust. 2 tego przepisu wskazuje na otwarty katalog przypadków,

w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, przy czym za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 - 17d UZNK, jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji

w art. 3 ust. 1 UZNK. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga więc ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu, ujętego w rozdziale 2 UZNK albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 teje ustawy.

W tym przypadku odwołujący, na którym w powyższym zakresie spoczywał ciężar dowodu tj. wykazania, że doszło w niniejszej sprawie do popełnienia przez przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji, obowiązkowi temu nie sprostał.

Odwołujący, w zakresie podstaw faktycznych tego zarzutu, w pierwszej kolejności wskazywał na powiązania osobowe między podmiotami, które złożyły oferty. Podkreślał, że Pan M.J. jest jako wiceprezes członkiem zarządu Europejskiej Fundacji Kosmicznej, jednego z podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum SKA, a jednocześnie współnikiem MIRORES, jednego z konsorcjantów odwołującego.

Odnosząc się do tak sformułowanych uwag Izba wskazuje, że sam fakt istnienia powiązań osobowych między podmiotami, które złożyły ofertę, nie stanowi samo w sobie

o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Powyższe potwierdzono w cytowanym przez przystępującego w piśmie procesowym orzecznictwie TSUE, który przesądził o braku zakazu ubiegania się o udzielenie zamówienia odrębnie przez podmioty powiązane. TS w orzeczeniu z dnia 17 maja 2018 r., C-531/16, ŠIAULIU REGIONO ATLIEK TVARKYMO CENTRAS

I „ECOSERVICE PROJEKTAI“ UAB, ANCIENNEMENT „SPECIALIZUOTAS TRANSPORTAS“ UAB V., VSA VILNIL I IN., ZOTSISPI 2018, nr 5, poz. I-324 stwierdził, że: prawo Unii, a w szczególności dyrektywa 2004/18, nie zawiera ogólnego zakazu składania ofert przez przedsiębiorstwa powiązane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto z orzecznictwa wynika, że ze względu na interes Unii w zapewnieniu jak najszerszego udziału oferentów w przetargu automatyczne wykluczenie prawa przedsiębiorstw powiązanych do udziału w tym samym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia stałoby w sprzeczności ze skutecznym stosowaniem prawa Unii (zob. podobnie wyrok z dnia 19 maja 2009 r., Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, pkt 26,28)”. Tym samym okoliczność, że Pan M.J. jest członkiem zarządu w jednym z podmiotów będących przystępującym i jednocześnie współnikiem MIRORES tj. jednego z konsorcjantów odwołującego - należy uznać za niewystarczające dla stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji.

Co istotne, zamawiający po otrzymaniu informacji od odwołującego, że w niniejszym postępowaniu złożenie oferty przez drugiego z wykonawców stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, wszczął stosowne postępowanie wyjaśniające, kierując do SKA żądanie złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Tym samym zastosował się do dyrektyw zawartych w orzecznictwie TSUE, zgodnie z którymi to instytucja zamawiająca jest, w każdym wypadku, zobowiązana sprawdzić, czy istnieje ewentualny konflikt interesów i podjąć odpowiednie działania celem zapobieżenia powstania takiego konfliktu, wykrycia go lub zaradzenia mu” (zob. wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, pkt 45). Działanie wyjaśniające zamawiającego wyczerpuje obowiązki, nałożone na niego w świetle przepisów ustawy Pzp. Przystępujący w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia, zamawiający w sposób prawidłowy

dokonał oceny ich treści uznając, że nie istnieją podstawy do uznania, że złożenie oferty przez przystępującego nastąpiło w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwolujący wskazywał także, że Pan M.J., oprócz tego, że formalnie powiązany z obydwojoma podmiotami, także aktywnie uczestniczył w przygotowywaniu oferty odwołującego weryfikując składane dokumenty, a także mając dostęp do szeregu informacji cenotwórczych składających się na ofertę (skład zespołu merytorycznego, ceny), na potwierdzenie czego przedłożył (załączył do odwołania, jak też uzupełnił powyższe na rozprawie) treść korespondencji (maile, sms) pomiędzy Pane.J. a Pane.M..

W ocenie Izby odwołujący z treści korespondencji mailowej, prowadzonej pomiędzy Pane.M. a Pane.J. wyprowadza zbyt daleko idące wnioski, w szczególności co do tego jaki wpływ miał Pan M.J. na ostateczną treść złożonej przez odwołującego oferty. Sam fakt, że osoba ta miała dostęp do pewnych danych dotyczących obu składanych ofert (z tego powodu, że krąg osób, które mogą przygotować misję jest ograniczony), nie przesądza jeszcze w żaden sposób, że którakolwiek z nich została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Sam odwołujący wskazał na rozprawie, że z uwagi na specjalistyczny charakter zamówienia istnieje szereg podobieństw w zakresie warstwy merytorycznej obu ofert, przy czym przyznał jednocześnie, że „trudno jest stwierdzić czy dane elementy oferty przystępującego są inspirowane założeniami oferty przeciwnej”. Tym samym nawet jeśli pewne elementy obu złożonych ofert są podobne, były konsultowane z Pane.M., który posiadał niezbędną wiedzę w zakresie dotyczącym pewnych istotnych elementów tej oferty - nie stanowi samo w sobie dowodu, że miał on po pierwsze dostęp do wszystkich kluczowych elementów oferty składanej przez oba podmioty, a po drugie wpływ na ich ostateczny kształt. Odwołujący oprócz twierdzeń dotyczących tego, że Pan M.J. otrzymał od odwołującego szereg informacji

o charakterze poufnym, które posłużyły mu następnie aby przekazać pozyskane informacje do konkurencyjnego konsorcjum - nie przedstawił na powyższą okoliczność żadnego dowodu.

Za kluczowe i rozstrzygające w tym zakresie Izba uznała oświadczenie złożone przez Pana M.J. (dowód załączony przez odwołującego do pisma procesowego - oświadczenie z 9 stycznia 2025 r.), w którym zaprzecza, że miał dostęp do całości danych zawartych w złożonych ofertach, wpływał na ich ostateczny kształt, jak też podejmował ostateczną decyzję co do kluczowych elementów, jak chociażby w zakresie ceny ofertowej.

Także z treści przedstawionej przez odwołującego korespondencji mailowej nie wynika, wbrew temu co twierdził w odwołaniu i na rozprawie, że Pan M.J. miał wiedzę na temat oferowanej przez odwołującego w postępowaniu ceny i to on ją ustalał. W treści maila z 3 lipca 2024 r. czytamy jedynie, że doradzał Panu Jakubowi Ciążeli, z którym prowadzona była w tym zakresie korespondencja, że cena nie może być za wysoka czy też zbyt niska i musi mieścić się w szacunkach. Nie sposób na podstawie takich sugestii wysnuć wniosków, że to Pan M.J. miał jakikolwiek wpływ na ostatecznie ustaloną w przetargu cenę lub, że ją wskazał. Także w zakresie innych elementów oferty, które to odwołujący wskazuje jako kluczowe, a na które miał mieć wpływ Pan M.J., takich jak skład osobowy - nie sposób powyższego stwierdzić na podstawie przedstawionej jako dowód korespondencji, gdyż brak jest nawet śladu informacji na ten temat.

Za nietrafione należy uznać także wywody odwołującego, który na rozprawie wskazuje jak dużą wagę przywiązuje do zachowania przekazywanych danych w poufności, zwłaszcza jeśli te związane są z tak specjalistycznymi projektami, z jakimi mamy do czynienia w tej sprawie. Przedłożona przez niego jako dowód Umowa o zachowaniu w poufności, została zawarta pomiędzy MIRORES a CREOTECH (członkowie konsorcjum) dopiero 18 lipca 2024 r., a zatem tuż przed złożeniem oferty, podczas gdy z treści przedłożonej korespondencji mailowej wynika, że rozmowy i ustalenia dotyczące tego projektu toczyły się już w czerwcu 2024 r., stąd twierdzenia odwołującego o tym jakie to działania podejmuje, celem dochowania wszelkich środków celem zachowania poufności danych, należy uznać za gołosłowne. Zaznaczyć także należy, że umowa o zachowaniu w poufności została zawarta pomiędzy konsorcjantami, nie zaś z Pane.M., który jednak już po tej dacie nie podejmował żadnych ustaleń z odwołującym (jest to także spójne z treścią oświadczenia złożonego 9 stycznia 2025 r. przez Pana M.J., który stwierdza, że ostatni kontakt mailowy pomiędzy nim a Pane.J. miał miejsce 16 lipca 2024 r., kiedy ten ostatni poinformował go o tym, że ING PAN będzie liderem projektu).

Nie sposób uznać za rozstrzygający dowód w sprawie treści sms-ów pomiędzy M.J. a J.C. w zakresie dotyczącym tego, że Pan M.J. miał dostęp i wiedzę w zakresie ostatecznej wersji oferty odwołującego. Po pierwsze nie wiadomo z jakich numerów telefonów była ona prowadzona, a ponadto nie sposób jest jednoznacznie stwierdzić, że dotyczy ona tego konkretnego projektu i zamówienia realizowanego na rzecz zamawiającego.

W konsekwencji Izba doszła do przekonania, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób jest stwierdzić, aby działania Pana M.J. podejmowane w ramach konsorcjum odwołującego, a następnie w ramach konsorcjum SKA, można uznać

za naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Odwołujący nie wykazał, że ta sama osoba uczestniczyła w przygotowaniu zarówno oferty odwołującego, jak też przystępującego w takim stopniu i zakresie, że można stwierdzić, że w istocie jedna osoba przygotowała obie oferty, co zdaniem odwołującego miałyby mieć ten skutek, że uniemożliwiło rzeczywistą konkurencję między podmiotami. Tym samym zarzuty w tym zakresie także nie zasługiwały na uwzględnienie.

Z powyższych powodów nie sposób uznać także, że zamawiający naruszył przepisy art. 17 ust. 2 oraz art. 239 ustawy Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że oferta była ofertą najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający równo traktował wszystkich wykonawców, wezwał do złożenia niezbędnych wyjaśnień a następnie dokonał ich oceny, z uwzględnieniem wymagań określonych przez niego w treści dokumentacji postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 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).

Przewodnicząca:.....

.....

.....