

WYROK
z dnia 24 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Członkowie: Agata Mikołajczyk
Izabela Niedziałek - Bujak
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 01 sierpnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Torkol Sp. z o.o., Olikol Rail Energy Sp. z o.o., Zakłady Automatyki KOMBUD S.A. (ul. Towarowa 23, 43-100 Tychy)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)**

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Torkol Sp. z o.o., Olikol Rail Energy Sp. z o.o., Zakłady Automatyki KOMBUD S.A. do poprawienia dokumentu JEDZ członka Konsorcjum Olikol Rail Energy Sp. z o.o. poprzez usunięcie z zakresu robót wymienionych w sekcji D: informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega - robót teletechnicznych i srk
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Torkol Sp. z o.o., Olikol Rail Energy Sp. z o.o., Zakłady Automatyki KOMBUD S.A. (ul. Towarowa 23, 43-100 Tychy)** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Torkol Sp. z o.o., Olikol**

- Rail Energy Sp. z o.o., Zakłady Automatyki KOMBUD S.A. (ul. Towarowa 23, 43-100 Tychy)** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Torkol Sp. z o.o., Olikol Rail Energy Sp. z o.o., Zakłady Automatyki KOMBUD S.A. (ul. Towarowa 23, 43-100 Tychy)** kwotę 23600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Torkol Sp. z o.o., Olikol Rail Energy Sp. z o.o., Zakłady Automatyki KOMBUD S.A. (ul. Towarowa 23, 43-100 Tychy)** tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w imieniu której działa: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Centralny prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Zaprojektowanie i budowa nowych urządzeń srk w stacji Zawiercie oraz roboty towarzyszące w ramach projektu pn. "Modernizacja linii kolejowej nr 4 - Centralna Magistrala Kolejowa etap II".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 057-150417 z dnia 22.03.2022 r.

Odwołujący – Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Torkol Sp. z o.o., Olikol Rail Energy Sp. z o.o., Zakłady Automatyki KOMBUD S.A. wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
- 2) art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania do poprawienia treści JEDZ do którego zobligowany był zgodnie z przepisami Pzp;
- 3) art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień do których zobligowany był zgodnie z przepisami Pzp;

Odwołujący sformułował zarzut ewentualny – naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnień do których zobligowany był zgodnie z przepisami Pzp, art. 16 ust. 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, dokonanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego, wezwania Konsorcjum do poprawienia JEDZ Olikol poprzez usunięcie z zakresu robót wymienionych w sekcji D: Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega - robót teletechnicznych i srk.

Jako wniosek ewentualny Odwołujący przedstawił żądanie nakazania wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści JEDZ Olikol w zakresie sekcji D: Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega, a także nakazanie wezwania Konsorcjum do wyjaśnienia treści oferty Konsorcjum w zakresie robót jakie Konsorcjum zamierza powierzyć podwykonawcom.

Zamawiający w SWZ w części IDW, pkt 24.1 zastrzegł część przedmiotu zamówienia do osobistego wykonania przez Wykonawcę, a mianowicie: "24.1. Zamawiający zastrzega, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania następujących części Zamówienia: - roboty teletechniczne, srk".

Zgodnie z pkt 24.2. Tomu I SWZ - IDW Zamawiający dopuszcza powierzenie pozostałych części Zamówienia Podwykonawcom. Wykonawca zobowiązany jest wskazać w formularzu ofertowym części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podać (o ile są już znane) firmy/nazwy tych Podwykonawców.

Powierzenie Podwykonawcom realizacji części Zamówienia, wynikłe w trakcie realizacji Zamówienia, wymaga uzyskania zgody Zamawiającego."

Zgodnie z pkt 9.1. Tomu I SWZ - IDW Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy nie jest podmiotowym środkiem dowodowym i stanowi tymczasowy dowód potwierdzający brak podstaw do wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. W celu wstępnego wykazania, że brak jest podstaw do wykluczenia z Postępowania oraz potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, każdy z Wykonawców zobowiązany jest złożyć Jednolity Dokument, którego wzór stanowi Załącznik nr 5a do IDW. W przypadku wspólnego ubiegania się o Zamówienie przez Wykonawców (np. Konsorcjum), Jednolity Dokument, którego wzór stanowi Załącznik Nr 5a do IDW składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o Zamówienie. Jednolity dokument potwierdza w szczególności brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w którym każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu. (pkt 9.2. Tomu I SWZ - IDW).

Odwołujący złożył ofertę, w której w pkt 12 oświadczył, że umowę wykonywać będzie przy udziale podwykonawców jedynie w zakresie następujących części zamówienia:

- w związku z poleganiem na zasobach podmiotów wymienionych w pkt 11 oferty:
 - Wykonanie robót branży sieć trakcyjna
 - Wynajem sprzętu
 - Opracowanie dokumentacji projektowej wykonawczej i powykonawczej
- w zakresie, w którym Konsorcjum nie polega na zasobach podmiotu trzeciego:
 - Wykonanie części robót branży torowej;
 - Wykonanie części robót br. konstrukcyjno-budowlanej;
 - Roboty pomiarowe i geodezyjna obsługa budowy;
 - Certyfikacja.

Pozostały zatem zakres zamówienia, w tym zastrzeżone do osobistego wykonania roboty teletechniczne i srk, Konsorcjum - zgodnie z ofertą, zamierzało wykonać osobiście.

Odwołujący do oferty załączył m.in. dokument JEDZ dla każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dokument JEDZ dotyczący Lidera zawiera zgodny z ofertą zakres podwykonawstwa, a dokument JEDZ drugiego partnera Konsorcjum tj. Zakłady Automatyki KOMBUD S.A. celowo nie określa go w ogóle. Natomiast z treści dokumentu JEDZ Konsorcjanta Olikol wynikać może zamiar powierzenia zamówienia podwykonawcom w zasadniczo każdej z branż robót objętych przedmiotem zamówienia. Konsorcjant wpisał:

- Część robót z branży układy torowe, podtorze, odwodnienie układów torowych;
- Część robót z branży sieć trakcyjna;
- Część robót z branży obiekty inżynieryjne;
- Część robót z branży obiekty budowlane;
- Część robót z branży perony;
- Część robót z branży przejazdy;
- Część robót z branży SRK;
- Część robót z branży elektroenergetyka do 1 kV;
- Część robót z branży telekomunikacja;
- Część robót z branży kolizje;
- Część robót z branży dokumentacja projektowa.

20 lipca 2022 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu z postępowania. 22 lipca 2022 r. Zamawiający przesłał do Odwołującego projekt protokołu z postępowania, w którym w pkt 14 wskazano, że Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty Konsorcjum w związku z tym, że dokument JEDZ Olikol Rail Energy Sp. z o.o. Sp.k zawiera oświadczenie niezgodne z wymogiem Zamawiającego w zakresie robót przeznaczonych do osobistego wykonania przez Wykonawcę. W protokole wskazano, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy, okoliczność ta powinna skutkować odrzuceniem oferty, wobec niezgodności jej treści z warunkami zamówienia.

28.07.2022 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo, w którym wskazał, że odrzucenie jego oferty uchybia przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 128 ust. 1 i 4 stawy Prawo zamówień publicznych i wniósł o ponowne badanie i ocenę oferty Odwołującego z uwzględnieniem argumentacji powołanej w piśmie Odwołującego. Odwołujący wyjaśnił, że do dnia wniesienia odwołania nie otrzymał decyzji Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 253 ustawy Prawo zamówień publicznych ani odpowiedzi na pismo z 28 lipca 2022 r. Jednakże z uwagi na treść uchwały Sądu Najwyższego z 8 lutego 2013 r. (III CZP 107/12), z ostrożności podjął decyzję o wniesieniu odwołania.

Odrzucenie oferty Odwołującego skutkuje brakiem zaproszenia go do aukcji elektronicznej i w konsekwencji zamyka Odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego dotyczącą odrzucenia jego oferty wskazując, że została ona podjęta z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu. Nieracjonalne byłoby wskazanie - wprost wbrew zapisom SWZ - zakresu robót przeznaczonego do powierzenia podwykonawcom, które skutkowałoby odrzuceniem oferty.

Odwołujący podkreślił także, że oświadczenie w dokumencie JEDZ nie jest treścią oferty, podobnie jak oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia (składane w trybie art. 126 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona). Zadaniem dokumentu JEDZ jest wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Oświadczenie to nie służy określeniu sposobu wykonania zamówienia. Na taki cel złożenia JEDZ wskazuje także pkt 9 IDW w postępowaniu.

Według pkt 24.2 IDW informację o zakresie robót jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy należało zamieścić w formularzu ofertowym, co Odwołujący uczynił. Jak wyjaśnił Odwołujący, w dokumencie JEDZ jeden z członków konsorcjum Olikol omyłkowo wskazał zakres robót jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom i oświadczenie to jest niespójne z pozostałymi dokumentami złożonymi wraz z ofertą. Omyłka ta nastąpiła w związku z opracowywaniem kilku ofert i dokumentów w tym samym czasie, co skutkowało błędnym przeklejeniem fragmentu tekstu do dokumentu JEDZ złożonym wraz z ofertą przez Odwołującego. Oferta Konsorcjum, w przeciwieństwie do dokumentu JEDZ jednego z członków Konsorcjum - Olikol, nie wskazuje zamiaru posługiwania się podwykonawcami w zakresie branży srk oraz branży teletechnicznej. Dokument JEDZ dotyczący Lidera Konsorcjum zawiera zgodny z formularzem ofertowym zakres podwykonawstwa, a dokument JEDZ drugiego partnera Konsorcjum tj. Zakłady Automatyki KOMBUD S.A. celowo nie określa go w ogóle. Jeżeli zatem JEDZ nie stanowi części oferty, a służy wstępnemu potwierdzeniu, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, to nie może być mowy o odrzuceniu oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych. Katalog przesłanek odrzucenia oferty jest zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco.

Dalej Odwołujący wskazał, że stosownie do punktu 24.2 IDW zadeklarował w treści Formularza Ofertowego, że osobiście wykona zastrzeżony do osobistego wykonania zakres

umowy, co oznacza, że oferta jest zgodna z SWZ w zakresie deklaracji co do osobistego wykonania, a uchybienie dotyczy wyłącznie odmiennego twierdzenia zawartego w dokumencie JEDZ, który mógł być uzupełniony i poprawiony, w pełnym, także merytorycznym zakresie.

W obliczu powyższej sprzeczności, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał podstawy do przyjęcia, za art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, że zachodzi negatywna przesłanka wezwania do uzupełnienia wymienionych tam dokumentów (do grona których należy dokument JEDZ) to jest, by oferta ta podlegała odrzuceniu bez względu na złożenie, uzupełnienie lub poprawienie tych dokumentów. Wystąpienie rozbieżności między treścią oferty, w której Konsorcjum wyraźnie deklaruje osobiste wykonanie zamówienia w żądanym zakresie a treścią dokumentu JEDZ możliwe było do skorygowania w trybie art. 128 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe powoduje, że Zamawiający nie był zwolniony z wezwania Wykonawcy do poprawienia jednolitego dokumentu, jeśli nie dostrzegął podstawy do wezwania do złożenia wyjaśnień treści tego dokumentu w trybie art. 128 ust. 4 lub treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 Pzp. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Konsorcjum opierając się wyłącznie na wadliwej treści jednolitego dokument, bez jednokrotnego zażądania poprawienia tego dokumentu.

Artykuł 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszcza także konwalidowanie w zakresie błędów merytorycznych. Oznacza to, że nie było przeszkód wobec poprawienia wykazu określonego przez Olikol zakresu podwykonawstwa.

Odwołujący podkreślił także, że zakres podwykonawstwa jest elementem możliwym do zmiany na każdym etapie postępowania i realizacji zamówienia. Wskazanie w JEDZ zakresu robót jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy nie ma charakteru wiążącego. Podanie podwykonawców w ofercie lub JEDZ, jeżeli podwykonawcy nie są równocześnie podmiotami, na zasobach których wykonawca się opiera - ma charakter wyłącznie informacyjny.

Zamawiający nie może nadawać pierwszeństwa treści JEDZ w tym zakresie nad formularzem ofertowym, w którym prawidłowo określono zakres robót jakie Konsorcjum zamierza zlecić podwykonawcom. W świetle postanowień IDW oraz przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych to formularz ofertowy jest właściwym dokumentem do wskazania zakresu robót jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, a nie JEDZ, który jest składany w celu wstępnego potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu

Wobec rozbieżności pomiędzy formularzem ofertowym i JEDZ Zamawiający powinien w pierwszej kolejności powyższą rozbieżność wyjaśnić.

Odrzucenie oferty Odwołującego przed aukcją elektroniczną uniemożliwia jego udział w aukcji i uzyskanie zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający nie dokonywałby wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu, gdyż bezpodstawnie odrzucona oferta Konsorcjum byłaby przy tym wyborze pominięta.

Zamawiający prowadzi postępowanie, w którym przewidział przeprowadzenie aukcji elektronicznej.

Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o doręczenie protokołu postępowania. Z treści protokołu postępowania Odwołujący pozyskał wiedzę o odrzuceniu jego oferty. Odwołujący wniósł odwołanie wobec tej czynności Zamawiającego, uznając za początkową datę obliczenia terminu na wniesienie odwołania – dzień, w którym został mu doręczony protokół postępowania.

W trakcie posiedzenia z udziałem stron Zamawiający wyjaśnił, że pozyskał z Urzędu Zamówień Publicznych opinię, z której wynika, że w przypadku, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest przewidziane przeprowadzenie aukcji elektronicznej, Zamawiający przed dokonaniem czynności ostatecznego wyboru oferty najkorzystniejszej, nie jest uprawniony do przesyłania wykonawcom informacji o innych czynnościach dokonanych w postępowaniu, takich jak np. odrzucenie oferty, czy wykluczenie wykonawcy z postępowania. W trakcie posiedzenia z udziałem stron Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 22 czerwca 2022 r. została zakończona ocena wszystkich ofert. Potwierdził również, że od 22 czerwca 2022 r. brak było ze strony Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych czynności, o których informowałby wykonawców w postępowaniu.

Zgodnie z artykułem 515 ust. 1 pkt 1) lit a) ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie wnosi się: w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do jej wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Skoro zatem 22 lipca 2022 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu protokół postępowania, z którego wynikało, że Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, to termin na wniesienie odwołania upływał 01 sierpnia 2022 roku. Odwołujący wniósł odwołanie 01 sierpnia 2022 roku, a zatem w terminie przewidzianym w ustawie.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SWZ w części IDW, pkt 24.1 zastrzegł, że Wykonawca zobowiązany jest do osobistego wykonania zamówienia w zakresie robót teletechnicznych, srk.

Odwołujący złożył ofertę, w której w pkt. 12 formularza ofertowego wskazał, jakie prace zostaną powierzone do realizacji podwykonawcom, zaś pozostały zakres zamówienia, w tym roboty teletechniczne i srk, Odwołujący zamierzał wykonać osobiście.

Odwołujący do oferty załączył m.in. dokument JEDZ dla każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Dokument JEDZ dotyczący Lidera zawiera zgodny z ofertą zakres podwykonawstwa, dokument JEDZ drugiego partnera Konsorcjum, tj. Zakłady Automatyki KOMBUD S.A., nie określał podwykonawstwa w ogóle. Natomiast z treści dokumentu JEDZ Konsorcjanta Olikol Rail Energy sp. z o.o. wynikać mógł zamiar powierzenia zamówienia podwykonawcom w zasadniczo każdej z branż robót objętych przedmiotem zamówienia.

Wobec rozbieżności dokumentów – formularza oferty Konsorcjum oraz dokumentu JEDZ Konsorcjanta Olikol Rail Energy sp. z o.o., Zamawiający był zobowiązany do wyjaśnienia treści rozbieżności.

Izba miała na uwadze okoliczność, że dokument JEDZ jest dokumentem wstępnej kwalifikacji wykonawców, wstępnego potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a także spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Istotne znaczenie ma treść oferty, a zatem formularz oferty.

Istniejącą rozbieżność pomiędzy dokumentami należało wyjaśnić.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 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.

Powyżej zacytowany przepis zobowiązuje Zamawiającego do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych dokumentów. Wyjaśnieniu podlegają także rozbieżności pomiędzy dokumentami.

Uzasadniony jest zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu usunięcia rozbieżności pomiędzy treścią formularza ofertowego Konsorcjum oraz treścią formularza JEDZ Konsorcjanta Olikol Rail Energy sp. z o.o.

W niniejszym postępowaniu wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień nie jest konieczne wobec wniesienia przez Odwołującego odwołania, w którym zostały wyjaśnione wszelkie okoliczności.

Powyżej zacytowany przepis wskazuje także na możliwość poprawienia dokumentów, jeżeli zawierają błędy.

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, wyjaśnienie dokumentów czy wezwanie Odwołującego do poprawienia formularza JEDZ w zakresie części D dotyczącej podwykonawstwa nie spowoduje zmian w treści oferty Odwołującego, gdyż, jak wskazano powyżej, istotne znaczenie ma formularz ofertowy, z którego jednoznacznie wynikała wola Odwołującego co do podwykonawstwa. W treści formularza ofertowego Odwołujący wskazał zakres prac, jaki zamierza powierzyć podwykonawcom, a także wynika z niego, że prace srk oraz teletechniczne nie zostaną powierzone podwykonawcom.

Z uwagi na powyższe, Izba, uznając za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do poprawienia dokumentu JEDZ konsorcjanta Olikol Rail Energy sp. z o.o., nakazała Zamawiającemu dokonanie czynności wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Torkol sp. z o.o., Olikol Rail Energy sp. z o.o., Zakłady Automatyki KOMBUD S.A., do poprawienia dokumentu JEDZ członka Konsorcjum Olikol Rail Energy sp. z o.o., poprzez usunięcie z zakresu robót wymienionych w sekcji D: informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega - robót teletechnicznych i srk

Zaniechanie wezwania do poprawienia dokumentu JEDZ przez Konsorcjanta Olikol Rail Energy sp. z o.o. we wskazanym zakresie może mieć wpływ na wynik postępowania. Brak poprawienia dokumentu spowoduje, że przewidziana przez Zamawiającego aukcja elektroniczna nie zostanie przeprowadzona prawidłowo, tj. nie wezmą w niej udziału wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, w tym Odwołujący.

W konsekwencji powyższego, za zasadne należało uznać naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zgodnie z tym artykułem, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z warunkami SWZ. W niniejszym postępowaniu brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Przewidziane w artykule 128 ustawy Prawo zamówień publicznych rozwiązania w postaci możliwości wyjaśnienia, czy poprawienia dokumentów złożonych w postępowaniu, służą uniknięciu odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania, gdy nie zachodzi jednoznaczna niezgodność tej oferty z SWZ.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....