

**WYROK**  
z dnia 23 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2020 r. przez wykonawcę **Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH** siedzibą w Monachium, Niemcy, **Oddział w Polsce** z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **System 7 Railtechnology GmbH** z siedzibą w Wiedniu, Austria, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie w zakresie części nr 1 oraz nr 2 zamówienia** i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę System 7 Railtechnology GmbH z siedzibą w Wiedniu,
- 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH z siedzibą w Wiedniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

**2. Odrzuca odwołanie w zakresie części nr 3 zamówienia;**

**3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów postawionych w odwołaniu: System 7 Railtechnology GmbH z siedzibą w Wiedniu, i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 3.2. zasądza od System 7 Railtechnology GmbH z siedzibą w Wiedniu na rzecz Odwołującego Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga w Warszawie**.

**Przewodniczący:.....**

**Uzasadnienie**

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej: „ustawą Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Modernizacja 3 szt. Agregatów podbijających na kolejowych podbijkarkach rozjazdowych typu UNIMAT 08-475 4S, numer referencyjny: 4040/INZG/08800/02342/20/P. Zamówienie zostało podzielone na trzy części. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 30 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 085-203113.

W dniu 4 września 2020 r. Zamawiający drogą elektroniczną poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez System 7 Railtechnology GmbH (dalej również „Wykonawca”). W dniu 13 września 2020 r. wykonawca Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH Oddział w Polsce (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie w częściach 1-3:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Wykonawcy z postępowania, pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w części 1-3 w zakresie posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej, tj. doświadczenia w zakresie modernizacji agregatów podbijających na podstawie uzyskanych referencji, od co najmniej jednego Odbiorcy, gdyż z przedstawionego załącznika nr 9 do SIWZ wynika, że wskazane tam doświadczenie nie jest doświadczeniem własnym wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH, lecz powołuje się on na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, tj. S7, a nadto z przedstawionych referencji od Balfour Beatty Rail LTD nie wynika, że prace na rzecz tego podmiotu były wykonywane przez System 7 Railtechnology GmbH, a jednocześnie brak jest innych referencji przedstawionych przez Wykonawcę,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Wykonawcy z postępowania pomimo wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu w części 1-3 w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa polegającego na wskazaniu w załączniku nr 9 do SIWZ, że wykonawca System 7 Railtechnology GmbH powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a Pzp, tj. S7 i posługiwaniu się doświadczeniem innego podmiotu w zakresie modernizacji agregatów podbijających,

przy jednoczesnym złożeniu oświadczenia w dokumencie JEDZ, że wykonawca nie polega na zdolności innych podmiotów,

- 3)art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Wykonawcy z postępowania, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. wskazaniu w załączniku nr 9 do SIWZ, że wykonawca System 7 Railtechnology GmbH powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a Pustawy Pzp, tj. S7 i posługiwaniu się doświadczeniem innego podmiotu w zakresie modernizacji agregatów podbijających, przy jednoczesnym złożeniu oświadczenia w dokumencie JEDZ, że wykonawca nie polega na zdolności innych podmiotów
- 4)art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie Wykonawcy z postępowania pomimo, że nie wykazał on braku podstaw do wykluczenia z Postępowania w części 1-3 w zakresie nie zalegania z opłaceniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne z uwagi na przedstawienie przez wykonawcę System 7 Railtechnology GmbH zaświadczenia z austriackiego ZUS wystawionego z datą 24.10.2019 r., podczas gdy zgodnie z pkt XII.14 SIWZ dokument ten powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, a dodatkowo dokument nie zawiera podpisu osoby, która go wystawiła,
- 5)art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna podlegać odrzuceniu,

oraz

- 6)art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w części 3 podczas gdy wykonawca System 7 Railtechnology GmbH powinien zostać wykluczony, a co za tym idzie z uwagi na to, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu Zamawiający powinien unieważnić Postępowanie w części 3.

ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że nie zachodzą przesłanki do uwzględnienia powyższych zarzutów:

- 7)art. 26 ust. 3a ustawy Pzp - poprzez niewezwanie wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa, sporządzonego w formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanych podpisem elektronicznym lub elektronicznej kopii dokumentu opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez notariusza
- 8)art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 104 zdanie pierwsze k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH w części 1-3 Postępowania, podczas gdy treść tej oferty jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów oraz nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wykazania umocowania pełnomocnika T. K. do złożenia oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH w części 1-3 Postępowania z uwagi na nieprzedstawienie pełnomocnictwa w wymaganej formie,
- 9)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH w części 1-3 Postępowania, podczas gdy treść tej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wykazania umocowania Pana M. S. do jednoosobowej reprezentacji wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH z uwagi na nieprzedstawienie właściwego dokumentu, który wykazałby umocowanie do reprezentacji spółki,
- 10)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH w części 1-3 Postępowania, podczas gdy treść tej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym obowiązku złożenia wszystkich dokumentów i oświadczeń (za wyjątkiem Formularza Ofertowego) w formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.
- 11)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH w części 1-3 Postępowania, podczas gdy treść tej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym obowiązku złożenia formularza oferty stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, pomimo iż obowiązek złożenia tego dokumentów wynikał z postanowień SIWZ,
- 12)art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH w części 1-3 Postępowania, podczas gdy z uwagi na niewystarczającą kwotę wadium na zabezpieczenie wszystkich trzech części Postępowania i nie oznaczenia przez wykonawcę, którą ofertę zabezpiecza wpłaconą kwotą, wadium w zakresie każdej z części Postępowania nie zostało wniesione wymaganej kwocie tj. kwota wpłacona w EUR nie stanowi równowartości kwoty w PLN wadium wymaganej przez Zamawiającego,
- 13)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH w części 1-3 Postępowania, podczas gdy treść tej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganego stopnia zmniejszenia częstotliwości drgań agregatów.
- 14)art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona
- 15)art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia oferty wykonawcy w części 3 Postępowania podczas gdy oferta wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH powinna zostać odrzucona, a co za tym idzie z uwagi na to, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu Zamawiający powinien unieważnić Postępowanie w części 3.

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że nie zachodzą przesłanki do uwzględnienia zarzutu nr 1 -6 oraz 7-15

- 16)art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH jako oferty najkorzystniejszej w części 1-2 Postępowania, podczas gdy wykonawca System 7 Railtechnology GmbH nie zaznaczył „TAK” w zakresie dotyczącym oferowania rozwiązań fakultatywnych, a tym samym Zamawiający nie powinien naliczyć wykonawcy punktów za oferowanie rozwiązań fakultatywnych, a co za tym idzie łączna punktacja jaką osiągnął wykonawca System 7 Railtechnology GmbH jest niższa niż punktacja naliczona Odwołującemu

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1)dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów opisanych w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i

przedłożone na rozprawie,

2) zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia wydruku z rachunku bankowego Zamawiającego celem wskazania, w jakim dniu i w jakiej kwocie w walucie PLN wadium wpłacone przez Wykonawcę zostało zaksięgowane przez Zamawiającego,

3) uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

a) w części 1-2 postępowania:

- unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej w części 1-2 Postępowania oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH,
- wykluczenie wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH z Postępowania w części 1-2 ewentualnie odrzucenie oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH z Postępowania w części 1-2
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert
- z dalej idącej przezorności, nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że Wykonawca spełnia warunku udziału w postępowaniu.

b) w części 3 postępowania:

- unieważnienie czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej w części 3 Postępowania oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH,
- wykluczenie wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH z Postępowania w części 1-2 ewentualnie odrzucenie oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH z Postępowania w części 3
- unieważnienie Postępowania w części 3
- z dalej idącej przezorności, nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że Wykonawca spełnia warunku udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w dniu 28 lipca 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok w połączonych sprawach sygn. akt: KIO 1388/20, KIO 1496/20, w którym uwzględniła odwołanie wniesione przez System 7 Railtechnology GmbH i nakazała Zamawiającemu:

w odniesieniu do części 1 i 2 postępowania:

- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty System 7 Railtechnology GmbH
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert

w odniesieniu do części 3 Postępowania:

- unieważnienie czynności wyboru oferty Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty System 7 Railtechnology GmbH
- odrzucenie oferty Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp
- powtórzenie badania i oceny ofert

W dniu 4 września 2020 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty System 7 Railtechnology GmbH w każdej z trzech części Postępowania oraz odrzucił ofertę Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH w części 3 Postępowania, informując że oferta System 7 Railtechnology GmbH otrzymała najwyższą liczbę punktów w zastosowanych kryteriach wyboru, jak również że oferta Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH w części 3 Postępowania została odrzucona. W ocenie Odwołującego czynności Zamawiającego zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy.

Uzasadniając zarzut zaniechania wykluczenia System 7 Railtechnology GmbH z postępowania w części 1-3, Odwołujący wskazał na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w części 1-3 w zakresie posiadanego doświadczenia w zakresie modernizacji agregatów podbijających i wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez Wykonawcę. Wykonawca System 7 Railtechnology GmbH przedstawił załącznik nr 9, w którym wskazał 3 podmioty, na rzecz których wykonał zamówienia „konwersja systemu” oraz przedstawił referencje od jednego z nich, tj. Balfour Beatty Rail LTD. Jednocześnie w kolumnie: „Nazwa podmiotu, na których zasoby Wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 22a Ustawy (w przypadku powoływania się na te zasoby)” Wykonawca w przypadku każdego z trzech wymienionych podmiotów, na rzecz których wykonywane były zamówienia wskazał: „S7”. Oznacza to, że wskazane przez Wykonawcę doświadczenie nie jest jego własnym doświadczeniem, lecz doświadczeniem podmiotu trzeciego „S7”. Również z przedłożonych do załącznika nr 9 do SIWZ referencji nie wynika, że są to referencje wykazujące doświadczenie po stronie wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH. Dlatego w ocenie Odwołującego Zamawiający winien był wykluczyć wybranego wykonawcę z Postępowania w części 1-3 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący stwierdził, że dodatkowo Wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania w części 1 -3 na podstawie art. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp bowiem wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa polegającego na wskazaniu w załączniku nr 9 do SIWZ, że powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, tj. S7 i posługiwaniu się doświadczeniem innego podmiotu w zakresie modernizacji agregatów podbijających, przy jednoczesnym złożeniu oświadczenia w dokumencie JEDZ, że nie polega na zdolności innych podmiotów. Powołując się na doświadczeniu innego podmiotu i składając jednocześnie oświadczenie o nie poleganiu na zdolności innych podmiotów Wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, co do spełnia warunku udziału w postępowaniu. Informacje te miały istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, gdyż doprowadziły do wyboru oferty Wykonawcy, podczas gdy powinien zostać wykluczony z postępowania.

Uzasadniając zarzut niewykazania przez System 7 Railtechnology GmbH braku podstaw do wykluczenia z postępowania w części 1-3 w zakresie nie zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt XII. 13 pkt 2 lit a) SIWZ Jeżeli wykonawca ma siedzibę poza terytorium RP składa dokument wystawiony w kraju, w którym Wykonawca wprowadził Zamawiającego potwierdzające odpowiednio, że nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne (-). Zgodnie z pkt XII. 14 Dokument, o

którym mowa w ust. 13 pkt 2 lit a) powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca przedstawił zaświadczenie z austriackiego ZUS wystawione z datą 24.10.2019 r., podczas gdy dokument ten powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, a dodatkowo dokument nie zawiera podpisu osoby, która go wystawiła. Wykonawca przedłożył wraz z zaświadczeniem „Informację dodatkową” tłumacząc się w tym zakresie utrudnieniami związanymi z coronavirusem, jednakże w ocenie Odwołującego nie jest to przesłanka pozwalająca na to, aby Zamawiający mógł uznać, że Wykonawca wykazał brak podstaw do wykluczenia z postępowania w części 1-3. Zaświadczenie przedstawione przez Wykonawcę nie zawiera nawet podpisu osoby, która je wystawiła na wersji papierowej dokumentu, co nie spełnia wymogu uznania go za dokument wiarygodny, pochodzący od instytucji uprawnionej do wystawienia takiego zaświadczenia. W dokumentacji, jaką Odwołujący otrzymał od Zamawiającego brak również jakichkolwiek pism ze strony Wykonawcy świadczących o uzupełnieniu wskazanego braku pomimo deklaracji o niezwłocznym dostarczeniu dokumentu po otrzymaniu oryginału. Wprawdzie w ocenie Odwołującego, takie uzupełnienie nie jest skuteczne, jednakże jego brak dowodzi, iż Wykonawca nie wykazał się należyłą starannością w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, w związku z czym powinien zostać wykluczony z postępowania.

Uzasadniając zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH z postępowania w części 1-3, Odwołujący, w odniesieniu do zarzutu w zakresie braku wykazania umocowania do złożenia oferty, wskazał, że Wykonawca załączył do oferty pełnomocnictwo dla Pana T. K., podpisane przez Prezesa Zarządu Pana M. S., które to pełnomocnictwo nie zostało sporządzone w wymaganej formie. Dokument nie został sporządzony w formie dokumentu elektronicznego z kwalifikowanym podpisem elektronicznym, lecz stanowi jedynie skan dokumentu podpisanego na papierze. W związku z tym zdaniem Odwołującego Zamawiający winien był odrzucić ofertę System 7 Railtechnology GmbH w części 1-3 postępowania gdyż treść oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wykazania umocowania pełnomocnika T. K. do złożenia oferty wykonawcy. Co więcej oferta wykonawcy powinna zostać odrzucona z uwagi jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów, tj. art. 104 k.c., zdanie pierwsze. W świetle art. 104 k.c. jednostronna czynność prawna, jaką jest złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna. Mając na uwadze powyższe w ocenie Odwołującego Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3a ustawy Pzp do przedłożenia dokumentu potwierdzającego fakt umocowania do złożenia oferty. W następstwie nieuzupełnienia tych dokumentów Zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy, bowiem jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jest sprzeczna z przepisami k.c.

Następnie Odwołujący stwierdził, że Wykonawca nie wykazał również, aby Pan M. S. był uprawniony do jednoosobowej reprezentacji wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH z uwagi na nieprzedstawienie właściwego dokumentu, który wykazałby umocowanie do reprezentacji spółki. Dokument przedstawiony przez Wykonawcę, stanowiący odpowiednik polskiego odpisu z KRS jest dokumentem nie pochodzącym z oficjalnego rejestru spółek z siedzibą w Austrii. Tłumaczenie przedstawione przez Wykonawcę nie stanowi wiernego tłumaczenia treści dokumentu sporządzonego w wersji niemieckiej. Już z samego tytułu dokumentu można wywnioskować, że dokument ten nie pochodzi z oficjalnego rejestru, gdyż wskazano w nim: „Firmeninformation mit historischen Daten. FUr den internen Gebrauch, kein amtliches Dokument.“ Co zgodnie z tłumaczeniem sporządzonym przez tłumacza przysięgłego należy tłumaczyć jako: „Informacje o firmie z danymi historycznymi. Do użytku wewnętrznego, nie jest to dokument urzędowy” (Dowód: tłumaczenie przysięgłe sporządzone przez tłumacza M. Sz. z dnia 11 września 2020 r.). Organem właściwym do wydania zaświadczenia wykazującego umocowanie do reprezentowania spółki z siedzibą w Austrii jest rejestr handlowy Firmenbuch, który zawiera informacje dotyczące wszystkich wpisanych do niego austriackich podmiotów prowadzących działalność gospodarczą. Dokumenty, na podstawie których dokonuje się wpisów, są przechowywane w elektronicznym archiwum prowadzonym przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Dokument przedstawiony przez Wykonawcę, nie jest dokumentem z oficjalnego rejestru, lecz z nieoficjalnego portalu internetowego, a zatem nie stanowi wiarygodnego źródła do wykazania umocowania do reprezentowania Wykonawcy. Z tego względu Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Wykonawcy bowiem oferta została złożona przez osobę, która nie posiadała umocowania do złożenia oferty, potwierdzonego stosownym, oficjalnym dokumentem z rejestru, a co za tym idzie oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzasadniając zarzut braku spełnienia wymogu przedstawienia dokumentów w wymaganej formie Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt XV. 5 SIWZ Pozostałe dokumenty i oświadczenia Wykonawca sporządza w formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznej kopii poświadczonej z zgodność z oryginałem, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający do wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 poz. 1126 ze zm.). Zgodnie z pkt XV.6. SIWZ poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiedni Wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega Wykonawca, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie Zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczy. Poświadczenia za zgodność dokonuje się poprzez opatrzenie kwalifikowanym podpisem elektronicznym kopii dokumentu sporządzonego pierwotnie w formie papierowej. Z powyższego wynika, że każdy dokument przedkładany przez wykonawcę, za wyjątkiem Formularza Ofertowego powinien być sporządzony w formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub powinien stanowić elektroniczną kopię dokumentu sporządzonego pierwotnie w formie pisemnej opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Nie wszystkie dokumenty złożone przez Wykonawcę spełniają wymogi co do formy określonej w SIWZ. Za takie dokumenty należy uznać: pełnomocnictwo dla Pana T. K., wyciąg z rejestru spółek, potwierdzenie przelewu kwoty wadium, zaświadczenie ubezpieczeniu firmy, zaświadczenie o niekaralności, zaświadczenie o płaceniu składek (Urząd Skarbowy), zaświadczenie o płaceniu składek (ZUS),

załącznik nr 9 - wykaz zamówień wykonanych przez Wykonawcę, automatyczna optymalizacja zagęszczania, rejestracja zagęszczania, wyeliminowane wibracje, zastosowanie silowników. Dokumenty nie zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Mając na uwadze powyższe Zamawiający powinien był odrzucić ofertę System 7 Railtechnology GmbH w części 1 -3 postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść tej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym obowiązku złożenia wszystkich dokumentów i oświadczeń (za wyjątkiem Formularza Ofertowego) w formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem.

W uzasadnieniu zarzutu braku załącznika nr 8 do SIWZ - formularz oferty, Odwołujący stwierdził, że w jego ocenie postanowienia SIWZ prowadzą do wniosku, że przypisano odmienne znaczenie zwrotowi „formularz oferty” i zwrotowi „Formularz Ofertowy”, o czym świadczą poniższe postanowienia SIWZ. Z przywołanych postanowień SIWZ zdaniem Odwołującego wynika, że wypełnienie Formularza Ofertowego nie zastępuje przedłożenia załącznika nr 8 do SIWZ - formularz oferty. Aby skutecznie złożyć ofertę w postępowaniu wykonawca był więc zobowiązany do wypełnienia

Formularza Ofertowego bezpośrednio na Platformie Zakupowej oraz załączyć formularz oferty stanowiący załącznik nr 8. Brak jest podstaw do uznania, że załącznik nr 8 nie był wymagany. Odwołujący zwrócił uwagę, że KIO rozpoznając odwołanie System 7 Railtechnology GmbH w sprawach o sygn. akt: KIO 1388/20, KIO1496/20 próbując ustalić, z jakiego powodu Zamawiający odrzucił ofertę System 7 Railtechnology GmbH wskazała: *Uzasadnienie, które przedstawił Zamawiający jest tak dalece niewystarczające i enigmatyczne, że nawet wnikliwa analiza dokumentacji postępowania nie mogła dać pewności, jakie okoliczności faktyczne stanowiły podstawę odrzucenia oferty Odwołującego i dłaczego. Na podstawie akt sprawy można było jedynie próbować domyślać się, dlaczego oferta została odrzucona. Przykładowo powiązanie okoliczności, że Odwołujący nie złożył załącznika nr 9 do SIWZ z czynnością odrzucenia, mogło sugerować, że to brak tego załącznika stanowił dla Zamawiającego niezgodność z SIWZ.* Zdaniem Odwołującego we wskazanym wyroku Izba dała wyraz przekonaniu, że brak tego załącznika mógł stanowić podstawę do odrzucenia oferty wybranego wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH w części 1-3 postępowania, podczas gdy treść tej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie dotyczącym obowiązku złożenia formularza oferty stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ, pomimo iż obowiązek złożenia tego dokumentów wynikał z postanowień SIWZ.

W odniesieniu do braku wniesienia przez System 7 Railtechnology GmbH wadium, Odwołujący podał, że zgodnie z pkt XIV. 1. SIWZ każdy wykonawca zobowiązany jest zabezpieczyć swą ofertę w wysokości 19 500,00 PLN dla każdego z trzech zadań. W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część Wykonawca zobowiązany jest wnieść wadium w wysokości będącej sumą kwot odpowiadających częściom na które składana jest oferta. Zgodnie z pkt XIV.9. SIWZ wadium należało wpłacić na konto bankowe Zamawiającego prowadzone w walucie PLN w PKO BP. Wykonawca przedłożył do oferty potwierdzenie dokonania przelewu kwoty wadium wniesionej w formie pieniądza. Przelew został dokonany w dniu 27.05.2020 r. na kwotę 13.210,00 EUR, w tytule nie było zaznaczenia, iż wpłacona kwota stanowi wadium, mimo że w pkt XIV.9. SIWZ wskazano, że w tytule przelewu należy podać „Wadium w postępowaniu pn. Modernizacja (...). Wykonawca nie zastosował się więc do postanowień SIWZ. Co więcej Wykonawca wskazał w oświadczeniu pisemnym dołączonym do potwierdzenia przelewu sporządzonego w języku niemieckim, iż przelew na kwotę 13.210,00 EUR stanowi równowartość PLN 58 500,00 wymaganych łącznie dla 3 zadań. Kwota przelana przez Wykonawcę, tj. 13.210,00 EUR, nie stanowi wbrew oświadczeniu Wykonawcy, równowartości wadium wymaganego przez Zamawiającego. W przypadku wadium wnoszonego w pieniądzu obowiązek wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert oznacza, że przed tym terminem określona kwota pieniężna powinna zasilić rachunek bankowy zamawiającego podany w SIWZ. Nie jest przy tym wystarczające samo dokonanie zlecenia przelewu wymaganej kwoty na rachunek zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nie wiążą bowiem żadnego skutku prawnego z załączeniem do złożonej oferty dowodu zlecenia dokonania przelewu kwoty wadium. Dla skutecznego wniesienia wadium w pieniądzu konieczne jest uznanie na rachunku bankowym zamawiającego należnej kwoty wadium przed upływem terminu składania ofert (tak też KIO w wyr. z 19.12.2017 r., KIO 2584/17, Legalis).

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do przedstawienia wydruku z rachunku bankowego Zamawiającego celem wskazania w jakim dniu i w jakiej kwocie wadium wpłacone przez Wykonawcę zostało zaksięgowane przez Zamawiającego. Dla ustalenia czy Wykonawca wpłacił wadium w wymaganej kwocie istotne jest zatem ustalenie, czy przed upływem terminu składania ofert na rachunku Zamawiającego znalazła się kwota w wysokości 58 500,00 PLN.

W ocenie Odwołującego skoro Zamawiający nie przewidział możliwości zapłaty wadium w walucie obcej to kwota jaka została zaksięgowana na jego koncie (po dokonaniu przewalutowania przez bank) jest kwotą jaką Wykonawca wpłacił de facto tytułem wadium. Skoro bowiem Zamawiający oczekuje konkretnej kwoty w PLN to taką konkretną kwotę powinien otrzymać od Wykonawcy i to nie on powinien ponosić ryzyko niekorzystnego przewalutowania tej kwoty przez Bank, który księgując kwotę przelaną w EUR musi dokonać jej przewalutowania na PLN według kursu kupna waluty stosowanego przez dany bank. Wykonawca, który decyduje się na zapłatę wadium w walucie obcej powinien zatem wykazać się należytą starannością w zakresie ustalenia czy po dokonaniu przewalutowania kwoty wpłaconej w obcej walucie na PLN przez bank prowadzący rachunek bankowy Zamawiającego wpłacona kwota będzie odpowiadała kwocie wymaganej przez Zamawiającego w PLN. Odwołujący, w ujęciu tabelarycznym przedstawił kursy kupna walut w PKO BP w dniach od 27.05. 2020 r. (dzień zapłaty) do dnia 2.06.2020 r. (termin składania ofert) bazując na informacji o kursach walut stosowanych przez PKO BP i załączył wydruki (szk. 5) ze strony internetowej Banku PKO BP z informacją o wysokości kursu kupna dewiz w walucie EUR od dnia 27.05.2020 do 2.06.2020 r. i stwierdził, że powyższe dowodzi, że w każdym z dni, kiedy kwota wpłaconego wadium mogła być zaksięgowana na rachunku bankowym Zamawiającego była ona po przeliczeniu na PLN niższa niż kwota wymagana jako wadium dla wszystkich trzech części Postępowania, tj. łącznie 58.500,00 PLN. Otrzymana przez Zamawiającego kwota była zatem niższa, niż kwota łącznego wadium dla wszystkich części postępowania, a Wykonawca nie oznaczył w treści przelewu na poczet, której części postępowania wpłaca wadium. Wpłacona przez Wykonawcę kwota miała zostać podzielona na 3 w równych częściach i każda z tych kwot przeznaczona na odrębną część Postępowania. W konsekwencji uznaje się, że Wykonawca nie przedłożył wymaganej kwoty wadium, tj. 19.500,00 PLN na żadną z trzech części Postępowania. Zamawiający, powinien zatem odrzucić ofertę System 7 Railtechnology GmbH w części 1 -3 postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na niewystarczającą kwotę wadium na zabezpieczenie wszystkich trzech części Postępowania.

Odnośnie braku spełnienia wymogu dot. zaoferowania zmniejszenia częstotliwości drgań agregatów, Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 3.1. OPZ stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ Wymagane jest zregenerowanie agregatów podbijających (4 szt.) oraz przystosowanie ich do pracy z zmienną częstotliwością wibracji zgodnie z pkt 2.1. ppkt 3 z zmniejszeniem częstotliwości drgań do 28 Hz po wysunięciu podbijaków z podsypki do położenia spoczynkowego. Wykonawcy przystępujący do złożenia oferty w Postępowaniu powinni więc byli wybrać jedno z rozwiązań dotyczących obniżenia częstotliwości wibracji w fazie jałowej. Powinni więc zadeklarować albo całkowite wyeliminowanie wibracji lub zmniejszenie częstotliwości wibracji minimum o 20 %. Dokonać tego mogli wybierając jedno z możliwych odpowiedzi: TAK lub NIE. System 7 Railtechnology GmbH wypełnił Formularz Ofertowy na Platformie Zakupowej i w miejscu, w którym powinien był zadeklarować czy oferuje całkowite wyeliminowanie wibracji zamiast zaznaczyć TAK, wpisał niezrozumiały ciąg cyfr. Odwołujący zauważył, że pierwotnie Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy wskazując, że Wykonawca wpisując niezrozumiały ciąg cyfr zamiast TAK lub NIE nie spełnił obligatoryjnego warunku jakim było zaoferowanie rozwiązania dot. zmniejszenia częstotliwości wibracji. Zamawiający odrzucając ofertę Wykonawcy nie przedstawił jednak uzasadnienia swojej decyzji, a uzasadnienie to zostało dopiero przedstawione w toku postępowania odwoławczego, w ramach którego System 7 Railtechnoiogy GmbH zaskarżył czynność polegającą na odrzuceniu jego oferty i m.in. wybór oferty Deutsche Plasser Bahnbaumaschinen GmbH w części 3 postępowania z uwagi na to, że Odwołujący w swojej ofercie omyłkowo zaznaczył NIE przy rozwiązaniu „zmniejszenie częstotliwości wibracji o 20 %”. W wyroku KIO (sygn. akt: KIO 1388/20, KIO 1496/20) uwzględniła odwołanie System 7 Railtechnoiogy GmbH wskazując: „W pierwszej kolejności wskazać należy, że nie była kwestią sporną okoliczność, że realizacja wymagania wynikającego z punktu 3,1. OPZ

(zmniejszenie częstotliwości drgań do 28 HZ po wysunięciu podbijków z podsypki do położenia spoczynkowego) wymaga zmniejszenia częstotliwości drgań minimum o 20 %. Tożsamość tych wymagań została przyznana zarówno przez Zamawiającego, jak i Przystępującego w prowadzonej procedurze wyjaśniającej oraz w postępowaniu odwoławczym. Izba uznała zatem za ustalone, że wymaganiem bezwzględnym było zaoferowanie zmniejszenia częstotliwości drgań minimum o 20%, a niespełnienie tego wymogu stanowi niezgodność oferty z treścią SIWZ." Z powyższego wywodzić należy, zdaniem Odwoływającego, że brak jednoznacznego oświadczenia „TAK” powinien skutkować uznaniem, że wykonawca nie spełnia wymogu bezwzględnego, a co za tym idzie, że oferta Wykonawcy jest niezgodna z SIWZ. Go istotne Zamawiający nie dokonał czynności poprawienia oferty Wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, a więc nie uznał, że Wykonawca popełnił oczywistą omyłkę. Nie sposób zatem uznać na jakiej podstawie Zamawiający uznał, że wpisanie niezrozumiałego ciągu cyfr należy interpretować jako spełnienie wymogu zaoferowania rozwiązania zmniejszenia częstotliwości drgań. Odwoływający zauważył należy, że KIO we wspomnianym wyroku przyjęła niekorzystne dla Odwoływającego stanowisko uznając, że skoro Odwoływający nie zaznaczył „TAK”, pomimo złożenia oświadczenia o zapoznaniu się z treścią ogłoszenia o zamówienia oraz SIWZ, a także akceptacji w pełni i bez zastrzeżeń SIWZ wraz z deklaracją związania określonymi w niej postanowieniami, oraz pomimo złożenia wyjaśnień, że „NIE” zostało zaznaczone omyłkowo, to nie spełnił wymogu określonego w SIWZ, a co za tym idzie, że jego oferta podlega odrzuceniu. Zdaniem Odwoływającego również rygorystyczne podejście należy przyjąć w przypadku oceny oferty złożonej przez Wykonawcę. Skoro wpisał on niezrozumiały ciąg cyfr, zamiast zaznaczyć „TAK”, to również w tym przypadku należy uznać, że oferta nie spełnia wymagań w zakresie bezwzględnego wymogu jakim było zaoferowanie zmniejszenia częstotliwości drgań. Odmienne stanowisko prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania wykonawcy System 7 Railtechnoigy GmbH. Zamawiający zatem powinien był odrzucić ofertę wykonawcy System 7 Railtechnoigy GmbH w części 1-3 postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść tej oferty nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymaganego stopnia zmniejszenia częstotliwości drgań agregatów.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego błędnego naliczenia punktów skutkującego niezasadnym wyborem oferty wykonawcy System 7 Railtechnoigy GmbH jako oferty najkorzystniejszej, Odwoływający podniósł, że w przypadku uznania, że oferta System 7 Railtechnoigy GmbH nie podlegała odrzuceniu pomimo braku zadeklarowania rozwiązania polegającego na zmniejszeniu częstotliwości drgań (zarzut nr 2.5. powyżej) należało dojść do przekonania, że Wykonawca nie zaoferował rozwiązań fakultatywnych, przy których w ofercie zamiast „TAK” wpisał niezrozumiały ciąg cyfr. Odwoływający zauważył, że w wyroku sygn. akt: KIO1388/20, KIO 1496/20 Izba nie oceniła czy Zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty, gdyż w ocenie Izby Zamawiający doprecyzował te podstawy dopiero w postępowaniu odwoławczym. Jednocześnie Izba wskazała, że Zamawiający powinien poddać analizie skutek braku zadeklarowania rozwiązań fakultatywnych, tj. czy skutkuje on odrzuceniem oferty czy jedynie nieprzyznaniem punktów za rozwiązania fakultatywne. W ocenie Odwoływającego, jeśli Zamawiający uznał, że brak zadeklarowania rozwiązań fakultatywnych nie skutkuje odrzuceniem oferty, to powinien dojść do przekonania, że brak ten skutkuje nienaliczeniem punktów za rozwiązania fakultatywne. Tymczasem Zamawiający przyznał ofercie Wykonawcy 30 punktów za rozwiązania fakultatywne, pomimo, że Wykonawca tych rozwiązań nie zadeklarował. Zamawiający powinien więc dojść do przekonania, że Wykonawca nie zadeklarował: zastosowania siłowników pulsacyjnych w celu całkowitego wyeliminowania mas i wałów wirujących dla uzyskania drgań agregatów -10 %, całkowitego wyeliminowania drgań - 4 %, automatycznej optymalizacji zagęszczenia podsypki - 8 %, rejestracji jednorodności zagęszczenia - 8 %. Wykonawca powinien otrzymać punkty wyłącznie za cenę, bez dodatkowych punktów za rozwiązania fakultatywne. W takim przypadku ilość punktów przyznana Odwoływającemu w częściach 1 i 2 Postępowania byłaby wyższa niż ilość punktów przyznana System 7 Railtechnoigy GmbH. Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazał, że dokonał analizy ewentualnych skutków niezłożenia przez Wykonawcę prawidłowych oświadczeń, przyjmując, że brak taki nie stanowiłby podstawy do odrzucenia oferty, a jedynie mógłby skutkować nieprzyznaniem punktów za rozwiązania fakultatywne. Jednocześnie Zamawiający przyznał, że „mając na uwadze powyższe zaakceptowano ofertę złożoną przez S7, jako ofertę spełniającą wymagania określone w SIWZ”. Zamawiający zatem najpierw uznał, że wpisanie ciągu cyfr zamiast zaznaczenia „TAK” skutkuje odrzuceniem oferty. Następnie kierując się rekomendacją KIO, co do konieczności analizy ewentualnych skutków niezłożenia przez Wykonawcę prawidłowych oświadczeń wskazał, że skutkiem byłoby nieprzyznanie punktów. Ostatecznie natomiast Zamawiający uznał ofertę Wykonawcy za zgodną z SIWZ, bez nawet konieczności jej poprawienia, jako zawierającej omyłkę. W ocenie Odwoływającego Zamawiający nie przedstawił żadnego uzasadnienia, z jakich względów uznał, że Wykonawcy należy naliczyć punkty za rozwiązania fakultatywne. Jeśli Zamawiający uznał, że wskazanie ciągu cyfr nie jest podstawą do odrzucenia oferty to powinien był przyjąć, że właściwym skutkiem dla nieoświadczenia „TAK” przy rozwiązaniach fakultatywnych jest mniej rygorystyczny skutek w porównaniu do odrzucenia, tj. nienaliczenie punktów. Zamawiający jednak przyjął, że niezrozumiały ciąg cyfr należy interpretować, jako zaoferowanie rozwiązań fakultatywnych. Zasady logicznego rozumowania i wykładania oświadczenia woli Wykonawcy nie mogą jednak prowadzić do wniosku, że ciąg cyfr oznacza „TAK”. Skoro złożenie przez Deutsche Plasser oświadczenia „NIE” skutkowało uznaniem, że Odwoływający nie zaoferował danego rozwiązania i skutkowało odrzuceniem oferty to kierując się zasadą uczciwego podejścia do wszystkich oferentów nakazuje stosowanie podobnego skutku dla innego oferenta. Jeśli nawet Zamawiający nie uznał, że skutkiem było odrzucenie oferty to bezwzględnie takim skutkiem powinno być nienaliczenie punktów za rozwiązania fakultatywne, których w istocie Wykonawca nie zaoferował składając stosowne oświadczenie, w formie wymaganej przez SIWZ. Mając na uwadze powyższe zamawiający naliczył błędną ilość punktów, na skutek czego doszło do wyboru jako najkorzystniejszej w części 1 i 2 Postępowania oferty System 7 Railtechnoigy GmbH, podczas gdy Zamawiający nie powinien naliczyć wykonawcy punktów za oferowanie rozwiązań fakultatywnych, a co za tym idzie łączna punktacja jaką osiągnął wykonawca System 7 Railtechnoigy GmbH jest niższa niż punktacja naliczona Odwoływającemu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty odwołania w całości.

W terminie ustawowym swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca System 7 Railtechnoigy GmbH z siedzibą w Wiedniu (dalej również: „Przystępujący”), który następnie zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. W dniu 19 października 2020 r. Przystępujący złożył pismo, zawierające jego stanowisko w sprawie wraz z załączonymi do pisma dowodami, i wniósł o:

- 1) odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów odnoszących się do części 3, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony, względnie oddalenie odwołania w tej części z uwagi na brak interesu Odwoływającego we wniesieniu odwołania,
- 2) oddalenie odwołania z uwagi na brak interesu Odwoływającego we wniesieniu odwołania za zakresie części 1 i części 2,
- 3) oddalenie odwołania z uwagi na jego bezzasadność.

Izba dopuściła w poczet dowodów dokumentację postępowania złożoną przez Zamawiającego oraz dowody

przedłożone przez strony załączone do złożonych pism.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. W częściach nr 1 i nr 2 nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając interes prawny we wniesieniu odwołania Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w części 1 i 2, gdyż złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę w Postępowaniu w części 1 i 2, nie podlega wykluczeniu z udziału w Postępowaniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, a w związku z niezgodną z przepisami ustawy PZP czynnością Zamawiającego, może ponieść szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia publicznego. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w postępowaniu w części 1 i 2, ponieważ Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy System 7 Railtechnology GmbH, który to wykonawca powinien podlegać wykluczeniu lub jego oferta powinna zostać odrzucona. Ewentualnie, w przypadku braku podstaw do wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty powinien on otrzymać niższą ilość punktów niż przyznana przez Zamawiającego, a zatem miałby on mniej punktów niż Odwołujący. W razie gdyby Zamawiający wykluczył tego wykonawcę, odrzucił jego ofertę lub naliczył mu mniej punktów, oferta Odwołującego została by sklasyfikowana na pierwszej pozycji listy rankingowej w ramach oceny ofert.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, iż Odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do skorzystania ze środków ochrony prawnej w odniesieniu do części 1 i 2 zamówienia z uwagi na to, że cena oferty tego wykonawcy w tych częściach przekracza kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia i w związku z tym postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W ocenie Izby unieważnienie postępowania z uwagi na zaistnienie okoliczności wymienionej w tym przepisie, w przypadku gdyby odwołanie zostało uwzględnione, ma charakter hipotetyczny. Przepis ten zawiera bowiem zastrzeżenie: „(...) *chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę.*” Oznacza to, że okoliczność, iż cena oferty Odwołującego jest wyższa od kwoty podanej przez Zamawiającego na otwarciu ofert jako tej, którą przeznaczył na realizację zamówienia, nie jest wystarczająca do stwierdzenia braku interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. W ocenie Izby tej oceny nie zmienia to, że, jak zostało podane na rozprawie przez Przystępującego, w piśmie informującym m.in. o unieważnieniu postępowania w częściach 1 i 2, która to czynność została zaskarżona przez niego i w wyniku ww. wyroku Izby została unieważniona przez Zamawiającego, Zamawiający podał, iż unieważnia postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Nawet jeśli na datę podjęcia ww. decyzji Zamawiający nie mógł przeznaczyć wyższej kwoty na realizację zamówienia, to nie oznacza, że później to się nie mogło zmienić. Zauważenia wymaga, iż na rozprawie Zamawiający nie zajął stanowiska w tym zakresie.

W związku z tym w ocenie Izby odwołanie w zakresie części nr 1 i nr 2 podlega merytorycznemu rozpoznaniu.

W części nr 3 istnieje natomiast podstawa do odrzucenia odwołania.

W wykonaniu wyroku Izby w połączonych sprawach KIO 1388/20 KIO 1496/20, wobec którego Odwołujący nie wniósł skargi do Sądu Okręgowego, jego oferta została skutecznie odrzucona przez Zamawiającego w części nr 3 postępowania. Odwołujący nie jest już zatem uczestnikiem postępowania i nie ubiega się o udzielenie zamówienia. Stosownie zatem do art. 189 ust. 2 pkt ustawy Pzp odwołanie jako wniesione w części 3 przez podmiot nieuprawniony podlegało odrzuceniu w tej części.

W związku z tym Izba w pkt 2 orzeczenia postanowiła o odrzuceniu odwołania w części nr 3.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z rozdz. IV SIWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie modernizacji 3 szt. agregatów podbijających na kolejowych podbijkarkach rozjazdowych typu UNIMAT 08-475 4S. Zamówienie podzielone jest na zadania:

Zadanie nr. 1 – Modernizacja zespołów roboczych – agregatów podbijających z UNIMAT 08-475 4S nr fabryczny 1054 wraz z montażem cyfrowej rejestracji parametrów pracy agregatów;

Zadanie nr. 2 – Modernizacja zespołów roboczych – agregatów podbijających z UNIMAT 08-475 4S nr fabryczny 1056 wraz z montażem cyfrowej rejestracji parametrów pracy agregatów;

Zadanie nr. 3 – Modernizacja zespołów roboczych – agregatów podbijających z UNIMAT 08-475 4S nr fabryczny 1052 wraz z montażem cyfrowej rejestracji parametrów pracy agregatów.

Zgodnie z rozdz. XI pkt 3 SIWZ w zakresie posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej za spełniających warunek udziału w postępowaniu zostaną uznani Wykonawcy, którzy wykażą się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy w tym okresie doświadczeniem w zakresie modernizacji agregatów podbijających na podstawie uzyskanych referencji od co najmniej jednego Odbiorcy, lub przedstawią referencje podwykonawcy w zakresie modernizacji agregatów podbijających i systemu rejestracji ich pracy.

Zgodnie z rozdz. XII pkt 11.2 SIWZ w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie wykonawca był zobowiązany do przedstawienia wykaz usług wykonanych przez wykonawcę nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert stanowiący Załącznik nr 9 do SIWZ, a także referencje uzyskane od co najmniej jednego Odbiorcy.

Zgodnie z rozdz. XII.1 pkt 5 SIWZ każdy z wykonawców jest zobowiązany złożyć wraz z ofertą formularz oferty - stanowiący załącznik nr 8 do SIWZ wraz z uzupełnionymi Załącznikami 1-3 do Formularza oferty - Wykaz cenowy modernizacji agregatów oraz wypełniony załącznik nr 4 Formularza oferty - Harmonogram.

Zgodnie z rozdz. XIV pkt 7 SIWZ „Zamawiający zaleca, aby dokument potwierdzający wniesienie wadium (dokument potwierdzający wniesienie wadium w formie pieniężnej lub gwarancje lub poręczenia) zostały złożone wraz z ofertą jako załącznik do Formularza Ofertowego.

Rozdział XV SIWZ (Forma dokumentów i oświadczeń) stanowi m.in.:

- pkt 3. Formularz Ofertowy jest przygotowywany i podpisany bezpośrednio na Platformie Zakupowej, pozostałe dokumenty i oświadczenia Wykonawca sporządza i podpisuje poza Platformą Zakupową.

- pkt 4. Ofertę oraz oświadczenie sporządzane w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia Wykonawca sporządza w oryginale w formie dokumentu elektronicznego.
- pkt 5. Pozostałe dokumenty i oświadczenia Wykonawca sporządza w formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.).
- pkt 8. Oferta oraz inne dokumenty i oświadczenia Wykonawcy lub innych podmiotów w Postępowaniu muszą być podpisane przez osoby umocowane do reprezentowania Wykonawcy lub innych podmiotów zgodnie z formą reprezentacji określoną w rejestrze lub innym dokumencie właściwym dla danej formy organizacyjnej albo przez upoważnionego przedstawiciela.
- pkt 9. Pełnomocnictwa należy sporządzić w formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznej kopii dokumentu opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez notariusza.

Zgodnie z rozdz. XVI pkt 2 SIWZ, ofertę należy przygotować i złożyć ściśle według wymagań określonych w SIWZ, za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego, dostępnej pod adresem: <https://platformazakupowa.plk-sa.pl>.

W rozdz. XVI SIWZ zostały zamieszczone m.in. następujące postanowienia:

- ust. 9. Wykonawca składa ofertę po zalogowaniu się na Platformie, poprzez:
  - 1)użycie, w zakładce dedykowanej przedmiotowemu Postępowaniu, akcji Przystąp do etapu składania ofert. Użycie wskazanej akcji pozwoli Wykonawcy na złożenie oferty w postępowaniu oraz prowadzenie komunikacji z Zamawiającym, zgodnie z ust 15.
  - 2)uzupełnienie wszystkich wymaganych pozycji Formularza Ofertowego dostępnego w zakładce Oferty,
  - 3)załączenie do Formularza wymaganych oświadczeń i dokumentów,
  - 4)ustanowienie hasła do szyfrowania i zmiany oferty,
  - 5)wykonanie akcji Złóż ofertę oraz złożenia podpisu elektronicznego w sposób opisany w ust. 11.
- ust. 10. Dokumenty i oświadczenia składane wraz z Ofertą Wykonawca składa na Platformie Zakupowej jako załączniki do Formularza Ofertowego poprzez użycie akcji Dodaj dokument.
- ust. 11 Wykonawca podpisuje Formularz Ofertowy kwalifikowanym podpisem elektronicznym za pośrednictwem mechanizmu wbudowanego w Platformie Zakupowej. Wymagania techniczne złożenia podpisu elektronicznego za pomocą mechanizmu wbudowanego w Platformie określa rozdział XVII ust. 4 pkt 5 SIWZ

UWAGA! Podpisanie Formularza Ofertowego zgodnie z ust 11 nie jest równoznaczne z podpisaniem załączników dołączanych do Formularza, o których mowa w ust. 10. Załączniki, o których mowa w ust. 10 należy przygotować i podpisać odrębnie, zgodnie z wymaganiami określonymi w rozdziale XV.

- ust. 12. Potwierdzeniem prawidłowego złożenia oferty jest otrzymanie przez Wykonawcę stosownego komunikatu na Platformie Zakupowej oraz raport który Wykonawca może wygenerować na Platformie po prawidłowym złożeniu oferty za pomocą akcji wygeneruj raport. 1) Na wygenerowanym raporcie wykonawca może zweryfikować poprawność danych wprowadzonych na Formularzu Ofertowym, w tym cenę oferty. 2) W przypadku próby wygenerowania raportu w nowej sesji przeglądarki internetowej, niezbędnym jest podanie hasła o którym mowa w ust. 9 pkt 4 SIWZ. UWAGA! Zamawiający zaleca weryfikację danych złożonej oferty w sposób podany wyżej, w celu sprawdzenia czy ewentualnie nie występują w niej błędy.

- ust. 13. Zamawiający zaleca aby Wykonawca zamierzający złożyć ofertę w Postępowaniu przystąpił do jej przygotowania i złożenia, uwzględniając czas niezbędny do prawidłowego wykonania wszystkich czynności opisanych w niniejszej SIWZ.

Z dokumentacji postępowania wynika, że Przystępujący wypełnił formularz oferty na platformie zakupowej oraz załączył dokumenty w tym m.in.: JEDZ, pełnomocnictwo p. T. K., przelew wadium, ubezpieczenie, wyciąg z KRS, oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej – zał. Nr 5 do SIWZ, oświadczenie o wykluczeniu – zał. Nr 7 do SIWZ, zaświadczenie o niekaralności p. M. S., zaświadczenie z US, zaświadczenie z ZUS, komparycja umowy - zał. Nr 11 do SIWZ oraz dokumenty podmiotowe.

Nie jest sporne, że Przystępujący nie załączył załącznika nr 8 do SIWZ, który winien być złożony przez wykonawców niezależnie od złożenia formularza oferty wypełnianego na platformie zakupowej, wraz z uzupełnionymi Załącznikami nr 1-3 do Formularza oferty – Wykaz cenowy modernizacji agregatów oraz wypełniony załącznik nr 4 do Formularza oferty – Harmonogram, co wynika z rozdziału XII SIWZ.

W załączniku nr 8 do SIWZ, obok danych wykonawcy, należało w odniesieniu do każdego zadania złożyć oświadczenie (Tak/Nie) w zakresie zaoferowanych rozwiązań, z których większość była fakultatywna (poniżej omówione) oraz złożyć oświadczenia o zapoznaniu się z ogłoszeniem o zamówieniu i treścią SIWZ oraz o akceptacji jej treści bez zastrzeżeń, gwarancji zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonym w SIWZ, oferowanej ceny, akceptacji warunków płatności, w zakresie obowiązku podatkowego zamawiającego, polegania na zasobach innych podmiotów, zamiarze powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom, terminu związania ofertą, zapoznania się z projektem umowy i zobowiązania się do jej zawarcia oraz do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, osoby wyznaczonej do kontaktu z zamawiającym, formy wadium, zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zapoznania się z klauzulą informacyjną RODO. W załącznikach nr 1-3 do formularza oferty stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ należało podać oferowaną cenę, w rozbiciu na jednostkową, wartość netto, wartość VAT i cenę brutto odrębnie dla zamówienia podstawowego oraz dla zamówienia objętego prawem opcji. W załączniku nr 4 do formularza według załącznika nr 8 winien zostać przedstawiony harmonogram.

Kryteria oceny ofert przedstawiają się następująco: Cena -70%, Zastosowanie silowników pulsacyjnych w celu całkowitego wyeliminowania mas i wałów wirujących dla uzyskania wibracji agregatów – 10%, Całkowite wyeliminowanie wibracji Całkowite wyeliminowanie wibracji – 4%, Zmniejszenie częstotliwości wibracji minimum o 20% - 3%, Zastosowanie automatycznej optymalizacji zagęszczania podsypki adekwatnie do oporów wynikających z jej stanu, struktury i ilości zalegania w torze – 8%, Zastosowanie rejestracji jednorodności zagęszczania – 8%.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie w zakresie części 1 i 2 podlega uwzględnieniu. Potwierdziły się bowiem w części zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

W pierwszej kolejności zauważenia wymaga, iż zarówno wykonawcy jak i zamawiający są związani postanowieniami SIWZ. Powyższe dotyczy także odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców do SIWZ, udzielone przed terminem składania ofert. Oznacza to, że na etapie badania i oceny ofert nie jest możliwe wprowadzanie zmian do SIWZ, w tym rozszerzanie lub doprecyzowywanie postawionych w niej wymagań. Wszelkie wątpliwości w zakresie interpretacji niejednoznacznych postanowień SIWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy.

W ocenie Izby Potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty na ww. podstawie z uwagi na brak złożenia formularza ofertowego według załącznika nr 8 niezależnie od formularza wypełnianego na platformie zakupowej oraz brak spełnienia wymogu dotyczącego zaoferowania zmniejszenia częstotliwości drgań agregatów. W formularzu sporządzonym według załącznika nr 8 do SIWZ wykonawca winien się oświadczyć m.in. w zakresie

a) *Zastosowanie słowników pulsacyjnych w celu całkowitego wyeliminowania mas i wałów wirujących dla uzyskania wibracji agregatów. TAK/NIE*

b) *Całkowite wyeliminowanie wibracji. TAK/NIE*

c) *Zmniejszenie częstotliwości wibracji minimum o 20%. TAK/NIE*

d) *Zastosowanie automatycznej optymalizacji zagęszczania podsypki adekwatnie do oporów wynikających z jej stanu, struktury i ilości zalegania w torze. TAK/NIE*

e) *Zastosowanie rejestracji jednorodności zagęszczania. TAK/NIE.*

Www. oświadczenia z punktów a, b, d i e dotyczą wymagań fakultatywnych, stanowiących kryteria oceny ofert, oświadczenie z punktu c dotyczy wymagania określonego w OPZ jako obligatoryjne. W zależności od odpowiedzi na ww. pytania wykonawca otrzymywał bądź nie otrzymywał punkty w kryteriach oceny ofert, przy uwzględnieniu, że mógł maksymalnie otrzymać 30%.

Przystępujący nie złożył takich oświadczeń. W formularzu ofertowym złożonym na platformie zakupowej w tabeli *Kryteria oceny ofert* podał – jak stwierdził na rozprawie - ceny netto i brutto w kolumnie Wartość, które Odwołujący zinterpretował jako „niezrozumiały ciąg cyfr.” Zauważenia wymaga, iż w tej samej tabeli *Kryteria oceny ofert*, Przystępujący w odniesieniu do kryterium cena wskazał: Suma pozycji netto i brutto wraz z kwotami w PLN, natomiast w odniesieniu do pozostałych kryteriów wskazał np. „473 000,00 581 790,00”.

W ocenie Izby jeśli nawet przyjąć, że podana została wartość kwotowa, to nie może to być uznane za oświadczenie wymagane w formularzu ofertowym według załącznika nr 8, które było składane nie tylko dla potwierdzenia spełnienia obligatoryjnego wymogu w zakresie wibracji, ale też w celu oceny ofert w kryterium oceny ofert. Nadto pojawia się pytanie w jakim celu wykonawca, jak twierdzi, wstawił ceny, skoro SIWZ wymagała oświadczenia TAK/NIE, jak również dlaczego w tych pozycjach brakuje m.in. wyraźnego zaznaczenia, że chodzi o ceny netto i brutto oraz, że są podane w PLN. Nie można zatem uznać, że Przystępujący zadeklarował rozwiązania fakultatywne. Zamawiający wymagał w tym zakresie jednoznacznych oświadczeń. Oświadczenia w tym zakresie zostały przewidziane w formularzu określonym w załączniku nr 8 do SIWZ, który wbrew twierdzeniom Przystępującego nie zawiera analogicznych danych jak formularz ofertowy wypełniany na Platformie Zakupowej, czemu dał wyraz Przystępujący wypełniając formularz ofertowy na Platformie Zakupowej w zakresie rozwiązań fakultatywnych w sposób odmienny niż wymagany w SIWZ. Nadto w sposób niepoprawiający na przyjęcie, że zostało złożone wyraźne oświadczenie woli w tym zakresie.

Brak złożenia przez Przystępującego załącznika nr 8, który wyraźnie był wymagany w SIWZ i który przewidywał m.in. obowiązek złożenia jednoznacznych oświadczeń w zakresie oferowania rozwiązań fakultatywnych, przy jednoczesnym wypełnieniu formularza ofertowego złożonego na platformie zakupowej w sposób, którego nie można uznać, za zastępujący oświadczenia wymagane w załączniku nr 8, oznacza, iż oferta Przystępującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Jest to niezgodność z SIWZ, do której nie mają zastosowania przepisy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zaoferowanie rozwiązań fakultatywnych oznaczało możliwość przyznania ofercie punktów w kryteriach oceny ofert, z tym, że, o ile, w przypadku braku zaoferowania większości z tych rozwiązań, mogło to skutkować brakiem przyznania ofercie punktów w tych kryteriach oceny ofert, to już brak oświadczenia w zakresie wibracji oznacza niezgodność oferty z SIWZ. Wykonawca bowiem był obowiązany zaoferować, co najmniej zmniejszenie częstotliwości wibracji minimum o 20%, co powołując się na ustalenia Izby w sprawie rozstrzyganej w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sygn. akt: KIO 1388/20, KIO 1496/20, stwierdził Odwołujący w odwołaniu i czemu nie zaprzeczył Przystępujący ani Zamawiający.

Brak ten nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie jest to bowiem omyłka w rozumieniu tego przepisu, lecz brak złożenia wymaganego jednoznacznego oświadczenia woli co do zadeklarowania bądź nie parametrów dodatkowo punktowanych, z których jeden był obligatoryjny.

W konsekwencji za potwierdzony należy uznać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp postawiony w związku z zarzutami dotyczącymi zaniechania odrzucenia i wyboru oferty, co do której wystąpiła przesłanka odrzucenia określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania.

Ad. Zarzuty zaniechania wykluczenia System 7 Railtechnology GmbH na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, 16 i 17 ustawy Pzp.

Odwołujący na potwierdzenie ww. zarzutów wskazuje brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w zakresie modernizacji agregatów podbijających i wprowadzenie Zamawiającego w błąd przez Wykonawcę z uwagi na to, że Wykonawca w dokumencie JEDZ złożył oświadczenie, że nie polega na zdolności innych podmiotów, natomiast wykazie usług złożonym według załącznika nr 9 do SIWZ w kolumnie „Nazwa podmiotu, na których zasoby Wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 22a Ustawy (w przypadku powoływania się na te zasoby)” Wykonawca w przypadku każdego z trzech wymienionych w Wykazie podmiotów, na rzecz których wykonywane były zamówienia, wskazał: „S7”

W ocenie Izby okoliczności te mogą wskazywać na istniejące w ofercie sprzeczności. Nie jest przy tym jasne o jaki podmiot: „S7” chodzi. W związku tym wymagają one wyjaśnienia i ewentualnie uzupełnienia wykazu usług złożonego dla

wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Takie działania, podjęte na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp winny poprzedzać ewentualną decyzję o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania oraz ocenę co do ewentualnego wprowadzenia Zamawiającego w błąd.

W okolicznościach analizowanej sprawy, wobec stwierdzenia wypełnienia się przesłanki odrzucenia oferty złożonej przez System 7 Railtechnology GmbH, przepis ten nie musi być jednak zastosowany. Z brzmienia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika bowiem, że w przypadku, gdy pomimo np. złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, zamawiający nie jest obowiązany do wezwania wykonawcy o wyjaśnienia lub uzupełnienie wymienionych w nim dokumentów.

Ad. Zarzut niewykazania przez System 7 Railtechnology GmbH braku podstaw do wykluczenia z postępowania

Uzasadniając ten zarzut Odwołujący wskazał, że Wykonawca przedstawił zaświadczenie z austriackiego ZUS wystawione z datą wcześniejszą niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, a dodatkowo dokument nie zawiera podpisu osoby, która go wystawiła. Nadto Wykonawca przedłożył wraz z zaświadczeniem „Informację dodatkową” tłumacząc się w tym zakresie utrudnieniami związanymi z coronavirusem. Złożone dokumenty nie są zgodne z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w rozdz. XII. 13 pkt 2 lit a) SIWZ.

Przystępujący do pisma z dnia 19 października 2020 r. załączył Zaświadczenie o opłacaniu składek (Zakład Ubezpieczeń Społecznych) z dnia 2 czerwca 2020 r. o opłacaniu składek oraz oświadczenie w tym zakresie złożone przed notariuszem i podał, że uzupełnienie tych dokumentów nastąpiło na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2020 r. Dokumenty zostały złożone wraz z tłumaczeniem na język polski.

Powyższe wskazuje, że zarzut nie potwierdził się.

Ad. Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty System 7 Railtechnology GmbH

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3a ustawy Pzp poprzez niewezwanie System 7 Railtechnology GmbH do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa sporządzonego w formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym lub elektronicznej kopii dokumentu opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez notariusza. Jak też nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 104 k.c. zdanie pierwsze poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, który nie wykazał umocowania do złożenia oferty przez pełnomocnika Pana Tomasza Kubicę z uwagi na to, że dokument pełnomocnictwa został przedłożony wyłącznie w formie papierowej, a nie w wymaganej w SIWZ formie dokumentu elektronicznego podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Przystępujący do pisma z dnia 19 października 2020 r. załączył odpis pełnomocnictwa z dnia 20 maja 2020 r. poświadczony przez notariusza kwalifikowanym podpisem elektronicznym i podał, że uzupełnienie tego dokumentu nastąpiło na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2020 r. Dokument został złożony wraz z tłumaczeniem na język polski.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko zaprezentowane m.in. w wyroku z dnia 25 marca 2019 r. sygn. akt 412/19, iż pełnomocnictwo udzielone w formie pisemnej w postaci papierowej może być złożone zamawiającemu w formie elektronicznego poświadczenia zgodności kopii z okazanym dokumentem pełnomocnictwa sporządzonego zgodnie z art. 97 § 2 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, następnie opatrzonego przez notariusza kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo braku wykazania aby Pan M. S. był uprawniony do jednoosobowej reprezentacji System 7 Railtechnology GmbH, bowiem złożony dokument w postaci odpisu z rejestru spółek nie jest wystarczający dla wykazania umocowania ponieważ nie jest oficjalnym dokumentem urzędowym. Zauważenia wymaga, iż Odwołujący, wskazując na właściwy dokument, jaki powinien być przedłożony przez Wykonawcę, jednocześnie nie podnosił, iż ww. nie jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji Wykonawcy.

Przystępujący do pisma z dnia 19 października 2020 r. załączył odpis wydany z rejestru handlowego Austrii wraz z tłumaczeniem na język polski, a więc organu wskazanego przez Odwołującego w odwołaniu, jako właściwy. Jak wynika z treści pisma dokument ten został przedłożony Zamawiającemu w dniu 2 września 2020 r. Zamawiający nie zaprzeczył takiemu stwierdzeniu.

Nie znalazł potwierdzenia także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na brak spełnienia wymogu przedstawienia dokumentów w wymaganej formie. Jak wynika bowiem z pisma Przystępującego z dnia 19 października 2020 r. oraz stanowiska Zamawiającego, na jego wezwania z dnia 18 września 2020 r. i z dnia 21 września 2020 r. kwestionowane przez Odwołującego dokumenty zostały złożone przez Wykonawcę w wymaganej formie w dniach 15 sierpnia 2020 oraz 2 i 26 września 2020 r.

Za niepotwierdzony należy także uznać zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na brak wniesienia przez Przystępującego wadium w wymaganej kwocie 58 500,00 zł dla trzech części, w których składał ofertę.

Nie jest sporne, że System 7 Railtechnology GmbH w dniu 27 maja 2020 r. dokonał przelewu kwoty 13 210,00 EUR. Kwota ta w dniu 1 czerwca 2020 r. została zaksięgowana na koncie Zamawiającego w wysokości 55 989,26 PLN, co zostało potwierdzone elektronicznym potwierdzeniem banku załączonym do pisma Przystępującego z dnia 19 października 2020 r. Na rozprawie Zamawiający okazał informację z banku PKO BP z dnia 21.09.2020, z której wynika, że w dniu 02.06.2020 o godz. 09:23 nastąpiło uznanie jego rachunku bankowego kwotą 1 000 euro, co w przeliczeniu wg kursu euro wynoszącego 4.2326 oznacza kwotę 4 232,60 PLN.

Oznacza to, że przed terminem składania ofert, który upływał w dniu 2 czerwca 2020 r. o godz. 10:00, na koncie Zamawiającego znalazła się kwota przewyższająca wysokość wymaganego wadium.

Wobec uwzględnienia części zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty System 7 Railtechnology GmbH za bezzasadne należy uznać rozpatrywanie zarzutu ewentualnego, dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie ofercie tego Wykonawcy punktów w kryteriach oceny ofert za rozwiązania fakultatywne, których Wykonawca ten nie zaoferował.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b), zasądzając od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr tytułem zwrotu kwoty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika w

wysokości 3 600 zł 00 gr.

**Przewodniczący:** .....