

Sygn. akt: KIO 2910/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 3 września 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 roku przez wykonawcę Public Transport Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, Pomorski Zakład w Gdyni

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy Serwis Pojazdów Szynowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Lisim Ogonie

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Public Transport Service spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2910/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – POLREGIO spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, Pomorski Zakład w Gdyni prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „Wykonanie napraw poziomu utrzymania P4 pojazdów serii EN90”, numer sprawy nadany przez Zamawiającego: Gd.240.512.2024.

W dniu 12 sierpnia 2024 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320; dalej: ustawa / ustawa Pzp) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2024 roku polegających na:

- 1) ocenie ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Lisim Ogonie (dalej jako „SPS”),
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez SPS jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 3) zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty SPS, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w którym SPS zamierza wykonać zamówienie w sposób inny niż wskazany przez Zamawiającego,

tj. przez niewykonanie lub nieprawidłowe (niezgodne z Dokumentacją Systemu Utrzymania, Dokumentacją Techniczno-Ruchową, dokumentacją konstrukcyjną pojazdu) wykonanie przeglądów następujących podzespołów w pojazdach, których dotyczy zamówienie:

1. Wózka napędowego 70RSNf oraz Wózka tocznego 72RSTe,
2. Sprężyn śrubowych w stanie swobodnym i pod obciążeniem,
3. Amortyzatorów hydraulicznych,

4. Sprzęgu czołowego automatycznego (TYP 10, ID 117372) oraz adaptera sprzęgu (103437),

5. Czopa skrętu,

6. Poduszek pneumatycznych,

podczas, gdy z Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU) i Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) pojazdów EN90 w sposób jednoznaczny wynika, że przegląd (naprawa) ww. podzespołów w przypadku:

- 1) Wózka napędowego 70RSNf oraz Wózka tocznego 72RSTe – montaż wózka powinien być zgodny z dokumentacją konstrukcyjną,
- 2) Sprężyn śrubowych w stanie swobodnym i pod obciążeniem – wymiary i wysokość sprężyn muszą być zgodne z wartościami podanymi na rysunkach konstrukcyjnych,
- 3) Amortyzatorów hydraulicznych – przegląd powinien zostać przeprowadzony zgodnie z dokumentacją producenta, siła tłumienia musi być taka jak podana na rysunku konstrukcyjnym,
- 4) Sprzęgu czołowego automatycznego (TYP 10, ID 117372) oraz adaptera sprzęgu (103437) – przegląd powinien zostać wykonany zgodnie z dokumentacją producenta,
- 5) Przegląd czopa skrętu – przegląd wymaga dysponowaniem kartą pomiarową,
- 6) Poduszek pneumatycznych – siła tłumienia powinna być zgodna z dokumentacją producenta.

Odwołujący podał, że wybrany przez Zamawiającego wykonawca nie posiada niezbędnej dokumentacji konstrukcyjnej i rysunków konstrukcyjnych, kart pomiarowych, dokumentacji producenta pojazdu, które są niezbędne do należytego wykonania umowy, czyli wykonania przeglądów czwartego poziomu utrzymania (P4) elektrycznych zespołów trakcyjnych EN90.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do załączenia do akt postępowania odwoławczego Dokumentacji Systemu Utrzymania pojazdu 45WE EN90 (NS/45WE/3536/18).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania albowiem powyższe naruszenia mają wpływ na wynik postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty SPS jako niezgodnej warunkami zamówienia,
- 3) dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty PTS jako oferty najkorzystniejszej,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wniósł o zobowiązanie Zamawiającego do załączenia do akt postępowania odwoławczego Dokumentacji Systemu Utrzymania pojazdu 45WE EN90 (NS/45WE/3536/18).

Odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 505 PZP. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i jego realizację.

Nieuwzględnienie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego spowoduje zatem lub powodować może poniesienie przez Odwołującego szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi szkodę Odwołującego uzasadniającą złożenie odwołania. Oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu po odrzuceniu oferty SPS, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów PZP ma istotny wpływ na wynik Postępowania w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1 PZP, albowiem pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:

W dniu 01.08.2024 roku Zamawiający opublikował Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym poinformował wykonawców o wyborze w postępowaniu oferty Serwisu Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. jako spełniającej wszystkie warunki wymagane przez Zamawiającego określone w SWZ i uzyskującą największą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert.

Zgodnie z § 4 ust. 1 SWZ wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania P4 powinno nastąpić zgodnie z dokumentacją technologiczną pojazdu oraz normami wskazanymi w załączniku nr 1 do umowy. Zgodnie z § 5 ust. 2

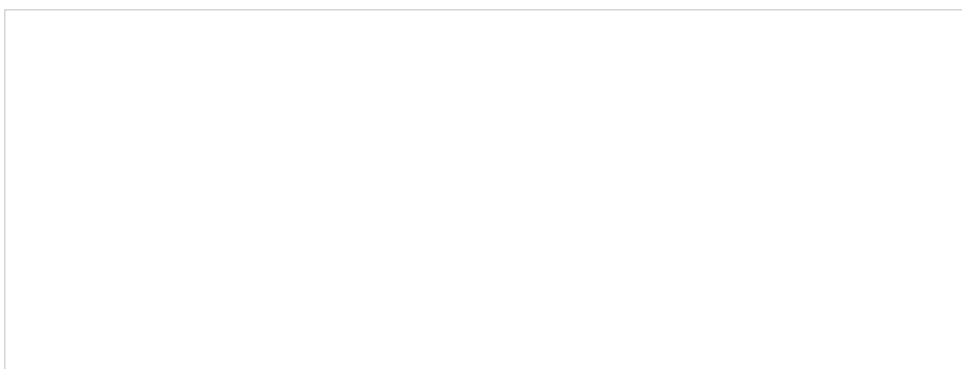
umowy wykonawca zobowiązuje się do wykonania usługi w zakresie przewidzianym w Dokumentacji Systemu Utrzymania (DSU), Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) pojazdu i zainstalowanych w nim urządzeń, Warunkach Technicznych Wykonania i Odbioru (WTWiO), katalogiem części zamiennych oraz dokumentacją techniczną pojazdu, instrukcją o utrzymaniu pojazdów kolejowych z napędem Pt-5. Dokumentacja Systemu Utrzymania pojazdów EN90 w zakresie określenia czynności warunkujących prawidłowe wykonanie przeglądu P4 odwołuje się do uzyskania parametrów zgodnych z dokumentacją konstrukcyjną, rysunkami konstrukcyjnymi, dokumentacją producenta pojazdu, kartą pomiarową (w przypadku czopa skrzytę). Dokumenty te są zatem niezbędne do wykonania przeglądów ww. pojazdów.

Dokumentacja, o której mowa powyżej nie zostanie jednak udostępniona wykonawcy przez Zamawiającego, gdyż Zamawiający tak szczegółowej dokumentacji i rysunków nie posiada. Są one bowiem w wyłącznej dyspozycji producenta pojazdu, tj. NEWAG S.A.

Odwołujący podał, że w odpowiedzi z dnia 28.06.2024 roku na pytanie nr 28 dotyczące udostępnienia dokumentacji technicznej i konstrukcyjnej Zamawiający przewidział jedynie udostępnienie DSU. Jednak sama DSU jest niewystarczająca do przeprowadzenia przeglądu P4, albowiem sama odwołuje się w wielu miejscach do dokumentacji konstrukcyjnej i rysunków konstrukcyjnych, dokumentacji producenta i karty pomiarowej:

1. Wózka napędowego 70RSNf oraz Wózka tocznego 72RSTe;

Strona DSU 138, punkt 19.



2. Sprężyn śrubowych;

Strona 136 DSU, punkt 7

7.	x	<p>W usprężynowaniu maźniczym naprawić lub wymienić uszkodzone i zużyte sprężyny.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - sprężyny nie mogą mieć pęknięć, rys i uszkodzeń mechanicznych. Zwoje końcowe sprężyn nie mogą mieć ostrych krawędzi i zadziorów, - wymiary sprężyn w stanie swobodnym nie powinny przekraczać wartości podanych na rysunkach konstrukcyjnych, - wysokości sprężyn pod obciążeniem próbnym muszą być zgodne z wartościami podanymi na rysunkach konstrukcyjnych, - sprężyny 1 stopnia należy składać w komplety w taki sposób aby kierunki sił zbaczenia sprężyny zewnętrznej i sprężyny wewnętrznej za znaczone farbą na poszczególnych sprężynach pokrywały się. <p>Zmontowany w ten sposób komplet należy za budować na wózku w taki sposób aby kierunek zbaczenia dla danego kompletu sprężyn był równoległy do wzdłużnej osi wózka a zwrot sił zbaczenia danych zwojów sprężyn powodowały rozciąganie wahacza.</p>
----	---	---	---

3. Amortyzatorów hydraulicznych;

Strona 137 DSU, punkt 10.

10.

			Według dokumentacji producenta,	
x		<p>Amortyzatory hydrauliczne rozmontować, oczyścić, sprawdzić, wymienić części zużyte lub uszkodzone, zmontować i zbadać na stanowisku diagnostycznym.</p>		<p>siła tłumienia musi być taka jak podana na rysunku konstrukcyjnym. Wymianie - bez względu na stan techniczny — podlegają pierścienie ślizgowe oraz pierścienie sprężynujące. Uszkodzone lub zużyte części amortyzatorów nie podlegają regeneracji, lecz wymianie. Wycieki oleju są niedopuszczalne. Sprawdzić spoiny pomiędzy złączką (gniazdem tulejki gumowej) a obudową amortyzatora, śruby muszą być dokręcone i zabezpieczone przed odkręceniem, Uwaga:</p> <p>- po każdym demontażu amortyzatorów podkładki odginane wymienić na nowe</p>

4. Sprzęgu czołowego automatycznego (TYP 10, ID 117372) oraz adaptera sprzęgu

(103437)

Strona 176 DSU, punkt 2 i 4

Sprzęg czołowy typu Scharfenberg

1.	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	Demontaż sprzęgów z pojazdu.	
2.	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	Naprawa sprzęgu.	- przeprowadzić naprawę sprzęgu zgodnie z dokumentacją producenta (załącznik nr 11 do DTR nr NS/45WE/2658/14)
3.	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	Ponowny montaż na pojeździe.	

Adapter sprzęgu czołowego

4.	<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	Wykonać oględziny adaptera	<p>Wykonać zgodnie z załącznikiem nr 14 do DTR numer NS/45WE/2658/14</p> <ul style="list-style-type: none"> - brak uszkodzeń, poluzowanych lub brakujących części - zardzewiałe i nieoczyszczone części należy wyczyścić i zabezpieczyć cienką warstwą CTP D 350 - swobodny ruch płytki haka - wymagana pełna szczelność przewodów powietrznych oraz osprzętu i jego połączeń - uszkodzone zabezpieczenie antykorozyjne należy odnowić - nie należy malować części wykonanych ze stali nierdzewnej, chromowanych, niklowanych ani połączeń uziemionych - naprawić lub wymienić uszkodzone podzespoły 	1
----	-------------------------------------	-------------------------------------	----------------------------	---	---

5. DTR lub kartę pomiarową dot. czopa skrętu

Strona 137 DSU, punkt 16.

<input checked="" type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	Sprawdzić wymiary czopa osi oraz rozstaw środków czopów zestawów kołowych.	- karta pomiarowa.	4
-------------------------------------	-------------------------------------	--	--------------------	---

6. Poduszki pneumatyczne:

Strona 137 DSU, punkt 9.

9.	<input checked="" type="checkbox"/>	Sprawdzić stan sprężyn pneumatycznych, stan podłączeń instalacji pneumatycznej i elementów metalowo gumowych sprężyn, w razie potrzeby wymienić na nowe.	<ul style="list-style-type: none"> - niedopuszczalne pęknięcia i wszelkie uszkodzenia sprężyny oraz elementów metalowo gumowych, - wymagana pewność połączeń poszczególnych elementów, - wymagana szczelność sprężyny oraz instalacji pneumatycznej, - siła tłumienia musi mieć taka jak podana na rysunku konstrukcyjnym.
----	-------------------------------------	--	--

Odwołujący podał, że z powyższego jednoznacznie wynika, że oprócz DSU

do prawidłowego wykonania przeglądu P4 potrzebna jest jeszcze odpowiednia dokumentacja techniczna, w tym konstrukcyjna. Każdy wykonawca, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu jeszcze przed jej złożeniem powinien zapewnić sobie do niej dostęp, albowiem tylko przy jej wykorzystaniu możliwe jest należyte wykonanie umowy i weryfikacja należytego wykonania umowy podczas dokonywania czynności odbiorczych. Zamawiający w § 4 ust. 6 umowy zobowiązał wykonawcę przeglądów do udostępnienia Komisarzowi Odbiorczemu wszelkiej dokumentacji technicznej i technologicznej (w tym konstrukcyjnej i naprawczej) niezbędnej do prawidłowego wykonania czynności odbiorczych. Przywołane postanowienie umowne potwierdza, że Zamawiający nie posiada niezbędnej dokumentacji konstrukcyjnej, zaś obowiązek jej pozyskania przeniósł na wykonawcę przeglądu P4, aby możliwe było przeprowadzenie czynności odbiorczych po wykonanym przeglądzie.

Z informacji pozyskanych przez Odwołującego wynika, że tylko Odwołujący pozyskał od producenta pojazdu NEWAG S.A. niezbędną dokumentację techniczną, w tym konstrukcyjną. Koszty jej pozyskania doliczył do kosztów wykonania umowy, które stanowiły podstawę ustalenia ceny ofertowej, która okazała się przez to mniej konkurencyjna od oferty złożonej przez wybranego wykonawcę.

W celu upewnienia się, że Zamawiający nie posiada dokumentacji technicznej, w tym konstrukcyjnej, Odwołujący wystąpił również do właściciela pojazdu, tj. Województwa Pomorskiego o udzielenie informacji, czy dokumentacja taka została przekazana wraz z pojazdem, na co uzyskał odpowiedź przeczącą.

Z powyższego wynika w ocenie Odwołującego, że obowiązek pozyskania tej dokumentacji obciążał wyłącznie wykonawcę składającego ofertę. Wykonawca, którego oferta została wybrana wymogu tego nie spełnił. Potwierdza to

ww. oświadczenie producenta pojazdu NEWAG S.A., z którego wynika, że Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. nawet o udostępnienie takiej dokumentacji nie wystąpił.

Podkreślić należy również, że Zamawiający określił w SWZ nie tylko efekt, który chce osiągnąć, ale także narzucił technologię wykonania prac, które powinny być zgodne DSU, która z kolei odwołuje się do szczegółowej dokumentacji i rysunków konstrukcyjnych, a także kart pomiarowych. Samowolne zastosowanie rozwiązań innych niż przewidziane w DSU skutkować musi bezzwzględnym odrzuceniem oferty SPS.

Odwołujący wskazał, że warunki techniczne eksploatacji pojazdów kolejowych określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych. Zgodnie z § 9 ust. 1 tego rozporządzenia dokumentacja związana z procesem utrzymania pojazdów kolejowych obejmuje m.in. dokumentację systemu utrzymania oraz dokumentację techniczną. Zatem wykonywanie przeglądów pojazdów kolejowych, w tym również na poziomie P4, musi odbywać się zgodnie w DSU i DTR, nawet, gdyby taki wymóg nie został wskazany w SWZ.

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób, który nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Jak zostało to powyżej przedstawione Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. nie dysponuje niezbędną dokumentacją, która umożliwiła i przede wszystkim warunkuje prawidłowe wykonanie przeglądów P4 pojazdów, których dotyczy niniejsze postępowanie. Wybrany przez Zamawiającego wykonawca nie ma realnych możliwości wykonania umowy w sposób, który jest oczekiwany przez Zamawiającego.

Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. nie może także oczekiwać udostępnienia niezbędnych dokumentów od Zamawiającego, gdyż po pierwsze Zamawiający nie dysponuje takimi dokumentami, a po drugie, nawet gdyby nimi dysponował, to nie przewidział możliwości udostępnienia tych dokumentów wykonawcom w SWZ. Tym samym Zamawiający wymusił na Odwołującym konieczność odpłatnego pozyskania tej dokumentacji i uwzględnienia tych kosztów w ofercie złożonej przez Odwołującego. Skutkuje to tym, że oferta Odwołującego jest wyższa od oferty wybranego wykonawcy o 298.000 zł. Jakiegokolwiek obecnie zmiany oczekiwań Zamawiającego odnośnie sposobu i zakresu wykonania zamówienia stanowiłyby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Gdyby Odwołujący nie uwzględnił kosztów pozyskania niezbędnej dokumentacji i zdecydowałby się na podjęcie próby wykonania przeglądów P4 bez niej, to jego oferta byłaby tańsza od oferty Serwisu Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. i w konsekwencji zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Podkreślić należy, że zapisy SWZ oraz DSU są nad wyraz precyzyjne. Wykonanie przeglądów wyżej wymienionych podzespołów zamontowanych na pojazdach wymaga dostępu do specjalistycznej dokumentacji, którą Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. nie dysponuje. Składając ofertę Serwis Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. uznała się za związaną warunkami postępowania przetargowego, co jednoznacznie wynika z treści oferty. Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza (KIO 125/24) „Za treść oferty uważa się także zadeklarowane spełnienie wymagań zamawiającego co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, oraz treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia.” Jak wskazano w wyroku KIO 345/24 „Zamawiający nie może wprawdzie sam żądać od wykonawców dokumentów innych niż wskazane w dokumentach zamówienia, ale jeżeli z jakichś powodów je otrzyma i ich treść będzie wskazywać na potencjalną niezgodność oferty z warunkami zamówienia, to obowiązkiem zamawiającego jest zbadać taką sytuację, aby nie dopuścić do naruszenia art. 17 ust. 2 p.z.p., czyli do udzielenia zamówienia wykonawcy niewybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Innymi słowy: zamawiający nie może zignorować przedstawionych mu dokumentów, z których wynika, że oferta może nie być zgodna z SWZ i poprzestać na badaniu wyłącznie dokumentów wymaganych w SWZ, gdyż mogłoby to doprowadzić do naruszenia art. 17 ust. 2 p.z.p.”

Niniejsze odwołanie jednoznacznie wskazuje i tym samym stanowi informację dla Zamawiającego, że wybrany wykonawca nie jest w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymogami postawionymi przez Zamawiającego, co powinno skłonić do refleksji i ponownej oceny weryfikacji treści oferty Serwisu Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. Wyjaśnienia wymaga, że wybór oferty Serwisu Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. nastąpił już po około 2 godzinach od zakończenia aukcji i tym samym Odwołujący nie był w stanie przedstawić Zamawiającemu powyższych argumentów wskazujących na wadliwość oferty Serwisu Pojazdów Szynowych Sp. z o.o. Sp. k. przed jej wyborem.

Przedstawione powyżej okoliczności wskazują, że treść oferty SPS jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez które zgodnie z art. 7 pkt 29 PZP należy rozumieć m.in. warunki, które dotyczą zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia.

Po przeprowadzeniu posiedzenia z udziałem Odwołującego oraz uczestnika

postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 poz. 1605 ze zm.; dalej „ustawa”, „Pzp”) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 sierpnia 2024 roku od czynności Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2024 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez

Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na posiedzeniu przez Strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 29 sierpnia 2024 roku „Odpowiedź na odwołanie”, w którym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w piśmie z dnia 2 września 2024 roku, który wniósł o odrzucenie odwołania ewentualnie oddalenie:

(...) Stosownie do art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W niniejszym Postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie, podnosząc w nim zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, licząc termin do wniesienia odwołania od otrzymania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Przystępujący zwraca jednak szczególną uwagę, że w niniejszym Postępowaniu Zamawiający, stosownie do postanowień § 2 ust. 5 SWZ, przewidział wybór oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji elektronicznej, o której mowa w art. 227-238 ustawy Pzp.

Stosownie zaś do przepisu art. 232 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. Analogiczne postanowienie zostało dwukrotnie powielone przez Zamawiającego w treści SWZ, w Rozdziale dotyczącym aukcji elektronicznej (§ 18 ust. 1 oraz § 18 ust. 2).

Jak wynika z akt Postępowania udostępnionych Przystępującemu po wniesieniu odwołania, w dniu 29 lipca br. wszyscy wykonawcy, których oferty nie podlegały odrzuceniu, otrzymali od Zamawiającego zaproszenie do udziału w aukcji. Otrzymanie przedmiotowego zaproszenia oznacza, że Zamawiający zakończył badanie ofert pod kątem ewentualnych przesłanek do ich odrzucenia.

Zdaniem Odwołującego, termin do wniesienia odwołania z zarzutem zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego zaczął biec od dnia 30 lipca br. i upłynął w dniu 8 sierpnia br.

Odwołujący powziął bowiem, lub mógł powziąć, w dniu 29 lipca br.

informację o tym, że Przystępujący został zaproszony do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, pomimo, iż – zdaniem Odwołującego – oferta Przystępującego podlega odrzuceniu, wskutek czego Przystępujący nie powinien być w ogóle zaproszony do aukcji elektronicznej.

Izba stwierdziła, że złożone odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 528 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2024 poz. 1320) ponieważ odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba ustaliła na podstawie akt postępowania o zamówienie przesłanych przez Zamawiającego, że bezpośrednio po terminie składania ofert Zamawiający zgodnie z art. 222 ust. 5 ustawy udostępnił na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o ofertach oraz cenach jakie zostały w nich złożone. Potwierdził ten fakt w trakcie posiedzenia Zamawiający i uczestnik, a Odwołujący nie przeczył tej okoliczności. Okoliczność ta wynika również z Protokołu postępowania ZP-PN punkt 13.

Izba ustaliła, że w Protokole postępowania ZP-PN pkt 14 Zamawiający podał, że nie odrzucił żadnej oferty w postępowaniu.

Izba ustaliła również, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający określił:

§ 2 Informacje ogólne

(...)

5. Zamawiający przewiduje wybór oferty najkorzystniejszej z zastosowaniem aukcji

elektronicznej, o której mowa w art. 227-238 ustawy Pzp, pod warunkiem, że zostaną złożone co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu.

§ 18

Aukcja elektroniczna

1. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej zostanie jednocześnie (w odstępie nie

dłuższym niż 20 minut) wysłane drogą elektroniczną do wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, na adres e-mail wskazany przez Wykonawcę w formularzu ofertowym, o którym mowa w S 11 ust. 1.

2. Zamawiający zaprosi drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej

wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, chyba że wpłynęły mniej niż 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. W zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej Zamawiający poinformuje Wykonawców o:

- 1) pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji;
- 2) aukcja zostanie przeprowadzona na Platformie pod adresem
;
- 3) minimalnych wartości postępień składanych w toku aukcji elektronicznej;
- 4) terminie otwarcia aukcji elektronicznej;
- 5) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej;
- 6) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej;
- 7) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do

automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości.

Izba ustaliła, że w dniu 29 lipca 2024 roku Zamawiający skierował do Odwołującego zaproszenie do udziału w aukcji:

ZAPROSZENIE DO UDZIAŁU W AUKCJI

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia sektorowego o nazwie „WYKONANIE NAPRAW POZIOMU UTRZYMANIA P4 POJAZDÓW SERII EN90” (nr postępowania Gd.240.512.2024), zwanego dalej „Postępowaniem”, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Zamawiający POLREGIO S.A. działając na podstawie art. 232 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, zaprasza do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej w Postępowaniu.

Aukcja odbywać się będzie według zniżkowej „aukcji angielskiej”, co oznacza, że każda następna oferta zostanie przyjęta tylko wówczas, gdy będzie ona niższa od aktualnie najniższej oferty. Wykonawca nie będzie miał możliwości podwyższenia uprzednio zaproponowanej przez siebie oferty cenowej.

(...)

Zamawiający informuje, iż zgodnie z kryterium, o którym mowa w S 14 ust. 1 SWZ, Państwa oferta uzyskała w kryterium „cena oferty” — 100,00 pkt, co równoznaczne jest z pozycją nr 1 wśród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Informacje dotyczące aukcji:

(...)

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 ustawy Odwołanie wnosi się:

- 1) w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie:
 - a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej,
 - b) 15 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana w sposób inny niż określony w lit. a;

W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych jednoznacznie zostało stwierdzone (pod red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz wyd. 1 z 2021 roku, str. 737): Zaproszenie do udziału w aukcji określonego grona wykonawców oznacza, iż zamawiający dokonał wstępnej, pełnej oceny ofert i ustalił krąg wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, niepodlegających wykluczeniu i których oferty spełniają wymagania określone w Pzp oraz dokumentach zamówienia. W tym miejscu należy wskazać, iż ocena spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, realizowana przed aukcją elektroniczną, powinna

opierać się o złożone wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

oświadczenia własne wykonawców, w tym składany w postępowaniach unijnych JEDZ, o którym mowa w art. 125 ust. 2 Pzp. Na tym etapie postępowania, tj. przed rozpoczęciem aukcji elektronicznej zamawiający powinien również dokonać odrzucenia ofert w zakresie, w jakim realizują się w odniesieniu do nich okoliczności, o których mowa w art. 226 ust. 1 Pzp. W tym kontekście mowa jest o pełnej wstępnej ocenie ofert, o której wspominają przepisy dyrektyw w sprawie zamówień publicznych.

Na podstawie art. 232 ust. 1 ustawy Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu.

Z przepisu wynika, że przed aukcją elektroniczną Zamawiający zobowiązany jest dokonać czynności badania ofert pod kątem ziszczenia się podstaw do ich odrzucenia, tak by do aukcji zaprosić tylko tych wykonawców, których oferty nie podlegają odrzuceniu. Izba uznała za zasadne twierdzenie uczestnika postępowania, zgodnie z którym wskazał on, że z pisma z dnia 29 lipca 2024 roku – zaproszenia do aukcji, w sposób jednoznaczny wynika, że do aukcji zostało zaproszonych więcej wykonawców, czego dowodzi chociażby sam fakt prowadzenia aukcji, do której co najmniej dwie oferty musiały zostać uznane za prawidłowo złożone. Nie bez znaczenia dla rozpoznania tej sprawy jest również podnoszony fakt braku skarżenia przez Odwołującego czynności przeprowadzenia aukcji elektronicznej w podnoszonych zarzutach odwołania (brak zarzutów dotyczących przeprowadzenia aukcji elektronicznej), bowiem dowodzi to w ocenie Izby pominięcia kwestii aukcji w złożonym odwołaniu, oraz pominięcia tego etapu postępowania o zamówienie. Odwołujący pomija fakt, że do aukcji zaproszeni zostają wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, a skoro aukcja się odbyła to ofert niepodlegających odrzuceniu było co najmniej dwie. Natomiast ilość ofert złożonych w postępowaniu nie może stanowić determinanty dla wykładni przepisu, bowiem w takich okolicznościach przepis o tej samej treści, z uwagi na ilość ofert byłby różnie interpretowany, co należy uznać za co najmniej nieracjonalne działanie. Izba wskazuje na profesjonalny charakter podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz fakt, że odwołanie można wnosić od czynności Zamawiającego innej niż wybór oferty najkorzystniejszej, a w tym przypadku podkreślenia wymaga, że zarzuty odwołania odnoszą się jedynie do zaniechania odrzucenia oferty SPS, które zgodnie z przepisami nie nastąpiło (uznanie za odrzuconą i niezaproszenie do aukcji elektronicznej), najpóźniej 29 lipca 2024 roku. Przy czym faktem jest, że w postępowaniu zostały złożone trzy oferty, ale w momencie przesłania Odwołującemu informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej zaproszenie do udziału w aukcji otwierał się termin na wniesienie odwołania, od czynności zaproszenia do udziału w aukcji wykonawcy, którego w ocenie Odwołującego oferta powinna zostać odrzucona – co

wynika jednoznacznie z faktu obowiązku Zamawiającego uznania za odrzucone (odrzucone) ofert właśnie na tym etapie postępowania o zamówienie. Zaproszenie do udziału w aukcji określonego grona wykonawców oznacza, iż Zamawiający dokonał oceny ofert i ustalił krąg wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, niepodlegających wykluczeniu i których oferty spełniają wymagania określone w ustawie oraz dokumentach zamówienia.

W dniu 29 lipca 2024 roku, tj. w dniu zaproszenia Odwołującego do aukcji elektronicznej, powziął on wiadomość, że Zamawiający zakończył czynność badania i oceny ofert. Powinien zatem, o ile był zainteresowany, podjąć działania w zakresie ustalenia, czy dokonane przez Zamawiającego czynności były prawidłowe i - ewentualnie - zakwestionować je w drodze wniesionego odwołania. Racjonalnym jest uznanie, że Odwołujący, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, winien wykazywać zainteresowanie i aktywność na każdym etapie postępowania oraz - jako profesjonalista na rynku zamówień publicznych - znać procedurę udzielania zamówień publicznych i dokładać należytej staranności w każdym przypadku, w którym możliwe jest powzięcie wiadomości o czynnościach Zamawiającego, które mogą stanowić podstawę do wniesienia odwołania. Zamawiający przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej zobowiązany jest do dokonania oceny ofert złożonych w postępowaniu zgodnie z przyjętymi warunkami.

Izba podkreśla, że w realiach rozpoznawanej sprawy odwoławczej Zamawiający nie podał w zaproszeniu do udziału w aukcji, w przypadku każdego z trzech zapraszanych wykonawców, żadnej informacji na temat wykonawców, których oferty zostały odrzucone. Nie podał takiej informacji, bowiem nie było takiej okoliczności faktycznej w przypadku tej sprawy. Zamawiający nie podał też żadnej informacji na temat wykonawców zaproszonych do aukcji, bowiem zaprosił wszystkich, którzy złożyli oferty w postępowaniu i żadnego wykonawcy nie pominął. Izba podkreśla, że ustawa nie nakłada na Zamawiającego obowiązku przekazywania informacji / listy wykonawców zaproszonych do aukcji. Skoro obowiązkiem Zamawiającego (art. 232 ust.1 ustawy) jest uznanie danej oferty za podlegającą odrzuceniu przed zaproszeniem do aukcji elektronicznej, a wręcz jak twierdzi UZP w swoim komentarzu odrzucenie oferty, to niezasadnym byłoby uznanie, że Zamawiający stosując zasadę przejrzystości postępowania oraz zasadę efektywności postępowania o zamówienie nie przekazuje informacji o takich ofertach. Zamawiający nie ma żadnego obowiązku tworzenia listy wykonawców zaproszonych do aukcji elektronicznej, ale uwzględniając powyższe zasady w ocenie Izby byłby obowiązany do powiadomienia o uznaniu danej oferty za odrzuconą i tym samym zawiadomieniu o tym wykonawców, oraz wykonawcę, którego ofertę uznaje za odrzuconą.

Izba podkreślając, że z żadnego przepisu prawa nie wynika możliwość odstąpienia od badania i oceny ofert przed zaproszeniem wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej - ustawodawca wprost wskazuje bowiem na możliwość zaproszenia wykonawców "którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu" – stoi na stanowisku, że to właśnie brak zaproszenia danego wykonawcy do udziału w aukcji musi być artykułowany. Natomiast brak jakichkolwiek informacji o zaistnieniu podstaw do odrzucenia danej oferty świadczy o tym, że Zamawiający takich podstaw nie stwierdził.

Izba za niezasadną uznała argumentację Odwołującego opartą na art. 233 ustawy, bowiem ten przepis odnosi się już do etapu prowadzenia aukcji elektronicznej, natomiast nie ma nic wspólnego z przekazywaniem wykonawcy przed aukcją

liczby uczestników, czy listy uczestników aukcji.

Wymaga podkreślenia, że zgodnie z obowiązkiem podejmowania przez Zamawiającego czynności oceny ofert przez przystąpieniem do aukcji, wskazaniemi dyrektywy dyrektywy, w której duchu winny być wykładane przepisy ustawy oraz w szczególności uwzględnieniem zasad postępowania o zamówienie czynność Odwołującego złożenia odwołania na zaniechanie odrzucenia oferty SPS w dniu 12 sierpnia 2024 roku jest czynnością spóźnioną (termin na skuteczne wniesienie odwołania upływał 8 sierpnia 2024 roku). Zamawiający uznał ofertę za prawidłowo złożoną i zaprosił wykonawcę do aukcji elektronicznej, w stosunku do której to aukcji Odwołujący nie podnosił zarzutów odwołania, a przecież postępowanie o zamówienie jest już na innym etapie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 574 oraz art. 575 i art. 576 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych] oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 i § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania. Izba zaznacza, że Zamawiający do zamknięcia posiedzenia nie przedstawił dokumentów uzasadniających złożony wniosek o zasądzenie kosztów.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w postanowieniu.

Przewodnicząca: