

WYROK

Warszawa, dnia 17 grudnia 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodnicząca: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2024 r. przez wykonawcę **Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **POLREGIO Spółka akcyjna w Warszawie – Kujawsko-Pomorski Zakład w Bydgoszczy**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, c ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320) oraz art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2024 roku, poz. 507) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **CSI INVEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzozie, RS MOBILITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzozie**, pomimo że podmiot ten nie wykazał zgodnie z wymogiem określonym w § 6 ust. 1 pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2024 r. poz. 507.) ani na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 33/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1), i nakazuje zamawiającemu – **POLREGIO Spółce akcyjnej w Warszawie – Kujawsko-Pomorskiemu Zakładowi w Bydgoszczy** – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **CSI INVEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzozie, RS MOBILITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzozie** do złożenia oświadczenia o braku podstaw wykluczenia w związku z przyjęciem przez Polskę rozwiązań w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego, i dokonanie ponownej oceny ofert;

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** (w części stanowiącej 2/3 kosztów postępowania odwoławczego) i zamawiającego – **POLREGIO Spółka akcyjna w Warszawie – Kujawsko-Pomorski Zakład w Bydgoszczy** (w części stanowiącej 1/3 kosztów postępowania odwoławczego) i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu odwołania,

- kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez wykonawcę **Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od zamawiającego – **POLREGIO Spółka akcyjna w Warszawie – Kujawsko-Pomorski Zakład w Bydgoszczy** – na rzecz wykonawcy – **Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** – kwotę **6 200 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy), stanowiącą różnicę pomiędzy poniesionymi a zasądzonymi kosztami postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie – sądu zamówień publicznych.

Sygn. akt: KIO 4458/24

**Uzasadnienie**

Zamawiający – **POLREGIO Spółka akcyjna w Warszawie – Kujawsko-Pomorski Zakład w Bydgoszczy** – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest sukcesywne wykonywanie usług pralniczych przedmiotów umundurowania i wyekwipowania na rzecz 41 Bazy Lotnictwa Szkolnego w Dęblinie w 2025 roku.

W dniu 28 listopada 2024 r. wykonawca Public Transport Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego z dnia 18.11.2024 roku polegających na:

1) ocenie ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum CSI INVEST Sp. z o.o. oraz RS MOBILITY Sp. z o.o. (dalej jako „Konsorcjum”),

2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz wykonawcy, który nie złożył podmiotowych środków dowodowych,

3) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

4) zaniechaniu wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo, że podmiot ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w § 6 ust. 2 SWZ w zakresie wartości zrealizowanych umów nie mniejszej niż 500 000,00 zł, a także że przywołane przez Konsorcjum prace w wykazie usług spełniają wymóg udziału w postępowaniu określony w § 6 ust. 2 SWZ;

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, i c ustawy P.z.p. oraz art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że podmiot ten nie wykazał zgodnie z wymogiem określonym w § 6 ust. 1 pkt 2 SWZ, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2024 r. poz. 507.) ani na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 33/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1);

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w którym Konsorcjum zamierza wykonać zamówienie w sposób inny niż wskazany przez zamawiającego, poprzez niewykonanie lub nieprawidłowe (niezgodne z Dokumentacją Systemu Utrzymania, Dokumentacją Techniczno-Ruchową) wykonanie przeglądu instalacji HVAC wraz z naprawą urządzeń na pojazdach EN76-048, EN76-049, EN76-050, EN76-051, EN76-052 dla poziomu utrzymania P4 albowiem żaden z członków Konsorcjum nie posiada niezbędnego oprogramowania diagnostycznego oraz dokumentacji, którymi dysponuje wyłącznie autoryzowany przedstawiciel KONVEKTA AG,

4) art. 253 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu oraz została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Odwołujący wniósł ponadto o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o numerze By.240.1905.2024, w celu wykazania podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum,

2) zobowiązanie Zamawiającego do załączenia do akt postępowania odwoławczego Dokumentacji Systemu Utrzymania Nr DSU 22 WE 0130-2, zmiana 4 rev.2023.10.12.

Mając na uwadze powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania albowiem powyższe naruszenia mają wpływ na wynik postępowania oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenia oferty konsorcjum 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 podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ustawy P.z.p. 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 Konsorcjum, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Naruszenie przez zamawiającego ww. przepisów ustawy P.z.p. ma istotny wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., albowiem pozbawia odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w dniu 18.08.2024 roku zamawiający opublikował zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym poinformował wykonawców o wyborze w postępowaniu oferty konsorcjum CSI INVEST Sp. z o.o. oraz RS MOBILITY Sp. z o.o. jako spełniającej wszystkie warunki wymagane przez zamawiającego określone w SWZ i uzyskującą największą liczbę punktów na podstawie kryteriów oceny ofert. W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego jest wadliwe.

Odwołujący wskazał, że w § 6 ust. 2 SWZ zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) co najmniej dwie umowy na przegląd/naprawę instalacji klimatyzacji na pojazdach trakcyjnych o łącznej wartości brutto wykonanych usług nie mniejszej niż 500 000,00 zł.”

Konsorcjum wskazało w Wykazie Usług (wg Załącznika nr 5 do SWZ) dwie umowy, z podaniem ich przedmiotu oraz wartości, a także załączyło protokoły wykonania poszczególnych usług w ramach realizacji ww. umów. Konsorcjum nie przedłożyło jednak żadnego dowodu, który potwierdzałby wartość wykonanych usług.

W ocenie odwołującego, wobec jednoznacznego brzmienia warunku udziału w postępowaniu określonego w § 6 ust. 2 SWZ, uznać należy, że wartość wykonanych usług, mających potwierdzić zdolność zawodową oferentów, miała dla zamawiającego znaczenie. Warunek ten nie został jednak przez Konsorcjum wykazany. Tym samym oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 2 lit. b) i c) ustawy P.z.p.

Odwołujący podniósł, że z przekazanych zamawiającemu przez Konsorcjum dokumentów (udostępnionych odwołującemu na podstawie art. 74 ustawy P.z.p.) w żaden sposób nie wynika wartość wykonanych usług, a tym samym dokumenty te nie są wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej dotyczącej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wskazał również, że przedstawione przez Konsorcjum w wykazie usług prace związane z realizacją umowy nr CRU-K/Gd/49/2022 oraz umowy nr CRU-K/Gd/49/2022 nie potwierdzają spełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu określonego w § 6 ust. 2 SWZ. Prace, które Konsorcjum wykonało podczas realizacji ww. umów, są nieadekwatne do przedmiotu niniejszego postępowania, które dotyczy dużo bardziej skomplikowanego przeglądu czwartego poziomu utrzymania (P4) układów klimatyzacji, do wykonania których niezbędna jest dokumentacja techniczna oraz specjalistyczne oprogramowanie diagnostyczne KS DIAG stworzone przez producenta układów klimatyzacji KONVEKTA AG, który Konsorcjum nie dysponowało i nie dysponuje. 8.

W ocenie odwołującego brak odrzucenia oferty Konsorcjum stanowi naruszenie ww. przepisów przez zamawiającego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, który nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 2 SWZ nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2024 r. poz. 507.) ani na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 33/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1). W myśl § 7 ust. 2 pkt 3 SWZ Konsorcjum zobowiązane było do przedłożenia na wezwanie zamawiającego oświadczenia sporządzonego zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 3 do SWZ o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie wskazanej w § 6 ust. 1 pkt 2 SWZ. Na podstawie informacji i dokumentów udostępnionych odwołującemu przez zamawiającego na podstawie art. 74 ustawy P.z.p. stwierdzić należy, że Konsorcjum nie złożyło oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie wskazanej w § 6 ust. 1 pkt 2 SWZ, choć było do tego wezwane

w dniu 28.10.2024 roku.

Odwołujący wskazał, że obowiązek zbadania podstaw wykluczenia określonych art. 7 ust. 1 ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego nie wynika wyłącznie z wymogów SWZ, lecz również *ex lege* z przepisów ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. Niezłożenie przez Konsorcjum oświadczenia zgodnego z Załącznikiem nr 3 do SWZ skutkować powinno odrzuceniem oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, i c ustawy P.z.p. oraz art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z § 2 ust. 3 SWZ zakres naprawy będzie zależny od stanu technicznego agregatów i nagrzewnic kierowanych do naprawy i obejmować będzie zakres wynikający z DSU w elektrycznym zespole trakcyjnym typu 22WE EN76 wydaną przez producenta taboru (Nr DSU 22 WE 0130-2, zmiana 4 rev.2023.10.12), która na stronie 217 pkt 9 i 10 odsyła do Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) układu klimatyzacji. Producentem układów klimatyzacji będących przedmiotem postępowania jest KONVEKTA AG. Jak wynika z oświadczenia złożonego przez przedstawiciela producenta układu klimatyzacji KONVEKTAAG wykonanie przeglądu układu klimatyzacji zgodnie z jego Dokumentacją Techniczno-Ruchową wymaga zastosowania oprogramowania diagnostycznego KS DIAG, którego żaden z członków Konsorcjum, tj. CSI Invest Sp. z o.o. oraz RS MOBILITY Sp. z o.o. nie posiada. Co istotne, oba członkowie Konsorcjum złożyli w formularzu ofertowym oraz w JEDZ oświadczenia, że zamierzają wykonać zamówienie bez udziału podwykonawców. Z oświadczenia przedstawiciela KONVEKTA AG na terenie Polski jednoznacznie wynika, że żaden z członków Konsorcjum nie jest przedstawicielem KONVEKTA AG, a tym samym nie posiadają niezbędnej dokumentacji oraz oprogramowania. Na tę okoliczność odwołujący powołał się na oświadczenie DRABPOL – jedyne go przedstawiciela KONVEKTAAG na Polskę (w aktach postępowania przetargowego, załączone do pisma odwołującego z dnia 22.10.2024 roku stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa odwołującego).

Odwołujący podniósł, że gdyby nawet uznać, że ww. wykonawcy dysponują jakimś oprogramowaniem, to jakakolwiek próba wykorzystania obcego oprogramowania może doprowadzić do uszkodzenia klimatyzatorów, narażenia użytkowników na znaczne nieuzasadnione koszty, wystąpienie pożaru, a przez to wpłynąć na zdrowie i życie pasażerów. Tylko oryginalne oprogramowanie KS DIAG daje gwarancję przeprowadzenia pełnej diagnostyki układu klimatyzacji KONVEKTAAG. Ewentualne posługiwanie się innym oprogramowaniem takiej gwarancji nie daje. Sam zamawiający nie będzie w stanie zweryfikować, czy przeprowadzona diagnostyka miała charakter kompleksowy i zgodny z DTR układu klimatyzacji, a także, czy była prawidłowa. Kto bowiem zweryfikuje prawidłowość funkcjonowania tego oprogramowania?

Odwołujący stwierdził, że jeśli żaden z członków Konsorcjum nie posiada oryginalnego oprogramowania diagnostycznego KONVEKTAAG, to całkowite ryzyko przeprowadzenia przeglądu układu klimatyzacji, w tym prawidłowo przeprowadzonej diagnostyki, obciążać będzie zamawiającego, który nie będzie w stanie w żaden sposób zweryfikować prawidłowości przeprowadzonej diagnostyki.

Odwołujący podkreślił należy, że wykorzystanie oprogramowania nieoryginalnego rodzi zagrożenie nieuprawnionej ingerencji w działanie układu klimatyzacji, co może skutkować doprowadzeniem pojazdów do niezgodności ze świadectwem dopuszczenia do eksploatacji typu pojazdu kolejowego i w konsekwencji wyłączeniem pojazdów z eksploatacji przez Prezesa Urzędu Transportu Kolejowego.

Odwołujący wskazał, że kolejnym przykładem wskazującym na konieczność posiadania programu diagnostycznego KS DIAG jest punkt nr 1.43 zawarty na stronie 71 Dokumentacji Systemu Utrzymania nr DSU 22WE 0130-2, z którego wynika konieczność wymiany sterownika KN400. Szczegóły przedstawione zostały w piśmie odwołującego do zamawiającego z dnia 22.10.2024 roku stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa PTS.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść dokumentacji, jaka jest wymagana i niezbędna przy prowadzeniu procesu serwisowo – naprawczego układów klimatyzacji serii HVAC 8404 oraz HVAC 3404. Integralną częścią DSU jest Dokumentacja Techniczno-Ruchowa nr TD-01087B zawierająca wytyczne związane z zakresem koniecznych do przeprowadzenia prac składających się na naprawę rewizyjną. Dokumentacja ta jest uszczegółowiona poprzez Plan konserwacji KONVETA (dokument WPKL8C047AA, które zostały przekazane wraz ze sprzedażą pojazdu przez jego producenta).

Odwołujący zaznaczył, że w ramach czynności koniecznych do przeprowadzenia w ramach pierwszej (co 5 lat) oraz drugiej naprawy rewizyjnej (co 10 lat) wskazano wymianę baterii głównego sterownika KN400 oraz jednoznacznie

wskazano, że wymiana ta powinna zostać przeprowadzona w zakładzie producenta. Powyższe oznacza, że wykonawca, który zamierza wykonać umowę w sposób należyty powinien dysponować ofertą producenta na wykonanie czynności wymiany baterii lub jego zgodą/autoryzacją na wykonanie tego typu czynności. Dodatkowo w dokumencie tym wskazano jaki komunikat serwisowy wyświetli się informując o konieczności zmiany baterii. Możliwość odczytania tego komunikatu dostępna jest tylko i wyłącznie za pomocą specjalistycznego oprogramowania serwisowego KS DIAG, które posiadają jedynie autoryzowane serwisy KONVEKTA AG.

Odwołujący wskazał, że również w pkt.13.1 oraz pkt 13.2 Instrukcji konserwacji WAKL8C047AA (str. 23 i 24) „Kontrola wyłączników ciśnieniowych po stronie wysokiego ciśnienia” oraz „Kontrola wyłączników ciśnieniowych po stronie niskiego ciśnienia” wskazano na czynności bezpośrednio związane z użyciem oprogramowania KS DIAG.

Odwołujący zauważył, że w pkt. 14 Instrukcji konserwacji WAKL8C047AA (str. 26) „Przyłącza elektryczne i okablowanie” wskazano następujący wymóg: „W przypadku konieczności wymiany sterownika KN400, to liczbę godzin pracy należy przenieść za pomocą oprogramowania serwisowego (KSDiag) do nowego sterownika.

Odwołujący podniósł, że na konieczność posiadania autoryzacji KONVEKTA AG lub konieczność skorzystania z podwykonawcy posiadającego taką autoryzację wskazują następujące wymogi Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (dokument WAKL8C047AA) tj.:

- str. 3 – konieczność znajomości instrukcji bezpieczeństwa Konvekta nr TD00057A tj. dokumentu dostępnego jedynie autoryzowanym serwisom Konvekta AG.

- str.11,13 – konieczność prowadzenia prac przy wymianie wentylatorów i dmuchaw przez specjalistyczny i przeszkolony personel.

- str.19 – konieczność wymiany sprężarki na oryginalną sprężarkę Konwektor AGAG. dostępną jedynie dla autoryzowanych serwisów Konvekta AG.

W ocenie odwołującego oferta złożona przez Konsorcjum jest sprzeczna z zapisami DSU pojazdu oraz DTR producenta układu klimatyzacji, a tym samym sprzeczna z SWZ, albowiem Konsorcjum zamierza wykorzystać odmienny sposób wykonania zamówienia. Tymczasem tylko wykonanie przeglądu przy wykorzystaniu dedykowanego oprogramowania diagnostycznego pozostawiać będzie w zgodzie z zapisami Dokumentacji Techniczno-Ruchowej producenta KONVEKTA AG.

Zdaniem odwołującego oferta Konsorcjum pozostaje w sprzeczności z SWZ, co zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych skutkować powinno jej odrzuceniem. Odwołujący przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok sygn. akt KIO 2459/21 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.10.2020 r. (KIO 2351/20).

Odwołujący podniósł, 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, a także kart pomiarowych. Samowolne zastosowanie rozwiązań innych niż przewidziane w DSU skutkować musi bezwzględnie odrzuceniem oferty Konsorcjum.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 grudnia 2024 roku wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości,

- 2) zasądzenie od odwołującego Public Transport Service Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego POLREGIO S.A. kwotę 3.600, 00 zł (słownie trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania – wynagrodzenia pełnomocnika.

Dodatkowo w zakresie postępowania dowodowego zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

- 1) umowy nr CRU-K/Gd/49/2022

- 2) umowy nr CRU-K/Gd/50/2022

- 3) korespondencji e-mail z dnia 8 listopada 2024 roku

- 4) dokumentacji systemu utrzymania elektrycznego zespołu trakcyjnego Typu 22WE 0130-2 dotyczącego pojazdów od

EN76-048 do EN76-053 celem potwierdzenia faktów braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy - Konsorcjum, prawidłowości złożonej oferty, zasadności stanowiska zamawiającego, zgodności z prawem czynności zamawiającego z dnia 18 listopada 2024 roku.

Zamawiający wskazał, że w dniu 18.11.2024 roku opublikował zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, w którym poinformował wykonawców o wyborze w postępowaniu oferty konsorcjum CSI INVEST Sp. z o.o. oraz RS MOBILITY Sp. z o.o. jako spełniającej wszystkie warunki wymagane przez zamawiającego określone w SWZ i o fakcie uzyskania przez ten podmiot najwyższej liczby punktów na podstawie kryteriów oceny ofert. W ocenie zamawiającego czynność ta była prawidłowa.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych w odwołaniu zamawiający wskazał, że:

a) zarzut polegający na błędnej „ocenie ofert oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum CSI INVEST Sp. z o.o. oraz RS MOBILITY Sp. z o.o. (dalej jako „Konsorcjum”)” jest nieuzasadniony, albowiem Konsorcjum wykazało, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w § 6 ust. 2 SWZ w zakresie wartości zrealizowanych umów nie mniejszej niż 500 000,00 zł, a także, że przywołane przez Konsorcjum prace w wykazie usług spełniają wymóg udziału w postępowaniu określony w § 6 ust. 2 SWZ. Przedmiotowe Konsorcjum załączyło protokoły wykonania poszczególnych usług w ramach realizacji umowy nr CRU-K/Gd/49/2022 oraz umowy nr CRU-K/Gd/50/2022. Wyżej wskazane umowy były wykonywane na rzecz Zamawiającego – POLREGIO S.A. Pomorskiego Zakładu w Gdyni. Z powyższych względów Zamawiający w ramach wewnętrznego obiegu dokumentów posiadał informację dotyczącą wartości ww. umów w dostępnym Centralnym Rejestrze Umów (CRU), natomiast w celu rozwiania wątpliwości, że umowy zostały wykonane należycie (referencjami były Protokoły odbioru wykonanych prac podczas przeglądu klimatyzacji), zamawiający dodatkowo uzyskał potwierdzenie należytego wykonania umów z POLREGIO S.A. Pomorskiego Zakładu w Gdyni (e-mail z dnia 8 listopada 2024 r.). Zarówno wartości wykonanych usług oraz dokumenty były wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej dotyczącej wiedzy i doświadczenia. Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2022 roku, sygn. akt KIO 1846/24.

b) zarzut dotyczący zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz wykonawcy, który nie złożył podmiotowych środków dowodowych jest nieuzasadniony. Zgodnie z art. 226 ust.1 pkt.2 lit. b ustawy P.z.p., odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu, musi być poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 ust.1 ustawy P.z.p.

Zamawiający poinformował, że pismem nr PRTn.240.07.06.2024 z dnia 28 października 2024 r. wezwał Konsorcjum do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca w dniu 7 listopada 2024 r. za pośrednictwem platformy zakupowej „<https://polregio.eb2b.com.pl>” złożył podmiotowe środki dowodowe. Na etapie badania tych dokumentów zamawiający nie zauważył, że wykonawca nie przesłał wypełnionego załącznika nr 3 do SWZ - Wzór oświadczenia o braku podstaw wykluczenia w związku z przyjęciem przez Polskę rozwiązań w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego. Zamawiający dowiedział się o braku podmiotowego środka dowodowego dopiero w momencie otrzymania od Public Transport Service Sp. z o.o. kopii odwołania na czynność Zamawiającego, przesłanego w dniu 28 listopada 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający, nie mając wiedzy o tym braku nie mógł wezwać wykonawcy do jego uzupełnienia. Brak wezwania do uzupełnienia załącznika nr 3 wynikał wyłącznie z braku wiedzy o jego braku, a nie z zaniedbania czy naruszenia procedur przez zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów powstaje wyłącznie wtedy, gdy zamawiający ma świadomość ich braku. W przedmiotowej sprawie brak wypełnionego załącznika nr 3 nie był widoczny na etapie wstępnego badania dokumentów. Wszystkie inne wymagane dokumenty zostały złożone, co mogło wpłynąć na trudność zauważenia tego braku. Gdyby zamawiający wcześniej miał wiedzę o brakującym załączniku, zgodnie z obowiązującymi przepisami, niezwłocznie wezwałby wykonawcę do jego uzupełnienia. Brak wiedzy na tym etapie wyklucza możliwość uznania zaniechania za zawinione działanie zamawiającego. W związku z powyższym zarzut dotyczący braku odrzucenia oferty wykonawcy jest nieuzasadniony. W tym miejscu zamawiający wskazał, że badanie przedmiotowego odwołania ogranicza się tylko do zarzutów nim objętych.

c) zarzut polegający na „zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, jest nieuzasadniony. Zgodnie z wymaganiami zamawiającego przedstawionymi w SWZ, zał. nr 1 do umowy (załącznik nr 6 do SWZ) - Wykonawca jako przedmiotowy środek dowodowy, wraz z ofertą nie był zobowiązany do posiadania oprogramowania diagnostycznego, którym dysponuje tylko i wyłącznie firma DRABPOL.

Zamawiający nie stawiał wymaganego warunku posiadania dedykowanego oprogramowania diagnostycznego producenta danego urządzenia. W zakresie obowiązków wykonawcy warunek ten nie był wymagany, ponieważ pojazdy nie są objęte gwarancją, w związku z czym realizacji usługi nie musi dokonywać autoryzowany przedstawiciel producenta. Gwarancja na pojazdy EN76 upłynęła w 2019 roku. Podniesione w odwołaniu zarzuty, że Konsorcjum firm CS INVEST Sp. z o.o. wraz z RS MOBILITY Sp. z o.o. nie posiada oprogramowania diagnostycznego KSDiag, które umożliwia poprawne działanie instalacji oraz nie ma dostępu do oryginalnych części układów klimatyzacji produkcji KONVEKTA AG - miały potwierdzić, iż ww. wykonawcy nie są uprawnieni do świadczenia usługi przeglądów instalacji klimatyzacyjnych w pojazdach kolejowych konkretnych typów urządzeń. Jednakże, powyższy argument nie znajduje odzwierciedlenia w złożonych ofertach, gdyż zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu, zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych usług oraz załączeniem dowodów określających, czy wskazane usługi zostały wykonane należycie. Konsorcjum firm CS INVEST Sp. z o.o. wraz z RS MOBILITY Sp. z o.o. przedstawiło dokumenty wystawione przez Spółkę POLREGIO, potwierdzające należyte wykonanie przeglądów urządzeń klimatyzacyjnych, w tym urządzeń Konvekta, w różnych Zakładach Spółki POLREGIO. Tak więc nie ma podstaw podważać, że wykonawcy nienależycie wykonywali swoje zobowiązania umowne, tym samym stwarzali realne zagrożenie bezpieczeństwa dla życia i zdrowia użytkowników lub pasażerów pojazdów kolejowych. Zgodnie z SWZ Zamawiający nie określał wymogu diagnostyki „przy użyciu legalnego oprogramowania diagnostycznego KSDiag”. Konsorcjum firm CS INVEST Sp. z o.o. wraz z RS MOBILITY Sp. z o.o. realizuje kontrakty umowne dla zamawiającego bez żadnych problemów, w tym wymienia uszkodzone części i podzespoły na nowe. Klimatyzacja w pojazdach jest sprawna, nie stanowi żadnego zagrożenia dla życia i zdrowia pasażerów.

Zamawiający wskazał, że w odwołaniu również podniesiono problematykę wymiany sterownika KN400 oraz odwołano się do postanowienia zawartego w DTR, w którym wskazano, że należy „wymienić baterię w fabryce producenta”. Decyzja o wymianie należy do zamawiającego i została określona na podstawie DSU producenta pojazdu. Sterownik KN400 jest łatwo dostępnym urządzeniem u wielu dostawców części dla branży HVAC. Dodatkowo zamawiający wskazał, że w załączniku nr 6 do SWZ w § 3 ust. 14 wprost wskazał na możliwość stosowania innych podzespołów.

Odnosząc się natomiast do poszczególnych punktów przedmiotowego odwołania w zakresie zarzutu numer 3 zamawiający wskazał, że:

Gwarancja na pojazdy EN76-048, EN76-049, EN76-050, EN76-051 oraz EN76-052 upłynęła w 2019 roku. Oprogramowanie KS DIAG jest wymagane w przypadku naprawy urządzeń na gwarancji zgodnie z Dokumentacją Techniczną - Ruchową. Zamawiający nie ma obowiązku naprawiania urządzeń u autoryzowanego serwisu. Dokumentacja Systemu Utrzymania (DSU) jest dokumentem generalnym w stosunku do Dokumentacji Technicznej - Ruchowej (DTR) urządzenia.

Odnosząc się zawartego w odwołaniu stanowiska, iż § 2 ust. 3 SWZ stanowi, że: *„Głównym przedmiotem zamówienia w Postępowaniu jest usługa w rozumieniu art. 7 pkt 28 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”. Postanowienie w załączniku 6 do SWZ § 2 ust. 3 wskazują, że: „Zakres naprawy będzie zależny od stanu technicznego agregatów i nagrzewnic kierowanych do naprawy i obejmować będzie zakres wynikający z DSU z dnia 12.10.2023 roku w elektrycznym zespole trakcyjnym typu 22WE EN76 wydaną przez producenta taboru”*

*Podmiot mający wiedzę i doświadczenie w tego typu naprawach wykonuje czynności zgodnie z DSU, który jest dokumentem podstawowym i wiążącym. Załącznik nr 67 w punkcie 9 i 10 odwołuje się do „Oględzin stanu wykonania instalacji elektrycznej i montażu podzespołów elektrycznego zespołu trakcyjnego 22WE .....” w którym wpisuje się wynik negatywny lub pozytywny, zamawiający stwierdził, że przytoczony argument odwołuje się tylko i wyłącznie do wykonania instalacji elektrycznej i montażu podzespołów. Nie ma żadnej wzmianki dot. samego procesu przeglądu P4.*

Zamawiający oświadczył, że nie wskazał w SWZ, jakie oprogramowanie ma być użyte podczas przeglądu P4, ponieważ nie wymaga tego DSU. Producent pojazdu opisał ogólny zakres czynności przeglądowych bez- wskazania urządzeń diagnostycznych, na które powołuje się odwołujący. Zamawiający nie stawiał wymaganego warunku posiadania dedykowanego oprogramowania diagnostycznego producenta danego urządzenia. W zakresie obowiązków wykonawcy warunek ten nie był wymagany, ponieważ pojazdy nie są objęte gwarancją, w związku z czym realizacji usługi nie musi dokonywać autoryzowany przedstawiciel producenta układu klimatyzacji KONVEKTA AG. Gwarancja na pojazdy EN76 wymienione w SWZ upłynęła w 2019 roku.

W ocenie zamawiającego nie ma podstaw do uznania, iż naprawa przy użyciu innego niż oprogramowanie

producenta KONVEKTA może doprowadzić do uszkodzenia klimatyzatorów oraz doprowadzić do pożaru instalacji klimatyzacji, ponieważ niesprawne urządzenia instalacji HVAC nie powodują zagrożenia dla systemu kolejowego oraz pasażerów.

Zamawiający wskazał, że komisarz odbiorczy sprawdzi stan techniczny instalacji HVAC po naprawie. Przegląd ma na celu przywrócenie pierwotnych parametrów funkcjonalnych i zagwarantowanie niezawodności eksploatacyjnej wg zaleceń producenta pojazdu. Jeśli parametry chłodzenia, ogrzewania i wentylacji będą zgadzały się z założonymi przez producenta uznaje się przedmiot umowy za prawidłowo wykonany. Komisarz odbiorczy POLREGIO potwierdzi i zweryfikuje urządzenia na podstawie przeprowadzonych pomiarów po naprawie.

Zamawiający zaznaczył, że instalacja HVAC nie jest elementem krytycznym pojazdu szynowego. Niesprawne urządzenia instalacji HVAC nie powodują zagrożenia dla systemu kolejowego oraz pasażerów. Dokumentacja Systemu Utrzymania na pojazdy od EN76-048 do EN76-053 została zatwierdzona w dniu 16.07.2014 r. przez Prezesa UTK. Niesprawna instalacja HVAC nie jest podstawą do wyłączenia pojazdu z eksploatacji przez Prezesa UTK.

Zamawiający stwierdził, że sterownik KN400 jest często używanym podzespołem przy naprawach instalacji HVAC (KONVEKTA) w pojazdach zamawiającego. Zgodnie z DSU zamawiający powinien wymienić sterownik na nowy. Natomiast DTR wskazują na wymianę tylko i wyłącznie baterii. Wykonawca zobowiązany jest do wymiany sterownika na nowy, który jest łatwo dostępny (na zamówienie u producenta klimatyzacji czyli firm KONVEKTA). Wykonawca winien zakupić odpowiednią ilość tychże urządzeń u producenta klimatyzacji, czyli firm KONVEKTA. Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w dokumentacji SWZ - Załącznik nr 6 § 3 ust. 15: „Materiały, części i podzespoły wymienione lub zdemontowane w trakcie naprawy stanowią własność Zamawiającego i winny być do niego zwrócone. Ilość odzyskanych materiałów, podzespołów/części zostanie szczegółowo określona przez Wykonawcę w drodze ważenia na legalizowanej wadze przy udziale Zamawiającego zgodnie z Załącznikiem nr 6 do Umowy”. Dodatkowym potwierdzeniem stosowania postanowień DSU jako podstawowego dokumentu w tym w przedmiocie zakupu sterowników, a nie baterii jest w wyrok KIO z dnia 23 lutego 2023 roku w sprawie o sygnaturze 287/23, w którym wskazano: „Podobny standard występuje we współpracy z firmą Konvekta i jej autoryzowanym przedstawicielem w Polsce tj. firmy Drabpol. Należy pamiętać, że zgodnie z treścią pkt.3 PPkt17 OPZ w ramach naprawy rewizyjnej Wykonawca musi wymienić sterowniki klimatyzacji KN400 na nowe i tym samym udzielić okresu gwarancji według ww. deklaracji. Firma Konvekta udziela 36 miesięcznej gwarancji na swoje produkty a sterownik KN400 w zasadzie nie jest naprawialny, lecz w przypadku usterki wymieniany na nowy. Taka sytuacja oznacza, że podmiot udzielający gwarancji dłuższej niż 36 miesięcy winien zakupić odpowiednio więcej tychże urządzeń, aby zapewnić sprawne użytkowanie pojazdu w okresie 60 miesięcy.”

Zamawiający wskazał, że zgodnie z DSU dokumenty związane, zawarte w pkt. 7.2 Karta poziomów utrzymania (42 strona) można podzielić na :

a) podstawowe (obowiązujące) tj. rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 października 2005 r. w sprawie ogólnych warunków technicznych eksploatacji pojazdów kolejowych (tekst jednolity Dz. U. z 2016 r., poz. 226 z późn. zm.)

b) pomocnicze:

- Dokumentacja Techniczno-Ruchowa DTR 22WE 0159-1

- Warunki Techniczne Wykonania i Odbioru WTWiO 22WE 0136-1

W ocenie zamawiającego, z powyższego jednoznacznie wynika, że DTR nie jest dokumentem wiążącym, a jedynie wspomagającym. Podstawowym i jedynym dokumentem, na który powołuje się zamawiający w SWZ jest DSU, który odnosi się jedynie do DTR tylko w Załączniku nr 67 oględzin stanu wykonania instalacji elektrycznej i montażu podzespołów elektrycznych (strona 217). Jest to tylko jeden z elementów końcowych przeglądu P4 urządzeń. Urządzenie po naprawie ma być sprawne technicznie i ma na celu przywrócenie pierwotnych parametrów funkcjonalnych i zagwarantowanie niezawodności eksploatacyjnej wg. zaleceń producenta pojazdu.

Zamawiający wskazał, że: Punkt 1.43 (strona 71) DSU wymaga wymiany sterownika, a nie baterii.

Zdaniem zamawiającego z dokumentacji tj. SWZ oraz w DSU z pojazdu EN76 typu 22WE nie wynika, przy użyciu jakiego konkretnego oprogramowania lub urządzenia należy korzystać przy wykonaniu tej czynności. Sprawdzenie działania wyłącznika ciśnieniowego po stronie wysokiego ciśnienia, aby spełniało parametry: Wył.: 25,0 -0,5bar/+0bar Wł: 18 ±0,5 bar 1.7 Sprawdzenie działania wyłącznika ciśnieniowego po stronie niskiego ciśnienia, aby spełniało parametry:

Wył.: 0,3 ±0,1bar Wł: 2,1 ±0,2 bar

Zamawiający wskazał:

DSU nie wymaga przeniesienia liczby godzin do nowego sterownika KN400.

DSU nie przewiduje po okresie gwarancyjnym wykonywania przeglądów w autoryzowanych serwisach firmy KONVEKTA.

W ocenie zamawiającego oferta złożona przez Konsorcjum (CSI oraz RS Mobility) jest zgodna z zapisami DSU ponieważ zamawiający jako jedyny i podstawowy dokument traktuje DSU. Zamawiający zgodnie z SWZ nie powołuje się na dokumenty DTR oraz nie wskazuje, przy użyciu jakiego oprogramowania ma zostać wykonane zamówienie.

Zamawiający wskazał, że SWZ nie wymaga od wykonawcy wykonania czynności przeglądowych w autoryzowanym serwisie producenta KONVEKTA.

Zamawiający stwierdził, że przytoczony przez odwołującego wyrok KIO z dnia 21.10.2020 roku sygn. KIO 2351/20 nie odnosi się do okoliczności zaistniały w przedmiotowej sprawie. Argumentacją potwierdzającą powyższy fakt jest uzasadnienie do odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający podniósł, że zgodnie z zapisem w Załączniku nr 6 do SWZ § 3 ust. 9 brzmi: "Wykonawca oświadcza, że posiada wszelką niezbędną wiedzę, doświadczenie, dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym, logistycznym, osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz, że jest w sytuacji ekonomicznej i finansowej niezbędnej do prawidłowego wykonania zobowiązań wynikających z niniejszej Umowy i powierzone mu czynności zrealizuje z należytą starannością, rozumianą jako staranność wyspecjalizowanego podmiotu posiadającego uprawnienia i certyfikaty, niezbędne do prawidłowego wykonania wszelkich prac stanowiących przedmiot niniejszej Umowy." Zamawiający nie narzuca, jakiej technologii wykonywania prac musi użyć wykonawca – DSU tego nie przewiduje.

Zamawiający wskazał, że oferta złożona przez Konsorcjum jest zgodna z zapisami SWZ. Zgodnie z otrzymanym wykazem usług (Załącznik nr 5 do SWZ), zamawiający spełnia warunek o którym mowa w § 6 ust. 2 SWZ.

Zamawiający stwierdził, że DSU nie przewiduje jakie oprogramowanie powinno zostać użyte przy czynnościach przeglądowych P4. Zamawiający w SWZ nie wskazywał przy użyciu jakiego oprogramowania ma zostać wykonane zamówienie, a dokumentem podstawowym i wiążącym, na który powołuje się zamawiający w SWZ jest DSU.

Zamawiający wskazał, że przytoczona „specjalistyczna dokumentacja” jest dostępna dla wykonawcy, a w przypadku braku jej posiadania zostanie udostępniona wykonawcy przez zamawiającego.

W ocenie zamawiającego z uwagi na powyższe argumenty oferta Konsorcjum spełniała wszelkie warunki umożliwiające wybór Konsorcjum jako wykonawcy.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z § 6 SWZ „Podstawy wykluczenia i warunki udziału w postępowaniu”

#### *Przesłanki wykluczenia z Postępowania*

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

(...)

2) nie podlegają wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2024 r. poz. 507.) ani na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 33/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1);

W § 6 ust. 2 SWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu:

Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje (w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych) co najmniej dwie umowy na przegląd/naprawę instalacji klimatyzacji na pojazdach trakcyjnych o łącznej wartości brutto wykonanych usług nie mniejszej niż 500 000,00 zł.”

Zgodnie z § 7 „Podmiotowe środki dowodowe” ust. 2 SWZ zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta nie podlega odrzuceniu i została oceniona najwyżej (w przypadku gdy odbędzie się aukcja elektroniczna – niezwłocznie po jej zakończeniu, a w przypadku gdy aukcja się nie odbędzie ze względu na brak minimum 2 ważnych ofert – niezwłocznie po zbadaniu oferty) do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie, aktualnych na dzień ich złożenia, podmiotowych środków dowodowych, z zastrzeżeniem ust. 3, tj.:

(...)

3) oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu z Postępowania na podstawie wskazanej w § 6 ust. 1 pkt 2, sporządzone zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 3 do SWZ (...)

6) wykazu usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 5 do SWZ), oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (dowód: SWZ).

Zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ wykonawcy obowiązani byli złożyć oświadczenie następującej treści:

Działając w imieniu i na rzecz:

.....

(pełna nazwa Wykonawcy)

przystępując do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego o nazwie „Wykonanie przeglądu instalacji HVAC wraz z naprawą urządzeń na pojazdach EN76-048, EN76-049, EN76-050, EN76-051, EN76-052 dla poziomu utrzymania P4 zgodnie z Dokumentacją Systemu Utrzymania z pojazdu EN76 typu 22WE” (nr postępowania By.240.1905.2024), prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, niniejszym oświadczam, że:

1) udzielenie zamówienia podmiotowi, którego reprezentuję, nie będzie stanowić udzielenia zamówienia:

a) obywatelowi rosyjskiemu lub osobie fizycznej lub prawnej, podmiotowi lub organowi z siedzibą w Rosji;

b) osobie prawnej, podmiotowi lub organowi, do których prawa własności bezpośrednio lub pośrednio w ponad 50 % należą do podmiotu, o którym mowa w pkt. 1 niniejszego oświadczenia; lub

c) osobie fizycznej lub prawnej, podmiotowi lub organowi działającym w imieniu lub pod kierunkiem podmiotu, o którym mowa w pkt 1 lub 2 niniejszego oświadczenia,

w tym podwykonawcy, dostawcy lub podmiotowi, na którego zdolności polega się w rozumieniu dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, w przypadku gdy przypada na niego ponad 10 % wartości zamówienia;

2) podmiot przeze mnie reprezentowany nie został wymieniony w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisany na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka polegającego na wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), tj. środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. ustawy o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2024 r. poz. 507

3) beneficjentem rzeczywistym – w rozumieniu ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2023 r. poz. 1124, ze zm.) – podmiotu, który reprezentuję, nie jest osoba wymieniona w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisana na listę lub będąca takim beneficjentem rzeczywistym od dnia 24 lutego 2022 r., o ile została wpisana na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka polegającego na wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.);

4) jednostką dominującą – w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2023 r. poz. 120 z późn. zm.) – w stosunku do podmiotu, który reprezentuję, nie jest podmiot wymieniony w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisany na listę lub będący taką jednostką dominującą od dnia 24 lutego 2022 r., o ile została wpisana na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka polegającego na wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.). (dowód: załącznik nr 3 do SWZ)

Zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ wykonawcy mieli wskazać następujące dane: przedmiot usługi, data realizacji usługi od – do, wartość zrealizowanych usług brutto, nazwa i siedziba podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana (dowód: załącznik nr 5 do SWZ)

Zgodnie z § 2 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SWZ): Zakres naprawy będzie zależny od stanu technicznego agregatów i nagrzewnic kierowanych do naprawy i obejmować będzie zakres wynikający z DSU w elektrycznym zespole trakcyjnym typu 22WE EN76 wydaną przez producenta taboru (dowód: załącznik nr 6 do SWZ)

W postępowaniu złożono dwie oferty:

- 1) oferta odwołującego z ceną: 7 125 390,00 zł,
- 2) oferta konsorcjum z ceną: 5 965 500,00 zł (dowód: protokół postępowania)

W dniu 25 października 2024 roku zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną (dowód: protokół z aukcji).

Pismem z dnia 28 października 2024 roku zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia dokumentów wskazując, co następuje:

Zamawiający POLREGIO S.A. Kujawsko-Pomorski Zakład w Bydgoszczy, ul. Dworcowa 104-108, 85-010 Bydgoszcz działając zgodnie z § 7 ust. 2 SWZ wzywa w terminie do dnia 7 listopada 2024 r. do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w § 7 ust. 4 SWZ tj.:

W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału w Postępowaniu, o których mowa w § 6 ust. 1, w tym w zakresie spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w § 6 ust. 2, Wykonawca musi przedłożyć na wezwanie Zamawiającego, w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie, aktualnych na dzień ich złożenia, podmiotowych środków dowodowych, tj.:

3) oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu z Postępowania na podstawie wskazanej w § 6 ust. 1 pkt 2, sporządzone zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 3 do SWZ

(...)

6) wykazu usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane (sporządzony zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 5 do SWZ), oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należyście, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (...) (dowód: pismo z dnia 28 października 2024 roku)

Konsorcjum złożyło Wykaz Usług (wg Załącznika nr 5 do SWZ), w którym wskazano następujące umowy:

- 1) przegląd klimatyzacji w pojazdach kolejowych (Umowa nr CRU-K/Gd/49/2022), data wykonania: 23.08.2022 – 16.06.2023, wartość brutto: 1 503 911,16; wykonana na rzecz: POLREGIO S.A. Pomorski Zakład w Gdyni;
- 2) przegląd klimatyzacji w pojazdach kolejowych (Umowa nr CRU-K/Gd/50/2022), data wykonania: 23.08.2022 – 16.06.2023, wartość brutto: 3 471 906,24; wykonana na rzecz: POLREGIO S.A. Pomorski Zakład w Gdyni (dowód: wykaz usług)

Do wykazu dołączono protokoły odbioru wykonanych prac podczas przeglądu klimatyzacji (dowód: protokoły odbioru)

Konsorcjum nie złożyło oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie wskazanej w § 6 ust. 1 pkt 2, sporządzonego zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 3 do SWZ (okoliczność bezsporna).

Pismem z dnia 18 listopada 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej (dowód: pismo z dnia 18 listopada 2024 roku).

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, c ustawy P.z.p. oraz art. 7 ust. 3 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. z 2024 roku, poz. 507) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CSI INVEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzozie, RS MOBILITY Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzozie, pomimo że podmiot ten nie wykazał zgodnie z wymogiem określonym w § 6 ust. 1 pkt 2 SWZ, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. z 2024 r. poz. 507.) ani na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady (UE) nr 33/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str. 1).

W pozostałym zakresie odwołanie jest bezzasadne i podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odnosząc się do uwzględnionego zarzutu Izba wskazuje, co następuje:

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursu prowadzonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych wyklucza się:

1) wykonawcę oraz uczestnika konkursu wymienionego w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisanego na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3;

2) wykonawcę oraz uczestnika konkursu, którego beneficjentem rzeczywistym w rozumieniu ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2023 r. poz. 1124, 1285, 1723 i 1843) jest osoba wymieniona w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisana na listę lub będąca takim beneficjentem rzeczywistym od dnia 24 lutego 2022 r., o ile została wpisana na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3;

3) wykonawcę oraz uczestnika konkursu, którego jednostką dominującą w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2023 r. poz. 120, 295 i 1598) jest podmiot wymieniony w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisany na listę lub będący taką jednostką dominującą od dnia 24 lutego 2022 r., o ile został wpisany na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3.

Podstawę wykluczenia zawartą w art. 7 ust. 1 wskazanej wyżej ustawy zamawiający zawarł w § 6 ust. 1 pkt 2 SWZ. Zgodnie z § 7 „Podmiotowe środki dowodowe” ust. 2 SWZ zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta nie podlega odrzuceniu i została oceniona najwyżej (w przypadku gdy odbędzie się aukcja elektroniczna – niezwłocznie po jej zakończeniu, a w przypadku gdy aukcja się nie odbędzie ze względu na brak minimum 2 ważnych ofert – niezwłocznie po zbadaniu oferty) do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie, aktualnych na dzień ich złożenia, podmiotowych środków dowodowych, z zastrzeżeniem ust. 3, tj.:

(...)

3) oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu z Postępowania na podstawie wskazanej w § 6 ust. 1 pkt 2, sporządzone zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 3 do SWZ.

W rozpoznawanej sprawie okolicznością bezsporną jest fakt, że Konsorcjum nie złożyło oświadczenia o niepodleganiu

wykluczeniu z postępowania na podstawie wskazanej w § 6 ust. 1 pkt 2 SWZ, sporządzonego zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 3 do SWZ, pomimo tego, że w dniu 28 października 2024 roku wykonawca ten został wezwany do złożenia m.in. tego dokumentu.

Pomimo uznania zarzutu za uzasadniony, Izba stwierdziła, że odrzucenie oferty Konsorcjum z powodu niezłożenia wskazanego wyżej oświadczenia na tym etapie postępowania należy uznać za przedwczesne. Przedmiotowe oświadczenie stanowiło podmiotowy środek dowodowy, zgodnie z informacją zawartą w § 7 SWZ, zatytułowanym „Podmiotowe środki dowodowe”.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku nie zaszły okoliczności wyłączające obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, w szczególności oferta Konsorcjum nie podlega odrzuceniu bez względu na złożenie oświadczenia, o którym mowa w § 7 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Z tego też powodu Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie Konsorcjum do złożenia oświadczenia i dokonanie ponownej oceny ofert.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że podmiot ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w § 6 ust. 2 SWZ w zakresie wartości zrealizowanych umów nie mniejszej niż 500 000,00 zł, a także że przywołane przez Konsorcjum prace w wykazie usług spełniają wymóg udziału w postępowaniu określony w § 6 ust. 2 SWZ.

Odwolujący podniósł, że Konsorcjum nie przedłożyło jednak żadnego dowodu, który potwierdzałby wartość wykonanych usług. Ze złożonych przez Konsorcjum dokumentów nie wynika wartość wykonanych usług, a tym samym dokumenty te nie są wystarczające do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej dotyczącej wiedzy i doświadczenia.

Izba wskazuje, że wykonawcy obowiązani byli wskazać wartość wykonanych usług w wykazie usług. Zamawiający nie wymagał żadnego innego dokumentu potwierdzającego tę wartość. Konsorcjum w wykazie usług podało wymagane w tym zakresie informacje. Odwołujący nie zakwestionował wartości wskazanych przez Konsorcjum w wykazie usług.

W szczególności nie sposób bronić stanowiska, iż wartość wykonanych usług winna być zawarta w dokumentach składanych na potwierdzenie należytego wykonania usług. Konsorcjum, w celu wykazania, że wykonane przez nie usługi zostały wykonane należyście, złożyło protokoły odbioru wykonanych prac podczas przeglądu klimatyzacji. Izba podkreśla, że brak jest podstaw do wymagania, by dokumenty mające potwierdzić należyte wykonanie usług zawierały wszystkie informacje, żądane przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, albowiem potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a dokumenty te mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Stanowisko to jest ugruntowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i zostało wyrażone m.in. w wyroku z dnia 6 lipca 2017 roku, sygn. akt KIO 1216/17.

Odwolujący podniósł, że przedstawione przez Konsorcjum w wykazie usług prace związane z realizacją umowy nr CRU-K/Gd/49/2022 oraz umowy nr CRU-K/Gd/49/2022 nie potwierdzają spełnienia przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu określonego w § 6 ust. 2 SWZ. Prace, które Konsorcjum wykonało podczas realizacji ww. umów, są nieadekwatne do przedmiotu postępowania, które dotyczy dużo bardziej skomplikowanego przeglądu czwartego poziomu utrzymania (P4) układów klimatyzacji, do wykonania których niezbędna jest dokumentacja techniczna oraz specjalistyczne oprogramowanie diagnostyczne KS DIAG stworzone przez producenta układów klimatyzacji KONVEKTA AG, który Konsorcjum nie dysponowało i nie dysponuje.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 57 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu;
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

W myśl art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w § 6 ust. 2 SWZ postawił warunek wykonania co najmniej dwóch umów na przegląd/naprawę instalacji klimatyzacji na pojazdach trakcyjnych o łącznej wartości brutto wykonanych usług nie mniejszej niż 500 000,00 zł.” Wynika z tego, że zamawiający wymagał jedynie, by wykonawca wykonał usługi będące przeglądem/naprawą instalacji na pojazdach trakcyjnych, o łącznej wskazanej wartości brutto. Zamawiający nie postawił żadnych innych wymogów wobec usług referencyjnych, w tym w szczególności dotyczących ich stopnia skomplikowania, dokumentacji technicznej lub posiadania specjalistycznego oprogramowania diagnostycznego. Konsorcjum w wykazie usług wskazało dwie usługi będące przeglądem klimatyzacji w pojazdach kolejowych, o wartości przekraczającej minimum określone w niniejszym postępowaniu. Tym samym stwierdzić należy, że wykazało spełnianie warunku określonego w § 6 ust. 2 SWZ.

W tym miejscu podkreślić należy, że odwołujący, o ile nie zgadzał się z treścią warunku określonego w § 6 ust. 2 SWZ, mógł w stosownym terminie wnieść odwołanie na treść SWZ w tym zakresie. Odwołujący nie wykazał, że takie odwołanie zostało wniesione.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w którym Konsorcjum zamierza wykonać zamówienie w sposób inny niż wskazany przez zamawiającego, poprzez niewykonanie lub nieprawidłowe (niezgodne z Dokumentacją Systemu Utrzymania, Dokumentacją Techniczno-Ruchową) wykonanie przeglądu instalacji HVAC wraz z naprawą urządzeń na pojazdach EN76-048, EN76-049, EN76-050, EN76-051, EN76-052 dla poziomu utrzymania P4, albowiem żaden z członków Konsorcjum nie posiada niezbędnego oprogramowania diagnostycznego oraz dokumentacji, którymi dysponuje wyłącznie autoryzowany przedstawiciel KONVEKTA AG.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że na etapie składania ofert zamawiający nie wymagał od wykonawców posiadania specjalistycznego oprogramowania diagnostycznego, w tym oprogramowania diagnostycznego producenta danego urządzenia. Złożona przez Konsorcjum oferta jest zatem zgodna z warunkami zamówienia i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Aby móc zatem stwierdzić istnienie niezgodności pomiędzy treścią oferty a warunkami zamówienia, należy skonfrontować określone w SWZ warunki zamówienia z treścią oferty danego wykonawcy. Odwołujący upatruje tej niezgodności w wymaganiach SWZ odnoszących się do DSU zespołu trakcyjnego, która na stronie 217 pkt 9 i 10 odsyła do Dokumentacji Techniczno-Ruchowej (DTR) układu klimatyzacji. Odwołujący podnosi, że producentem układów klimatyzacji będących przedmiotem postępowania jest KONVEKTA AG, z której oświadczenia wynika, że podczas wykonywania przeglądu należy zastosować oprogramowanie diagnostyczne KS DIAG, którego żaden z członków Konsorcjum, tj. CSI Invest Sp. z o.o. oraz RS MOBILITY Sp. z o.o. nie posiada.

W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku nie zachodzi niezgodność treści oferty Konsorcjum z warunkami SWZ. W szczególności żaden z warunków zamówienia nie kreuje konieczności wykorzystania oprogramowania diagnostycznego KS DIAG. Taki wymóg wynika jedynie z oświadczenia firmy DRABPOL z dnia 21 października 2024

roku, które odwołujący przedłożył zamawiającemu. Nie sposób uznać wskazanego oświadczenia za dokument zamówienia zawierający warunki zamówienia.

Z drugiej strony w ofercie Konsorcjum brak jest szczegółowych informacji w zakresie posiadanego i stosowanego oprogramowania diagnostycznego, a to z tego względu, że zamawiający tego rodzaju informacji nie żądał. Trudno zatem mówić o tym, że Konsorcjum zamierza wykonać zamówienie w sposób inny niż wskazany przez zamawiającego.

Oddalenie zarzutów wskazanych w punktach 1 i 3 odwołania jest równoznaczne z uznaniem za nieuzasadniony zarzutu naruszenia art. art. 253 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona z uwagi na fakt, że nie został spełniony warunek udziału w postępowaniu oraz została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu. Zarzut ten stanowił konsekwencję zarzutów wskazanych wyżej i został oparty na tych samych podstawach faktycznych co one.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba nie potraktowała przy tym zarzutu nr 4 jako osobnego zarzutu, jako że został on oparty na tych samych okolicznościach faktycznych, co pozostałe zarzuty odwołania. Izba nie zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kosztów zastępstwa procesowego poniesionych przez zamawiającego, a to z uwagi na nieprzedłożenie rachunku, co jest warunkiem przyznania tychże kosztów zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. 2020, poz. 2437).

Przewodniczący:.....