

WYROK

Warszawa, dnia 15 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Beata Konik

Aleksandra Kot

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 lutego 2024 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia MAXTO Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Modlniczce i MAXTO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z siedzibą w Modlniczce w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie w imieniu której działa: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji, Region Śląski z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1 unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
- 1.2 unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania oferty złożonej przez odwołującego,
- 1.3 dalsze prowadzenie postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
- 2.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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

.....

.....

Uzasadnienie

PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie w imieniu której działa: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji, Region Śląski z siedzibą we Wrocławiu (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie, dostawa i zabudowa urządzeń Centralnego Systemu Dynamicznej Informacji Pasażerskiej na linii kolejowej nr 190 na odcinku Skoczów – Cieszyn” (Numer referencyjny: 9090/IREZA4/14252/03718/23/P), zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 21 sierpnia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2023/S 159-504284.

29 lutego 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MAXTO Technology spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Modlniczce i MAXTO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z siedzibą w

Modlniczce (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na niespełnienie przez Odwołującego warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.6.1. IDW;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 123 Pzp przez bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z przepisami Pzp z uwagi na wprowadzenie udziału podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby po upływie terminu składania ofert;
- 3.art. 255 pkt 2 Pzp przez bezzasadne unieważnienie postępowania i uznanie, że wszystkie złożone oferty w postępowaniu podlegały odrzuceniu, podczas gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu i winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza;
- 4.art. 253 ust. 1 Pzp przez nieprecyzyjne podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego;
- 5.art. 16 pkt 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3.dokonanie wyrobu oferty jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał m. in.:

Zgodnie z pkt 8.6.1. IDW:

8.6.1. w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę, że w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał łącznie w ramach jednego lub kilku zadań zamówienie polegające na:

- a)zaprojektowaniu urządzeń SDIP i SMW na dwóch stacjach kolejowych lub na dwóch przystankach osobowych;
- b)dostawie urządzeń SDIP i SMW na dwóch stacjach kolejowych lub na dwóch przystankach osobowych;
- c)zabudowie urządzeń SDIP i SMW na dwóch stacjach kolejowych lub na dwóch przystankach osobowych.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku Odwołujący wykazał należytą realizację przez członków Konsorcjum następujących zadań:

- 1)pkt. 8.6.1 lit. a IDW - „Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych” (zadanie realizowane przez MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A);
- 2)pkt. 8.6.1 lit. b i c IDW: „Zaprojektowanie i wykonanie robót dla projektu nr POLiŚ 5.1-19.1 „Poprawa stanu technicznego infrastruktury obsługi podróżnych (w tym dostosowanie do wymagań TSI, PRM), Etap I Szczecin Główny” zadanie realizowane przez MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A) oraz „Budowa zintegrowanego systemu monitorowania bezpieczeństwa oraz zarządzania informacją na linii kolejowej nr 250 wraz z modernizacją budynku Dworca Podmiejskiego w Gdyni oraz peronu SKM na stacji Gdynia Główna” (zadanie realizowane przez MAXTO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością).

Zadania te potwierdzały spełnienie warunków w pełnym zakresie wymaganym w pkt 8.6.1 IDW – czego Zamawiający nie kwestionował. Jest to doświadczenie własne członków Konsorcjum. Zamawiający swoją decyzję o odrzuceniu, w zakresie tego doświadczenia, oparł wyłącznie

na tezie, że musi ono pochodzić w całości od jednego z członków konsorcjum – z czym nie sposób się zgodzić. Prawidłowa ocena w tym zakresie prowadziła do wniosku, że Odwołujący wykazał spełnienie warunków z pkt. 8.6.1 IDW, a to z kolei wskazuje na bezprzedmiotowość rozważań w zakresie powołania się na potencjał podmiotu trzeciego (niezależnie od tego,

że Zamawiający bezpodstawnie uznał, że powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego nastąpiło po upływie terminu składania ofert).

Wszystkie wskazane powyżej zadania łącznie potwierdzały spełnienie warunku udziału

w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 8.6.1 IDW. Uzasadnienie decyzji Zamawiającego było bardzo ogólnikowe, a Zamawiający de facto nie wskazał w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z 19 lutego 2024 r. dlaczego jego zdaniem Odwołujący nie potwierdził spełnienia ww. warunku udziału. Uzasadnienie to sprowadzało się do podania

ogólnych tez, bez osadzenia ich w stanie faktycznym postępowania, treści SWZ i dokumentów złożonych przez Odwołującego. W zawiadomieniu z 19 lutego 2024 r. Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia, że:

- 1)nie jest dopuszczalne wprowadzenie udziału podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby po upływie terminu składania ofert. Ale jednocześnie Zamawiający zupełnie pominął fakt, że w dokumencie JEDZ złożonym wraz z ofertą Odwołującego było zaznaczone, że wykonawca polega na potencjale podmiotu trzeciego. W tym zakresie Odwołujący składał też wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego, do czego Zamawiający w ogóle się nie odniósł w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu [kwestia ta nie ma znaczenia, bowiem Konsorcjum samodzielnie spełniło warunek udziału w postępowaniu];
- 2)nie uznaje doświadczenia nabytego podczas realizacji zadania „Przebudowa dworca kolejowego Białystok”, ponieważ zadanie dotyczyło budynku dworca, a warunek udziału dotyczył stacji lub przystanku osobowego [kwestia ta nie ma znaczenia, bowiem pozostałe zadania wskazane przez Odwołującego były wystarczające do uznania spełnienia warunku udziału w postępowaniu];
- 3)oceniając możliwość łączenia potencjałów Konsorcjantów w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wziął pod uwagę wyrok KIO 1980/20 KIO 1995/20 [nie wskazując jednocześnie jaki konkretnie wpływ na spełnienie warunku przez Odwołującego ma powyższy wyrok – jaki jest rezultat oceny Zamawiającego, jak ustalenia zawarte w tym wyroku należy odnieść do stanu faktycznego tego Postępowania, zważywszy, że jest on inny];
- 4)Odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających należyłą realizację zadania „Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych” oraz zadania „Budowa zintegrowanego systemu monitorowania bezpieczeństwa oraz zarządzania informacją na linii kolejowej nr 250 wraz z modernizacją budynku Dworca Podmiejskiego w Gdyni oraz peronu SKM na stacji Gdynia Główna” [nie wskazując dlaczego jego zdaniem dokumenty złożone przez Odwołującego nie potwierdzały należytego wykonania].

Ponadto Zamawiający nie wskazał w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem jedyna podstawa jaka została przez niego podana jest nieprawidłowa, a w każdym razie wadliwa w zakresie kwestii dotyczącej łączenia potencjału przez członków konsorcjum. Podana przez podstawą prawną (art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp) nie korelowała z rozważaniami Zamawiającego na temat łączenia potencjałów przez członków konsorcjum. Ustawa Pzp tego nie zabrania – wręcz przeciwnie, więc ta podstawa prawna jest nieadekwatna do tezy Zamawiającego i kwestii łączenia potencjałów członków konsorcjów. Odwołujący, z ostrożności procesowej, zaskarżył naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, której to podstawy odrzucenia Zamawiający nie podał w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu, ale uważał, że uzasadnienie decyzji Zamawiającego, w takiej treści, jak ono zostało sporządzone, było wadliwe i taka treść powinna zostać oceniona w postępowaniu odwoławczym.

Wprowadzenie udziału podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby po upływie terminu składania ofert skutkuje brakiem możliwości powoływania się na ten potencjał, a nie odrzuceniem oferty. Brak możliwości powoływania się na potencjał podmiotu udostępniającego zasoby mógłby skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego wyłącznie w sytuacji, gdy samodzielnie nie spełniałby on warunków udziału w Postępowaniu, a podstawą odrzucenia byłby wówczas art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, a nie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp, na który powołał się Zamawiający.

Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania nie uzasadnił dlaczego jego zdaniem nie było dopuszczalne powoływanie się przez Odwołującego na potencjał podmiotu udostępniającego zasoby. W wezwaniu z 29 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy treścią oferty i JEDZ Lidera Konsorcjum a JEDZ Członka konsorcjum MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. w zakresie polegania na zdolnościach innych podmiotów. W odróżnieniu od oferty i JEDZ Lidera - Członek konsorcjum w Części II pkt. C JEDZ oświadczył, że polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji. W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący wskazał, że prawidłowe informacje znajdują się w JEDZ członka konsorcjum MAXTO sp. z o.o. S.K.A. i złożył dokumenty dla podmiotu udostępniającego zasoby.

Do powyższych dokumentów i wyjaśnień Odwołującego Zamawiający w ogóle nie odniósł się w zawiadomieniu o unieważnieniu Postępowania – nie wskazał dlaczego jego zdaniem powołanie się w JEDZ na dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego przez jednego z członków konsorcjum, a następnie złożenie dokumentów dotyczących tego podmiotu pociągało za sobą tak daleko idące skutki, jak odrzucenie oferty z uwagi na jej niezgodność

z przepisami Pzp. Nie wyjaśnił dlaczego powołanie się w JEDZ na potencjał podmiotu trzeciego nie było wystarczające. Zamawiający ograniczył się tylko do ustalenia, że informacja o powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego powinna być umieszczona w formularzu ofertowym. Nie wyjaśnił jednak dlaczego w tym zakresie oferty nie należy czytać łącznie. Brak wskazania uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego stanowi o naruszeniu przez Zamawiającego art. 253 ust. 1 Pzp. Odwołującemu trudno zatem odnosić się do podstaw odrzucenia, które wprost nie zostały przez Zamawiającego wskazane, więc dalsza argumentacja została oparta w dużej mierze na samodzielnych założeniach Odwołującego.

Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 1980/20, KIO 1995/20 i zakwestionował łącznie spełnienie warunku udziału w postępowaniu z pkt. 8.6.1 IDW dotyczącego doświadczenia. Zamawiający jednak nie odniósł w żaden sposób ustaleń zawartych w tym wyroku do niniejszego stanu faktycznego. Zamawiający w żaden sposób nie wskazał w dokumentach zamówienia, że w postępowaniu nie było dopuszczalne łączenie potencjału członków konsorcjum - ograniczył się jedynie do przytoczenia fragmentu wyroku KIO 1980/20 KIO 1995/20 i wskazania, że wziął go pod uwagę oceniając możliwość łączenia potencjału konsorcjantów, nie przekładając jednak w żaden sposób treści ww. wyroku

do realiów postępowania, a w szczególności nie wyjaśniając, w jaki sposób twierdzenie: „Wynika z tego, że zamawiającemu w postanowieniach SIWZ chodziło o to, aby jeden wykonawca wykazał się doświadczeniem wykonania dwóch usług, pierwszej usługi

do nabrania minimalnego doświadczenia i drugiej usługi do ugruntowania i poszerzenia tego doświadczenia i dopiero występowania w postępowaniu z takim sumarycznym, powtarzalnym doświadczeniem [...]” należało odnosić do warunku udziału z pkt 8.6.1 IDW.

Powyższe stanowisko Zamawiającego nie miało w żaden sposób oparcia w treści IDW. Zgodnie z pkt 1.4. IDW „Jeżeli terminy (pojęcia) użyte w niniejszej SWZ posiadają definicje ustawowe lub są używane w ustawie w określonym znaczeniu, to na potrzeby niniejszej SWZ należy rozumieć je w taki sposób, jaki wynika z tych ustaw, chyba że z niniejszej SWZ wynika inaczej”. Jednocześnie w SWZ definicja „wykonawcy” tożsama jest z definicją zawartą w art. 7 pkt 30 Pzp, bowiem zgodnie z pkt 1.3.15) IDW użyty w SWZ termin wykonawca

ma następujące znaczenie: „Wykonawca” – osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie Zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie Zamówienia publicznego. Zatem skoro pojęcie „wykonawca” należy rozumieć w taki sposób jaki wynika

z Pzp, a zgodnie z przepisem art. 58 ust. 5 Pzp przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to bez wątpliwości termin „wykonawca” zawarty w pkt 8.6.1. IDW należy odnosić odpowiednio

do współwykonawców. Zamawiający nie zastrzegł bowiem w IDW odmiennego rozumienia tego terminu i nie wprowadził na podstawie art. 117 ust. 1 Pzp dodatkowych wymogów dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez członków konsorcjum, o czym mowa w dalszej części odwołania.

Ograniczenie dopuszczalności łączenia potencjału jest wyjątkiem od reguły i zostało uregulowane w art. 117 ust. 1 Pzp, a takiego wyjątku Zamawiający nie zastosował

w dokumentacji zamówienia – nie określił on bowiem szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu (przykładowo nie wskazał, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających o udzielenie zamówienia publicznego warunek, o którym mowa w pkt 8.6.1 IDW „musi być w całości spełniony przez jednego z tych wykonawców” albo, że „warunek musi być spełniony przez każdego z wykonawców” ewentualnie inne sformułowania wskazujące na bardziej kazuistyczny sposób spełniania warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia). Gdyby taka była intencja Zamawiającego, warunek niewątpliwie miałby inną treść.

W pkt 10.6 IDW Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia, z którego wynikać będzie które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni Wykonawcy. Ten wymóg pozbawiony byłby jakiegokolwiek sensu, jeśli warunek dotyczący doświadczenia mógłby być spełniony wyłącznie przez jednego ze współwykonawców (w takim przypadku z oświadczenia powinno wynikać, że wykonawca spełniający warunek dotyczący doświadczenia wykona samodzielnie zaprojektowanie, dostawę i zabudowę urządzeń SDIP i SMW – oświadczenie nie dotyczyłoby wówczas podziału zadań pomiędzy współwykonawców). Warto też zauważyć, że w art. 117 ust. 4 Pzp wskazano na konieczność złożenia oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy, ale tylko

w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3 – czyli nie w przypadku ust. 1, a to w tym ustępie mowa, że: „Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest

proporcjonalne". Czyli w tym postępowaniu Zamawiający nie żądałby tego oświadczenia, gdyby jego intencją było określenie szczególnego sposobu spełnienia warunków przez członków konsorcjum.

Zamawiający nie sprecyzował też dlaczego jego zdaniem z dokumentów złożonych przez Odwołującego nie wynikało należyte wykonanie zadań z wykazu. Dla Odwołującego niezrozumiałe było jakich informacji brakowało w złożonych przez niego dokumentach.

Zdziwienie Odwołującego budziło twierdzenie Zamawiającego, że nie zastosował on wezwania potwierdzającego należyte wykonanie prac projektowych, ponieważ oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu z innych powodów.

Odwołujący usługi te zawarł już

w pierwszym wykazie usług złożonych na wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych, zatem Zamawiający, jeśli rzeczywiście uważał, że złożone przez Odwołującego dokumenty

nie potwierdzały należytego wykonania prac projektowych to zapewne wezwał by do ich uzupełnienia w piśmie z 29 grudnia 2023 r.

W przedostatnim akapicie zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, podsumowującym argumentację dotyczącą braku spełnienia warunków udziału w Postępowaniu Zamawiający zajął inne stanowisko i wskazał, że Odwołujący nie udowodnił należytego wykonania innego zamówienia (zarzut ten odniósł wyłącznie do budowy zintegrowanego systemu monitorowania bezpieczeństwa oraz zarządzania informacją na linii kolejowej nr 250 wraz z modernizacją budynku Dworca Podmiejskiego w Gdyni oraz peronu SKM na stacji Gdynia Główna).

Nie wiadomo dlaczego Zamawiający nie uznał dowodów złożonych na potwierdzenie należytej realizacji budowy zintegrowanego systemu monitorowania bezpieczeństwa oraz zarządzania informacją na linii kolejowej nr 250 wraz z modernizacją budynku Dworca Podmiejskiego

w Gdyni oraz peronu SKM na stacji Gdynia Główna, bowiem nie uzasadnił tego twierdzenia

w jakikolwiek sposób. Wskazał jedynie: „Biorąc powyższe pod uwagę Wykonawca nie spełnia warunku zaprojektowania, dostawy, zabudowy urządzeń SDIP i SMW na dwóch stacjach kolejowych lub na dwóch przystankach osobowych ponieważ jak wynika z treści złożonych dokumentów Lider konsorcjum dostarczył i zabudował urządzenia na 3 przystankach i jednej stacji w Gdańsku i Gdyni (bez potwierdzenia należytego wykonania) natomiast Członek konsorcjum dostarczył i zabudował urządzenia na stacji Szczecin oraz zaprojektował 14 obiektów obsługi pasażerskiej”.

Należy założyć, że to stwierdzenie zostało zamieszczone w tym miejscu omyłkowo, gdyż

w rzeczywistości zamiarem Zamawiającego było odniesienie go do usług projektowych (zadanie „Zaprojektowanie, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną

na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych w ramach realizacji projektu pn. „Projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych.”) na co wskazywał we wcześniejszym fragmencie uzasadnienia odrzucenia

(co opisano powyżej). Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego było zatem w tym zakresie wewnętrznie sprzeczne oraz nieuzasadnione.

12 marca 2024 r. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego odrzucenie,

a w przypadku nieuwzględnienia tego wniosku, wniósł o oddalenie odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in.:

Odwołanie wpłynęło do Zamawiającego 29 lutego 2024 r. o godz. 19:19 na adres e-mail: b.. Pani B.J., na której adres e-mail zostało przysłane Odwołanie była nieobecna w pracy z powodu choroby, a poczta z tego adresu nie mogła być przekierowana na inny adres e-mail. Pracownik Zamawiającego wrócił do pracy dopiero

7 marca 2024 r. Zamawiający zapoznał się z treścią Odwołania dopiero 5 marca 2024 r., kiedy Wykonawca ponownie przesłał Odwołanie na adres innego pracownika obecnego w pracy - Pani D.F..

Zgodnie z pkt 14.14.3 IDW (SWZ):

„Korespondencja kierowana od Zamawiającego do Wykonawcy, np. wezwania do wyjaśnień, wezwania do uzupełnień przekazywana będzie za pomocą Platformy Zakupowej i dostępna będzie w module Korespondencja (...)”

Zgodnie z pkt 14.15.4 IDW (SWZ):

„Osobą upoważnioną przez Zamawiającego do kontaktowania się z Wykonawcami jest Pani B.J., e-mail: b. Zamawiający dodatkowo wskazuje,

że stosownie do treści pkt 25.1 IDW, komunikacja w niniejszym Postępowaniu prowadzona jest wyłącznie drogą elektroniczną z wykorzystaniem Platformy Zakupowej, zaś Zamawiający w żadnym wypadku nie odstępuje od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej

z Wykonawcami.”

Zgodnie z pkt 25 IDW (SWZ):

„25.1. W niniejszym Postępowaniu komunikacja prowadzona jest drogą elektroniczną z wykorzystaniem Platformy Zakupowej.

25.2 Zamawiający nie dopuszcza sposobu komunikowania się z Wykonawcami innego niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej wskazanych w pkt 25.1. IDW.

25.3 Za termin złożenia oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji przekazywanych drogą elektroniczną uważa się termin odnotowania ich dotarcia do adresata na Platformie Zakupowej”.

Termin na wniesienie Odwołania w niniejszej sprawie upłynął 29 lutego 2024 r.

Podkreślenia wymaga, że Odwołanie wpłynęło na adres email pracownika Zamawiającego

w ostatnim dniu terminu na wniesienie Odwołania o godz. 19:19. Czas pracy obowiązujący Zamawiającego to godz. 7:30 – 15:30. Godzina 19:19 wykracza poza godziny pracy Zamawiającego. Zatem, nawet gdyby Pani B.J. nie była nieobecna w pracy

29 lutego 2024 r., to i tak odczytałaby wiadomość Odwołującego dopiero dnia następnego,

tj. 1 marca 2024 r., podczas gdy termin na wniesienie Odwołania upłynął 29 lutego 2024 r.

Tym samym data i godzina wniesienia Odwołania do Zamawiającego oznacza,

że Zamawiający nie mógł zapoznać się z treścią Odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia (który upłynął 29 lutego o północy). O godz. 19:19 tego dnia nikogo bowiem nie było w pracy, a w szczególności nie było w pracy B.J., gdyż była w tym czasie chora. A to z kolei oznacza, że Odwołanie zostało wniesione z naruszeniem przepisu art. 514 ust. 2 PZP. Zamawiający bowiem nie mógł zapoznać się z treścią Odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia (29 luty 2024 r.), gdyż zostało ono wniesione w ostatnim dniu terminu o godz. 19:19, czyli po godzinach pracy Zamawiającego.

W zakresie sposobu rozumienia spornego warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał, że z jego literalnego brzmienia wynikało, że Zamawiający wymagał, aby Wykonawca miał doświadczenie łącznie polegające zarówno na zaprojektowaniu, jak i na dostawie oraz zabudowie urządzeń na dwóch stacjach kolejowych lub na dwóch przystankach osobowych. Intencją Zamawiającego w projektowaniu warunku udziału w postępowaniu nie było zatem, aby Wykonawca przykładowo miał doświadczenie w realizacji projektowania i dostawy,

a roboty budowlane były zlecone podmiotowi trzeciemu. Innymi słowy – Zamawiającemu zależało na tym, aby wykonawca, który faktycznie będzie wykonywał zamówienie, spełnił cały warunek (tj. miał doświadczenie polegające na wszystkich trzech zadaniach wskazanych

w treści warunku – projekt, dostawa i realizacja), a nie na jego części, przy czym w przypadku konsorcjum warunek udziału w postępowaniu powinien spełniać co najmniej jeden

z konsorcjantów.

W pkt 12 Formularza oferty Odwołujący oświadczył, że wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie będzie polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów. Konsorcjum złożyło do oferty wykaz robót, w którym w rubryce dotyczącej nazwy podmiotu, na którego zasoby Konsorcjum powołuje się, wykonawca wpisał: „nie dotyczy”.

W pkt 13 Formularza oferty Odwołujący oświadczył, że powierzy wykonanie zamówienia podwykonawcom w zakresie dotyczącym prac instalacyjno – montażowym.

W oświadczeniu JEDZ Lider Konsorcjum oświadczył, że nie polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji, zaś Partner Konsorcjum wskazał, że polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji.

Jednocześnie Konsorcjum nie przedstawiło dokumentów podmiotowych dla podmiotu, na którego zasoby powołał się członek Konsorcjum.

W toku oceny Formularza oferty i dokumentów złożonych do oferty Zamawiający stwierdził rozbieżności między treścią oferty i JEDZ Lidera Konsorcjum a JEDZ Partnera Konsorcjum

w zakresie polegania na zasobach podmiotu trzeciego i 29 grudnia 2023 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia powyższego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

9 stycznia 2024 r. Odwołujący złożył aktualne podmiotowe środki dowodowe, którymi wprowadził nowy podmiot trzeci udostępniający zasoby oraz przedstawił dokumenty nowego podmiotu udostępniającego zasoby. W pkt 4 załączonego nowego wykazu usług i dostaw,

na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w pkt. 8.6.1 IDW wykonawca wskazał zamówienie wykonane przez Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe ELEKTRO-TEL-BUD, ul. Sadowa, 10-687 Olsztyn. W pkt 3 nowego wykazu robót, na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 8.6.1 IDW lit. c) zabudowa urządzeń SDIP i SMW na dwóch stacjach kolejowych lub na dwóch przystankach osobowych, wykonawca również wskazał zamówienie

wykonane przez nowy podmiot trzeci, tj. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe ELEKTRO-TEL-BUD, ul. Sadowa, 10 687 Olsztyn.

Wskazując na powyższe słusznie postąpił Zamawiający wzywając Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie korzystania z potencjału podmiotu trzeciego.

Treść oferty budzi bowiem wątpliwości co do intencji Odwołującego. W Formularzu oferty Odwołujący oświadczył bowiem, że będzie wykonywał zamówienie siłami własnymi,

co potwierdził oświadczeniem JEDZ i wykazem robót, ale w oświadczeniu członka Konsorcjum została zawarta informacja sprzeczna z oświadczeniem Lidera Konsorcjum i Formularzem oferty.

Dowód:

1. Formularz oferty
2. Wykaz robót
3. JEDZ Lidera Konsorcjum
4. JEDZ Partnera Konsorcjum
5. Pismo Zamawiającego do Wykonawcy z 29 grudnia 2023 r. znak IREZA4. IREZA4.292.1.2023

Zgodnie z art. 123 Pzp (oraz pkt. 8.3.6 IDW), Wykonawca nie może po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Odwołujący nie złożył deklaracji co do korzystania z zasobów podmiotu trzeciego na etapie złożenia oferty. Wprawdzie Partner Konsorcjum wskazał w swoim JEDZ, że będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, ale informacja ta nie była spójna ani z Formularzem oferty ani z oświadczeniem JEDZ Lidera Konsorcjum. Dodatkowo Partner Konsorcjum nie wskazał ani zakresu udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego ani danych podmiotu trzeciego, jak i nie złożył na etapie oferty dokumentów umożliwiających weryfikację tego podmiotu.

Odwołujący wprowadził do postępowania podmiot trzeci z naruszeniem zakazu określonego w art. 123 Pzp, tym samym jego oferta podlegała odrzuceniu.

Nawet gdyby przyjąć, że Zamawiający musiałby powtórzyć czynność badania i oceny ofert, to i tak Odwołujący nie spełniłby warunku udziału w Postępowaniu. Ani Lider Konsorcjum ani członek Konsorcjum nie spełnili warunku wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 8.6.1 IDW.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp. Tym samym Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania uznając go za niezasadny.

Zgodnie z art. 514 Pzp:

1. Odwołanie wnosi się do Prezesa Izby.
2. Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.
3. Domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Adres e-mail, na który Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania został przez Zamawiającego wskazany w SWZ jako adres osoby upoważnionej do kontaktu

z wykonawcami. Biorąc pod uwagę treść art. 514 ust. 2 Pzp przyjąć należy, że Zamawiający nie mógł skutecznie zastrzec, by jedyną dopuszczalną drogą do przekazania mu kopii odwołania była Platforma zakupowa. Przesłanie kopii odwołania na adres osoby wskazanej jako przedstawiciel zamawiającego do kontaktu z wykonawcami w postępowaniu, w ocenie Izby wypełnia przesłanki art. 514 ust. 2 Pzp. Fakt, że osoba wskazana do kontaktu przebywała na zwolnieniu lekarskim mógłby mieć znaczenie w ocenie zasadności wniosku o odrzucenie odwołania tylko wtedy, gdyby Zamawiający wykazał, że poinformował wykonawców,

że wcześniej wskazany adres e-mail stał się czasowo niedostępny. Ponieważ Zamawiający nie twierdził, by taką informację przekazał wykonawcom, to Izba przyjęła, że Odwołujący nie wiedział o zwolnieniu lekarskim Pani B. J., mógł zatem zakładać, że przesłanie kopii odwołania na jej adres przyniesie pożądaný efekt.

Bez znaczenia była też okoliczność, że Odwołujący przesłał kopię odwołania po godzinach pracy Zamawiającego. Zasady dotyczące terminów do złożenia odwołania zostały szczegółowo uregulowane w art. 515 Pzp i Zamawiający nie jest uprawniony do wprowadzenia wprost bądź pośrednio jakichkolwiek ograniczeń w stosunku do dyspozycji tego przepisu. Stąd fakt przesłania kopii odwołania po godzinach pracy Zamawiającego nie może wywierać negatywnych skutków dla oceny terminowości wniesienia tego odwołania.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami, oferty Odwołującego, korespondencji Zamawiającego z Odwołującym oraz zawiadomienia z 19 lutego 2024 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego i o unieważnieniu postępowania.

Izba ustaliła, co następuje:

Między stronami nie było sporu co do stanu faktycznego w zakresie chronologii zdarzeń i czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu. Po przeprowadzeniu dowodu z dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że stan faktyczny odpowiadał temu opisanemu przez Odwołującego w odwołaniu, a sporna była ocena zasadności samej czynności odrzucenia oferty Odwołującego na gruncie przepisów Pzp oraz postanowień SWZ.

Niesporne było również, że obaj członkowie odwołującego się Konsorcjum łącznie spełnili sporny warunek udziału w postępowaniu, co w toku rozprawy wprost przyznał Zamawiający.

Istotą sporu był sposób rozumienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej ujętego w punkcie 8.6.1 SWZ:

„Zamawiający ustala następujące szczegółowe warunki udziału w Postępowaniu w zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.4 IDW wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę,

że w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał łącznie w ramach jednego

lub kilku zadań zamówienie polegające na:

- a) zaprojektowaniu urządzeń SDIP i SMW na dwóch stacjach kolejowych lub na dwóch przystankach osobowych;
- b) dostawie urządzeń SDIP i SMW na dwóch stacjach kolejowych lub na dwóch przystankach osobowych;
- c) zabudowie urządzeń SDIP i SMW na dwóch stacjach kolejowych lub na dwóch przystankach osobowych”.

W uzasadnieniu czynności z 19 lutego 2024 r. polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazał m. in.:

„Wykonawca nie spełnił warunku udziału w postępowaniu polegającym na wykazaniu

się wykonaniem w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, łącznie w ramach jednego lub kilku zadań zamówienia polegającego na zaprojektowaniu, dostawie, zabudowie urządzeń SDIP

i SMW na dwóch stacjach kolejowych lub na dwóch przystankach osobowych (...).

Oceniając możliwość łączenia potencjałów konsorcjantów w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wziął pod uwagę wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie KIO 1980/20 KIO 1995/20 (...).

Biorąc powyższe pod uwagę Wykonawca nie spełnia warunku zaprojektowania, dostawy, zabudowy urządzeń SDIP i SMW na dwóch stacjach kolejowych lub na dwóch przystankach osobowych ponieważ jak wynika z treści przedłożonych dokumentów Lider konsorcjum dostarczył i zabudował urządzenia na 3 przystankach i jednej stacji w Gdańsku i Gdyni (bez potwierdzenia należytego wykonania) natomiast Członek konsorcjum dostarczył i zabudował urządzenia na stacji Szczecin oraz zaprojektował 14 obiektów obsługi pasażerskiej.

W tym stanie rzeczy przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione z powodu odrzucenia wszystkich ofert”.

Zamawiający ani w powyższym dokumencie, ani na etapie postępowania odwoławczego nie wskazał postanowienia SWZ, które wprost nakazywałoby, by w przypadku, gdyby ofertę mieli złożyć wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, warunek udziału

w postępowaniu wskazany w punkcie 8.6.1 spełnił w całości przynajmniej jeden z nich.

Obowiązek taki Zamawiający wywiódł z literalnego brzmienia warunku wraz z definicją wykonawcy zawartą w SWZ jak i w art. 7 pkt 30 Pzp zgodnie z którym Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o wykonawcy – należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Stąd zamawiający przyjął, że adresatem warunku udziału

w postępowaniu był jeden wykonawca, niezależnie czy złożyłby on ofertę samodzielnie, czy razem z innymi wykonawcami w ramach konsorcjum.

Oceniając sposób w jaki Zamawiający interpretował warunek udziału w postępowaniu z punktu 8.6.1 Pzp Izba wzięła także pod uwagę:

- 1.Art. 58 ust. 5 Pzp: Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- 2.Art. 117 ust. 1 Pzp: Zamawiający może określić szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.
- 3.Punkt 10.3 SWZ: W przypadku składania oferty wspólnej, warunki szczegółowe określone w pkt 8.6 IDW uznaje się za spełnione, jeśli spełnią je łącznie wszyscy Wykonawcy składający ofertę wspólną.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego z przyczyn podanych w uzasadnieniu tej czynności było błędne.

Z przytoczonego wyżej art. 58 ust. 5 Pzp wynika obowiązek odpowiedniego stosowania

do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przepisów dotyczących wykonawcy. Co za tym idzie „wykonawca” w rozumieniu punktu 8.6.1 SWZ to zarówno wykonawca, który złożył ofertę samodzielnie, jak też wykonawcy wspólnie ubiegający

się o udzielenie zamówienia. Wobec art. 58 ust. 5 Pzp taka wykładnia treści warunku udziału w postępowaniu nie jest sprzeczna z definicją wykonawcy zawartą w Pzp oraz w SWZ.

Z art. 117 ust. 1 Pzp wynika z kolei, że zamawiający pod warunkiem spełnienia wymogów tego przepisu jest uprawniony do określenia w SWZ szczególnego, obiektywnie uzasadnionego, sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu. Zatem dopiero skorzystanie przez zamawiającego z tego uprawnienia daje mu podstawę do oczekiwania, że np. jeden z członków konsorcjum spełni warunki udziału w postępowaniu w sposób samodzielny. Bez jednoznacznego wskazania

w SWZ, że zamawiający nie dopuszcza do sumowania potencjałów członków konsorcjum, potencjały te sumuje się, bo wynika to z art. 58 ust. 5 Pzp, ale także z celu dla którego wykonawcy korzystają z możliwości złożenia wspólnej oferty w postępowaniu.

Wykładnia warunku z punktu 8.6.1 SWZ dokonana przez Zamawiającego była więc nieprawidłowa z przepisami Pzp, ale także co najmniej zaskakująca w świetle postanowień specyfikacji – w przytoczonym wyżej punkcie 10.3 SWZ Zamawiający wprost przewidział łączenie potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego Izba uznała za bezprzedmiotową kwestię powołania się przez Odwołującego na potencjał podmiotu trzeciego. Izba uwzględniła jednak zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. pkt 3 w zw. z art. 123 Pzp.

Art. 123 Pzp stanowi: Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach

lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Przepis ten nie zawiera więc sankcji odrzucenia oferty w przypadku naruszenia jego dyspozycji przez wykonawcę. Skutek

taki może nastąpić, ale dopiero wtedy, gdy w wyniku spóźnionego powołania się na potencjał podmiotu trzeciego wykonawca nie zdoła wykazać, że spełnia warunki udziału

w postępowaniu. Odrzucenie oferty następuje wtedy jednak nie na podstawie art. 123 Pzp,

ale na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp. Zamawiający nie mógł więc odrzucić oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 123 Pzp, ponieważ w ten sposób rozszerzyłby katalog podstaw do odrzucenia ofert w stosunku do zamkniętego katalogu ustawowego zawartego w art. 226 ust. 1 Pzp.

Art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp nie może być traktowany jako podstawa do odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdyby dopuściłby się on naruszenia przepisów Pzp na etapie badania i oceny ofert. Przepis ten stanowi podstawę odrzucenia

oferty niezgodnej z przepisami Pzp,

a zatem dotyczy wad oferty obecnych w niej już w chwili jej złożenia, jak na przykład złożenie oferty w języku obcym, jeśli zamawiający nie dopuścił takiej możliwości.

Potwierdził się też zarzut nr 4, tj. zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 Pzp przez nieprecyzyjne podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Po przeprowadzeniu dowodu z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania Izba uznała, że Zamawiający w niewystarczający sposób wyjaśnił przyczyny, dla których zdecydował się na taki krok. Jako przykład wskazać można uzasadnienie w części dotyczącej odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. pkt 3 w zw. z art. 123 Pzp:

„Oferta podlega odrzuceniu zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp ponieważ jest niezgodna

z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie art. 123 Pzp poprzez wprowadzenie udziału podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby po upływie terminu składania ofert. Pismem z dnia 9 stycznia 2024 r. Wykonawca powołał się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby. Podmiot ten to Przedsiębiorstwo Handlowo–Usługowe Elektro-TelBud Robert Mąka. Zgodnie z pkt. 8.3.3. IDW informacja o powołaniu się na zasoby podmiotu trzeciego winna być umieszczona w Formularzu Ofertowym. Formularz ofertowy złożony na dzień 29 września 2023 r. w imieniu Konsorcjum firm Maxto Technology Sp. z o.o. i MAXTO Sp z o.o. S.K.A. nie zawiera takiej informacji. Art. 123 Pzp (oraz pkt. 8.3.6 IDW) stanowi, że Wykonawca nie może po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby”.

Z powyższego właściwie nie wynika co doprowadziło Zamawiającego do decyzji o odrzuceniu ofert. Jak już wskazano wyżej art. 123 Pzp nie był prawidłową podstawą do odrzucenia oferty. Zamawiający nie wskazał jednak jaki skutek miał wyniknąć z powołania się przez Odwołującego na potencjał podmiotu trzeciego. Jest to o tyle istotne, że zaistnienie tego nieopisanego w uzasadnieniu skutku spowodowało, że Zamawiający zdecydował

się na odrzucenie oferty. W konsekwencji Odwołujący znaczną część odwołania oparł

na hipotetycznych założeniach, wynikających z próby „domyślenia się” motywacji Zamawiającego.

W konsekwencji uwzględnienia powyższych zarzutów potwierdziły się zarzuty wynikowe –

tj. zarzuty nr 3 i 5 odwołania. Skoro z wskazanych przez Zamawiającego przyczyn oferta Odwołującego nie mogła być prawidłowo odrzucona, to nie było też podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp. Niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego stanowiło niewątpliwie przejaw naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....