

**WYROK**  
z dnia 17 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Maria Kacprzyk**

**Aneta Młacka**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 i 14 listopada 2023 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r. przez:

A) Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Porr Spółka Akcyjna**, ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, **Trakcja System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Lipowa 3, 53-124 Wrocław (sygn. akt KIO 3130/23);

B) Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Track Tec Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Wyścigowa 3, 53-111 Wrocław, **Intop Warszawa Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Łukasza Drewny 70, 02-968 Warszawa, **ZUE Spółka Akcyjna** ul. Czapińskiego 3, 30-048 Kraków (sygn. akt KIO 3164/23);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna** ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa, Centrum Realizacji Inwestycji

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Trakcja Spółka Akcyjna**, Al. Jerozolimskie 100 lok. II P, 00-807 Warszawa, **Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Sandomierska 19, 80-051 Gdańsk, **ALSTOM ZWUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3130/23 i KIO 3164/23 po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Technicznych INTERCOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Okólna 10, 42-400 Zawiercie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3164/23 po stronie Odwołującego

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Porr Spółka Akcyjna** ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa, **Trakcja System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Lipowa 3, 53-124 Wrocław, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3164/12 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1**

**A. Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Porr S.A., Trakcja System Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 3130/23);**

**B. Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Track Tec Construction Sp. z o.o., Intop Warszawa Sp. z o.o., ZUE S.A. (sygn. akt KIO 3164/23);**

**2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: Porr S.A. i Trakcja System Sp. z o.o. w sprawie sygn. akt KIO 3130/23 i Odwołującego: Track Tec Construction Sp. z o.o., Intop Warszawa Sp. z o.o., ZUE S.A. w sprawie sygn. akt KIO 3164/23 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40.000 zł 00 gr. (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisów od odwołań w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 3130/23 i KIO 3164/23.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący.....  
.....  
.....

**Sygn. akt: KIO 3130/23**  
**KIO 3164/23**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – PKP PLK S.A z/s w Warszawie, w trybie podstawowym na realizacja robót budowlanych oraz wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług pogwarancyjnych dla tych urządzeń na odcinku Zabrzeg – Zebrzydowice granica państwa, w ramach projektu: „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich (E 30 i E 65) na obszarze Śląska, Etap I: linia E 65 na odcinku Zabrzeg – Zebrzydowice (granica państwa) (sygn. postępowania: 9090IRZR3/24521/06699/22/P), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30.12.2022 r., 2023/S 252-734499, wobec czynności badania, oceny złożonych ofert i wybory oferty najkorzystniejszej, wniesione zostały w dniu 23.10.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Porr S.A. z/s w Warszawie, Trakcja System Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu (sygn. akt KIO 3130/23) oraz Track Tec Construction Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu, Intop Warszawa Sp. z o.o. z/s w Warszawie, ZUE S.A. z/s w Krakowie (sygn. akt KIO 3130/23) oraz Track Tec Construction Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu, INTOP Warszawa Sp. z o.o. z/s w Warszawie, ZUE S.A z/s w Krakowie. (sygn. akt KIO 3164/23).

Zamawiający w dniu 11.10.2023 r. poinformował o zakończonej czynności oceny ofert i dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum: Trakcja S.A. z/s w Warszawie, Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. z/s w Gdańsku, Alstom ZWUS Sp. z o.o. z/s w Katowicach (Konsorcjum Trakcja).

#### **I.Sygn. akt KIO 3130/23 – Odwołujące Konsorcjum: Porr S.A. i Trakcja System Sp. z o.o. (Odwołujący nr 1/Konsorcjum Porr)**

Odwołujący nr 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP oraz art. 223 ust. 1 zd. 2 in fine PZP** poprzez nieprawidłowe ich zastosowanie polegające na uzupełnieniu brakujących cen jednostkowych w przedmiarze robót pn. *Przebudowa i budowa układu drogowego – DD-05* w następstwie uznania, że brak cen jednostkowych stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty, co w rezultacie doprowadziło do niedozwolonego uzupełnienia treści oferty Konsorcjum Trakcja, w sytuacji kiedy brak wskazania cen jednostkowych powinien skutkować odrzuceniem oferty Konsorcjum Trakcja;
- 2.art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP** poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Trakcja z postępowania pomimo, iż jeden z członków tego konsorcjum (tj. Trakcja S.A.), w wyniku zamierzonego działania lub co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania, co mogło i faktycznie miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu, **ewentualnie art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP** poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Trakcja z postępowania pomimo, iż jeden z członków tego konsorcjum (tj. Trakcja S.A.), w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w Postępowaniu;
- 3.art. 110 ust. 3 PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP** poprzez uznanie, że pojęte przez Konsorcjum Trakcja czynności, o których mowa w 110 ust. 2 PZP są dokonane skutecznie (tj. wypełniają wszelkie obowiązki wskazane w art. 110 ust. 2 PZP), a tym samym są wystarczające do wykazania, że Konsorcjum Trakcja nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP;
- 4.art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 PZP** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Trakcja pomimo wystąpienia okoliczności opisanych w zarzutach (1) – (3) powyżej.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum Trakcja), nakazanie ponownego badania i oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wypełniając przedmiar robót „Przebudowa i budowa układu drogowego – DD-05” – Konsorcjum Trakcja nie podało dla wskazanych w odwołaniu 12 pozycji: cen jednostkowych robót, jednostek miary dla robót, ilości jednostek miary (obmiaru), wartości pozycji kosztorysowych, opisu pozycji kosztorysowej oraz odniesienia do właściwej STWiORB.

Konsorcjum podało jedynie kwoty wartości robót składających się na dany asortyment, tj. łączną wartość wszystkich pozycji kosztorysowych dla robót przygotowawczych, dla robót ziemnych, podbudów, nawierzchni oraz łączną wartość robót wykończeniowych.

Zamawiający uznał, iż opisane wadliwości stanowią inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnej zmiany w treści oferty. Zmiana polegała na dopisaniu brakujących pozycji kosztorysowych, podaniu dla nich cen jednostkowych, obmiaru oraz wartości tych pozycji. Zamawiający zmienił nawet jedyne wartości wycen wskazane w przedmiarze robót, tj. łączne wartości asortymentów robót (pozycje: „Razem: roboty przygotowawcze”, „Razem: roboty ziemne”, „Razem podbudowy” oraz „Razem nawierzchnie”) – informacja z 7.06.2023 r. W ocenie Odwołującego sytuacja ta wskazywała na błąd w obliczeniu ceny (brak wyceny) i nie mógł mieć zastosowania do tego błędu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nawet w tych przypadkach, gdy dla danej roboty w innych pozycjach przedmiaru branży drogowej występuje tylko jedna cena, to przyjęcie jej do uzupełnienia oferty także jest nieuprawnione dla brakującej wyceny pozycji kosztorysowej w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego w drodze analogii nie znajduje oparcia w postanowieniach swz (pkt 12.6 IDW). Pozycje kosztorysowe tak samo opisane w przedmiarze robót mogą być realizowane w różnych warunkach wykonawstwa wymagających chociażby innego zakresu robót tymczasowych, innej logistyki dostaw materiałów, odmiennych tras przejazdów na plac budowy, czy też chociażby równych warunków terenowych na samym placu budowy warunkujących użycie bardziej kosztochłonnego sprzętu lub większej ilości brygad roboczych, itd. Przykładem tych sytuacji są różne wyceny cen jednostkowych dla wskazanych 14 rodzajów robót.

Zamawiający w IDW określił zasady dokonywania poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, m.in. w pkt 12.7 lit. f IDW, gdzie w przypadku braku cen jednostkowych i wartości Zamawiający wskazał, iż poprawi przedmiar robót poprzez wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej we ustalonych zasadach:

*- w przypadku, gdy Zamawiający będzie w stanie dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót składającą się na ofertę – w wysokości wynikającej z tej pozycji Przedmiaru Robót;*

*- w innym przypadku – w wysokości 0 (zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót. W takim przypadku Zamawiający wystąpi do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie wskazania kwoty oraz pozycji, do której pozycja z brakującą „Ceną jednostkową” i „Wartością” została włączona.*

W ocenie Odwołującego postanowienia pkt 12.7 lit f IDW nie mogą znajdować zastosowania w przypadkach, gdy odnoszą się one do przypadków, które nie podlegają art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, który ma charakter *ius cogens*. Ponadto, zasady poprawienia nie odnosiły się do przypadku, gdy dla danego rodzaju robót podano więcej niż jedną cenę jednostkową (14 pozycji).

Zamawiający przewidział w postępowaniu przesłankę fakultatywną wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Członek Konsorcjum - Trakcja S.A. oświadczył w JEDZ, że znajdował się w sytuacji, objętej treścią wskazanej normy, wskazując na okoliczności dotyczące 6 umów. Dodatkowo podmiot ten wskazał na realizację umów, w których naliczone zostały kary umowne. Okoliczności te były wyjaśniane z inicjatywy Zamawiającego w wyjaśnieniach z 12.07.2023 r. (19 umów). Zaniechanie podania w JEDZ informacji aż o 9 umowach, w których doszło do zastosowania kar umownych wskazuje jednoznacznie, iż Konsorcjum działało z zamiarem wprowadzenia w błąd Zamawiającego – wybiórcze przekazywanie informacji w tych sprawach uniemożliwiło Zamawiającemu dokonanie rzetelnej i wszechstronnej ich oceny.

W JEDZ Alstom udzielił odpowiedzi przeczącej na pytanie dotyczące przesłanki do wykluczenia, a aktualność tego oświadczenia została potwierdzona w piśmie z 2.08.2023 r. i jednocześnie została przedstawiony dodatkowy JEDZ oraz wyjaśnienia, w których odnosi się do naliczonej kary umownej związanej z realizacją umowy zawartej z PKP PLK S.A. 60/009/0009/21/Z/0. Informacje te powinny zostać zawarte już w JEDZ.

Według wiedzy Odwołującego informacje o naliczonych karach, przedstawione Zamawiającemu nie są kompletne i nie dotyczą realizacji umowy zawartej z Zarządem Inwestycji Miejskich w Łodzi z 5.01.2022 r.

Ponadto, Odwołujący kwestionuje jako wystarczającą dla oceny kwalifikację wykonawcy co do naruszeń na kontraktach, której to oceny powinien dokonać Zamawiający. W szczególności odnosi się do zlecenia zastępczego, jakie zostało udzielone przy inwestycji „Budowa szczecińskiej kolei z wykorzystaniem istniejących odcinków linii kolejowych nr 406, 273, 351 – zadanie A pn. Modernizacja linii kolejowej nr 406 na odcinku szczecin Główny – Police”. W ocenie Odwołującego Zamawiający zbyt liberalnie ocenił sytuacje na kontraktach, co odnosił do kolejnych wymienionych sześciu umów, przy których miały wystąpić zdarzenia pozwalające kwalifikować je jako wypełniające przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Konsorcjum Trakcja obowiązane było wyczerpująco wyjaśnić fakty i okoliczności związane z ich realizacją oraz wypełnić pozostałe wymagania dla skutecznego dokonywania self-cleaningu określone w art. 110 ust. 2 Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum Trakcja.

**II. Sygn. akt KIO 1364/23 – Odwołując Konsorcjum: Track Tec Construction Sp. z o.o., „INTOP Warszawa” Sp. z o.o., ZUE S.A (Odwołujący nr 2/Konsorcjum Track Tec).**

Odwołujący nr 2 wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

– wyborze oferty najkorzystniejszej – Konsorcjum Trakcja S.A., Pomorskie Przedsiębiorstwo Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o., ALSTOM ZWUS Sp. z o.o. (Konsorcjum Trakcja);

– zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Trakcja, pomimo niezgodności treści oferty w zakresie, w jakim wykonawca nie złożył wraz z ofertą dokumentów: „Wiążąca deklaracja dostępności części zamiennych”, „Wyceniona lista podstawowych części zamiennych”, wymaganych zgodnie z pkt 1.1.6 w dokumencie pn. załącznik nr 2 do PFUIIIA;

- zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Porr, pomimo niezgodności treści oferty w zakresie, w jakim wykonawca nie złożył wraz z ofertą dokumentów: „Wiążąca deklaracja dostępności części zamiennych”, „Wyceniona lista podstawowych części zamiennych”, wymaganych zgodnie z pkt 1.1.6 w dokumencie pn. załącznik nr 2 do PFUIIIA.

Odwołujący nr 2 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

**1.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum Trakcja**, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą następujących dokumentów, tj.: Deklaracji oraz Listy - wymaganych zgodnie z pkt 1.1.6 „Wymagania dotyczące wykonania robót” w dokumencie pn. Załącznik nr 2 do Programu Funkcjonalno – Użytkowego (PFUIIIA) – Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (WWIORB);

**2.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum PORR** mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą następujących dokumentów, tj. Deklaracji oraz Listy - wymaganych zgodnie z pkt 1.1.6 „Wymagania dotyczące wykonania robót” w dokumencie pn. Załącznik nr 2 do Programu Funkcjonalno – Użytkowego (PFUIIIA) – Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (WWIORB).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Trakcja, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert Konsorcjum trakcja i Konsorcjum Poor.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał na znaczenie systemu sterowania ruchem kolejowym i konieczność zapewnienia dostępności urządzeń w przyszłości, co jest niezbędne dla skuteczności systemu pozwalającego na automatyzację prowadzenia ruchu kolejowego i jego bezpieczeństwa. Zamawiający w załączniku nr 2 do PFU (WWIORB) wprowadził wymóg złożenia wraz z ofertą wiążącej deklaracji dostępności części zamiennych („Deklarację”) oraz wycenioną listę podstawowych części zamiennych („Listę”), które gwarantują dostępność części zamiennych dla Zamawiającego przez cały okres eksploatacji systemu i 20 lat po zakończeniu produkcji. Zarówno Konsorcjum Trakcja jak i Konsorcjum Porr nie złożyły wymaganych oświadczeń wraz z ofertą – pkt 1.1.6.

Z uwagi na znaczenie części zamiennych tak w ramach zakresu podstawowego zamówienia jak i zakresu opcjonalnego, stanowią one istotny element zamówienia, gdyż ich wykorzystanie jest konieczne w celu zapewnienia ciągłości pracy urządzeń i minimalizacji czasu występowania potencjalnych ograniczeń w ich funkcjonowaniu w obliczu pojawiających się awarii czy usterek.

W tych okolicznościach oferty podlegać powinny odrzuceniu z uwagi na sprzeczność z zapisami swz, analogicznie jak zostało to stwierdzone w wynikach kontroli Prezesa UZP w innym postępowaniu prowadzonym przez tego samego Zamawiającego, przy analogicznych wymaganiach dokumentacji postępowania (informacja o wyniku kontroli z 19.09.2017 r., sygn. KU/4/17/DKZP).

Niezgodność obu ofert z warunkami zamówienia odnosi się do merytorycznego aspektu realizowania umowy, tj. oświadczenia woli dookreślającego i uszczegółwiającego zakres czy sposób wykonania zamówienia (przyszłego świadczenia), co stanowi część oferty. Ogólne oświadczenia o zapoznaniu się z treścią swz nie mogą zastępować oświadczeń wymaganych do złożenia wraz z ofertą. Bez znaczenia, z punktu widzenia uchybienia wykonawców, jest fakt, że wymóg dotyczący złożenia Deklaracji i Listy wraz z ofertą został wyartykułowany nie w IDW, tylko w WWIORB. Z uwagi na skalę zamówienia swz składała się z kilku tomów. Tom III stanowił OPZ, którego elementem był WWIORB.

Wadliwości obu ofert nie da się również skorygować w drodze poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 2 Pzp.

**Zamawiający złożył odpowiedzi na oba odwołania wnosząc o ich oddalenie w całości.**

I. Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 3130/23:

- zarzut dotyczący poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy niezgodności oferty Konsorcjum Trakcja przez dopisanie cen jednostkowych w przedmiarze robót pn. „Przebudowa i budowa układu drogowego – DD-05”, tj. w

częściach dotyczących „Robót przygotowawczych”, „Roboty ziemne”, „Podbudowy”, „Nawierzchnie”.

Zamawiający wskazał na przewidziany w IDW, pkt 12.7 lit. a, mechanizm dokonania poprawek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty w przypadku, gdy w wypełnionych przedmiarach wystąpią inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, który zastosował w stosunku do oferty wybranej. Wykonawca wraz z ofertą złożył w formie pdf Przedmiar robót i dodatkowo przedmiotową kalkulację w pliku exel. Na tej podstawie Zamawiający upewnił się, że nastąpił niezamierzony błąd – przeniesienie kalkulacji z formatu exel do formatu pdf., co miało taki efekt, iż Konsorcjum Trakcja umieściło w przedmiarze jedynie wartości zbiorcze bez cen jednostkowych (brak całej kolumny). Zamawiający przyjął najniższe stawki dotyczące poszczególnych pozycji wskazane przez Konsorcjum Trakcja w kalkulacji w pliku pdf. Tam gdzie występowały różne stawki przyjął najniższą.

- zarzut dotyczący wprowadzenia w błąd w dokumencie JEDZ współkonsorcjanta Konsorcjum Trakcja (Trakcja S.A.), w zakresie podstawy fakultatywnej wykluczenia z postępowania objętej normą art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, a dotyczące umów, w których naliczono kary umowne (sześć umów) i odstąpiono od realizacji umów, a w wyjaśnieniach na wezwanie zamawiającego udzielono dalszych informacji o kolejnych kontraktach.

Głównym argumentem Zamawiającego był brak możliwości stwierdzenia, aby podane informacje wprowadzały go w błąd, co oznaczać miałyby, iż podane informacje były obiektywnie nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy, który ma znaczenie dla postępowania. Zamawiający odniósł się do okoliczności dotyczących sześciu umów, w których doszło do sporu między stronami kontraktu, w części zakończonych ugodami, w tym zatwierdzonymi przez sąd powszechny. W przypadku umów zakończonych ugodami Zamawiający uznał, iż przypadki te nie wpisują się w dyspozycję art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, a w pozostałych trzech, w związku z prowadzonym postępowaniem sądowym, nie jest możliwe dokonanie jednoznacznej oceny, czy członek Konsorcjum Trakcja nienależycie wykonywał umowę w znacznym stopniu lub zakresie lub nienależycie wykonywał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie, a także, czy było to spowodowane przyczynami leżącymi po jego stronie. Okoliczności te musiałby wykazać Zamawiający decydując się na sankcję wykluczenia wykonawcy z postępowania, co w jego ocenie nie było możliwe, bez przeprowadzenia postępowania dowodowego. Z uwagi na toczące się postępowanie sądowe, decyzja ta byłaby przedwczesna.

Zamawiający odniósł się również do naliczonych kar umownych, wskazanych w wyjaśnieniach Konsorcjum Trakcja, a dotyczących kontraktów z Zarządem Dróg Miasta Krakowa (sprawa KIO 3078/21), GDDKiA (S-5), PKP PLK SA (lini E59, 406, 273, 351), na rozbudowę dróg wojewódzkich (nr 263, nr 190) i obwodnicy Zatora. Zamawiający uznał, iż w sytuacji prowadzenia postępowania sądowego, którego wynik będzie stanowić o zasadności nałożenia na wykonawcę kary umownej, nie może on definitywnie określić, czy doszło do niej wskutek nienależytego wykonania lub niewykonania umowy w znacznym stopniu bądź długotrwałego nienależytego wykonania istotnych zobowiązań umownych z przyczyn leżących po stronie Trakcja. Ponadto, w przypadku zawarcia ugody, w której strony przyjęły, iż żadna nie ponosi odpowiedzialności za nienależyte wykonanie kontraktu, Zamawiający uznawał za wystarczające dla przyjęcia, iż sytuacje te nie wyczerpują przesłanki opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 5 i 7 Ustawy Pzp.

Dalej odniósł się do pojęcia „odszkodowanie”, które powinno być rozumiane według zasad odpowiedzialności kontraktowej (art. 471-474 K.c.) i charakteru odszkodowawczego kary umownej. Zamawiający uznał na podstawie tych informacji, iż nie implikowały one konieczności złożenia oświadczenia w części III sekcja C formularza JEDZ.

Zamawiający odniósł się również do pozostałych umów wskazanych w odwołaniu (11 umów), w których naliczone zostały kary umowne, ale nie miały one charakteru odszkodowawczego (kompensacyjnego) ponieważ zostały naliczone za konkretny fakt, nie za uchybienie wykonawcy, które wpływałoby na dalszą prawidłowość realizacji konkretnego przedsięwzięcia.

Analogiczne zaniechania w zakresie poinformowania Zamawiającego o naliczeniu kar umownych miały dotyczyć ALSTOM ZWUS Sp. z o.o., z czym Zamawiający się nie zgadza.

W tych okolicznościach Zamawiający uznał, iż wykonawca nie był zobowiązany do wypełnienia wymagań dla skutecznego dokonania self-cleaningu na podstawie art. 110 ust. 2 Ustawy.

Stanowisko w sprawie zarzutów przedstawiło na piśmie również Przystępujące Konsorcjum Trakcja (pismo procesowe z 7.11.2023 r.)

II.Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 3164/23.

W ocenie Zamawiającego wskazana niezgodność treści ofert z wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia nie występuje i ma co najwyżej charakter formalny i wręcz pozorny. Uwzględniając postanowienia pkt 15.1 IDW

określających zakres składanych wraz z ofertą dokumentów, Zamawiający nie wskazał na konieczność złożenia wiążącej deklaracji dostępności części zamiennych oraz wycenionej listy podstawowych części zamiennych. Obaj wykonawcy zaoferowali realizację całego przedmiotu zamówienia, jakim jest wykonanie projektu wykonawczego i realizacja robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych wraz ze świadczeniem usług gwarancyjnych – stanowiących łącznie zakres podstawowy zamówienia oraz opcjonalne świadczenie usług pogwarancyjnych określonych w rozdziale 6 PFU (TOM IIIA i TOM IIIB „Przewidywane zmiany w zakresie interfejsów” – prawo opcji 2, stanowiące łącznie zakres opcjonalny zamówienia. Brak wskazanych dokumentów nie prowadził, w okolicznościach niniejszej sprawy, do braku możliwości porównania ofert w przyjętym w swz kryterium oceny. Podana w ofercie cena stanowi sumę wartości pozycji w wypełnionym Przedmiarze Robót (Część A) i Rozbiciu Ceny Ofertowej (RCO), powiększoną o ustaloną przez Zamawiającego Kwotę Warunkową oraz Kwotę Kosztów Komunikacji Zastępczej oraz podatek VAT. Nie obejmuje ona kwoty wartości części zamiennych.

Na etapie rozliczenia prac objętych zamówieniem niezłączenie deklaracji dostępności części zamiennych na wymagany okres oraz wycenionej listy podstawowych części zamiennych nie ma wpływu na ostateczną wysokość wynagrodzenia, wobec tego zaistniałe okoliczności nie powodują niemożności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z pkt 6.2.4.1 ppkt 6 PFU Wykonawca przedstawi do dnia Odbioru Końcowego zestawienie Części Zamiennych wraz z gwarantowaną ceną zakupu i gwarantowanym terminem dostawy, która będzie zobowiązaniem Wykonawcy przez okres trwania Umowy.

Z uwagi na okres czasu, po jakim może dojść do świadczenia usług gwarancyjnych (po 3,5 roku od momentu rozpoczęcia realizacji zamówienia) i opcjonalnego wykonania usług pogwarancyjnych (po 10 latach od rozpoczęcia realizacji zamówienia), powodu, iż podana na dzień składania ofert cena części zamiennych jest nierealna do kwot, jakie zostaną wskazane na etapie odbioru końcowego.

Kolizja postanowień w dokumentacji postępowania prowadzi do uznania wymagania z pkt 1.1.6 Wymagania wykonania robót, za nadmiarowe, a tym samym niewymagane przez Zamawiającego.

Zamawiający powołał się na wyrok KIO w sprawie 2173/19, relewantny do niniejszej sprawy, jako potwierdzający słuszność jego stanowiska.

Stanowiska procesowe złożyli również: przystępujące po stronie Zamawiającego w sprawie KIO 3130/23 i 3164/23 – Konsorcjum Trakcja, a w sprawie KIO 3164/23 Konsorcjum Porr.

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym oferty złożone przez Konsorcjum Trakcja i Konsorcjum Porr.

### **Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania następujące okoliczności.**

Zakres zamówienia w postępowaniu podzielony został na część A „Buduj”, B „Projektuj i buduj”, C „Prawo opcji 1” oraz „Prawo opcji 2”.

W postępowaniu złożonych zostało 8 ofert.

Zgodnie z zapisem pkt 12.7 lit f IDW Zamawiający przewidział możliwość poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, wskazując m.in. na przypadek:

*f) W przypadku braku w Przedmiarze Robót „Ceny jednostkowej” i „Wartości” – Zamawiający poprawi Przedmiar Robót poprzez wpisanie dla tej pozycji ceny jednostkowej wg następujących zasad:*

*- w przypadku, gdy Zamawiający będzie w stanie dokonać poprawy w oparciu o inną pozycję Przedmiaru Robót składającą się na ofertę – w wysokości wynikającej z tej pozycji Przedmiaru Robót;*

*- w innym przypadku – w wysokości 0 (zero) i uzna tę pozycję za włączoną do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót. W takim przypadku Zamawiający wystąpi do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie wskazania kwoty oraz pozycji, do której brakującą „Cenę jednostkową” i „Wartość” została włączona.*

Wraz z ofertą wykonawcy składali Przedmiar Robót w formie pdf. Konsorcjum Trakcja w przedmiarze robót „Przebudowa i budowa układu drogowego – DD-05, wskazała zsumowane wartości pozycji bez cen jednostkowych.

Wartości tych pozycji zostały uwzględnione w cenie całkowitej oferty. Do oferty Konsorcjum Trakcja załączyło również plik excel (niewymagany), w którym wskazane zostały ceny jednostkowe dla pozycji Przedmiaru Robót, w tym wartości zsumowanych pozycji przeniesione do pliku pdf. Plik excel nie był obligatoryjną częścią oferty, a zgodnie pkt 15. 1 IDW Zamawiający opisał ten dokument jako pomocniczy dla weryfikacji i pożądanym, a nie obligatoryjnym.

Dokonując poprawy treści oferty Konsorcjum Trakcja przez dopisanie cen jednostkowych, Zamawiający zmienił cenę całkowitą oferty na 1.670.062.626,67 zł netto, tj. o 78.787,44 zł, co odpowiada 0.0047% pierwotnej ceny oferty. Zmiana dotyczyła 25 pozycji kosztorysowych, w których nie zostały podane ceny jednostkowe, co w zestawieniu z łączną liczbą pozycji 8.434, odpowiada ok. 0.296% kosztorysu. Konsorcjum Trakcja wyraziło zgodę na poprawienie treści oferty.

Konsorcjum Trakcja w formularzu JEDZ na pytanie: *Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z wcześniejszą umową?* Udzieliło odpowiedzi TAK. Dodatkowo w JEDZ zamieszczona została informacja o naliczeniu kar umownych w trakcie realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca zadeklarował, iż każdorazowo podstawa, zakres i wysokość nałożonych kar umownych są kwestionowane, a wykonawca konsekwentnie twierdzi, że nie doszło do ziszczenia się okoliczności wymienionych w tym z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W sytuacji, gdy zdaniem Zamawiającego zasadne będzie przedłożenie dalszych wyjaśnień bądź dokumentów dowodzących, że powyższe sytuacje nie powstały z przyczyn obciążających wykonawcę, zadeklarowana została gotowość pełnej współpracy w tym zakresie.

Zamawiający pismem z 3.07.2023 r. wezwał Konsorcjum Trakcja do udzielenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie kontraktów, w których nałożona została kara umowna.

Konsorcjum Trakcja udzieliło szczegółowych wyjaśnień w piśmie z 12.07.2023 r. i przedłożył szereg dowodów. W wyjaśnieniach wykonawca kwestionował zasadność naliczenia kar umownych oraz wskazał na brak łącznego zaistnienia okoliczności objętych dyspozycją art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, co miało odniesienie również do toczących się postępowań sądowych.

Zamawiający w IDW, pkt 15.1 wskazał wymagane do złożenia wraz z ofertą dokumenty, w tym m.in. *wypełniona WYCENA, wraz z Przedmiarem Robót oraz Rozbiciem Ceny Ofertowej – według Tomu IV SZW (w celu usprawnienia weryfikacji w zakresie omyłek rachunkowych pożądane jest dołączenie wersji elektronicznej w formacie xlsx przedmiar Robót i RCO).*

Zgodnie z pkt 6.2.4.1 ppkt 6 PFU *Wykonawca przedstawi do dnia Odbioru Końcowego zestawienie Części Zamiennych wraz z gwarantowaną ceną zakupu i gwarantowanym terminem dostawy, która będzie zobowiązaniem Wykonawcy przez okres trwania Umowy.*

W załączniku nr 2 do PFU „Warunki Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych” (WWIORB), pkt. 1.1. 6. Zamawiający zamieścił wymóg: *„Wykonawca musi zagwarantować dostępność wszystkich części przez cały okres eksploatacji tego systemu i 20 lat po zakończeniu jego produkcji. W związku z tym do oferty musi być dołączona wiążąca deklaracja dostępności części zamiennych na wymagany okres oraz wyceniona lista podstawowych części zamiennych, które są nieodzowne do zapewnienia sprawnego działania oferowanych urządzeń”.*

#### **Izba zważyła.**

Izba oddaliła oba odwołania w całości.

I.

Odwołanie Konsorcjum Porr w zakresie zarzutu dotyczącego poprawienia treści oferty Konsorcjum Trakcja przez wpisanie cen jednostkowych w wycenionych przedmiarach, w ocenie składu orzekającego nie miało podstaw zarówno w twierdzeniu o niedopuszczalnej ingerencji w treść oferty przez dopisanie cen jednostkowych, jak również twierdzeniu, iż postanowienia swz określające mechanizm poprawienia oferty nie mogły mieć zastosowania.

Argumentacja Odwołującego zasadniczo sprowadzała się do stwierdzenia, iż korekta treści oferty dokonana przez Zamawiającego prowadziła do wykreowania oświadczenia Wykonawcy, co stanowiło o przekroczeniu dyspozycji przepisu art. 223 Ustawy, niezależnie od ustalonych w dokumentacji postępowania zasad poprawienia treści ofert wskazanych również dla przypadku braku podania cen jednostkowych (pkt 12.7 lit f IDW). Zdaniem Odwołującego nie miało również znaczenia, iż do oferty załączony został plik excel, w którym ceny jednostkowe zostały podane, jednak nie zostały przeniesione do podpisanego pliku pdf, w którym Wykonawca wyłącznie wskazał zsumowane wartości pozycji przedmiarowych: „Razem: roboty przygotowawcze”, „Razem: roboty ziemne”, „Razem podbudowy” oraz „Razem

nawierzchnie". W ocenie Odwołującego sytuacja ta wskazywała na błąd w obliczeniu ceny (brak wyceny), do którego nie mógł mieć zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy.

Oddalając odwołanie skład orzekający uznał, iż przy ocenie oferty nie mogły być pominięte postanowienia IDW określające zasady, na jakich Zamawiający był uprawniony i zobowiązany do poprawienia treści oferty. Odwołujący wprawdzie kwestionował skuteczność tych postanowień, jako naruszających przepis Ustawy, to w ocenie składu orzekającego, nie zostało wykazane, iż dokonana na podstawie tych zasad zmiana faktycznie prowadzić miała do naruszenia Ustawy i na czym to naruszenie miało polegać. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż postanowienia swz, które nie były kwestionowane na właściwym etapie postępowania stają się wiążące (tak przykładowo w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 19.04.2023 r., sygn. XXIII Zs 20/23). W sytuacji, w której pomimo ustalonych w swz zasad dokonywania poprawienia treści oferty, Odwołujący podnosi zarzut naruszenia przepisów Ustawy, to po stronie Odwołującego spoczywał ciężar wykazania, iż zastosowanie reguł przyjętych w dokumentacji prowadziło do naruszenia Ustawy w taki sposób, iż nie było do pogodzenia zarówno z dyrektywą przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, jak również zasadami podstawowymi. W ocenie składu orzekającego taka sytuacja w postępowaniu nie miała miejsca.

Odwołujący swoją argumentację sprowadził bowiem do wniosku, iż czynność poprawienia treści oferty prowadzić miała do wytworzenia nowego oświadczenia woli. Mając jednak na uwadze wytyczne stosowania przepisu ukształtowane m.in. orzecznictwem organów rozpoznających środki odwoławcze, poprawienie omyłek następuje właśnie przez ingerencję w oświadczenie woli wykonawcy, na co wymagana jest jego zgoda. Zatem to nie przez sam fakt dokonania korekty oświadczenia woli zasadnym jest kwestionowanie czynności poprawienia treści oferty. Koniecznej jest bowiem ustalenie, czy taka zmiana była możliwa do dokonania w oparciu o znajdujące się w ofercie dane. W ślad za Sądem Okręgowym w Łodzi należy podkreślić, iż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie omyłki jedynie wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę (wyrok z 30.12.2015 r., sygn. akt III Ca 1583/15, podobnie wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 21.12.2020 r., sygn. akt XI Ga 797/20). Stanowisko to zachowuje aktualność również obecnie, gdyż obecne przepisy art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy nie wprowadzają innych wytycznych stosowania tego przepisu.

Przenosząc powyższe na stan sprawy należy podkreślić, iż Wykonawca wycenił pełen zakres przedmiotu zamówienia, natomiast omyłka (niezgodność treści oferty) była spowodowana brakiem podania w formularzu pdf cen jednostkowych, które stanowiły podstawę podanych wartości pozycji przedmiarowych. Odwołujący pominął również fakt, iż w ofercie znajdował się plik exel z podanymi cenami jednostkowymi, jednak mając na względzie, iż dokument ten miał wyłącznie znaczenie pomocnicze i nie był podpisany, odmawiał przyjęcia informacji w nich zawartych jako wiążącej treści oferty. Zamawiający również nie skorzystał z tego pliku przyjmując jako podstawę korekty najniższe wyceny analogicznych pozycji przedmiarowych przyjęte w innych miejscach, co doprowadziło finalnie do zmiany wartości zsumowanych, wskazanych pierwotnie przez Wykonawcę.

W ocenie składu orzekającego okoliczności te wskazują, że czynności Zamawiającego nie prowadziły do uzupełnienia oferty o wycenę pozycji, które od początku zostały wycenione w wartości zsumowanej, a jedynie do ich sprecyzowania, do czego podstawy istniały w ofercie. Nie rozstrzygając w tym miejscu o możliwości skorzystania wprost z cen wskazanych w pliku exel (gdyż nie było to zastosowane przez Zamawiającego), należy podkreślić, iż dane potrzebne do skorygowania treści oferty od początku się w niej znajdowały. Odwołujący nie wykazał, aby metoda przewidziana w IDW prowadziła do wytworzenia nowego oświadczenia. W okolicznościach niniejszej sprawy zasadniczym były te związane z ustalonymi w dokumentacji postępowania regułami poprawienia oferty w przypadku braku wskazania cen jednostkowych, co zdaniem Izby było postanowieniem wiążącym tak zarówno przez brak zakwestionowania ustalonych zasad na właściwym etapie postępowania, jak również braku naruszenia przepisu ustawowego. Co istotne, Zamawiający uzupełnił ceny jednostkowe w oparciu o wycenę analogicznych pozycji przedmiarowych znajdującą się w ofercie, co oznaczało przyjęcie stawek wskazanych przez samego Wykonawcę. Jednocześnie, przyjęcie innych wskazanych w ofercie stawek również mieściło się w dopuszczalnej korekcie treści oferty, jako nieprowadzące do niedopuszczalnej negocjacji z Wykonawcą. Zamawiający miał podstawy do wskazania stawek jednostkowych, a wyrażenie zgody na zmianę wyceny przez Wykonawcę stanowiło o akceptacji prowadzącej do zmiany wskazanych pozycji przedmiarowych. Sytuacja ta jest zgoła odmienną od tej, w której nie ma podanych stawek, a postanowienia dokumentacji nie wprowadzają żadnych wytycznych. W interesie zarówno wykonawców, jak i samego zamawiającego, jest ustalenie przejrzystych zasad dokonywania czynności w postępowaniu, co w niniejszej sprawie pozwoliło w zgodzie z przepisami Ustawy na poprawienie treści oferty najkorzystniejszej.

Odnosząc się dalej do zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd oświadczeniami składanymi w JEDZ, pomimo obszerności uzasadnienia, jego istotna sprowadzała się do wskazania na mechanizm wykorzystywany przy składaniu oświadczeń wstępnych, w których jedynie ogólnie Wykonawca wskazywał na przypadki naliczenia kar umownych, a

następnie dopiero na wezwanie od Zamawiającego prezentował szerszej okoliczności wraz z dowodami. W sprawie faktycznie nie chodziło o wykazanie niezgodności prezentowanych informacji w JEDZ i wyjaśnieniach ze stanem rzeczywistym, gdyż Odwołujący nie prowadził w tym celu postępowania dowodowego. Odwołujący nie odniósł się również do stanowiska Zamawiającego, prezentowanego w odpowiedzi na odwołanie, wskazując na jego wadliwość w zakresie okoliczności ocenionych przez Zamawiającego, jako uzasadniających przyjęcie, iż Konsorcjum Trakcja nie podlegało wykluczeniu w oparciu o fakultatywne przesłanki.

Tym samym skład orzekający uznał, iż Odwołujący nie wykazał, aby informacje przekazywane przez Konsorcjum Trakcja w toku postępowania były nieprawdziwe, tj. prezentowały dane, które nie mają potwierdzenia w faktach. Istotnym argumentem, mającym prowadzić do uznania, iż Zamawiający był wprowadzany w błąd było wyłącznie twierdzenie Odwołującego o intencjonalnym stosowaniu praktyki podawania szczątkowej informacji o karach umownych w dokumencie JEDZ, a następnie jej uzupełnianie w wyjaśnieniach składanych bądź na wezwanie Zamawiającego, bądź z własnej inicjatywy. W ocenie składu orzekającego oparcie na tym argumencie zarzutów nie mogło w niniejszej sprawie prowadzić do uznania, iż doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, jak również, że Konsorcjum Trakcja zobowiązane było poddać się procedurze self-cleaningu. Odwołujący nie przedstawił bowiem żadnego przekonującego dowodu, który pozwoliłby odmiennie ocenić zdarzenia na kontraktach, a tylko w ten sposób można jednoznacznie stwierdzić, iż doszło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co do wystąpienia przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy.

Odwołujący w oderwaniu od oceny okoliczności prezentowanej przez samego Wykonawcę, jako nieuzasadniających przyjęcie, iż spełnione zostały podstawy do wykluczenia z postępowania w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 Ustawy, wnioskował o nieskutecznej procedurze self-cleaningu, w sytuacji gdy sam Wykonawca nie uznawał za konieczne jej prowadzenie. Tym samym wnioski o potrzebie dokonania skutecznej, tj. wypełniającej wszelki obowiązeki wskazane w art. 110 ust. 2 Ustawy, procedurze self-cleaningu, nie miały odniesienia do faktycznego stanu sprawy.

II.

Odwołanie Konsorcjum Track Tec miało wspólną podstawę prawną i faktyczną zarzutów związanych z oceną ofert, w których nie zostały załączone: „Deklaracja” i „Lista”. Odwołujący na tej podstawie opierał twierdzenie o niezgodności treści ofert z warunkami zamówienia, dla których zasadniczym elementem miało być zobowiązanie do zagwarantowania dostępności części zamiennych przez wymagany okres.

Spornym pomiędzy stronami było ustalenie znaczenia, jakie należało przypisać wskazanym dokumentom dla treści oferty, jak również ocena spójności zapisów dokumentacji, w której Zamawiający przewidział konieczność złożenia wycenionej listy części zamiennych dopiero na etapie odbioru końcowego (pkt 6.2.4.1 ppkt 6 PFU), wskazując jednocześnie w załączniku nr 2 do PFU, pkt 1.1.6 na konieczność dołączenia do oferty wiążącej deklaracji dostępności części zamiennych na wymagany okres oraz wycenionej listy podstawowych części zamiennych, nieodzownych do zapewnienia sprawnego działania oferowanych urządzeń. Jednocześnie w dokumencie „Informacja dla Wykonawców” (IDW) Zamawiający nie wymienił rzeczonych dokumentów, jako obowiązkowych do złożenia wraz z ofertą.

Punktem wyjścia było zatem odniesienie się do zobowiązania, jakie miało wynikać z „Deklaracji” i „Listy”, a które w ocenie Odwołującego stanowić miało potwierdzenie zgodności z warunkami zamówienia. Samo wskazanie na znaczenie części zamiennych z punktu widzenia utrzymania systemu i bezpieczeństwa systemu sterowania, nie było sporne i nie wymagało prowadzenia postępowania dowodowego. Istotnym natomiast było ustalenie, czy brak załączenia tych dokumentów oznaczał niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

Jak wskazuje się w orzecznictwie niezgodność oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w swz i którego przyjęcia oczekuje. Ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewnia jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (patrz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7.04.2022, sygn. XXIII Zs 32/22). „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego – wynikającymi z swz – wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Definicja warunków zamówienia zawarta jest w art. 7 pkt 29 Ustawy, zgodnie z którą przez warunki zamówienia należy rozumieć: warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w swz i którego przyjęcia oczekuje (patrz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.10.2022, sygn. XXIII Zs 121/22).

W ocenie składu orzekającego, brak załączenia obu wskazanych w WWIORB dokumentów nie prowadził do niezgodności merytorycznej treści oferty z warunkami zamówienia, w tym nie oznaczał braku zagwarantowania Zamawiającemu dostępności części zamiennych w wymaganym okresie. Mając na uwadze obszerność dokumentacji, na co wskazywał również Odwołujący, nie można pominąć istotnego aspektu całej sprawy, jaki wynikał z braku wymienienia tych dokumentów w IDW w części precyzującej zakres dokumentów, jakie wykonawcy mieli złożyć wraz z ofertą (pkt 15 IDW). Jakkolwiek słuszne są tezy o konieczności zapoznania się z całością dokumentacji, potrzebie profesjonalizmu i rzetelności wykonawców, to niespójność postanowień swz, nie mogła prowadzić do negatywnych skutków dla oceny ofert. Izba przyjęła jako spójne i przekonujące stanowisko Zamawiającego dotyczące znaczenia dokumentów, które zostało wyeksponowane w PFU. Zgodnie z pkt 6.2.4.1 ppkt 6 PFU *Wykonawca przedstawi do dnia Odbioru Końcowego zestawienie Części Zamiennych wraz z gwarantowaną ceną zakupu i gwarantowanym terminem dostawy, która będzie zobowiązaniem Wykonawcy przez okres trwania Umowy*. Powyższe wskazywało na rzeczowe znaczenie obu dokumentów dopiero po etapie projektowania systemu, co stanowi element przyszłego zobowiązania wykonawcy. Na etapie składania ofert nie było koniecznym wskazanie konkretnych urządzeń, a tym samym ogólna deklaracja dostępności, czy też lista wycenianych części zamiennych bez sprecyzowania konkretnego urządzenia, nie miała waloru merytorycznego dla treści zobowiązania precyzowanego treścią oferty. Dopiero na etapie odbioru końcowego możliwe będzie wypełnienie w tym zakresie merytorycznej treści „Deklaracji” jak i „Listy”.

Na konieczność rozstrzygnięcia wątpliwości interpretacyjnych dokumentacji postępowania na korzyść wykonawców wskazuje się również w orzecznictwie, z powołaniem na zasady, obecnie eksponowaną w tym obszarze zasadę przejrzystości, która oznacza zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązków, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełnienia przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk (przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 7.03.2018 r., sygn. akt KIO VIII Ga 102/18). W ocenie składu orzekającego taka niejasność występowała w dokumentacji przetargowej, gdyż zapisy PFU i załącznika nr 2 zawierały niejasne wskazanie, co do konieczności przedstawienia w ofercie dokumentów, które wymagają uwzględnienia rodzaju urządzeń projektowanych do zabudowania, a te nie wynikały z treści oferty. W świetle powyższego Izba uznała stanowisko Zamawiającego za przekonujące i opierające się na rzeczywistym kontekście dokumentów i ich znaczeniu z punktu widzenia kształtowania zobowiązania wykonawcy do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zasadniczymi. Akcent, jaki kładł Odwołujący na znaczenie samej Deklaracji o zapewnieniu dostępności części zamiennych w pełnym okresie opisanym w umowie, bez uwzględnienia konieczności dokonania wyceny tych części, jak i samej konkretyzacji urządzeń na etapie składania oferty, nie przekonał składu orzekającego. Odwołujący skupił bowiem uwagę na fragmencie postanowienia z pkt 1.1.6 WWIORB, bez uwzględnienia celu dla którego dokument ten jest przez Zamawiającego żądany. Nie można również pominąć argumentu Zamawiającego o potrzebie zachowania przejrzystości i równego traktowania wykonawców w sytuacji gdy zasadnicza część dokumentacji postępowania pomijała wskazane dokumenty, jako konieczne do złożenia wraz z ofertą, co doprowadziło do złożenia kilku ofert bez tych dokumentów. Najważniejszym pozostaje jednak przekonanie składu orzekającego o braku merytorycznego znaczenia tak Deklaracji jak i Listy na etapie złożenia oferty, w sytuacji gdy system srk zostanie dopiero zaprojektowany w ramach niniejszego zamówienia. Szereg postanowień swz i załączników, w tym wzór umowy wprost odnoszą się do konieczności realizacji tej deklaracji przez wybranego wykonawcę, a to w ocenie składu orzekającego, na obecnym etapie postępowania jest również wiążące dla wykonawców. Nie można wybiórczo traktować dokumentów i forsując tezę o jednoznacznym znaczeniu Deklaracji i Listy, jako kształtujących zakres przyszłego zobowiązania. Konieczność dostarczenia części zamiennych jest narzucona treścią swz i nie stanowi elementu, który na etapie oceny ofert wymagał sprecyzowania (co nie było sporne). Nie wskazywał na to również sam Odwołujący podkreślając znaczenie ogólnej deklaracji zapewnienia dostępności części zamiennych, co jak wskazano powyżej, nie uwzględniało faktycznego znaczenia dokumentów i nie miało na celu ukształtowania treści przyszłego zobowiązania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania i obciążyła nimi Odwołujących. Zamawiający nie składał wniosków o zasądzenie kosztów jakie poniósł w związku z prowadzonym postępowaniem odwoławczym.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący: .....**

.....

.....

