

Sygn. akt: KIO 2159/15

WYROK
z dnia 19 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski
Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2015 r. przez wykonawcę Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-374 Warszawa

przy udziale:

- A. wykonawcy Asseco Poland S.A., ul. Olchowa 14, 35-322 Rzeszów zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
- B. wykonawcy Electronic Control Systems S.A., ul. Krakowska 84, 32-083 Balice zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
- C. wykonawcy T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
- D. wykonawcy Thales Polska Sp. z o.o., ul. gen. Józefa Zajęczka 9, 01-518 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672 Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2159/15

Uzasadnienie

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S. A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM- R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe w ramach NPW ERTMS”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 września 2015r. pod numerem ogłoszenia 2015/S187-340003.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia Odwołujący: Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o., ul. Domaniewska 39a, 02-672, Warszawa w dniu 6 października 2015r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. art. 2 pkt 2 i 8 w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy Pzp i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust.1 ustawy Pzp, - poprzez błędne i sprzeczne z przepisami prawa zakwalifikowanie zamówienia jako dostawy, w sytuacji gdy w niniejszym postępowaniu charakterystyka przedmiotu zamówienia oraz cel jaki Zamawiający chce osiągnąć wskazują bezpośrednio na fakt, iż przedmiotem zamówienia są roboty budowlane - co w konsekwencji narusza reguły uczciwej konkurencji i prowadzi do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców nieposiadających odpowiedniego doświadczenia i wyboru wykonawcy w sposób sprzeczny z przepisami prawa.

2. art. 7 pkt. 1 ustawy Pzp w z w. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp przez postawienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także w sposób nadmierny, nieproporcjonalny i nieuzasadniony przedmiotem zamówienia tj. w Sekcji III pkt III.2.3) ppkt 2 Kwalifikacje techniczne Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający postawił wymóg: „Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przetargowym świadczył bądź świadczy w sposób nieprzerwany przez okres co najmniej 12 tu miesięcy, w ramach jednej umowy, usługę utrzymania urządzeń GSM-R i urządzeń teletransmisyjnych.” - w sytuacji gdy wystarczający i adekwatny jest wymóg niezależniący ważności doświadczenia od ilości umów o ile doświadczenie zostało uzyskane jako działanie

nieprzerwane wskutek następujących po sobie umów w wymaganym przez Zamawiającego czasie.

3. art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku w zw. z art.26 ust.2b ustawy Pzp w zw. z § 3 ust.4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez niejednoznaczny opis oczekiwań Zamawiającego w zakresie żądanych dokumentów dotyczących spełniania warunków z wykorzystaniem potencjału podmiotów trzecich (udostępniających potencjał) i jednocześnie biorących udział w realizacji zamówienia tj. zawarcie w Sekcji III.2 Warunki udziału w postępowaniu pkt. III.2.3) Kwalifikacje techniczne lit b) Uwaga I zapisu „wykonawca oprócz pisemnego zobowiązania winien jest ~~złożyć~~ złożyć dokumenty, o których mowa w pkt III.2.1. Sytuacja podmiotowa wykonawców w tym pkt 1.1 lit. b) oraz w pkt.1.2 lit a) dotyczące tych podmiotów” - co w konsekwencji narusza wspomniane przepisy szczegółowe oraz uczciwą konkurencję poprzez uzależnienie prawidłowości złożonych dokumentów jedynie od uznania Zamawiającego, ponieważ z treści ogłoszenia o zamówieniu nie wynika, czy wykonawcy mają złożyć wszystkie dokumenty, o których mowa w pkt. III 2.1 Sytuacja podmiotowa wykonawców w tym wymogi związane z wpisem do rejestru, czy jedynie te wymienione w pkt 1.1 lit b) oraz w pkt.1.2 lit a) co niewątpliwie może narazić wykonawców, którzy złożą jedynie oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotów, o których mowa w art 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz aktualny odpis z właściwego rejestru lub CEiDG dotyczący tych podmiotów na ryzyko utraty możliwości zakwalifikowania do drugiego etapu postępowania.

4. art. 22 ust 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp -poprzez sformułowanie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posługując się w pkt III.2.3 Kwalifikacje techniczne pkt III niejednoznacznym żądaniem posiadania przez osoby wymienione dla Części. I w pkt. a, b,c oraz dla Części II w pkt a,b wyższego wykształcenia technicznego, w sytuacji gdy żaden przepis prawa nie precyzuje tego pojęcia i nie jest wiadome wykonawcom ukończenie których kierunków studiów będzie uznawane przez Zamawiającego za spełniające ww. warunek, - co w konsekwencji utrudnia uczciwą konkurencję oraz przygotowanie i złożenie kompletnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

5. art.7 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp i 51 ust. 2 ustawy Pzp, a także. 91 ust. 1 ustawy Pzp- poprzez dokonanie w Sekcji II dział Informacje dotyczące części zamówienia nieobiektywnego i dyskryminacyjnego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. dokonywanie punktacji zarówno dla części pierwszej jak i drugiej w ten sposób, że za doświadczenie własne Wykonawcy będą otrzymywać 1 pkt, a za doświadczenie podmiotu trzeciego, na który powołuje się wykonawca połowę tzn.0,5 pkt. - co przy jednoczesnym braku ograniczeń w zakresie do ilości

wykonanych dostaw stanowi jedynie pozorne rozróżnienia sytuacji wykonawców posługujących się doświadczeniem własnym od tych posługujących się doświadczeniem podmiotu udostępniającego i może doprowadzić do wyboru wykonawcy nie dającego najlepszej gwarancji należytego wykonania zobowiązania.

6. art. 91a ustawy Pzp w zw. z art 14 Pzp i art 5 Kc- poprzez zastosowanie w Sekcji IV ogłoszenia o zamówieniu pkt IV.2.2) do niniejszego zamówienia procedury aukcji elektronicznej, gdzie jedynym kryterium porównania najkorzystniejszych ofert będzie cena - w sytuacji gdy jest to zamówienie specjalistyczne polegające na budowie i wdrożeniu systemu ERTMS/GSM-R a stosowanie aukcji winno odnosić się do zamówień w których w toku procedury postępień możliwe jest szybkie przeliczenie realności i wykonalności każdego postąpienia.

7. art. 91 ust 2 ustawy Pzp w zw. z art 2 pkt 5 oraz art 7 ust.1 ustawy Pzp i art 14 w zw. z art 58 i 83 Kc - poprzez wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu w S IV.2.1) Procedura, że kryteriami oceny ofert będzie jedynie cena i mający nieznaczące znaczenie termin realizacji zamówienia, w sytuacji gdy specyfika zamówienia wymaga wskazania również innych kryteriów, tj. parametrów technicznych stanowiących niezbędną podstawę Wyboru oferty najkorzystniejszej - co w konsekwencji prowadzi do wyboru oferty jedynie pozornie najkorzystniejszej i zaburza zasadę wyboru oferty najkorzystniejszej w sensie faktycznym czemu służy obowiązek stosowania wielu kryteriów oceny ofert oraz zaburza uczciwą konkurencję ponieważ na rynku istnieje wiele rozwiązań technicznych pozwalających Zamawiającemu na wybór oferty zgodnej z jego oczekiwaniami.

Wskazując na powyższe zarzuty, wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości.
- 2) nakazanie Zamawiającemu:

a) zmianę kwalifikacji zamówienia z dostaw na roboty budowlane.

b) zmianę zapisu Sekcji III pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne pkt 2 Ogłoszenia o zamówieniu, w ten sposób, że usuwa się zapis : „ w ramach jednej umowy”,

c) doprecyzowanie zapisu pkt III.2.3) Kwalifikacje techniczne Uwaga II poprzez jednoznaczne wskazanie, czy Zamawiający żąda wszystkich dokumentów wymienionym w rozdziale III.2.1 Sytuacja podmiotowa to od podmiotów, na których zdolnościach polega wykonawca, czy z uwagi na wyróżnienie w ogłoszeniu „ w tym pkt 1.1 lit. b) oraz w pkt.1.2 lit a” Zamawiający wymaga jedynie oświadczenia Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia postępowania z postępowania i odpisu z właściwego rejestru tych podmiotów w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia.

d) Dookreślenie w rozdziale III.2.1) Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego, co zamawiający rozumie pod pojęciem „wyższego wykształcenia technicznego”.

e) Zmianę metody dokonywania kwalifikacji wykonawców do drugiego etapu na bardziej konkurencyjną tj. wskazanie tej samej liczby punktów za doświadczenie własne oraz doświadczenie pochodzące od podmiotu trzeciego przy jednoczesnym wskazaniu, że dotyczy to wyłącznie doświadczenia podmiotu, który faktycznie będzie brał udział w realizacji przedmiotu zamówienia,

f) Dokonanie oceny ofert na podstawie kryteriów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu z pominięciem aukcji elektronicznej.

g) Zmianę kryterium oceny ofert na bardziej obiektywne tj. wskazanie parametrów technicznych jako istotnego oprócz ceny kryterium oceny ofert oraz nadanie kryterium ceny znaczenia mniejszego niż 90% gdyż takie znaczenie przesądza o faktycznie jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

3) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

I. Zarzut niewłaściwego zakwalifikowania zamówienia, jako dostawy, podczas gdy zamówienie stanowi roboty budowlane.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający przedmiot zamówienia w ogłoszeniu o zamówieniu określił jako : „Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe w ramach NPW ERTMS”.

Jednocześnie wskazał, że Zamawiający opisał zamówienie w następujący sposób:
„1.Wdrożenie sieci GSM-R w tym systemu radiowego wraz z wybranymi funkcjonalnościami GSM-R opisanymi w specyfikacjach EIRENE, MORANE, specyfikacjach ETSI dla GSM-R, dokumentach normatywnych UIC (ang. International Union of Railways) na podstawie pozwoleń na budowę dla obiektów radiokomunikacyjnych uzyskanych w projekcie POIŚ 7.1-36.2 „Budowa infrastruktury systemu GSM-R na liniach kolejowych zgodnych z harmonogramem NPW ERTMS, FAZA I - PRACE PRZYGOTOWAWCZE”, obejmujące zaprojektowanie, dostawę i wykonanie wszystkich niezbędnych prac oraz robót budowlanych. Na liniach nie objętych w/ w projektem zakres będzie obejmował również wykonanie planowania radiowego i pozyskanie pozwoleń na budowę dla obiektów radiokomunikacyjnych. Szczegółowy opis wybranych przez Zamawiającego funkcjonalności GSM-R zostanie zawarty w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia.

2.Wdrożenie teletransmisyjnej sieci dostępowej na potrzeby sieci GSM-R, sieci terminali dyżurnych ruchu FDS (ang. fixed dispatcher system) i innych systemów, wraz z niezbędnym systemem zarządzania siecią obejmujące zaprojektowanie, dostawę i wykonanie wszystkich niezbędnych prac oraz robót budowlanych w tym wykonanie kanalizacji kablowej i sieci kabli światłowodowych.

3. Wdrożenie sieci terminali dyżurnych ruchu - FDS (ang. fixed dispatcher system) na wybranych posterunkach, nastawniach i w Lokalnych Centrach Sterowania i/lub innych lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego obejmujące zaprojektowanie, dostawę i wykonanie wszystkich niezbędnych prac oraz robót budowlanych.

4. Integracja dostarczonych podsystemów w celu osiągnięcia pełnej funkcjonalności całej sieci GSM-R oraz zapewnienia możliwości zdalnego zarządzania wszystkimi elementami sieci.

5. Dostarczenie wszystkich licencji niezbędnych do funkcjonowania sieci GSM-R, teletransmisyjnej sieci dostępowej i wszystkich systemów zarządzania, które zostaną dostarczone i wdrożone w ramach zamówienia.

6. Dostawa terminali mobilnych GSM-R z akcesoriami i kartSIM.

7. 5-letni okres gwarancyjny dostarczonego i wdrożonego rozwiązania w ramach zamówienia wraz z usługami rozwojowymi

pkt: II 7 - letni okres pogwarancyjnego utrzymania urządzeń GSM-R i urządzeń teletransmisyjnych – opcja.

Część 2:

pkt: I

1. Wdrożenie szkieletowej sieci transmisyjnej w technologii xWDM/IPMPLS obejmujące zaprojektowanie, dostawę i wykonanie wszystkich niezbędnych prac oraz robót budowlanych wraz z budową kanalizacji kablowej i sieci światłowodowej, jako medium transmisyjnego, dostarczenie wszystkich licencji niezbędnych do jej funkcjonowania jak również niezbędnego systemu zarządzania siecią.

2. 5-letni okres gwarancyjny dostarczonego i wdrożonego rozwiązania w ramach zamówienia wraz z usługami rozwojowymi".

Według Odwołującego analiza powyższych postanowień ogłoszenia o zamówieniu wskazuje, że Zamawiający przewidział dwa istotne elementy zamówienia, którego zasadniczym celem ma być wdrożenie sieci GSM-R:

1) Zaprojektowanie i wykonanie wszystkich niezbędnych prac oraz robót budowlanych, w tym wykonanie kanalizacji kablowej i sieci kabli światłowodowych na podstawie pozwoleń na budowę dla obiektów radiokomunikacyjnych;

2) Dostawa i montaż terminali wraz z niezbędnym systemem zarządzania.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający przy kwalifikacji zamówienia do danej kategorii powinien się kierować zasadami określonymi w art. 6 ustawy Pzp, gdzie zgodnie z zasadą ustanowioną w ustępie 1 tego artykułu, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawę oraz usługi albo roboty budowlane oraz usługi, do udzielania zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym

zamówieniu jest największy.

Zauważył również, że kolejne ustępy art. 6 ustawy Pzp przewidują trzy sytuacje szczególne: zgodnie z art. 6 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zamówienia na roboty budowlane i jednocześnie dostawy niezbędne dla wykonania robót budowlanych, ustawa nakazuje stosowanie przepisów dla robót budowlanych, nawet jeśli wartość dostaw jest większa od wartości robocizny.

W ocenie Odwołującego w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z sytuacją, w której istotą zamówienia jest wykonanie robót budowlanych tworzących sieć telekomunikacyjną, a dostarczane elementy tej sieci (urządzenia) służą jedynie wykonaniu sieci (obiektu budowlanego).

W przekonaniu Odwołującego celem nie jest montaż każdego z pojedynczych urządzeń, lecz wykonanie sieciowego obiektu, a więc zastosowanie znajdzie art. 6 ust 3 kwalifikujący zamówienie, jako roboty budowlane.

Odwołujący podniósł przy tym, że w celu dokonania kwalifikacji zamówienia zgodnie z przepisami ustawy Pzp przede wszystkim znaczenie ma cel udzielanego zamówienia, czyli rozstrzygnięcie, która część zamówienia jest częścią główną, a która dodatkową, ale jednocześnie niezbędną do wykonania części głównej.

Jeśli jest nim wykonanie robót budowlanych, a niezbędne do tego jest również nabycie dostaw, ale to wykonanie robót spełni cel zamawiającego, to wówczas zamówienia udziela się wg przepisów właściwych dla zamawiania robót budowlanych.

Zwrócił również uwagę, że aby ustalić, który z przepisów szczególnych znajdzie zastosowanie dla kwalifikacji zamówienia niezbędne jest ustalenie szczegółowego zakresu czynności, które będą objęte zamówieniem.

Dalej wskazywał, że pojęcie robót budowlanych jest używane zgodnie z jego znaczeniem wynikającym z art.2 pkt 8 ustawy Pzp, a roboty budowlane należy rozumieć, jako wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy prawo budowlane, a także realizację obiektu budowlanego w rozumieniu ustawy prawo budowlane, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Sformatowano: Wcięcie: Pierwszy wiersz: 0 cm

Uzasadniając kwalifikację zamówienia, jako roboty budowlanej zwrócił uwagę na fakt, że kabel światłowodowy jest elementem sieci telekomunikacyjnej, która stanowi budowlę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. (Dz. U. Nr 89, poz. 414) Prawo budowlane.

Ponadto, argumentował, że nie bez znaczenia dla zakwalifikowania budowy sieci telekomunikacyjnych jest treść Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 03.12.2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych zgodnie, z którym robotami budowlanymi są roboty związane z montażem instalacji elektrycznych i osprzętu obejmujące systemy telekomunikacyjne.

Przekonywał, że bezpośrednim celem zamówienia jest powstanie sieci telekomunikacyjnej stanowiącej systemy transmisyjne oraz urządzenia przekierowujące, a także inne zasoby, które umożliwią nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych. Sieć telekomunikacyjna to obiekt budowlany, będący zbiorem węzłów oraz linii telekomunikacyjnych i łączy pomiędzy węzłami.

Odwolujący podkreślił, że sama dostawa terminali mobilnych GM-R z akcesoriami i kartami SIM bez zaprojektowania i wykonania kanalizacji kablowej i sieci kabli światłowodowych nie zrealizują celu Zamawiającego jakim jest wdrożenie sieci GSM-R.

W swoim wywodzie powołał się na treść wymagań, jakie postawił Zamawiający Wykonawcom w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

III.2.3) pkt III Kwalifikacje techniczne:

III. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wymagane jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

d) Osoba (co najmniej 4) posiadająca minimum 3 letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie - Uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń wydane na podstawie Rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub odpowiadające im ważne uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo budowlane (tekst jednolity Dz. U. z 2013r., poz. 1409 ze zm.),

ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach.

Według Odwołującego również tak postawiony wymóg dysponowania przez Wykonawców, co najmniej 4 osobami posiadających specjalistyczne uprawnienia budowlane bez ograniczeń wskazuje na rodzaj tego zamówienia tj. roboty budowlane.

Na potwierdzenie, że zamówienie zostało w sposób niewłaściwy zakwalifikowane przez Zamawiającego, jako dostawy Odwołujący wskazał przykładowo na inne postępowania prowadzone przez tego samego Zamawiającego, w których przedmiotem była Budowa infrastruktury ERTMS/GSM-R i które wówczas stanowiły w ocenie Zamawiającego roboty budowlane.

1. Postępowanie na „Projekt i zabudowę systemu ERTMS/ETCS poziom 2 i ERTMS/GSM-R wraz z urządzeniami sterowania ruchem kolejowym warstwy nadrzędnej dla 8 LCS-ów na linii kolejowej E-65 Warszawa-Gdynia w ramach projektu POIiŚ 7.1-1.4 „Modernizacja linii kolejowej E 65/C-E 65 na odcinku Warszawa -Gdynia w zakresie warstwy nadrzędnej LCS, ERTMS/ETCS/GSM-R, DSAT oraz zasilania układu trakcyjnego” zgodnie z ogłoszeniem z dnia 19.12.2011 r. zostało zakwalifikowane, jako roboty budowlane.

2. Postępowanie na: „Projekt, budowę i wdrożenie podsystemu radiowego systemu ERTMS/GSM-R, projekt i budowa światłowodowych kabli szlakowych oraz budowa systemów teletransmisyjnych realizowanych w ramach projektu POIiŚ 7.1-25 „Budowa infrastruktury systemu GSM-R zgodnie z NPW ERTMS na linii kolejowej E 20/C-E 20 korytarz F na odcinku Kunowice – Terespol”. zgodnie z ogłoszeniem wysłanym w dniu 25.7.2012 r. został zakwalifikowany jako roboty budowlane.

Zdaniem Odwołującego w powyższych postępowaniach analogiczny przedmiot zamówienia został zakwalifikowany przez Zamawiającego, jako roboty budowlane.

Na koniec Odwołujący wskazał, że przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego w sposób zgodny z przepisami prawa leży w interesie Wykonawcy zamierzającego złożyć wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

II. Zarzut postawienia wymogu wiedzy i doświadczenia jedynie wykonawców, którzy świadczyli bądź świadczą w sposób nieprzerwany przez okres co najmniej 12 - tu miesięcy, w ramach jednej umowy, usługę utrzymania urządzeń GSM-R i urządzeń teletransmisyjnych.

Odwołujący zarzucił, że ten wymóg jest nieproporcjonalny do przedmiotu

zamówienia, ponieważ fakt, czy usługa jest/była świadczona w sposób nieprzerwany przez okres co najmniej 12 miesięcy w ramach jednej czy kilku umów nie ma znaczenia dla potwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia.

Wskazany wymóg nieprzerwanej usługi ciągłej w okresie, co najmniej 12 miesięcy spełni zarówno wykonawca realizujący usługę w ramach jednej umowy, jak też ten który podpisał kilka umów następujących po sobie w wymaganym 12 miesięcznym okresie.

Zdaniem Odwołującego tak postawiony warunek uznać należy za w sposób niezasadny ograniczający konkurencję, a podmioty, które przykładowo wykonywały taką usługę nawet przez nieprzerwany okres 36 miesięczny z umową zawieraną cyklicznie, co 10 miesięcy nie będą w stanie spełnić tak postanowionego warunku.

III. Zarzut nieprecyzyjnego sformułowania żądania w zakresie przedstawienia dokumentów dotyczących sytuacji podmiotowej wykonawców, w tym wymogów związanych z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego.

W ocenie Odwołującego z zapisu ogłoszenia o zamówieniu „ Uwaga II: w przypadku, gdy Wykonawca wykazując spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, polega na zdolnościach innych podmiotów - a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia - Wykonawca oprócz pisemnego zobowiązania winien jest złożyć dokumenty, o których mowa w pkt. III 2.1), „Sytuacja podmiotowa wykonawców w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego” pkt 1.1 lit b) oraz w pkt 1.2. lit a) dotyczące tych podmiotów.” nie można w sposób jednoznaczny wywieść, czy Wykonawcy mają złożyć wraz z ofertą wszystkie dokumenty, o których mowa w punkcie III.2.1) Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego, czy też z uwagi na wyróżnienie „ w tym pkt 1.1 lit. b) oraz w pkt. 1.2 lit a) dotyczące tych podmiotów” - jedynie:

- oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania;
- aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust.1 pkt. 2 ustawy, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego wymóg jest niejasny i nieprecyzyjny, przez co Odwołujący nie wie, które z dokumentów ma złożyć.

W ocenie Odwołującego wymóg ten powinien zostać zmodyfikowany poprzez doprecyzowanie wymagania przez wskazanie enumeratywnej listy dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu, na którego zdolnościach polega Wykonawca i który to podmiot będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia.

Według zapatrywania Odwołującego brak dokonania zmiany takiego zapisu ogłoszenia, w konsekwencji może narazić wykonawców, którzy nie złożą wszystkich dokumentów, a jedynie oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia w stosunku do tych podmiotów oraz KRS na utratę możliwości zakwalifikowania do II etapu, a w konsekwencji uzyskania zamówienia.

W ocenie Odwołującego intencją Zamawiającego było oczekiwanie, jako dokumentu dotyczącego podmiotu udostępniającego potencjał jedynie oświadczenia o braku podstaw wykluczenia oraz odpisu z rejestru. Inne dokumenty - żądane w tak szeroki sposób, jak wskazywałaby odmienna wykładnia treści ogłoszenia mogłyby prowadzić do uznania że żąda się dokumentów zbędnych wbrew art. 25 ust. 1. Brak bowiem racjonalnego uzasadnienia do tak szerokiego żądania dokumentów.

Odwołujący wnosząc o precyzyjne sformułowanie treści ogłoszenia wnosił jednocześnie o doprecyzowanie go w sposób, który oddala zarzut zbędności żądanych dokumentów i porzeczanie przy żądaniu jedynie oświadczenia i odpisu z rejestru.

IV. Zarzut posługiwania się niejednoznacznym określeniem „wyższe wykształcenie techniczne” przy dokonywaniu opisu warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający dla Cz. I w pkt. a, b, c oraz dla Części II w pkt a, b postawił w zakresie osób wymóg posiadania wyższego wykształcenia technicznego.

Wskazał przy tym, że tak postawiony warunek nie jest jednoznaczny, bowiem w polskim systemie szkolnictwa przyjęło się posługiwanie tytułem magistra bądź inżyniera danej specjalności.

Według Odwołującego w sytuacji, gdy żaden przepis prawa nie precyzuje pojęcia „wyższe wykształcenie techniczne” nie jest wiadome wykonawcom absolwenci, których kierunków studiów będą uznawani, za spełniający ww. warunek, co w konsekwencji utrudnia

przygotowanie kompletnego wniosku.

W ocenie Odwołującego powinnością Zamawiający jest chociażby wskazanie, czy przez zapisy o wykształceniu wyższym technicznym rozumie ukończenie kierunków studiów wymienione w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 6 maja 2003 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Edukacji (Dz. U. z 2003 r. Nr 98, poz. 895) (Tabela 7b - Kody dziedzin kształcenia (specjalności, kierunków studiów, dyscyplin nauki)) rozpoczynające się od cyfry 5 Nauki techniczne (technika, przemysł, budownictwo), czy też pod tym pojęciem Zamawiający rozumie jakieś inne dyscypliny nauki niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia np wymienione w załączniku nr 5 do rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 2 listopada 2011 r. w sprawie Krajowych Ram Kwalifikacji dla Szkolnictwa Wyższego (Dz. U. z 2011r. nr 253 poz. 1520).

Zdaniem Odwołującego przywołane akty prawne różnie kwalifikują pojęcie wykształcenie techniczne i nie sposób wywnioskować, który z nich (a może żaden) będzie stanowić podstawę ocen dokonywanych przez Zamawiającego.

Odwołujący stanął na stanowisku, że zgodne z zasadą przejrzystości postępowania byłoby wskazanie: jakie kierunki studiów Zamawiający będzie brał pod uwagę przy ocenie spełniania tego warunku.

Tak niejednoznaczny, nieprecyzyjny i uznaniowy zapis ogłoszenia na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może stać się przyczyną nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

V. Zarzut sformułowania przez Zamawiającego metody kwalifikacji wykonawców do II etapu z naruszeniem uczciwej konkurencji, a także celu udzielania zamówień publicznych.

W odniesieniu do tego zarzutu zwrócił uwagę, że zgodnie z zapisem Sekcji II dział Informacje dotyczące części zamówienia Ogłoszenia o zamówieniu:

„Zamawiający będzie kwalifikował kandydatów do II etapu zgodnie z poniżej przedstawioną punktacją, a liczba wykonawców będzie wynosiła 5 dla każdego z części:

- 1) Dla części 1:
- 2) Zamawiający w ramach kwalifikacji oceniał będzie doświadczenie własne Wykonawcy (tj. zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy, tj. jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca), a także doświadczenia podmiotu trzeciego, na które powołuje się Wykonawca, przy czym:

Za każde zamówienie wykonane przez podmiot trzeci otrzyma liczbę punktów wskazaną w pkt

1) lit a) i b) podzieloną przez dwa. Za każde zamówienie wykonane siłami własnymi Wykonawcy, tj. jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca ilość punktów zostanie przyzna w pełnej wysokości, o której mowa w pkt 1) lit a) i b)."

Dla Części II. Zamawiający przyjął tożsame rozwiązanie.

„2) Zamawiający w ramach kwalifikacji oceniał będzie doświadczenie własne Wykonawcy (tj. zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy, tj. jako wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca) a także oświadczenia podmiotu trzeciego, na które powołuje się Wykonawca, przy czym:

Za każde zamówienie wykonane przez podmiot trzeci wykonawca otrzyma liczbę / punktów wskazaną w pkt. 1) lit a) i b), podzieloną przez dwa. Za każde zamówienie wykonane siłami własnymi Wykonawcy, tj. jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca ilość punktów zostanie przyzna w pełnej wysokości, o której mowa w pkt 1) lit a) i b)."

W przekonaniu Odwołującego takie rozróżnienie w przyznawaniu punktów dla wykonawców dysponujących doświadczeniem własnym (zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy, tj. jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca) oraz doświadczeniem podmiotu trzeciego jest jedynie pozorne.

Odwołujący podniósł, że przy tak ustalonej punktacji wysoce prawdopodobnym jest, że do etapu składania ofert dopuszczeni będą wykonawcy, którzy de facto nie posiadają własnego doświadczenia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, a także nie są w stanie wykazać, że będą realnie korzystać z doświadczenia użyczonego przez szereg podmiotów trzecich.

Zauważył, że sformułowanie ogłoszenia zachęca do jak najszerszego zbierania doświadczeń od jak najdłuższej listy podmiotów trzecich, które następnie w całej wykazywanej liczbie nie będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Zaznaczył przy tym, że szczególnie istotne z punktu widzenia zasady efektywności udzielania zamówień publicznych jest, że przy takim sposobie kwalifikacji wykonawców do II etapu istnieje ryzyko, że żaden podmiot udostępniający doświadczenie w ogóle nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie będzie miał możliwości, aby jakkolwiek

wpłynąć na podmiot realizujący zamówienia, ponieważ ustawa Pzp nie zawiera żadnych narzędzi prawnych pomagających przymusić wykonawcę udostępniającego potencjał do udziału w realizacji zamówienia zamówieniu.

W konsekwencji przy tak sformułowanej metodzie punktacji – w ocenie Odwołującego - Zamawiający nie uzyska celu, jakim jest należyta realizacja zamówienia.

W związku z przedstawioną wyżej argumentację przekonywał, że zasadne byłoby aby Zamawiający oceniał jednakowo doświadczenie własne i doświadczenie pochodzące od podmiotu trzeciego, ale jedynie takiego, który będzie podwykonawcą w wykonywaniu zamówienia.

W przeciwnej sytuacji doświadczenie podmiotu trzeciego nie powinno być w ogóle uwzględniane, jako niemożliwe do efektywnego wykorzystania.

VI. Zarzut zastosowania procedury aukcji elektronicznej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w Sekcji IV ogłoszenia o zamówieniu pkt IV.2.2) Zamawiający opisał, iż do niniejszego zamówienia zastosowanie będzie miała procedura aukcji elektronicznej, gdzie jedynym kryterium porównania najkorzystniejszych ofert będzie cena.

Odwołujący zauważył przy tym, że niniejsze zamówienie jest zamówieniem sektorowym nie tylko o dużym znaczeniu strategicznym dla kraju, ale i o dużej przewidywanej wartości zamówienia.

Wskazał, że sama wartość wadium, jaką przewidział Zamawiający to:

Dla części nr 1: 15 000 000 (słownie: piętnaście milionów złotych),

Dla części nr 2: 2 200 000 (słownie: dwa miliony dwieście tysięcy złotych).

Już ten czynnik wskazuje na niebagatelną wartość inwestycji.

Wskazał również, że przepisy o aukcji elektronicznej stosuje się w praktyce do zamówień o niskim stopniu skomplikowania.

Zdaniem Odwołującego zastosowanie aukcji w tak skomplikowanym zamówieniu nie daje szans na złożenie racjonalnej oferty gdyż jest niemożliwym dokonanie wszelkich przeliczeń cen, kosztów i ryzyk wiążących się ze złożeniem każdego kolejnego postąpienia.

Złożenie postąpień wymagałoby przeprowadzenia negocjacji z poddostawcami i podwykonawcami, na co z powodów czasowych wykonawcy nie będą mogli sobie pozwolić. Postąpienia będą więc składane z istotnym ryzykiem niewywiązania się wykonawcy ze zobowiązania, co przesądza iż zastosowanie aukcji elektronicznej prowadzi do składania ofert (postąpień) które mogą być obarczone błędem, który może stanowić podstawę do uchylania się od ważności oświadczenia woli na podstawie art. 84 Kc, gdyż został popełniony skutek przyczynienia się zamawiającego poprzez przewidzenie aukcji do zamówienia, do którego ten instrument prawny nie przystaje.

Odwolujący stwierdził również, że w niniejszej sytuacji, gdy jest to zamówienie specjalistyczne polegające na budowie i wdrożeniu systemu ERTMS/GSM-R zastosowanie aukcji elektronicznej sprowadzi ocenę ofert jedynie do ustalenia ceny, a Zamawiający utraci możliwość uzyskania oferty wykonawcy dającego największą rękojmię należytego wykonania zamówienia.

VII. Zarzut zastosowania ograniczonej ilości kryteriów oceny ofert.

Odwolujący argumentował, że nowelizacją ustawy Pzp z dnia 19 października 2014 r. wprowadzono przepis ograniczający stosowanie przez zamawiających ceny, jako jedynego kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 91 ust. 2a Pzp).

Jako kryteria pozacenowe ustawodawca (w art 91 ust 2 Pzp) wskazał m.in. „jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji.”.

Podniósł również, że dodany art. 2a Pzp stanowi, że kryterium cenowe (jako jedyne kryterium w postępowaniu) będzie mogło być zastosowane przez Zamawiającego tylko co do zamówień, których przedmiot jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe. W pozostałych przypadkach konieczne jest przyjęcie w postępowaniu również kryteriów pozacenowych.

Przyznał przy tym, że w niniejszym postępowaniu, co prawda Zamawiający przewidział oprócz ceny kryterium terminu realizacji zamówienia, jednakże przypisał mu jedynie wagę 10%.

W ocenie Odwołującego tak niska wartość przypisana kryterium pozacenowemu w istocie stanowi, że decydującym kryterium oceny ofert będzie cena.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien mieć na względzie również efektywność udzielania zamówień publicznych i dążenie do uzyskania zamówienia o najlepszych parametrach technicznych.

Z tych względów Odwołujący zasugerował, by jako kryterium oceny ofert wskazać również kryteria faktycznie różnicujące oferty wykonawców, bowiem Zamawiający zna takie kryteria i stosował je w uprzednich postępowaniach z powodzeniem korzystając z nich przy wyborze ofert.

W dniu 9 października 2015r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego następujący wykonawcy: Asseco Poland S.A., Electronic Control Systems S.A., T-Mobile Polska S.A., a także wykonawca Thales Polska Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 16 października 2015r., pisma Przystępującego po stronie Zamawiającego z dnia 19 października 2015r., pisma procesowego Electronic Control Systems S.A. z dnia 19 października 2015r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 2 pkt 2 i 8 w zw. z art. 6 ust. 1 ustawy Pzp i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust.1 ustawy Pzp, art. 7 pkt. 1 ustawy Pzp w z w. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku w zw. z art.26 ust.2b ustawy Pzp w zw. z § 3 ust.4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane i art. 48 ust. 2 pkt 6 i 7 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art. 22 ust 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, art.7 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art. 48 ust. 2 pkt 8a ustawy Pzp i 51 ust. 2 ustawy Pzp, a także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, art. 91a ustawy Pzp w zw. z art 14 Pzp i art.

5Kc, art. 91 ust 2 ustawy Pzp w zw. z art 2 pkt 5 oraz art 7 ust.1 ustawy Pzp i art 14 w zw. z art 58 i 83 Kc.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający przygotował ogłoszenie o zamówieniu w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp czy też ogłoszenie to zostało sporządzone w granicach prawa.

I. Zarzut niewłaściwego zakwalifikowania zamówienia, jako dostawy, podczas gdy zamówienie stanowi roboty budowlane.

Izba ustaliła w spornym zakresie, iż Zamawiający w sekcji II.1.2) ogłoszenia dotyczącej rodzaju zamówienia oraz lokalizacji robót budowlanych, miejsca realizacji dostawy lub świadczenia usług wpisał – dostawy.

Nadto Izba stwierdziła, że Zamawiający w sekcji II.1.5) zawierającej krótki opis zamówienia lub zakupu dokonał następującego opisu przedmiotu zamówienia: Przedmiotem zamówienia jest: Część 1: pkt I: 1. Wdrożenie sieci GSM-R w tym systemu radiowego wraz z wybranymi funkcjonalnościami GSM-R opisanymi w specyfikacjach EIRENE, MORANE, specyfikacjach ETSI dla GSM-R, dokumentach normatywnych UIC (ang. International Union of Railways) na podstawie pozwoleń na budowę dla obiektów radiokomunikacyjnych uzyskanych w projekcie POIiŚ 7.1-36.2 „Budowa infrastruktury systemu GSM-R na liniach kolejowych zgodnych z harmonogramem NPW ERTMS, Faza I – Prace Przygotowawcze”, obejmujące zaprojektowanie, dostawę i wykonanie wszystkich niezbędnych prac oraz robót budowlanych. Na liniach nie objętych w/w projektem zakres będzie obejmował również wykonanie planowania radiowego i pozyskanie pozwoleń na budowę dla obiektów radiokomunikacyjnych. Szczegółowy opis wybranych przez Zamawiającego funkcjonalności GSM-R zostanie zawarty w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. 2. Wdrożenie teletransmisyjnej sieci dostępowej na potrzeby sieci GSM-R, sieci terminali dyżurnych ruchu FDS (ang. fixed dispatcher system) i innych systemów, wraz z niezbędnym systemem zarządzania siecią obejmujące zaprojektowanie, dostawę i wykonanie wszystkich niezbędnych prac oraz robót budowlanych w tym wykonanie kanalizacji kablowej i sieci kabli światłowodowych. 3. Wdrożenie sieci terminali dyżurnych ruchu – FDS (ang. fixed dispatcher system) na wybranych posterunkach, nastawniach i w Lokalnych Centrach Sterowania i/lub innych lokalizacjach wskazanych przez Zamawiającego obejmujące zaprojektowanie, dostawę i wykonanie wszystkich niezbędnych prac oraz robót budowlanych. 4. Integracja dostarczonych podsystemów w celu osiągnięcia pełnej funkcjonalności całej sieci GSM-R oraz zapewnienia możliwości zdalnego zarządzania wszystkimi elementami sieci. 5.

Dostarczenie wszystkich licencji niezbędnych do funkcjonowania sieci GSM-R, teletransmisyjnej sieci dostępowej i wszystkich systemów zarządzania, które zostaną dostarczone i wdrożone w ramach zamówienia. 6. Dostawa terminali mobilnych GSM-R z akcesoriami i kart SIM. 7. 5-cio letni okres gwarancyjny dostarczonego i wdrożonego rozwiązania w ramach zamówienia wraz z usługami rozwojowymi. pkt: II 7 – letni okres pogwarancyjnego utrzymania urządzeń GSM-R i urządzeń teletransmisyjnych – opcja Część 2: pkt: I 1. Wdrożenie szkieletowej sieci transmisyjnej w technologii xWDM/IPMPLS obejmujące zaprojektowanie, dostawę i wykonanie wszystkich niezbędnych prac oraz robót budowlanych wraz z budową kanalizacji kablowej i sieci światłowodowej, jako medium transmisyjnego, dostarczenie wszystkich licencji niezbędnych do jej funkcjonowania jak również niezbędnego systemu zarządzania siecią. 2. 5-cio letni okres gwarancyjny dostarczonego i wdrożonego rozwiązania w ramach zamówienia wraz z usługami rozwojowymi pkt: II 7 – letni okres pogwarancyjnego utrzymania urządzeń – opcja.

Opierając się o powyższe postanowienia ogłoszenia Izba doszła do przekonania, że wnioskowanie Odwołującego dla poparcia własnej argumentacji o konieczności zakwalifikowania zamówienia, jako robót budowlanych jest błędne.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba uznała, że celem zasadniczym zamówienia jest wykonanie sieci telekomunikacyjnej — systemu transmisyjnego oraz urządzeń komutacyjnych lub przekierowujących, a także innych zasobów, w tym nieaktywnych elementów sieci, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju w rozumieniu art.2 pkt. 35 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne, a nie samego obiektu budowlanego.

Z powyższego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że obejmuje on dostawy między innymi systemu GSM-R, jak i systemu IP-MPLS, a także roboty budowlane, w tym budowę sieci kabli światłowodowych oraz usługi integracyjne i ewentualnie utrzymaniowe sieci.

Izba uznała również, że w zakres przedmiotu zamówienia będą wchodzić obiekty liniowe, urządzenia w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, jednak elementy te nie przesądzają o konieczności zakwalifikowania przedmiotowego zamówienia, jako roboty budowlanej.

Wymaga zauważenia, że przedmiotowe zamówienie z racji występowania w nim zarówno dostaw, jak i robót budowlanych, a także usług nie może podpadać pod dyspozycję przepisu art. 6 ust.1 ustawy Pzp, na który powołuje się Odwołujący.

Powyższy przepis odnosi się do dwóch sytuacji zbiegowych, pierwsza dotyczy zamówienia obejmującego dostawy oraz usługi, zaś druga odnosi się do zamówień stanowiących zarówno roboty budowlane, jak i usługi.

Rozpoznawany przypadek nie jest związany z żadną z powyższych sytuacji z powodu występowania w tym zamówieniu trzech elementów mieszanych, a nie dwóch jak stanowi powołany wyżej przepis ustawy Pzp.

Nadto Izba stanęła na stanowisku, że w sprawie tej nie ma zastosowania przepis art.6 ust.3 ustawy Pzp, bowiem przedmiotowe zamówienie obejmuje dostawy i roboty budowlane niezbędne do wykonania sieci teletransmisyjnej.

Izba również uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że zakres przedmiotowy dostaw w ramach zamówienia jest niezbędny do wykonania robót budowlanych.

Zdaniem Izby w przedmiotowym zamówieniu wykonanie obiektów budowlanych sieci transmisyjnej jest niezbędne do wdrożenia systemu GSM-R, a nie dostawa tego systemu jest niezbędna do wykonania infrastruktury sieciowej.

Poza tym Izba uznała za prawidłowe zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art.6 ust.2 ustawy Pzp w warunkach wystąpienia dostawy wraz z rozmieszczeniem i instalacją urządzeń w ramach realizowanego systemu transmisyjnego.

Nadto Izba potraktowała argumentację Odwołującego, o warunku udziału w postępowaniu polegającym na żądaniu wykazania się przez wykonawców dysponowaniem osobami o uprawnieniach budowlanych, jako potwierdzającym charakter zamówienia, robót budowlanych, za chybioną i niemającą wpływu na powyższą ocenę prawną rozpoznawanej sprawy.

Ostatecznie, Izba uznała, że złożone, jako dowody ogłoszenia o zamówieniach z innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego nie mogą przesądzać o prawidłowości bądź nie przedmiotowego zamówienia.

II. Zarzut postawienia wymogu wiedzy i doświadczenia jedynie wykonawców,

którzy świadczyli bądź świadczą w sposób nieprzerwany przez okres co najmniej 12 - tu miesięcy, w ramach jednej umowy, usługę utrzymania urządzeń GSM-R i urządzeń teletransmisyjnych.

Odnosząc się do drugiego zarzutu Izba uznała, że nie doszło do naruszenia przepisu art.7 ust.1 ustawy Pzp w zw. z art.22 ust.1 pkt. 2 i ust.4 ustawy Pzp.

Poza tym według Izby powyższy opis spełniania przedmiotowego warunku jest związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny.

Izba ustaliła, że zgodnie z sekcją III.2.3) pkt. 1 część nr 1 pkt. 2 Kwalifikacje techniczne Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia - Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przetargowym świadczył bądź świadczy w sposób nieprzerwany przez okres co najmniej 12 – tu miesięcy, w ramach jednej umowy, usługę utrzymania urządzeń GSM-R i urządzeń teletransmisyjnych.

Biorąc pod uwagę, długi – 65 miesięczny okres realizacji zamówienia, przewidywany pięcioletni okres gwarancyjny kontraktu i opcyjny siedmioletni okres pogwarancyjny Izba uznała, że wymóg świadczenia w ramach jednej umowy nie jest nadmierny.

Izba uznała, że 12 miesięczny okres wykazania się doświadczeniem w ramach jednej umowy określony w ogłoszeniu, jest znacząco krótszy niż okres realizacji zamówienia.

Zdaniem Izby można przypuszczać, że wykonawca realizujący zamówienia w ramach jednej umowy budzi większe zaufanie Zamawiającego niż realizujący umowy w krótszych terminach.

W ocenie Izby tak określony warunek jest, zatem adekwatny i konieczny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Tym samym mieści się w granicach przyznanych zamawiającemu w ramach art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Za dopuszczalnością wykazywania się doświadczeniem w ramach jednej umowy przemawia również charakter umowy utrzymaniowej wykonywanej przez jeden podmiot na podstawie jednej umowy ciągłej.

III. Zarzut nieprecyzyjnego sformułowania żądania w zakresie przedstawienia dokumentów dotyczących sytuacji podmiotowej wykonawców, w tym wymogów związanych z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego.

Izba ustaliła, że w Uwadze II do sekcji III.2.3) Kwalifikacje techniczne Zamawiający zawarł zastrzeżenie, że w przypadku, gdy Wykonawca wykazując spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, polega na zdolnościach innych podmiotów – a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia –Wykonawca oprócz pisemnego zobowiązania winien jest złożyć dokumenty, o których mowa w pkt III.2.1) „Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego” pkt 1.1 lit b) oraz w pkt 1.2. lit a) dotyczące tych podmiotów.

Rozpoznając przedmiotową sprawę, Izba potraktowała ten zarzut Odwołującego za całkowicie bezzasadny, bowiem jego stanowisko zupełnie abstrahuje od faktu, że zamawiający w pkt III.2.3 ogłoszenia odwołał się do całości tytułu sekcji III.2.1) ogłoszenia w brzmieniu „Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego”. Na powyższe wskazuje użyty przez Zamawiającego cudzysłów.

Dokonując wykładni literalnej powyższej Uwagi II do sekcji III.2.3) Izba przyjęła, co zresztą potwierdził Zamawiający, że chodzi o oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z postępowania i o aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 Ustawy, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Inne rozumienie tego postanowienia byłoby nielogiczne i dokonane w oderwaniu od faktu, że zamawiający posłużył się jedynie tytułem sekcji III.2.1) ogłoszenia w brzmieniu „Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego”.

IV. Zarzut posługiwania się niejednoznacznym określeniem „wyższe wykształcenie techniczne” przy dokonywaniu opisu warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w których wskazał posiadanie wyższego wykształcenia technicznego.

Według zapatrywania Izby powyższy zarzut nie potwierdził się, a sporne pojęcie wyższego wykształcenia można wyprowadzić z definicji studiów wyższych uregulowanej w art.2 ust.1 pkt. 5) ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. Prawo o szkolnictwie wyższym wskazującej, że chodzi o studia pierwszego stopnia, studia drugiego stopnia lub jednolite studia magisterskie, prowadzone przez uczelnię uprawnioną do ich prowadzenia.

Natomiast termin wykształcenia technicznego jest regulowany w kilku aktach wykonawczych w tym w rozporządzeniu Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 8 sierpnia 2011 r. w sprawie obszarów wiedzy, dziedzin nauki i sztuki oraz dyscyplin naukowych i artystycznych (Dz. U. z dnia 30 sierpnia 2011 r.), gdzie ustalono obszar nauk technicznych w dziedzinie nauk technicznych wskazując, że w ich zakres wchodzi: 1) architektura i urbanistyka, 2) automatyka i robotyka, 3) biocybernetyka i inżynieria biomedyczna, 4) biotechnologia, 5) budowa i eksploatacja maszyn, 6) budownictwo, 7) elektronika, 8) elektrotechnika, 9) energetyka, 10) geodezja i kartografia, 11) górnictwo i geologia inżynierska, 12) informatyka, 13) inżynieria chemiczna, 14) inżynieria materiałowa, 15) inżynieria produkcji, 16) inżynieria środowiska, 17) mechanika, 18) metalurgia, 19) technologia chemiczna, 20) telekomunikacja, 21) transport, 22) włókiennictwo.

Pojęciem tym posługują się również przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 6 maja 2003r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Edukacji (które jednak służą celom statystycznym), oraz rozporządzenie Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 2 listopada 2011r. w sprawie Krajowych Ram Kwalifikacji dla Szkolnictwa Wyższego (które odnosi się do zakresu znaczeniowego pojęcia wykształcenia technicznego). Wobec niezawężenia w ogłoszeniu definicji pojęcia „wykształcenie techniczne” zamawiający na etapie oceny wniosków będzie zobowiązany interpretować przedmiotowy wymóg szeroko uznając warunek za spełniony w przypadku legitymowania się wykształceniem technicznym w rozumieniu jakichkolwiek obowiązujących przepisów. Fakt posłużenia się szerokim pojęciem nie oznacza jednak, że jest ono nieprecyzyjne i nie można ustalić jego znaczenia.

V. Zarzut sformułowania przez Zamawiającego metody kwalifikacji wykonawców do II etapu z naruszeniem uczciwej konkurencji, a także celu udzielania zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że dla części 1 i 2 Informacji dodatkowych na temat części zamówienia w pkt. 2) Zamawiający wskazał, że w ramach kwalifikacji oceniać będzie doświadczenie własne Wykonawcy (tj. zamówienia wykonane siłami własnymi Wykonawcy, tj. jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca) a także doświadczenia podmiotu trzeciego, na które powołuje się Wykonawca, przy czym: Za każde zamówienie wykonane przez podmiot trzeci wykonawca otrzyma liczbę punktów wskazaną w pkt 1) lit. a) i b), podzieloną przez dwa. Za każde zamówienie wykonane siłami własnymi Wykonawcy, tj. jako Wykonawca, w tym członek konsorcjum lub jako podwykonawca ilość punktów zostanie przyznana w pełnej wysokości, o której mowa w pkt 1) lit. a) i b).

Rozstrzygając powyższy zarzut Izba nie doszukała się wskazywanej przez Odwołującego pozorności rozróżnienia punktacji dotyczącej zamówień wykonanych przez podmiot trzeci.

Izba w tym zakresie podziela stanowisko zarówno Odwołującego, jak i Zamawiającego, że punktacja musi być przyznana jedynie za realnie udostępnione zasoby, a nie fikcyjne.

Powolywanie się na zasoby musi być skuteczne i zgodne z art.26 ust.2b, który stanowi, że Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wobec powyższego oczywistym jest, że punktacja może być przyznana wyłącznie za skuteczne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego. W świetle art. 26 ust. 2b Pzp zasobem skutecznie przekazany jest zasób udostępniony realnie.

Izba uznała również, że bezzasadne jest żądanie zrównania punktacji dotyczącej doświadczenia własnego i udostępnionego, jako, że to pierwsze może mieć dla Zamawiającego większe znaczenie, stąd też inna punktacja w tym zakresie. Nie można bowiem zaprzeczyć, że doświadczenie własne daje zamawiającemu większą rękojmię

należytego wykonania zamówienia aniżeli doświadczenie podmiotów trzecich, na których zasoby wykonawca się powołuje.

VI. Zarzut zastosowania procedury aukcji elektronicznej.

VII. Zarzut zastosowania ograniczonej ilości kryteriów oceny ofert.

Izba uznała, że Zamawiający nie złamał przepisów art.91a i 91 ust.2 i ust.2a w związku z art.7 ustawy Pzp, mając prawo do przeprowadzenia aukcji elektronicznej i przyjęcia dwóch kryteriów oceny ofert.

Przed wszystkim należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w toku aukcji elektronicznej będzie zobowiązany do posługiwania się wyłącznie kryterium ceny, co wynika z sekcji IV.2.2) ogłoszenia.

Taki przewidywany sposób działania Zamawiającego odpowiada dyspozycji przepisu art. 91a ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że kryteriami oceny ofert w toku aukcji elektronicznej są wyłącznie kryteria określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umożliwiające automatyczną ocenę oferty bez ingerencji zamawiającego, wskazane spośród kryteriów, na podstawie, których dokonano oceny ofert przed otwarciem aukcji elektronicznej. Odwołujący nie wykazał, na czym miałyby polegać naruszenie powyższego przepisu przez zamawiającego.

Według zapatrywania Izby kryterium ceny pozwala na automatyczną ocenę oferty, a trudności w procedowaniu po stronie Odwołującego wynikające z przyczyn organizacyjnych związanych z kooperacją z innymi podmiotami nie mają znaczenia prawnego.

Jednocześnie, Izba uznała, że nie jest trafny zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Jak bowiem ustalono, cena nie jest jedynym kryterium oceny ofert, a obok tego kryterium występuje drugie kryterium w postaci terminu realizacji o wadze 10%. Niedostateczna, zdaniem odwołującego, waga tego kryterium nie może zostać uznana za naruszenie tego przepisu. Ustawodawca nie przewidział, bowiem w tym zakresie żadnych wytycznych.

Wymaga wskazania, że powołany przepis może zostać naruszony w sytuacji, gdy jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:.....

.....

.....