

WYROK

z dnia 17 listopad 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 października 2017 r. przez odwołującego: Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. ul. Modelarska 12; 40-142 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. ul. Modelarska 12; 40-142 Katowice i
3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. ul. Modelarska 12; 40-142 Katowice tytułem wpisu od odwołania i
  - 3.1. zasądza od Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. ul. Modelarska 12; 40-142 Katowice kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74; 03-734 Warszawa stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Sygn. akt KIO 2280/17

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych dla Zadania pn. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E 59 na odcinku Wrocław-Poznań w ramach projektu Zabudowa ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T, nr postępowania: 9090/IRZR1/19709/07024/17/P

[Ogłoszenie o zamówieniu]: zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 185-379687 w dniu 27.09.2017r.

[Przedmiot zaskarżenia] Działając w imieniu Odwołującego, spółki Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. zo.o. z siedzibą w Katowicach (dalej odwołujący lub Bombardier), na podstawie art. 179 ust. 1 i 180 ust. 1 pzp, wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami czynności i zaniechań Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (dalej jako Zamawiający lub PKP), polegających na sporządzeniu treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ), w zakresie ustalenia i opisanie kryterium oceny ofert, wprowadzonego modyfikacją SIWZ z dnia 20 października 2017 roku, niezgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako pzp).

4. [Termin na wniesienie odwołania] Odwołujący złożył odwołanie w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 pzp. Zamawiający zamieścił pismo w sprawie modyfikacji SIWZ (pn. „Modyfikacja SIWZ - Część II”) na stronie internetowej w dniu 20.10.2017 r. Koniec przewidzianego w art. 182 ust. 2 pkt 1 pzp 10-dniowego terminu na wniesienie odwołania przypada zatem na dzień 30.10.2017r.

5. Interes prawny

5.1. Odwołujący posiada interes w złożeniu odwołania. Odwołujący upatruje posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia jako potencjalny wykonawca, który może złożyć ofertę w przedmiotowym Postępowaniu, a w konsekwencji uzyskać zamówienie. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym Postępowaniu.

5.2. Wskutek niezgodnych z przepisami pzp czynności Zamawiającego, Odwołujący nie ma możliwości złożenia konkurencyjnej oferty w Postępowaniu, zgodnie z przepisami i zasadami przewidzianymi w ustawie pzp. W związku z podnoszonymi w odwołaniu naruszeniami przepisów pzp, które w ocenie Odwołującego uniemożliwiają uzyskanie zamówienia na zasadach poszanowania konkurencji, Odwołujący posiada prawo do wniesienia odwołania i merytorycznego rozpoznania zarzutów w myśl art. 179 ust.1 pzp.

5.3. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp, Odwołujący może ponieść szkodę wskutek niezłożenia oferty prowadzącej w konsekwencji do braku możliwości ubiegania się o udzielenie i uzyskanie zamówienia.

## 6. Zarzuty

6.1. Zaskarżonym czynnościami Zamawiającego zarzucam naruszenie art. 91 ust. 2 pkt 5) pzp i art. 91 ust. 2d pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert w pkt. 20.7.2. ppkt 1 tomu I SIWZ - „Instrukcja dla Wykonawców” (dalej jako IDW) (w tekście pierwotnym IDW: pkt 20.7.2. lit. a), niezgodnie z zasadami określonymi w wyżej powołanych przepisach oraz zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

## 7. Wnioski

7.1. W związku z przedstawionymi zarzutami, wniesiono o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

7.1.1. zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. kryterium oceny ofert zawartej w pkt 20.7.2. lit. a) tomu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako SIWZ) - „instrukcja dla Wykonawców” (dalej jako IDW) w sposób eliminujący nieprawidłowości opisane w odwołaniu, np. poprzez nadanie wskazanemu zapisowi brzmienia następującego:

„Kierownik Robót w zakresie urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

Za wskazanie każdego pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) na robotach związanych z Budową systemu ERTMS/ETCS - wykonawca otrzyma 1 punkt.

Maksymalnie wykonawca może otrzymać 10 punktów”

7.2. Wniesiono o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na podstawie spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

7.3. Nadto wniesiono o:

7.3.1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści niniejszego odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie powołania;

7.3.2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt postępowania prowadzonego przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt: KIO 1962/17, KIO 1930/17, dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice- Terespol (z wyłączeniem węzła warszawskiego), nr postępowania: 6060/ICZ 5/25920/10640/16/P (dalej jako Zadanie E20), na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia.

## 8. Uzasadnienie - stan faktyczny

8.1. Zamawiający w dniu 27.09.2017r. wszczął postępowanie prowadzone w trybie

przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych dla Zadania pn. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E 59 na odcinku Wrocław- Poznań w ramach projektu Zabudowa ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T, nr postępowania:9090/IRZR1/19709/07024/17/P (dalej jako „Postępowanie”).

8.2. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 185-379687 w dniu 27.09.2017r.

8.3. SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego <http://www.plk-sa.pl> w dniu 27.09.2017r,

8.4. Pismo w sprawie modyfikacji SIWZ (pn. „Modyfikacja SIWZ - Część II”) zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego <http://www.plk-sa.pl> w dniu 20.10.2017r.

9. Uzasadnienie zarzutów

9.1. Zgodnie z treścią pisma Zamawiającego z dnia 20.10.2017r. („Modyfikacja SIWZ - Część U”), punkt 20.7.2. lit. a) IDW otrzymał brzmienie następujące:

1) Kierownik Robót w zakresie sterowana ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

Za wskazanie każdego pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie sterowania ruchem Kolejowym lub Inspektora Nadzoru w zakresie sterowania ruchem kolejowym (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane):

a) na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej .... (.....) stacjami - wykonawca otrzyma 1 punkt

b) na robotach związanych z Budową systemu ERTMS/ETCS - wykonawca otrzyma 1 punkt

Maksymalnie wykonawca może otrzymać do 6 punktów w zakresie poszczególnych podpunktów a) i b)

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 20.10.2017 r. („Zmiana IV SIWZ”) - znajdujące się w aktach Postępowania;

9.2. Odwołujący podnosi, że sposób określenia przez Zamawiającego przytoczonego wyżej kryterium oceny pozostaje niezgodny z powołanymi przepisami ustawy, w szczególności pozostaje on w sprzeczności z obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą proporcjonalności.

9.3. W pierwszej kolejności Odwołujący zauważa, że w dotychczasowym brzmieniu SIWZ omawiany zapis oznaczony był jako jednostka redakcyjna pkt 20.7.2. lit. a). Natomiast w opublikowanej przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ z dnia 20.10.2017r. Zamawiający

oznaczył omawianą jednostkę jako pkt 20.7.2. ppkt 1. nie dokonując jednakże tożsamej zmiany pozostałej treści pkt. 20.7.2. IDW, w którym w dalszym ciągu znajdują się odesłania do lit. a) (oraz lit. b)) tego punktu:

#### 20.7.2. Doświadczenie personelu Wykonawcy

Kryterium doświadczenie personelu Wykonawcy będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia poszczególnych członków personelu Wykonawcy, wg zasad opisanych poniżej.

Na wagę kryterium składają się wagi przypisane do poszczególnych członków personelu, wskazane w pkt a) - b) poniżej.

Za skierowanie do pełnienia funkcji wymienionych w pkt a) - b) poniżej, osób (posiadających większe doświadczenie niż wymagano w warunku zdolność techniczna lub zawodowa, Zamawiający przyzna następującą ilość punktów:

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 20.10.2017 r. („Zmiana IV SIWZ”) - znajdujące się w aktach Postępowania;

9.4. Po drugie, zgodnie z art. 91 ust. 2d pzp Zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. W ocenie Odwołującego, wprowadzone przez Zamawiającego brzmienie omawianego kryterium oceny pozostaje natomiast sprzeczne z tymi wytycznymi. Zamawiający przewidział bowiem przyznawanie punktacji w ramach omawianego kryterium m.in. „za wskazanie każdego pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym lub Inspektora nadzoru w zakresie sterowania ruchem kolejowym (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej... (...) stacjami”. Zamawiający opisał zatem kryterium doświadczenia personelu w sposób niejasny i niezrozumiały dla wykonawców, albowiem nie jest wiadome, do sterowania jaką ilością stacji winny być przystosowane urządzenia sterowania ruchem kolejowym oraz systemu zdalnego sterowania, których budowy lub przebudowy ma dotyczyć wykazywane doświadczenie członka personelu wykonawcy. Z tej przyczyny nie jest również wiadome, w jakich przypadkach Zamawiający przyzna wykonawcy punktację w ramach wskazanego kryterium, a w jakich przypadkach przyznania tej punktacji odmówi. Wykładnia cytowanego zapisu prowadzi natomiast do wniosku, że z całą pewnością celem niniejszego zapisu nie było samodzielne wpisanie przez poszczególnych wykonawców własnej „propozycji” co do ilości stacji, do których sterowania dostosowane mają być urządzenia sterowania ruchem kolejowym i systemem zdalnego sterowania, albowiem w istocie wypaczałoby to treść wskazanego zapisu i funkcji, jaką spełniają kryteria oceny ofert.

9.5. Po trzecie i niezależnie od powyższego Odwołujący nadto wskazuje, że zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5) pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

9.6. Ciężar dowodowy w zakresie wykazania przed Izbą, iż określone przez Zamawiającego kryterium w Postępowaniu spełnia wymagania przepisów Pzp spoczywa na Zamawiającym. Zamawiający musi udowodnić, że nadane konkretne określenie kryterium będzie miało znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Granicą zaś ustanowionego kryterium jest każdorazowo kwestia zachowania zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności. Innymi słowy, Zamawiający może określić kryterium oceny ofert w granicach jego zasadności i rzeczywistego znaczącego wpływu na jakość zamówienia do granicy naruszenia konkurencyjności i adekwatności środka do użytego celu.

9.7. Odwołujący oświadcza, że nie kwestionuje kryterium dotyczącego doświadczenia personelu co do zasady, gdyż jak wskazano w motywie 94 preambuły dyrektywy zamówieniowej „każdorazowo, gdy kwalifikacje zatrudnionego personelu mają wpływ na poziom realizowanego zamówienia, instytucjom zamawiającym należy także zezwolić na zastosowanie jako kryterium udzielenie zamówienia organizacji kwalifikacji i doświadczenia personelu wyznaczonego do realizacji danego zamówienia, ponieważ może mieć to wpływ na jakość wykonania zamówienia, a co za tym idzie wartość ekonomiczną oferty”. Odwołujący kwestionuje sposób określenia tego kryterium dla konkretnego zadania.

9.8. Odwołujący kwestionuje sposób określenia kryterium w Postępowaniu. Przywołane kryterium oceny jest opisane w Postępowaniu w sposób nadmiarowy (nieproporcjonalny) i nieadekwatny w stosunku do rodzaju zamówienia, jak również do celu ustanowionego kryterium, a tym samym nie jest uzasadnione specyfiką zamówienia.

9.9. Zamawiający przyjął bowiem, iż będzie oceniał doświadczenie członka personelu, o którym mowa w pkt. 20.7.2. lit. a) (określanym w modyfikacji SIWZ jako pkt 20.7.2. ppkt 1) IDW, uzyskane na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym lub Inspektora Nadzoru w zakresie sterowania ruchem kolejowym (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane):

- na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej... (...) stacjami;
- na robotach związanych z Budową systemu ERTMS/ETCS.

9.10.Obowiązki z zakresu sterowania ruchem kolejowym są większym zbiorem niż obowiązki z zakresu dotyczącego zabudowy systemu ERTMS/ETCS. W zakres czynności uznawanych za sterowanie (zabezpieczenie) ruchu kolejowego wchodzi system ERTMS/ETCS.

9.11. Zamawiający w treści SIWZ (IDW - pkt. 8.6.2.) w ramach warunków udziału w Postępowaniu podał, że wymaga wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem m.in. następującymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

9.11.1.Kierownik Robót sterowania ruchem kolejowym -1 osoba;

9.11.2.Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS -1 osoba;

9.11.3.Projektant w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - 1 osoba;

8.6.2. W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagano jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

2. Kierownik Robót sterowania ruchem kolejowym -1 osoba;

Upewnienia (kwalifikacje zawodowe) upewnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym;

Doświadczenie co najmniej trzy [3] lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z, Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym

3 Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS – 1 osoba ; upewnienia (kwalifikacje zawodowe) upewnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym

Doświadczenie co najmniej trzy [3] lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru {w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej 4 stacjami, każda o ilości minimum 20 zwrotnic lub

co najmniej dwa [2] lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) na robotach związanych z Budową systemu ERTMS/ETCS.



4. Projektant w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS – 1 osoba. Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym.

Doświadczenie co najmniej 3 [trzy] lata doświadczenie na stanowisku projektanta związanym z projektowaniem w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym, w tym co najmniej:

-1 [jeden] zrealizowany projekt związany z opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych, blokad liniowych, urządzeń przejazdowych, zdalnego sterowania - LCS), oraz

-1 (jeden) zrealizowany projekt związany z opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie systemu ERTMS/ETCS

lub

co najmniej 3 [trzy] lata doświadczenia na stanowisku projektanta związanym z opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie systemu ERTMS/ETCS

9.12. W ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” sformułowanego w pkt. 20.7.2 IDW Zamawiający przewiduje natomiast przyznanie wykonawcom punktacji za doświadczenie dwóch spośród wskazanych wyżej osób, tj.:

9.12.1. Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS;

9.12.2. Projektanta w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS;

20.7.2. Doświadczenie personelu Wykonawcy

Kryterium doświadczenie personelu Wykonawcy będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia poszczególnych członków personelu Wykonawcy, wg zasad opisanych poniżej.

Na wagę kryterium składają się wagi przypisane do poszczególnych członków personelu, wskazane w pkt a) - b) poniżej.

Za skierowanie do pełnienia funkcji wymienionych w pkt a) - b) poniżej, osób posiadających większe doświadczenie niż wymagane w warunku zdolność techniczna lub zawodowa, Zamawiający przyzna następującą ilość punktów:

1) Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

Za wskazanie każdego pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym lub Inspektora Nadzoru w zakresie sterowania ruchem kolejowym (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane):

a) na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej .... (.....) stacjami — wykonawca

otrzyma 1 punkt

b) na robotach związanych z Budową systemu ERTMS/ETCS - wykonawca otrzyma 1 punkt

Maksymalnie wykonawca może otrzymać do 5 punktów w zakresie poszczególnych podpunktów a) i b).

2) Projektant w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

Za wskazanie każdego pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku projektanta związanym z:

a) opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych, blokad liniowych, urządzeń przejazdowych, zdalnego sterowania - LCS) - wykonawca otrzyma 0,5 punktu;

b) opracowaniu dokumentacji projektowej w zakresie systemu ERTMS/ETCS wykonawcą otrzyma 1 punkt

W zakresie podpunktu a) wykonawca maksymalnie może otrzymać do 4 punktów.

W zakresie podpunktu b) wykonawca maksymalnie może otrzymać do 6 punktów.

9.13. Z powyższych okoliczności i faktu pominięcia w konstruowaniu omawianego kryterium oceny stanowiska Kierownika Robót sterowania ruchem kolejowym wynika, że Zamawiający w ramach tego kryterium uznaje za szczególnie istotne dysponowanie przez wykonawcę, któremu powierzone zostanie Zadanie, personelem posiadającym doświadczenie uzyskane w zakresie projektowania i zabudowy systemu ERTMS/ETCS. Tym samym, punktacji w ramach omawianego kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”, w zakresie w jakim kryterium to dotyczy stanowiska Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS powinno podlegać

doświadczenie dotyczące zabudowy systemu ERTSM/ETCS, nie zaś jednocześnie doświadczenie dotyczące i sterowania ruchem kolejowym, i zabudowy systemu 'ERTMS/ETCS (tj. doświadczenie właściwe dla dwóch odrębnych członków personelu żądanych przez Zamawiającego, tj. Kierownika Robót sterowania ruchem kolejowym oraz Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS).

9.14. Odwołujący nadto wskazuje, że z praktyki realizacji inwestycji podobnych do objętej niniejszym Postępowaniem wynika, że na rynku polskim:

9.14.1.dostępne są osoby, które posiadają opisane przez Zamawiającego doświadczenie w zakresie robót dotyczących sterowania ruchem kolejowym (pkt 20.7.2. ppkt 1 lit. a), ale nie posiadają jednoczesnego doświadczenia w zakresie budowy systemu ERTMS/ETCS (pkt 20.7.2. ppkt 1 lit. b));

9.14.2.dostępne są osoby, które posiadają doświadczenie w zakresie budowy systemu ERTMS/ETCS (pkt 20.7.2. ppkt 1 lit. b)), ale nie posiadają jednocześnie opisanego przez Zamawiającego doświadczenia w zakresie robót dotyczących sterowania ruchem kolejowym (pkt 20.7.2. ppkt 1 lit. a)).

9.15. Połączenie zatem przez Zamawiającego punktowanego doświadczenia w zakresie sterowania ruchem kolejowym oraz w zakresie zabudowy systemu ERTMS/ETCS jako wymaganie stawiane jednej osobie prowadzi do istotnego ograniczenia kręgu osób, z których usług skorzystać może wykonawca, w szczególności istotnego ograniczenia kręgu osób mogących pełnić funkcję Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS dostępnych na rynku polskim.

9.16.Odwołujący wskazuje przy tym, że mimo ograniczonej dostępności na rynku polskim osób zdolnych do objęcia stanowiska Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS, posiadających doświadczenie opisane przez Zamawiającego w pkt. 20.7.2. IDW, Zamawiający nie dopuszcza zarazem skorzystania przez wykonawców z udostępnienia na to stanowisko personelu zatrudnionego u podmiotu trzeciego, w szczególności podmiotu zagranicznego. W pkt. 23.1 IDW Zamawiający zastrzegł bowiem obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę „robót z zakresu przygotowania oprogramowania i jego instalacji w elementach systemu ERTMS/ETCS oraz uruchomienia i testów systemu ERTMS/ETCS”, co oznacza, że Zamawiający wymaga, ażeby wykonawca realizując zamówienie nie korzystał w zakresie wskazanej części zamówienia z usług podmiotu trzeciego i zrealizował ją własnymi siłami i zasobami, w tym za pomocą własnego personelu. Zastrzeżone wskazanym zapisem czynności przewidziane do osobistego wykonania wchodzi natomiast w zakres obowiązków stanowiska Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS. Oznacza to tym samym, że żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie będzie mógł skorzystać z możliwości udostępnienia na jego rzecz na to stanowisko członka personelu (w szczególności osoby posiadającej kompletne wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, zdobyte poza granicami Polski) zatrudnianego przez podmiot trzeci, który działałby w charakterze podwykonawcy.

9.17.Tym samym, kwestionowany przez Odwołującego zapis IDW, odczytywany łącznie z treścią całej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, niewątpliwie prowadzi do znacznego, a przy tym nieuzasadnionego (w szczególności nieuzasadnionego specyfiką zamówienia) ograniczenia konkurencji w ubieganiu się o udzielenie zamówienia w

Postępowaniu a może być w łatwy sposób zmieniony bez uszczerbku dla celu jaki postawił Zamawiający temu wymaganiu.

9.18. Osiągnięcie przez Zamawiającego zamierzonego skutku, któremu jak wskazano powyżej służy sformułowane przez Zamawiającego kryterium oceny, zostanie zapewnione poprzez uwzględnienie przez Zamawiającego przy przyznawaniu wykonawcom punktacji jedynie doświadczenia w zakresie zabudowy systemu ERTMS/ETCS uzyskanego przez członka personelu wskazanego na stanowisko Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS. Jeśli natomiast Zamawiający w dalszym ciągu stałby na stanowisku, że zamierza uwzględniać przy punktacji zarówno doświadczenie w zakresie sterowania ruchem kolejowym, jak i zabudowy systemu ERTMS/ETCS, winien on stosownie rozdzielić przewidzianą w ramach omawianego kryterium maksymalną punktację (10 pkt) pomiędzy doświadczenie w zakresie sterowania ruchem kolejowym posiadane przez członka personelu wskazanego na stanowisko Kierownika Robót sterowania ruchem kolejowym (i przyznawać z tego tytułu maksymalnie 5 pkt), oraz doświadczenie w zakresie zabudowy systemu ERTMS/ETCS posiadane przez członka personelu wskazanego na stanowisko Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS (i przyznawać z tego tytułu maksymalnie 5 pkt).

9.19. Odwołujący nadto wskazuje również w tym zakresie na czynności Zamawiającego podejmowane w innym prowadzonym przez siebie postępowaniu, tj. postępowaniu dotyczącym Zadania E20, w którym, na podstawie modyfikacji SIWZ z dnia 05.05.2017 r. („Zmiana VI SIWZ”) Zamawiający wykreślił z opisu wymaganego doświadczenia Kierownika Robót ETCS elementy odnoszące się do doświadczenia w zakresie sterowania ruchem kolejowym, pozostawiając jedynie doświadczenia w zakresie zabudowy systemu ETCS, i na tej tylko podstawie przyznając wykonawcom punktację w ramach kryterium doświadczenia personelu.

Dowód: .:[pismo Zamawiającego z dnia 05.05.2017 r. („Zmiana VI SIWZ”) dotyczące Zadania E20;

9.20. Odwołujący nadto wskazuje, że zgodnie z powołanym art. 7 ust. 1 pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

9.21. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał wielokrotnie uwagę Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej TSUE). Przykładowo w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scri przeciwko Comune di Milano (C-376/08) wskazano, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak

najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. Z kolei w wyroku z 27 października 2005 r. w sprawie C. S.A. przeciwko I. (C-234/03) wywieziono, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Ponadto Trybunał w wyroku z 16 września 1999 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii (C-414/97) wskazał, że przy ocenie, czy podjęte środki są zgodne z Traktatem niezbędny jest tzw. test proporcjonalności, czyli wykazanie, że podjęte działania są adekwatne i konieczne do osiągnięcia wybranego celu.

9.22. Skonstruowane przez Zamawiającego kryterium oceny trzeba zatem odnieść do wskazanego przez Trybunał testu proporcjonalności. W ocenie Odwołującego, ale też w ujęciu obiektywnym Zamawiający nie dysponuje argumentacją, która wskazywałaby na zgodność sformułowanego kryterium z regułą proporcjonalności. Z przytoczonych bowiem wyżej okoliczności wynika, że punktowane

przez Zamawiającego doświadczenie członka personelu wykonawcy, o którym mowa w pkt. 20.7.2, lit. a) IDW (określanym w modyfikacji SIWZ jako pkt 20.7.2. ppkt 1), w zakresie dotyczącym sterowania ruchem kolejowym, na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania,

położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania „co najmniej ( ) stacjami”, nie będzie miało znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, albowiem osoba zajmująca omawiane stanowisko w istocie nie będzie wykonywać tego rodzaju czynności. Tym samym, sformułowane przez Zamawiającego kryterium oceny pozostaje w sprzeczności z przywołaną zasadą proporcjonalności, jak i przywołanym art. §1 ust. 2 pkt 5) pzp.

10. Mając na względzie powyższe, należy wskazać, że niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne i powinno zostać uwzględnione w całości.

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa dnia 13 listopada 2017 r. w sprawie Odwołującego: Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. ul. Modelarska 12 40-142 Katowice przedłożył odpowiedź na odwołanie działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2017 r., poz. 1579 t.j.), dalej: „Pzp” w odniesieniu do zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 30 października 2017 r., (dalej jako: „Odwołanie”) wniesionym przez Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako: „Odwołujący”) na mocy udzielonego pełnomocnictwa, w imieniu zamawiającego, wniesiono odpowiedź na odwołanie.

wnosząc o:

1. oddalenie Odwołania w całości;
2. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Przedstawiając następujące uzasadnienie.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 2 pkt 5) Pzp i art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ustalenie i opisanie kryterium oceny ofert w pkt. 20.7.2 ppkt 1 IDW niezgodnie z zasadami określonymi w wyżej powołanych przepisach, zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający niniejszym informuje, iż nie zgadza się z ww. zarzutami wskazując, iż są one całkowicie bezpodstawne, a odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wbrew twierdzeniom zawartym w pkt 9.1 - 9.4 Odwołania, obecnie punkt 20.7.2. nie brzmi w sposób przywoływany w odwołaniu, lecz w zakresie objętym odwołaniem ma następujące brzmienie:

„20.7.2. Doświadczenie personelu Wykonawcy

Kryterium doświadczenie personelu Wykonawcy będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia poszczególnych członków personelu Wykonawcy, wg zasad opisanych poniżej.

Na wagę kryterium składają się wagi przypisane do poszczególnych członków personelu, wskazane w pkt 1) - 2 ) poniżej.

Za skierowanie do pełnienia funkcji wymienionych w pkt 1) - 2) poniżej, osób posiadających większe doświadczenie niż wymagane w warunku zdolność techniczna lub zawodowa. Zamawiający przyzna następującą ilość punktów:

Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

Za wskazanie każdego pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym lub Inspektora Nadzoru w zakresie sterowania ruchem kolejowym (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane):

a) na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej 4 (czterema) stacjami - wykonawca otrzyma 1 punkt:

b) na robotach związanych z Budową systemu ERTMS/ETCS - wykonawca otrzyma 1 punkt. Maksymalnie wykonawca może otrzymać do 5 punktów w zakresie poszczególnych podpunktów a) i b).

2) Projektant w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

Za wskazanie każdego pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku projektanta związanym z:

a) opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych, blokad liniowych, urządzeń przejazdowych, zdalnego sterowania – LCS) - wykonawca otrzyma 0.5 punktu:

b) opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie systemu ERTMS/ETCS wykonawca otrzyma 1 punkt

W zakresie podpunktu a) wykonawca maksymalnie może otrzymać do 4 punktów.

W zakresie podpunktu b) wykonawca maksymalnie może otrzymać do 6 punktów

Wskazać należy, że odwołanie w tej części odnosi się do nie istniejących już postanowień, a tym samym odwołanie w tym zakresie jest bezzasadne.

Odnosząc się do tez zawartych w pkt 9.5 - 9.7 odwołania, Zamawiający wskazuje, że argumentacja tam wskazana jest całkowicie niezrozumiała i nie wiadomo tak naprawdę w jakim celu została przytoczona. W szczególności Zamawiający wskazuje, że z jednej strony Odwołujący zdaje się kwestionować kryterium oceny oferty polegające na punktowaniu doświadczenia Personelu, a z drugiej wskazuje, że jest to działanie dopuszczalne i zgodne z przepisami ustawy Pzp.

W ocenie Zamawiającego aktualne brzmienie kryterium jest zgodne z przepisami ustawy Pzp, bowiem ustawa dopuszcza ustanowienie jako kryterium wyboru kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia oraz proporcjonalne do celu jakiemu ma służyć.

Zgodnie z pkt 8.6.2 IDW wykonawcy są zobowiązani wykazać, że będą dysponować m.in. Kierownikiem robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS posiadającym następujące uprawnienie i doświadczenie

„Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym  
Doświadczenie co najmniej trzy [3] lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane i w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z Budową lub Przebudową

komputerowych urządzeń sterowania ruchem (stacyjnych i liniowych] oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej 4 stacjami, każda o ilości minimum zwrotnic

lub

co najmniej dwa (2) lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) na robotach związanych z budową systemu ERTMS/ETCS. "

W ocenie Zamawiającego opis spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz opis kryterium oceny ofert są ze sobą skorelowane. W obu przypadkach opis dotyczy tego samego stanowiska, a zakres wymaganego doświadczenia w zakresie prac srk pokrywa się ze sobą. Zamawiający wskazuje, iż warunek w powyższym brzmieniu nie był kwestionowany przez wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, co daje możliwość wywiedzenia poglądu, iż spełnia on „tzw. kryterium proporcjonalności”. Zatem, drogą dedukcji uznać należy, iż opisane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert również spełnia ww. kryterium.

Na gruncie zamówień publicznych proporcjonalność to zachowanie właściwej proporcji do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki, który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego." [KIO 786/16]

Przytoczenia wymaga również uchwała KIO w brzmieniu:

„Opis sposobu oceny ofert w wyznaczonych kryteriach, który zgodnie z art. 91 ust. 2 p.z.p. ma się odnosić do przedmiotu zamówienia, a nie pozostawać tożsamym z opisem przedmiotu zamówienia, musi sprowadzać się do definicji całościowej i autonomicznej." (KIO/KD 66/15)

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego Zamawiający wskazuje, iż znaczna część prac związanych z realizacją przedmiotowej inwestycji to prace związane z systemem sterowania ruchem kolejowym i jego integracji z systemami ERTMS/ETCS (przykładowo pkt 4, 5 PFU). W związku z tym w ocenie Zamawiającego opisane przez niego kryterium oceny ofert wpisuje się w sposób literalny w przedmiot niniejszego zamówienia.

Zamawiający wskazuje, iż z PFU wyraźnie wynika, iż prace związane z ERTMS/ETCS i systemami srk będą się ze sobą łączyły i wzajemnie uzupełniały. Dlatego też - zdaniem Zamawiającego - zarzut rzekomej nieproporcjonalności jest niezasadny.

Równie niezrozumiałe są tezy zawarte w pkt 9.12 Odwołania. Jeżeli przedmiotem zarzutu Odwołującego jest fakt, że na spełnienie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądał trzech stanowisk, a na kryterium oceny tylko dwóch i okoliczność ta ma świadczyć o błędnym opisie kryterium, to zarzut ten jest absurdalny i całkowicie chybiony. W pierwszej jednak kolejności wskazać należy, że od pierwszego ogłoszenia SIWZ w tym postępowaniu, Zamawiający żądał na spełnienie warunków udziału osób na konkretne stanowiska i w ramach kryterium oceny ograniczył ilość stanowisk do 2 i to tych, które są w obecnym brzmieniu. Zmieniał się tylko opis doświadczenia tych osób, w związku z czym należy uznać, że w tym



zakresie zarzut jest co najmniej spóźniony. Niezależnie jednak od tego, wskazać należy, że to te dwa konkretne stanowiska są kluczowe z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia i to doświadczenie osób na tych stanowiskach będzie miało realne przełożenie na należyte wykonywanie zobowiązania.

Zamawiający z całą odpowiedzialnością stwierdza, że odwołanie zmierza tylko i wyłącznie w tym kierunku, aby to Odwołujący - dysponujący określonym personelem - mógł uzyskać maksymalną ilość punktów w kryterium doświadczenie. Odwołujący całkowicie pomija fakt, jaka jest idea ustanowienia pozacenowych kryteriów oceny ofert i że z założenia tych kryteriów wynika, że być może nie wszyscy zainteresowani udziałem w postępowaniu przetargowym spełnią wymagania Zamawiającego w tym zakresie. Jeżeli więc przedmiot zamówienia obejmuje prace związane z komputerowymi urządzeniami sterowania ruchem, systemem zdalnego sterowania oraz systemu ERTMS/ETCS, to Zamawiający ma prawo punktować doświadczenie w poszczególnych „branżach”.

Odwołujący całkowicie mylnie i w sposób zaburzający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, próbuje wskazywać, że na rynku polskim nie ma osób, które spełniałyby wszystkie wymagania punktowe. Rozważania te są całkowicie chybione z kilku powodów. Po pierwsze ogłoszenie nie jest skierowane tylko i wyłącznie do podmiotów, które działały na rynku polskim. Po drugie - na co wskazywano powyżej - kryteria oceny nie są wymaganiami minimalnymi, które muszą spełnić wykonawcy. Jest rzeczą logiczną i zgodną z intencją ustawodawcy, że w przypadku pozacenowych kryteriów punktuje się te cechy, które pozwalają na lepsze wykonanie zamówienia lub pozwalają uzyskać dodatkowe korzyści po stronie Zamawiającego. Po trzecie, Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił przytoczonej okoliczności i póki co jest to jedynie gołosłowne twierdzenie.

Odnosnie też z pkt 9.16 i nast. w zakresie braku możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w zakresie wymaganych stanowisk, to zwrócić należy uwagę, że żaden wykonawca nie kwestionował tych postanowień, w związku z powyższym argumentacja w tym zakresie jest całkowicie do pominięcia, jako spóźniona.

Odnosząc się do powoływania na inne postępowanie prowadzone przez Zamawiającego, Zamawiający wskazuje, że okoliczność ta nie ma żadnego znaczenia przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy, gdyż Izba ma obowiązek orzekać w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie badać czy w innym postępowaniu kryteria zostały określone właściwie.

Dlatego też odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający pragnie również wskazać, iż o ile w przypadku warunków udziału w postępowaniu jest zobowiązany przestrzegać reguł proporcjonalności w sposób szczególny z uwagi na bezpośrednie dyrektywy prawne wynikające z prawa krajowego, jak i unijnego to w przypadku kryteriów oceny ofert Zamawiający nie jest ww. regułami związany. Opis sposobu

warunków udziału w postępowaniu ma umożliwić udział w postępowaniu w sposób niegodzący w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, natomiast w ramach kryterium oceny ofert Zamawiający ma możliwość punktowania dodatkowego doświadczenia ponad normy opisane w ramach warunków udziału w postępowaniu w celu umożliwienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Zamawiający zauważa również, iż powoływany przez Odwołującego tzw. test proporcjonalności odnosi się do warunku udziału w postępowaniu, a nie do kryterium oceny ofert. Podobnie przywołane wyroku Trybunału Sprawiedliwości są nieadekwatne do zaistniałego stanu faktycznego. Wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C- 234/03, wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C 376/08, gdyż również odnosiły się do warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający pragnie wskazać, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż aktualny opis kryterium oceny ofert uniemożliwia mu złożenie skutecznej i konkurencyjnej oferty w postępowaniu. Zauważenia bowiem wymaga, iż określone kryteria oceny ofert nie muszą umożliwiać wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu uzyskanie maksymalnej liczby punktów. Takie rozwiązanie przeczyłoby bowiem istocie określania kryteriów oceny ofert i konkurowaniu firm w postępowaniu.

Mając na względzie powyższe zamawiający wnosi jak na wstępie

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła**

#### **Izba ustaliła**

Powyżej przedstawione zostały stanowiska wnoszącego odwołanie to jest odwołującego jak i prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to jest zamawiającego.

Odwołujący żąda nakazania zamawiającemu zmian SIWZ w zakresie kryterium oceny ofert odnoszącego się do punktacji doświadczenia osób posiadających uprawnienia budowlane w zakresie budowy/przebudowy systemu sterowania ruchem kolejowym (SRK) jak i posiadającym doświadczenie w zakresie budowy/przebudowy systemu europejskiego sterowania ruchem kolejowym to jest systemem ERTMS/ETCS.

Odwołanie wniesiono w związku z ogłoszonym przez zamawiającego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych dla Zadania pn. Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E 59 na odcinku Wrocław-Poznań w

ramach projektu Zabudowa ERTMS/ETCS na liniach sieci bazowej TEN-T, nr postępowania: 9090/IRZR1/19709/07024/17/P

Ogłoszenie o tym zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2017/S 185-379687 w dniu 27.09.2017r. jako zamówienie ponadprogowe.

Odwołanie dotyczy zarówno ustalenia jak i opisanego kryterium oceny ofert, wprowadzonego modyfikacją SIWZ z dnia 20 października 2017 roku jako niezgodnego z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako pzp).

Wnosząc odwołanie odwołujący powołał się na interes prawny w złożeniu odwołania jako potencjalny wykonawca, ponieważ zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu i powołał się na brak możliwości złożenia konkurencyjnej oferty w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów pzp, może ponieść on szkodę wskutek niezłożenia oferty prowadzącej do uzyskania zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący podniósł następujące zarzuty:

naruszenia art. 91 ust. 2 pkt 5) pzp i art. 91 ust. 2d pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp poprzez określenie kryterium oceny ofert w pkt. 20.7.2. ppkt 1 tomu I SIWZ - „Instrukcja dla Wykonawców” (dalej jako IDW) (w tekście pierwotnym IDW: pkt 20.7.2. lit. a), niezgodnie z zasadami określonymi w wyżej powołanych przepisach oraz zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący w oparciu o powyższe zarzuty sformułował następujące wnioski.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), tj. kryterium oceny ofert zawartej w pkt 20.7.2. lit. a) tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - „instrukcja dla Wykonawców” w sposób eliminujący nieprawidłowości opisane w odwołaniu, np. poprzez nadanie wskazanemu zapisowi brzmienia następującego:

„Kierownik Robót w zakresie urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

Za wskazanie każdego pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) na robotach związanych z Budową systemu ERTMS/ETCS - wykonawca otrzyma 1 punkt.

Maksymalnie wykonawca może otrzymać 10 punktów”.

Przenosząc to na istniejący stan rzeczy odwołujący domaga się wykreślenia przyznawania punktów w przypadku doświadczenia w zakresie SRK i ERTMS/ETCS przy skreśleniu SRK a pozostawieniu tylko ERTMS/ETCS.

W zakresie dowodowym odwołujący wniósł o:

dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia lub w dacie powołania dowodu.

Odwołujący konkretyzując w odwołaniu wniosł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z akt postępowania prowadzonego przed Krajową Izbę Odwoławczą pod Sygn. akt: KIO 1962/17, KIO 1930/17, dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E20 Kunowice - Terespol (z wyłączeniem węzła warszawskiego), nr postępowania: 6060/ICZ 5/25920/10640/16/P (dalej jako Zadanie E20), na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia to jest, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia wygrał wykonawca, który dysponował kadrą pochodzącą z zagranicy a były tam warunki punktacji w ramach kryterium oceny ofert, które podważa odwołujący w niniejszym postępowaniu.

Odwołanie zostało wniesione w związku z modyfikacją SIWZ (pn. „Modyfikacja SIWZ - Część II”), które zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego <http://www.plk-sa.pl> w dniu 20.10.2017r.

Wówczas punkt 20.7.2. lit. a) IDW otrzymał brzmienie następujące:

1) Kierownik Robót w zakresie sterowana ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

Za wskazanie każdego pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie sterowania ruchem Kolejowym lub Inspektora Nadzoru w zakresie sterowania ruchem kolejowym (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane):

a) na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej .... (....) stacjami - wykonawca otrzyma 1 punkt

b) na robotach związanych z Budową systemu ERTMS/ETCS - wykonawca otrzyma 1 punkt

Maksymalnie wykonawca może otrzymać do 6 punktów w zakresie poszczególnych podpunktów a) i b)

Odwołujący do tak sformułowanego kryterium oceny ofert podniósł, że sposób określenia przez Zamawiającego przytoczonego wyżej kryterium oceny pozostaje niezgodny z powołanymi przepisami ustawy, w szczególności pozostaje on w sprzeczności z obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadą proporcjonalności.

W pierwszej kolejności odwołujący zauważył, że w dotychczasowym brzmieniu SIWZ omawiany zapis oznaczony był jako jednostka redakcyjna pkt 20.7.2. lit, a). Natomiast w opublikowanej przez zamawiającego modyfikacji SIWZ z dnia 20.10.2017r. zamawiający oznaczył omawianą jednostkę jako pkt 20.7.2. ppkt 1. nie dokonując jednakże tożsamej

zmiany pozostałej treści pkt. 20.7.2. IDW, w którym w dalszym ciągu znajdują się odesłania do lit. a) (oraz lit. b)) tego punktu. Przy czym podczas rozprawy zarzut ten został w zakresie nieprawidłowego oznaczenia punktu 20.7.2. cofnięty po przyznaniu przez zamawiającego, że został mylnie oznaczony, ponieważ powinien być oznaczony pkt 20.7.2. lit, a) a nie pkt 20.7.2. ppkt 1.

Po drugie, zgodnie z art. 91 ust. 2d pzp zamawiający określa kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, umożliwiając sprawdzenie informacji przedstawianych przez wykonawców. W ocenie odwołującego, wprowadzone przez zamawiającego brzmienie omawianego kryterium oceny pozostaje natomiast sprzeczne z tymi wytycznymi. Zamawiający przewidział bowiem przyznawanie punktacji w ramach omawianego kryterium m.in. „za wskazanie każdych pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym lub Inspektora nadzoru w zakresie sterowania ruchem kolejowym (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej... (...) stacjami”. Zamawiający opisał zatem kryterium doświadczenia personelu w sposób niejasny i niezrozumiały dla wykonawców, albowiem nie jest wiadome, do sterowania jaką ilością stacji winny być przystosowane urządzenia sterowania ruchem kolejowym oraz systemu zdalnego sterowania, których budowy lub przebudowy ma dotyczyć wykazywane doświadczenie członka personelu wykonawcy. Z tej przyczyny nie jest również wiadome, w jakich przypadkach zamawiający przyzna wykonawcy punktację w ramach wskazanego kryterium, a w jakich przypadkach przyznania tej punktacji odmówi. Wykładnia cytowanego zapisu prowadzi natomiast do wniosku, że z całą pewnością celem niniejszego zapisu nie było samodzielne wpisanie przez poszczególnych wykonawców własnej „propozycji” co do ilości stacji, do których sterowania dostosowane mają być urządzenia sterowania ruchem kolejowym i systemem zdalnego sterowania, albowiem w istocie wypaczałoby to treść wskazanego zapisu i funkcji, jaką spełniają kryteria oceny ofert.

Po trzecie i niezależnie od powyższego odwołujący nadto wskazał, że zgodnie z art. 91 ust. 2 pkt 5) pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia.

Ciężar dowodowy w zakresie wykazania przed Izbą, iż określone przez zamawiającego kryterium w postępowaniu spełnia wymagania przepisów Pzp spoczywa na zamawiającym. Zamawiający musi udowodnić, że nadane konkretne określenie kryterium będzie miało

znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia. Granicą zaś ustanowionego kryterium jest każdorazowo kwestia zachowania zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności. Innymi słowy, zamawiający może określić kryterium oceny ofert w granicach jego zasadności i rzeczywistego znaczącego wpływu na jakość zamówienia do granicy naruszenia konkurencyjności i adekwatności środka do użytego celu.

Odwołujący oświadcza, że nie kwestionuje kryterium dotyczącego doświadczenia personelu co do zasady, ale kwestionuje sposób określenia tego kryterium dla konkretnego zadania.

Odwołujący kwestionuje sposób określenia kryterium bo jest nadmiarowe (nieproporcjonalne) i nieadekwatne w stosunku do rodzaju zamówienia, jak również do celu ustanowionego kryterium, a tym samym nie jest uzasadnione specyfiką zamówienia.

Zamawiający przyjął bowiem, iż będzie oceniał doświadczenie członka personelu, o którym mowa w pkt. 20.7.2. lit. a) IDW, uzyskane na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym lub Inspektora Nadzoru w zakresie sterowania ruchem kolejowym (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane):

- na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej... (...) stacjami;
- na robotach związanych z Budową systemu ERTMS/ETCS.

Obowiązki z zakresu sterowania ruchem kolejowym są większym zbiorem niż obowiązki z zakresu dotyczącego zabudowy systemu ERTMS/ETCS. W zakres czynności uznawanych za sterowanie (zabezpieczenie) ruchu kolejowego wchodzi system ERTMS/ETCS.

Zamawiający w treści SIWZ (IDW - pkt. 8.6.2.) w ramach warunków udziału w Postępowaniu podał, że wymaga wykazania się przez wykonawcę dysponowaniem m.in. następującymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

Kierownik Robót sterowania ruchem kolejowym -1 osoba;

Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS -1 osoba;

Projektant w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - 1 osoba;

W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.3 IDW wymagano jest wykazanie przez Wykonawcę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, zgodnie z poniższym wyszczególnieniem:

Kierownik Robót sterowania ruchem kolejowym -1 osoba;

Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym;

Doświadczenie co najmniej trzy [3] lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z, Budową lub Przebudową infrastruktury kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym

Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS – 1 osoba; uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym

Doświadczenie co najmniej trzy [3] lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru {w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej 4 stacjami, każda o ilości minimum 20 zwrotnic lub

co najmniej dwa [2] lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) na robotach związanych z Budową systemu ERTMS/ETCS.

Projektant w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS – 1 osoba. Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do projektowania, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym. Doświadczenie co najmniej 3 [trzy] lata doświadczenie na stanowisku projektanta związanym z projektowaniem w zakresie urządzeń zabezpieczenia i sterowania ruchem kolejowym, w tym co najmniej:

-1 [jeden] zrealizowany projekt związany z opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych, blokad liniowych, urządzeń przejazdowych, zdalnego sterowania - LCS), oraz

-1 (jeden) zrealizowany projekt związany z opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie systemu ERTMS/ETCS

lub

co najmniej 3 [trzy] lata doświadczenia na stanowisku projektanta związanym z opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie systemu ERTMS/ETCS.

W ramach kryterium oceny ofert „Doświadczenie Personelu Wykonawcy” sformułowanego w pkt. 20.7.2 IDW Zamawiający przewiduje natomiast przyznanie wykonawcom punktacji za doświadczenie dwóch spośród wskazanych wyżej osób, tj.:

Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS;

Projektanta w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS;  
Doświadczenie personelu Wykonawcy

Kryterium doświadczenie personelu Wykonawcy będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia poszczególnych członków personelu Wykonawcy, wg zasad opisanych poniżej.

Na wagę kryterium składają się wagi przypisane do poszczególnych członków personelu, wskazane w pkt a) - b) poniżej.

Za skierowanie do pełnienia funkcji wymienionych w pkt a) - b) poniżej, osób posiadających większe doświadczenie niż wymagane w warunku zdolność techniczna lub zawodowa, Zamawiający przyzna następującą ilość punktów:

1) Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

Za wskazanie każdego pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym lub Inspektora Nadzoru w zakresie sterowania ruchem kolejowym (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane):

a) na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej .... (.....) stacjami — wykonawca

otrzyma 1 punkt

b) na robotach związanych z Budową systemu ERTMS/ETCS - wykonawca otrzyma 1 punkt

Maksymalnie wykonawca może otrzymać do 5 punktów w zakresie poszczególnych podpunktów a) i b).

2) Projektant w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

Za wskazanie każdego pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku projektanta związanym z:

a) opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych, blokad liniowych, urządzeń przejazdowych, zdalnego sterowania - LCS) - wykonawca otrzyma 0,5 punktu;

b) opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie systemu ERTMS/ETCS wykonawcą otrzyma 1 punkt

W zakresie podpunktu a) wykonawca maksymalnie może otrzymać do 4 punktów.

W zakresie podpunktu b) wykonawca maksymalnie może otrzymać do 6 punktów.

Jak podkreśla odwołujący, zamawiający w ramach tego kryterium uznaje za szczególnie istotne dysponowanie przez wykonawcę, któremu powierzone zostanie zadanie, personelem



posiadającym doświadczenie uzyskane w zakresie projektowania i zabudowy systemu ERTMS/ETCS. Tym samym, punktacji w ramach omawianego kryterium „Doświadczenie Personelu Wykonawcy”, w zakresie w jakim kryterium to dotyczy stanowiska Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS powinno podlegać doświadczenie dotyczące zabudowy systemu ERTSM/ETCS, nie zaś jednocześnie doświadczenie dotyczące i sterowania ruchem kolejowym, i zabudowy systemu ERTMS/ETCS (tj. doświadczenie właściwe dla dwóch odrębnych członków personelu żądanych przez zamawiającego, tj. Kierownika Robót sterowania ruchem kolejowym oraz Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS).

Odwołujący nadto wskazał, że z praktyki realizacji inwestycji podobnych do objętej niniejszym postępowaniem wynika, że na rynku polskim:

dostępne są osoby, które posiadają opisane przez zamawiającego doświadczenie w zakresie robót dotyczących sterowania ruchem kolejowym (pkt 20.7.2. ppkt 1 lit. a), ale nie posiadają jednoczesnego doświadczenia w zakresie budowy systemu ERTMS/ETCS (pkt 20.7.2. ppkt 1 lit. b));

dostępne są osoby, które posiadają doświadczenie w zakresie budowy systemu ERTMS/ETCS (pkt 20.7.2. ppkt 1 lit. b)), ale nie posiadają jednocześnie opisanego przez zamawiającego doświadczenia w zakresie robót dotyczących sterowania ruchem kolejowym (pkt 20.7.2. ppkt 1 lit. a)).

Połączenie zatem przez zamawiającego punktowanego doświadczenia w zakresie sterowania ruchem kolejowym oraz w zakresie zabudowy systemu ERTMS/ETCS jako wymaganie stawiane jednej osobie prowadzi do istotnego ograniczenia kręgu osób, z których usług skorzystać może wykonawca, w szczególności istotnego ograniczenia kręgu osób mogących pełnić funkcję Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS dostępnych na rynku polskim.

Odwołujący wskazuje przy tym, że mimo ograniczonej dostępności na rynku polskim osób zdolnych do objęcia stanowiska Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS, posiadających doświadczenie opisane przez Zamawiającego w pkt. 20.7.2. IDW, zamawiający nie dopuszcza zarazem skorzystania przez wykonawców z udostępnienia na to stanowisko personelu zatrudnionego u podmiotu trzeciego, w szczególności podmiotu zagranicznego. W pkt. 23.1 IDW Zamawiający zastrzegł bowiem obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę „robót z zakresu przygotowania oprogramowania i jego instalacji w elementach systemu ERTMS/ETCS oraz uruchomienia i testów systemu ERTMS/ETCS”, co oznacza, że Zamawiający wymaga, ażeby wykonawca realizując zamówienie nie korzystał w zakresie wskazanej części zamówienia z usług podmiotu trzeciego i zrealizował ją własnymi siłami i zasobami, w tym za pomocą własnego personelu. Zastrzeżone wskazanym zapisem czynności przewidziane do osobistego

wykonania wchodzi natomiast w zakres obowiązków stanowiska Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS. Oznacza to tym samym, że żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie będzie mógł skorzystać z możliwości udostępnienia na jego rzecz na to stanowisko członka personelu (w szczególności osoby posiadającej kompletne wymagane przez zamawiającego doświadczenie, zdobyte poza granicami Polski) zatrudnianego przez podmiot trzeci, który działałby w charakterze podwykonawcy.

Tym samym, kwestionowany przez odwołującego zapis IDW, odczytywany łącznie z treścią całej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, niewątpliwie prowadzi do znacznego, a przy tym nieuzasadnionego (w szczególności nieuzasadnionego specyfiką zamówienia) ograniczenia konkurencji w ubieganiu się o udzielenie zamówienia w postępowaniu a może być w łatwy sposób zmieniony bez uszczerbku dla celu jaki postawił zamawiający temu wymaganiu.

Osiągnięcie przez zamawiającego zamierzonego skutku, któremu jak wskazano powyżej służy sformułowane przez zamawiającego kryterium oceny, zostanie zapewnione poprzez uwzględnienie przez zamawiającego przy przyznawaniu wykonawcom punktacji jedynie doświadczenia w zakresie zabudowy systemu ERTMS/ETCS uzyskanego przez członka personelu wskazanego na stanowisko Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS. Jeśli natomiast zamawiający w dalszym ciągu stałby na stanowisku, że zamierza uwzględniać przy punktacji zarówno doświadczenie w zakresie sterowania ruchem kolejowym, jak i zabudowy systemu ERTMS/ETCS, winien on stosownie rozdzielić przewidzianą w ramach omawianego kryterium maksymalną punktację (10 pkt) pomiędzy doświadczenie w zakresie sterowania ruchem kolejowym posiadane przez członka personelu wskazanego na stanowisko Kierownika Robót sterowania ruchem kolejowym (i przyznawać z tego tytułu maksymalnie 5 pkt), oraz doświadczenie w zakresie zabudowy systemu ERTMS/ETCS posiadane przez członka personelu wskazanego na stanowisko Kierownika Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS (i przyznawać z tego tytułu maksymalnie 5 pkt).

Odwołujący nadto wskazuje również w tym zakresie na czynności zamawiającego podejmowane w innym prowadzonym przez siebie postępowaniu, tj. postępowaniu dotyczącym Zadania E20, w którym, na podstawie modyfikacji SIWZ z dnia 05.05.2017 r. („Zmiana VI SIWZ”) zamawiający wykreślił z opisu wymaganego doświadczenia Kierownika Robót ETCS elementy odnoszące się do doświadczenia w zakresie sterowania ruchem kolejowym, pozostawiając jedynie doświadczenia w zakresie zabudowy systemu ETCS, i na tej tylko podstawie przyznając wykonawcom punktację w ramach kryterium doświadczenia personelu.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 05.05.2017 r. („Zmiana VI SIWZ”) dotyczące Zadania E 20;

Odwołujący nadto wskazał, że zgodnie z powołanym art. 7 ust. 1 pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W ocenie odwołującego, ale też w ujęciu obiektywnym zamawiający nie dysponuje argumentacją, która wskazywałaby na zgodność sformułowanego kryterium z regułą proporcjonalności. Z przytoczonych bowiem wyżej okoliczności wynika, że punktowane przez zamawiającego doświadczenie członka personelu wykonawcy, o którym mowa w pkt. 20.7.2, lit. a) IDW, w zakresie dotyczącym sterowania ruchem kolejowym, na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania „co najmniej ( ) stacjami”, nie będzie miało znaczącego wpływu na jakość wykonania zamówienia, albowiem osoba zajmująca omawiane stanowisko w istocie nie będzie wykonywać tego rodzaju czynności. Tym samym, sformułowane przez Zamawiającego kryterium oceny pozostaje w sprzeczności z przywołaną zasadą proporcjonalności, jak i przywołanym art. §1 ust. 2 pkt 5) pzp.

Tak argumentując odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest w pełni zasadne i powinno zostać uwzględnione w całości.

W trakcie rozprawy strony złożyły następujące wyjaśnienia i oświadczenia.

Pełnomocnik, radca prawny odwołującego wyjaśnia, że KIO 2124/17 dotyczyła dwóch zarzutów PFU i kryterium oceny ofert. Z uwagi na dokonaną przed rozprawą modyfikacją kryterium oceny ofert zarzut został cofnięty, a odwołanie było rozpatrywane w zakresie PFU. Co do KIO 2121/17 i 2110/17 nie przywołujemy postępowań KIO 2121/17 i 2110/17, bowiem kto inny wnosił odwołania i dotyczyły innych kwestii w zakresie SIWZ.

Sprawy KIO 1962/17 i 1930/17 przywołaliśmy z uwagi na to, że te odwołania dotyczą rozstrzygnięcia postępowania. Przy czym w toku postępowania przed złożeniem ofert Zamawiający dokonał modyfikacji postępowania w zakresie kryterium oceny ofert, które odpowiadają podniesionym przez nas zarzutom w zakresie kryterium oceny ofert w przedmiotowym odwołaniu.

Odwołujący:

Pełnomocnik radca prawny odwołującego wyjaśnia, że jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu w związku z przedmiotem zamówienia tj. wprowadzeniem systemu ERTMS, wymagane było doświadczenie w budowie systemu podstawowego sterowania ruchem kolejowym (SRK) i jednocześnie doświadczenie w budowie na tym systemie ERTMS, czyli wyższego stopnia systemu sterowania. Zmiana Zamawiającego warunków doświadczenia dla osób z uprawnieniami polegała na tym, że Zamawiający nie wymagał już jak pierwotnie doświadczenia w budowie systemu podstawowego sterowania i jednocześnie ERTMS, ale słowo „i” zamieniono na „lub” z uwagi na zdobycie wiedzy, iż takich osób z takim doświadczeniem trudno będzie znaleźć. Taka zmiana została wprowadzona. Jeżeli chodzi o kryteria oceny ofert, to w pierwotnych założeniach SIWZ, zamawiający przewidywał, że będzie punktował doświadczenie personelu tj., kierownika robót w zakresie systemu sterowania i ETCS oraz projektanta systemu sterowania i ETCS. Zamawiający przewidział, załącznik do wykazu osób, które mają być punktowane w ramach kryterium oceny ofert. Pierwotnie Zamawiający wymagał, aby wskazana osoba miała doświadczenie w zakresie systemu sterowania i ETCS. Przyznawał punkty w zależności od liczby inwestycji, na których wskazana osoba zdobyła doświadczenie. Wnieśliśmy odwołanie na ten, że zapis, któremu nadano numer 2124/17, 09.10.2017 r. Rozprawa była wyznaczona na 23.10.2017 r., a w dniu 20.10., zmieniono zapis, więc uznaliśmy odwołanie za bezprzedmiotowe i je cofnęliśmy. Zmiana, która została dokonana, na które wnosimy niniejsze odwołanie, dotyczy przyznawania punktów w ramach w/w stanowisk oddzielnie za doświadczenie zdobyte w ramach podstawowego systemu, maksymalnie 5 i oddzielnie za doświadczenie zdobyte w ramach systemu ETCS/ERTMS. Według naszej oceny punktacja będzie dotyczyła jednej osoby, której będzie przyznawano się osobno punkty za system podstawowy i za system wyższy. Uważamy, że przyznawanie punktów pod warunkiem posiadania doświadczenia w systemie podstawowym i ETCS jest niezgodne z warunkami udziału, bo przewidują, że osobno ma być wyznaczona osoba posiadająca doświadczenie w systemie podstawowym i osobno ma być osoba posiadająca doświadczenie w systemie ETCS. Tym bardziej, że SIWZ również przewiduje, że nie można łączyć dwóch stanowisk wyznaczając do nich jedną osobę. Uważamy, że system punktacji będzie niezgodny z art. 91 ust. 2, jak i z zasadą proporcjonalności, skoro osoby wyznaczone do wykonania zamówienia mają być odrębne do systemu podstawowego i ETCS. Uważam, że naruszona jest przede wszystkim zasada proporcjonalności pomiędzy wymogiem, co od ilości i rodzaju osób przeznaczonych do realizacji tj., osobno do systemu podstawowego i osobno do systemu ETCS w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, jako niemających żadnego związku. Warunki punktowania, jakie określił Zamawiający są oderwane od sposobu realizacji zamówienia zgodnie z wymogami dotyczącymi doświadczenia osób mających je realizować. My uważamy, że punktowaniu powinna podlegać dyspozycja osobą o doświadczeniu w ETCS, a nie z wymogiem posiadania również

doświadczenia w systemie SRK (sterowanie ruchem kolejowym). Uzasadniamy, że przedmiotem zamówienia nie jest system podstawowy tylko system ETCS. Co do zasady prace na tym odcinku objęte systemem SRK zostały już wykonane, bądź objęte zostały innym zadaniem.

W tym miejscu radca prawny zamawiającego okazuje aktualną treść, co do warunków udziału osób z dnia 20.10.2017 r. i odczytując je stwierdza, że kierownik budowy wystarczy, że będzie miał uprawnienia do kierowania robotami obejmującymi urządzenia sterowania ruchem kolejowym. Jeżeli chodzi o kierownika budowy to jego doświadczenie ma obejmować urządzenia SRK lub system BKJP (bezpiecznej kontroli jazdy pociągów). Kierownik robót SRK to jedna osoba. Jeżeli chodzi o uprawnienia, ma mieć je do kierowania robotami, który zakres obejmuje urządzenia SRK. Drugi kierownik robót ma mieć uprawnienia w SRK, ale doświadczenie w ETCS.

Zamawiający w tym miejscu wyjaśnia, że naszą ideą wymogów osób przeznaczonych do robót było, iż drugi kierownik robót ma mieć doświadczenie w bardziej skomplikowanym SRK, tj., zdalnym SRK lub też może wykazać się doświadczeniem w robotach ETCS. Wyjaśnia w tym miejscu, że ERTMS to jest cały europejski system sterowania ruchem kolejowym według dyrektywy. ECTS jest to część składowa kontroli, system umożliwiający kontrolę prowadzenia pociągu przez maszynistę (podzbiór).

W tym miejscu kontynuuje pełnomocnik odwołującego, że jeżeli chodzi o fachowców to jest część osób, które realizowały tylko parce w SRK i są fachowcy, którzy realizowali prace w systemie ETCS, a nie mają doświadczenia w zakresie wymaganym przez zamawiającego w systemie podstawowym. Ja wskazuję przykładowo dwa postępowania tj., E 20 Kunowice-Terespol i E 30 Podłęże-Rzeszów, które były przedmiotem rozpatrywania przez Izbę w sprawach, gdzie E 20 było przedmiotem rozpoznania przez Izbę KIO 1962/17 i 1930/17, ale ta kwestia nie była przedmiotem rozstrzygnięcia, ale zapis był podobny jak w naszym postępowaniu, że punktowane było doświadczenie osoby, która wykonywała roboty w SRK i ETCS. Maksymalną punktację uzyskały firmy posługujące się personelem zagranicznym.

System SRK modernizuje się od generalnie 20 lat, a ostatnio w okresie 10 lat system SRK modernizuje się, aby mógł przyjąć system ETCS. Wszystkie linie, które biegną przez różne kraje europejskie lub też przez całą Polskę (główne linie) wymaga się, aby one miały zmodernizowany system SRK. Uważam, że co najmniej od 10 lat prowadzi się modernizację SRK. Pierwszy pilotażowy program ECTS był w Polsce wprowadzony w 2010 r., na odcinku do Wrocławia. Pierwszy projekt niepilotażowy wdrażający ETCS podpisany został w 2012 r. Według mojej wiedzy zakończony jest tylko projekt pilotażowy, a rozpoczęte projekty ETCS w 2012 r., żaden nie został zakończony według mojej wiedzy. Istnieją w Polsce osoby, które posiadają doświadczenie w ECTS, ale nie posiadają doświadczenia z zakresu warstwy podstawowej SRK. Przyznaje, że według kryteriów można otrzymać punkty za doświadczenie

w SRK nie mając doświadczenie w ECTS, ale jeżeli poszczególna osoba nie ma jednocześnie opisanego doświadczenia w SRK i ECTS to nie ma możliwości uzyskania maksymalnie 10 punktów. Ja twierdzę, że w Polsce nie ma takich specjalistów, którzy mogliby uzyskać według tego kryterium maksymalną liczbę punktów, trzeba ich sprowadzić z zagranicy. Wywodzę to z przywołanego postępowania E 20 i E30 gdzie maksymalną ilość punktów otrzymała ta firma, która dysponowała osobami z zagranicy.

Zgłaszam wniosek o przeprowadzenie dowodu z akt postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego przez zamawiającego pod nazwą „zabudowa systemu ERTMS/ETCS poziom 2 na linii E 30 odcinek Podłęże-Rzeszów”, nr postępowania 6060/ICZ4/25921/10539/16/P. Poprzez wezwanie Zamawiającego do przedstawienia dokumentacji postępowania ograniczając się do zawiadomienia o wyborze oraz formularza oceny ofert w zakresie oceny doświadczenia personelu tj. zbiorczy formularz oceny oraz fragmentów treści ofert wykonawców, co do osób zgłoszonych na potrzeby wykazania doświadczenia zawodowego w zakresie kryterium oceny ofert. Składam wniosek na okoliczność, iż wybrany został wykonawca, który posiadał personel zagraniczny. Powyższy wniosek składam na okoliczność gdyby zamawiający zaprzeczał twierdzeniom przeze mnie złożonym.

Przywołuję wymóg SIWZ wskazujący na to, iż roboty ETCS mają być wykonane zasobem własnym (pkt 23. 1idw). Ja wiążę to również z postanowieniem o podwykonawstwie, ponieważ jeżeli wykonawca nie może wykonywać robót ETCS w formie podwykonawstwa, to ogranicza się jego udział w pracach zwłaszcza w sytuacji, gdzie na rynku polskim nie ma osób, które mają doświadczenie zarówno w SRK jak i w ETCS. Postanowienia dotyczące kryterium oceny ofert, nie są zgodne z zasadą proporcjonalności i uczciwej konkurencji, są nieadekwatne do przedmiotu zamówienia i zakresu realizacji zamówienia, w którym faktycznie będzie brał udział punktowany członek personelu wykonawcy. Nie zgłaszam dalszych wniosków dowodowych w tym miejscu. W tym miejscu pełnomocnik prawnik odwołującego podkreśla, że prace SRK, o których dzisiaj mowa, były prowadzone nie tylko, po to aby na zmodernizowany system SRK nałożyć system ERTMS/ETCS, bowiem sama modernizacja też była celowa i konieczna i daje efekty bez nakładania systemu ERMTS/ETCS. Ja ten wywód przedstawiam, żeby były w pełni zrozumiałe kwestie techniczne w zakresie samego SRK jak i możliwości ERMTS i ETCS. I podkreślam jeszcze raz, że sama modernizacja SRK daje efekty, bo urządzenia np. 30 letnie, wymienia się na nowoczesne.

Zamawiający:

Wnosi o oddalenie odwołania. Chciałbym na poparcie mojego stanowiska, co do prawidłowego kryterium oceny ofert, który kwestionuje Odwołujący przywołać stronę 6 PFU akapit 1 od góry, gdzie wyraźnie zaznacza się, że przedmiotem zamówienia są dwa etapy, gdzie pierwszy obejmuje SRK, a drugi etap obejmuje ERTMS i ETCS. Ponadto o tym świadczą również pkt 4.2 podpunkt 2 PFU, z którego również wynika, że dokonane będą także prace SRK. Z tych

zapisów wywodzę, że przedmiotem zamówienia nie jest jak twierdzi odwołujący, tylko ERTMS i ETCS, ale również roboty SRK jak i ERTMS/ETCS. Zaznaczam również, że dla mnie istotnym elementem jest, że Odwołujący nie kwestionuje warunków udziału, które przewidują posiadanie doświadczenia w SRK lub ETCS. Skoro warunek nie jest kwestionowany to uważam, że można w kryteriach oceny ofert premiować wykonawców, którzy będą mieli obydwie doświadczenia, czyli SRK jak i ERTMS jak i ETCS, gdyż oba te zakresy są związane z przedmiotem zamówienia. Również ze zdumieniem słucham wyводу o konieczności udziału wykonawców zagranicznych w związku z twierdzeniem odwołującego, że w Polsce nie ma takiego personelu, który miałby zarówno doświadczenie SRK, jak i jednocześnie ERTMS/ETCS. Przy czym PZP nie ogranicza udziału w zamówieniach tylko do wykonawców polskich. W świetle powyższego uważam, że w kontekście kwestionowanego kryterium oceny ofert jest wręcz przeciwnie, wskazane premiowanie za posiadanie doświadczenia zarówno w SRK jak i w ERTMS/ETCS. Także nie ma podstaw do uznania za przekonującą argumentację odwołującego, co do tego iż postanowienia SIWZ ograniczają podwykonawstwo tylko do wykonawców z rynku polskiego. Odnosząc się już do wniosku dowodowego to uważam, że nie może on stanowić o tym, że nie ma polskich osób, które mają doświadczenie zarówno w obu systemach. Jedynie może stanowić on o tym, że w tym postępowaniu wykonawca zaoferował określone osoby, jak wskazuje odwołujący z zagranicy. Odnosząc się do przywołanej sprawy KIO 2124/17, co do zmiany przez nas kryterium oceny ofert to chcę podnieść, iż żądanie modyfikacji przez odwołującego odnosiło się do długości linii, na której miało być zdobyte doświadczenie, a nie kwestii podnoszonej w tym odwołaniu o posiadaniu doświadczenia zarówno SRK jak i w ERTMS/ETCS. Już wtedy takie punktowanie za łączne posiadanie tego doświadczenia było przewidziane i tego odwołujący wówczas nie podważał, a skupił się na kwestii długości linii kolejowych. W mojej ocenie jest to więc zarzut nie tylko bezpodstawny, ale również spóźniony. Kolejno odnosząc się do kwestii wymogu, aby kryterium było jednoznaczne to uważam, że spełnia ono wymóg jednoznaczności a z niego wynika, że chcemy punktować najlepszego wykonawcę, czyli posiadającego pełen zakres doświadczenia do przewidzianego zamówienia. Przy czym należy mieć na uwadze, że osobną sprawą jest wymóg udziału, gdzie o doświadczeniu w systemach wstawiamy zwrot „lub”. Odnosząc się końcowo do wniosku dowodowego uważam, że on nie wykaże stawianej tezy przez odwołującego tj., że tylko osoby z zagranicy będą mogły być punktowane w związku z wymaganym w tym zakresie doświadczeniem w wskazanych systemach, a jedynie zmierza do wydłużenia postępowania i jak już wyżej powiedziałem nie odpowie, że na rynku polskim nie ma inżynierów posiadających doświadczenie zarówno z SRK jak i ERTMS i ETCS. W tym miejscu w związku z tym radca prawny odwołującego stwierdza, że w związku tym, iż zamawiający 20.10., dokonał korekty punktacji, której braki zarzucił odwołujący, nie stawia z tego powodu już zarzutu zamawiającemu. W związku z tym pełnomocnik zamawiającego nie

odnosi się w tej kwestii odwołania, bo są to postanowienia w SIWZ już nieistotne po dokonanej korekcie. Chodziło o numery jednostek redakcyjnych. Nie podtrzymuje zarzutów zawartych w punktach 9.3, dotyczących numeracji jednostek redakcyjnych i w pkt 9.4 uzasadnienia odwołania z powodu jak wyżej. W związku z tym pełnomocnik zamawiającego nie odnosi się do podniesionych kwestii w odwołaniu.

Po rozpatrzeniu argumentacji obu stron, co do wniosku odwołującego o dopuszczenie dowodu z akt postępowania prowadzonego przez zamawiającego na okoliczność, że na innym odcinku modernizacji linii kolejowej, zamawiający zmienił kryteria oceny ofert według aktualnych żądań odwołującego, Izba rozpoznała wniosek jak poniżej.

Izba postanowiła nie dopuścić wniesionego dowodu do przeprowadzenia z akt dotyczących E 20 i E 30, jako niesłużącego do wykazania tezy podniesionej we wniosku dowodowym o tym, iż na rynku polskim nie ma osób, które mają doświadczenie zawodowe zarówno w zakresie systemu podstawowego jak i ERTMS/ETCS. Uznając, iż wniosek przedłużyłby postępowanie, a rozstrzygnięcie sprawy jest możliwe w oparciu o przedłożoną dokumentację w tym dokonaną modernizację, zarówno w warunkach udziału jak i kryterium oceny ofert 20.10 2017 r.

Odwołujący:

W głosie końcowym podtrzymuje dotychczasowe wnioski i twierdzenia. Wnosi o uwzględnienie odwołania. Uważa, że postawiony sposób punktowania w pkt 20.7.2 podpunkt 1 idw powoduje, iż to kryterium „zlewa” wymogi, które w warunkach udziału wymagają dwóch stanowisk. Ponadto zasadniczą część tego zamówienia jest ERTMS/ETCS a nie SRK, które ma tylko charakter wspomagający. Zresztą zamawiający przewidział odrębnie kierownika robót do SRK tylko i wyłącznie. Zgodnie z zasadami ustawy to zamawiający ma obowiązek wykazania, że kryterium oceny ofert jest proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, zwłaszcza przywołanym w odwołaniu art. 91 ust 2 pkt 5, odnosi się do kryterium ustalonego dla osób, jeżeli ma to wpływ na jakość wykonania zamówienia. Natomiast takiej argumentacji przy kwestionowanych kryteriach oceny ofert ze strony zamawiającego nie przedstawiono. Zwracam uwagę, że art. 7 ust 1 o proporcjonalności odnosi się do całości postępowania, a nie tylko do warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wykazał, że tak sformułowane kryterium, które my kwestionujemy jest uzasadnione. Odnosząc się do mojego wniosku dowodowego nieprzyjętego wskazuję, że jest on o tyle zasadny, że stanowiłby dowód w sprawie rodzaju pewnego próbnika, iż nie ma jak twierdzą osób w Polsce, które mają doświadczenie zarówno w SRK jak i w ERTMS/ETCS.

Co do twierdzenia Zamawiającego, że dopiero dzisiaj kwestionuję tzw. zlewanie się wymogów odnoszących się do dwóch stanowisk przewidzianych w SIWZ to wskazuję tj. pkt 9.15 i 9.18 niniejszego odwołania. Wskazuję, że w poprzednim postanowieniu SIWZ zapis, co do kryteriów oceny ofert nie był tożsamy, że nie wiadomo jakiej treści byłoby rozstrzygnięcie odwołania gdyby nie zmiana SIWZ. Zwracam uwagę, że zapis w poprzedniej treści nie był taki



sam jak po zmianie 20.10.2017 r., więc nie może wprost odnosić się tak, jak to uczynił zamawiający do kwestii podniesionego zarzutu kryterium oceny ofert, jako rzekomo spóźniony. Nie kwestionując warunku udziału w postępowaniu, to idąc tropem realizacji zamówienia zamawiający powinien odrębnie ustalić punktację dla stanowiska kierownika robót SRK i odrębnie dla kierownika ERTMS/ETCS. Uzupełniająco prawnik odwołującego podkreśla, że w związku z odwołaniem się do postanowień PFU przez pełnomocnika zamawiającego wskazuje, że w całym zamówieniu parce SRK mają charakter marginalny, a zdecydowaną większość obejmują parce ERTMS/ETCS. Radca prawny uzupełniająco podkreśla, że każdorazowo kryterium oceny ofert należy odnieść do faktycznego zakresu robót przewidzianego dla danego stanowiska i rzeczywistości, w jakiej będzie realizowana inwestycja. Natomiast kierownik robót ETCS będzie miał przypisany zakres robót obejmujący ETCS, zaś do robót w zakresie SRK jest przewidziane odrębne stanowisko kierownika robót. Zamawiający:

Wnosi o oddalenie odwołania. Pełnomocnik radca prawny zamawiającego stwierdza, że stanowisko odwołującego w toku rozprawy ewoluuje, bo najpierw twierdzono, że w zakresie zamówienia nie ma w ogóle SRK, a później pojawia się około 90%, a ostatecznie decyduje się na twierdzenie, iż jest to zdecydowana większość, jeśli chodzi o ETCS. Ja z kolei nie określałam wielkości robót, ale roboty SRK są przewidziane w zamówieniu, jak również kryteria oceny ofert. Odnosząc się do postawionego warunku w zakresie SRK uważam, że odwołanie zmierza do ustalenia, aby warunki te były korzystne dla odwołującego, bo może nie dysponuje takimi osobami, jak opisane w kryterium oceny ofert. My chcemy wykonawcę z największym doświadczeniem w związku z tym uważam, że ograniczenie kryterium tylko do ETCS jest nieuprawnione. Muszę jeszcze raz odnieść do poprzedniego odwołania, w którym nie kwestionowano postanowień SIWZ w tym zakresie, co aktualnie a zapisy, bowiem były to wymogi w warunkach udziału SRK i ETCS jak również były wymogi w kryterium oceny ofert zarówno SRK jak i ECTS. Nie istotne w mojej ocenie jest stwierdzenie odwołującego, że nie wiadomo, jakie byłoby rozstrzygnięcie Izby, bo nie mogłaby rozpatrywać niepodniesionych zarzutów tj. nie mogłaby wejść poza zarzuty, więc i tak na pewno by pozostał w przypadku przez nią rozstrzygnięty pkt o łączne punktowanie SRK i ETCS.

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. ul. Targowa 74 03-734 Warszawa dnia 13 listopada 2017 r. w sprawie Odwołującego: Bombardier Transportation (ZWUS) Polska sp. z o.o. ul. Modelarska 12 40-142 Katowice przedłożył odpowiedź na odwołanie działając w oparciu o przepis art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2017 r., poz. 1579 t.j.), dalej: „Pzp” w odniesieniu do zarzutów przedstawionych w odwołaniu z dnia 30 października 2017 r., wnosząc o: oddalenie odwołania

w całości; obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

### **Izba zważyła**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpoznając wniesione odwołanie uwzględniła złożone na rozprawie wyjaśnienia jak i oświadczenia stron w sprawie a przywołane powyżej w ustaleniach Izby, przyjmując w poczet materiału dowodowego dokumentację przedstawioną przez zamawiającego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp to jest naruszenia art. 91 ust. 2 pkt 5) Pzp i art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp jak i podniesionych na ich podstawie zarzutów w zakresie opisu i ustalenia kryteriów oceny ofert Izba zważyła jak poniżej.

W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutu niewłaściwej numeracji (pkt 20.7.2.lit. a IDW) w związku z zmianą SIWZ w dniu 20.10.2017 roku to zamawiający przyznał, iż nastąpiła omyłka w podanej przez niego numeracji, w związku z tym zarzut nie został podtrzymany przez odwołującego. Natomiast odnosząc się do postawionego zarzut Izba stwierdza, że nie ma on charakteru merytorycznego w sprawie i w przypadku jego uwzględnienia nie decydowałoby powyższa okoliczność o uwzględnieniu odwołania, jako nie mająca wpływu na wynik postępowania a takie stanowisko wytycza treść art.192 ust.2 ustawy pzp. Powyższe stanowiska stron w sprawie zostały przedstawione powyżej w ustaleniach Izby z ustaleń rozprawy.

Co do drugiego zarzutu odnoszącego się do braku jednoznaczności, zrozumiałego, umożliwiającego sprawdzenie informacji przedstawionych przez wykonawców to Izba oceniając zapisy IDW zarówno co do warunków udziału w postępowaniu jak i kryteriów oceny ofert nie stwierdza braku jednoznaczności czy też braku zrozumiałego zapisu IDW. W tym zakresie Izba podziela argumentację zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie.

Również zarzut co do merytorycznej treści postanowień IDW w zakresie kryteriów oceny ofert związanych z kwalifikacjami i doświadczeniem personelu wykonawców Izba również nie stwierdza naruszenia przepisów i podziela w tym zakresie stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie jak i na rozprawie. W ocenie Izby wymagane doświadczenie i kwalifikacje przy kryterium oceny ofert ma bezpośredni wpływ na jakość świadczenia w przedmiotowej sprawie. Jak ustalono na rozprawie system SRK jest systemem

podstawowym, który jest bazą dla systemu ERTMS jak i ETCS. Również zamawiający wykazał, że przedmiotem zamówienia nie tylko są systemy ERTMS i ETCS ale również przynajmniej budowa / przebudowa systemu SRK (przywołane powyżej w ustaleniach postanowienia PFU). Izba przyznaje rację stanowisku zamawiającego o tym, że dodatkowe punktowanie posiadanego przez wykonawcę to jest jego personel doświadczenia we wszystkich systemach w przypadku poszczególnej osoby stanowi o wyżej wartości kadry w stosunku do kadry, która zna tylko jeden z systemów to jest albo SRK albo ERTMS jak i ETCS. Tym bardziej, że budowa systemu ERTMS i ETCS następuje po zabudowie systemu SRK jako bazowego. Punktowanie kwalifikacji i doświadczenia przyjęte przez zamawiającego gwarantuje nie tylko jakość ale i większą gwarancję powodzenia w realizacji zadania w przypadku zaangażowania personelu znającego obydwa systemy. Reasumując skoro system SRK jest bazą dla systemów ERTMS i ETCS to oczywistym wydaje się, że znajomość podstawowego systemu gwarantuje w większym stopniu wdrożenie systemu ERTMS i ETCS. Również nie uzasadniona wydaje się argumentacja odwołującego, że skoro zamawiający rozdzielił doświadczenie w systemach w warunkach udziału (skreślił spójnik „i” zastępując go zwrotem „lub”) to nie może ich połączyć w kryteriach oceny ofert w sytuacji gdy system SRK jest bazą dla systemów ERTMS i ETCS. Okoliczność, że w innym postępowaniu zamawiający przyjął w analogicznej sytuacji inną punktację w kryterium oceny ofert co do kwalifikacji personelu nie wyklucza, że nie może jej zmienić w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zwłaszcza jeżeli jest to uzasadnione jak w przedmiotowej sprawie. Również okoliczność, że innym postępowaniu dotyczącym zbieżnego przedmiotu zamówienia zgłosiły się czy też wybrano ofertę, która zgłasza osoby z zagranicy nie jest dowodem, że w Polsce brak osób posiadających wymagane czy też punktowane doświadczenie i kwalifikacje. Tym bardziej, że odwołujący nie przedstawił podstaw prawnych i uzasadnienia do ograniczenia udziału w postępowaniu tylko do rynku polskich wykonawców.

W związku z powyższym Izba podziela argumentację zamawiającego przedstawioną na rozprawie jak i w odpowiedzi na odwołanie co przedstawione zostaje poniżej.

„Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 2 pkt 5) Pzp i art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ustalenie i opisanie kryterium oceny ofert w pkt. 20.7.2 ppkt 1 IDW niezgodnie z zasadami określonymi w wyżej powołanych przepisach, zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zamawiający niniejszym informuje, iż nie zgadza się z ww. zarzutami wskazując, iż są one całkowicie bezpodstawne, a odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Wbrew twierdzeniom zawartym w pkt 9.1 - 9.4 Odwołania, obecnie punkt 20.7.2. nie brzmi w sposób przywoływany w odwołaniu, lecz w zakresie objętym odwołaniem ma następujące brzmienie:

„20.7.2. Doświadczenie personelu Wykonawcy

Kryterium doświadczenie personelu Wykonawcy będzie rozpatrywane na podstawie doświadczenia poszczególnych członków personelu Wykonawcy, wg zasad opisanych poniżej.

Na wagę kryterium składają się wagi przypisane do poszczególnych członków personelu, wskazane w pkt 1) - 2 ) poniżej.

Za skierowanie do pełnienia funkcji wymienionych w pkt 1) - 2) poniżej, osób posiadających większe doświadczenie niż wymagane w warunku zdolność techniczna lub zawodowa. Zamawiający przyzna następującą ilość punktów:

Kierownik Robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

Za wskazanie każdych pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym lub Inspektora Nadzoru w zakresie sterowania ruchem kolejowym (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane):

a) na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych i liniowych) oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej 4 (czterema) stacjami - wykonawca otrzyma 1 punkt:

b) na robotach związanych z Budową systemu ERTMS/ETCS - wykonawca otrzyma 1 punkt. Maksymalnie wykonawca może otrzymać do 5 punktów w zakresie poszczególnych podpunktów a) i b).

2) Projektant w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS - waga 10%

Za wskazanie każdych pełnych 12 miesięcy doświadczenia na stanowisku projektanta związanym z:

a) opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie urządzeń sterowania ruchem kolejowym (stacyjnych, blokad liniowych, urządzeń przejazdowych, zdalnego sterowania – LCS) - wykonawca otrzyma 0.5 punktu:

b) opracowaniem dokumentacji projektowej w zakresie systemu ERTMS/ETCS wykonawca otrzyma 1 punkt

W zakresie podpunktu a) wykonawca maksymalnie może otrzymać do 4 punktów.

W zakresie podpunktu b) wykonawca maksymalnie może otrzymać do 6 punktów

Wskazać należy, że odwołanie w tej części odnosi się do nie istniejących już postanowień, a tym samym odwołanie w tym zakresie jest bezzasadne.

Odnosząc się do tez zawartych w pkt 9.5 - 9.7 odwołania, Zamawiający wskazuje, że argumentacja tam wskazana jest całkowicie niezrozumiała i nie wiadomo tak naprawdę w jakim celu została przytoczona. W szczególności Zamawiający wskazuje, że z jednej strony Odwołujący zdaje się kwestionować kryterium oceny oferty polegające na punktowaniu doświadczenia Personelu, a z drugiej wskazuje, że jest to działanie dopuszczalne i zgodne z przepisami ustawy Pzp.

W ocenie Zamawiającego aktualne brzmienie kryterium jest zgodne z przepisami ustawy Pzp, bowiem ustawa dopuszcza ustanowienie jako kryterium wyboru kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia oraz proporcjonalne do celu jakiemu ma służyć.

Zgodnie z pkt 8.6.2 IDW wykonawcy są zobowiązani wykazać, że będą dysponować m.in. Kierownikiem robót w zakresie sterowania ruchem kolejowym w tym urządzeń przytorowych ETCS posiadającym następujące uprawnienie i doświadczenie

„Uprawnienia (kwalifikacje zawodowe) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi, których zakres obejmuje urządzenia sterowania ruchem kolejowym  
Doświadczenie co najmniej trzy [3] lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika Robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane i w zakresie sterowania ruchem kolejowym na robotach związanych z Budową lub Przebudową komputerowych urządzeń sterowania ruchem (stacyjnych i liniowych] oraz systemu zdalnego sterowania, położonych na magistralnej lub pierwszorzędnej linii kolejowej, przystosowanych do sterowania co najmniej 4 stacjami, każda o ilości minimum zwrotnic

lub

co najmniej dwa (2) lata doświadczenia, na stanowisku Kierownika Budowy lub Kierownika robót lub Inspektora Nadzoru (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane) na robotach związanych z budową systemu ERTMS/ETCS. "

W ocenie Zamawiającego opis spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz opis kryterium oceny ofert są ze sobą skorelowane. W obu przypadkach opis dotyczy tego samego stanowiska, a zakres wymaganego doświadczenia w zakresie prac srk pokrywa się ze sobą. Zamawiający wskazuje, iż warunek w powyższym brzmieniu nie był kwestionowany przez wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, co daje możliwość wywiedzenia poglądu, iż spełnia on „tzw. kryterium proporcjonalności”. Zatem, drogą dedukcji uznać należy, iż opisane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert również spełnia ww. kryterium.

Na gruncie zamówień publicznych proporcjonalność to zachowanie właściwej proporcji do przedmiotu zamówienia, czyli nie jest w stosunku do niego nadmierny, nie zaś wyłącznie taki, który pozostaje w określonym arytmetycznym stosunku do niego." [KIO 786/16]

Przytoczenia wymaga również uchwała KIO w brzmieniu:

„Opis sposobu oceny ofert w wyznaczonych kryteriach, który zgodnie z art. 91 ust. 2 p.z.p. ma się odnosić do przedmiotu zamówienia, a nie pozostawać tożsamym z opisem przedmiotu zamówienia, musi sprowadzać się do definicji całościowej i autonomicznej." (KIO/KD 66/15)

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego Zamawiający wskazuje, iż znaczna część prac związanych z realizacją przedmiotowej inwestycji to prace związane z systemem sterowania ruchem kolejowym i jego integracji z systemami ERTMS/ETCS (przykładowo pkt 4, 5 PFU). W związku z tym w ocenie Zamawiającego opisane przez niego kryterium oceny ofert wpisuje się w sposób literalny w przedmiot niniejszego zamówienia.

Zamawiający wskazuje, iż z PFU wyraźnie wynika, iż prace związane z ERTMS/ETCS i systemami srk będą się ze sobą łączyły i wzajemnie uzupełniały. Dlatego też - zdaniem Zamawiającego - zarzut rzekomej nieproporcjonalności jest niezasadny.

Równie niezrozumiałe są tezy zawarte w pkt 9.12 Odwołania. Jeżeli przedmiotem zarzutu Odwołującego jest fakt, że na spełnienie warunków udziału w postępowaniu Zamawiający żądał trzech stanowisk, a na kryterium oceny tylko dwóch i okoliczność ta ma świadczyć o błędnym opisie kryterium, to zarzut ten jest absurdalny i całkowicie chybiony. W pierwszej jednak kolejności wskazać należy, że od pierwszego ogłoszenia SIWZ w tym postępowaniu, Zamawiający żądał na spełnienie warunków udziału osób na konkretne stanowiska i w ramach kryterium oceny ograniczył ilość stanowisk do 2 i to tych, które są w obecnym brzmieniu. Zmieniał się tylko opis doświadczenia tych osób, w związku z czym należy uznać, że w tym zakresie zarzut jest co najmniej spóźniony. Niezależnie jednak od tego, wskazać należy, że to te dwa konkretne stanowiska są kluczowe z punktu widzenia realizacji przedmiotu zamówienia i to doświadczenie osób na tych stanowiskach będzie miało realne przełożenie na należyte wykonywanie zobowiązania.

Zamawiający z całą odpowiedzialnością stwierdza, że odwołanie zmierza tylko i wyłącznie w tym kierunku, aby to Odwołujący - dysponujący określonym personelem - mógł uzyskać maksymalną ilość punktów w kryterium doświadczenie. Odwołujący całkowicie pomija fakt, jaka jest idea ustanowienia pozacenowych kryteriów oceny ofert i że z założenia tych kryteriów wynika, że być może nie wszyscy zainteresowani udziałem w postępowaniu przetargowym spełnią wymagania Zamawiającego w tym zakresie. Jeżeli więc przedmiot zamówienia obejmuje prace związane z komputerowymi urządzeniami sterowania ruchem, systemem zdalnego sterowania oraz systemu ERTMS/ETCS, to Zamawiający ma prawo punktować doświadczenie w poszczególnych „branżach”.

Odwołujący całkowicie mylnie i w sposób zaburzający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, próbuje wskazywać, że na rynku polskim nie ma osób, które spełniałyby wszystkie wymagania punktowe. Rozważania te są całkowicie chybione z kilku powodów. Po pierwsze ogłoszenie nie jest skierowane tylko i wyłącznie do podmiotów, które działały na rynku polskim. Po drugie - na co wskazywano powyżej - kryteria oceny nie są wymaganiami minimalnymi, które muszą spełnić wykonawcy. Jest rzeczą logiczną i zgodną z intencją ustawodawcy, że w przypadku pozacenowych kryteriów punktuje się te cechy, które pozwalają na lepsze wykonanie zamówienia lub pozwalają uzyskać dodatkowe korzyści po stronie Zamawiającego. Po trzecie, Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił przytoczanej okoliczności i póki co jest to jedynie gołosłowne twierdzenie.

Odnosnie też z pkt 9.16 i nast. w zakresie braku możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w zakresie wymaganych stanowisk, to zwrócić należy uwagę, że żaden wykonawca nie kwestionował tych postanowień, w związku z powyższym argumentacja w tym zakresie jest całkowicie do pominięcia, jako spóźniona.

Odnosząc się do powoływania na inne postępowanie prowadzone przez Zamawiającego, Zamawiający wskazuje, że okoliczność ta nie ma żadnego znaczenia przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy, gdyż Izba ma obowiązek orzekać w ramach konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie badać czy w innym postępowaniu kryteria zostały określone właściwie.

Dlatego też odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający pragnie również wskazać, iż o ile w przypadku warunków udziału w postępowaniu jest zobowiązany przestrzegać reguł proporcjonalności w sposób szczególny z uwagi na bezpośrednie dyrektywy prawne wynikające z prawa krajowego, jak i unijnego to w przypadku kryteriów oceny ofert Zamawiający nie jest ww. regułami związany. Opis sposobu warunków udziału w postępowaniu ma umożliwić udział w postępowaniu w sposób niegodzący w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, natomiast w ramach kryterium oceny ofert Zamawiający ma możliwość punktowania dodatkowego doświadczenia ponad normy opisane w ramach warunków udziału w postępowaniu w celu umożliwienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Zamawiający zauważa również, iż powoływany przez Odwołującego tzw. test proporcjonalności odnosi się do warunku udziału w postępowaniu, a nie do kryterium oceny ofert. Podobnie przywołane wyroku Trybunału Sprawiedliwości są nieadekwatne do zaistniałego stanu faktycznego. Wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C- 234/03, wyrok z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C 376/08, gdyż również odnosiły się do warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający pragnie wskazać, iż Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż aktualny opis kryterium oceny ofert uniemożliwia mu złożenie skutecznej i konkurencyjnej oferty w

postępowaniu. Zauważenia bowiem wymaga, iż określone kryteria oceny ofert nie muszą umożliwiać wszystkim wykonawcom zainteresowanym udziałem w postępowaniu uzyskanie maksymalnej liczby punktów. Takie rozwiązanie przeczyłoby bowiem istocie określania kryteriów oceny ofert i konkurowaniu firm w postępowaniu.

Mając na względzie powyższe zamawiający wnosił jak na wstępie odpowiedzi na odwołanie.”

Reasumując Izba orzekła jak w sentencji wyroku, oddalając odwołanie, nie znajdując podstaw do jego uwzględnienia na mocy art.192 ust.2 ustawy pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 w związku z § 5 ust.2 pkt 1) 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. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.poz. 47) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione na pełnomocnika zgodnie z przedstawioną fakturą vat przez tego pełnomocnika.

Przewodniczący: .....