

Sygn. akt: KIO 2173/19

WYROK
z dnia 12 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 października 2019 r. przez **Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Nokia Solutions and Networks Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Rodzin Hiszpańskich 8 (02-685 Warszawa), **PKP TELKOL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy Al. Jerozolimskich 142B WEST STATION II (02-305 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie przy ul. Targowej 74 (03-734 Warszawa)

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Aldesa Construcciones Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Postępu 18a (02-676 Warszawa), **Aldesa Construcciones S.A.** z siedzibą w Madrycie, c/Bahia de Pollensa 13 (28042 Madryt), **Aeronacal de Construcciones e Instalaciones SA (ACISA)** z siedzibą w Madrycie, c/Bahia de Pollensa 13, (28042 Madryt), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PKP TELKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Nokia Solutions and

Networks Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz PKP TELKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

2.2 Zasądza od Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, PKP TELKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Zamawiającego – PKP PLK SA z siedzibą w Warszawie kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – PKP PLK S.A z/s w Warszawie na *zaprojektowanie, dostawę i instalację elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych w ramach realizacji projektu pn. „projekt, dostawa i instalacja elementów prezentacji dynamicznej informacji pasażerskiej oraz systemu monitoringu wizyjnego wraz z infrastrukturą techniczną na dworcach, stacjach i przystankach kolejowych”* (nr postępowania: 9090/IRZU/00019/00211/19/p), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.01.2019 r., 2019/S 014-029765, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Nokia Solutions and Networks Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i PKP TELKOL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako Odwołujący), wnieśli w dniu 28 października 2019r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2173/19).

W dniu 31.10.2019 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones SA, Aeronacal de Construcciones e Instalaciones SA (ACISA) – dalej jako Konsorcjum Aldesa/Aldesa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj.:

- 1) art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91c ust. 5 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie po zakończeniu aukcji wezwania Konsorcjum Aldesa do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty w sytuacji zaistnienia uzasadnionych podstaw do jej przeprowadzenia, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia tej oferty;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 91c ust. 5 i 1 a contrario w zw. z art. 91d ust. 2 w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieodrzućenie oferty Aldesa, której złożenie z zaproponowaną w toku aukcji ceną stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i zamierzenie realizacji zamówienia poniżej kosztów nabycia lub wytworzenia, jak też stanowi manipulację składnikami ceny poprzez zniżenie niektórych pozycji kosztowych i zawyżenie innych;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Aldesa mimo, iż jest ona niezgodna z siwz ze względu na niedochowanie wymogów dotyczących wyceny ofert (sporządzenie Rozbicia Ceny Ofertowej) wskazujących na obowiązek ujęcia w RCO w każdej pozycji wszystkich kosztów realizacji czynności z tej pozycji, co ujawniło się dopiero po obniżeniu cen w toku aukcji, gdyż w jej wyniku poszczególne pozycje RCO nie zawierają składników wymaganych przez siwz;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez brak odrzucenia oferty Aldesa mimo, że ta nie zawiera wykazu części zamiennych zgodnie z pkt 6.4.10 OPZ, a zatem Aldesa sporządziła ofertę niezgodnie z siwz;
- 5) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Aldesa ze względu na niespełnienie warunków z pkt 8.6.1. lit f.) siwz, ewentualnie art. 26 ust. 4 Pzp poprzez niewyjaśnienie, czy złożone referencje dotyczą sieci dostępowej;
- 6) art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z § 14 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej jako „Rozporządzenie Dokumentowe”) poprzez brak wezwania do uzupełnienia informacji z KRK dla osób: A. K., E. K., K. K., K. P., K. Z., M. L. Pach z IVIA S.A., albowiem informacje nie zostały poświadczone zgodnie z § 14 ust. 4 Rozporządzenia Dokumentowego, a weryfikacje podpisów elektronicznych dają wynik negatywny (podpis nieprawidłowy), czyli nie da się ustalić poświadczenia elektronicznego, a brak uzupełnienia takiego braku skutkować winien wykluczeniem;
- 7) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, który to zarzut jest konsekwencją powyższych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty Aldesa, wykluczenia Aldesa, ewentualnie wezwanie Aldesa na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 do uzupełnienia informacji KRK oraz wyjaśnienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zarzuty 1-3

Zarzuty dotyczą zaoferowanej w toku aukcji elektronicznej ceny brutto 223.221.624,07 zł, stanowiącej jedynie 63,44% ceny pierwotnej (351.842.893,66 zł), która powinna podlegać ocenie pod kątem wystąpienia ceny rażąco niskiej oraz czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego, chociaż poziom wielu cen jednostkowych (elementów składowych) po aukcji stał się rażąco niski oraz narusza przepisy ustawy UZNK wskazując na oferowanie sprzedaży tych składników poniżej ceny ich nabycia. Zamawiający opisał w pkt 20.8.27 rozdział 20 siwz, zasady dokonywania przeliczenia – obniżenia wszystkich cen jednostkowych proporcjonalnie do obniżki ceny całkowitej oferty w toku aukcji, czego świadomość powinni mieć wykonawcy, jak również powinni mieć na uwadze to, że rażąco zaniżenie wyceny elementów oferty może być podstawą do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Zamawiający wyraźnie zastrzegł, iż nie jest możliwe wliczanie kosztów wykonania jakiejś pozycji RCO w inną pozycję RCO (rozdział 13 pkt 13.4 siwz (IDW)). W rozdziale 1

„informacje ogólne” Zamawiający wskazał, że „Kwoty wykazane przez wykonawcę we wszystkich pozycjach Rozbicia Ceny Ofertowej muszą być w odpowiednim stosunku do kosztów wykonania robót opisanych w przedmiocie zamówienia”. Niedozwolone było przerzucanie cen - „rotowanie cenami”, między poszczególnymi pozycjami RCO. Aldesa dopuszczając się tego powinna być już tego powodu odrzucona (jej oferta). Stanowi to o niezgodności oferty z siwz – sposobem sporządzenia wyceny.

Wskutek obniżki cen w toku aukcji osiągnięty został poziom cen w wielu pozycjach niemożliwy do uzyskania, niepokrywający kosztów wykonania świadczeń. Odwołujący wskazał te pozycje, które świadczą o rażąco niskiej cenie oferty Aldesa (tabela, str. 9-11 odwołania), porównując wysokość ceny jakie zaproponowała Nokia Solutions and Network w swojej ofercie za komponenty pochodzące od Nokia Solutions and Networks. Dotyczy to kosztów wykonania sieci dostępowej WAN, infrastruktury obiektowej LAN, zaniżonych do tego stopnia, iż wydaje się, że Aldesa pominęła w całości obowiązek dostarczenia urządzeń i wykonania usługi wyceniając jedynie roboty budowlane. Zaniżone koszty uwidocznione w tabeli są „rekompensowane” w pozycjach dotyczących analiz technicznych, prac koncepcyjnych i projektowych, tj. kosztów które Zamawiający poniesie na samym początku realizacji umowy. Takie manipulowanie cenami jest niedozwolone i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji prowadząc do uzyskania przewagi nad konkurentami.

Zamawiający wymagał, aby wszystkie elementy sieci dostępowej systemów były zarządzane z systemu NSP 5620 SAM – opracowanego przez NSN, który nie daje możliwości zarządzania urządzeniami strony trzeciej, tj. urządzeniami nie pochodzącymi od NSN (nie ma takiej funkcjonalności). Ponieważ Zamawiający nie ma prawa dostępu do kodów źródłowych nie będzie możliwe wprowadzenie modyfikacji i zarządzania takimi urządzeniami podmiotów trzecich. Aldesa nie wystąpiła do żadnej spółki z grupy NSN, która mogłaby zaoferować jej urządzenia zarządzane przez istniejący system lub zapytać o możliwość modyfikacji systemu u Zamawiającego. Koszt rynkowy urządzeń został uwzględniony w ofercie Odwołującego o kilkanaście milionów wyższy od tego, jaki Aldesa przyjęła w swojej ofercie. Przysługujące Zamawiającemu na podstawie umowy nr 90/109/0002/18/Z/I prawo do modyfikacji i rozwoju oprogramowania oraz przeniesienia licencji na osobę trzecią (np. Aldesa) nie obejmuje prawa do ingerencji w kody źródłowe i ich modyfikacji (subklauzula 21.2 umowy). Odwołujący jako autor systemu oświadczył, iż system nie posiada możliwości rozwojowych, które bez zakupu/uzyskania dodatkowych uprawnień na zarządzania urządzeniami strony trzeciej pozwalałyby na jego dostosowanie do zarządzania urządzeniami innych producentów niż tych, które natywnie są zarządzane przez System.

Jako nierynkowe Odwołujący wskazał ceny za czujnik obecności pociągu (3850 zł przy realnym koszcie 11.000 – 12.000 zł), zegary stacyjne, systemy wspomaganie słuchu, stanowisko oglądowe, konsola CSDIP.

Jako zmanipulowaną Odwołujący wskazał cenę za stanowisko Oglądowo-Administracyjne, która stanowi aż 2019% ceny Odwołującego. Ponadto cena za obiekty peronowe, za analizy, projekty i dokumentacje w odniesieniu do cen Odwołującego są zawyżone (odpowiednio 272% i 161%). Podobna sytuacja dotyczy ceny za serwerownie GS1.

Aldesa powinna być wezwana do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, a wezwanie to nie byłoby konieczne w sytuacji, gdyby w związku z wyliczeniami Odwołującego Izba uznała za zasadny wniosek, że cena jest rażąco niska. Ustalenie ceny na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to aby uzyskać zamówienie, narusza dobre obyczaje kupieckie i może stanowić czy nieuczciwej konkurencji.

Zarzut nr 4

W ocenie Odwołującego oferta nie spełnia wymogu z pkt 6.4.10 OPZ dotyczącego wymiarowania części zamiennych.

Zarzut nr 5

Aldesa nie spełnia warunku z pkt 8.6.1 lit f. siwz (doświadczenia), gdyż projekt w Meksyku, jak i projekt w Rzeszowie nie spełniają wymogu dotyczącego 50 km światłowodu, jak również sieci dostępowej. Realizacja w Rzeszowie została przedstawiona jako całość i nie wiadomo w jakiej części jest dostępową, a w jakiej agregacyjną i szkieletową. Zamawiający wymagał doświadczenia na zakres podobny do tego przetargu, a więc na sieć dostępową. Aldesa wprost wskazała, że jest tam tylko 20 km światłowodu, a długość ulicy (168 km) nie jest odzwierciedleniem zasięgu sieci. Stąd Aldesa wskazała inną inwestycję (poz. 7 tabeli uzupełnionej) – w Meksyku. W ocenie Odwołującego również ten projekt nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Z referencji nie wynika, aby dotyczyła ona sieci dostępowych wykonanych w technologii światłowodowej.

Zarzut 6

Dotyczy informacji z KRK nieprawidłowo poświadczonych – nie da się ustalić poświadczenia elektronicznego.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym przed otwarciem rozprawy złożył w piśmie z dnia 12.11.2019 r. odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91c ust. 5 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazał, iż nie zachodziły ustawowe przesłanki do wezwania Konsorcjum Aldesa o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, gdyż zaoferowana cena przewyższa znacząco

szacunek Zamawiającego i nie zostały spełnione przesłanki opisane w art. 90 ust. 1 Pzp (poziom różnicy ceny do średniej arytmetycznej oraz wartości zamówienia). Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia kwotę 195.453.726,94 PLN, a cena oferty Aldesa po aukcji wyniosła 181.481.000,00.

Dla rozwiania wątpliwości Zamawiający wezwał w dniu 5.11.2019 r. (po złożeniu odwołania) Aldesa do złożenia wyjaśnień, które otrzymał w dniu 8.11.2019 r. Tym samym zarzut zaniechania wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień utracił na aktualności. Ponadto ocena złożonych wyjaśnień utwierdziła Zamawiającego w przekonaniu, że zaproponowana cena nie stanowi ceny rażąco niskiej.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Adlesa jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji (manipulacji cenami jednostkowymi RCO), Zamawiający wskazał na brak dowodów, które miałyby uzasadniać twierdzenie, iż ceny są niemożliwe do osiągnięcia. Odnośnie urządzeń dostępne są inne nie tylko producenta Nokia, zgodne z systemem NSP 5620 SAM, których ceny mogą się znacząco różnić. Dokumentacja nie zawężała sposobu wykonania poszczególnych prac. System zarządzający (NSP 5620 SAM) wykorzystuje otwarte standardowe interfejsy w celu umożliwienia współpracy z innymi systemami monitorowania i zarządzania, co stanowiło jeden z wymogów dla zamówienia zrealizowanego przez Odwołującego na zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu: „Budowa infrastruktury systemu ERTMS/GSM-R na liniach kolejowych PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w ramach NPW ERTMS”. System posiada zatem możliwość zarządzania urządzeniami strony trzeciej, tj. pochodzącymi nie od NSN. Zamawiający założył, że zakupiony od Odwołującego system NSP 5620 SAM pozwoli tak na zarządzanie, jak i nadzór urządzeniami podmiotów trzecich w ramach istniejącej funkcjonalności systemu (subklauzula 21.2 i 21.3 umowy nr 90/109/0002/18/Z/I).

Co do niezgodności oferty z siwz – braku wykazu części zamiennych wymaganych zgodnie z pkt 6.4.10 OPZ Zamawiający wskazał, iż zarzut ten jest spóźniony i powinien być pozostawiony bez rozpoznania. Odwołujący składał wcześniej odwołania, w tym wobec zapisów siwz jak i czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawcy Trakcja PRKiL S.A. Mógł zatem analogicznie wnieść odwołanie na czynność zaproszenia Aldesa do aukcji wskazując na niezgodność jej oferty z siwz. Termin na zgłoszenie takiego zarzutu (złożenie odwołania upłynął w dniu 20.07.2019 r.). Z ostrożności, gdyby Izba nie podzieliła tej oceny, Zamawiający wskazał na bezzasadność zarzutu w świetle postanowień pkt. 6.1.10 OPZ, z którego wynika, iż oferta miała uwzględniać dostępność części zamiennych. Zgodnie z zapisami pkt. 6.1 ppkt 3 dane o typie i numerach fabrycznych wszystkich części zamiennych miały być przedstawione Zamawiającemu nie później niż 14 dni przed zgłoszeniem gotowości do odbioru końcowego. Wykaz części zamiennych nie był wymagany na etapie

składania oferty (pkt 15 IDW). Niezależnie od tego wskazał na brak szczegółowych wymagań co do zakresu, asortymentu czy ilości sprzętu, jaki miałby być umieszczony w takim wykazie, który nie był wymagany jako część oferty i nie może mieć wpływu na wynik oceny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Zamawiający przywołał pełną treść warunku określonego w pkt 8.6.1. lit f. siwz – IDW, zgodnie z którym wykonawca był zobowiązany wykazać instalację obejmującą zaprojektowanie, zainstalowanie i uruchomienie sieci dostępowej wykonanej w technologii światłowodowej o zasięgu co najmniej 50 km, składającej się z co najmniej 30 urządzeń dostępowych wspierających technologię IP MPLS. Złożone przez Aldesa dokumenty – wykaz i wyjaśnienia z 28.09.2019 r. potwierdziły spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Dotyczy to zarówno sieci w Rzeszowie (zasięg obejmował 89% ulic, tj. ok 168 km), jak i sieci w Meksyku. Zamawiający sprzeciwił się utożsamianiu zasięgu sieci (50 km) z długością kabla światłowodu, jak również oczekiwaniu aby treść referencji w pełni pokrywała się z opisanymi w warunku określeniami. Ponieważ na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu powinien on wykazać, że doświadczenie Aldesa nie jest odpowiednie i nie dotyczy budowy sieci dostępowej/światłowodowej.

Odnosnie informacji z KRK dla podmiotu trzeciego IVIA S.A. Zamawiający wyjaśnił, iż na skutek anonimizacji dokumentów przed ich przekazaniem Odwołującemu doszło do „utrąty” kwalifikowanych podpisów elektronicznych uniemożliwiając ich prawidłowy odczyt. Zamawiający dokonał walidacji podpisów przez program WebNotarius by Asseco i przedłożył na rozprawie wydruki z programu do weryfikacji podpisów potwierdzające pozytywną walidację podpisów.

Przystępujący po stronie Zamawiającego złożył przed otwarciem rozprawy pismo procesowe, w którym odniósł się do zarzutów skierowanych wobec jego oferty kwestionując ich zasadność. Przystępujący opisał okoliczności, w których doszło do wskazania jego oferty jako najkorzystniejszej, jak również czynności, które Zamawiający przeprowadził już po wniesieniu odwołania – wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy. Przystępujący złożył wyjaśnienia dotyczące wysokości ceny zastrzegając w całości ich treść, jako stanowiącą tajemnicę przedsiębiorstwa. Przystępujący podniósł, iż Odwołujący nie wykazał przesłanki istnienia interesu w uzyskaniu (obecnego) zamówienia w sytuacji, gdy jego cena przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. W odniesieniu do zarzutów podniósł, iż na skutek wezwania do wyjaśnień zarzut w tym zakresie stracił znaczenie, gdyż nie ma sporu pomiędzy stronami co do oceny, czy Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Ponadto, gdyby zarzut ten został podtrzymany przez Odwołującego pozostaje on bez wpływu na wynik postępowania i odwołanie podlegać powinno oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 Ustawy.

W ocenie Przystępującego samo wskazanie na zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień nie stanowi o postawieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy. Dalej Przystępujący odnosił się do bezzasadności zarzutu o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, który z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, jak również formułę tego zamówienia „zaprojektuj i wybuduj”, nie uwzględnia swobody wykonawcy przy budowaniu strategii wyceny elementów składowych ceny. Odwołujący błędnie odnosi cenę Przystępującego do własnej wyceny i na tej podstawie formułuje wniosek o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, który nie została w żaden sposób wykazany i sprecyzowany. Odnośnie rzekomej niezgodności oferty z siwz, Przystępujący wskazał na brak wykazania okoliczności, które uzasadniałyby wnioski o nieprawidłowej wycenie pozycji RCO i przenoszeniu kosztów pomiędzy pozycjami. Ponieważ Odwołujący był dostawcą systemu NSP 5620 SAM całą argumentację opiera na założeniu, iż wycena oferty powinna uwzględniać koszt urządzeń Nokia. Tymczasem Przystępujący nie zamierza dostarczyć urządzeń telekomunikacyjnych pochodzących od Odwołującego, co szczegółowo omówił w wyjaśnieniach przedstawionych Zamawiającemu w dniu 8 listopada 2019 r. Może on bowiem dostarczyć inne urządzenia pod warunkiem, że zapewni ich współpracę z systemem zarządzającym pochodzącym od Odwołującego.

Zarzut niezgodności oferty Przystępującego z siwz powiązany z wykazem części zamiennych Przystępujący ocenił jako spóźniony, gdyż Odwołujący powinien liczyć termin na złożenie odwołania w oparciu o tą podstawę od dnia skierowania przez Zamawiającego zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej, co miało miejsce w dniu 10 lipca 2019 r. Niezależnie od tej przeszkody formalnej, zarzut nie może być uwzględniony również dlatego, iż nie znajduje uzasadnienia w zmienionej treści siwz - pkt 6.4.10 OPZ (po modyfikacji z dnia 29 kwietnia 2019 r.). W świetle zmienionych postanowień nie było obowiązku załączenia do oferty wykazu części zamiennych, a w ofercie należało jedynie uwzględnić dostępność tych części. Dopiero nie później niż 14 dni przed zgłoszeniem gotowości do odbioru końcowego, wykonawca zobowiązany będzie do przedstawienia danych o typie i numerach fabrycznych wszystkich części zamiennych (pkt 6.1 ppkt 3 OPZ).

W zakresie zarzutów związanych z oceną dokumentów – wykazu doświadczenia oraz referencji, Przystępujący zakwestionował sposób rozumienia warunku w części opisującej wymóg zasięgu sieci dostępowej - co najmniej 50 km. Warunku tego nie należy odnosić do długości sieci światłowodowej. Obie zrealizowane inwestycje (Rzeszów oraz Meksyk) spełniają warunek udziału w postępowaniu, na co wskazuje zasięg sieci liczony w kilometrach dróg.

Odnośnie weryfikacji podpisów elektronicznych, jakimi opatrzone zostały kopie informacji z KRK Przystępujący wskazał, iż sam nie napotkał trudności przy tej weryfikacji, co poparł wydrukiem print screen z informacji KRK.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było określenie kryteriów oceny ofert oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia. Oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem sytuacji faktycznej, jaka istniała w momencie składania odwołania, a która wynikała z decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz złożonej, ważnej oferty Odwołującego. Nie przesądzając o zasadności zarzutów Izba zobowiązana była przyjąć stan hipotetyczny wynikający z wniosków Odwołującego - o dopuszczeniu się uchybień w ocenie oferty wybranej. Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż czynność wyboru oferty Konsorcjum Aldesa prowadziła do sytuacji, w której Odwołujący nie może spodziewać się korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia. Izba uznała na tej podstawie, iż odwołanie służyć ma ochronie interesów Wykonawcy w postępowaniu, przede wszystkim przez usunięcie niekorzystnej decyzji o wyborze oferty Konsorcjum Aldesa. Podniesiona przez Przystępującego okoliczność dotycząca wysokości ceny, jaką zaproponował Odwołujący, przekraczającej środki na sfinansowanie zamówienia, nie może automatycznie przesądzać o ewentualnych czynnościach, jakie Zamawiający mógłby podjąć, gdyby odwołanie odniosło swój skutek. Nie można bowiem wykluczyć możliwości podwyższenia kwoty koniecznej do zawarcia umowy z Odwołującym. Tym samym ustalenie, iż oferta Odwołującego przekracza środki, jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie wpływa na ocenę istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy.

W świetle przedstawionych stanowisk, dowodów oraz analizy dokumentacji postępowania Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie należało poczynić ogólną uwagę, co do znaczenia czynności podjętych przez Zamawiającego już po złożeniu odwołania i polegających na wezwaniu Konsorcjum Aldesa do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 Ustawy i oceny samych wyjaśnień. Ponieważ odwołanie dotyczy czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, to okoliczności w jakich Zamawiający dokonał tej czynności mogły stanowić podstawę do oceny prawidłowości czynności zmierzających do wskazania oferty najkorzystniejszej. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Ustawy nie składało się na stan sprawy, który Izba zobowiązana była uwzględnić przy orzekaniu o zasadności, m.in. zarzutu zaniechanie wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej. Zamawiający dopiero po złożeniu odwołania skierował wezwanie i następnie uzyskał wyjaśnienia, które nie miały żadnego wpływu na wynik postępowania ustalony w momencie wskazania oferty najkorzystniejszej. W tym stanie rzeczy również Odwołujący wnosząc odwołanie nie mógł zakładać, iż decyzja o wyborze oferty była poprzedzona analizą ceny pod kątem możliwości odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa. Przedstawione na rozprawie wyjaśnienia, jakie złożyło Konsorcjum Aldesa do Zamawiającego, jako nieznanne przy podejmowaniu czynności w postępowaniu, nie stanowiły zatem podstawy do oceny słuszności decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego o powołanie biegłego z dziedziny informatyki zgłoszonego w celu ustalenia, czy możliwe jest zarządzanie urządzeniami oferowanymi przez Konsorcjum Aldesa z poziomu systemu NSP 5620 SAM bez ingerencji w kody źródłowe, uznając, iż teza dowodowa wykraczała poza zakres zarzutu, którym Izba była związana. Odwołujący formułując taki wniosek zmierzał bowiem do wykazania, iż sposób wykonania zamówienia przyjęty przez Przystępującego nie zapewni możliwości zarządzania urządzeniami pochodzącymi od podmiotu trzeciego z poziomu systemu NSP 5620 SAM. Ponieważ w odwołaniu nie było zarzutu niezgodności oferty Konsorcjum Aldesa w związku z zaofiarowaniem urządzeń, które nie pochodziły od Nokia, Izba uznała, iż powołanie biegłego prowadziłoby wyłącznie do zwłoki w postępowaniu i na podstawie art. 190 ust. 6 Ustawy wniosek oddaliła.

Ponieważ zarzuty od 1 do 3 z odwołania dotyczą wspólnej kwestii dotyczącej wyceny oferty Konsorcjum Aldesa i konsekwencji, jakie zdaniem Odwołującego powinna ona wywoływać, Izba łącznie odniosła się do argumentów i żądań Odwołującego.

Odwołujący zasadniczo wywodził wnioski o wystąpieniu podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 2 Ustawy z faktu braku wezwania tego wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość cen jednostkowych, jakie ukształtowały się po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej. Z uzasadnienia odwołania, jak i stanowiska prezentowanego na rozprawie wynika, iż

Odwołujący porównywał cenę zaoferowaną przez Konsorcjum Aldesa pod kątem kosztów urządzeń, jakie mogłyby spełnić wymóg zapewnienia zarządzania tymi urządzeniami z poziomu systemu NSP 5620 SAM, czyli urządzeniami produkcji Nokia.

Oddalając w tej części odwołanie Izba uwzględniła okoliczność przyznaną w toku rozprawy przez Przystępującego, iż swojej oferty nie kalkulował na bazie urządzeń Nokia, gdyż przyjął możliwość zaoferowania urządzeń podmiotów trzecich. Powyższe czyniło zarzuty i argumenty podnoszone na ich poparcie niezasadnymi. Odwołujący całość argumentacji w tej części odwołania opierał na założeniu, iż ceny w RCO nie uwzględniają rzeczywistych kosztów zakupu urządzeń Nokia, co okazało się nie mieć uzasadnienia w treści oferty Odwołującego. Odwołujący nie wykazał również, aby Konsorcjum Aldesa dopuściła się niedozwolonej manipulacji cenami. Skoro samo założenie co do poziomu kosztów wykonania poszczególnych obiektów wynika wyłącznie z analizy własnej Odwołującego oraz przyjętej przez w jego ofercie kalkulacji kosztów, która nie została w żaden sposób poparta dowodami obiektywnie podważającymi odmienne założenia Przystępującego, Izba nie miała podstaw do uwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Aldesa na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 Ustawy.

Odwołujący nie wykazał również, aby po zakończeniu aukcji elektronicznej zachodziła podstawa do wszczęcia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Ustawy. Takim uzasadnieniem nie mogło być samo porównanie do wysokości oferty Odwołującego. Słusznie Zamawiający zauważył, iż nie zostały spełnione przesłanki opisane w tym przepisie, gdyż cena jaką ostatecznie zaoferowało Konsorcjum Aldesa jest wyższa od kwoty środków, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotu zamówienia, tj. wskazanej w dniu otwarcia ofert kwoty 195.453.726,94 PLN. Konsorcjum Aldesa zaoferowało cenę brutto 223.221.630,00 PLN, która jest niższa od średniej arytmetycznej cen o około 22.390 tys i nie przekracza progu ustawowego, tj. 30%. Ponieważ Odwołujący nie przedstawił uzasadnienia, które pozwalałoby przyjąć, iż zaoferowana cena wydaje się być rażąco niska, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Ustawy.

Należy w tej części zauważyć, iż Odwołujący nie postawił w odwołaniu zarzutu niezgodności treści oferty Konsorcjum Aldesa z siwz, tj. warunkiem zapewnienia możliwości zarządzania urządzeniami strony trzeciej, tj. nie pochodzącymi od Nokia, z pozycji systemu NSP 5620 SAM. Izba pominęła tą część wywodów dotyczącą wykazania, iż dla wykonania przedmiotu umowy konieczne było zaoferowanie urządzeń Nokia, uznając iż ocena w tym zakresie oferty Konsorcjum Aldesa wykraczałaby poza zakres zarzutów opisanych w odwołaniu.

W odniesieniu do pozostałych zarzutów Izba przychyliła się do oceny prezentowanej przez Zamawiającego, której poprawność nie została skutecznie przez Odwołującego podważona złożonymi dowodami.

W zakresie spełnienia wymogu z pkt 6.4.10 OPZ Izba ustaliła, zgodnie z ostateczną treścią siwz, iż oferta miała uwzględniać dostępność części zamiennych dla zapewnienia prawidłowego utrzymania i usuwania awarii we wszystkich systemach objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie wymagał złożenia szczegółowego wykazu części zamiennych na etapie oferty zgodnie z pkt 15 IDW. Dane o typie i numerach fabrycznych wszystkich części zamiennych miały być przedstawione Zamawiającemu nie później niż 14 dni przed zgłoszeniem gotowości do odbioru końcowego. Odnosząc się w pierwszej kolejności do wniosku o uchybieniu terminu na zgłoszenie tego zarzutu, Izba przychyliła się do oceny Zamawiającego i Przystępującego, iż termin powinien być liczony od dnia otrzymania informacji o zaproszeniu Konsorcjum Aldesa do udziału w aukcji elektronicznej. W taki sposób Odwołujący liczył termin na wniesienie odwołania wobec oferty trzeciego podmiotu, co doprowadziło do jej odrzucenia i braku udziału tego podmiotu w aukcji elektronicznej. Niezależnie od powyższego, Izba uznała, iż zarzut nie miał uzasadnienia faktycznego. Nie był bowiem element oferty, oceniany na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, to jakie części zamienne wykonawca miał uwzględnić w ofercie. Bez wymogu przedłożenia wykazu Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania oferty pod kątem uwzględnienia dostępności części zamiennych.

Odnosząc się do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (pkt 8.6.1 lit f. siwz), należało mieć na uwadze treść siwz, w której Zamawiający wymagał wykazania się realizacją, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie), co najmniej jednej instalacji obejmującej zakres: zaprojektowanie, zainstalowanie i uruchomienie sieci dostępowej wykonanej w technologii światłowodowej – o zasięgu co najmniej 50 km, składającej się z co najmniej 30 urządzeń dostępowych wspierających technologię IP MPLS. Wskazać również należy, iż opis dotyczący zasięgu sieci dostępowej został wprowadzony modyfikacją z dnia 12.04.2019 r., która zastąpiła wcześniejszy opis „o zasięgu co najmniej metropolitalnym lub regionalnym”. Powyższy fragment opisu warunku okazał się kluczowym dla postawionego zarzutu, gdyż Odwołujący wywodził wniosek o braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazując na brak spełnienia wymagania w zakresie zasięgu sieci dostępowej. Zamawiający na rozprawie przyznał, iż opis w tej części okazał się niedostateczny, gdyż utożsamianie zasięgu sieci z długością ulic, czy też długością światłowodu nie było właściwe. Faktycznie nie było w siwz jednoznacznej

wytycznej w jaki sposób należy badać zasięg sieci dostępowej wykonanej w technologii światłowodowej.

W ocenie Izby powyższa niejasność nie mogła obciążać wykonawcę i na potrzeby oceny spełnienia warunku należało dokonać wykładni zmienionego zapisu, w kontekście celu, jakiemu modyfikacja miała służyć, tj. wyjaśnieniu pojęcia zasięg metropolitalny lub regionalny. Zamawiający zastąpił pierwotny opis zwrotem, który definiował zasięg, jako obszar 50 km. Mając zatem na uwadze długość ulic, jak i ilość urządzeń dostępowych, doświadczenie Konsorcjum Aldesa opisane w wykazie pozwalało uznać za miarodajne i wystarczające dla uznania, iż Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Dotyczy to zarówno roboty wykonanej na rzecz Miasta Rzeszów (poz. 6 wykazu), jak i w Meksyku (poz. 7 wykazu). Wykonawca w wykazie pierwotnym oraz uzupełnionym na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy wskazał łącznie dwie realizacje dotyczące zaprojektowania, zainstalowania oraz uruchomienia sieci dostępowej wykonanej w technologii światłowodowej o zasięgu odpowiednio około 168 km (Rzeszów) oraz ponad 360 km (Meksyk), składających się odpowiednio z ponad 30 (Rzeszów) oraz z 37 (Meksyk) urządzeń dostępowych wspierających technologię IP MPLS. Odwołujący poza zakwestionowaniem równoważności pojęcia zasięg co najmniej 50 km oraz długość ulic nie przedstawił żadnego ważkiego argumentu, który pozwoliłby ocenić doświadczenie Konsorcjum Aldesa jako niewystarczające. Odwołujący nie widział wręcz potrzeby przedstawienia dowodów na poparcie zarzutu, wskazując, iż to po stronie Wykonawcy spoczywał obowiązek wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby w sytuacji, gdy Wykonawca złożył wymagane dokumenty (wykaz robót wraz z referencjami) to po stronie Odwołującego spoczywał ciężar wykazania przed Izbą, iż nie potwierdzają one spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponieważ Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu podważającego oświadczenie wykonawcy złożone w wykazie Izba nie miała podstaw do przyjęcia, iż sieć zbudowana w Rzeszowie i dodatkowo wykazana z ostrożności sieć w Meksyku, nie spełniały warunku w części dotyczącej zasięgu sieci dostępowej.

Ostatni z zarzutów dotyczy braku prawidłowego poświadczenia kopii zaświadczeń z KRK, co Odwołujący uzasadniał negatywnym wynikiem weryfikacji podpisów elektronicznych (brakiem możliwości ustalenia poświadczenia elektronicznego). Zamawiający przedłożył na rozprawie przekonujące dowody, potwierdzające poprawną weryfikację podpisów elektronicznych, jakimi opatrzone dokumenty przekazane Zamawiającemu, co czyniło zarzut bezzasadnym.

W świetle powyższego odwołanie zostało w całości oddalone na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: