

Sygn. akt KIO/UZP 269/10

WYROK
z dnia 29 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Justyna Tomkowska**

Członkowie: **Paweł Trojan**

Renata Tubisz

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **ELTEL Networks Olsztyn S.A., Gutkowo 81 D, 11 – 041 Olsztyn** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PGE Dystrybucja Łódź Sp. z o.o., ul. Tuwima 58, 90-021 Łódź**, protestu z dnia **29 stycznia 2010 r.**

przy udziale **Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz Sp.j. ul. Górnicza 12/14, 91-765 Łódź** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża ELTEL Networks Olsztyn S.A., Gutkowo 81 D, 11 – 041 Olsztyn i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **ELTEL Networks Olsztyn S.A., Gutkowo 81 D, 11 – 041 Olsztyn**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ELTEL Networks Olsztyn S.A., Gutkowo 81D, 11 – 041 Olsztyn**

UZASADNIENIE

PGE Dystrybucja Łódź Sp. z o.o., ul. Tuwima 58, 90-021 Łódź jako Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego sektorowego na *Świadczenie usług eksploatacji i serwisowania systemów telekomunikacyjnych PGE Dystrybucja Łódź*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2009/S 217-313573 w dniu 11 listopada 2009 roku.

W postępowaniu oferty złożyło trzech Wykonawców:

- 1) ELTEL Networks Olsztyn S.A., Gutkowo 81D; 11-041 Olsztyn;
- 2) Atem Polska Sp. z o.o., ul. Łużycka 2; 81-537 Gdynia;
- 3) Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz Sp. J., ul. Górnicza 12/14, 91-765 Łódź

Dnia **21 stycznia 2010 roku** (pismem z dnia 20 stycznia 2010 roku) Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postaci oferty Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz Sp. J., ul. Górnicza 12/14, 91-765 Łódź za cenę brutto 4 172 400,00 zł.

W dniu **29 stycznia 2010 roku** Wykonawca ELTEL Networks Olsztyn S.A., Gutkowo 81D; 11-041 Olsztyn wniósł do Zamawiającego protest wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie zasady udzielania zamówień publicznych określonej w art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez przeprowadzenie postępowania przez Zamawiającego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) naruszenie art. 24 ust 1 pkt 10) oraz art. 24 ust 2 pkt 2) poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. z postępowania;
- 3) naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 poprzez zaniechanie odrzucenia złożonej przez wykonawcę oferty Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. zawierającej rażąco niską cenę.

4. naruszenie art. 91 ust 1 poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Protestującego jako najkorzystniejszej.

Protestujący wnosił o:

- unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- wykluczenia wykonawcy Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j.;
- odrzucenie oferty Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j.;
- dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Protestującego.

Wykazując swój interes prawny, Protestujący podał, że w przypadku uwzględnienia protestu, oferta Protestującego będzie ofertą najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu protestu Protestujący zarzucał Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów prawa oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazywał przede wszystkim na nieprawidłową ocenę spełniania przez wykonawcę Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z punktem 9.2.5. SIWZ o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywali dostawy lub usługi o łącznej wysokości powyżej 3 000 000,00 zł w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielanie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom i usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Na potwierdzenie spełniania tego warunku wykonawcy obowiązani byli przedstawić wykaz wykonanych lub wykonywanych dostaw lub usług o łącznej wartości powyżej 3 000 000,00 zł odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom i usługom stanowiącym przedmiot zamówienia z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania (z podaniem dnia, miesiąca i roku ich zakończenia) i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy te lub usługi zostały wykonane należycie. Wykonawca Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. załączył do oferty wykaz wykonanych usług, w którym wskazał dwa zamówienia: pierwsze – na rzecz Ericsson Sp. z o.o. O/Warszawa, Aleje Jerozolimskie 92 na eksploatację i serwisowanie systemów teletransmisji i telekomunikacji opartych o sieci światłowodowe, radiowe i miedziane na kwotę 2 805 403,01 zł; drugie – na rzecz Urzędu Miasta Zgierza, Plac Jana Pawła II 16 na prace w ramach „Kompleksowego rozwoju infrastruktury społeczeństwa informatycznego” w tym na eksploatację i serwisowanie wdrożonego systemu teleinformatycznego na kwotę 941 900,14 zł. Protestujący twierdzi, że z referencji wystawionych przez Urząd Miasta Zgierza wynika, że zakres prac realizowanych przez Wykonawcę był znacznie szerszy niż przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu. W szczególności obejmował prace polegające na zaprojektowaniu i wdrożeniu polityki

bezpieczeństwa, dostawę, instalację i konfigurację urządzeń aktywnych i centrum zarządzania siecią teleinformatyczną, wykonanie sieci światłowodowej w wybranych lokalizacjach, a także eksploatację i serwisowanie wdrożonego systemu teleinformatycznego, obejmującego urządzenia aktywne oraz sieć światłowodową. Według Protestującego powyższe wskazuje na fakt, że wartość wskazana przez Wykonawcę obejmuje wszystkie wskazane powyżej dostawy i usługi. Tym samym wartość świadczeń odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom i usługom stanowiącym przedmiot zamówienia nie wynosi - jak wskazał Wykonawca w wykazie wykonanych usług - 941 900,14 zł lecz jest odpowiednio mniejsza.

W związku z tym Wykonawca nie tylko nie podał wartości tylko tych świadczeń, które swoim rodzajem i wartością odpowiadają dostawom i usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, ale również wskazał nieprawdziwą informację tzn. zawyżył wartość zamówienia.

Protestujący wskazywał także, że z informacji otrzymanych od Ericsson Sp. z o.o. O/Warszawa wynika, że zakres prac wskazanych przez Wykonawcę jako wykonane w ramach współpracy z Ericsson Sp. z o.o. w całości nie odpowiada usługom jakie wskazano w wykazie zrealizowanych zamówień. W związku z tym Wykonawca podał nieprawdziwe informacje w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wobec zaistnienia powyższych okoliczności, Zamawiający zobowiązany był do wykluczenia Wykonawcy Technitel Polska Spółka Jawna.

Ponadto Protestujący wskazywał, że zgodnie z punktem 9.2.7 SIWZ o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują osobami, spełniającymi wymagania określone w oświadczeniu złożonym przez Wykonawcę. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku wykonawcy obowiązani byli do przedstawienia wraz z ofertą oświadczenia o dysponowaniu osobami o kwalifikacjach wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z załącznikiem nr 13 do SIWZ. W załączniku tym Zamawiający wymagał wskazania osób posiadających odpowiednie kwalifikacje albo certyfikaty lub ukończone szkolenia.

Wykonawca Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. w celu wykazania spełnienia tego warunku przedstawił oświadczenie, że dysponuje wskazanymi osobami o niezbędnych kwalifikacjach w osobach: Pana Roberta Piątka, Pana Waldemara Dziecioła oraz Pana Jarosława Kowalskiego. W związku z tym faktem, Protestujący zwrócił się do PSE Północ S.A. w Bydgoszczy, pracodawcy zatrudniającego w/w osoby z pytaniem czy udostępnia te osoby w celu wykonania przedmiotowego zamówienia. W odpowiedzi Protestujący otrzymał informację, że firma Technitel Polska nie zwracała się dotychczas do PSE Północ S.A. z prośbą udostępnienia wymienionych wyżej osób, wskazując jednocześnie, że na dzień 13 stycznia 2010 roku nie ma zgody zarządu spółki na wykonywanie przez te osoby pracy na rzecz innej firmy w godzinach zatrudnienia w PSE Północ.

Protestujący wskazuje, że Wykonawca Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. wskazał te osoby jako kluczowych inżynierów z 5 letnim doświadczeniem w zakresie eksploatacji systemów telekomunikacyjnych i specjalistów posiadających certyfikaty lub szkolenia z zakresu eksploatacji i zarządzania SDH firmy Siemens oraz jedynych legitymujących się certyfikatami lub szkoleniami z zakresu eksploatacji i zarządzania SDH firmy Siemens nie wykazując podstawy dysponowania nimi realizacja przez te osoby zamówienia może okazać się niemożliwa.

Protestujący wskazuje przede wszystkim na fakt, że osoby te zatrudnione są przez podmiot mający siedzibę w Bydgoszczy i tam świadczą na jego rzecz pracę. W związku z tym obecność tych osób u Zamawiającego w tym czasie jest niemożliwa. Z informacji przekazanej Protestującemu przez firmę PSE Północ S.A. w Bydgoszczy wynika, że pracownicy: Robert Piątek, Waldemar Dzieciół, Jarosław Kowalski nie będą udostępnieni firmie Technitel w godzinach pracy tj. między 7.00 a 15.00 w dni robocze oraz w trakcie pełnienia dyżurów domowych.

Kolejnym warunkiem udziału w postępowaniu określonym w punkcie 9.2.4 SIWZ było osiągnięcie w okresie ostatnich trzech lat obrotowych a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres, obrotów o wartości powyżej 6 000 000,00 zł łącznie - ocena miała być dokonana na podstawie sprawozdania finansowego, a w przypadku wykonawców nie zobowiązanych do jego sporządzania, innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku, wykonawcy obowiązani byli przedstawić sprawozdanie finansowe albo jego część, a jeśli podlega ono badaniu przez biegłego rewidenta zgodnie z przepisami o rachunkowości również z opinią odpowiednio o badanym sprawozdaniu lub jego części, a w przypadku wykonawców niezobowiązanych do sporządzenia sprawozdania finansowego, innych dokumentów określających obroty oraz zobowiązania i należności wykazujące osiągnięcie przychodów powyżej 6 000 000,00 zł łącznie za okres nie dłuższy niż 3 lata obrotowe, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - za ten okres.

Według Protestującego Wykonawca Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. na potwierdzenie spełniania tego warunku nie przedstawił Zamawiającemu niezbędnych i prawidłowych dokumentów. **Zarzut ten nie został podniesiony w późniejszym odwołaniu Protestującego.**

Kolejny zarzut Protestującego, dotyczył odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego i **również nie został powtórzony na etapie odwołania.**

Zamawiający w dniu **1 lutego 2010 roku** poinformował pozostałych Wykonawców o wniesieniu protestu i jego treści oraz możliwości przyłączenia się do protestu.

Z możliwości przyłączenia się do protestu skorzystał Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j., który pismem z dnia **4 lutego 2010 roku** poinformował Zamawiającego i

Protestującego o przyłączeniu się do protestu po stronie Zamawiającego. Zamawiający uznał, że Przyłączający się do protestu ma interes prawny w przyłączeniu do protestu ponieważ jego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą oraz że Protestujący ma interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż w razie uwzględnienia protestu jego oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą. Przystępujący wnosił o oddalenie protestu w całości.

Odnosnie zarzutu dotyczącego doświadczenia

Przystępujący wyjaśnia, że rola referencji jest odmienna niż wskazywałaby treść uzasadnienia Protestującego. Referencje służyć mają wyłącznie potwierdzeniu, że usługi lub dostawy w nich wymienione zostały wykonane w sposób należyty, prawidłowy. W tym miejscu Przystępujący przytoczył wyroki KIO/UZP 1220/09 oraz KIO/UZP 1221/09. Wyroki te wskazują, że na podstawie treści zawartych referencji nie można oceniać czy zakres, ilość i rodzaj usług odpowiada przedmiotowi zamówienia. Rolą referencji jest potwierdzenie jakości prac a nie ich zakresu, jak również nie mogą stanowić podstawy do określenia wartości poszczególnych prac. Nietrafiony jest zarzut, iż zakres świadczonych usług z umowy Ericsson Sp. z o.o. protestujący powołuje się na bliżej nieokreślone informacje otrzymane od Spółki ale jednocześnie ich nie przedstawia. Ponadto niemożliwe byłoby dla Protestującego uzyskanie powyższych informacji bowiem umowa zawarta między Ericsson Sp. z o.o. a Przystępującym objęta jest klauzulą poufności.

Odnosnie zarzutu dysponowania osobami:

Wybrany Wykonawca nie zgadza się również z tym zarzutem. Spółka nigdy nie występowała do PSE Północ SA o wyrażenie zgody na podjęcie współpracy z w/w pracownikami, bowiem nie miała takiego obowiązku. Prowadziła jedynie indywidualne rozmowy z osobami wymienionymi w wykazie ponieważ osoby te nie muszą wiązać się w wybranym Wykonawcą umową o pracę, wystarczy jeżeli Wykonawca na dzień składania ofert posiadał będzie prawo dysponowania tymi osobami. Zarzuty, iż osoby te nie posiadają zgody swojego pracodawcy są chybione. Czynności objęte przedmiotem umowy w niniejszym postępowaniu mogą wykonywać oni poza swoimi godzinami pracy, tym bardziej, że ich praca polegać będzie na wsparciu technicznym, szkoleniowym i sprzętowym. W takim przypadku istnienie zgody lub brak zgody pracodawcy jest bez znaczenia. Charakter świadczonych usług nie wymaga stałej bytności tych osób w Łodzi, wystarczającym będzie kontakt telefoniczny lub elektroniczny.

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Przystępujący wskazywał, iż Protestujący nie przytoczył żadnych dowodów na poparcie zarzutu, trudno więc ustosunkować się do niego.

W dniu **8 lutego 2010 roku** Zamawiający protest oddalił w całości jako bezzasadny.

Zamawiający stwierdził w uzasadnieniu protestu, iż zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 uznać należy za niezasadny ponieważ Protestujący winien wskazać na czym polega naruszenie prawa przez Zamawiającego i uzasadnić zarzut pod względem faktycznym i prawnym. Tymczasem Protestujący ogranicza się do stwierdzenia, że naruszono zasady uczciwej konkurencji. Nie podaje jednak jakie zasady naruszono i w jaki sposób.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów;

Zarzut rażąco niskiej ceny

Zamawiający stwierdza, że należy zaprzeczyć, by cena wybranej oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ocena tej przesłanki następować musi zawsze przez porównanie oferowanej ceny z kwotą przeznaczoną na wykonanie zamówienia i cenami innych ofert. Złożona przez wybranego Wykonawcę oferta mieści się w granicach cenowych przewidzianych przez Zamawiającego i w tym kontekście jest dla niego korzystna. Protestujący nie uzasadnia z jakich przesłanek wywodzi stwierdzenie, że zaoferowana cena jest rażąco niska, zatem nie jest możliwe odniesienie się do argumentów merytorycznych

Zarzut dotyczący doświadczenia

Protestujący zarzucił Zamawiającemu niewykluczenie Wykonawcy Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. pomimo braku spełniania przez Wykonawcę warunków dotyczących posiadania przez niego odpowiedniego doświadczenia. Zamawiający uznaje powyższy zarzut za bezzasadny gdyż Wykonawca Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. przedstawił wymagany w pkt 9.2.5 SIWZ wykaz prac o łącznej wartości powyżej 3 000 000,00 zł potwierdzony odpowiednimi referencjami. Referencje poświadczają że wymienione w wykazie usługi zostały lub są wykonywane należycie.

Zarzut dotyczący dysponowania osobami

Protestujący zarzucił Zamawiającemu niewykluczenie wykonawcy Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. pomimo braku spełniania przez wykonawcę warunków dotyczących dysponowania osobami wskazanymi w wykazie przedstawionym zgodnie z załącznikiem nr 13 do SIWZ. Zamawiający uznaje powyższy zarzut za bezzasadny gdyż fakt dysponowania przez Wykonawcę wskazanymi osobami, zgodnie z SIWZ Zamawiający badał na podstawie złożonego przez Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j., w sposób prawidłowy oświadczenia.

Wobec powyższego Wykonawca ELTEL Networks Olsztyn S.A. wniósł w dniu **18 lutego 2010 roku** (wpływ bezpośredni do Urzędu Zamówień Publicznych oraz faks do

siedziby Zamawiającego) **odwołanie** powtarzając zarzuty i żądania zamieszczone w proteście w stosunku do wyboru Zamawiającego i oferty Przystępującego.

Interes prawny Odwołującego wykazał interes prawny we wniesieniu odwołania ponieważ w przypadku zawarcia ważnej umowy z wybranym wykonawcą doznałby w wyniku w/w działań zamawiającego uszczerbku. Działania te tj. niewykluczeniu z postępowania wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nieodrzućenie jego oferty, odbierają Odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Odnośnie zarzutu dotyczącego doświadczenia

Odwołujący wskazuje przede wszystkim na nieprawidłową ocenę spełniania przez Wykonawcę Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. warunków udziału w postępowaniu. Podtrzymuje swoje wyjaśnienia z protestu odnośnie wykazania się dostawami lub usługami odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom i usługom stanowiącym przedmiot zamówienia.

Według Odwołującego Zamawiający wymagał doświadczenia w świadczeniu usług odpowiadających usługom stanowiącym przedmiot zamówienia czyli usługom oznaczanym kodem CPV 50332000 - *Usługi w zakresie konserwacji infrastruktury telekomunikacyjnej*. Przedmiotem zamówienia zgodnie z pkt 3 siwz są następujące usługi:

1. eksploatacja i serwisowanie systemu teletransmisji
2. eksploatacja i serwisowanie systemu telekomunikacyjnego Siemens Hipath
3. eksploatacja i serwisowanie systemu łączności radiowej EDACS
4. eksploatacja i serwisowanie radiotelefonów
5. eksploatacja i serwisowanie systemu zasilania
6. eksploatacja i serwisowanie sieci światłowodowej
7. eksploatacja i serwisowanie kabli miedzianych
8. eksploatacja i serwisowanie kanalizacji kablowych
9. eksploatacja i serwisowanie instalacji i systemów planowanych do uruchomienia przez zamawiającego.

Wszystkie wymienione przez Zamawiającego usługi związane są z eksploatacją i serwisowaniem, nie zaś z projektowaniem, wykonywaniem lub instalowaniem systemów związanych z telekomunikacją.

Odwołujący podtrzymuje wszystkie argumenty z protestu odnośnie przedstawionych przez wybranego Wykonawcę referencji, dodatkowo podnosząc, iż z referencji Urzędu Miasta w Zgierzu wynika, że zakres prac wykonanych przez Technitel w wyniku realizacji umowy zawartej z Urzędem Miasta w Zgierzu obejmuje głównie zaprojektowanie i zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu nr 69465 - 2008 opublikowanym przez Miasto Zgierz w Biuletynie Zamówień Publicznych przedmiot zamówienia definiowany przy pomocy kodów CPV odnosił się do innych usług niż eksploatacja i serwisowanie systemów (kod wskazany przez

Zamawiającego dla postępowania będącego przedmiotem odwołania: CPV 50332000 - Usługi w zakresie konserwacji infrastruktury telekomunikacyjnej).

Eksploatacja i serwisowanie pojawia się więc jedynie w referencji i można przypuszczać, że było to świadczenia dodatkowe w ramach gwarancji. Nie uprawnionym jest więc co najmniej wskazywanie wartości całej umowy tj. 941 900 zł jako zakresu usługi odpowiadającej swoim zakresem usłudze będącej przedmiotem zamówienia.

Również druga przedłożona przez Technitel referencja nie odpowiada faktycznemu zakresowi świadczonych usług.

Z referencji wystawionej przez Ericsson Sp z o.o. wynika, że Technitel jest podwykonawcą tej spółki w zakresie utrzymania sieci dostępowej dla klienta końcowego Netia SA.

W zakresie pojęcia utrzymanie sieci dostępowej przede wszystkim mieszczą się tylko takie usługi, które związane są z siecią dostępową, nie zaś siecią szkieletową. Usługi zamawiane przez Zamawiającego obejmują pełen wachlarz usług serwisowania i eksploatacji systemów teletransmisji Zamawiającego o szczególnym stopniu skomplikowania wynikającym z charakteru działalności Zamawiającego i szczególnego znaczenia łączności dla prawidłowego wykonywania zadań w zakresie dystrybucji energii elektrycznej. Natomiast usługi świadczone przez Technitel na rzecz Ericsson SA (jak również na rzecz Urzędu Miasta w Łodzi) w żaden sposób nie mogą być porównane z koniecznością świadczenia usług w zakresie wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia systemów. Usługi na rzecz Ericsson SA zgodnie z informacjami zawartymi na stronie internetowej Technitel SA dotyczą utrzymania sieci miedzianej Netia SA oraz zleceń instalacji nowych linii. W żaden sposób nie mogą być więc uznane za odpowiadające swoim zakresem i stopniem skomplikowania usługom jakie obejmuje postępowanie prowadzone przez Zamawiającego.

Ponadto należy wskazać, że w ramach kwoty wskazanej w tabeli Technitel SA (2 805 403 zł) nie rozdzielił kwoty należnej z tytułu świadczenia usług serwisowych oraz kwoty należnej z tytułu instalacji nowych linii (w tym instalacji łącz bezprzewodowych). Prace instalacyjne nie kwalifikują się do usług eksploatacyjnych. Tym samym dane przedstawione przez Technitel wskazują na:

- brak spełnienia warunku doświadczenia przez wykazanie usług nie odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia (m.in. brak doświadczenia w systemach Siemens Hipath oraz EDACS);
- brak spełnienia warunku doświadczenia przez wykazanie usług serwisowania i eksploatacji na kwotę niższą niż wymagana przez zamawiającego;
- przedłożenie nieprawdziwych informacji, które mają wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym Zamawiający obowiązany był do wykluczenia wykonawcy Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 10 oraz art. 24 ust 2 pkt 2) ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dysponowania osobami:

Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście dotyczące dysponowania osobami. Zauważył, iż z pisma jakie złożył Technitel Polska przyłączając się do protestu po stronie Zamawiającego wynika, że praca wymienionych w wykazie osób polegać będzie na wsparciu technicznym, szkoleniowym i sprzętowym i w wielu przypadkach wystarczy kontakt telefoniczny czy elektroniczny z tymi osobami. Należy przez to rozumieć, iż panowie Robert Piątek, Waldemar Dzieciół, Jarosław Kowalski mają tylko służyć wsparciem a nie są jak to wskazano w SIWZ oraz ofercie inżynierami kluczowymi przewidzianymi do realizacji zamówienia.

Tym samym nie można uznać, że na dzień składania ofert wykonawca ten dysponował osobami o kwalifikacjach wymaganych w SIWZ.

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny:

Odwołujący odniósł się do zarzutu postawionego w proteście, co do którego nie przywołał żadnych argumentów na jego poparcie.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 7 200 000,00 zł. Kwota ta obejmuje zakup kompleksowej usługi eksploatacji sieci i systemów telekomunikacyjnych świadczone przez okres 36 miesięcy. W związku z tym miesięczna wartość usług została przez Zamawiającego oszacowana na kwotę 200 000,00 zł.

W postępowaniu złożone zostały trzy oferty w których zaproponowano następujące ceny:

1. ELTEL Networks Olsztyn S.A. - 9 618 480,00 zł (267 180,00 zł miesięcznie);
2. Atem Polska Sp. z o.o. - 10 980 000,00 zł (305 000,00 zł miesięcznie);
3. Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. - 4 172 400,00 zł (115 900,00 zł miesięcznie).

Odwołujący przywołuje szereg wyroków KIO, które wskazują na konieczność weryfikacji ceny złożonych ofert przez Zamawiającego w przypadku zaistnienia podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną.

Podnosi, iż aby zweryfikować, czy cena wskazana w ofercie jest wiarygodna, należy porównać ją z szacunkową wartością zamówienia, rynkowymi cenami za dostawy odpowiadające przedmiotowi zamówienia a także cenami innych ofert złożonych w postępowaniu. Takie stanowisko wielokrotnie znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu wskazać należy wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 109/09) czy wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1511/08)

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający pomimo rażącej dysproporcji pomiędzy szacunkową wartością zamówienia oraz cenami pozostałych ofert złożonych w niniejszym postępowaniu nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Podnosi również argument, że zrealizowanie zamówienia za cenę zaproponowaną przez Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. nie jest możliwe. Przede wszystkim sam koszt realizacji zamówienia obejmujący koszty pracy wykwalifikowanej kadry, koszty eksploatacji sprzętu niezbędnego do realizacji przedmiotu umowy, koszty stałe oraz pozostałe koszty związane z bieżącą obsługą i monitorowaniem systemu przekracza kwotę 115 900,00 zł miesięcznie.

Po pierwsze wzrost kosztów pracy obserwowany w ostatnich latach wskazuje na konieczność zaangażowania znacznych środków w celu zapewnienia wynagrodzenia osobom zaangażowanym w realizację przedmiotu zamówienia. Płaca minimalna na rok 2010 ustalona została na poziomie 1317 zł brutto. Kwota ta powiększona o koszty pracy wynosi ponad 2000 zł. Wskazać należy również, że wynagrodzenie specjalisty zdolnego do realizacji przedmiotu zamówienia przekracza znacznie płacę minimalną. Nawet w przypadku rezygnacji z zawarcia z pracownikami umowy o pracę koszt wynagrodzenia wymaganej kadry obniżyć można o kilka procent. Dodatkowo rezygnując z zapewnienia stałej pomocy technicznej umożliwiającej zapewnienie odpowiedniego bezpieczeństwa pracy sieci i systemu telekomunikacyjnych możliwe jest obniżenie ceny o ok. 20%. Poprzez rozwiązanie umów suportowych możliwe jest obniżenie ceny o kolejne kilka procent. Jednakże w tej sytuacji dochodzi do obniżenia jakości świadczonych usług oraz powstanie zagrożeń przekroczenia czasu reakcji przewidzianego na usunięcie konkretnej usterki co pociąga za sobą konieczność w kalkulowaniu w cenę ryzyka wypłaty Zamawiającemu kar umownych.

Na zakończenie Odwołujący wskazuje, że prawidłowe, a zatem rzetelne i fachowe a przede wszystkim terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia ma bezpośredni wpływ na bezpieczeństwo energetyczne kraju. Przedmiotem zamówienia jest eksploatacja i zarządzanie skomplikowanymi systemami telekomunikacyjnymi, których nieprawidłowe działanie może być brzemienne w skutkach dla całego systemu energetycznego.

W dniu **3 marca 2010 roku** Zamawiający odniósł się do zarzutów poruszonych w odwołaniu wnosząc o oddalenie odwołania wniesionego przez ELTEL Networks Olsztyn SA., w całości jako bezzasadnego.

Odnosnie zarzutu dotyczącego doświadczenia

Zamawiający nie wymagał wykazania świadczenia przez Wykonawców usług identycznych z opisanymi w SIWZ, co byłoby czynem nieuczciwej konkurencji wobec Wykonawców innych niż ELTEL Networks Olsztyn SA, który jako jedyny dotychczas świadczył te usługi na rzecz Zamawiającego. Zamawiający nie wymagał więc wykazania

posiadanego doświadczenia w zakresie eksploatacji i serwisowania systemów Siemens HiPath i EDACS a swój warunek ujął ogólnie; „wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywali dostawy lub usługi o łącznej wartości powyżej 3 000 000,00 zł w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom i usługom stanowiącym przedmiot zamówienia - ocena na podstawie wypełnionego wykazu". Usługami stanowiącymi przedmiot zamówienia zgodnie z SIWZ są oznaczone kodem CPV 50332000 usługi w zakresie konserwacji infrastruktury telekomunikacyjnej.

Zamawiający nie wymagał również szczegółowego opisu przedmiotu wymienionych w wykazie usług, a co za tym idzie, nie wymagał również określenia wartości poszczególnych usług. Można stąd wnioskować, że bez znaczenia dla Zamawiającego pozostaje, czy w ramach wymienionych w przedstawionym wykazie prac były wykonywane również inne prace niż odpowiadające swoim rodzajem usługom będącym przedmiotem zamówienia. Przedmiotem badania Zamawiającego było jedynie określenie, czy wykaz zawiera prace odpowiadające swoim rodzajem usługom będącym przedmiotem zamówienia. Zarówno usługi świadczone przez Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j na rzecz Ericsson Sp. z o.o. jak i na rzecz Urzędu Miasta Zgierza, zgodnie z przedstawionym wykazem, polegają na eksploatacji i serwisowaniu systemów teleinformatycznych.

Odwołujący podnosi, że przedstawione przez Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. referencje nie odpowiadają faktycznemu zakresowi świadczonych usług. Zamawiający żądał przedstawienia dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług wymienionych w wykazie. Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j przedstawił referencje czyniąc zadość żądaniu Zamawiającego. Celem żądania powyższych dokumentów było jedynie potwierdzenie należytego wykonania usług wymienionych w wykazie. Na podstawie referencji Zamawiający nie powinien badać, czy usługi odpowiadają swoim rodzajem usługom będącym przedmiotem zamówienia, gdyż występujący o nie Wykonawca nie ma wpływu na treść, jaką nada referencjom podmiot, na rzecz którego Wykonawca świadczył usługi.

Odnosnie zarzutu dysponowania osobami:

Zamawiający uznaje powyższy zarzut za bezzasadny gdyż fakt dysponowania przez Wykonawcę wskazanymi osobami, zgodnie z SIWZ Zamawiający badał na podstawie złożonego przez Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j., w sposób prawidłowy oświadczenia. Zamawiający nie wskazywał funkcji, jakie wymienione w wykazie osoby mają pełnić przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający nie wymagał również wskazania przez Wykonawców podstaw dysponowania tymi osobami. Mając na uwadze powyższe, rozważanie przedstawione przez Odwołującego dotyczące praktycznych możliwości

wykonywania przez osoby wymienione w wykazie konkretnych prac związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia jest pozbawione jakichkolwiek podstaw.

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny:

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 7 200 000,00 zł rocznie co daje wartość 200 000 zł miesięczne. Szacunek ten został wykonany, wobec braku innych odniesień, w oparciu o wartość dotychczas obowiązującej umowy, zawartej w dniu 07.12.2006 roku na okres 36 miesięcy na świadczenie usług eksploatacji, serwisowania i konserwacji systemów teletransmisyjnych, telekomunikacyjnych, napięcia gwarantowanego, sieci światłowodowych, kabli miedzianych, kanalizacji technicznych oraz instalacji sieci strukturalnej i napięcia gwarantowanego. Wymieniona umowa ta opierała na wartość 217 000 zł netto miesięcznie. Należy podkreślić, że Zamawiający udzielając zamówienia w przedmiotowym postępowaniu oczekiwał znacznego ograniczenia wartości umowy ponieważ po raz pierwszy w sposób znaczny ograniczył zakres zamówienia w stosunku do ilości usług realizowanych w dotychczas obowiązujących umowach. Z nowego zamówienia całkowicie zostały wyłączone pewne usługi, w związku z powyższym Zamawiający spodziewał się obniżenia wartości miesięcznej umowy co najmniej o wartości związane z usługami które zostały wyłączone z zamówienia. Opierając się stawkach z obecnie obowiązującej umowy Zamawiający oszacował zmniejszenie wartości miesięcznej netto o kwotę 76 715 zł netto co stanowi 35% miesięcznej wartości miesięcznej dotychczasowego kontraktu. Wobec znacznego zmniejszenia zakresu zamówienia Zamawiający zmniejszył równocześnie wymagania od potencjalnych wykonawców w zakresie ilości osób pozostających w dyspozycji Wykonawcy jak i w zakresie sprzętu i narzędzi jakimi dysponuje Wykonawca.

Opierając się na dokumencie opublikowanym przez GUS pt: „Przeciętne zatrudnienie i wynagrodzenie w sektorze przedsiębiorstw w grudniu 2009 r.” (załącznik nr 2 do wyjaśnień) można wykazać, że za przeciętne wynagrodzenie, które w 2009 roku wyniosło 3652,40 zł brutto firma Technitel Polska Klimkiewicz Rodziwicz sp. j. może ponieść koszty pracy znacznie większej ilości pracowników niż wymagał Zamawiający.

Prowadząc podobną analizę w oparciu o dokument opublikowany przez GUS pt.: „Struktura wynagrodzeń według zawodów w październiku 2008 r.” (załącznik nr 3 do wyjaśnień) i biorąc pod uwagę, że średnie wynagrodzenie brutto specjalisty w sektorze przedsiębiorstw prywatnych wynosi 4652,16 zł zaś technika i średniego personelu 3426,19 zł Zamawiający ponownie doszedł do wniosku, że firma Technitel Polska Klimkiewicz Rodziwicz sp. j. może z powodzeniem dysponować wymaganym przez Zamawiającego personelem.

Jednocześnie należy podkreślić, że Zamawiający nie wymagał od Wykonawców posiadania umów suportowych z firmami zewnętrznymi.

Przedstawione powyżej argumenty Zamawiający podsumował następująco:

1. Znaczne ograniczenie zakresu zamówienia, które jak można wykazać bazując na wyliczeniach z poprzednio obowiązującej umowy powinny obniżyć miesięczną wartość zamówienia przynajmniej o 76 715 zł netto.
2. Ograniczenie wymagań od Wykonawców w zakresie pracowników oraz sprzętu i urządzeń jakimi dysponują do realizacji przedmiotu zamówienia.
3. Dane z GUS, które wskazują że za zaoferowane wynagrodzenie brutto 115 900 zł firma Technitel Polska Klimkiewicz Rodziwicz sp. j. może z powodzeniem dysponować wymaganą przez Zamawiającego ilością pracowników o określonych kwalifikacjach.
4. Brak wymagań Zamawiającego co do posiadania przez Wykonawcę aktywnych umów suportowych z firmami trzecimi.

Ponadto Zamawiający wskazuje, że w opublikowanej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przekazał oferentom informacje pozwalające na ocenę stanu i złożoności środowiska telekomunikacyjnego PGE Dystrybucja Łódź sp. z o.o. Dokument w sposób szczegółowy opisuje poszczególne składowe systemu telekomunikacyjnego. Jednocześnie przez określenie wymaganych terminów napraw i kar związanych z ich niedotrzymaniem Zamawiający jednoznacznie określił jakie jego poszczególne elementy mają znaczenie dla poprawnego funkcjonowania całości systemu.

Każdy z oferentów przed przystąpieniem do składania ofert był zobowiązany do dokonania wizji lokalnej, której celem było zapoznanie się z posiadaną przez Zamawiającego infrastrukturą telekomunikacyjną oraz zrozumienie stopnia jej skomplikowania. Wobec powyższego bazując na złożonych przez Oferentów oświadczeniach Zamawiający nie ma podstaw twierdzić, że którykolwiek z Wykonawców nie ma świadomości dotyczącej istotności środowiska telekomunikacyjnego dla Zamawiającego i jego stopnia złożoności.

W dniu **24-03-2010 roku do** Prezesa urzędu Zamówień Publicznych wpłynęło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożone przez Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziwicz Sp. J. Łódź.

Przystępujący w celu uczynienia przystąpienia skutecznym udowodnił swój interes prawny w jego wniesieniu.

Przystępujący wnosi o :

- 1) oddalenie odwołania w całości;
- 2) oddalenie wniosku o unieważnienie czynności badania oceny ofert;
- 3) oddalenie wniosku o powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 4) oddalenie wniosku o wykluczenie Przystępującego;
- 5) oddalenie wniosku o odrzucenie Przystępującego;
- 6) oddalenie wniosku o dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Merytoryczne odniesienie się do zarzutów:

Odniesienie zarzutu dotyczącego doświadczenia

Przystępujący podnosi, iż Odwołujący dokonując analizy treści warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie doświadczenia w zakresie pojęcia „rodzaju i wartości dostaw i usług stanowiących przedmiot zamówienia” poprzez odwołanie się do opisów kodów CPV w stosunku do referencji przedłożonych przez Przystępującego nie uwzględnia charakteru i celu jakiemu ma służyć kod CPV. Według wywodów Przystępującego słownik CPV zalecany jest do wykorzystywania go przez zamawiających do celów publikacji ogłoszeń o zamówieniach. Jest on swoistym systemem kwalifikacji produktów, usług i robót budowlanych stworzonym na potrzeby zamówień publicznych w zakresie publikacji ogłoszeń. Przystępujący wywodzi, że system ten ma służyć ułatwieniu opisu przedmiotu zamówienia jednakże na jego podstawie nie można ostatecznie przesądzać co jest tym przedmiotem. Wskazuje, iż przyjęcie proponowanego przez Odwołującego sposobu interpretacji zakresu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu wyłącznie przez odniesienie się do podanego w ogłoszeniu i SIWZ kodu CPV prowadzi do niczym nieuzasadnionego zawężenia zakresu przedmiotu zamówienia i nie można twierdzić, iż zakres i rodzaj przedmiotu zamówienia analizować należy przez zastosowanie systemu kodu CPV.

Przystępujący wywodzi, iż Zamawiający winien w SIWZ określić warunki i sposób oceny tych warunków. W pkt 9.2.5 SIWZ Zamawiający postawił warunek odnoszący się do dostaw i usług odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. W ocenie Przystępującego przepisy prawa nie precyzując co należy rozumieć pod pojęciem „odpowiadające rodzajem” w odniesieniu do usług i dostaw polegających na eksploatacji i konserwacji systemów, urządzeń. Powołując się na definicje słowa „rodzaj” z „Małego słownika języka polskiego” Przystępujący twierdzi, iż w tym konkretnym przypadku należałoby rozumieć to sformułowanie jako doświadczenie w stosunku do usług i dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem, charakterem) nie zaś tylko usług tożsamyh (takich samych). W tym miejscu Przystępujący na dowód przywołuje wyrok KIO/UZP 1327/09. według Przystępującego należy uznać, iż usługi i dostawy odpowiadające rodzajowi przedmiotu zamówienia to usługi i dostawy, których przedmiotem jest utrzymanie, eksploatacja, serwisowanie systemów teletransmisji, teleinformatycznych, sieci światłowodowych, związanych z telekomunikacją, sieci teleinformatycznych z udziałem kabli, miedzianych itp.

W związku z tym Przystępujący wskazuje, iż w zakresie umowy zawartej z UM Zgierza Przystępujący wykonywał usługę w zakresie eksploatacji i serwisowania wdrożonego systemu teleinformatycznego, obejmującego urządzenia aktywne i sieć światłowodową. Tym samym Przystępujący wykazał, iż posiada doświadczenie w dostarczaniu systemów i w

zakresie eksploatacji i serwisu takich systemów. Przystępujący podkreśla, iż w ramach tej umowy, świadczył usługi w zakresie eksploatacji i serwisowania w ramach serwisu gwarancyjnego ale element ten był jednym z podstawowych elementów przedmiotu zamówienia i został przez Przystępującego uwzględniony kalkulacji zaoferowanego wynagrodzenia ryczałtowego.

Odnosnie zarzutów co do zakresu prac świadczonych w ramach umowy zawartej z Ericsson Sp. z o.o. odpowiadanie pod względem rodzaju nie oznacza tożsamości z przedmiotem zamówienia. Umowa obejmuje utrzymanie sieci dostępowej, która oznacza utrzymanie infrastruktury telekomunikacyjnej. Zamawiający nie wymagał aby warunek doświadczenia wiązał się z utrzymaniem sieci szkieletowej, wymagał doświadczenia w utrzymaniu i konserwacji sieci telekomunikacyjnej. Wobec powyższego niezależnie od tego która część infrastruktury telekomunikacyjnej będzie utrzymywana, warunek powyższy będzie spełniony, bez względu na rodzaj sieci. Dlatego też Przystępujący spełnia warunek postawiony przez Zamawiającego. Dodatkowo Przystępujący podnosi, iż usług świadczonych dla Netia S.A. dalece przewyższają stopień skomplikowania systemów Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu, iż umowa ta dotyczy tylko sieci miedzianej, Przystępujący twierdzi, iż informacje które posiada Odwołujący są nieaktualne i jako pochodzące z jego strony internetowej (która jest w momencie aktualizacji) nie mogą stanowić dowodu (wyrok KIO/UZP 529/08). Podnosi także, że nieprawdziwe są twierdzenia jakoby usługa serwisowa nie mieściła w sobie usług instalacyjnych. Twierdzi, iż w ramach eksploatacji ma miejsce również budowa nowych linii i ich rozbudowa.

Dodatkowo na końcu Przystępujący przywołuje argumentację z przystąpienia do protestu odnośnie roli referencji i zakresu usług świadczonych w ramach umowy z Ericsson Sp. z o.o..

Odnosnie zarzutu dysponowania osobami:

Przystępujący podkreśla, iż nie jest konieczne zatrudnianie osób przez wykonawcę, w celu potwierdzenia warunku posiadania potencjału kadrowego. Dysponowanie osobami nie polega na podporządkowaniu pracowniczym czy możliwości wydawania poleceń służbowych lecz na gotowości danej osoby do przystąpienia do realizacji zamówienia w przypadku gdy dany wykonawca uzyska zamówienie. Dysponowanie opiera się na porozumieniu z daną osobą, która wyraża zgodę na udział w realizacji zamówienia (wyrok KIO/UZP 766/09).

Przystępujący przypomina, iż art. 22 ust. 1 pkt 2 mówi o dysponowaniu osobami a nie posiadaniu pracowników. Pojęcie dysponowania jest pojęciem szerokim i mieszczą się w nim różne stosunki prawne (wyrok KIO/UZP 277/09).

Dodatkowo Przystępujący powtarza argumenty z przystąpienia do protestu, podkreślając iż fakt, że osoby wymienione w wykazie osób nie mają zgody pracodawcy jest bez znaczenia ponieważ wykonawca przedstawiając wykaz nie deklaruje, że właśnie te osoby będą

uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia lecz że wykazuje, że spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu osobami zdolnymi do realizacji zamówienia.

Oдноśnie zarzutu rażąco niskiej ceny:

Przystępujący wyjaśnia, że całkowicie chybione jest odwoływanie się do wartości umów zawartych przez Zamawiającego na ten rodzaj usług w latach poprzednich choćby ze względu na zakres przedmiotu zamówienia (który został znacznie zmniejszony) w niniejszym postępowaniu w stosunku do zakresu przedmiotu zamówienia z 2005 czy 2006 roku. Ponadto Zamawiający wyłączył:

- konieczność okresowych przeglądów infrastruktury, które są bardzo kosztowne;
- konieczność przedstawiania dokumentacji technicznej eksploatowanych urządzeń w formie papierowej;
- eksploatację, konserwację i utrzymanie serwisu systemu łączności GSM, sieci strukturalnej czy telefonów abonenckich;

To wszystko wpłynęło na znaczne obniżenie ceny.

Ponadto Przystępujący podnosi, iż udzielanie zamówień w latach poprzednich nie było poprzedzone analizą rynkową, i z tego powodu Zamawiający nie był w stanie realnie oszacować kosztów świadczenia tego typu usługi u konkurencyjnych wykonawców, w tym również w kwestii wynagrodzeń osób biorących udział w realizacji umowy.

Przystępujący powołuje się również na orzecznictwo KIO w tym zakresie (wyrok KIO/UZP 1400/09).

Przystępujący wyjaśnia, iż na kalkulacje ceny miały wpływ następujące czynniki:

- Przystępujący posiada niskie koszty administracyjne, utrzymania i funkcjonowania firmy;
- ma siedzibę w tym samym mieście co Zamawiający;
- posiada wykwalifikowaną kadrę i zna dokładnie koszty jakie ponosi w tym zakresie i uwzględnił je w kalkulacji ceny;
- posiada urządzenia i sprzęt niezbędny do realizacji przedmiotowego zamówienia i nie ma potrzeby dokonywania znacznych zakupów w tym zakresie;
- Przystępujący nie zamierza rezygnować z umów serwisowych z firmami zewnętrznymi i koszt takich umów również został wkalkulowany w cenę.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony i włączonych w poczet materiału dowodowego., stanowisk i oświadczeń stron oraz Przystępującego,

zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie

Odnośnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów odnośnie istnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego w dalszej kolejności możliwość uzyskania niniejszego zamówienia ze względu na sklasyfikowanie oferty odwołującego bezpośrednio po ofercie wybranego wykonawcy. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Odnośnie zarzutu dotyczącego doświadczenia

Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem niniejszego postępowania jest świadczenie usług eksploatacji i serwisowania systemów telekomunikacyjnych Zamawiającego.

Pod pojęciem eksploatacji systemu, zgodnie z definicją, przyjmuje się, że na eksploatację składają się dwa realizowane jednocześnie procesy (A. Nowicki „Informatyka dla ekonomistów. Studium teoretyczne i praktyczne”, 1997, s. 237):

- użytkowanie, tj. korzystanie z systemu zgodnie z jego przeznaczeniem, którym jest pozyskiwanie określonych informacji w żądanej formie i czasie,
- obsługiwanie, polegające na odnawianiu walorów użytkowych systemu w celu przywrócenia (podtrzymania) jego pełnej zdolności do realizacji zadań użytkowych oraz na działaniach modernizujących i rozwojowych systemu.

Utrzymanie ciągłej i niezawodnej pracy systemu wymaga właściwej organizacji działań w zakresie jego eksploatacji. Wyróżnić można następujące trzy podstawowe grupy działań:

- konserwacyjne – przywracające walory użytkowe systemu lub utrzymujące je na niezmiennym poziomie,
- modernizacyjne – zwiększające sprawność działania systemu i jego wydajność,
- rozwojowe – polegające na sukcesywnym powiększaniu funkcjonalnego obszaru systemu, stopnia integracji systemu oraz usprawnianiu jego organizacji

W przedmiotowym postępowaniu spór pomiędzy stronami sprowadza się do zakresu i wartości świadczonych usług wymienionych w wykazie wykonanych lub wykonywanych usług załączonym do oferty Przystępującego.

Zgodnie z punktem 9.2.5 SIWZ Zamawiający wskazał, iż o zamówienie publiczne mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych wykonywali dostawy lub usług o łącznej wartości powyżej 3 000 000 zł w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania odpowiadających swoim rodzajem i wartością usługom lub dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. Jednocześnie Zamawiający nigdzie nie doprecyzował co będzie uważał za zamówienia odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

Sformułowanie „zamówienia odpowiadające swoim rodzajem” oznacza, że wykazywane usługi lub dostawy powinny być jedynie zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie lub charakterze. Zamówienia tego samego rodzaju **nie muszą być tożsame** z przedmiotem zamówienia wymaganym przez Zamawiającego.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego przedmiotem zamówienia jest m.in. eksploatacja i serwisowanie systemu teletransmisji, systemu telekomunikacyjnego Siemens HiPath, systemu łączności radiowej, radiotelefonów, systemu zasilania, sieci światłowodowej, kabli miedzianych, kanalizacji kablowych oraz systemów nowoplanowanych do uruchomienia. W szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego PGE Dystrybucja Łódź wymieniona jest bieżąca eksploatacja, obsługa techniczna, serwisowanie, konserwacja oraz wykonywanie drobnych napraw i rozbudowy systemów telekomunikacyjnych Zamawiającego, realizacja napraw i usterek eksploatowanej infrastruktury, przyjmowanie zgłoszeń dotyczących awarii i usterek, udział w projektach rozbudowy i modernizacji systemów Zamawiającego, udzielenie wsparcia technicznego pracownikom Zamawiającego w zakresie korzystania i konfiguracji systemów telekomunikacyjnych (pkt. 1.1., 1.2., 1.11., 1.28., SIWZ).

Z pierwszej z wymienionych w wykazie usług pozycji (z Urzędu Miasta Zgierz) wynika, iż w zakres przedmiotowego zamówienia wchodziła usługa gwarancji i serwisowania dla urządzeń aktywnych i oprogramowania sieci teleinformatycznej (w tym sieci światłowodowej) obejmująca serwis gwarancyjny świadczony na miejscu instalacji sprzętu, czas reakcji na zgłoszony problem, rozumiany jako podjęcie działań diagnostycznych, usunięcie usterek, przyjmowanie zgłoszeń serwisowych, zdalne wsparcie techniczne w zakresie rozwiązywania problemów z konfiguracją i użytkowaniem oprogramowania – analiza na podstawie Załącznika nr 1 Opis Przedmiotu Zamówienia w przetargu ogłoszonym przez Urząd Miasta Zgierz (pkt 2.6., pkt 3.3., pkt 5.2. SIWZ)

Z drugiej z wymienionych pozycji (wystawionych przez firmę Ericsson) wynika, że w zakres przedmiotowej umowy wchodzi świadczenie usług polegających na utrzymaniu sieci dostępowej, będącej częścią infrastruktury teleinformatycznej, a także usługi instalacji nowych łącz.

Analiza załączonego wykazu i dodatkowo załączonych do niego referencji oraz twierdzeń i dowodów przedstawionych na rozprawie pozwala stwierdzić, że zakres z wykazu i referencji pokrywa się z zakresem świadczenia usług dla Zamawiającego objętym niniejszym zamówieniem.

Odwołujący nie przedstawił wiarygodnych dowodów, z których wynikałoby aby nie można było zaliczyć doświadczenia przedstawionego przez Przystępującego za wystarczające i wymagane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Uprawnionym działaniem było ze strony Przystępującego takie a nie inne przedstawienie wartości kwotowych usług wymienionych w wykazie jeżeli zakres świadczonych usług pokrywa się z zakresem wymaganym przez Zamawiającego.

Nie można również przyznać racji twierdzeniom Odwołującego dotyczącym wykorzystywania słownika CPV do opisu przedmiotu zamówienia i tylko na jego podstawie porównywanie wymaganego doświadczenia. Słownik CPV ma charakter pomocniczy w opisywaniu przedmiotu zamówienia, nie można na jego podstawie przesądzać o charakterze posiadanego przez Wykonawcę doświadczenia.

Postawione wykonawcom wymagania powinny dawać pewność, iż wszystkie podmioty je spełniające dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, a podmioty niespełniające ich prawdopodobnie nie będą w stanie zrealizować danego zamówienia. Dlatego nie znajduje uzasadnienia zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślić należy, że określenie warunku podmiotowego w sposób ogólny nie ogranicza uczciwej konkurencji, a wręcz przeciwnie. Zgodzić się należy z twierdzeniem Zamawiającego, iż określenie wymogu wykazania przez wykonawców dostaw tożsamy z przedmiotem zamówienia odniosłoby skutek w postaci naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Zamawiający dochował należytej staranności, jaka na nim ciąży, w związku z opisywaniem warunków udziału w postępowaniu. Przy opisywaniu warunków udziału w postępowaniu opisał je na tyle ogólnie, aby mogli w danym postępowaniu wziąć udział również inni wykonawcy, niż wykonawca obecnie wykonujący usługę na rzecz Zamawiającego. Skoro sam Zamawiający na etapie ogłoszenia nie doprecyzował warunków udziału, nie może tego tym bardziej czynić Izba na etapie korzystania przez Wykonawcę ze środków ochrony prawnej. Zgodnie z przyjętą zaś doktryną wszystkie wątpliwości tłumaczy się na korzyść Wykonawcy, on sam zaś nie może ponosić negatywnych konsekwencji za działania lub zaniechania Zamawiającego.

Na tej podstawie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należało oddalić.

Odnosnie zarzutu dysponowania osobami:

Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający jako warunek udziału w postępowaniu wskazał konieczność (zgodnie z punktem 9.2.7 SIWZ) dysponowania osobami, spełniającymi wymagania określone w oświadczeniu złożonym przez Wykonawcę. W celu potwierdzenia spełniania tego warunku wykonawcy obowiązani byli do przedstawienia wraz z ofertą oświadczenia o dysponowaniu osobami o kwalifikacjach wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z załącznikiem nr 13 do SIWZ. W załączniku tym Zamawiający wymagał wskazania osób posiadających odpowiednie kwalifikacje albo certyfikaty lub ukończone szkolenia.

Wybrany Wykonawca w złożonej przez siebie ofercie załączył oświadczenie wymagane przez Zamawiającego na formularzu zgodnym ze wzorem z SIWZ, a także niezbędne certyfikaty i zaświadczenia o ukończonych szkoleniach.

W ocenie składu orzekającego Wykonawca ten spełnił warunek postawiony przez Zamawiającego.

Zgodnie z jednoznacznym stanowiskiem piśmiennictwa w tym przedmiocie oraz jednolitą linią orzecniczą KIO, jak również sądów okręgowych, warunek dotyczący „dysponowania” nie jest równoznaczny z koniecznością wykazania przez Wykonawcę zatrudniania wskazanej osoby w ramach umowy o pracę ani też zawarcia umowy cywilnej (umowy zlecenia, bądź umowy o dzieło), w terminie składania oferty.

Istotą art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest możliwość dysponowania osobami posiadającymi konkretne uprawnienia, a nie dysponowanie konkretnymi osobami. Sam fakt świadczenia pracy na rzecz innego pracodawcy (podmiotu) osób wymienionych w załączonym wykazie nie tamuje możliwości wykonywania pracy na rzecz innych podmiotów. Przedstawiając wraz z ofertą wykaz, Wykonawca nie deklaruje, że te osoby będą wykonywać zamówienie ale że spełnia warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Sytuacja zawodowa wymienionych w wykazie osób pozostaje bez znaczenia dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę. Co ważne także, Zamawiający nie wymagał wskazywania podstaw prawnych dysponowania osobami, swoje wymagania ograniczył jedynie do oświadczenia Wykonawcy składającego ofertę. Podkreślić należy również, że wywodzenie twierdzenia, iż pracodawca osób wymienionych w wykazie musi wyrazić zgodę na dysponowanie tymi osobami (poza enumeratywnie wymienionymi w przepisach szczególnych przypadkami jest to twierdzenie prawdziwe, nie dotyczą one jednak

wskazanego tu stanu faktycznego) nie znajduje oparcia w przepisach prawa. Zgodę muszą wyrazić osoby wymienione w wykazie. Z oświadczeń Przystępującego składanych podczas rozprawy, wynika iż prowadził on z tymi osobami rozmowy na temat zakresu, charakteru i celu przewidywanych w niniejszym postępowaniu usług oraz że osoby te zadeklarowały swój udział w wykonaniu zamówienia. Dlatego też nieuprawnione są twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający całkowicie pominął fakt nie dysponowania osobami wymienionymi w wykazie, ponieważ są one pracownikami innego podmiotu a ich obecność jest niezbędna dla prawidłowej eksploatacji systemu, dlatego też Przystępujący nie spełnił warunku dysponowania tymi osobami. Bez względu na to, na jakiej podstawie Wykonawca dysponuje takimi osobami, jest on uprawniony do ich wskazania w ofercie dla wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Z zapisu ustawy nie wynika, aby Wykonawca musiał być związany z takimi osobami stosunkiem pracy, czy też jakimkolwiek innym węzłem obligacyjnym. Pojęcie „dysponuje” niewątpliwie jest szersze aniżeli pojęcie „zatrudnia”, czy „jest związany umową”. Oznacza to więc tyle, iż ustawodawca dopuszcza dysponowanie przez Wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na jakiegokolwiek podstawie.

Na tej podstawie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp należało oddalić.

Oдноśnie zarzutu rażąco niskiej ceny:

Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 89 ust. 1 pkt 4 nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Pojęcie to nie zostało jednak zdefiniowane w art. 2 ustawy Pzp, zawierającym definicje legalne, jakimi posługuje się ta ustawa. Nie definiują także pojęcia tego regulacje wspólnotowe. Orzecznictwo Unii Europejskiej wskazywało, że sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, uznawanie za rażąco niskie cen poniżej pewnego poziomu, np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego (orzeczenie ETS z 22.06.1989 r. w sprawie C-103/88).

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ukształtował się pogląd, że punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest przede wszystkim ustalona przez zamawiającego, zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy Pzp, czyli w sposób należyty, wartość zamówienia powiększona o podatek VAT. Drugim przyjętym w orzecznictwie i praktyce

zamówień publicznych punktem odniesienia są ceny zaoferowane przez innych wykonawców w danym postępowaniu.

Zgodnie też z art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Zamawiający, w przypadku powzięcia wątpliwości co do zaoferowanej ceny, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z protokołem z postępowania z dnia 12 stycznia 2010 roku Zamawiający oszacował wartość zamówienia na wysokość 7 200 000 zł. Kwota ta obejmuje zakup kompleksowej usługi eksploatacji sieci i systemów telekomunikacyjnych Zamawiającego przez okres 36 miesięcy.

W postępowaniu złożone zostały trzy oferty w których zaproponowano następujące ceny:

1. ELTEL Networks Olsztyn S.A. - 9 618 480,00 zł;
2. Atem Polska Sp. z o.o. - 10 980 000,00 zł;
3. Technitel Polska Klimkiewicz, Rodziewicz sp. j. - 4 172 400,00 zł.

W toku prowadzonego postępowania Zamawiający nie zwracał się do Wykonawcy, który złożył najtańszą ofertę o złożenie wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny, nie uczynił tego również na etapie wszczęcia postępowania protestacyjnego i podniesionego wówczas zarzutu rażąco niskiej ceny.

W składanych przez Zamawiającego wyjaśnieniach (pisemnie i ustnie na rozprawie), podnosił on, iż szacowanie wartości zamówienia opierało się na jego dotychczasowym doświadczeniu i wartości wynikającej z dotychczas obowiązującej umowy. Niemożliwym było przeprowadzenie rzetelnej analizy rynkowej w zakresie zamawianej usługi choćby ze względu na brak oficjalnych cenników świadczenia usług podobnych. Cena takich usług jest każdorazowo negocjowana na potrzeby konkretnego zamawiającego usługę.

Zauważyć warto, iż Zamawiający wielokrotnie podkreślał, iż oczekiwał znacznego obniżenia wartości umowy, ponieważ po raz pierwszy w tak znaczący sposób ograniczono zarówno zakres ilościowy zamawianych usług, jak też ilość wymaganych specjalistów. Dlatego też, zdaniem składu orzekającego odnoszenie ceny oferowanej wyłącznie do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie, czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną nie jest wystarczające.

Odwołujący nie przedstawił w toku rozprawy przekonujących dowodów potwierdzających stawiany zarzut. Ze złożonych przez Odwołującego jako dowód własnych referencji trudno określić czy ich zakres pokrywa się z zakresem będącym przedmiotem niniejszego postępowania, dlatego też przedstawione w nich ceny rynkowe mogą nie być adekwatne do przedmiotu niniejszego zamówienia. Dalece nieuprawnionym byłby wniosek, że ceny podane w referencji są cenami rynkowymi. Na ich podstawie można jedynie stwierdzić, że firma Odwołującego na taki a nie inny cennik usług, co udowodniono składając ofertę na podobnym poziomie cenowym w toczącym się postępowaniu.

Z faktu, że Odwołujący wykonywał usługę na rzecz Zamawiającego za wartość wskazaną przez Zamawiającego i traktowaną przez niego jako wartość szacunkowa zamówienia, nie można wywodzić wniosku, że niemożliwym jest wykonanie zamawianej usługi za cenę niższą. Zaoferowanie ceny niższej niż wynikająca z obecnie obowiązującej umowy nie oznacza też niezachowania należytej staranności podczas wykonywania zamówienia przez Wykonawcę oferującego niższą cenę.

Przedstawiona przez Zamawiającego podczas rozprawy argumentacja została wzięta pod uwagę przez skład orzekający Izby. Argumenty przedstawione zarówno przez Zamawiającego (ograniczenie zakresu świadczenia oraz ilości wymaganych specjalistów), jak też Przystępującego (niskie koszty administracyjne, utrzymania i funkcjonowania firmy; siedziba w tym samym mieście co Zamawiający; posiadanie wykwalifikowanej kadry i znajomość dokładnych kosztów jakie ponosi w tym zakresie; bez konieczności zatrudniania dodatkowych osób; posiadanie urządzeń i sprzętu niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia bez potrzeby dokonywania znacznych zakupów w tym zakresie) nie wskazują na zaistnienie przesłanki skutkującej koniecznością odrzucenia oferty z powodu wystąpienia rażąco niskiej ceny. Potwierdzają to również wyczerpujące wyliczenia Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na wniesione odwołanie, które wskazują na ograniczenie zakresu zamówienia w stosunku do ilości świadczonych usług wynikających z obecnie obowiązującej umowy, ograniczenie ilości wymaganych specjalistów, zwiększenie się wykwalifikowanej kadry wśród pracowników Zamawiającego, która może przejąć część obowiązków wykonywanych obecnie przez Wykonawcę świadczącego usługi, zwiększenie ilości zmodernizowanego sprzętu, który pozwoli znacznie obniżyć koszty jego eksploatacji i napraw.

Na podstawie porównania ceny zaoferowanej przez wybranego Wykonawcę z wartością szacunkową zamówienia i cenami innych ofert, skład orzekający Izby stwierdził, że występująca różnica nie uzasadnia podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną.

Na tej podstawie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało oddalić.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r., Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....