

WYROK
z dnia 5 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2013 r. przez wykonawcę **FUO Sp. z o.o., ul. Piękna 20, 00-549 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Lubiewo ul. Hallera 9, 89-526 Lubiewo**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Asseco Poland S.A., ul. Branickiego 13, 02-972 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego
- B. wykonawcy **Teleoptics Sp. z o.o., ul. Sokratesa 5/57, 01-909 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **FUO Sp. z o.o., ul. Piękna 20, 00-549 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FUO Sp. z o.o., ul. Piękna 20, 00-549 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **FUO Sp. z o.o., ul. Piękna 20, 00-549 Warszawa** na rzecz **Gminy Lubiewo ul. Hallera 9, 89-526 Lubiewo** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie, wykonanie, uruchomienie i administrowanie siecią szerokopasmową w Gminie Lubiewo w ramach Projektu pt.” „LUBIEWO-INTERNET-EDUKACJ@”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 listopada 2013 r. pod numerem 2013/S 465334-2013.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu i postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie postanowienia rozdziału V pkt B tiret drugie SIWZ oraz postanowienia sekcji III.3.2 tiret drugie ogłoszenia o zamówieniu w sposób bezpodstawnie wprowadzający ograniczenie podmiotowe w kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, polegające na wprowadzeniu do opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku określonego w postanowieniu rozdziału V pkt B tiret drugie SIWZ oraz postanowienia sekcji III.3.2 tiret drugie ogłoszenia o zamówieniu wymogu dostawy 120 szerokopasmowych terminali abonenckich, co jest nieadekwatne i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a tym samym uniemożliwia udział w postępowaniu podmiotom zdolnym do realizacji zamówienia;
- 2) art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sformułowanie postanowienia rozdziału V pkt C tiret ósme-jedenaste SIWZ oraz postanowienia sekcji III.3.4 tiret osiem-jedenaście ogłoszenia o zamówieniu w sposób bezpodstawnie wprowadzający ograniczenie podmiotowe w kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, polegające na wprowadzeniu do opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunku wymogu posiadania przez personel certyfikatów wystawionych przez producenta oferowanych urządzeń lub certyfikaty potwierdzające zdanie, w autoryzowanej przez producenta oferowanych urządzeń sieciowych jednostce certyfikującej, egzaminów z zakresu konfiguracji tych urządzeń, co jest nadmierne i nieproporcjonalne względem przedmiotu zamówienia;
- 3) art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wymaganie dostarczenia materiałów, mających potwierdzić, że oferowane dostawy odpowiadają

wymaganiom określonym przez Zamawiającego, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a polegające na zawarciu w rozdziale II punkt 17 PFU wymogu dostarczenia przez wykonawców, których oferty zostaną uznane za formalnie i merytorycznie poprawne opisanego tam sprzętu - w terminie 3 dni od wezwania przez Zamawiającego;

- 4) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w sposób wskazujący na jednego wykonawcę, z uwagi na fakt, że wymagania w zakresie zestawienia parametrów sprzętu dostarczanego w ramach przedmiotowego zamówienia może spełnić tylko jeden producent.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu usunięcia kwestionowanych postanowień z treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

W ocenie Odwołującego, postanowienie rozdziału V pkt B tiret drugie SIWZ oraz postanowienia sekcji III.3.2 tiret drugie ogłoszenia o zamówieniu, dotyczące bezpośrednio wiedzy i doświadczenia wykonawców, w zakresie odnoszącym się do wymagania wylegitymowania się przez wykonawców w ramach jednej roboty budowlanej dodatkowo dostawą 120 szerokopasmowych terminali abonenckich, przy i tak wyjątkowo złożonej konstrukcji warunku odnoszącego się przecież do robót budowlanych stanowi rażące naruszenie przepisu art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem poprzez swoją nadmierność i kierunkową szczegółowość eliminuje z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy mają wymagane doświadczenie w realizacji robót budowlanych odpowiadających charakterem przedmiotowi zamówienia, ale w ramach tychże robót nie dokonywali dostawy sprzętu, mającego przy tym dla przedmiotu zamówienia marginalne znaczenie. Odwołujący w tym przedmiocie powołał się na wyrok KIO z dnia 14 marca 2012 r., sygn. akt: KIO 411/12.

W ocenie Odwołującego, w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie uczynił zadość ani nakazowi równego traktowania wykonawców, ani obowiązkowi zapewnienia przejrzystości postępowania, gdyż warunek został opisany w sposób tak zawężający, że wykonawcy legitymujący się doświadczeniem odpowiadającym przedmiotowi zamówienia *de facto* nie będą mogli ubiegać się o przedmiotowe zamówienie ze względu na wskazywany element opisu warunku.

W ocenie Odwołującego, wprowadzenie wymogu dostawy 120 szerokopasmowych terminali abonenckich przy dokonywaniu opisu warunku odnoszącego się do robót budowlanych jest nieproporcjonalne do efektu, który w ramach wprowadzania warunku wiedzy i doświadczenia, Zamawiający chciał osiągnąć. Jeżeli konieczność legitymowania się przez wykonawców doświadczeniem w dostawach sprzętu tego rodzaju jest dla

Zamawiającego istotna, zdaniem Odwołującego, mógł on żądać wykazania doświadczenia w tym zakresie odrębnie. Na konieczność odseparowania robót budowlanych i dostaw w zakresie doświadczenia wykonawców, jak również czynności podejmowanych w ramach przedmiotowego zamówienia, w ocenie Odwołującego, wskazuje chociażby wyodrębnienie tego typu prac w ramach podziału etapów zadań przewidzianych do wykonania na etapie realizacyjnym, opisanym szczegółowo w rozdziale III ust. 2 SIWZ. Kwestionowany warunek, jak twierdzi Odwołujący, jest nadmiernie szczegółowy i nieproporcjonalny w zakresie wymogu dostawy sprzętu, nieadekwatny do oczekiwań Zamawiającego, odnoszących się do wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w robotach budowlanych. Powołuje się na wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 20 grudnia 2005 r., sygn. akt: II Ca 583/04.

Odwołujący podnosi, że nie kwestionuje możliwości oczekiwania przez Zamawiającego doświadczenia w dostawach sprzętu w ogóle, nieakceptowalnym jest tylko sposób powiązania powyższego z robotami budowlanymi, co z góry zamyka drogę do zamówienia szerokiemu gronu wykonawców, z uwagi że tego typu łączenie robót budowlanych i dostaw sprzętu w jednym zamówieniu/w jednej umowie nie należy do częstych. Co więcej, nie istnieje żaden racjonalny powód dla konieczności legitymowania się przez wykonawców wykazujących doświadczenie w robotach budowlanych, wykonaną w ramach tego samego zamówienia dostawą sprzętu.

Dalej Odwołujący podaje, że Zamawiający w rozdziale V pkt C tiret ósme, dziewiąte, dziesiąte, jedenaste wymaga, aby personel Zamawiającego posiadał *„ważne certyfikaty producenta oferowanych urządzeń lub certyfikaty potwierdzające zdanie, w autoryzowanej przez producenta oferowanych szerokopasmowych systemów radiowych jednostce certyfikującej, egzaminów z zakresu konfiguracji tych urządzeń”*. W ocenie Odwołującego, tego rodzaju wymaganie ogranicza konkurencję, gdyż - zważywszy, że Odwołujący stawia zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp - możliwość ubiegania się o przedmiotowe zamówienie uzależniona jest od istnienia współpracy z jednym tylko producentem, którego sprzęt spełnia wymagania wyspecyfikowane przez Zamawiającego. Powołuje się na uchwałę KIO z dnia 22 listopada 2010 r. (KIO/ KU 83/10) oraz wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1177/11.

W ocenie Odwołującego, kwestionowany warunek służy bezpodstawnemu ograniczeniu kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia i nie ma żadnego przełożenia na osiągnięcie pożądanego przez Zamawiającego celu na etapie realizacji zamówienia. Powołuje się na wyrok KIO z dnia 8 marca 2013 r., sygn. akt KIO 426/13. Zdaniem Odwołującego, sposób oceny spornych warunków nie potwierdza zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, czemu wszakże służą warunki udziału w postępowaniu.

Dalej Odwołujący podniósł, że wymóg zawarty w pkt 17 rozdziału II Programu Funkcjonalno-Użytkowego stanowi wymaganie nadmierne i nieproporcjonalne, a także zbędne do przeprowadzenia niniejszego postępowania. Wymagany przez Zamawiającego sprzęt jest sprzętem specjalistycznym, wysokiej klasy, który nie jest dostępny „od ręki”. Co więcej postawienie takiego wymogu wymusza na wykonawcach, w tym Odwołującym, zakup sprzętu jeszcze przed rozstrzygnięciem postępowania, co również może być utrudnione ze względu na fakt, że zgodnie z praktyką rynkową wszelkie zamówienia są realizowane w pierwszej kolejności na rzecz podmiotów stale współpracujących z danym producentem. Nie ulega wątpliwości także fakt, że Zamawiający nie może wymagać od wykonawców zakupu kosztownego sprzętu, w celu wykazania zgodności przyszłych dostaw z wymaganiami zamawiającego w sytuacji, gdy zasadniczym elementem przedmiotowego zamówienia jest prowadzenie robót budowlanych. Zadaniem Odwołującego, wspomniane wymagania z jednej strony ogranicza konkurencję i zawęża krąg potencjalnych wykonawców wyłącznie do kontrahentów producenta sprzętu, z drugiej uniemożliwia wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówienia z uwagi na konieczność poczynienia nieadekwatnych i nieproporcjonalnych nakładów finansowych.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazuje, że Zamawiający określił wymagania względem dostarczanego sprzętu, które może spełnić wyłącznie jeden producent. Powyższe, w ocenie Odwołującego, stanowi naruszenie przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, bowiem z uwagi na znaczną ilość producentów występujących na rynku właściwym, których sprzęt w równym stopniu mógłby spełnić wymagania Zamawiającego pod względem klasy, jakości, dostępności i innych elementów charakteryzujących sprzęt, zawężenie możliwości do dostawy wyłącznie sprzętu jednego producenta stanowi niczym nieuzasadnione ograniczenie konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W sekcji III.3.2. (rozdział V pkt B SIWZ) Zamawiający zawarł opis sposobu dokonywania oceny warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. I tak: *„Warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie zaprojektowania i wykonania szerokopasmowej sieci teleinformatycznej Zamawiający uzna za spełniony jeżeli Wykonawca udokumentuje, że: W okresie ostatnich pięciu (5) lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia. Za roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot niniejszego zamówienia, Zamawiający uzna wykonanie robót budowlanych, [sklasyfikowanych według ustaleń zawartych w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 30 grudnia*

1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) - (Dz. U. z dnia 31 grudnia 1999 r., Nr 112, poz. 1316, ze zmianami) w grupie 221 (Rurociągi i linie telekomunikacyjne oraz linie elektroenergetyczne przesyłowe, Linie telekomunikacyjne (nadziemne, podziemne lub podwodne), systemy przekaźnikowe, sieci radiowe], polegających na wykonaniu:

- 1 roboty budowlanej polegającej na wybudowaniu, w ramach jednej i tej samej umowy, światłowodowej szerokopasmowej sieci telekomunikacyjnej wraz z kanalizacją teletechniczną oraz dostawie i instalacji urządzeń aktywnych sieci, o długości nie mniejszej niż 20 kilometrów (kmś) i wartości przynajmniej 8 000 000 zł brutto,
- 1 roboty budowlanej polegającej na zaprojektowaniu i wybudowaniu, w ramach jednej i tej samej umowy, światłowodowej sieci telekomunikacyjnej z kanalizacją teletechniczną o łącznej długości min. 10 km i radiowej szerokopasmowej sieci telekomunikacyjnej, wraz dostawą urządzeń aktywnych sieci, obejmującej minimum 8 stacji bazowych szerokopasmowego systemu radiowego wraz z budową minimum 8 masztów/wież (o wysokości przynajmniej 12m) i dostawie minimum 120 szerokopasmowych terminali abonenckich. Wartość zadania dla ww. zakresu, powinna przekraczać 3 000 000 zł brutto."

W sekcji III.3.4. ogłoszenia o zamówieniu (rozdział V pkt C SIWZ) Zamawiający formułując opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego potencjału kadrowego postawił wymóg, aby osoby przewidziane do pełnienia funkcji specjalisty ds. sieciowych, specjalisty ds. bezpieczeństwa sieci, specjalisty ds. technologii serwerowych, specjalisty ds. administrowania systemami, specjalisty ds. szerokopasmowych systemów radiowych legitymowały się ważnym certyfikatem producenta oferowanych urządzeń lub certyfikatem potwierdzającym zdanie, w autoryzowanej przez producenta oferowanych technologii/urządzeń jednostce certyfikującej, egzaminów z zakresu konfiguracji tych urządzeń.

W pkt 17 rozdziału II Programu Funkcjonalno-Użytkowego Zamawiający sformułował następujący wymóg: „Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za formalnie i merytorycznie poprawną, zostanie wezwany do dostarczenia na własny koszt do siedziby Zamawiającego w terminie 3 dni od otrzymania wezwania: 1 szt. przełącznika głównego węzła głównego sieci, 1 szt. firewall z węzła głównego sieci, 1 kompletu systemu kontroli dostępu do sieci NAC, 1 kompletu scentralizowanego zintegrowanego systemu zarządzania bezpieczeństwem klasy SIEM, 1 szt. kontrolera WiFi, 1 kompletu urządzeń stacji bazowej 5GHz, 1 kompletu urządzeń radiowej sieci dostępowej, oprogramowania zarządzającego urządzeniami aktywnymi w sieci i wykazania spełnienia wymaganych w Załączniku nr 1 do SIWZ (Tabele 1, 2, 4, 5, 6, 13, 14 i 15) parametrów i wyników testów przez ich uruchomienie

na dostarczonym sprzęcie. Z przeprowadzonych testów zostanie sporządzony protokół podpisany przez przedstawicieli obu stron bez zastrzeżeń. W przypadku niedostarczenia tych urządzeń, nie uruchomienia sprzętu oraz niezgodności wyników przeprowadzonych testów z wymaganiami zawartymi w SIWZ oferta zostanie odrzucona. Sprzęt dostarczony przez Wykonawców do przeprowadzenia testów pozostanie w siedzibie Zamawiającego do upływu terminu przewidzianego do wniesienia środka ochrony prawnej, a w przypadku Wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, pozostanie do dnia odbioru dostawy i będzie stanowił wzorzec.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że zarzuty naruszenia przepisów art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 2 ustawy Pzp Izba pozostawia bez rozpoznania. Uzasadnienie dla powyższego stanowi przepis art. 180 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę; 2) opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; 4) odrzucenia oferty odwołującego. Zwrócić należy uwagę, że powołany przepis jednoznacznie formułuje przedmiot odwołania w tzw. zamówieniach podprogowych. Oznacza to, że objęcie zakresem odwołania innej czynności niż wymienione w przedmiotowym przepisie nie może wyrzucić skutków prawnych. W związku z powyższym, Izba stwierdzając, że treść odwołania przekracza granice określone w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp i jednocześnie nie dysponując instrumentem pozwalającym na odrzucenie odwołania w części, pozostawia poza zakresem rozpoznania zarzuty dotyczące czynności innych niż wymienione w rzeczonym przepisie.

W okolicznościach niniejszej sprawy bezsporne jest, że wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący domagał się zakwalifikowania opisu przedmiotu zamówienia i wymagania dostarczenia materiałów, służących potwierdzeniu, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, do czynności opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp). Jednakże oczekiwania Odwołującego, w ocenie Izby, są nieuzasadnione.

Nie budził i nie budzi wątpliwości w orzecznictwie zakres normatywny przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Zważywszy na treść powołanego przepisu wolą ustawodawcy warunki udziału w postępowaniu związane są jedynie z właściwościami (cechami) wykonawcy, a

poprzez ich konkretyzację i sformułowanie opisu sposobu dokonywania ich oceny, zamawiający ma na celu dopuszczenie do realizacji zamówienia jedynie wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia i dających rękojmię należytego wykonania konkretnego zamówienia. Na próżno zaś w powołanym przepisie poszukiwać regulacji odnoszącej się do przedmiotu zamówienia, w tym sposobu potwierdzania wymagań zamawiającego w tym zakresie.

Prawdą jest, że w obrocie funkcjonuje termin „warunki przedmiotowe”, jednakże nie ulega wątpliwości i takich nie powinien wywoływać u profesjonalnego pełnomocnika, że przedmiotowego określenia nie należy utożsamiać z warunkami udziału w postępowaniu. Stoi temu na przeszkodzie zarówno treść przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w którym to przepisie ustawodawca wprost potwierdził, że warunki udziału w postępowaniu i sposób ich oceny oraz przedmiot zamówienia i sposób oceny potwierdzania spełniania przez oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane wymagań zamawiającego stanowią kategorie rozłączne. Zresztą sam Odwołujący formułując zarzut naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w istocie okoliczność tę potwierdza.

Uprawnienie do objęcia przedmiotem odwołania opisu sposobu dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu nie daje podstaw, z przyczyn, o których była mowa wyżej, do zakwalifikowania do przedmiotowej czynności opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji oznacza to odmowę rozpoznania przez Izbę zarzutów, które w istocie dotyczą przedmiotu zamówienia. Zaś, w ocenie Izby, w tej kategorii mieści się kwestionowanie wymagań względem dostarczanego sprzętu oraz sposobu potwierdzania przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Na marginesie należy jedynie zauważyć, że Odwołujący formułując zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp nie podał nawet żadnego uzasadnienia faktycznego.

Przechodząc do oceny wymogu odnośnie posiadania odpowiednich certyfikatów przez określone osoby stwierdzić należy, że Odwołujący kwestionuje w istocie zasadność tego wymogu przez pryzmat przypisywanego Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wywodząc, że skoro Zamawiający tak sformułował parametry dotyczące zamawianego sprzętu, iż możliwe jest zaoferowanie urządzeń tylko jednego producenta, to tym samym wymagane certyfikaty również mogą pochodzić jedynie od tego producenta. Taki sposób sformułowania zarzutu, wobec pozostawienia bez rozstrzygnięcia zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, powoduje, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Skoro bowiem Izba nie badała i w konsekwencji nie stwierdziła, że w ramach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można zaoferować tylko urządzenia jednego producenta, to w konsekwencji brak podstaw do stwierdzenia, że certyfikaty winny pochodzić właśnie od tego jednego producenta.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że Odwołujący nie udowodnił, że na rynku istnieje jeden producent zamawianego sprzętu. Z pewnością takiego dowodu nie stanowi przedstawienie przez Odwołującego wyciągu z katalogu dotyczącego stacji bazowej, produkowanej przez firmę Radwin. Określona tożsamość parametrów technicznych jednego z urządzeń opisanych przez zamawiającego i porównywanego jeszcze nie dowodzi, że dostawcą wszystkich urządzeń może być tylko jeden producent. Ponadto, samo przedłożenie przez Odwołującego rzeczowego wyciągu i wskazanie na zbieżność z opisem Zamawiającego w zakresie jednego parametru (dopuszczalny zakres temperatur) nie stanowi o tym, że możliwe jest jedynie zaoferowanie urządzenia firmy Radwin.

Odwołujący zmierzający do skutecznego wykazania, że istnieją na rynku urządzenia tylko jednego producenta, które spełniają wymagania Zamawiającego, winien pokazać ofertę produktową z danego segmentu rynku i na tej podstawie udowodnić, że oferta może być przygotowana w oparciu o urządzenia jednego dostawcy. Z pewnością poprzestanie na twierdzeniu, że brak możliwości zaoferowania w ramach niniejszego zamówienia publicznego innych urządzeń niż te, wyprodukowane przez firmę Radwin, nie stanowi okoliczności negatywnej niewymagającej dowodu.

Oczekiwanie przez Przystępującego, że Zamawiający przedstawi protokół z badania rynku jest nieuzasadnione. W istocie zmierza bowiem do przeniesienia ciężaru dowodu z Odwołującego na Zamawiającego i do obejścia przepisów prawa w tym przedmiocie. W tym miejscu przypomnieć należy, że inicjatywa dowodowa przysługuje również Przystępującemu, który zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego ma możliwość wzmocnienia argumentacji przedstawionej przez Odwołującego.

W okolicznościach niniejszej sprawy z przyczyn, o których mowa była wyżej, zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie mógł się powieść. Natomiast Odwołujący nie kwestionował celowości legitymowania się przez określone osoby wymaganymi certyfikatami. W odwołaniu nie został sformułowany również zarzut związany z użyciem przez Zamawiającego pojęcia „jednostki certyfikującej”, stąd też z mocy przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, nie podlega on rozpoznaniu. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że postępowanie odwoławcze nie służy uzupełnianiu treści odwołania. Skoro rozstrzygnięcie odwołania winno ograniczać się do zarzutów zawartych w odwołaniu to mnożenie okoliczności faktycznych i prawnych w toku postępowania odwoławczego, należy uznać za rozszerzenie przedmiotu odwołania nie zaś za uzasadnienie zarzutów sformułowanych w odwołaniu.

Przechodząc do oceny warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia stwierdzić należy, że Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutu sformułowanego w tym przedmiocie. Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis

sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Wynikający z powoływanego przepisu nakaz wiązania warunku udziału w postępowaniu z przedmiotem zamówienia oznacza obowiązek określenia doświadczenia wymaganego przez wykonawcę przez pryzmat obowiązków, które będą wykonywane w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.

Bezsporne jest, że wykonanie przedmiotu zamówienia wiąże się nie tylko z realizacją robót budowlanych, ale wymaga również dostawy urządzeń. W ślad za tym Zamawiający sformułował opis warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, które odpowiadają charakterowi obowiązków (prac), które winny być wykonane w ramach niniejszego zamówienia. Zamawiający wymaga zatem wykazania się wykonaniem dwóch robót budowlanych połączonych z dostawą określonych urządzeń. W tych warunkach nie sposób dopatrywać się braku związku spornego warunku z przedmiotem zamówienia. W ocenie Izby, skoro, jak sam Odwołujący wskazuje, nieczęsto z taką konfiguracją mamy do czynienia w ramach realizacji robót budowlanych, to tym bardziej uzasadnione jest oczekiwanie, że wykonawca wykaże się takim właśnie doświadczeniem. Zatem, rozłączne potraktowanie doświadczenia w zakresie realizacji robót budowlanych i dostaw nie stanowiłoby potwierdzenia doświadczenia niezbędnego do realizacji zamówienia w kompleksowym ujęciu. W ocenie Izby, czym innym jest doświadczenie tylko w realizacji dostaw albo tylko w wykonywaniu robót budowlanych.

Izba nie dostrzegła również podstaw do stwierdzenia, że sporny warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Skoro przedmiot zamówienia obejmuje dostawę 750 szerokopasmowych centrali abonenckich to wymóg legitymowania się dostawą 120 przedmiotowych centrali nie może być uznany za nadmierny. Za niezrozumiałe należy uznać żądanie Przystępującego od Zamawiającego przedstawienia wzoru, za pomocą którego ustalono sporną ilość centrali. Po pierwsze bowiem, nie istnieje obowiązek posługiwania się jakimkolwiek wzorem służącym skonkretyzowaniu warunków udziału w postępowaniu, po drugie, ciężar udowodnienia, że wymóg ten jest nadmierny spoczywa na Odwołującym. Zaś, Odwołujący obowiązku tego nie udźwignął.

Reasumując, stwierdzić należy, że opis warunków udziału w postępowaniu służy z jednej strony zabezpieczeniu interesów zamawiającego, który ma prawo oczekiwać, że do postępowania zostaną dopuszczeni wykonawcy wiarygodni i zdolni do wykonania zamówienia, z drugiej zaś strony nie może w sposób nieuzasadniony ograniczać dostępu do zamówienia. W ocenie Izby, w warunkach niniejszego postępowania, ochrona interesów Zamawiającego i wykonawców nie została zachwiana.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

Przewodniczący: