

WYROK

z dnia 13 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący	Aneta Młacka
Członkowie:	Anna Kuszel - Kowalczyk Irmína Pawlik
Protokolant:	

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 02 i 10 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 02 listopada 2021 r. przez Odwołującego J. ELECTRIC Sp. z o.o. (ul. Wiertnicza 77, 02-952 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. (ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa)

przy udziale:

A. wykonawcy FBSerwis S.A. (ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: PKP Energetyka S.A., PKP Energetyka Obsługa Sp. z o.o. (ul. Hoża 63/67, 00-681 Warszawa) zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1) oddala odwołanie
- 2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego J. ELECTRIC Sp. z o.o. (ul. Wiertnicza 77, 02-952 Warszawa) i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego J. ELECTRIC Sp. z o.o. (ul. Wiertnicza 77, 02-952 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 3253/21

UZASADNIENIE

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Kompleksowe utrzymanie urządzeń nietrakcyjnej elektroenergetyki kolejowej w latach 2022-2025”.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 092-239801.

Odwołujący J. Electric Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze we wszystkich częściach postępowania o udzielenie zamówienia (tj. częściach 1,2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21,22, 23) jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PKP Energetyka S.A.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1 art. 226 ust. 1 pkt. 7) ustawy z dnia 11 września 2019 Prawo Zamówień Publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 i art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PKPe pomimo, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

2. art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy z dnia 11 września 2019 Prawo Zamówień Publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PKPe pomimo, że zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) i c) ustawy z dnia 11 września 2019 Prawo Zamówień Publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PKPe pomimo, że została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, który nie złożył w terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

4. z ostrożności procesowej art. 128 ust. 1) ustawy z dnia 11 września 2019 Prawo Zamówień Publicznych poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PKPe do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej.

Odwołujący wniósł o:

a) unieważnienie czynności Zamawiającego z dnia 22 października 2021r. polegającej na wyborze we wszystkich częściach zamówienia (od 1 do 23) oferty złożonej przez Konsorcjum PKPe

oraz

b) odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum PKPe we wszystkich częściach zamówienia (od 1 do 23).

W ocenie Odwołującego Konsorcjum PKPe złożyło ofertę na realizację zamówienia w zakresie części od 1 do 23 w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Czyn nieuczciwej konkurencji o którym mowa powyżej należy rozpatrywać w dwóch

obszarach:

- zaofferowanej przez Konsorcjum PKPe ceny globalnej za realizację usług stanowiących przedmiot zamówienia
- zaofferowanej przez Konsorcjum PKPe ceny jednostkowej za świadczenie usług serwisu awaryjnego

Strategia cenowa Konsorcjum PKPe zakładająca wykorzystanie pozycji dominującej na rynku usług elektroenergetyki w tym także przychodów otrzymywanych od Zamawiającego w ramach innych umów zawartych w trybie zamówienia z wolnej ręki a także przychodów z wyłączeń sieci trakcyjnej (monopol tego podmiotu) wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k.

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum PKPe posiada pozycję dominującą na rynku usług utrzymania urządzeń elektroenergetyki kolejowej. Jest tak z uwagi na następujące okoliczności:

Udział w rynku Odwołującego jest radykalnie mniejszy i nieporównywalny do udziału w rynku Konsorcjum PKPe, którego udział przekracza 90%. Rynek usług serwisowych elektroenergetyki kolejowej stanowiących przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia jest bardzo wąski czego dowodzi fakt, że wyłącznie Odwołujący oraz Konsorcjum PKPe złożyli oferty na wszystkie 23 części zamówienia, przy czym w większości części oferty tych dwóch podmiotów były jedyne które zostały złożone.

Odwołujący zwracał uwagę na zawartą przez Zamawiającego w trybie zamówienia z wolnej ręki czteroletnią umowę z PKP Energetyka S.A. w zakresie usług utrzymania urządzeń sieci trakcyjnej na liniach będących w zarządzaniu Spółki, która stanowi ponad 1 miliard 177 milionów złotych netto. Dane te w opinii Odwołującego w sposób jednoznaczny potwierdzają dominującą, bezprecedensową na rynku zamówień publicznych w Polsce pozycję podmiotów tworzących Konsorcjum PKPE na rynku elektroenergetyki. Sumaryczna wartość umów zawartych począwszy od stycznia 2018r. przez Zamawiającego z Konsorcjum PKPe w zakresie usług na rynku elektroenergetyki kolejowej wynosi 1.188.371.810,53 zł tj. blisko 1,2 miliarda złotych netto. Taka kwota zamówień udzielonych z wolnej ręki jest bezprecedensowa w realiach zamówień publicznych udzielanych w Polsce biorąc pod uwagę fakt, że od wielu lat na rynku polskim oraz europejskim funkcjonuje wiele podmiotów działających na zasadach konkurencji, mogących z powodzeniem świadczyć usługi będące przedmiotem wskazanych umów.

Odwołujący wskazał także, że źródłem znaczących dochodów przedsiębiorstw Konsorcjum PKPE mogą być także inne umowy i porozumienia, których szczegółów nie można uzyskać w trybie dostępu do informacji publicznej.

Odwołujący podkreślał, że Konsorcjum PKPE osiąga dodatkowy przychód (niedostępny dla innych uczestników rynku) pobierając opłaty za wyłączenia napięcia w sieci trakcyjnej, które będą niezbędne do realizacji Umowy posiadając w tym względzie monopol na stosowanie wyłączeń. Stosowane stawki są ustalone na bardzo wysokim poziomie w warunkach faktycznego monopolu.

Odwołujący wskazywał także na okoliczność, że PKP Energetyka S.A. złożyła skrajnie niską ofertę (niemożliwą do złożenia przez podmioty działające na rynkowych zasadach), gdyż jako jedyny podmiot spośród potencjalnych oferentów osiągać będzie dodatkowe przychody z tytułu wykonywania odpłatnych wyłączeń napięcia w sieci trakcyjnej. Wyłączenia rozliczane będą na podstawie tworzonych przez PKP Energetyka w warunkach monopolu cenników za wyłączenie napięcia w sieci trakcyjnej, w szczególności na masową skalę w miejscu pracy serwisu oświetlenia zewnętrznego będącego w zakresie przedmiotowej umowy. Cennik ustalony został wyłącznie uchwałą Zarządu PKP Energetyka S.A. i jest powielany do dziś. Cennik ten nie podlegał akceptacji Prezesa URE. Przykładowo sporządzenie regulaminu wyłączenia napięcia zgodnie z cennikiem kosztuje od 1063,77 do 2127,54 zł netto za czynność spisania wzajemnych ustaleń co do tego jak będzie przebiegał proces wyłączenia napięcia w sieci trakcyjnej wykonywanego dla wymiany jednego źródła światła w latarni oświetlającej tory kolejowe. Ilość i częstotliwość naliczania opłat będzie więc zależna wyłącznie od planowania harmonogramów realizacji usług przez Konsorcjum PKPE, bez żadnego ograniczenia kwoty i na podstawie narzuconego jednostronnie Zamawiającemu przez ten podmiot cennika. Z wyłączeniem PKP Energetyka S.A. żaden inny podmiot nie ma z tytułu realizacji prac objętych mającą zostać zawartą umową dodatkowego źródła dochodu.

Odwołujący wskazał także, że przedmiotowe postępowanie jest kolejnym, cyklicznym zleceniem przez Zamawiającego usług w zakresie utrzymania urządzeń elektroenergetyki

nietrakcyjnej. Poprzednie zamówienie zostało udzielone na lata 2018-2021 w wyniku rozstrzygnięcia przetargu nieograniczonego na rzecz Odwołującego. W wymaganiach zamówienia na lata 2018-2021 Zamawiający również wymagał dysponowania wykwalifikowanymi serwisantami - elektrykami - uprawnionymi do prac z urządzeniami elektrycznymi. W obecnym postępowaniu Zamawiający ma znacznie wyższe wymagania niż w poprzednim postępowaniu na lata 2018-2021. Mimo to na nadchodzące lata 2022-2025 Konsorcjum PKPE zaoferowało ceny istotnie niższe niż zaoferowane przez te same podmioty w roku 2017. Tego rodzaju wycena nie znajduje żadnego logicznego uzasadnienia w świetle powszechnej wiedzy o znaczącym (skokowym) wzroście cen (w tym kosztów pracy) do którego doszło w ostatnich latach. Nominalna oferta Konsorcjum PKPE jest znacznie niższa w 2021 roku niż oferta tego samego podmiotu w roku 2017, co w ocenie Odwołującego stanowi przejaw nieuczciwej kalkulacji podmiotów o dominującej pozycji na rynku.

Odwołujący podkreślał, że Konsorcjum PKPE przy wykonanej przez siebie wycenie wykonania na rzecz Zamawiającego usługi w sposób rażąco zignorowało obserwowane przez 4 ostatnie lata wzrosty cen, nadchodzącą inflację, oraz wzrost wymagań Zamawiającego, w tym:

- Wprowadzenie wymogu pełnego etatu dla wszystkich wymaganych serwisantów-elektryków.
- Wprowadzenie wymogu posiadania uprawnień pracowników wykonawczych (Eksplatacyjnych) w dodatkowym podzakresie do obsługi oświetlenia zewnętrznego (uprzednio nie wynikało to wprost z wymogu, ale z powszechnie obowiązujących przepisów).
- Wprowadzenie wymogu posiadania znacznie szerszych kwalifikacji do czynności nadzoru nad pracami elektrycznymi (na czynności tzw. „Dozoru”) w zakresie: urządzeń, instalacji i sieci o napięciu znamionowym powyżej 1 kV o sieci elektrycznego oświetlenia ulicznego, elektrycznej sieci trakcyjnej.

Odwołujący oszacował, że oferta Konsorcjum PKPE na bardziej wymagający zakres samych usług, pomimo 4 lat wzrostu cen i kosztów pracy, spadła o 21 milionów złotych netto, a więc o ponad 20%. W analizie tej od łącznych kwot ofert w obu postępowaniach należało odjąć kwoty przyjęte na refaktury zużywanych materiałów (arbitralnie narzucone przez Zamawiającego). Materiały są bowiem zużywane i refakturowane na Zamawiającego, ale kwoty te są w cenach łącznych ofert. Zamawiający w planie zakupu materiałów stanowiących część stałą kwoty Umowy uwzględnił przewidywaną inflację i zaplanował wzrost kosztów materiałów względem poprzedniej Umowy przewidując inflację w tym zakresie.

Porównując ceny globalnej za całość zadań Odwołującego oraz Konsorcjum PKPe (cena za usługę bez stałej materiałowej) Odwołujący doszedł do wniosku, że cena globalna Konsorcjum PKPe jest niższa od ceny Odwołującego o niemal 18 milionów PLN netto - wartość, którą tylko podmiot dominujący może poświęcić celem eliminacji jedynej konkurencji.

Niezależnie ofertę na ograniczoną liczbę zadań złożyli także Wykonawcy: Torpol S.A., Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Bentley K. N., FB Serwis S.A. Każdy z tych podmiotów zaoferował cenę globalną za dane zadanie istotnie odbiegającą od ceny Konsorcjum PKPe.

W ocenie Odwołującego cena jednostkowa za najbardziej istotną część przedmiotu

zamówienia tj. serwis awaryjny została ustalona przez Konsorcjum PKPe na poziomie nie pozwalającym na pokrycie kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zarzut ten dotyczy cen za usługi serwisu awaryjnego - stałego, czteroletniego wykonywania usług pogotowia energetycznego, a więc części najistotniejszej dla Zamawiającego z punktu widzenia celu

Umowy.

Odwołujący wielokrotnie podkreślał, że cena za usługę serwisu awaryjnego jest jedyną pewną, comiesięczną kwotą, która powinna zapewnić finansowanie pracy serwisantów - elektryków, dyżurujących dyspozytorów, paliwa na dojazd do każdej awarii, amortyzacji ich środka transportu, amortyzacji narzędzi. Bez zapewnienia finansowania tej części umowy niemożliwym jest realizacja kolejnych.

Podkreślał także, że ceny za serwis awaryjny Konsorcjum PKPe w rażącym stopniu odbiegały od pozostałych złożonych ofert. Konsorcjum PKPe przyjęło niezgodnie z SWZ oraz wycenami rynkowymi, że najważniejsza usługa stanowi jedynie 10% przedmiotowego zamówienia. Wszyscy Wykonawcy kalkulując ofertę wzięli pod uwagę powagę sfinansowania

pełnienia serwisu awaryjnego i w sposób zgodny z zapisami OPZ wycenili tę usługę. W konsekwencji wycena kluczowej usługi serwisu awaryjnego nie może podlegać manipulacji przez podmiot mający jasny zamiar doprowadzenia do wielomilionowej kontraktacji niedługo przed potencjalną dalszą odsprzedażą do innego właściciela przez fundusz inwestycyjny CVC, gdyż stawką w tej unikalnej sytuacji jest bezpieczeństwo i ciągłość funkcjonowania systemu kolei w Polsce w kolejnych czterech latach. Okoliczność powyższa zdaniem Odwołującego wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, że przyjęta przez Konsorcjum PKPe wycena usług poniżej kosztów ich świadczenia została przyjęta w celu eliminacji innych podmiotów działających na wąskim rynku właściwym. Zamiarem prywatnego od 2016 roku Konsorcjum PKP Energetyka posiadającego dominujący udział w rynku jest eliminowanie rynkowo działających przedsiębiorstw. Zamiar ten Konsorcjum PKPe może realizować także korzystając z nierynkowych i nieakceptowanych przez Prezesa URE opłat obowiązkowych za wyłączenia napięcia w sieci (nieдоступnych dla innych Wykonawców) oraz zawartych na ponad 1,2 miliarda złotych umów z Zamawiającym w trybie zamówienia z wolnej ręki. PKP Energetyka S.A. będzie jedynym beneficjentem ogromnego przychodu z planowanych przez swojego Konsorcjanta regulaminów wyłączania napięcia w sieci trakcyjnej - żaden inny rynkowo działający podmiot nie może liczyć na taki strumień dochodu powiązanego z przedmiotowym zamówieniem. W konsekwencji Konsorcjum PKPe mogło zaoferować ceny poniżej kosztów świadczenia usług kalkulując czasowe pokrycie kosztów realizacji zamówienia z innych źródeł aniżeli wynagrodzenie umowne oraz zakładając eliminację nielicznej konkurencji w ramach przyszłych zamówień.

Odwołujący przedstawił następujące szacunki:

Wartość udziału serwisu awaryjnego w całej ofercie Wykonawców waha się od ok. 40% do ok. 64%. Średnia wartość udziału serwisu awaryjnego w złożonych ofertach pozostałych Wykonawców w całej Polsce wynosi 55,20%. Jednak oferta wykonawcy Konsorcjum PKPe w znacznym stopniu odbiega od pozostałych złożonych ofert.

Oferent Konsorcjum PKPe w swojej ofercie przewidział jedynie udział 10% z tytułu świadczenia najważniejszej usługi serwisu awaryjnego. Odwołujący zarzuca, że za zaproponowaną rażąco niską cenę dla usługi serwisu awaryjnego Konsorcjum PKPe nie jest w stanie sfinansować rynkowych kosztów związanych z zapewnieniem serwisu na wymaganym poziomie.

Konsorcjum PKPe na sfinansowanie pracy serwisantów wymaganych przez Zamawiającego brakuje 45 mln zł netto, aby sfinansować ich pracę na podstawie usługi serwisu awaryjnego nawet bez analizy innych kosztów wymaganych w SWZ. Do sfinansowania 1/3 wymogu brakuje 7,5 mln zł. netto.

Minimum 20,6 mln PLN będzie kosztował sam czas pracowników bezpośrednio świadczących usługę serwisu awaryjnego w skali całej Polski. Oferując 11,4 mln Konsorcjum PKPe zaoferowało o 9,2 mln PLN za mało analizując to ww. metodą w oparciu o trzyletnią statystykę. Wiele z tych sytuacji dotyczy godzin nocnych, gdy pracownicy będą musieli wykonać pracę w godzinach nadliczbowych, co tym bardziej nie może zostać pokryte z wartości zaoferowanej przez Konsorcjum PKPe, a nawet przedstawiona powyżej uproszczona kalkulacja wykazuje rażący brak w analizowanej ofercie.

Z powyższych obliczeń Odwołujący wywiódł, że wybrany wykonawca w sposób rażący nie może sfinansować podstawowych kosztów pracy z zaoferowanej ceny usługi serwisu awaryjnego, nie wspominając o innych niezbędnych wydatkach, które niezbędne są do prawidłowego wykonania umowy wg SWZ. Do innych niezbędnych kosztów zaliczyć się powinno m.in. koszty prowadzenia całodobowej dyspozycji przyjmującej zgłoszenia, koszty dojazdu na miejsce awarii, koszty amortyzacji pojazdów, koszty paliwa, koszty powierzchni biurowej, koszty gwarancji ubezpieczeniowych, koszty ubezpieczeń czy kosztów około pracowniczych wynikających z przepisów prawa pracy np. zapewnienie wody pracownikom w ciepłe dni.

Ponadto zdaniem Odwołującego, istotne części składowe oferty powinny stanowić:

1. Wynagrodzenia serwisantów, których zatrudnienie na potrzeby tego kontraktu jest wymagane.
2. Wynagrodzenia osób realizujących czynności na całodobowych stanowiskach operatorskich do przyjmowania zgłoszeń o usterkach i awariach od Zamawiającego.

Odwołujący uzyskał raport firmy S.&S., z którego wynika, że średnia zarobków na stanowisku doświadczonego elektryka dla firm z kapitałem polskim wynosi 4563 zł brutto, natomiast średnie wynagrodzenie młodszego elektryka wynosi 3908 zł brutto. Oznacza to roczny koszt na poziomie 13,5 mln zł za same tylko pensje wykwalifikowanych serwisantów - elektryków. Łączne koszty zatrudnienia wyniosą 66 mln zł netto w skali Umowy, a zatem z całej kwoty 71 mln zł netto na pozostałe wydatki niezbędne do poniesienia w ramach realizacji zamówienia zostają jedynie 5 mln, a na częściach 1,3,6,10,11,12,19,21 Konsorcjum PKPe osiąga już znaczącą stratę. Dowodzi to w ocenie Odwołującego manipulacji cen między częściami zamówienia skutkującej koniecznością pokrywania strat z innych przychodów.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego pomimo, że została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, który nie złożył w terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący wskazał, co następuje:

Zamawiający bardzo szczegółowo podał do wiadomości Wykonawców biorących udział w postępowaniu wymóg kwalifikacji w postaci dysponowania serwisantami-elektrykami (jak również docelowo wymóg późniejszego zatrudnienia serwisantów-elektryków do realizowania kluczowych czynności związanych z realizacją przedmiotu umowy).

Zgodnie z obowiązującymi przepisami elektrycy wykonujący czynności muszą posiadać świadectwo „Eksploatacji”, a nadzorujący pracę świadectwo „Dozoru” potwierdzające stosowne kompetencje w tej zagrażającej zdrowiu i życiu działalności. Zgodnie z dokumentacją postępowania, Zamawiający dokonał „1. Modyfikacji warunku udziału w postępowaniu, określonego w rozdziale X ust. 2 pkt 4) lit. a) SWZ i nadaje mu brzmienie: „4) zdolności technicznej lub zawodowej - w zakresie posiadanej zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a) dysponuje lub będzie dysponował osobami Dosiadającymi świadectwa kwalifikacyjne eksploatacji urządzeń energetycznych

na stanowiskach eksploatacji „E” w Grupie G1⁴uprawniające do pracy przy:

- urządzeniach, instalacjach i sieci elektroenergetycznej o napięciu nie wyższym niż 1kV,
- sieci elektrycznego oświetlenia ulicznego,
- aparaturze kontrolno - pomiarowej oraz urządzeniach i instalacji automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych w punktach powyżej, co najmniej w liczbie osób wskazanej poniżej: (...)”

„oraz na stanowiskach dozoru „D” w grupie G1 (uprawnienia elektryczne), uprawniające do pracy przy:

- urządzeniach, instalacjach i sieci elektroenergetycznej o napięciu nie wyższym niż 1kV,
- urządzeniach, instalacjach i sieci o napięciu znamionowym powyżej 1 kV,
- sieci elektrycznego oświetlenia ulicznego,
- elektrycznej sieci trakcyjnej,
- aparaturze kontrolno - pomiarowej oraz urządzeniach i instalacji automatycznej regulacji, sterowania i zabezpieczeń urządzeń i instalacji wymienionych w punktach powyżej,

co najmniej w liczbie osób wskazanej poniżej: (...)”

Jak wyjaśnił Odwołujący, jedyną możliwą miarą uprawnienia osób - pracowników - w tym zakresie są świadectwa kwalifikacyjne wydawane na podstawie przepisów Prawa energetycznego przez uprawnione komisje kwalifikacyjne. Zdaniem Odwołującego, aby możliwe było uznanie dokumentu za świadectwo kwalifikacyjne, niezbędne jest ustalenie czy spełnia on podstawowe wymaganie płynące z Ustawy Prawo energetyczne, którego to wymagania dokumenty przedłożone Zamawiającemu przez Konsorcjum PKPE w zdecydowanej większości nie spełniały już u samych podstaw, bowiem do wydania takich dokumentów uprawnione są jedynie skutecznie powołane na okres 5 lat komisje kwalifikacyjne. Komisje przyzakładowe PKP Energetyka S.A., które wydały zdecydowaną większość przedłożonych świadectw kwalifikacji nie posiadały jednak umocowania

ustawowego do wydawania tego rodzaju uprawnień.

Jak wyjaśnił Odwołujący: aktualna oraz archiwalna lista komisji uprawnionych do wydawania świadectw kwalifikacyjnych Grupy 1 (czyli zgodnego z przepisami uznawania kwalifikacji elektryków) dostępna jest i była, na stronach Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. Zasadą jest, że komisje powołuje Prezes Urzędu Regulacji Energetyki. Na zasadzie wyjątku dla przedsiębiorstw podległych lub nadzorowanych przez Ministra właściwego do spraw transportu komisje może także powołać Minister właściwy do spraw transportu. Z oczywistych względów pod Ministra podlegać mogą wyłącznie przedsiębiorstwa inne niż prywatne. W konsekwencji, począwszy od daty prywatyzacji PKP Energetyka S.A. mogła i powinna wystąpić o powołanie stosownych komisji przez Prezesa URE podobnie jak inni przedsiębiorcy. Zauważyć należy, że do wymogów w tym względzie dostosował się zarówno Odwołujący jak również tacy potentaci jak grupa PGE.

Dalej Odwołujący wskazał, że komisje powoływane są wyłącznie na okres 5 lat co wynika wprost z ustawy Prawo Energetyczne tj. art. 54.

Ostatnie powołania komisji przy PKP Energetyka nastąpiły przez Ministra w drodze decyzji w roku 2009. Następnie wprowadzono zmiany w zakresie nazwy i składu osobowego komisji w roku 2010, a zatem uprawnienia komisji wygasły z mocy ustawy w 2014/2015 roku.

Z uwagi na prywatyzację PKP Energetyka S.A. co najmniej od stycznia roku 2016r. organem właściwym do powołania komisji przykładowych przestał być Minister. W konsekwencji co najmniej stycznia 2016r. wyłącznie właściwym organem do powołania Komisji jest Prezes URE co zdają się dostrzegać pozostałe podmioty działające na rynku. Sprywatyzowana w styczniu 2016 r. PKP Energetyka S.A. nie dokonała zatem stosownej aktualizacji i przejścia własnych komisji kwalifikacyjnych na właściwą dla siebie listę Prezesa URE.

W konsekwencji Odwołujący formułował tezę, że dokumenty zgłoszonych do Zamawiającego kandydatów na serwisantów-elektryków wydane przez komisje kwalifikacyjne przy PKP Energetyka S.A. nie mają podstawy do bycia uznanymi za spełniające wymóg przez Zamawiającego, bowiem zostały wydane przez Komisje, do których powołania brak podstawy prawnej (względnie podstawa prawna wygasła z uwagi na upływ czasu oraz niezależnie zmianę organu właściwego do powołania komisji) zarówno w kryterium kwalifikacji podmiotowej, jak i na późniejszych etapach. Spośród wszystkich świadectw jedynie trzy świadectwa kwalifikacyjne o lp. 108, 113 i 130 są wydane przez komisję kwalifikacyjną obecną na liście Prezesa URE.

Zdaniem Odwołującego, uznanie przeciwnego stanu rzeczy oznaczałoby, że postępowanie jest niekonkurencyjne, szczególnie zważywszy na pytania złożone przez potencjalnych wykonawców w przedmiocie dysponowania osobami posiadającymi stosowne kompetencje. Inne firmy mające innego rodzaju wewnętrzne certyfikaty i przeszkolenia kadr, ale niebędące świadectwami kwalifikacyjnymi, a jedynie je przypominającymi, mogłyby także przedstawić te dokumenty (niewydane na gruncie ustawy prawo energetyczne). A jednak to ważnych świadectw kwalifikacyjnych na podstawie ustawy prawo energetyczne wymagał Zamawiający („uprawniające do pracy przy”) i w zakresie tego wymogu zobowiązany jest zbadać dokumenty przedłożone. Tylko jedna komisja kwalifikacyjna wydająca trzy przedłożone przez Konsorcjum PKPE świadectwa kwalifikacyjne jest wpisana na listę Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, a więc tylko świadectwa kwalifikacyjne lp. 108, 113 i 130 są wydane przez komisję działającą na podstawie prawa i podpisane przez osobę w niej wskazaną, co nie pozwala jednak zarówno na wzięcie udziału w postępowaniu na podstawie wymogów Rozdziału X, jak również nie pozwala na zawarcie umowy i świadczenie usługi zgodnie z przepisami, a także co nie przesądza o innych cechach tych trzech uprawnień w kontekście wymogów Zamawiającego.

Zarzut ten dotyczyć miał także rzekomych świadectw kwalifikacyjnych złożonych Konsorcjum PKPE w ramach wyjaśnień z dnia 18 października 2021 r. złożonych w odpowiedzi na pismo Zamawiającego znak ILG7.293.3.2021.33 - uzupełnienie dotyczyło części 5, 6, 8, 9, 10, 11 oraz 18, w których to częściach Zamawiający te wyjaśnienia niezasadnie przyjął, a w których Konsorcjum PKPE nie jest uprawnione już do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wskazał także, że przedłożone świadectwa pozostają niezgodne także z wymaganiami Zamawiającego w zakresie dozoru.

Jak wyjaśnił Odwołujący, Zamawiający w zakresie świadectw Dozoru wymaga przedstawienia świadectw uprawniających do obsługi urządzeń także o napięciu powyżej 1 kV bez wskazania górnego ograniczenia napięcia ani dodatkowych warunków w tym zakresie (wynikających z woli zawężenia kwalifikacji przez komisję kwalifikującą kandydata do pewnych prac). Zawężenie takie jest spotykane i w praktyce oznacza, że osoba

egzaminowana (elektryk) nie zapoznała się z zakresem wiedzy technicznej oraz przepisami bezpieczeństwa i dlatego komisja nadaje w tym zakresie ograniczenie dla bezpieczeństwa osób, których pracą będzie osoba ta nadzorować. Zamawiający jednak nie nadał takiego ograniczenia w przypadku osób dozorujących i wymagał pełnego "uprawnienia do pracy przy urządzeniach, instalacjach i sieci o napięciu znamionowym powyżej 1 kV" - bez dodatkowego ograniczenia w tym zakresie, jak spotykane w przedłożonych świadectwach PKP Energetyka ograniczenia maksymalnego napięcia czy ograniczenie do obsługi odłączników napięcia w sieci trakcyjnej.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dopuścił uznania uprawnień zawierających górny limit napięcia urządzeń, przy których prace może nadzorować skierowany pracownik, a Wykonawcy chcąc wziąć udział w postępowaniu musieliby dysponować pełnym zakresem uprawnień.

Zamawiający jeszcze bardziej szczegółowo poinformował Wykonawców mających zamiar złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu, że wymaga zarówno dysponowania serwisantami - elektrykami na etapie udziału w postępowaniu (SWZ rozdział X Kwalifikacja podmiotowa Wykonawców ust. 2. pkt. 4), jak i wykonania umowy (postanowienia projektu umowy). Uzasadnił, że wymaga złożenia właściwych kopii dokumentów serwisantów-elektryków mających swoją podstawę w powszechnie obowiązujących przepisach od wielu lat.

Odwołujący przywołał treść Rozporządzenia Ministra Gospodarki Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci wydanym na podstawie art. 54 ust. 6 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz. U. Nr 54, poz. 348, z późn. zm. 2) Dokument o powołaniu Komisji powinien zawierać:

- 1) nazwę i adres jednostki organizacyjnej, przy której powołuje się Komisję;
- 2) określenie:
 - a) składu Komisji - imiona i nazwiska jej członków oraz pełnione przez nich funkcje,
 - b) zakresu sprawdzanych kwalifikacji.

W ocenie Odwołującego, przedłożone przez Konsorcjum PKPe świadectwa kwalifikacji w znacznej części pozostają niezgodne z dokumentami o powołaniu komisji w zakresie składu komisji oraz innych elementów przedmiotowo istotnych.

Działając z ostrożności procesowej Odwołujący wskazał, że wadliwości jeżeli nie zostałyby uznane za wystarczające do uznania, że oferta Konsorcjum PKPe podlega odrzuceniu już na obecnym etapie, powinny stanowić podstawę do wezwania Konsorcjum PKPe do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej bowiem przedłożone obecnie z całą pewnością nie pozwalają na uznanie, że Wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu w kluczowym obszarze potencjału osobowego. W konsekwencji ewentualne wezwanie do uzupełnienia dokumentów mogłoby dotyczyć wyłącznie wykazania, że pierwotnie przypisane do danej części zdolności (osoby posiadające określone uprawnienia) według stanu na dzień składania oferty posiadały wymagane przez Zamawiającego uprawnienia i kwalifikacje.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 7) ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 15 ust. 1 pkt. 1 i art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, oferta złożona przez Przystępującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PKP Energetyka S.A., PKP Energetyka Obsługa sp. z o.o., powinna zostać odrzucona z uwagi na okoliczność, że została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o

zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący upatruje wyczerpania znamion czynu nieuczciwej konkurencji w następujących działaniach Przystępującego:

a) zastosowanie „strategii cenowej zakładającej wykorzystanie:

- pozycji dominującej na rynku usług elektroenergetyki, w tym także
- przychodów otrzymywanych od Zamawiającego w ramach innych umów zawartych w trybie zamówienia z wolnej ręki, a także
- przychodów z wyłączeń sieci trakcyjnej (monopol tego podmiotu),

co zdaniem Odwołującego narusza art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący przedstawił rys historyczny, w którym szeroko opisał sposób utworzenia obu podmiotów - Przystępującego i Odwołującego, w tym także zawarł informacje dotyczące stosunków właścicielskich Konsorcjum. Odwołujący podkreślał także różnice wielkości obu podmiotów, w tym również fakt, że współnikami w spółce Odwołującego są dwie osoby fizyczne posiadające obywatelstwo polskie, w sytuacji, gdy spółki wchodzące w skład Konsorcjum stanowią własność zagranicznego kapitału.

Powyższe okoliczności pozostają bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że niniejsze postępowanie dotyczy rynku usług w zakresie utrzymania urządzeń nietrakcyjnej elektroenergetyki kolejowej. Odwołujący nie wykazał, aby to Przystępujący posiadał pozycję dominującą na tym rynku.

Jak wykazywał Przystępujący: „Pojęcie „pozycji dominującej” nie jest wyrażeniem potocznym, ale posiada swoją definicję legalną określoną w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów („UOKK”). Przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Kluczowym elementem pozwalającym na stwierdzenie, bądź nie, posiadania przez innego przedsiębiorcę pozycji dominującej, jest prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego - gdyż pozycja dominująca może być zajmowana na prawidłowo określonym rynku właściwym.

„Rynek właściwy” jest pojęciem zdefiniowanym w art. 4 pkt 9) UOKK, przez które rozumie się: rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji”.

Odwołujący nie przedstawił informacji, nie określił rynku właściwego. Skoro rynek taki nie został w ogóle wyznaczony przez Odwołującego, to nie można mówić o pozycji dominującej na danym rynku.

Z § 4 rozporządzenia ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 10 września 1998 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle kolejowe i ich usytuowanie (Dz. U. z 1998 r., Nr 151, poz. 987 z późn. zm.) wynika, że budowle kolejowe dzielą się na:

1) kolejowe budowie drogowe, których konstrukcja jest bezpośrednio lub pośrednio związana z ruchem pojazdów kolejowych, które stanowią:

a) drogi szynowe, gdy elementem konstrukcyjnym, po którym porusza się pojazd kolejowy, są dwie stalowe szyny ułożone na podbudowie równoległe; z uwagi na odległości pomiędzy szynami rozróżnia się: koleje normalnotorowe (o odległości 1.435 mm), wąskotorowe (o odległości mniejszej niż 1.435 mm), szerokotorowe (o odległości większej niż 1.435 mm),

b) kolejowe obiekty inżynieryjne, zwane dalej „obiettami inżynieryjnymi”,

c) urządzenia zasilania elektrotrakcyjnego,

2) kolejowe budowie towarzyszące, które stanowią:

a) budowie i urządzenia związane z obsługą przewozów osób i rzeczy,

b) budowie zaplecza technicznego taboru kolejowego i dróg szynowych,

c) budowie i urządzenia sterowania ruchem kolejowym,

d) budowie i urządzenia telekomunikacyjne,

e) urządzenia elektroenergetyki nietrakcyjnej i sieci techniczne.

Z powyższego wynika, że akt prawny dokonuje rozróżnienia, podziału, urządzeń elektroenergetyki kolejowej na urządzenia zasilania elektrotrakcyjnego i urządzenia elektroenergetyki nietrakcyjnej i sieci technicznych.

Jak wskazał Przystępujący, „do urządzeń elektroenergetyki trakcyjnej zaliczamy sieć trakcyjną (jej opis jest powyżej) oraz podstacje trakcyjne i kabiny sekcyjne służące do zasilania sieci trakcyjnej, ewentualnie trzecią szynę - szynę prądową stosowaną głównie w metrze i na niektórych liniach kolejowych zamiast sieci napowietrznej.

Usługi utrzymania urządzeń elektroenergetyki trakcyjnej są więc świadczone w odniesieniu do całkowicie innych urządzeń niż usługi realizowane w ramach niniejszego postępowania, które koncentrują się m.in. na wymianie umiejscowionych w urządzeniach oświetlenia zewnętrznego i wewnętrznego punktów świetlnych, ich naprawie i utrzymaniu. Dodatkowo w ramach umowy odnoszącej się do sieci trakcyjnej realizowanych jest szereg czynności takich jak serwis awaryjny, obsługa techniczna, oględziny, przejazd inspekcyjny, naprawy bieżące, jazdy patrolowe, przecieranie przewodów jezdných wykonywane pociągami sieciowymi. Do realizowania tej usługi niezbędne są specjalistyczne pociągi sieciowe wyposażone w żurawie, korektory położenia sieci umożliwiające prace pod naciągami, urządzenia do przewożenia i załadunku drutu jezdny i liny nośnej na bębnach, ruchome pomosty. Z kolei do przejazdów inspekcyjnych wymagany jest pojazd inspekcyjny (wagon diagnostyczny ze specjalistyczną aparaturą pomiarową do dynamicznych pomiarów parametrów geometrycznych sieci trakcyjnej).

Z kolei w odniesieniu do pracowników, oprócz kompetencji stricte elektrycznych, niezbędne są kompetencje w zakresie mechaniki sieci trakcyjnej i umiejętność oceny zagrożeń i zjawisk z tym związanych. Wszystkie te elementy powodują, że niezbędne są kompetencje pracowników po pierwsze na znacznie wyższym poziomie, a po drugie odbiegającym w ogóle od przedmiotu zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem. Podsumowując, brak jest jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że mamy tutaj do czynienia z substytucyjnością usług”.

Skoro zatem mamy do czynienia z różnymi urządzeniami, a w konsekwencji różnymi usługami związanymi z tymi urządzeniami, różnymi wymaganiami w tym zakresie, także różnymi uprawnieniami personelu, to zasadne jest stwierdzenie, że mamy do czynienia z osobną usługą, osobnym rynkiem.

Stąd zasadne jest badanie pozycji dominującej na każdym ze wskazanych rynków osobno.

Istotne znaczenie ma fakt, że sam Zamawiający dokonał rozróżnienia usług i usług obsługi urządzeń sieci elektroenergetycznej nietrakcyjnej stanowi osobne postępowanie przetargowe. W tym zakresie każdy z podmiotów ma możliwość niezależnie wziąć udział w postępowaniu, złożyć ofertę. Nie można uznać, aby na tym rynku to Przystępujący PKP był podmiotem dominującym, zwłaszcza w sytuacji, gdy przez ostatnie kilka lat to właśnie Odwołujący świadczył usługę w tym zakresie na rzecz Zamawiającego.

W konsekwencji należy stwierdzić, że nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego dotyczące pozycji dominującej spółek z grupy PKP Energetyka czy Obsługa w odniesieniu do świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia.

Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron oświadczył, że: „Podział rynku w sposób taki jak prezentuje to przystępujący nie jest właściwy, gdyż nie pokazuje posiadanych szczególnych uwarunkowań PKP Energetyka.” Takie twierdzenie najpełniej ukazuje niezasadność zarzutu postawionego przez Odwołującego. Nie jest tak, że jedynie zawarty w odwołaniu opis okoliczności może zostać uznany za prawidłowy. Istotne znaczenie ma (jak wskazano powyżej) okoliczność, że na rynku, tj. w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są usługi elektroenergetyki nietrakcyjnej, ofertę może złożyć każdy z podmiotów zainteresowanych i w konsekwencji nie istnieje na tym rynku (wyznaczonym przez zakres przedmiotu zamówienia) podmiot, który posiada pozycję dominującą. Przykładem tego jest właśnie fakt, że to firma Odwołującego uzyskała zamówienie w 2017 roku (na okres 4 lat), a zatem nie tylko Przystępujący ma możliwość uzyskania zamówienia.

Ponadto nawet fakt, że podmiot konkurencyjny jest czy to podmiotem większym, czy o innej strukturze, czy z innym kapitałem, czy też pozostaje w lepszej sytuacji finansowej, nie oznacza automatycznie, że posiada na jakimś rynku pozycję dominującą. Bez znaczenia zatem pozostaje podnoszona przez Odwołującego argumentacja dotycząca skali zamówień udzielanych Przystępującemu przez Zamawiającego w ramach innego przedmiotu zamówienia niż objęty niniejszą umową.

Jak zauważył Przystępujący, niniejsze postępowanie w znacznej mierze odnosi się do standardowych usług, które są świadczone w wielu sektorach - np. usługi utrzymania oświetlenia zewnętrznego terenów i obiektów polegające np. na wymianie źródeł światła i ich naprawie świadczona są przecież również na rzecz innych zamawiających, np. zarządców dróg publicznych, przy torach tramwajowych w miastach, podobnie jak utrzymanie urządzeń oświetlenia wewnętrznego, czy instalacji elektrycznych czy odgromowych i uziemiających w budynkach i obiektach budowlanych. Takie usługi świadczone są standardowo nie tylko w stosunku do obiektów budowlanych PKP PLK, ale każdego innego podmiotu - polegają bowiem przecież na wymianie lamp, żarówek, źródeł światła, gniazd elektrycznych do przyłączania urządzeń elektrycznych powszechnego użytku, przeglądach instalacji elektrycznych wewnętrznych w budynkach i obiektach. Fakt ten także ukazuje, że przedmiot zamówienia objęty niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia nie jest tak szczególny i unikatowy, jak ukazywał to Odwołujący, że tylko wybrane podmioty mogą świadczyć usługi w tym zakresie. Rynek jest otwarty - Przystępujący w piśmie procesowym (str. 4) wymienił kolejne 7 podmiotów, które w 2016 roku składały oferty na realizację analogicznego zamówienia (poza kilkoma jeszcze innymi podmiotami, które składały oferty w niniejszym postępowaniu). Powyższe oznacza, że nie tylko Odwołujący oraz firma Przystępującego PKP są podmiotami, które mogą realizować zamówienie na rynku usług elektroenergetyki nietrakcyjnej. Na marginesie jedynie należy zauważyć, że ustawa Prawo zamówień publicznych stwarza rozwiązanie dla wykonawców w postaci możliwości zawiązania konsorcjum - również w celu zwiększenia konkurencyjności. Tym bardziej twierdzenia Odwołującego o rynku ograniczonym wyłącznie do podmiotu Przystępującego są bezzasadne.

Odnosząc się do wskazanych w piśmie PKP PLK kontraktów (w tym ich wartości), które w ocenie Odwołującego miałyby potwierdzać posiadanie przez spółkę PKP Energetyka S.A., czy PKP Obsługa sp. z o.o. pozycji dominującej, należy zauważyć, że nie dotyczą one w ogóle usług utrzymania urządzeń elektroenergetyki nietrakcyjnej, ale elektroenergetyki trakcyjnej.

Bez znaczenia zatem dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie pozostaje podnoszony przez Odwołującego argument dotyczący skali zamówień udzielanych Przystępującemu PKP Energetyka, czy innym spółkom z grupy Lidera Konsorcjum w ramach innego przedmiotu zamówienia niż objęty niniejszym postępowaniem. Argument ten nie dotyczy dominującej pozycji PKP Energetyka, czy PKP Obsługa na rynku usług objętych niniejszym postępowaniem, tj. usług utrzymania urządzeń elektroenergetyki nietrakcyjnej.

Trafnie również zauważył Przystępujący, że Odwołujący w ogóle nie przeprowadził analizy pod kątem wymiaru geograficznego rynku, podczas gdy w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia co najmniej z 23 potencjalnymi rynkami lokalnymi, na których warunki konkurencji oraz liczebność potencjalnych oferentów jest różna.

Postępowanie przetargowe nie obejmuje terenu całego kraju, ale mamy do czynienia z 23 częściami zamówienia, które obejmują konkretne lokalizacje. Tym samym każdy z podmiotów miał możliwość złożenia niezależnej oferty na wybrane części zamówienia. W każdej z lokalizacji istnieje zatem osobny rynek dostawców usług.

Odwołujący nie wykazał, aby Przystępujący PKP posiadał pozycję dominującą na każdym z tych rynków w zakresie usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

Również z tego względu twierdzenia Odwołującego o posiadaniu przez Przystępującego pozycji dominującej są nieuprawnione i nieudowodnione.

Odwołujący nie wykazał także, że możliwość zaoferowania przez Przystępującego Konsorcjum PKP cen niższych niż ceny zaoferowane przez Odwołującego wynika z faktu uzyskiwania dodatkowych przychodów z wyłączeń sieci trakcyjnej, czy wykonywania na rzecz Zamawiającego jakichkolwiek innych umów.

Zgodnie z art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Uzyskiwanie przychodów z zawartej zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, czy jakimkolwiek innym trybie, nie stanowi działania sprzecznego z prawem, czy klauzulą dobrych obyczajów.

Odwołujący nie kwestionował prawidłowości zawartych przez Przystępującego umów, a zatem nie można uznać, że są to działania niezgodne z prawem. Skoro tak, to nie można z nich wywodzić popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Jak wskazano powyżej, fakt, że podmiot konkurencyjny uzyskuje przychody (nawet bardzo wysokie) z innej działalności, nie stanowi żadnej podstawy do uznania, że złożenie przez niego oferty w innym postępowaniu przetargowym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący nie wykazał również, aby Przystępujący ujmował koszty realizacji ewentualnej umowy zawartej w niniejszym postępowaniu w kosztach umowy, która została zawarta z Zamawiającym w lipcu 2019 r. Jak trafnie zauważył Przystępujący, „gdyby tak było, cały „misterny plan” takiego „przerzucania kosztów” musiałby zostać przygotowany już w 2019 r., czyli wtedy, kiedy PKPE zawierała umowę w zakresie utrzymania urządzeń elektroenergetyki trakcyjnej (sieci trakcyjnej), podczas gdy nawet nie wiadomo było, czy i kiedy niniejsze postępowanie zostanie wszczęte”.

Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, z którego miałby wynikać fakt zawyżenia kosztów wyłączeń napięcia na sieci trakcyjnej.

Za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Konsorcjum PKP Energetyka S.A., PKP Obsługa sp. z o.o.

Zgodnie z artykułem 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez:

1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo

ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców,

2) nakłanianie osób trzecich do odmowy sprzedaży innym przedsiębiorcom albo niedokonywania zakupu towarów lub usług od innych przedsiębiorców,

- 3) rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów,
- 4) pobieranie innych niż marża handlowa opłat za przyjęcie towaru do sprzedaży,
- 5) działalnie mające na celu wymuszanie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

Odwołujący nie wykazał spełnienia przesłanek ww. artykułu.

Odwołujący nie wykazał również, aby Przystępujący PKP zaoferował realizację zamówienia poniżej realnych kosztów. Okoliczność, że Przystępujący PKP zaoferował w niniejszym postępowaniu ceny (w zakresie niektórych części zamówienia) niższe niż zaoferowane w postępowaniu przetargowym prowadzonym uprzednio, nie uzasadnia argumentacji Odwołującego, że w niniejszym postępowaniu zaoferowano świadczenie usług poniżej kosztów ich wytworzenia.

Istotne znaczenie mają indywidualne czynniki umożliwiające obniżenie ceny, które podlegają badaniu w odniesieniu do każdego wykonawcy niezależnie. W tym kontekście właściwa jest również argumentacja zawarta poniżej.

Za bezzasadny został uznany zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z tym artykułem, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał, że ceny zaoferowane przez Przystępującego w ramach każdej z ofert złożonych w częściach od 1-23, zawierają rażąco niską cenę, nie pokrywają kosztów świadczenia usług. Odwołujący nie zakwestionował prawidłowości wyjaśnień ceny złożonych przez Przystępującego PKP. Tymczasem Przystępujący w wyjaśnieniach złożonych do każdej z części zamówienia wykazał, że osiągnie zysk. Przewidywał także rezerwę. Zatem nie można uznać, aby zaoferowane ceny nie pokrywały kosztów świadczenia usług. W konsekwencji nie można uznać za zasadny zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że Przystępujący PKP złożył obszerne i dokładne wyjaśnienia odnoszące się do każdej z 23 części, w ramach których odniósł się do podstaw kalkulacji ceny i stawek za usługi. Przedstawił sposób obliczenia ceny i metodykę kalkulacji ceny każdej z 23 ofert. Tymczasem argumentacja podnoszona przez

Odwołującego oparta jest na własnych kalkulacjach Odwołującego, co nie stanowi żadnego dowodu. Odwołujący nie zapoznał się z treścią wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, nie wnosił o odtajnienie tych wyjaśnień, a zatem nie odniósł się do nich, a we własnych kalkulacjach nie uwzględnił czynników właściwych Przystępującemu. Tymczasem każdy z podmiotów posiada inną strukturę, a zarazem inne właściwości i ma prawo inaczej kalkulować koszty.

Należy zauważyć, że Przystępujący PKP jednoznacznie oświadczył w piśmie procesowym, że nie zamierza finansować realizacji zamówienia z innych przychodów. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są zatem bezpodstawne.

Nie są prawdziwe twierdzenia Odwołującego co do zwiększenia wymagań Zamawiającego - Zamawiający jednoznacznie oświadczył, że w niniejszym postępowaniu nie wymagał, aby pracownicy zatrudnieni przez wykonawcę byli pracownikami dedykowanymi do realizacji zadań u tego Zamawiającego. Sam fakt wprowadzenia wymogu zatrudniania pracowników w wymiarze pełnego etatu nie oznacza automatycznie, że pracownicy mają być pracownikami dedykowanymi do realizacji zadań wyłącznie u tego Zamawiającego. Wymaganie konieczności zatrudnienia określonej ilości pracowników w wymiarze pełnego etatu nie musi wpływać na organizację przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy wykonawca już zatrudnia pracowników w takim wymiarze czasu pracy i nie musi wpływać to na zwiększenie kosztów. Podnoszona przez Odwołującego argumentacja o zwiększeniu wymagań Zamawiającego w zakresie uprawnień pracowników również nie oznacza, że Wykonawca z tego tytułu powinien zwiększyć wartość oferty. Konieczność posiadania uprawnień do wykonywania

poszczególnych prac wynika z przepisów prawa.

Przystępujący w treści złożonych wyjaśnień odniósł się do kosztów osobowych, uwzględnił także wymaganie dotyczące zatrudnienia na umowę o pracę. Przedstawiona wysokość wynagrodzenia personelu przewidzianego do realizacji zamówienia wskazuje, że wynagrodzenia te są rynkowe i (wbrew obawom Odwołującego) przewyższają wynagrodzenie minimalne za pracę ustalone na podstawie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Do złożonych wyjaśnień Przystępujący załączył dowody na potwierdzenie powyższych okoliczności.

Odwołujący przygotował również zestawienia i porównania cen wszystkich ofert. Podkreślić należy, że są to pewne dane, które mogą być odczytywane na różne sposoby, w zależności od tego, czego autor zestawienia oczekuje.

W niniejszym postępowaniu sam fakt porównywania cen Przystępującego, obliczenia średniej cen ofert, różnice w cenach złożonych ofert, nie stanowią dowodu na okoliczność tego, że Przystępujący będzie realizował usługę poniżej kosztów. Ponownie należy podkreślić, że to treść złożonych wyjaśnień jest podstawą do oceny, czy zaoferowana cena jest realna. Tymczasem Odwołujący nawet nie zapoznał się z treścią złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Ponownie także należy zauważyć, że w niniejszym postępowaniu Przystępujący złożył wyjaśnienia do każdej z części zamówienia osobno. Wyjaśnienia te zawierają kwestie indywidualne, właściwe temu przedsiębiorcy. Całokształt wyjaśnień, a także załączone przez niego do wyjaśnień dowody stanowią okoliczności istotne, nie zaś porównania tworzone przez Odwołującego na potrzeby postępowania odwoławczego.

Niezależnie od powyższego, jak wskazał Przystępujący, cena zaoferowana w ramach każdej z 23 części zamówienia jest najniższą zaoferowaną ceną, jednak w żadnym przypadku nie jest ona niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W zdecydowanej większości przypadków ceny różnią się o kilka, kilkanaście procent od średniej arytmetycznej cen złożonych w postępowaniu, co wskazuje na ich rynkowy charakter.

Ponadto wnioski Odwołującego są niepełne, wybiórcze, a jako takie mało wiarygodne, bowiem ceny ofert złożonych przez Odwołującego w wielu częściach mogą zostać uznane za porównywalne do cen ofert Przystępującego. Jak wskazał Przystępujący, w ramach części nr 2 cena brutto oferty złożonej przez Przystępującego wynosi 6 066 582,43 zł, zaś cena oferty Odwołującego 6 251 290,16 zł, tym samym różnica w cenie jest marginalna, pomimo tego Odwołujący podnosi, że taka właśnie cena jest rażąco niska.

Odwołujący podniósł także zarzut, że cena jednostkowa za świadczenie usługi serwisu awaryjnego została ustalona przez Przystępującego PKP na poziomie niepozwalającym na pokrycie kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Zdaniem Odwołującego usługa ta jest najistotniejszą usługą i powinna zostać wyceniona na najwyższym poziomie. Tymczasem taki wniosek nie wynika z dokumentacji postępowania. Zamawiający w SWZ nie wskazał, aby którakolwiek z części usług była ważniejsza od innych. Zamawiający nie zawarł także wymagania co do maksymalnego, czy minimalnego procentu wartości usługi serwisu w wartości całej usługi. Każdy z wykonawców był zatem uprawniony do przyjęcia własnej kalkulacji w tym zakresie i właściwych sobie czynników. Przystępujący wskazywał, że w jego kalkulacji istotne znaczenie mają usługi utrzymania. Te okoliczności okazały się sprawdzone przy okazji realizacji innych zadań, stąd przyjęcie założenia zwiększenia nakładów na bieżące utrzymanie urządzeń w dobrym stanie celem wyeliminowania ich awaryjności. Przystępujący zwrócił także uwagę na możliwości w tym zakresie - wskazał na systemy, jakimi dysponuje, w tym system pomagający określić miejsce, w którym może wystąpić awaria.

Należy zauważyć, że awaryjność urządzeń to nie tylko takie sytuacje, na jakie wskazywał Odwołujący - akt wandalizmu, czynnik przyrody (uderzenie pioruna), czy przypadkowa obecność któregośkolwiek z gatunków zwierząt w miejscu, gdzie znajdują się przewody. Są to także sytuacje wynikające ze zużycia materiałów, stąd w ocenie Izby założenia przyjęte Przystępującego nie są bezzasadne.

Za nieuzasadniony należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1

pkt. 2 lit. b) i c) ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego PKP.

Zgodnie z tym artykułem, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Odwołujący zarzucił Przystępującemu niespełnienie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na niezłożenie w terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, złożone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego i w uzupełnieniu, podmiotowe środki dowodowe, jakimi są świadectwa kwalifikacyjne, nie mogą zostać uznane za spełniające wymagania Zamawiającego z powodu następujących okoliczności:

- a) Komisje Kwalifikacyjne działające przy PKP Energetyka S.A., które wydały większość świadectw kwalifikacji:
 - zostały powołane w niewłaściwym trybie, przez niewłaściwy organ;
 - podstawa prawna do działania komisji wygasła z uwagi na upływ 5-cioletniego okresu, na który powoływane są komisje kwalifikacyjne.
- b) przedłożone przez Konsorcjum PKPEO kopie świadectw kwalifikacyjnych w zakresie Dozoru są niezgodne z wymaganiami Zamawiającego;
- c) przedłożone świadectwa kwalifikacyjne są niezgodnie z dokumentami o powołaniu komisji kwalifikacyjnych.

Zamawiający w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymagał, aby wykonawcy złożyli:

- wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia, informacją o podstawie dysponowania tymi osobami oraz
- kserokopie świadectw kwalifikacyjnych tych osób.

Przedmiotem badania Zamawiającego był zatem wykaz osób oraz kopie dokumentów w postaci świadectw kwalifikacyjnych. Zakres badania Zamawiającego w odniesieniu do żądanych dokumentów postaci świadectw kwalifikacyjnych ograniczać się zatem mógł do treści tych dokumentów.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że nie jest jego rolą ocena w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prawidłowości powołania komisji kwalifikacyjnych, są to bowiem okoliczności nieweryfikowalne przy uwzględnieniu dostępu do takiej wiedzy przez Zamawiającego oraz brzmienia przepisów prawa regulujących podstawy wydawania świadectw kwalifikacyjnych.

Już z tego powodu zarzut podniesiony przez Odwołującego podlegał oddaleniu.

Jednak nawet niezależnie od powyższego, podnoszone przez Odwołującego zarzuty także w tym zakresie są bezzasadne.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Odwołujący w treści zarzutu kwestionował tryb powołania komisji kwalifikacyjnych, w tym kwestionował sam fakt możliwości powołania komisji kwalifikacyjnych przez właściwego ministra ds. transportu, twierdząc, że organem właściwym w zakresie powołania komisji jest Prezes URE i informacja w zakresie powołania komisji powinna widnieć na stronach prowadzonych przez Prezesa URE.

Tymczasem w trakcie rozprawy z udziałem stron Odwołujący przyznał, że nie kwestionuje uprawnień ministra do wydawania decyzji, związanych z powoływaniem komisji.

Zatem już w trakcie rozprawy z udziałem stron Odwołujący przyznał, że jego zarzut jest

bezzasadny.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że art. 54 ust. 3 ustawy Prawo energetyczne wskazuje na organy uprawnione i zobowiązane do powołania komisji kwalifikacyjnych oraz określa kadencję komisji na 5 lat. Organami tymi są:

- Prezes URE,
- właściwi ministrowie i Szefowie Agencji, o których mowa w art. 21a ustawy Prawo energetyczne oraz
- minister właściwy do spraw transportu.

Jak szczegółowo wyjaśnił Przystępujący (a czemu nie zaprzeczył Odwołujący), z brzmienia przepisu art. 54 ust. 3 ustawy Prawo energetyczne obowiązującego do dnia 02.07.2021 r.

wynikało, że komisje kwalifikacyjne powołane przez organ inny niż Prezes URE na podstawie art. 54 ust. 3 pkt 2 i 3 ustawy Prawo energetyczne, mają prawo nadawania uprawnień we wskazanym w przepisie zakresie. W przypadku komisji powoływanych przez ministra właściwego do spraw transportu, zakres ten odnosi się do „eksploatacji urządzeń i instalacji energetycznych stosowanych w jednostkach organizacyjnych transportu kolejowego”. Literalne brzmienie przepisu art. 54 ust. 3 ustawy Prawo energetyczne wskazuje więc, że właściwość ministra do spraw transportu jest immamentnie związana z urządzeniami i instalacjami energetycznymi stosowanymi w jednostkach organizacyjnych transportu kolejowego. Istotny jest więc przedmiot działalności przedsiębiorcy i urządzenia elektroenergetyczne, eksploatacją których zajmuje się także przedsiębiorca (w tym przypadku urządzeń elektroenergetycznych stosowanych w transporcie kolejowym). Powyższe potwierdza, że dla ustalenia organu uprawnionego do powołania komisji kwalifikacyjnych nie jest istotna struktura właścicielska podmiotu świadczącego usługi w zakresie eksploatacji urządzeń i instalacji energetycznych, a jedynie szczególny przedmiot jego działalności oraz rodzaj urządzeń, eksploatacją których ten podmiot się zajmuje. Powyższe oznacza, że dla przedsiębiorstw, które prowadzą działalność w zakresie eksploatacji urządzeń i instalacji energetycznych stosowanych w jednostkach organizacyjnych transportu kolejowego (a takim przedsiębiorstwem jest PKP Energetyka S.A.), podmiotem uprawnionym do powoływania komisji kwalifikacyjnych jest minister właściwy do spraw transportu, nie zaś wyłącznie Prezes URE, jak twierdził Odwołujący.

Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron podnosił jako istotny argument, że nie odnalazł decyzji (nr w zestawieniu 10, 20, 37) wydanych przez ministra, na podstawie których zostały powołane określone komisje. Należy zauważyć, że takie okoliczności nie zostały sformułowane przez Odwołującego w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego, należy wskazać, że Zamawiający może odrzucić ofertę, jeżeli istnieją rzeczywiste podstawy do stwierdzenia, że oferta nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego lub nie spełnia warunków opisanych w SWZ. W niniejszym postępowaniu Odwołujący nie wykazał takich okoliczności. Fakt, że Odwołujący nie odnalazł decyzji ministra o powołaniu komisji kwalifikacyjnych, nie może stanowić podstawy do uznania, że Zamawiający naruszył artykuł 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) i c) ustawy Prawo zamówień publicznych nie odrzucając oferty Przystępującego PKP. Skoro Odwołujący zamierzał wykazać brak decyzji ministra o powołaniu komisji kwalifikacyjnych, to miał możliwość zwrócić się bezpośrednio do organu, który takie decyzje wydaje, z prośbą o informację co do chociażby samego faktu wydania określonych decyzji.

Tymczasem Przystępujący PKP w trakcie rozprawy z udziałem stron przedstawił wykaz decyzji, jakie zostały wydane odnośnie powołania komisji kwalifikacyjnych. Okoliczność, że

Przystępujący złożył w trakcie rozprawy z udziałem stron jedną z decyzji, a nie wszystkie (jak by tego oczekiwał Odwołujący), nie oznacza również automatycznie, że takie decyzje nie zostały wydane. Przystępujący wyjaśnił, że przedstawiona przez niego decyzja z 21 września 2021 roku wydana przez Ministra Infrastruktury została złożona w odniesieniu do tego zarzutu, który został podniesiony w odwołaniu, a zatem miał pokazać, że w obrocie prawnym występują decyzje o powołaniu komisji kwalifikacyjnych przez ministra ds. transportu (obecnie Infrastruktury), które dotyczą komisji kwalifikacyjnych nie wskazanych na liście Prezesa URE, które dodatkowo nie były opublikowane w Dzienniku Urzędowym Ministerstwa.

Ciężar dowodu w zakresie ewentualnego wykazania braku decyzji wydanych przez Ministra, a stanowiących podstawę powoływania komisji, spoczywał na Odwołującym. Odwołujący, jak wskazano powyżej, miał możliwość pozyskania informacji w tym zakresie. Skoro Odwołujący nie wykazał z całą pewnością, że nie zostały wydane przedmiotowe decyzje, to nie można uznać za zasadny zarzut Odwołującego, dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) i c) ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego w zakresie przedstawienia świadectw kwalifikacyjnych do obsługi urządzeń o napięciu powyżej 1 kV należy wskazać, że z dokumentacji postępowania wynika wymaganie odnoszące się do przekroczenia napięcia znamionowego o wartości 1 kV. Zamawiający nie wprowadził postanowienia, które wyłączałby możliwość przedstawienia świadectwa kwalifikacyjnego zawierającego ograniczenie napięcia znamionowego. Każde uprawnienia powyżej wartości napięcia 1kV stanowią potwierdzenie wymagań Zamawiającego. Trafny jest zatem przykład przedstawiony przez Przystępującego, iż osoba, która posiada uprawnienia dla wartości napięcia 5 kV spełnia warunek udziału w postępowaniu, który referował do wymagania posiadania uprawnień w zakresie napięcia o wartości powyżej 1 kV.

Zamawiający wyjaśnił, że ustanawiając wymogi w zakresie świadectw kwalifikacyjnych w odniesieniu do eksploatacji „E” i dozoru „D” w grupie 1, wskazał w treści dokumentacji Postępowania wymagania ustanowione treścią Załącznika Nr 1 do rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28 kwietnia 2003 w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz. U. Nr 89, poz. 828), nie wskazując górnego poziomu napięcia w punkcie 3 tych świadectw, tak jak ma to miejsce w przywołanym Załączniku Nr 1 do Rozporządzenia.

Istotny jest także wskazywany przez Zamawiającego fakt, iż dopisek w pkt. 8 świadectw o treści „3 kV prądu stałego”, jest wystarczający dla prawidłowej realizacji zamówienia. Na terenie kraju istnieją tylko sieci trakcyjne prądu stałego (kolejowa, tramwajowa, trolejbusowa, metro). Na terenie kolejowym, na którym realizowany jest przedmiot zamówienia, zabudowana jest sieć trakcyjna kolejowa 3 kV prądu stałego i jest to górny najwyższy poziom napięcia występujący w sieciach trakcyjnych. Dopisek „3 kV prądu stałego” jest potwierdzeniem najwyższego możliwego poziomu napięcia kwalifikacji określonej w pkt. 8 Świadectwa. Ograniczenia w pkt. 8 świadectwa o treści „do obsługi odłączników sieci trakcyjnej”, dotyczą tylko świadectw w zakresie eksploatacji E, dla których Zamawiający nie wskazał wymogu posiadania uprawnień w zakresie elektrycznej sieci trakcyjnej.

Nie są także zasadne podnoszone przez Odwołującego zarzuty dotyczące dodatkowych informacji w zakresie świadectw kwalifikacyjnych.

Jak wskazał Zamawiający, czego Odwołujący nie kwestionował, nie istnieje żaden wymóg, w tym wymóg prawny, aby numer świadectwa kwalifikacyjnego był tożsamy z numerem protokołu. Zdarzają się świadectwa, które posiadają różne numery. Oznacza to, że tego rodzaju niezgodność nie oznacza braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego.

Odwołujący nie wykazał także, aby zasadny był zarzut nieprawidłowości dotyczących:

- braku wskazania terminu ważności w świadectwie kwalifikacji;
- faktu, że od daty wystawienia świadectwa upłynęło powyżej 5 lat;
- okoliczności, zgodnie z którą w miejscu daty ważności dokumentu odwołano się do art. 54 ustawy Prawo energetyczne.

Jak wskazał Przystępujący, czemu nie zaprzeczył Odwołujący, „świadectwa wystawione jako bezterminowe zostały wystawione po dniu 30 października 2011 r. oraz przed dniem 3 lipca 2021 r. Powyższe jest związane z tym, że na mocy art. 1 pkt 14 lit. a ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2011 r., Nr 205, poz. 1208) uchylony został ust. 1a w art. 54 ustawy prawo energetyczne w brzmieniu „Sprawdzenie spełnienia wymagań kwalifikacyjnych powtarza się co pięć lat.”. Co więcej, na podstawie art. 10 ww. ustawy zmieniającej z 2011 r., świadectwa, które zostały wydane na mocy dotychczasowych przepisów (tj. przed dniem 30 października 2011 r.), stały się niejako automatycznie świadectwami bezterminowymi, choćby na takim świadectwie wpisana była data ważności. Kolejna zmiana w zakresie terminowości świadectw kwalifikacyjnych nastąpiła z dniem 3 lipca 2021 r. na mocy art. 1 pkt 50 lit. a ustawy z dnia 20

maja 2021 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2021 r., poz. 1093), gdzie przywrócono 5-letni okres ważności świadectw kwalifikacyjnych. Dalej natomiast zgodnie z art. 25 pkt 2 ustawy zmieniającej z 2021 r. w przypadku świadectw bezterminowych, tj. świadectw wydanych przez komisje kwalifikacyjne, o których mowa w art. 54 ust. 1 ustawy zmienianej w art. 1, zachowują ważność w przypadku innych osób - przez okres, na jaki zostały wydane, jednak nie dłużej niż przez okres 5 lat od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy. W związku z powyższym, jeżeli w dniu 30 października 2011 r. świadectwo kwalifikacyjne miało określony termin ważności, takowe świadectwo na mocy art. 10 ustawy zmieniającej z 2011 r. stawało się niejako z automatu świadectwem bezterminowym. Z kolei na mocy art. 25 pkt 2 ustawy zmieniającej z 2021 r. takowe świadectwo jest ważne jeszcze przez 5 lat licząc od dnia 3 lipca 2021 r. Natomiast w przypadku świadectw wydanych jako bezterminowe po dniu 30 października 2011 r., na mocy art. 25 pkt 2 ustawy zmieniającej będą również jeszcze ważne przez 5 lat licząc od dnia 3 lipca 2021 r."

Powyższe oznacza, że podnoszone przez Odwołującego okoliczności nie oznaczają, że złożone przez Przystępującego dokumenty w postaci świadectw kwalifikacyjnych nie były prawidłowe, a w konsekwencji że nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Przechodząc do twierdzeń Odwołującego, jakoby niektóre świadectwa kwalifikacyjne nie obejmowały zakresu Kontrolno-Pomiarowego, należy zauważyć, że Odwołujący nie wykazał wymogu Zamawiającego opisanego w SWZ, czy w modyfikacji z 28 maja 2021 r. Tym samym kwestie te nie mogą przesądzać o jakiegokolwiek nieprawidłowości przedłożonych przez Przystępującego świadectw kwalifikacyjnych.

Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego „Przedłożone przez Konsorcjum PKPe świadectwa kwalifikacji w znacznej części pozostają niezgodne z dokumentami o powołaniu komisji w zakresie składu komisji oraz innych elementów przedmiotowo istotnych."

Żaden z przepisów prawa nie formułuje takich wymagań w stosunku do treści świadectw kwalifikacyjnych, na jakie wskazuje Odwołujący, tzn. wymogu, aby treść świadectw kwalifikacyjnych była zgodna z dokumentami o powołaniu komisji kwalifikacyjnej. Zatem również ten zarzut jest bezzasadny.

W konsekwencji ustalenia, że Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym że dokumenty złożone przez Przystępującego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie są nieprawidłowe, należało uznać, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczący zaniechania wezwania Przystępującego PKP Energetyka do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych jest bezzasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz.

1129) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a)

.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: