

WYROK

z dnia 4 sierpnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmína Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2022 r. przez wykonawcę Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wielkopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Poznaniu

przy udziale wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie;

2. uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu Wielkopolskiemu Oddziałowi Wojewódzkiemu Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Poznaniu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wielkopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Poznaniu i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Poznaniu, na rzecz odwołującego Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

Sygn. akt: KIO 1846/22

Uzasadnienie

Zamawiający Wielkopolski Oddział Wojewódzki Narodowego Funduszu Zdrowia z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na zakup kompleksowej usługi w zakresie telefonii stacjonarnej dla Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia (nr ref. ZP.261.2.2022). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 lutego 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00058818. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 11 lipca 2022 r. wykonawca Suntar Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie (dalej jako „CST” lub „Przystępujący”) jako najkorzystniejszej w ww. postępowaniu oraz odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że Odwołujący potwierdził spełnianie przez poz. 1 z wykazu warunku udziału w postępowaniu i załączył referencje potwierdzające należyte jej wykonanie;

2. art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CST, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty CST na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 1 i 2 ustawy Pzp gdyby okazało się, iż wykonawca w części jawnej formularza złożył drugą ofertę o odmiennej treści.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania dalszego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, ewentualnie niezgodnej z przepisami ustawy.

Uzasadniając zarzut nr 1 Odwołujący przywołał treść warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, wskazał na art. 128 ust. 6 ustawy Pzp oraz § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych, podkreślając, że jedyne dowody jakich mógł żądać Zamawiający dotyczyć mogą tylko i wyłącznie należytego wykonania usług wskazanych w wykazie. Odwołujący zauważył, że Zamawiający ustanawiając warunek udziału w postępowaniu uznał, że jedynym parametrem usługi istotnym z jego punktu widzenia jest wartość usługi oraz jej tożsamość z przedmiotem zamówienia. Wartość usług wskazanych przez Odwołującego potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, przy czym Wykonawca oświadczył, iż wskazana usługa (której strony nadały nazwę dostawy) jest usługą tożsamą do przedmiotu zamówienia obejmującą instalację i obsługę centrali telefonicznej i konsoli operatorskiej (w tym świadczenie wymaganych usług telekomunikacyjnych). Gdyby Zamawiający uznał za istotną ocenę ilości lokalizacji klienta, ilości numerów telefonów, parametrów technicznych łączy i innych wymienionych w treści wezwania to elementy takie wprowadziłby do treści warunku żądając wykazania się usługą spełniającą jakieś nieopisane w treści SWZ parametry. W toku prowadzonych wyjaśnień, w szczególności udzielając odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, Odwołujący jednoznacznie potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu oświadczając: „Dla rozwiania wątpliwości Zamawiającego wskazujemy, iż w treści złożonego

wykazu prawidłowa nazwa usługi potwierdzającej spełnianie warunku udziału w Postępowaniu to: Usługa telekomunikacyjna, odpowiadająca przedmiotowi zamówienia - na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł o nazwie ustalonej przez strony umowy: „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu” wykonana przez Wykonawcę na rzecz [tajemnica przedsiębiorstwa]”.

Odwołujący wskazał, iż mając na uwadze jego jednoznaczne oświadczenia oraz załączone referencje, nie ulega wątpliwości, iż usługa wskazana w poz. 1 wykazu usług potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do żądania od Odwołującego udowadniania jakiegokolwiek zakresu przedmiotowego w sytuacji, w której tak jak wykonawca wybrany przez Zamawiającego, Odwołujący potwierdza spełnianie warunku udziału korzystając z nazewnictwa (opisu) przygotowanego przez samego Zamawiającego. Na marginesie Odwołujący zauważył, że podkreślana przez Zamawiającego usługa telekomunikacyjna w poprzednich latach realizacji stanowiła jedynie ułamkową część wynagrodzenia wykonawcy, tj. 9 500,00 zł netto. Odwołujący dodał, że Zamawiający nie posiada w dokumentacji postępowania jakichkolwiek dowodów, które mogłyby potwierdzić, że wskazana usługa nie jest usługą a dostawą - w treści wyjaśnień z dnia 20.06.2022 r. potwierdzono jednoznacznie, iż mamy do czynienia z usługą telekomunikacyjną. Ponadto z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wywieść można jedynie, że Odwołujący rzekomo nie udzielił wyjaśnień i to stanowi podstawę odrzucenia. W ocenie Odwołującego podstawą odrzucenia oferty nie może być brak

udzielenia wyjaśnień - nawet gdyby przyjąć zasadność stanowiska Zamawiającego, z czym Odwołujący się nie zgadza. W ocenie Odwołującego Zamawiający winien jednoznacznie wskazać, gdzie w dokumentacji postępowania znajdują się dowody, iż wskazana usługa nie jest usługą jak oświadczył Odwołujący oraz z jakich przyczyn prawnych oświadczenie Odwołującego zgodne z przepisami Rozporządzenia nie jest akceptowane (dlaczego Zamawiający stawia Odwołującemu wyższe wymagania niż wynikają z przepisów ustawy Pzp oraz wskazanego Rozporządzenia). W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego nie znajduje podstaw prawnych i zmierza do wyboru oferty wykonawcy, który dotychczas świadczył usługi u Zamawiającego (co potwierdza również zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy CST).

Uzasadniając zarzut nr 2 Odwołujący wskazał na orzecznictwo Izby dotyczące kwestii zgodności oferty z warunkami zamówienia, podnosząc, że za niezgodność treści oferty z treścią SWZ uznawana jest sytuacja, w której wykonawca składa oświadczenia w zakresie ustalonego parametru technicznego w sposób odmienny od wymaganego, tak jak ma to miejsce w przypadku oferty wykonawcy CST. Odwołujący powołał się na wymagania zawarte w SWZ (Załącznik nr 1 do Umowy), podnosząc, że Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż wymaga zaoferowania przez wykonawcę 12 sztuk przełączników FULL PoE 48 portów, zarządzalny z obsługą vlan, qos,tls (standard Gb/s). Dodatkowo w treści formularza ofertowego Zamawiający wskazał jednoznacznie, że należy: „Wymienić każde urządzenie,

sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia zgodnie z Załącznikiem nr 2 oraz Załącznikiem nr 3 do Umowy.” Wykonawca CST w części jawnej swojej oferty złożył jednoznaczne oświadczenia, iż oferuje jedynie 8 sztuk przełączników FULL PoE 48 portów, zarządzalny z obsługą vlan, qos,tls (standard Gb/s). Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że oferta wykonawcy CST jest niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący podniósł, że gdyby w nieudostępnionej Odwołującemu części oferty wykonawca CST złożył inne oświadczenie odnośnie ilości oferowanych przełączników FULL PoE 48 portów to należałoby przyjąć, iż doszło do złożenia dwóch ofert w postępowaniu, co jest sprzeczne z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i skutkować winno również odrzuceniem oferty CST.

Zamawiający w dniu 29 lipca 2022 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględnia zarzut dotyczący oferty Przystępującego (zarzut nr 2) w zakresie, w jakim Odwołujący wnosi o dokonanie dalszego badania i oceny oferty Przystępującego.

W zakresie zarzutu nr 1 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał w szczególności, iż Odwołujący nie wykazał, że posiada wymagane doświadczenie, albowiem nie wykazał, że zrealizowane zamówienie wskazane w wykazie „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu” spełnia warunki udziału w postępowaniu. W szczególności nie wykazał, że jest to usługa telekomunikacyjna odpowiadająca przedmiotowi zamówienia, a złożone przez Odwołującego oświadczenie jest niewystarczające dla Zamawiającego jako nieobiektywne i nieweryfikowalne. Zamawiający wskazał, iż argumentacja Odwołującego sprowadza się do wybiórczego odczytania przesłanek spełniania warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego i przekonaniu, że oświadczenie Odwołującego przesądza o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem

Zamawiającego Odwołujący pomija treść warunku wskazującą na dwie usługi telekomunikacji, odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Zamawiający wskazał, iż żaden z przedłożonych dokumentów nie stanowi potwierdzenia pozwalającego na przyjęcie, że Odwołujący spełnił warunek wykazania usługi telekomunikacyjnej, odpowiadającej przedmiotowi zamówienia, a na Odwołującym ciąży obowiązek wykazania, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący dwukrotnie w trakcie postępowania nie udzielił wyjaśnień w zakresie charakteru wykazanego świadczenia.

Zamawiający wskazał również m.in., iż przedkładane referencje powinny potwierdzać spełnianie warunku. Jeżeli przedłożone referencje nie wymieniają w swej treści wykonania usługi telekomunikacyjnej - a nie wymieniają, to Zamawiający nie może uznać że Odwołujący wykazał w ten sposób spełnianie warunku. Z kolei przedstawione przez Odwołującego oświadczenie jest dowodem niewystarczającym, gdyż nie pozwala na obiektywne potwierdzenie przez Zamawiającego spełnienia warunku. Nie ma tu znaczenia, że Zamawiający nie żądał innych dowodów - wystarczy że wymagał wykazania przynajmniej dwóch usług telekomunikacyjnych, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, by móc uznać warunek za spełniony. Jeśli wykonawca ogranicza się do złożenia jedynie oświadczenia w tym zakresie, to naraża się na ocenę Zamawiającego, że nie spełnia warunku. Oświadczenie wykonawcy ma bowiem bardzo słaby walor dowodowy. Zamawiający wskazał także na art. 299 k.p.c. wskazując na posiłkowy charakter tego środka dowodowego, który wynika z samej jego natury - niemożliwe jest zachowanie bezstronności przez podmiot będący stroną w danym postępowaniu. Zamawiający wskazał, iż teoretycznie wykonawca mógłby przedstawić referencje dotyczące dowolnego zamówienia i oświadczyć, że stanowią one potwierdzenie zrealizowania zamówienia określonego przez Zamawiającego. Wbrew zatem ocenie Odwołującego nie jest wystarczające złożenie oświadczenia, iż wskazana usługa (której strony nadały nazwę dostawy) jest usługą tożsamą do przedmiotu zamówienia usługę telekomunikacyjną. Z wykazu i referencji to nie wynika, a oświadczenie to za mało by wykazać spełnienie warunku. Zamawiający podniósł, iż przedłożone referencje nie pozwalają na zweryfikowanie spełnienia warunku. Odwołujący miał wiele szans na wykazanie tej okoliczności, w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, we wcześniejszym postępowaniem przed KIO, czy nawet w samym ostatnim odwołaniu, jednakże tego nie zrobił. Odwołujący nie wyjaśnił wątpliwości Zamawiającego czy wskazana w wykazie dostawa rzeczywiście była usługą tożsamą - nie wyjaśnił nawet tego, co i w jakiej ilości dostarczył w ramach dostawy i instalacji infrastruktury i nie pozwolił Zamawiającemu na zbadanie, czy ta dostawa ma w ogóle cokolwiek wspólnego z wymaganym doświadczeniem w zakresie realizacji usług telekomunikacyjnych. Ponadto Zamawiający podniósł, iż Odwołującemu znane było stanowisko Zamawiającego, zaprezentowane w toku postępowania odwoławczego o sygn. KIO 412/22, w którym Zamawiający wyjaśniła dlaczego postawił wymóg posiadania przez Wykonawcę doświadczenia, wymaga posiadania doświadczenia w realizacji usług telekomunikacyjnych, jako usługi tożsamej do udzielanej.

W dniu 1 sierpnia 2022 r. pismo procesowe w sprawie złożył Przystępujący, wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W zakresie zarzutu nr 1 Przystępujący podkreślił przede wszystkim, że to wykonawca ma wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i że nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jeżeli tego nie uczyni, to Zamawiający ma obowiązek odrzucić jego ofertę. Przystępujący wskazał też, że opisując posiadane doświadczenie, inaczej niż Odwołujący, nie ograniczył się do zdawkowego stwierdzenia, że usługi wskazane przez niego w wykazie usług to usługi telekomunikacyjne, odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Przystępujący podał Zamawiającemu szereg szczegółowych informacji potwierdzających, że faktycznie usługi wskazane w wykazie usług to usługi telekomunikacyjne. Podkreślił, że Zamawiający słusznie uznał, że samo potwierdzenie przez Odwołującego, że badana dostawa stanowi usługę telekomunikacyjną o cechach wskazanych w opisie warunku ma charakter blankietowy i nic nie wyjaśnia. Podniósł też, że jeśli Odwołujący miał jakiegokolwiek zastrzeżenia co do warunków udziału w postępowaniu sformułowanych przez Zamawiającego, to mógł i powinien zakwestionować te warunki poprzez wniesienie odwołania w ustawowym terminie na wcześniejszym etapie postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Cyfrowe Systemy

Telekomunikacyjne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących

odrzucając odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 lipca 2022 r. oświadczył, iż uwzględni zarzut Odwołującego dotyczący oferty Przystępującego w zakresie, w jakim Odwołujący wnosi o dokonanie dalszego badania i oceny oferty Przystępującego. Zamawiający wskazał, iż dokona czynności badania i oceny ofert i stwierdzi istnienie niezgodności w treści oferty Przystępującego polegających na podaniu różnych ilości przełączników w Formularzu ofertowym w pkt 3 i Załączniku nr 2 do Formularza ofertowego w pkt 1 oraz na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawi w ofercie Przystępującego inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający na posiedzeniu wskazał, iż nie podjął w postępowaniu jeszcze tych czynności.

Przystępujący na posiedzeniu w dniu 1 sierpnia 2022 r. oświadczył, iż nie wnosi sprzeciwu wobec ww. częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania.

Odwołujący na posiedzeniu w dniu 1 sierpnia 2022 r. oświadczył, iż cofa zarzut nr 2 odwołania dotyczący oferty Przystępującego w pozostałym - nieuwzględnionym przez Zamawiającego - zakresie. Wskazał, iż podtrzymuje zarzut nr 1 dotyczący odrzucenia jego oferty.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 1 i 2 ustawy Pzp gdyby okazało się, iż wykonawca w części jawnej formularza złożył drugą ofertę o odmiennej treści. Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. W przedmiotowej sprawie Zamawiający uwzględnił częściowo zarzut nr 2 odwołania, zaś w pozostałym zakresie został on wycofany przez Odwołującego w oparciu o art. 520 ust. 1 ustawy Pzp. Postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu zostało zatem umorzone, co znalazło odzwierciedlenie w pkt 1 sentencji orzeczenia.

Zarzut nr 1 odwołania został przez Izbę rozpoznany na rozprawie.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba dokonała poniższych ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Zgodnie z pkt IV SWZ przedmiotem zamówienia jest świadczenie kompleksowej usługi telefonicznej na rzecz Zamawiającego w zakresie zapewnienia stałego dostępu do publicznej sieci telefonicznej oraz dzierżawy central telefonicznych (serwerów telekomunikacyjnych), instalacji i parametryzacji infrastruktury sprzętowej i systemowej oraz świadczenia serwisu, zwanych dalej "usługami". na zasadach oraz zgodnie z warunkami określonymi w załącznikach do umowy Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera projekt umowy stanowiący załącznik nr 4 do SWZ.

W pkt XV.2 SWZ Zamawiający wskazał, iż w postępowaniu mogą wziąć udział

wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania doświadczenia w przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem. Zamawiający uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże się należytym zrealizowaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli Wykonawca prowadzi działalność krócej, to w tym okresie, że należycie zrealizował (lub realizuje) przed upływem terminu składania ofert, przynajmniej dwie usługi telekomunikacyjne, odpowiadające przedmiotowi zamówienia - na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł każda. Zamawiający w pkt XVI SWZ wskazał, iż do oferty Wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert następujące oświadczenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Oświadczenie Wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu - Załącznik nr 3 do specyfikacji wraz z wykazem usług.

Zamawiający wskazał ponadto, iż działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy będzie wzywać Wykonawcę, którego oferta zostanie oceniona najwyżej do złożenia na platformie zakupowej w terminie nie krótszym niż 5 dni od daty przekazania wezwania aktualnych na dzień złożenia wskazanych podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. referencji bądź innych dokumentów sporządzonych przez podmiot na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy, potwierdzające, że usługi zamieszczone w wykazie usług zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych dowodami są referencje lub inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Okres ten liczy się wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert.

W postępowaniu wpłynęły dwie oferty - Odwołującego i Przystępującego. W wykazie usług złożonym przez Odwołującego wraz z ofertą wskazano w poz. 1 usługę o wartości 430 500 zł opisując jej przedmiot jako „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu” (podmiot, na którego rzecz wykonano usługę został objęty tajemnicą przedsiębiorstwa). W poz. 2 wskazano usługę zrealizowaną na rzecz NFZ Poznań o wartości 543 045,00 zł o nazwie „Kompleksowa usługi telefonicznej na rzecz Zamawiającego w zakresie zapewnienia stałego dostępu do publicznej sieci telefonicznej oraz dzierżawy central telefonicznych (serwerów telekomunikacyjnych), instalacji i parametryzacji infrastruktury sprzętowej i systemowej oraz świadczenia serwisu.”

Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w dniu 22 marca.2022 r. o wyjaśnienie czy wskazana w wierszu pierwszym wykazu usług „Dostawa i instalacja sparametryzowanej

infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu”

stanowi usługę w przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem. Zamawiający zwrócił się o przedstawienie wyjaśnień wraz dowodami w zakresie realizacji wykazanej, badanej usługi ze wskazaniem wykazu lokalizacji klienta, b) wskazania ilości klientów (ilości numerów telefonów) sumarycznie i per lokalizacja, c) wykazu i parametrów technicznych łączą

dostarczonych przez oferenta dla klienta per jego lokalizację, d) wykazu i ilości

dostarczonego sprzętu per lokalizację, e) wykazu i ilości dostarczonego oprogramowania per lokalizację, f) wykazu i ilości dostarczonych licencji per lokalizację, g) informacji na temat warunków serwisowych z jakimi oferent obsługuje klienta (czasy reakcji, usunięcia awarii).

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący wskazał, iż Zamawiający nie jest uprawniony do żądania przedstawienia w odniesieniu do wykazu usług jakichkolwiek dowodów. Zaznaczył, że w treści art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wyraźnie zaznaczono, iż Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Ponadto w ust. 6 wskazanego przepisu określono, iż Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. w § 9 ust. 1 pkt 2 reguluje jednoznacznie, że w zakresie potwierdzenia zdolności technicznych i zawodowych Zamawiający może żądać jedynie wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia

działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Tym samym jedyne dowody jakich może żądać Zamawiający dotyczyć mogą tylko i wyłącznie należytego wykonania usług wskazanych w wykazie. W tym zakresie Wykonawcy gotowy jest do przedstawienia dowodów potwierdzających tylko i wyłącznie należyte wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał na wypowiedź Zamawiającego udzieloną w toku postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 412/22 dotyczącą rozumienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie podniósł, iż Zamawiający ustanawiając warunek uznał, że jedynym parametrem usługi istotnym z jego punktu widzenia jest wartość usługi. Wartość usługi wskazanej przez Wykonawcę potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zaś Wykonawca oświadcza, iż wskazana usługa jest usługą tożsamą do przedmiotu zamówienia, gdzie instalacja i obsługa centrali telefonicznej i konsoli operatorskiej miała jedynie charakter uzupełniający. Gdyby Zamawiający uznał za istotną

ocenę ilości lokalizacji klienta, ilości numerów telefonów, parametrów technicznych łączy i innych wymienionych w treści wezwania to elementy takie wprowadziłby do treści warunku żądając wykazania się usługą spełniającą jakieś nieopisane w treści SWZ parametry. W ocenie Wykonawcy żądania wskazane w wezwaniu nie znajdują podstaw prawnych w treści przepisów Pzp czy też w treści warunków opisanych w SWZ. Zamawiający żądał w ramach warunku tożsamości świadczonej usługi oraz wartości i oba te elementy zostały wskazane w oświadczeniu z art. 125 ustawy Pzp, potwierdzając spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający pismem z dnia 5 kwietnia 2022 r. zwrócił się do Odwołującego o zmianę/uzupełnienie pozycji pierwszej wykazu usług, zamieszczonego w Ofercie „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu”. Zamawiający powołał się na treść warunku udziału w postępowaniu i wskazał, iż przedmiot zamówienia wskazany w pozycji pierwszej wykazu usług „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu” wzbudził wątpliwości Zamawiającego co do tożsamości przedmiotu zamówienia określonego w wierszu pierwszym tabeli do przedmiotu niniejszego zamówienia i w związku z tym zwrócił się do wykonawcy w dniu 22 marca 2022 r. o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie. Wykonawca nie wyjaśnił tych wątpliwości w odpowiedzi z dnia 25.03.2022 r. W związku z tym Zamawiający wniósł o zmianę/uzupełnienie pozycji pierwszej wykazu usług. Wskazał też, że w przypadku nie dokonania przez wykonawcę zmiany/uzupełnienia wykazu usług złożonego wraz z ofertą, Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b).

Czynność ta została unieważniona na skutek wyroku Izby z dnia 4 maja 2022 r., sygn. akt KIO 1009/22.

Zamawiający w dniu 27 maja 2022 r. zwrócił się do Odwołującego z wezwaniem o złożenie podmiotowych środków dowodowych. W odpowiedzi Odwołujący złożył m.in. referencje wystawione przez podmiot, na rzecz którego wykonano zadanie z poz. 1 wykazu usług.

Zamawiający pismem z dnia 14 czerwca 2022 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia/zmiany zamieszczonego w Ofercie w Załączniku - Oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp brakującej usługi telekomunikacyjnej wraz z odpowiednim dokumentem potwierdzającym jej należyte wykonanie. Zamawiający wskazał, iż analizując podmiotowe środki dowodowe złożone przez Wykonawcę stwierdza, że Odwołujący nie spełnia warunku w zakresie usługi tożsamej - tzn. usługi telekomunikacyjnej. Zamawiający wskazał na warunek doświadczenia określony w postępowaniu dotyczący realizacji usługi telekomunikacyjnej. Wskazał, iż Wykonawca w 12

wykazie posługuje się doświadczeniem w zakresie wykonania dostawy wraz z instalacją oraz wsparciem serwisowym. Dostawa sprzętu wraz z instalacją i serwisem nie stanowi usługi, w tym w szczególności usługi telekomunikacyjnej. Ponadto przekazana Zamawiającemu referencja jest dokumentem bardzo ogólnikowym: 1. Nie wskazuje podmiotu, który był

wykonawcą - posługuje się określeniem „Spółka SUNTAR z siedzibą w Tarnowie”. Zamawiającemu znane są dwa podmioty z nazwą „SUNTAR” z siedzibą w Tarnowie - tj. SUNTAR Sp. z o.o. oraz Suntar Professional Services Sp. z o.o., 2. Nie wskazuje co jest przedmiotem zamówienia. Wystawca referencji posługuje się określeniami „projekt” oraz „dostawa” nie precyzując nazwy tego zamówienia, 3. Nie wskazuje też zakresu czasowego realizacji tego zamówienia. Zatem przedstawiona referencja jest niekompletna, potwierdza należyte wykonanie jakiegoś bliżej nie określonego zamówienia przez wykonawcę SUNTAR, który być może jest Wykonawcą w niniejszym postępowaniu. Nawet jeśli dokument ten dotyczy wskazanego w pozycji pierwszej wykazu usług zamówienia, to nie potwierdza wykonania przez SUNTAR Sp. z o.o. w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli Wykonawca prowadzi działalność krócej, to w tym okresie, usługi telekomunikacyjnej, odpowiadającej przedmiotowi zamówienia - na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł. W związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1009/22, wskazującym, że wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 25.03.2022 r. co do spełniania warunków udziału w postępowaniu nastąpiły na etapie wstępnego badania oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu składanego wraz z ofertą (oświadczenie wstępne), Zamawiający dopuszcza możliwość, aby Wykonawca złożył wyjaśnienia co do złożonych w dniu 01.06.2022 r. podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełniania warunku doświadczenia określonego w SWZ.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący wskazał, że w art. 128 ust. 6 ustawy Pzp określono, iż Minister właściwy do spraw gospodarki określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, okres ich ważności oraz formy, w jakich mogą być one składane, mając na uwadze potrzebę potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, zapewnienia aktualności podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów i oświadczeń, oraz sposoby komunikacji między zamawiającym a wykonawcą. Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. w § 9 ust. 1 pkt 2 reguluje jednoznacznie, że w zakresie potwierdzenia zdolności technicznych i zawodowych Zamawiający może żądać jedynie wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Tym samym jedyne dowody (referencje) jakich może żądać Zamawiający dotyczyć mogą tylko i wyłącznie należytego wykonania usług wskazanych w wykazie. W tym zakresie Wykonawca przedstawia dowód potwierdzający tylko i wyłącznie należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Brak jest zatem jakichkolwiek podstaw do żądania przez Zamawiającego, aby w treści referencji precyzowano przedmiot zamówienia czy też zakres czasowy realizacji umowy.

Ponadto Odwołujący oświadczył, że poz. wykazu o nazwie „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu” obejmowała usługę telekomunikacyjną, odpowiadającą przedmiotowi zamówienia - na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł. W załączeniu dla rozwiania wątpliwości Zamawiającego przedłożył dodatkową referencję, z której jednoznacznie wynika, iż pierwotnie złożona referencja dotyczyła usługi wskazanej w wykazie o nazwie: „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu” oraz że strony realizowanej przez siebie umowy nadały właśnie taką nazwę. Ponadto wystawca referencji na potrzeby Zamawiającego potwierdza, iż to Suntar Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie zrealizowała należycie wskazany projekt (umowę). Jednocześnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający posiada dodatkowe narzędzia weryfikacji wskazane w art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Dla rozwiania wątpliwości Zamawiającego Odwołujący wskazał, iż w treści złożonego wykazu prawidłowa nazwa usługi potwierdzająca spełnianie warunku udziału w Postępowaniu to: Usługa telekomunikacyjna, odpowiadająca przedmiotowi zamówienia - na kwotę brutto co

najmniej 400.000,00 zł o nazwie ustalonej przez strony umowy: „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu” wykonana przez Wykonawcę na rzecz (...). Odwołujący załączył dodatkową referencję od firmy (...).

Zamawiający w dniu 5 lipca 2022 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp. Uzasadniając powyższe Zamawiający powołał się na treść warunku udziału w postępowaniu oraz złożony przez Odwołującego wykaz usług, wskazując, iż w trakcie badania oferty, w odniesieniu do pozycji pierwszej w tabeli, Zamawiający powziął wątpliwości czy wskazany przez Wykonawcę przedmiot zamówienia odpowiada przedmiotowi niniejszego zamówienia. W związku z tym zwrócił się do Wykonawcy w dniu 22.03.2022 r. o wyjaśnienie treści oferty w tym zakresie. W odpowiedzi złożonej w dniu 25.03.2022 r. Wykonawca nie odniósł się w żaden sposób do zakresu i charakteru wykazanej „usługi”. Podczas dalszego badania oferty Zamawiający mając wątpliwości, czy wykazana dostawa sprzętu wraz z instalacją i usługami serwisowymi stanowi usługę telekomunikacyjną zwrócił się do Wykonawcy o zmianę/uzupełnienie wykazu usług w pozycji pierwszej. Na czynność wezwania zostało skierowane przez Wykonawcę do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie. Wyrok z dnia 4 maja 2022 - sygn. akt KIO 1009/22 wydany w sprawie z tego odwołania uwzględnił odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania wykonawcy SUNTAR Sp. z o.o. z dnia 05.04.2022 r. do zmiany/uzupełnienia wykazu usług. W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że na etapie wstępnego badania wykonawców, Wykonawca SUNTAR Sp. z o.o. potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sposób wystarczający, a wezwanie skierowane na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych uznaje za przedwczesne. W związku z wyrokiem KIO 1009/22 Zamawiający powrócił do czynności badania i oceny ofert. Zgodnie z uzasadnieniem wyroku KIO 1009/22 Zamawiający przyjął oświadczenie wstępne Wykonawcy (tymczasowo zastępujące podmiotowe środki dowodowe), a następnie po badaniu i ocenie ofert wezwał wykonawcę najwyższej ocenionej (SUNTAR Sp. z o.o.) w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca złożył referencje, w tym także referencję dot. pozycji pierwszej wykazu usług. Treść referencji była następująca: „W imieniu .1 potwierdzamy należyte wykonanie projektu realizowanego przez Spółkę Sutar z siedzibą w Tarnowie. Dostawa została zrealizowana terminowo zgodnie z ustaleniami. Z całą stanowczością rekomenduję Spółkę Sutar z siedzibą w Tarnowie jako rzetelnego i profesjonalnego partnera biznesowego”. Zamawiający podczas badania wykazu usług wraz z referencją stwierdził, że wykaz w pozycji pierwszej odnosi się do dostawy infrastruktury sprzętowej - dostawa infrastruktury sprzętowej nie stanowi usługi telekomunikacyjnej, a referencja dołączona przez Wykonawcę odnosi się wprost do dostawy, ale jest niekonkretna - nie wiadomo jakiego świadczenia dotyczy i czy Spółką Sutar z siedzibą w Tarnowie jest SUNTAR Sp. z o.o. W związku z powyższymi ustaleniami, Zamawiający w ramach czynności badania ofert ponowił w dniu 14.06.2022 r. czynności wezwania do zmiany/uzupełnienia wykazu usług oraz do ewentualnych wyjaśnień, które pozwoliłyby na wykazanie, że dostawa sprzętu stanowi usługę i to usługę telekomunikacyjną. Wykonawca w dniu 20.06.2022 r. złożył wyjaśnienia wraz z nową referencją. Zamawiający wskazał, iż zapoznał się z pismem i referencją. W ocenie Zamawiającego złożone wyjaśnienia stanowią jedynie ponowne oświadczenie, a w żaden sposób nie wyjaśniają dlaczego wykazana dostawa jest usługą telekomunikacyjną, najistotniejsza część wyjaśnień to treść: „Dla rozwiania wątpliwości Zamawiającego wskazujemy, iż w treści złożonego wykazu prawidłowa nazwa usługi potwierdzającej spełnianie warunku udziału w Postępowaniu to: Usługa telekomunikacyjna, odpowiadająca przedmiotowi zamówienia - na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł o nazwie ustalonej przez strony umowy: „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu” wykonana przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego po analizie wyjaśnień wraz z referencją stwierdził, że nie są one wystarczające, bowiem do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie wystarczy zmiana nazwy. Ani z referencji, ani z wyjaśnień nie wynika co było przedmiotem świadczenia, a Zamawiający nie może tego zweryfikować.

Podsumowując, Zamawiający w związku z badaniem spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, ustalił co następuje: 1. W wykazie usług, w wierszu pierwszym Wykonawca wykazał dostawę, jako usługi. 2. Zamawiający wymagał doświadczenia w przedmiocie tożsamym z niniejszym zamówieniem przez co zgodnie z SWZ rozumie się należyte zrealizowanie w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli Wykonawca prowadzi działalność krócej, to w tym okresie, przynajmniej dwóch usług telekomunikacyjnych, odpowiadających przedmiotowi zamówienia - na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł każda. 3. Przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego jest usługa telekomunikacyjna. Kompleksowość tej usługi polega na tym, że głównym jej przedmiotem jest świadczenie usług telekomunikacyjnych przez operatora telekomunikacyjnego, a w

ramach tej usługi realizowana jest również dzierżawa infrastruktury sprzętowej i systemu telekomunikacyjnego wraz z instalacją i bieżącym świadczeniem usług serwisowych. Zamawiający nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę sprzętu i systemu telekomunikacyjnego. 4. Wykazana przez Wykonawcę dostawa, zgodnie z treścią „Wykazu usług...” załączonego do oferty, obejmuje infrastrukturę sprzętową i systemową oraz instalację i bieżące usługi serwisowe. Wykonawca nie wykazał, że przedmiotem tego świadczenia były usługi telekomunikacyjne. 5. Wobec nie odniesienia się przez Wykonawcę w złożonych wyjaśnieniach do zakresu i charakteru świadczenia wskazanego w pozycji pierwszej Tabeli „Wykaz usług”, Zamawiający na podstawie analizy treści tego zapisu ustalił, że wykazana dostawa nie jest usługą telekomunikacyjną, odpowiadającą przedmiotowi zamówienia - na kwotę brutto co najmniej 400.000,00 zł. Wykonawca dwukrotnie nie udzielił wyjaśnień w tym zakresie, a jedynie poprzestał na potwierdzeniu, że badana dostawa stanowi usługę telekomunikacyjną o cechach wskazanych w opisie warunku. Stwierdzenie takie ma charakter blankietowy i nic nie wyjaśnia. 6. W związku z powyższym ofertę należało odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy, ze względu na to, że oferta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia, gdyż Zamawiający żądał wykazania przynajmniej dwóch usług telekomunikacyjnych, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, a Wykonawca wykazał jedną taką usługę.

W ocenie Zamawiającego świadczenie wskazane w pozycji pierwszej wykazu usług o nazwie „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze Świadczeniem usług bieżącego serwisu”, przedłożona referencja dotycząca dostawy wykazanej w pozycji pierwszej wykazu usług o nazwie „Dostawa...”, ani dodatkowe referencje, ani wyjaśnienia Odwołującego nie potwierdzają należytego wykonania usługi telekomunikacyjnej tożsamej z zamówieniem. Na skutek dokonanych przez Zamawiającego ustaleń oferta Odwołującego zostaje odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy, ze względu na to, że oferta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia, gdyż Zamawiający żądał wykazania przynajmniej dwóch usług telekomunikacyjnych, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, a Wykonawca wykazał jedną taką usługę.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 1, tj. zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Jak stanowi zaś § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415, dalej jako „Rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych”) w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Wskazany powyżej przepis § 9 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych wskazuje jednoznacznie, jakich dokumentów zamawiający mogą żądać od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej - w przypadku usług są to: wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane oraz dowody określające, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykaz usług to nic innego jak oświadczenie wykonawcy przybierające przeważnie formę zgodną z wzorem określonym przez zamawiającego w danym postępowaniu. Zamawiający konstruując ten wzór określa, jakie informacje należy w wykazie usług podać w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Z kolei dowody załączane do wykazu usług, pochodzące co do zasady od podmiotów trzecich (odbiorców usług), takie jak poświadczenia czy referencje, mają na celu wykazanie czy usługi zostały wykonane należycie. Inne okoliczności, takie jak wartość, przedmiot czy data wykonania usług, badane są w oparciu o oświadczenie wykonawcy.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy Izba stwierdziła, że decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp była nieprawidłowa.

Na wstępie Izba wskazuje, że Zamawiający badając podmiotowe środki dowodowe złożone przez Odwołującego, co do zasady słusznie uznał, że nazwa zadania wskazanego w poz. 1 wykazu usług może budzić wątpliwości w zakresie tego, czy zadanie referencyjne obejmowało usługi telekomunikacyjne - sam opis („Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury sprzętowej i systemowej wraz ze świadczeniem usług bieżącego serwisu”) nie wskazywał bowiem wprost, że przedmiotem zadania były usługi telekomunikacyjne. Natomiast stwierdzenie przez Zamawiającego na tej podstawie, że wskazane zadanie nie stanowi usługi telekomunikacyjnej, było zbyt daleko idące, gdyż Zamawiający tej kwestii w ocenie Izby należycie nie zbadał. Przede wszystkim Izba dostrzegła, że Zamawiający dokonując oceny zdyskredytował oświadczenia, jakie Odwołujący złożył na wezwania Zamawiającego. Tymczasem już w wyjaśnieniach z marca 2022 r. Odwołujący oświadczył, że wskazana w poz. 1 wykazu usługa jest usługą tożsamą z przedmiotem zamówienia, gdzie instalacja i obsługa centrali telefonicznej i kontroli operatorskiej miała jedynie charakter uzupełniający. Zwróciła na to Zamawiającemu uwagę Izba w wyroku z dnia 4 maja 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1009/22 (w uzasadnieniu wskazano: „W ocenie Izby na etapie wstępnego badania wykonawców, Odwołujący potwierdził spełnienie warunków udziału w sposób wystarczający. Odwołujący złożył bowiem wraz z ofertą oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponadto, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ponownie oświadczył, że warunki te spełnia oraz wskazał, że usługa z poz. 1 wykazu usług „ jest usługą tożsamą do przedmiotu zamówienia, gdzie instalacja i obsługa centrali telefonicznej i konsoli operatorskiej miała jedynie charakter uzupełniający.”). Ponadto w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14 czerwca 2022 r. Odwołujący oświadczył wprost, że zadanie referencyjne wskazane w poz. 1 wykazu obejmowało usługę telekomunikacyjną odpowiadającą przedmiotowi zamówienia. Jednocześnie Odwołujący dokonał zmiany w opisie zadania wskazanym w wykazie, doprecyzowując go. Nie można zatem zgodzić się z Zamawiającym, że Odwołujący odczytywał przesłanki spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób wybiórczy, skoro wskazał wprost na wykonanie „usługi telekomunikacyjnej odpowiadającej przedmiotowi zamówienia.”

Izba stwierdziła, iż Zamawiający dokonując oceny dysponował oświadczeniem wykonawcy potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a w świetle przepisów ustawy Pzp to właśnie oświadczenie wykonawcy (przyjmujące formę wykazu usług) stanowi podmiotowy środek dowodowy potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie jest zatem zasadne stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie, że przedstawione przez Odwołującego oświadczenie jest dowodem niewystarczającym, gdyż nie pozwala na obiektywne potwierdzenie przez Zamawiającego spełnienia warunku. Nie można zgodzić się też z argumentacją Zamawiającego, że oświadczenie wykonawcy ma bardzo słaby walor dowodowy. W szczególności nie jest zasadne wskazywanie w tym kontekście na art. 299 Kodeksu postępowania cywilnego odnoszący się do dowodu z przesłuchania stron. Pomijając okoliczność, że przepisy Kodeksu postępowania cywilnego nie znajdują zastosowania w przedmiotowej sprawie, to podkreślić należy, iż regulacje przewidziane w ustawie Pzp i aktach wykonawczych wprost wskazują, że to właśnie na podstawie oświadczenia wykonawcy badane jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu - najpierw w oparciu o oświadczenie wstępne, następnie w oparciu o oświadczenie zawarte w wykazie usług, będący podmiotowym środkiem dowodowym. Zamawiający uznał, iż nie jest wystarczające złożenie przez Odwołującego oświadczenia, iż wskazana usługa (której strony nadały nazwę dostawy) jest usługą tożsamą do przedmiotu zamówienia - usługą telekomunikacyjną, niemniej nie wyjaśnił dlaczego, skoro to oświadczenie wykonawcy (wykaz usług) stanowi w

świećle ww. regulacji podmiotowy środek dowodowy.

Inne dokumenty dołączane do wykazu usług, jak referencje, stanowią dowód, że określone usługi zostały wykonane należycie i składane są przez wykonawców na tę właśnie okoliczność. Jak wskazano w wyroku z dnia 18 maja 2018 r., sygn. akt KIO 845/18, „referencje, jako załącznik do wykazu, są jedynie uzupełnieniem informacji w nim zawartych, a ich rolą jest potwierdzenie faktu, że zamówienie na które powołuje się wykonawca zostało zrealizowane w sposób należyty.” Ponadto jak stwierdziła Izba w wyroku z dnia 21 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 111618, „Z treści referencji winno wynikać potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, natomiast nie muszą one zawierać opisu zakresu dostaw wyczerpującego opisany przez zamawiającego warunek. W referencjach co do zasady nie opisuje się zakresu prac w sposób szczegółowy, wskazując jedynie na ich ogólny zarys. Wykonawca zwracając się do wystawcy referencji o ich uzyskanie może nie mieć wpływu na ich kształt, a nawet jeżeli w jakimś zakresie jest to możliwe, to ustalenie brzmienia referencji w taki sposób, aby odpowiadały one warunkom w różnych postępowaniach, jest bardzo utrudnione. Tym samym zamawiający nie może oczekiwać i wymagać, aby z treści referencji, pochodzącej od podmiotu trzeciego, zwykle wystawionej wcześniej i nie w związku z postępowaniem, w którym zostaje złożona, wynikało coś więcej niż potwierdzenie należytego wykonania zamówienia scharakteryzowanego pod względem elementów koniecznych dla wykazania warunku w wykazie stanowiącym oświadczenie własne wykonawcy.” Mając na uwadze powyższe, nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz w odpowiedzi na odwołanie, że przedłożone referencje nie pozwalają na zweryfikowanie spełnienia warunku skoro nie wymieniają w swej treści wykonania usługi telekomunikacyjnej. Referencje nie muszą zawierać szczegółowych informacji co do zakresu zadania, którego dotyczą. Istotne jest, aby na ich podstawie można było ustalić, że dotyczą zadania wskazanego przez wykonawcę w wykazie usług i potwierdzają jego należyłą realizację. Te dane były na gruncie złożonych przez Odwołującego referencji identyfikowalne, a fakt, że w ich treści wskazano na dostawę jest pochodną okoliczności, że taką nazwę strony umowy nadały świadczeniu.

W ocenie Izby za wiarygodne można uznać twierdzenie Odwołującego, że strony umowy wskazanej w poz. 1 wykazu usług nadały zadaniu referencyjnemu nazwę „Dostawa i instalacja sparametryzowanej infrastruktury (.).”, mimo, iż obejmowała ona także usługi telekomunikacyjne. Należy zauważyć, że przedmiotem zamówienia jest kompleksowa usługa telekomunikacyjna, która oprócz świadczenia usług telekomunikacyjnych obejmuje również dzierżawę infrastruktury sprzętowej i systemu telekomunikacyjnego wraz z instalacją i bieżącym świadczeniem usług serwisowych. Elementem zamówienia jest zatem dostawa (dzierżawa) infrastruktury i świadczenie usług serwisowych. Zamawiający nie zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, że de facto to dzierżawa infrastruktury jest głównym składnikiem cenotwórczym, a nie same usługi telekomunikacyjne sensu stricto. Nie negował też zawartej w odwołaniu informacji, że usługa telekomunikacyjna w poprzednich latach realizacji stanowiła jedynie ułamkową część wynagrodzenia wykonawcy, tj. 9 500,00 zł netto. Stanowisko Zamawiającego kwestionujące spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego opierało się w zasadzie głównie na użytej nomenklaturze, można jednak w tym miejscu zadać pytanie, czy byłoby ono takie samo, gdyby Odwołujący od początku w wykazie usług w opisał zadanie referencyjne z poz. 1 w taki sposób, w jaki wskazał w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14 czerwca 2022 r.

W ocenie Izby uznanie wyłącznie przez pryzmat stosowanego nazewnictwa, że zadanie nie obejmowało elementów wskazanych w warunku jest zbyt daleko idące. Zamawiający arbitralnie uznał, że oświadczenia wykonawcy nie są dla niego wystarczające, podczas gdy, miał możliwość zbadać ich wiarygodność. Ustawa Pzp daje Zamawiającemu instrumenty pozwalające zweryfikować informacje przedstawiane przez wykonawcę. Zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy Pzp jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. W tym stanie rzeczy nie jest zasadne twierdzenie Zamawiającego, iż nie mógł zweryfikować, co było przedmiotem usługi. Powyższy przepis umożliwia dodatkowe sprawdzenie informacji dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez zwrócenie się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów. Jeżeli Zamawiający dysponując jednoznacznym oświadczeniem wykonawcy, że zadanie wskazane w poz. 1 wykazu obejmowało usługi telekomunikacyjne, miał uzasadnione wątpliwości co do faktycznego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to powinien skorzystać z możliwości, jaką daje mu art. 128 ust. 5. Nie jest zrozumiałe dlaczego Zamawiający z tego rozwiązania nie skorzystał, a jednocześnie twierdził, że nie może

zweryfikować zakresu przedmiotowego zadania.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający nie dokonał badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego w sposób dostateczny. Zadaniem Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest rzetelne i wnikliwe przeprowadzenie badania ofert i składanych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie powinien zastaniać się argumentacją, że nie posiada pewnych informacji czy danych, gdy ustawa Pzp daje mu możliwość ich pozyskania. Jakkolwiek można zgodzić się z Zamawiającym, że informacje przekazane przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia były dość ogólne, niemniej sam opis warunku udziału w postępowaniu też był ogólny. Zamawiający kształtując warunek udziału w postępowaniu w ten sposób, że wymagał legitymowania się usługą telekomunikacyjną, odpowiadającą przedmiotowi zamówienia, mógł określić, jakie konkretnie informacje należy podać w wykazie usług (np. informacje żądane w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 22 marca 2022 r.), aby możliwe było dokonanie w sposób kompleksowy oceny, czy zadanie referencyjne stanowi wymaganą usługę telekomunikacyjną. Pożądane byłoby, aby Odwołujący przedstawił wyjaśnienia w sposób bardziej szczegółowy, niemniej Zamawiający zanegował wiarygodność składanych przez wykonawcę oświadczeń uznając arbitralnie, że zadanie referencyjne nie stanowiło usługi telekomunikacyjnej, podczas gdy możliwe było zweryfikowanie tej kwestii bezpośrednio u podmiotu, na rzecz którego wykonano to zadanie.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu w zakresie zarzutu nr 1 odwołania i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr stanowiącą uzasadnione koszty postępowania poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe, Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: