

Sygnatura akt: KIO 3026/24

WYROK

z dnia 2 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Gawdzik – Zawalska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia: Enter T&T sp. z o. o. Poznań (KRS 0000482496), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Izba Administracji Skarbowej w Krakowie reprezentowana przez Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Krakowie, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia: Suntar Professional Services sp. z o.o. Tarnów (KRS: 0000851452)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika oraz poniesione przez zamawiającego koszty: 464 zł 81 gr (czterysta sześćdziesiąt cztery złote osiemdziesiąt jeden groszy) dojazdu na posiedzenie i 1 800 zł 00 gr (tysiąc osiemset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego 2 264 zł 81 gr (dwa tysiące dwieście sześćdziesiąt złotych osiemdziesiąt jeden groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

U z a s a d n i e n i e

Izba Administracji Skarbowej w Krakowie reprezentowana przez Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Krakowie (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U.2023.1605 z późn. zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym z możliwością prowadzenia negocjacji na podstawie art. 275 pkt 2 Ustawy pn.: „Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie połączeń z telefonów stacjonarnych dla Izby Administracji Skarbowej w Krakowie, urzędów skarbowych województwa małopolskiego oraz Małopolskiego Urzędu Celno-Skarbowego w Krakowie”, nr sprawy: 1201-ILZ.260.15.2024; Numer ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych 2024/BZP 00380445/01 z 24.06.2024 r. (dalej: Postępowanie). Zasady, warunki, kryteria ocen, opis przedmiotu zamówienia i postanowienia umowy na realizację zamówienia określa Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej SWZ).

19 sierpnia 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniósł wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Enter T&T sp. z o. o. Poznań ul. Grunwaldzka 104, 60-307 Poznań) (dalej odwołujący).

23 sierpnia 2024 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta oceniona została jako najkorzystniejsza Suntar Professional Services Sp. z o.o. Tarnów (ul. Marii Drodz 12, 33-100 Tarnów) (dalej: przystępujący lub Suntar), w związku z udostępnieniem przez Zamawiającego kopii odwołania wraz z załącznikami za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 20 sierpnia 2024r. Wobec zgłoszenia przystąpienia w terminie i wypełnieniu przesłanek z art. 525 Pzp izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z Pzp czynności lub zaniechań zamawiającego:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 14.08.2024r. wykonawcy Suntar, w sytuacji, gdy nie on wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i przedstawił nieprawdziwe informacje;
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty Suntar na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w związku z niewykazaniem spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ;
- 3) czynności wezwania Suntar na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp do udzielenia wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu usług, który zawiera nieprawdziwe informacje i umożliwienie ww. wykonawcy poprawienia (uzupełnienia)

wykazu usług o nowe informacje;

ewentualnie:

- 4) zaniechania czynności wezwania Suntar do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących warunku udziału, o którym mowa w rozdz. VIII ust. 1 pkt 2 lit. d SWZ.

Odwołujący wskazał, że dokonując wyżej wymienionych czynności zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów:

- 1) art. 239 ust. 1 w związku z art. 266 oraz w związku z art. 16 pkt 1 i art. 57 pkt 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Suntar jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. VIII ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ oraz przedstawił nieprawdziwe informacje,
- 2) art. 128 ust. 4 Pzp poprzez bezpodstawne i bezprawne skierowanie wezwania o udzielenie wyjaśnień przez Suntar podczas, gdy treść podmiotowych środków dowodowych była jednoznaczna i precyzyjna, a co za tym idzie możliwe było ustalenie, że wykaz usług zawiera informacje nieprawdziwe. Nadto, poprzez skierowanie wezwania o udzielenie wyjaśnień zamawiający bezprawnie umożliwił Suntar uzupełnienie wykazu usług o nowe usługi, a następnie na tej podstawie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Suntar podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. VIII ust. 1 pkt 2 lit. a SWZ;

ewentualnie:

- 4) art. 128 ust. 1 Pzp w związku z art. 119 Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Suntar do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych poprzez uznanie, że wykonawca ten spełnia warunku udziału w postępowaniu przy pomocy zasobów podmiotów trzecich, mimo że podmiot ten nie posiada doświadczenia w realizacji co najmniej dwóch usług telekomunikacyjnych, w zakresie telefonii stacjonarnej świadczonych na rzecz podmiotów biznesowych (tj. wszelkich podmiotów nie będących osobami fizycznymi), o wartości minimum 200 000,00 zł brutto każda;
- 5) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 Pzp w zw. z art. 119 Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Suntar do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych poprzez uznanie, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu przy pomocy zasobów podmiotów trzecich, mimo że nie udowodnił realności, tj. nie udowodnił, że podmioty trzecie wykonują usługi, do realizacji których zamawiający wymagał tego doświadczenia; a także brak wykazania dysponowania zasobami podczas realizacji zamówienia;
- 6) art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niegwarantujący zachowania równego traktowania wykonawców oraz w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji w zakresie pominięcia treści ustalonych warunków udziału

w postępowaniu w zakresie dokonywania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu: -unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; - odrzucenia oferty Suntar, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu; - dokonania ponownej czynności badania i oceny oferty; ewentualnie o nakazanie zamawiającemu: -wezwania Suntar do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. VIII ust. 2 pkt 1 lit. a SWZ.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołanie. Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Strony i uczestnik powoływali się na dokumenty postępowania, w szczególności SWZ, ofertę Suntar oraz złożone środki dowodowe i decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz korespondencję pomiędzy zamawiającym i Suntar.

Izba uznała zarzuty za nieudowodnione i oddaliła odwołanie. Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów zachowaniem zamawiającego wobec tego, że okoliczności, na których opierały się zarzuty nie znalazły odzwierciedlenia w dokumentach postępowania a odwołujący nie przedłożył dowodów wystarczających do wykazania twierdzeń, na których oparł zarzuty i dodatkowo zarzuty oparte zostały na nieuprawnionym w świetle Ustawy przeświadczeniu, że każda niezgodność oświadczenia wykonawcy ze stanem faktycznym skutkuje niemożnością wezwania i skorygowania tych informacji przez wykonawcę. Twierdzenia procesowe przystępującego i zamawiającego znajdują oparcie w dokumentach postępowania i zgodne są z zasadami logiki i doświadczenia życiowego.

Izba ustaliła, w oparciu o dokumenty postępowania, biorąc pod uwagę stanowiska procesowe, w tym także oświadczenia stron i uczestnika złożone na rozprawie, bezsporne okoliczności, że:

1. Rozdział VIII SWZ określa warunki udziału, w tym dotyczący posiadania zdolności technicznych i zawodowych, zgodnie z którym: "Warunek zostanie uznany za spełniony, gdy Wykonawca wykaże się

doświadczeniem w należyтым wykonaniu w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwóch usług

telekomunikacyjnych, w zakresie telefonii stacjonarnej świadczonych na rzecz podmiotów biznesowych (tj. wszelkich podmiotów nie będących osobami fizycznymi), o wartości minimum 200 000,00 zł brutto każda”

2. Wykonawcy nie zwracali się z pytaniami o wyjaśnienie SWZ w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia

3. SWZ nie zawiera definicji pojęć użytych dla określenia usługi referencyjnej w tym: pojęcia usługi telekomunikacyjnej, również w zakresie telefonii stacjonarnej, ani pojęcia podmiotu biznesowego, poza wskazaniem objęcia nim wszelkich podmiotów nie będących osobami fizycznymi.

4. Rozdział IX SWZ określa wymagane podmiotowe środki dowodowe, tym przewidywał obowiązek wykonawcy złożenia na wezwanie przez zamawiającego 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.

Dalej Izba ustaliła, że:

5. Suntar w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach innego podmiotu, tj. Lovo sp. z o.o. sp.k. i złożył wykaz usług wykonanych lub wykonywanych przez ww. podmiot trzeci wraz z referencjami.

6. Podmiot udostępniający zasoby oświadczył, że udostępni zasoby na rzecz Suntar:

- zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu: W zakresie warunku udziału w postępowaniu zgodnie z Rozdziałem VII SWZ tj. zdolności techniczne lub zawodowe zdobyte podczas realizacji usług pn. 1. Świadczenie usług

telekomunikacyjnych, w zakresie telefonii stacjonarnej Świadczonej na rzecz iNET Group Sp z o.o. o wartości powyżej 200 000,00 zł brutto 2. Świadczenie usług

telekomunikacyjnych, w zakresie telefonii stacjonarnej Świadczonej na rzecz Voiceflow Sp z o.o. o wartości powyżej 200 000,00 zł brutto

- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia: Umowa o podwykonawstwo w zakresie części usług świadczonych w toku realizacji zamówienia

- charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem: Umowa na podwykonawstwo

- zakres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia: Wykonanie części usług objętych postępowaniem przetargowym, do realizacji których Zamawiający ustalił wymagania w SWZ, w szczególności w zakresie świadczenia połączeń przychodzących na połączeń w wewnętrznej sieci telekomunikacyjnej oraz połączeń w ramach wszystkich sieci telekomunikacyjnych operatorów krajowych i zagranicznych dla podmiotów biznesowych SWZ oraz OPZ do niniejszego postępowania

- okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia: Okres udostępnienia zasobów będzie następujący przez cały okres trwania postępowania oraz cały okres realizacji umowy;

7. W treści wykazu usług Suntar wskazał dwie usługi odpowiadające wskazanym przez

podmiot udostępniający:

Lp.	Nazwa Podmiotu, na rzecz którego usługi zostały wykonane	Adres	Data (okres realizacji)	Przedmiot zamówienia	Wartość umowy (brutto)
1	i NET Group Sp z o.o.	40-232 Katowice, ul. Sikorskiego 20	Od 2010 roku do nadal	Świadczenie telefonii stacjonarnej	Powyżej 200 tys zł brutto
2	Yoteflow Sp z o.o.	Warszawa, ul. Biezuńskiej 1	Od 2013 roku do nadal	Świadczenie telefonii stacjonarnej	Powyżej 200 tyi zł brutto

8. Referencje wystawione przez podmioty, na rzecz których usługi referencyjne zostały wykonane (iNET Group sp. Z o.o. oraz Voiceflow sp. Z o.o.) przez podmiot udostępniający potwierdzają, że usługi telekomunikacyjne przeznaczone dla klientów biznesowych były realizowana należyście, odpowiednio od 2010 r. lub od 2013 r., działają bez zastrzeżeń i że „wartość świadczonych usług przekracza rocznie 100 000 zł netto”.

9. Podmiot udostępniający zasoby Spółka LoVo sp. z o.o. sp.k. powstał wskutek przekształcenia LoVo S.A. w Warszawie w spółkę komandytową, w której jeden z dotychczasowych akcjonariuszy stał się komplementariuszem a pozostali 6

komandytariuszami nowopowstałej spółki komandytowej. Przekształcenie nastąpiło w drodze art. 551 § 1 ksh ze skutkiem określonym art. 553 § 1 ksh; LoVo S.A. w Warszawie 9 września 2016 roku przejęła w trybie art. 492 § 1 pkt 1 ksh ze skutkiem z art. 494 ksh spółki LoVo sp. z o.o. i LoVo Telecom sp. z o.o.; Stąd podmiot udostępniający prowadzi działalność telekomunikacyjną od roku 2016, ale spółki przejmowane prowadziły działalność telekomunikacyjną wcześniej; Podmiot udostępniający nawiązał współpracę ze spółką Voiceflow Sp. z o.o. 12 stycznia 2015, a z Inet Group Sp. z o.o. od 31 sierpnia 2009 roku; W referencjach zostały wpisane omyłkowe daty początkowe (co Izba ustaliła w oparciu o wyjaśnienia przystępującego udzielone na zapytanie z 24 lipca 2024 r., referencje)

10. 1 sierpnia 2024 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 128 ust. 5 Pzp podmiot udostępniający zasoby oraz podmioty wystawiające referencje do „przesłania umów lub innych dokumentów, które potwierdzą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (termin składania ofert upłynął w dniu 04.07.2024r.) zrealizowane zostały na rzecz podmiotów wskazanych w „wykazie wykonanych lub wykonywanych usług” tj. INET Group Spółka z o.o. oraz Voiceflow Spółka z o.o. dwie usługi telekomunikacyjne, w zakresie telefonii stacjonarnej o wartości minimum 200 000,00 zł brutto każda (w tym w zakresie telefonii stacjonarnej – pytania do podmiotów wystawiających referencje).

Zamawiający w wezwaniu do udostępniającego zasoby wskazał również, że „zgodnie z informacją podaną w wykazie usług podmiot LOVO sp. z o.o. sp. k., świadczył usługi na rzecz Voiceflow sp. z o.o. i Inet Group w zakresie telefonii stacjonarnej (sformułowanie „świadczenie telefonii stacjonarnej”). Tymczasem Zamawiający zgodnie z treścią Rozdz. VIII SWZ pkt. 1 ppkt. 2 lit. d) wymagał od Wykonawców wykazania doświadczenia w należyтым wykonaniu usług telefonii stacjonarnej świadczonych na rzecz podmiotów biznesowych. Zgodnie z wpisem w Rejestrze przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonym przez Urząd Komunikacji Elektronicznej podmioty Voiceflow sp. z o.o. i Inet Group sp. z o.o. również prowadzą działalność telekomunikacyjną. Zachodzi zatem uzasadnione podejrzenie, iż część świadczonych przez LOVO sp. z o.o. sp. k., usług nie dot. usług detalicznych (czyli usług telefonii stacjonarnej świadczonych na rzecz abonenta) ale tzw. usług hurtowych (tj. usług telekomunikacyjnych świadczonych między operatorami dot. m.in. udostępniania łącz, usług transmisji danych, usług kolokacyjnych etc.). Kategoria usług hurtowych nie spełnia warunku posiadania zdolności technicznej lub zawodowej. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do wyjaśnienia czy w

wykazanych na poz. 1 i 2 Wykazu usług umowach zawierają się usługi telekomunikacyjne detaliczne i w jakich dokładnie wartościach.”

W odpowiedzi podmiot udostępniający wskazał, że usługi referencyjne obejmowały świadczenie usług telefonii stacjonarnej polegających m.in. na realizacji połączeń telefonicznych w stacjonarnej sieci telekomunikacyjnej i załączył faktury za 36 miesięcy oraz raporty o połączeniach telefonicznych dokumentujące realizację usług referencyjnych przez 36 miesięcy; Udostępniający zasoby wskazał również, że: „LoVo spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa świadczy zarówno na rzecz Inet Group Sp. z o.o., jak i Voiceflow Sp. z o.o. usługi połączeń telefonii stacjonarnej stanowiące usługi telekomunikacyjne polegające na realizacji połączeń telefonicznych na podstawie umów o udostępnianiu usług telekomunikacyjnych. LoVo realizuje usługi telefonii stacjonarnej dla klientów biznesowych polegające, jak u każdego innego operatora telekomunikacyjnego na obsłudze połączeń zarówno wychodzących, jak i przychodzących, a w tym pełnej palety numeracji geograficznej i niegeograficznej, jak numeracja 0-80xxxxxx czy numeracja przychodząca z sieci mobilnych. Reasumując współpraca pomiędzy LoVo, a wskazanymi powyżej operatorami ma cechy usługi detalicznej ze względu na realizację połączeń telefonicznych obsługiwanych przez LoVo, albowiem jest świadczona na rzecz innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego oraz polega na obsłudze bardzo dużego wolumenu połączeń telekomunikacyjnych. Wartość świadczonych tych usług przekracza w stosunku do podmiotów wskazanych w pkt 1 i pkt 2 przekracza w okresie 2021-2023 wartość 300 tys. PLN brutto bez wskazanych w treści wezwania usług hurtowych, a tylko z realizacji samych połączeń telefonicznych. Warto też zaznaczyć, iż Zamawiający domagał się wykazania od Wykonawców świadczenia usług telefonii stacjonarnej na rzecz podmiotów biznesowych. Związku z powyższym Inet Group Sp. z o.o., jak i Voiceflow Sp. z o.o. są spółkami z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzącymi na podstawie przepisów prawa działalność gospodarczą. Nadto pragniemy wskazać, iż usługa telefonii stacjonarnej stanowi zaś usługę telekomunikacyjną, która jest opisana w art. 2 pkt 48 Prawa Telekomunikacyjnego usługa telekomunikacyjną jest usługa polegająca głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej, a zgodnie z art. 2 pkt 26 Prawa Telekomunikacyjnego połączenie telefoniczne stanowi połączenie ustanowione za pomocą publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej, pozwalające na dwukierunkową łączność głosową. Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 38 Prawa Telekomunikacyjnego stacjonarna publiczna sieć telekomunikacyjna stanowi publiczna sieć telekomunikacyjną, w której zakończenia sieci mają stałą

lokalizację. W związku z powyższym wymaganie Zamawiającego w świetle przepisów prawa należy rozumieć w poprzez zapewnienie przez Wykonawców usługi polegającej na przesyłaniu sygnału w publicznej sieci telekomunikacyjnej do stałych zakończeń sieci i ustanowienia w ten sposób dwukierunkowej łączności głosowej. Takie zaś dokładnie usługi LoVo świadczy w swojej sieci w ramach umów wskazanych w pkt 1 i pkt 2 wezwania do złożenia wyjaśnień.”;

W odpowiedzi Voiceflow potwierdził udzielenie referencji i wskazał, że usługi obejmują: 1. Usługa realizacji połączeń telefonicznych w publicznej stacjonarnej sieci telekomunikacyjnej. 2. Usługa użyczenia geograficznej (stacjonarnej posiadającej wskaźnik strefy numeracyjnej – WSN) numeracji telefonicznej z Planu Numeracji Krajowej prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, na którą są kierowane połączenia głosowe w publicznej stacjonarnej sieci telekomunikacyjnej. 3. Usługa dostępu do bazy PLI CBD zapewniającej realizację obowiązku połączeń z numeracją

alarmową. 4. Usługa obsługi numeracji NP. w ramach bazy PLI CBD 2 zapewniającej realizacji obowiązku przenośności numeracji, o którym w mowa w art 71 ust 1 Ustawy z dnia 16 lipca 2004 roku Prawo Telekomunikacyjne oraz załączył wykaz wystawionych faktur przez podmiot udostępniający za 36 miesięcy

(co Izba ustaliła na podstawie wezwań z 1 sierpnia 2024 r oraz udzielonych odpowiedzi wraz z załącznikami)

11. Wartość usług referencyjnych przekraczała dla obu podmiotów rocznie 100 000 zł netto w latach referencyjnych 2021, 2022 i 2023, co daje łącznie ponad 300 000 zł (co Izba ustaliła w oparciu o wyjaśnienia przystępującego udzielone na zapytanie z 24 lipca 2024 r., referencje, wyjaśnienia podmiotu udostępniającego i wystawiającego referencje udzielone na zapytanie z 1 sierpnia 2024 r.);

12. Usługi referencyjne świadczone były w ramach umów o udostępnianiu usług telekomunikacyjnych i obejmują „usługi połączeń telefonii stacjonarnej stanowiące usługi telekomunikacyjne polegające na realizacji połączeń telefonicznych na podstawie umów o udostępnianiu usług telekomunikacyjnych. LoVo realizuje usługi telefonii stacjonarnej dla klientów biznesowych polegające, jak u każdego innego operatora telekomunikacyjnego na obsłudze połączeń zarówno wychodzących, jak i przychodzących, a w tym pełnej palety numeracji geograficznej i niegeograficznej, jak numeracja 0-80xxxxxxx czy numeracja przychodząca z sieci mobilnych. (...) współpraca ma cechy usługi detalicznej ze względu na realizację połączeń telefonicznych obsługiwanych przez LoVo, albowiem jest świadczona na rzecz innego przedsiębiorcy telekomunikacyjnego oraz polega na obsłudze bardzo dużego wolumenu połączeń telekomunikacyjnych...” (co Izba ustaliła w oparciu o wyjaśnienia

przystępującego udzielone na zapytanie z 24 lipca 2024 r., referencje, wyjaśnienia podmiotu udostępniającego i wystawiającego referencje udzielone na zapytanie z 1 sierpnia 2024 r.)

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Jednocześnie Izba zwraca uwagę, że równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmierne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 i 4 Pzp zamawiający żąda od wykonawcy złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczenia o którym mowa w art. 125 ust 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń jeśli nie zostały złożone lub są one niekompletne lub zawierają błędy podobnie jak żądać może wyjaśnić ich treści.

Izba wskazuje, że sankcja odrzucenia oferty podobnie jak prowadzący doń brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu skutkujący wykluczeniem jest czynnością ostateczną i przed jej dokonaniem na zamawiającym, w razie jakichkolwiek wątpliwości co do wykazania warunku udziału, ciężar ustawowe obowiązki zmiernie do ustalenia, czy wykonawca wymaganych warunków nie spełnia – tutaj czy posiada wymagane doświadczenie. Na zamawiającym ciężar w szczególności ustawowe obowiązki przewidziane art. 128 ust. 1 i 4 Pzp wezwania do złożenia wyjaśnień, co do przedłożonych podmiotowych środków dowodowych bądź ich uzupełnienia lub poprawienia.

Stwierdzenia, że zakres lub okres realizacji usług referencyjnych opisany wykazem/ referencją jest wątpliwy, także wobec czasu powstania podmiotu, na rzecz którego usługi były realizowane jest sytuacją mieszczącą się w hipotezie normy art. 128 ust. 4 Pzp. Tym samym zarzut sprzeczności z Ustawą wezwania przez zamawiającego do wyjaśnić w trybie art. 128 nie mógł zostać uwzględniony. W ocenie izby wskazanie błędnego - dłuższego do rzeczywistego - okresu realizacji usługi referencyjnej jest właśnie okolicznością wymagającą

wyjaśnienia. Sam fakt niezgodności wartości liczbowej z realną nie przesądza o niemożności:

- wezwania do wyjaśnień,
- skutecznego wyjaśnienia okoliczności budzących wątpliwości,
- uznania wyjaśnień i treści podmiotowych środków dowodowych za wystarczające dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie wyjaśnienia udzielone przez przystępującego, udostępniającego zasoby oraz podmiot wystawiający referencje były wiarygodne i wystarczające do ustalenia, że pierwotna treść wykazu i referencji dotknięta była błędem usuwalnym. Samo błędne wskazanie wcześniejszej daty rozpoczęcia usługi referencyjnej pozostało też irrelewantne dla oceny, że usługa faktycznie świadczona była w wymaganym czasie. Sam fakt realizacji usług referencyjnych w minimalnym okresie wymaganym przez Zamawiającego a więc zgodnym z SWZ nie był sporny ani kwestionowany odwołaniem. Tym samym czynność oceny przez zamawiającego wykazania posiadania doświadczenia wobec realizacji usługi w okresie opisanym SWZ była zgodna z Pzp. Mając na uwadze powyższe - to jest złożenie dokumentów potwierdzających realizację usług referencyjnych, w szczególności w wymaganym SWZ minimalnym okresie - brak też jest podstaw do zarzucenia zamawiającemu zaniechania wezwania do złożenia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych lub wykazu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Dalej izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał niezgodności usług referencyjnych z SWZ określających ich rodzaj i zakres.

Izba stwierdza, że niezgodność z warunkiem postępowania polega na przedstawieniu oferty przez wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanym SWZ. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność, czyli co i w jaki sposób nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami udziału.

W niniejszym przypadku zamawiający określając usługę referencyjną w SWZ nie zdefiniował jej pojęcia. Jednocześnie ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U.2024.34 t.j) (dalej Prawo telekomunikacyjne) nie pozwala na jednoznaczne przyjęcie, że usługa referencyjna tj. usługa telekomunikacyjna, w zakresie telefonii stacjonarnej świadczona na rzecz podmiotów biznesowych (tj. wszelkich podmiotów nie będących osobami fizycznymi), o wartości minimum 200 000,00 zł brutto każda, jest ograniczona wyłącznie do określonego rodzaju usług telekomunikacyjnych (w ramach telefonii stacjonarnej).

Prawo telekomunikacyjne rozróżnia umowę o dostępie telekomunikacyjnym (art. 26 i n. zawieraną pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi (przedsiębiorca lub inny podmiot uprawniony do wykonywania działalności gospodarczej na podstawie odrębnych przepisów, który wykonuje działalność gospodarczą polegającą na dostarczaniu sieci telekomunikacyjnych, świadczeniu usług towarzyszących lub świadczeniu usług telekomunikacyjnych, przy czym przedsiębiorca telekomunikacyjny, uprawniony do: a) świadczenia usług telekomunikacyjnych, zwany jest "dostawcą usług", b) dostarczania publicznych sieci telekomunikacyjnych lub świadczenia usług towarzyszących, zwany jest "operatorem" – art. 2 pkt 27), a także jej szczególny wariant umowę o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie połączenia sieci (art. 2 pkt 25 i art. 31 ust 2) i umowę na publicznie dostępne usługi telekomunikacyjne dla abonenta, gdzie wymagane jest rozliczanie z abonentem (podmiotem, który jest stroną umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawartej z dostawcą publicznie dostępnych usług telekomunikacyjnych – art. 2 pkt 1) na podstawie cennika opisanego art. 61 ust. 3.

Umowa o połączeniu sieci obejmuje jedynie część usług objętych pojęciem dostępu telekomunikacyjnego, który obejmuje: "korzystanie z urządzeń telekomunikacyjnych, udogodnień towarzyszących lub usług świadczonych przez innego przedsiębiorcę telekomunikacyjnego, na określonych warunkach, w celu świadczenia usług telekomunikacyjnych, w tym świadczenia za ich pomocą usług świadczonych drogą elektroniczną lub usług dostarczania nadawanych treści, polegające w szczególności na: a) dostępie do elementów sieci i udogodnień towarzyszących, także poprzez podłączenie urządzeń za pomocą środków stacjonarnych lub niestacjonarnych, w tym na dostępie do lokalnej pętli abonenckiej oraz urządzeń i usług niezbędnych do świadczenia usług w lokalnej pętli abonenckiej, b) dostępie do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej, c) dostępie do odpowiednich systemów oprogramowania, w tym do systemów wsparcia operacyjnego, d) dostępie do translacji numerów lub systemów zapewniających analogiczne funkcje, e) dostępie do sieci telekomunikacyjnych, w tym na potrzeby roamingu, f) dostępie do systemów dostępu warunkowego, g) dostępie do usług sieci wirtualnych, h) dostępie do systemów informacyjnych lub baz danych na potrzeby przygotowywania i składania zamówień, świadczenia usług, konserwacji, usuwania awarii, reklamacji oraz fakturowania" (art. 2 pkt 6) i nie jest tożsama z umową o świadczenie usług telekomunikacyjnych obejmującą świadczenie usług telekomunikacyjnych (art. 56 ust. 3).

Umowy zawierane pomiędzy przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi obejmować mogą szereg różnych usług i brak jest zakazu objęcia jedną umową usług różnego rodzaju, choć dla niektórych z nich Prawo telekomunikacyjne wprowadza określone wymagania minimalnego zakresu i formy.

Dodatkowo Prawo telekomunikacyjne odrębnie definiuje pojęcie "świadczenia usług telekomunikacyjnych" i odrębnie samej "usługi telekomunikacyjnej". Zgodnie z art. 2 pkt 41: świadczenie usług telekomunikacyjnych to wykonywanie usług za pomocą własnej sieci, z wykorzystaniem sieci innego operatora lub sprzedaż we własnym imieniu i na własny rachunek usługi telekomunikacyjnej wykonywanej przez innego dostawcę usług Zgodnie z art. 2 pkt 48 usługa telekomunikacyjna to usługa polegająca głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej. Stacjonarna publiczna sieć telekomunikacyjna zgodnie z art. 2 pkt 38 to publiczną sieć telekomunikacyjną, w której zakończenia sieci mają stałą lokalizację.

Zamawiający nie skorzystał z definicji ustawowych decydując się na posłużenie się pojęciem nieostrym i nie w pełni adekwatnym do żadnego z ustawowych.

Jednocześnie odwołujący nie wykazał, by umowy na usługi referencyjne (zawarte przez podmiot udostępniający z wystawcami referencji o udostępnieniu usług telekomunikacyjnych) nie obejmowały usług telekomunikacyjnych (art. 2 pkt 48 Prawa telekomunikacyjnego), w zakresie telefonii stacjonarnej (takiej gdzie zakończenia sieci mają stałą lokalizację art. 2 pkt 38) świadczonych na rzecz podmiotów biznesowych (tj. wszelkich podmiotów nie będących osobami fizycznymi), o wartości minimum 200 000,00 zł brutto każda.

Nie wystarczające w tym zakresie były twierdzenia odwołującego, w tym również odnoszące się do oceny przedstawianych w toku Postępowania wyjaśnień wraz z załącznikami. Te ostatnie, w ocenie izby, wobec braku przeciwdowodów odwołującego, były wystarczające w świetle brzmienia postanowienia dotyczącego usługi referencyjnej SWZ, dla przyjęcia, że posiadanie doświadczenia (wykonanie usług referencyjnych) zostało wykazane przez przystępującego – wykaz i referencje potwierdzały wykonanie usług o zakresie i wartości odpowiadającej wymaganym SWZ.

Stąd izba oddaliła zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego.

Tym samym także w tym zakresie nie sposób zarzucić zamawiającemu nieprawidłowości co do wezwania w trybie art. 128 ust. 1 Pzp czy też wykluczenia przystępującego i w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Wobec powyższego, również o czym było wyżej, w zakresie czasu trwania usługi referencyjnej, brak tutaj podstaw do wzywania przystępującego do uzupełnień w trybie art. 128 ust. 1 Pzp.

Izba wskazuje, że niezależnie od ciężaru dowodowego, każda ze stron na etapie postępowania odwoławczego ponosi konsekwencje przyjętej taktyki dowodowej, w tym przedstawiania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne jak

również dowodów zaprzeczających twierdzeniom strony przeciwnej. Izba wskazuje również, że w świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił odwołujący w związku z zarzutami. Izba nie może oceniać innych zdarzeń – okoliczności faktycznych – niż te, z których zaistnieniem powiązał odwołujący naruszenia Ustawy w odwołaniu – w terminie na jego wniesienie. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców”. Temu odwołanie nie sprostało.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepis art. 557 oraz art. 574 Ustawy a także mając na uwadze § 8 ust. 2 pkt 1 i w oparciu o § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) Izba obciążyła odwołującego kosztami postępowania odwoławczego w całości.

Przewodnicząca: .....