

WYROK

Warszawa, dnia 25 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 marca 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2024 r. przez odwołującego K.F. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą INTEGRAL K.F. w Stąporkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Okręgowy Inspektorat Pracy w Poznaniu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. w Tarnowie

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego K.F. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą INTEGRAL K.F. w Stąporkowie i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 11 100,00 zł (jedenaście tysięcy sto złotych) stanowiącą uiszczony wpis od odwołania i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego,

2.2. zasądza od odwołującego K.F. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą INTEGRAL K.F. w Stąporkowie na rzecz uczestnika po stronie zamawiającego Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. w Tarnowie kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) 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.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Okręgowy Inspektorat Pracy w Poznaniu ul. Marcelińska 90, 60-324 Poznań, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą systemu telekomunikacyjnego telefonii VoIP dla Okręgowego Inspektoratu Pracy w Poznaniu”, o ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych w 24 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00061695/01, dalej zwane „postępowaniem”.

Postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.), dalej zwanej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie podstawowym bez negocjacji.

W dniu 4 marca 2024 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca K.F. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą INTEGRAL K.F. ul. Miła 1a, 26-220 Stąporków, dalej zwany „odwołującym”. We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. błędnie uznając, że treść jego oferty jest zgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta ta jest oczywiście niezgodna z warunkami zamówienia (szczegółowe rozwinięcie i uzasadnienie zarzutu znajduje się w pkt I uzasadnienia odwołania),
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp poprzez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie spełnia warunku doświadczenia w postępowaniu (szczegółowe rozwinięcie i uzasadnienie zarzutu znajduje się w pkt II uzasadnienia odwołania),
- 3.art. 253 ust. 1 pkt 1 pzp w zw. z art. 239 pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert, ponieważ powinna zostać odrzucona,
- 4.art. 16 pkt 1 pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o.,

która to oferta winna zostać odrzucona.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. w Tarnowie (dalej zwanego także „wykonawcą Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne”) i dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto wniesiono o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne zaoferował zamawiającemu w postępowaniu następujące oprogramowanie:

- nazwa oprogramowania: SANGOMA FreePBX wersja SNG7-PBX16 64bit-2302-1 lub nowsza, rodzaj licencji oprogramowania: freeware, producent oprogramowania: Sangoma Technologies 100 Renfrew Drive, Suite 100, Markham ON L3R 9R6 Canada,
- nazwa oprogramowania: EndPoint Manager, rodzaj licencji oprogramowania: commercial, producent oprogramowania: Sangoma Technologies 100 Renfrew Drive, Suite 100, Markham ON L3R 9R6 Canada,
- nazwa oprogramowania: Class of Service, rodzaj licencji oprogramowania: commercial, producent oprogramowania: Sangoma Technologies 100 Renfrew Drive, Suite 100, Markham ON L3R 9R6 Canada,
- nazwa oprogramowania: Asternic Call Center Stats PRO wersja 2.3.11 lub nowszą rodzaj licencji oprogramowania: commercial, producent oprogramowania: Asternic Talcahuano 167, 3 'B' 1013, Buenos Aires, Argentina.

Odwołujący wskazał, że załączył informacje pochodzące ze stron producentów zaoferowanego oprogramowania, stanowiące załączniki do odwołania (dowody nr 1-4), w tym dowód nr 2, który jasno wskazuje, że „FreePBX Distro jest wydawane jako produkt darmowy (freeware) z którego może korzystać każda osoba lub podmiot, który go pobierze i zainstaluje. FreePBX Distro nie jest produktem GPL ani open source”.

Zamawiający w specyfikacji oraz opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) zawarł wymagania, które oferowany system musi spełniać. Oferta wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne nie spełnia wymagań zamawiającego w następującym zakresie:

W OPZ zamawiający postawił wymaganie: 1.5.6 "Moduł VoIP musi posiadać 2 (słownie: dwa) gniazda RJ45 10/100/1000 Mbps, LAN/WAN. Musi obsługiwać funkcję routera, kanały głosowe powinny być przydzielane dynamicznie w zależności od zapotrzebowania do połączeń z aparatami wewnętrznymi lub operatorami zewnętrznymi SIP." Zdaniem odwołującego moduł VoIP zaoferowany przez wykonawcę Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne nie obsługuje funkcji routera. Funkcja routera nie występuje w dokumentacji oprogramowania FreePBX Distro. Funkcja routera nie występuje w aplikacji umożliwiającej monitoring i zarządzanie dostarczonym systemem telekomunikacyjnym przez sieć LAN.

W OPZ zamawiający postawił wymaganie: 1.4.6 „Zapewniać automatyczny restart i automatyczne uruchamianie po włączeniu zasilania lub restarcie manualnym i powrót do normalnej pracy bez konieczności wykonywania dodatkowych czynności przez obsługę." Serwer telekomunikacyjny zaoferowany przez wykonawcę Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne nie zapewnia funkcji automatycznego restartu. Funkcja automatycznego restartu nie występuje w dokumentacji oprogramowania FreePBX Distro, funkcja automatycznego restartu nie występuje w aplikacji umożliwiającej monitoring i zarządzanie dostarczonym systemem telekomunikacyjnym przez sieć LAN. Na potwierdzenie tej informacji załączamy zrzut z aplikacji umożliwiającej monitoring i zarządzanie dostarczonym systemem telekomunikacyjnym - dowód nr 5.

Oferta nie spełnia wymaganych przez zamawiającego funkcjonalności w następującym zakresie opisanym w 2. Wymagania funkcjonalne dzierżawionego systemu:

2.10. Oddzwanianie przyjątości.

2.15. Możliwość zdefiniowania minimum 10 (słownie: dziesięć) różnych kategorii określających uprawnienia realizacji połączeń wyjściowych nadawanych poszczególnym użytkownikom w systemie (np. blokada połączeń wychodzących, blokada połączeń na komórki, blokada połączeń międzynarodowych itd.).

2.16. Tworzenie układów połączeń sekretarsko-dyrektorskich;

Powyższe funkcje nie występują w dokumentacji oprogramowania FreePBX Distro, ani nie występują w aplikacji umożliwiającej monitoring i zarządzanie dostarczonym systemem telekomunikacyjnym przez sieć LAN.

Oferta nie spełnia również wymaganych funkcjonalności w zakresie "Wymagania Zamawiającego określające parametry dzierżawionego Serwera Telekomunikacyjnego 1. Parametry funkcjonalne". Zamawiający określił wymaganie: 1.5.2.1. wizualizację One Line, za pomocą przeglądarki internetowej, dla każdej aktywnej infolinii Zamawiającego, z użyciem wszystkich lub wybranych poniższych parametrów Call Center: 1.5.2.1.1. ilości aktywnych połączeń, (...) 1.5.2.1.7. średniego czasu rozmowy, (...) 1.5.2.1.10. daty i czasu. Wizualizacje mogą wykonać samodzielnie, wskazani przez Zamawiającego i autoryzowani przez system użytkownicy, bez konieczności wsparcia administratora systemu.

W opinii odwołującego oprogramowanie Asternic Call Center Stats PRO w zakresie "wizualizacji One Line" nie

spełnia wymagań zamawiającego w zakresie obsługi wymaganych parametrów:

- brak obsługi parametru "1.5.2.1.1. ilości aktywnych połączeń",
- brak obsługi parametru "1.5.2.1.7. średniego czasu rozmowy,"
- brak pełnej obsługi parametru "1.5.2.1.10. daty i czasu" (brak możliwości wyświetlania daty),
- brak spełniania wymagania "Wizualizacje mogą wykonać samodzielnie, wskazani przez Zamawiającego i autoryzowani przez system użytkownicy, bez konieczności wsparcia administratora systemu."
- brak spełniania warunku „wizualizację One Line, za pomocą przeglądarki internetowej, dla każdej aktywnej infolinii Zamawiającego, z użyciem wszystkich lub wybranych poniższych parametrów Call Center” – brak możliwości wyboru przez użytkownika parametrów call center do „wizualizacji one line”;

Powyższe funkcje nie występują w dokumentacji oprogramowania Asternic Call Center Stats PRO, na potwierdzenie czego załączono zrzut ekranu "realtime" z oprogramowania Asternic Call Center Stats PRO - dowód nr 6.

Zamawiający postawił w OPZ „III Wymagania Zamawiającego określające parametry dzierżawionego Serwera Telekomunikacyjnego” wymaganie „1.5.3. Aplikacje umożliwiające monitoring i zarządzanie dostarczonym systemem telekomunikacyjnym przez sieć LAN.”, według odwołującego oferta wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne nie spełnia tego wymagania, ponieważ oprogramowanie FreePBX Distro oraz oprogramowanie Asternic Call Center Stats PRO stanowi odrębne aplikacje, jedna aplikacja jest producenta Sangoma Technologies, a druga aplikacja jest producenta Asternic Argentina. Nie stanowią one jednej spójnej aplikacji „umożliwiającej monitoring i zarządzanie dostarczonym systemem telekomunikacyjnym przez sieć LAN”.

Dalej odwołujący podniósł, że w OPZ zamawiający postawił wymaganie: 1.5.4. Wbudowany „kwartalny” (automatycznie kasowanie nagrania po 3 miesiącach) system rejestracji treści rozmów telefonicznych dla zewnętrznych na wskazanych przez Zamawiającego numerach, obsługujący minimum 20 jednoczesnych połączeń telefonicznych. Nagrania będą składowane na zewnętrznym nośniku danych Zamawiającego. Dostęp do nagrań oraz listy numerów wywołujących, którzy nie zostali połączeni z agentami, będzie możliwy jedynie dla upoważnionych przez Zamawiającego osób, za pośrednictwem dedykowanego kanału/programu. Zamawiający wymaga, aby każdy z użytkowników systemu telekomunikacyjnego, którego numer nie jest na liście rejestracji rozmów, mógł na własne żądanie nagrać aktualnie prowadzoną rozmowę w trakcie prowadzonej rozmowy.

Serwer Telekomunikacyjny zaoferowany przez wykonawcę Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne nie zapewnia funkcji:

- wbudowany „kwartalny” (automatycznie kasowanie nagrania po 3 miesiącach) system rejestracji treści rozmów telefonicznych dla zewnętrznych na wskazanych przez zamawiającego numerach,
- dostęp do nagrań oraz listy numerów wywołujących, którzy nie zostali połączeni z agentami, będzie możliwy jedynie dla upoważnionych przez zamawiającego osób, za pośrednictwem dedykowanego kanału/programu.
- zamawiający wymaga, aby każdy z użytkowników systemu telekomunikacyjnego, którego numer nie jest na liście rejestracji rozmów, mógł na własne żądanie nagrać aktualnie prowadzoną rozmowę w trakcie prowadzonej rozmowy.

Funkcje te nie występują bowiem w dokumentacji oprogramowania FreePBX Distro. Funkcje te nie występują także w aplikacji umożliwiającej monitoring i zarządzanie dostarczonym systemem telekomunikacyjnym przez sieć LAN.

W OPZ zamawiający postawił wymaganie: 1.5.2.2. Tworzenie statystyk, z jakości obsługi agentów w ujęciu osobowym jak i zbiorczo dla rodzaju infolinii (Porady prawne, Informatycy, Pozostali itd.), dostępnych poprzez przeglądarkę internetową, wg. gotowych scenariuszy zawartych w CALL CENTER jak i tworzenie własnych statystyk opartych na parametrach wymienionych w pkt. 1.5.2.1, w ujęciu dziennym, tygodniowym, miesięcznym oraz rocznym.

W ocenie odwołującego Serwer Telekomunikacyjny zaoferowany przez wykonawcę Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne nie zapewnia funkcji tworzenia własnych statystyk opartych na parametrach wymienionych w pkt. 1.5.2.1, w ujęciu dziennym, tygodniowym, miesięcznym oraz rocznym. Funkcje ta nie występuje w dokumentacji oprogramowania ani nie występują w aplikacji umożliwiającej monitoring i zarządzanie dostarczonym systemem telekomunikacyjnym przez sieć LAN.

W OPZ zamawiający postawił wymaganie: 2.2. System telekomunikacyjny oparty na ww. Serwerze Telekomunikacyjnym musi realizować numerację wewnętrzną w planie numeracji od 1 do 3 cyfr w obrębie swoich abonenckich kont IP. Lokalizacja aparatu telefonicznego VoIP nie może mieć wpływu na posiadany przez abonenta numer wewnętrzny. W przypadku zmiany lokalizacji miejsca pracy abonenta, jego numer wewnętrzny nie może ulec zmianie. Natomiast w ocenie odwołującego Serwer Telekomunikacyjny zaoferowany przez Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne nie zapewnia funkcji - System telekomunikacyjny oparty na ww. Serwerze Telekomunikacyjnym musi realizować numerację wewnętrzną w planie numeracji od 1 do 3 cyfr w obrębie swoich abonenckich kont IP. Według odwołującego Serwer Telekomunikacyjny umożliwia realizację numeracji wewnętrznej w numeracji wykraczającej poza plan numeracji od 1 do 3 cyfr, nie można ustawić ograniczenia planu numeracji od 1 do 3 cyfr zgodnie z wymaganiem zamawiającego, system realizuje numerację w dowolnym planie, również 4-cyfrowym, 5- cyfrowym itd. - brak możliwości

ograniczenia planu numeracji do 1 do 3 cyfr. Funkcja ta nie występuje w dokumentacji oprogramowania FreePBX Distro. Funkcja ta nie występuje w aplikacji umożliwiającej monitoring i zarządzanie dostarczonym systemem telekomunikacyjnym przez sieć LAN.

Mając na uwadze powyższe, zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 p.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwolujący dalej podniósł, że zamawiający postawił w SWZ warunek udziału w postępowaniu dot. zdolności zawodowej: „Zamawiający stawia warunek udziału w postępowaniu dot. zdolności zawodowej: Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że posiada doświadczenie w postaci należytego wykonania, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również należyte wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 2 zamówień polegających na świadczeniu usług telefonii stacjonarnej na łączu SIP TRUNK, z których każda była świadczona, co najmniej przez 24 m-ce i każda dot. obsługi, co najmniej 100 terminali (użytkowników) telefonicznych IP, z czego co najmniej 1 usługa (oprócz spełnienia powyższych wymogów) dot. obsługi telekomunikacyjnej obejmującej jednocześnie min. 2 lokalizacje (rozumiane, jako min. dwa osobne budynki połączone poprzez łącze Internetowe). Dla każdego świadczenia powtarzającego się lub ciągłego, Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy okres jego realizacji zamówienia obejmował min. 24 m-ce.”

W odpowiedziach z dnia 6 lutego 2024 r. (odpowiedź na pytanie 15) zamawiający wyjaśnił i doprecyzował warunek udziału w postępowaniu do następującej treści: „Zamawiający wyjaśnia, że określony w SWZ przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dot. zdolności zawodowej należy rozumieć w ten sposób, że Zamawiający wymaga doświadczenia (należyte wykonane lub należyte wykonywanych – w przypadku świadczeń powtarzających się) w świadczeniu minimum dwóch usług telefonii stacjonarnej poprzez łącza SIP TRUNK zakończone PABX-em obsługującym w każdym przypadku minimum po 100 terminali VoIP. Czas świadczenia każdego zamówienia musi wynosić co najmniej 24 miesiące. Dodatkowo co najmniej jedna z wykazanych przez Wykonawcę usług oprócz spełnienia powyższych wymogów dotyczy obsługi telekomunikacyjnej obejmującej jednocześnie min. 2 lokalizacje (rozumiane, jako min. dwa osobne budynki połączone poprzez łącze Internetowe). Dla każdego świadczenia powtarzającego się lub ciągłego, Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy okres jego realizacji zamówienia obejmował min. 24 m-ce.”

Wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne przedstawił zamawiającemu dokument wykaz zamówień obejmujący dwa zamówienia:

1. Na rzecz Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi ul. Okólna 181, 91-520 Łódź, w okresie od 01.12.2020 r. do 30.11.2022 r., zamówienie o wartości ponad 100 tys. zł.

W wykazie zamówień wskazano, że pierwsze zamówienie polegało na realizacji przez minimum 24 miesiące usług telefonii stacjonarnej na łączu SIP TRUNK i dotyczyło: - obsługi, co najmniej 100 (wpisać) terminali telefonicznych IP, - obsługi telekomunikacyjnej obejmującej jednocześnie następujące lokalizacje: Łódź ul. Okólna 181, Tuszyn ul. Szpitalna 5, Łódź ul. Szpitalna 6;

Zdaniem odwołującego adresy te nie są połączone ze sobą łączem internetowym. Wykonawca nie spełnia warunku doświadczenia zawodowego w zakresie: - świadczenia usług telefonii stacjonarnej przez łącza SIP TRUNK, - usługi telefonii stacjonarnej PABX-em obsługującym minimum 100 terminali VoIP, - obsługi telekomunikacyjnej obejmującej jednocześnie min. 2 lokalizacje (rozumiane, jako min. dwa osobne budynki połączone poprzez łącze Internetowe), - okresu realizacji zamówienia przez 24-miesiące.

Na potwierdzenie powyższego przedkładamy dowód w postaci SWZ postępowania prowadzonego przez Wojewódzki Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi, numer 23/ZP/PN/20, pn. Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą dwóch central telefonicznych - dowód nr 7.

2. na rzecz FiberNet Ł.W. ul. Hanny Hass 4, 83-110 Łódź w okresie od 01.07.2019 r. do 30.06.2021 r., zamówienie o wartości ponad 100 tys. zł

W wykazie zamówień wskazano, że drugie zamówienie polegało na realizacji przez minimum 24 miesiące usług telefonii stacjonarnej na łączu SIP TRUNK i dotyczyła: - obsługi, co najmniej 100 (wpisać) terminali (użytkowników) telefonicznych IP, - obsługi telekomunikacyjnej obejmującej jednocześnie następujące lokalizacje Tczew, pl. Piłsudskiego 1, Tczew, ul. Armii Krajowej 39, Tczew, ul. Obrońców Westerplatte 3.

Pod adresem ul. Hanny Hass 4, 83-110 Łódź nie znajduje się firma FiberNet Ł.W.. Oferta wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne nie spełnia warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności zawodowej na rzecz FiberNet Ł.W. w następującym zakresie: - nie spełnia warunku doświadczenia zawodowego w zakresie świadczenia usług

telefonii stacjonarnej przez łącza SIP TRUNK, - nie spełnia warunku zakończenia usługi telefonii stacjonarnej PABX-em obsługującym minimum 100 terminali VoIP, - nie spełnia warunku doświadczenia zawodowego w zakresie obsługi telekomunikacyjnej obejmującej jednocześnie min. 2 lokalizacje (rozumiane, jako min. dwa osobne budynki połączone poprzez łącze Internetowe), - okres realizacji zamówienia nie obejmował 24 miesięcy.

Pod żadnym z wykazanych adresów Tczew, pl. Piłsudskiego 1, Tczew ul. Armii Krajowej 39, Tczew ul. Obrońców Westerplatte 3 nie znajduje się firma FiberNet Ł.W.. Pod tymi adresami znajdują się: Gmina Miejska Tczew - Tczew, pl. Piłsudskiego 1, Zakład Usług Komunalnych w Tczewie, Tczew ul. Armii Krajowej 39, Dom Przedsiębiorcy, Gmina Miejska Tczew, ulica Obrońców Westerplatte 3. Zdaniem odwołującego te adresy nie są połączone ze sobą łączem internetowym.

W tych lokalizacjach nie są świadczone usługi SIP TRUNK, w tych lokalizacjach są świadczone usługi w technologii (typ usługi) cyfrowe ISDN 30B+D, analogowe POTS (dowód w postaci specyfikacji postępowań na przestrzeni lat 2017-2022 - załącznik nr 6 do SIWZ każdego z trzech postępowań). W tych lokalizacjach nie ma zainstalowanych terminali IP (użytkowników IP), w tych lokalizacjach są terminale (telefony) analogowe - na co przedstawiamy dowody w postaci specyfikacji postępowań: dowód nr 8 - specyfikacja postępowania p.n. Świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii stacjonarnej oraz usług internetowych na rzecz Gminy Miejskiej w Tczewie i jednostek organizacyjnych w latach 2017-2019 link do dokumentacji postępowania, dowód nr 9 - specyfikacja postępowania p.n. Świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii stacjonarnej oraz usług internetowych na rzecz Gminy Miejskiej w Tczewie i jednostek organizacyjnych w latach 2020-2022 link do dokumentacji postępowania, dowód nr 10 - specyfikacja postępowania p.n. Postępowanie: 2022/BZP 00471594/01 Świadczenie usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii stacjonarnej oraz usług internetowych na rzecz Gminy Miejskiej Tczew i jednostek organizacyjnych w latach 2023-2024 (BZP.271.3.42.2022) link do dokumentacji postępowania; We wskazanych postępowaniach brały udział obie firmy: Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne i FiberNet Ł.W..

Ponadto, w bazach UKE operatorem numerów wskazanych w postępowaniu - dowód 10 (załącznik nr 6) jest obecnie operator Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne, co można samodzielnie potwierdzić wpisując 9-cyfrowy numer wskazany w załączniku nr 6 wyszukiwarce UKE (link) i dowód nr 11 - wyszukanie dane operatora numeru 587759300 w bazie UKE (dostawca usług).

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględnił odwołanie w całości.

Wobec spełnienia przesłanek art. 525 ust. 1-3 p.z.p. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. ul. Szkotnik 2B lok. 15, 33-100 Tarnów (dalej zwanego „przystępującym”), który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania i przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej – pismo z dnia 18 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 p.z.p., a odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z wymaganiami art. 505 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Na wstępie rozważań należy zaznaczyć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą opiera się na zasadzie formalizmu procesowego, która oznacza, że postępowanie odwoławcze jest odpowiednio zorganizowanym i ułożonym działaniem, a czynności stron i uczestników postępowania powinny być dokonywane w oznaczonej formie, miejscu oraz czasie. Ustawodawca zobligował odwołującego, aby w terminie na wniesienie odwołania wskazał czynność lub zaniechanie zamawiającego, której zarzuca niezgodność z ustawą, zwięźle przedstawił zarzuty, określił żądanie i wskazał okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia (art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 p.z.p.). Określone w odwołaniu zarzuty ustanawiają bowiem granice rozpoznania sprawy przez Izbę, która nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu (art. 555 p.z.p.).

Spotykanym w praktyce problemem, tak jak miało miejsce w rozpoznawanym sporze, jest usiłowanie podnoszenia po upływie zawitego terminu na wniesienie odwołania nowych okoliczności faktycznych, które nie znalazły się w treści wniesionego środka ochrony prawnej, albo próba konwalidowania braków odwołania w zakresie wskazania podstawy faktycznej poprzez wykorzystanie możliwości złożenia dowodów do czasu zamknięcia rozprawy. W rozpoznawanym sporze jest to szczególnie jaskrawe, ponieważ samo odwołanie jest niezwykle oszczędne w zakresach,

które zostały omówione w dalszej części uzasadnienia, a odwołujący poprzez składanie dodatkowego stanowiska pisemnego i wniosków dowodowych usiłował uzupełnić podstawowe braki odwołania. Takie zachowanie strony zostało jednoznacznie negatywnie ocenione przez orzecznictwo i doktrynę, gdzie wskazuje się, iż granice rozpoznania sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na jednoznacznej i precyzyjnej podstawie faktycznej, poza treścią środka zaskarżenia odwołujący nie ma możliwości uzupełniania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle art. 555 p.z.p., brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę (tak Izba np. w wyrokach z 27.01.2020 r. sygn. akt: KIO 31/20, z 13.03.2020 r. sygn. akt: KIO 431/20, z 11.02.2021 r. sygn. akt: KIO 182/21).

Pogląd ten jest aprobowany przez sądownictwo powszechne. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie „Zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia. (...) Należało mieć jeszcze na uwadze samą konstrukcję zarzutu. Mianowicie zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej - o ile sama podstawa prawna często wynika z opisu popełnionych nieprawidłowości i brak jej podania, czy nieprawidłowe podanie nie uniemożliwia rozpoznania odwołania, to podstawa faktyczna zarzutu musi być precyzyjnie podana w odwołaniu. Jakikolwiek jej rozszerzenia na późniejszym etapie postępowania będą wykraczały poza granice odwołania, a więc nie będą mogły być przedmiotem rozpoznania.” (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 23.08.2018 r. sygn. akt: XXIII Ga 540/18, por. także wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25.05.2012 r. sygn. akt: XII Ga 92/12, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie 31.05.2021 r. sygn. akt: XXIII Zs 28/21).

Analogicznie wskazuje się w doktrynie: „Przedstawienie zarzutów oznacza wskazanie, jakich naruszeń prawa dopuścił się zamawiający podczas wykonywania skarżonej czynności, lub wskazanie, jakiej czynności zamawiający zaniechał, mimo że był z mocy prawa zobowiązany do jej wykonania. O prawidłowym postawieniu zarzutu w odwołaniu stanowi nie tyle wskazanie podstawy prawnej odwołania, czyli powołanie naruszonych przepisów, ile wyczerpujące wskazanie okoliczności faktycznych uzasadniających naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych.” (tak A. Banaszewska, 16.3.3.3. Wymogi formalne odwołania [w:] Zamówienia publiczne, red. P. Bielarczyk, W. Gonet, A. Wójtowicz-Dawid, Warszawa 2021, LEX).

Ponadto, „Zgodnie z art. 555 PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Dlatego też konieczne jest jasne i precyzyjne, a przy tym związane postawienie zarzutów. Należy przy tym zwrócić uwagę, że o prawidłowym postawieniu zarzutu w odwołaniu stanowi nie tyle wskazanie podstawy prawnej odwołania (wymienienie naruszonych przepisów PZP), lecz wyczerpujące powołanie okoliczności faktycznych uzasadniających naruszenie przepisów PZP.” (tak M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, art. 516, Warszawa 2021, Legalis).

Orzeczenie wydaje się w granicach podniesionych zarzutów i nie ustanowiono w ustawie p.z.p. przypadków, kiedy poza te granice można wyjść, oznacza to wprowadzenie prekluzji do wskazania wszystkich relewantnych okoliczności w odwołaniu. Natomiast odwołujący, który jest profesjonalnym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, winien mieć na względzie, że brak podania wszystkich okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, na których opiera postawione zamawiającemu zarzuty, jest jego obowiązkiem procesowym wynikającym z przepisów prawa, ale i uprawnieniem, z którego powinien korzystać przede wszystkim we własnym interesie. Aby Izba mogła ocenić czy uzupełnienie odwołania jest zgodne z prawem w ustawie p.z.p. musiałaby istnieć norma dopuszczająca takie działanie odwołującego – zawierająca przesłanki konieczne do spełnienia w sytuacji, kiedy wykonawca, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 516 ust. 1 p.z.p., nie wskazał wszystkich podstaw faktycznych odwołania w ustawowym terminie. Ustawodawca nie przewidział możliwości uzupełnienia okoliczności faktycznych środka zaskarżenia, taka instytucja jest nieznana ustawie p.z.p. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi fakty, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to są one spóźnione i nie mogą być brane przez Izbę pod uwagę.

Warto również zauważyć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontrydiktoryjnym, w którym trzon materiału procesowego i podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony. O ile na podstawie art. 535 p.z.p. odwołujący może przedstawić dowody aż do zamknięcia rozprawy, to okoliczności, z których chce wywodzić korzystne dla siebie skutki prawne, winien uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na brzmienie p.z.p.

Odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy p.z.p. i należy rozgraniczyć okoliczności faktyczne

konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, od dowodów na ich poparcie. W pierwszej kolejności obowiązkiem odwołującego jest bowiem wskazanie okoliczności, które uznaje za istotne dla rozstrzygnięcia sporu – związanych z normami prawa materialnego, które zostały naruszone, a następnie przedstawienie dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Co szczególnie istotne dla rozpoznawanego sporu, ciężar twierdzenia, czyli wskazania podstaw faktycznych żądań zawartych w odwołaniu, wyprzedza ciężar dowodzenia. Trudno byłoby sobie wyobrazić właściwe dowodzenie, kiedy nie doszło do prawidłowego przedstawienia w odwołaniu tego, co ma zostać udowodnione – właściwego wskazania przedmiotowego aspektu powinności dowodzenia, okoliczności faktycznych uzasadniających żądania odwołania. Stąd zasadnie podnosi się w orzecznictwie, że „Postępowanie dowodowe na rozprawie nie jest momentem, w którym Odwołujący może stanowisko właściwe dla zarzutów zaprezentować. Ten etap postępowania odwoławczego służy pogłębionej prezentacji tez i okoliczności opisanych w ramach złożonego środka ochrony prawnej. Ma dodatkowo potwierdzić okoliczności faktyczne/merytoryczne opisane w odwołaniu. Jest przedstawieniem dodatkowej argumentacji dla faktów opisanych w odwołaniu, nie zaś momentem pierwotnego ujawnienia postawy Odwołującego. Umożliwienie Odwołującemu postawienia zarzutów dopiero w ramach postępowania dowodowego i to dopiero na rozprawie przed Izbą, stawiałoby go w uprzywilejowanej sytuacji w odniesieniu do pozostałych stron postępowania odwoławczego. Stanowiłoby *de facto* przywrócenie terminu na wniesienie odwołania i umożliwienie naprawienia merytorycznych ułomności odwołania.” (*vide* wyrok Izby z 02.08.2019 r. sygn. akt: KIO 1384/19).

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku postępowania, zważając na granice zaskarżenia, które określiły okoliczności podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W przedmiocie zarzutu nr 1 z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego błędnie uznając, że treść jego oferty jest zgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta ta jest oczywiście niezgodna z warunkami zamówienia – skład orzekający stwierdził jak niżej.

Odwołujący postawił zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, gdyż wskazane w odwołaniu funkcje „nie występują w dokumentacji oprogramowania”. Odwołanie sprowadza się do zacytowania wymagania OPZ, stwierdzenia, że zaoferowane przez przystępującego rozwiązanie danego wymagania nie spełnia, a dalej mamy stwierdzenie, że dana funkcja nie występuje w dokumentacji danego oprogramowania (*vide* str. 4-8 odwołania). Przy czym w postępowaniu zamawiający nie żądał przedmiotowych środków dowodowych (tak rozdział VIII pn. przedmiotowe środki dowodowe), w tym nie wymagano specyfikacji technicznych, kart katalogowych, dokumentacji producenta, czy jakichkolwiek innych dokumentów, które miałyby szczegółowo potwierdzać zgodność ofertowanego rozwiązania z wymaganiami dokumentacji zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że czym innym jest sytuacja, kiedy z dokumentacji producenta wynika, że dana funkcja urządzenia/oprogramowania nie jest spełniona (mamy wprost podany inny niż wymagany w OPZ parametr lub wskazanie przez producenta, że danego wymogu urządzenie nie spełnia, bądź informację, że funkcja jest spełniona poprzez X, co wprost oznacza, że nie może być spełniona poprzez Y, itd.), zaś z inną sytuacją mamy do czynienia, kiedy w dokumentacji producent w ogóle nie odnosi się w do danego wymogu/parametru/funkcji. W pierwszym wypadku możemy z dokumentacji wywodzić, że dany wymóg nie jest spełniony, co faktycznie może potwierdzać oświadczenie producenta, ale w drugim, kiedy producent nie wypowiada się w dokumentacji w jakimś zakresie, już nie. Odwołujący powziął bowiem próbę wyciągnięcia domniemania na okoliczność negatywną z dowodów (dokumentacje oprogramowania), z których nic takiego nie wynika.

Natomiast w postępowaniu odwoławczym, które jest procesem kontryktoryjnym, odwołujący jest obciążony ciężarem udowodnienia, że konkretny wymóg SWZ nie został spełniony, czemu odwołujący nie sprostał. Przedstawienie przez stronę dowodu, w celu wykazania określonych twierdzeń o faktach sprawy, z których wywodzi ona korzystne dla siebie skutki, nie jest jej prawem czy obowiązkiem, lecz ciężarem procesowym wynikającym i zagwarantowanym przepisami prawa, przede wszystkim w jej własnym interesie. To interes strony, jakim jest wygranie procesu, nakazuje jej podjąć wszelkie możliwe czynności procesowe w celu udowodnienia przedstawionych twierdzeń o faktach. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 2011 r., sygn. akt: II UK 69/11, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2009 r., sygn. akt: IV CSK 71/09). Zatem strona, która w postępowaniu odwoławczym nie udowodni faktów, z którymi wiąże korzystne dla siebie konsekwencje prawne musi liczyć się z negatywnym skutkiem braku podłoża powinności dowodowej, co w konsekwencji powoduje oddalenie zarzutu.

Dodatkowo warto wspomnieć, że dokumentacja producenta nie jest dedykowana dla konkretnych wymagań zamawiającego w danym postępowaniu, w przeciwieństwie do przedmiotowych środków dowodowych – których nie wymagano. Dokumentacja zamieszczona na internecie nie musi być nawet aktualna. Zatem często nie stanowi ona stanowczego i jednoznacznego dowodu, że oferta jest niezgodna z SWZ (kiedy faktycznie można z niej wywieść niespełnienie wymogu – w przeciwieństwie do stanu rzeczy rozpoznawanego sporu), a strony z sukcesem bronią się oświadczeniami pochodzącymi bezpośrednio od producenta, który potwierdza dany wymóg. W ustalonym stanie rzeczy nie mamy do czynienia nawet z taką sytuacją, bowiem odwołujący oparł zarzut niezgodności oferty przystępującego z treścią OPZ z powodu braku odniesienia się do danej funkcji w dokumentacji przez producenta. Nie jest to sytuacja, kiedy producent wskazuje, że danego wymogu/parametru/funkcji jego urządzenie czy oprogramowanie nie spełnia, a wcale się do tego nie odnosi, ponieważ nie uznaje tego za uzasadnione. Nie ma więc w dokumentacji oprogramowania treści świadczącej o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Nie są to dowody, które mógłby powodować uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. i zaniechania odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Ponadto, żaden z wykonawców nie ma wpływu na treść dokumentu, którego nie jest autorem, nie może ingerować w jego brzmienie czy zawartość, to producent decyduje, co do których wymogów uznaje za zasadne szczegółowo się odnieść, a które nie są w jego ocenie istotne. Trudno sobie też wyobrazić, by producent danego oprogramowania każdorazowo modyfikował swoją dokumentację i dostosowywał ją do wymagań narzucanych przez zamawiających. Kiedy użytkownik chce uzyskać pogłębione informacje od producenta, to należy się do niego zwrócić. Ergo jeżeli obciążony ciężarem dowodu odwołujący chciał wykazać, że producent potwierdza niespełnienie danego wymogu określonego w SWZ, to powinien taki dowód pochodzący od producenta uzyskać i przedstawić w postępowaniu odwoławczym przed Izbą, czego nie zrobiono.

W konsekwencji powyższego, skład orzekający w całości zgadza się ze stanowiskiem przystępującego, że jeżeli odwołujący twierdził, że rozwiązanie oferowane przez przystępującego jest niezgodne z warunkami zamówienia, to powinien przedstawić dowody na poparcie swoich twierdzeń. Oparcie odwołania jedynie na próbie wysnucia domniemania dotyczącego okoliczności negatywnej (dana funkcja nie występuje w dokumentacji oprogramowania), które nie wynika z powołanych dokumentacji producentów, musiało skutkować oddaleniem nieudowodnionego zarzutu. Jak również nie udowodniono, aby funkcje nie występowały w aplikacji, odwołanie w tym zakresie sprowadza się do gołosłownego stwierdzenia, które nie zostało poparte żadnym wiarygodnym dowodem, fakt ten jednoznacznie potwierdzającym. Rekapitułując, powołane pliki i rzuty ekranu nie potwierdzają zarzutu zaniechania odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego na kanwie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w zakresie którejkolwiek z wymaganych funkcji wskazanych w odwołaniu, niewykazany zarzut nr 1 został więc przez Izbę oddalony.

Natomiast dowody przedstawione przez przystępującego (deklaracje, wydruki, materiały ze stron internetowych, lista parametrów, lista abonentów, raport szczegółowy i oświadczenie producenta – załączniki nr 1-15 do stanowiska procesowego przystępującego z dnia 18.03.24 r.) byłyby przydatne dla rozstrzygnięcia, gdyby odwołujący przedstawił jakiegokolwiek dowód, który by faktycznie świadczył o niespełnieniu przez przystępującego którejkolwiek funkcji/wymogu, jako kontrdowody dla tych twierdzeń. To jednak odwołującego obciążał ciężar wykazania zarzutów odwołania, a dopiero następnie można byłoby przedstawić w tym zakresie dowody skonfrontować ze stanowiskiem i dowodami przystępującego. Skoro obarczony ciężarem dowodu odwołujący nie wykazał podnoszonych w odwołaniu okoliczności, dowody złożone przez przystępującego stanowią raczej wyraz staranności w jego działaniu. Na marginesie można dodać, że przystępujący dodatkowo potwierdził, że spełnia wszystkie warunki określone w SWZ, oraz że odwołujący niezasadnie pominął etap wdrożeniowy, który nastąpi dopiero po podpisaniu umowy.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p. poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia (zarzut nr 2) skład orzekający stwierdził, co następuje.

Zamawiający postawił w dokumentacji postępowania warunek dotyczący wymaganej zdolności zawodowej, określony w z rozdziale VI pn. warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, pkt 2 SWZ, w brzmieniu: „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że posiada doświadczenie w postaci należytego wykonania, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również należyście wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie co najmniej 2 zamówień polegających na świadczeniu usług telefonii stacjonarnej na łączu SIP TRUNK, z których każda była świadczona, co najmniej przez 24 m-ce i każda dot. obsługi, co najmniej 100 terminali (użytkowników) telefonicznych IP, z czego co najmniej 1 usługa (oprócz spełnienia powyższych wymogów) dot. obsługi telekomunikacyjnej obejmującej jednocześnie min. 2 lokalizacje (rozumiane, jako min. dwa osobne budynki połączone poprzez łącze Internetowe). Dla każdego świadczenia powtarzającego się lub ciągłego, Zamawiający uzna warunek za spełniony, gdy okres jego realizacji zamówienia obejmował min. 24 m-ce.”.

Przystępujący przedłożył w tym zakresie wykaz zamówień obejmujący dwa zamówienia na rzecz: a) Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi, o charakterystyce zawartej w poz. 1 wykazu, poparty referencjami z dnia 21 kwietnia 2023 r., b) FiberNet Ł.W. w Łodzi, o charakterystyce zawartej w poz. 2 wykazu, poparty referencjami z dnia 23 sierpnia 2021 r.

W przedmiocie pierwszego zamówienia, wykonanego dla Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi, odwołujący podnosił, że adresy dotyczące lokalizacji wskazanych przez przystępującego w wykazie (Łódź ul. Okólna 181, Tuszyn ul. Szpitalna 5, Łódź ul. Szpitalna 6) nie są połączone ze sobą łączem internetowym. Jednakże odwołujący nie zdecydował się na przedstawienie jakiegokolwiek dowodu na poparcie tej okoliczności.

Jak wskazał przystępujący, zamówienie obejmowało realizację usług telefonii stacjonarnej w oparciu o łącze SIP TRUNK zakończone PABX-em obsługującym w każdym przypadku minimum po 100 terminali VoIP. W ramach zamówienia przystępujący dostarczył centrale z licencją dla 100 terminali IP (w technologii VoIP) obsługujące terminale Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi. Usługa telekomunikacyjna była świadczona jednocześnie w osobnych budynkach zamawiającego w Łodzi i Tuszynie, poprzez łącza internetowe zapewnione przez przystępującego, przez wykorzystanie do tego celu usługi, tj. łącz internetowych udostępnianych przez Orange Polska S.A., co potwierdzono odpowiednią fakturą (załącznik nr 16 do stanowiska procesowego przystępującego z dnia 18.03.2024 r.). Zatem wbrew hipotezom odwołującego adresy podane w wykazie zamówień przy opisie zamówienia z poz. 1 wykazu były w okresie świadczenia usługi połączone ze sobą łączem internetowym, zaś obciążony ciężarem dowodu odwołujący nie udowodnił okoliczności przeciwnej.

Przed wszystkim podnoszonego zarzutu nie potwierdza wskazana przez odwołującego SWZ (na świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą dwóch central telefonicznych, znak sprawy 23/ZP/PN/20), do której także odnosił się przystępujący. Z dokumentacji tej wynika wprost, że przedmiotem zamówienia była m.in. dzierżawa dwóch central telefonicznych, takie centrale to właśnie PABX, o którym mowa w warunku doświadczenia (PABX - ang. private automatic branch exchange, czyli elektroniczna centrala abonencka) – tak §1 wzoru umowy, zgodnie z którym: „Przedmiotem umowy jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej wraz z dzierżawą dwóch central telefonicznych w Wojewódzkim Zespole Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi przy ul. Okólnej 181, w Tuszynie przy ul. Szpitalnej 5 oraz przychodniach mieszczących się w Łodzi przy ul. Szpitalnej 6 i w Zgierzu przy ul. Długiej 56”.

Ponadto w dokumentacji, w wymaganiach dotyczących dzierżawionych centrali były wymagania dot. portów VoIP, z których wynika, że: "6. Specyfikacja dostawy systemów PABX. Wymaga się dostawy systemów o poniższych parametrach:

a. Lokalizacja 1 – Łódź ul. Okólna 181

•(...)

•licencje dla minimum 100 użytkowników VOIP do włączenia posiadanych przez zamawiającego aparatów telefonicznych SIP YEALINK oraz dostarczanych przez Wykonawcę bramek VOIP;" (...)

b. Lokalizacja 2 – Tuszyn ul. Szpitalna 5

•(...)

•licencje dla minimum 50 użytkowników VOIP do włączenia posiadanych przez zamawiającego aparatów telefonicznych SIP YEALINK oraz dostarczanych przez Wykonawcę bramek VOIP;"

Zatem w dwóch ww. lokalizacjach zamawiający wymagał centrali (systemu) PABX, a w lokalizacji 1 (Łódź ul. Okólna 181) centrala (system) PABX miała obsługiwać 100 terminali VoIP, co potwierdza spełnienie wymogów określonych w warunku doświadczenia. Z dokumentacji też jednoznacznie wynika, że realizowano zamówienie przez wymagany okres, tj. od 1 grudnia 2020 r. do 30 listopada 2022 r., czyli przez 24 miesiące.

Odwołujący powołując się na omawianą dokumentację postępowania dostarczył materiał, z którego wynika, że zamówienie wykonane na rzecz Wojewódzkiego Zespołu Zakładów Opieki Zdrowotnej Centrum Leczenia Chorób Płuc i Rehabilitacji w Łodzi:

- 1)spełnia warunek doświadczenia zawodowego w zakresie świadczenia usług telefonii stacjonarnej przez łącza SIP TRUNK;
- 2)spełnia warunek zakończenia usługi telefonii stacjonarnej PABX-em obsługującym minimum 100 terminali VoIP;
- 3)spełnia warunek doświadczenia zawodowego w zakresie obsługi telekomunikacyjnej obejmującej jednocześnie min. 2 lokalizacje (rozumiane jako min. dwa osobne budynki połączone poprzez łącza internetowe);
- 4)okres realizacji zamówienia obejmował 24-miesiące.

W zakresie drugiego zamówienia, zrealizowanego na rzecz FiberNet Ł.W. w Łodzi, lokalizacje świadczenia usługi w Tczewie: Pl. Piłsudskiego 1, ul. Armii Krajowej 39 i ul. Obrońców Westerplatte 3, odwołujący także podnosił, że adresy te nie są ze sobą połączone łączem internetowym. Wskazywano również, iż w ww. lokalizacjach nie są świadczone usługi SIP TRUNK. Zdaniem odwołującego, w tych lokalizacjach są świadczone usługi w technologii (typ usługi) cyfrowe

ISDN 30B+D, analogowe POTS – dowody w postaci SWZ na przestrzeni lat 2017-2022 - załącznik nr 6 do SWZ każdego z trzech postępowań, (dowody nr 8-10 wskazane w odwołaniu). W lokalizacjach nie ma ponadto zainstalowanych terminali IP (użytkowników IP), w tych lokalizacjach są terminale (telefony) analogowe – także dowody w postaci powyższych SWZ.

Przystępujący wyjaśnił, że wbrew twierdzeniom odwołującego, zamówienie wykonane na rzecz FiberNet Ł.W. w Łodzi (dalej także jako „FiberNet”) obejmowało realizację usług telefonii stacjonarnej w oparciu o łącze SIP TRUNK, zakończone PABX-em obsługującym w każdym przypadku minimum po 100 terminali VoIP, o czym przesądzają następujące okoliczności. Przystępujący i FiberNet są operatorami telekomunikacyjnymi, co zdaniem Izby potwierdzają wydruki z Rejestru Przedsiębiorców Telekomunikacyjnych (dowody nr 103 i 104, załącznik nr 19 do stanowiska procesowego przystępującego). FiberNet świadczy lokalnie, na obszarze gminy Tczew i okolic, w ramach swoich sieci światłowodowych i radiowych usługi telefonii VoIP (por. dowód nr 105, załącznik nr 20 do stanowiska procesowego przystępującego). Przystępujący posiada własną centralę międzymiastową podłączoną do telekomunikacyjnej sieci telefonicznej PSTN (od ang. public switched telephone network), która znajduje się w kolokacji firmy Netia S.A. w Warszawie przy ul. Poleczki 13. Ponadto przystępujący dzierżawi od Netia S.A. łącza do internetu i transmisji danych. Dzięki powyższemu przystępujący świadczy usługi telekomunikacyjne, w tym telefonii VoIP, dla innych operatorów telekomunikacyjnych takich jak FiberNet. Powyższe wynika faktur VAT wystawionych przez Netia S.A. na rzecz przystępującego za możliwość korzystania z kolokacji firmy Netia S.A. w Warszawie przy ul. Poleczki 13 oraz za dzierżawę od Netia S.A. łączy do Internetu i transmisji danych (dowody nr 106a-106e, załącznik nr 21 do stanowiska procesowego przystępującego).

FiberNet za pomocą dzierżawionego systemu iqSystem – platformy komunikacyjnej produkcji przystępującego, która jest systemem telekomunikacyjnym VoIP (softswitch) przeznaczonym do świadczenia usług telefonii internetowej w technologiach VoIP oraz TDM, podłączonej do centrali międzymiastowej przystępującego zlokalizowanej w kolokacji firmy Netia S.A. w Warszawie przy ul. Poleczki 13 za pomocą łączy Internetowych SIPtrunk. IqSystem ma licencję umożliwiającą obsługę maksymalnie 1000 abonentów VoIP oraz 100 łączy SIPtrunk. Za dzierżawę ww. systemu (platformy telekomunikacyjnej) przystępujący otrzymywał (i otrzymuje nadal) wynagrodzenie w postaci opłat abonamentowych na podstawie wystawionej faktury (tak faktury z dowodu nr 107a-107c, załącznik nr 22 do stanowiska procesowego przystępującego) – i usług zakupionych od przystępującego w okresie od 01.07.2019 r. do 30.06.2021 r. świadczył usługi telekomunikacyjne (tj. usługi telefonii stacjonarnej poprzez łącza SIPtrunk zakończone PABX-em) dla Gminy Miejskiej Tczew, tak faktury wystawionych przez FiberNet dla Gminy Miejskiej Tczew z tytułu usług telekomunikacyjnych (dowody nr 110a-110i, załącznik nr 26 do stanowiska procesowego). Ponadto FiberNet posiada łącza internetowe w Tczewie i okolicach, co wynika wydruku ze strony internetowej FiberNet (dowód nr 108, załącznik nr 23 do stanowiska procesowego).

Przystępujący świadczył (i świadczy nadal) na rzecz FiberNet i jego klientów usługi telekomunikacyjne połączeń telefonicznych w technologii VoIP za pośrednictwem platformy VoIP iqSystem i łączy SIPtrunk zestawionych w stacjonarnej sieci Internet. Rozliczenia za ruch telekomunikacyjny następowały i następują nadal co miesiąc na podstawie bilingu i faktur wystawianych przez przystępującego – tak faktury wystawione przez przystępującego dla FiberNet z tytułu połączeń telefonicznych (dowody nr 109a-109i, załącznik nr 24 do stanowiska procesowego). Przystępujący ponadto odpowiadał i odpowiada nadal, m.in. za obsługę kilkunastu łączy SIPtrunk do klientów biznesowych FiberNet oraz kilkuset terminali telefonicznych w technologii VoIP, a także innych urządzeń specjalistycznych podłączonych do platformy iqSystem. W rezultacie dzierżawiona od przystępującego platforma iqSystem obsługuje kilkaset terminali (bramki FXS lub telefony VoIP) zainstalowanych w sieci FiberNet.

Izba wskazuje dalej, że z materiału procesowego wynika, że dla przystępującego stroną umowy jest FiberNet, natomiast dla klientów (abonentów) FiberNet stroną umowy i dostawcą usług telekomunikacyjnych. Przystępujący nie jest i nie był podwykonawcą FiberNet, która sprzedaje usługi telekomunikacyjne (usługi w technologii VoIP, SIPtrunk, połączenia telefoniczne, billingowanie i fakturowanie) klientom (abonentom), z którymi zawiera własne umowy, np. umowa w Gminie Miejskiej Tczew (por. dowód nr 102, umowa stanowiąca załącznik nr 25 do stanowiska procesowego przystępującego). Zatem wbrew twierdzeniom odwołującego, adresy podane w wykazie zamówień przy opisie zamówienia dla firmy FiberNet są właściwe. Zgodne z prawdą stwierdzenie odwołującego, że: „Pod żadnym z wykazanych adresów Tczew, pl. Piłsudskiego 1, Tczew ul. Armii Krajowej 39, Tczew ul. Obrońców Westerplatte 3 nie znajduje się firma FiberNet Ł.W.” w żaden sposób nie dowodzi zasadności zarzutu odwołania. Jak to wyjaśniono powyżej, FiberNet sprzedaje usługi telekomunikacyjne jako własne swoim klientom, z którymi zawiera umowy. FiberNet jest odbiorcą zamówienia wskazanego dla wykazania doświadczenia, więc jako ich odbiorca został zasadnie wskazany w wykazie zamówień oraz prawidłowo poświadczył ich należyte wykonanie. Miejsce świadczenia zamówienia również podano właściwie.

Izba zgadza się również z przystępującym, iż nie wykazano, że w lokalizacjach w Tczewie wskazanych w

wykazie zamówień nie są świadczone usługi SIP TRUNK, a są tam świadczone usługi w technologii (typ usługi) cyfrowe ISDN 30B+D, analogowe POTS. Tak samo nie wykazano, że w przedmiotowych lokalizacjach nie ma zainstalowanych terminali IP (użytkowników IP), są zaś terminale (telefony) analogowe. Natomiast jak wyjaśnił przystępujący w okresie od 01.07.2019 r. do 30.06.2021 r., w każdej z trzech lokalizacji w Tczewie wskazanej w wykazie zamówień, znajdowała się centralka IP-PBX (IPL Slican), która była podłączona do bramy VoIP (Grandstream GXV450XX) z interfejsami ISDN 30B+D do centralki IP-PBX, a oprócz tego w tych lokalizacjach były podłączone bramki VoIP z interfejsami FXS (Grandstream HT8xx) i telefony VoIP (Grandstream GXP16xx). Brama VoIP (Grandstream GXV450XX) z interfejsami ISDN 30B+D jest także konwerterem sygnalizacji ISDN na VoIP i służy do podłączenia centralki PBX do sieci VoIP przy pomocy SIPtrunk – tak karty katalogowe dla bramy VoIP (Grandstream GXV450XX) z interfejsami ISDN 30B+D, por. też dowód nr 111a stanowiący załącznik nr 27 do stanowiska procesowego przystępującego. Nie jest zatem niczym sprzecznym, że w lokalizacjach w Tczewie, które podano w wykazie zamówień, są świadczone usługi w technologii (typ usługi) cyfrowe ISDN 30B+D, gdyż usługi te są świadczone z wykorzystaniem technologii VoIP SIPtrunk i bram VoIP/ISDN 30B+D do świadczenia usługi VoIP w tych lokalizacjach SIPtrunki były i są wykorzystywane do łączenia bram VoIP z interfejsami ISDN 30B+D z platformą iqSystem, zatem ten wymóg warunku doświadczenia jest spełniony.

Z brzmienia warunku doświadczenia w żaden sposób ponadto nie wynika, że wymagana centrala PABX obsługująca minimum 100 terminali VoIP musi się znajdować w jednej z dwóch lokalizacji rozumianych jako min. dwa osobne budynki połączone poprzez łącze internetowe. Warunek takiego wymogu nie zawierał, natomiast w ramach zamówienia wykonanego na rzecz FiberNet świadczona była usługa telefonii stacjonarnej poprzez łącza SIP TRUNK zakończone PABX-em obsługującym minimum po 100 terminali VoIP. Odnosnie zakończenia usługi telefonii stacjonarnej PABX-em obsługującym minimum 100 terminali VoIP, należy zaznaczyć, że nazwa PABX jest używana wymiennie z PBX. Obie nazwy oznaczają natomiast centralę abonencką - centralę telefoniczną zarządzaną przez użytkownika, zwykle przedsiębiorstwo lub instytucję, tworzącą wewnętrzną sieć telefoniczną przedsiębiorstwa. W ramach usług telekomunikacyjnych, które FiberNet kupował i kupuje od przystępującego, abonenci VoIP byli i są obsługiwani cyfrowymi telefonami VoIP, centralkami IP-PBX VoIP oraz bramkami VoIP, ww. centralki IP-PBX VoIP to właśnie wymagane w warunku doświadczenia centrala PABX.

Twierdzenia odwołującego dotyczące rzekomo niewystarczającego okresu realizacji zamówienia nie znalazły potwierdzenia w złożonej dokumentacji postępowania dotyczącej usługi z wykazu zamówień. Umowa była realizowana od 1 lipca 2019 r. do 30 czerwca 2021 r., czyli wprost wymagane w warunku 24 miesiące.

Reasumując, usługa wykonana na rzecz firmy FiberNet spełnia wszystkie wymagania zamawiającego, tj.:

- 1) spełnia warunek doświadczenia zawodowego w zakresie świadczenia usług telefonii stacjonarnej przez łącza SIP TRUNK;
- 2) spełnia warunek zakończenia usługi telefonii stacjonarnej PABX-em obsługującym minimum 100 terminali VoIP;
- 3) spełnia warunek doświadczenia zawodowego w zakresie obsługi telekomunikacyjnej obejmującej jednocześnie min. 2 lokalizacje (rozumiane jako min. dwa osobne budynki połączone poprzez łącze internetowe);
- 4) okres realizacji zamówienia obejmował 24-miesiące.

Powyższe dodatkowo potwierdza oświadczenie FiberNet z dnia 19 marca 2024 r., przedłożone w dniu 20 marca 2024 r. Odwołujący nie podważał rzeczonego oświadczenia, Izba także nie znalazła podstaw, aby odmówić mu przymiotu wiarygodności, szczególnie że znajduje ono potwierdzenie w innych dowodach, które złożył przystępujący, omówionych we wcześniejszej części uzasadnienia.

Skład orzekający także zaznacza, że odwołujący w dodatkowym stanowisku procesowym z dnia 20.04.2024 r. (omylka pisarska w miesiącu, powinno być 20.03.2024 r.) podniósł, że „w zakresie referencji Odwołujący przekazuje dokumentację uzyskaną w dniu 19 marca 2024 r. w trybie dostępu do informacji publicznej z Urzędu Miasta Tczew. Wątek zarzutów w zakresie obu referencji Przystępującego oraz pozostałej argumentacji zostanie przez Odwołującego rozwinięty na rozprawie”. Po pierwsze, jak wcześniej wskazano wszystkie okoliczności faktyczne dotyczące podniesionych zarzutów należy wskazać w odwołaniu, ustawa p.z.p. nie przewiduje możliwości „uzupełnienia odwołania”, nawet jeżeli zdaniem odwołującego potrzeba powołania nowych okoliczności wynika później. Ustawodawca nie przewidział takiego instrumentu. Wszystkie twierdzenia powinny znaleźć się w treści odwołania wraz ze stosownymi wnioskami dowodowymi. Po drugie, dowodzenie w procesie przed Izbą należy utożsamiać z czynnościami strony zmierzającymi do przekonania składu rozpoznającego spór o prawdziwości przedstawianych twierdzeń faktycznych, a nie do uzupełniania podstawowej treści odwołania. Odwołujący nie wskazał także na żadne okoliczności, które powodowałyby brak możliwości podania wszystkich okoliczności faktycznych w terminie zawitym na wniesienie środka zaskarżenia. Po trzecie, to stronę obciąża prawidłowe sformułowanie wniosku o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu przez nią złożonego. Odwołujący temu zadaniu nie sprostał, przedłożono informacje z Miasta Tczew, bez wskazania okoliczności faktycznych, na które te dokumenty miałyby zostać dopuszczone. Przy tym rację ma przystępujący, że dodatkowo nie są one przydatne do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Jak również

nie zostały powiązane przez odwołującego z okolicznościami odwołania ani nie przedstawiono wniosków o udzielenie informacji, na które dokumenty te są odpowiedziami,

Ponadto odwołujący podnosił, że „pod adresem ul. Hanny Hass 4, 83-110 Łódź nie znajduje się firma FiberNet Ł.W.”, co jest pozbawione znaczenia i w żaden sposób nie dowodzi zasadności zarzutu niespełniania warunku doświadczenia. Faktycznie w wykazie zamówień przystępujący popełnił omyłkę pisarską podając w adresie miejscowość Łódź zamiast Tczewa. W wykazie zamówień wskazano jednak prawidłowy kod pocztowy miejscowości (83-110), który jednoznacznie wskazuje na Tczew. Jak również, do wykazu zamówień przystępujący załączył referencje wystawione na papierze firmowym FiberNet, na którym podano prawidłowy adres ww. firmy. Nie sposób przy tym zrozumieć co błąd w adresie FiberNet ma wspólnego z zarzutem sformułowanym w odwołaniu, który dotyczy braku wymaganego doświadczenia. Podsumowując, nie byłoby nawet żadnych podstaw do wezwania przystępującego w postępowaniu do wyjaśnienia ww. okoliczności, pomijając już brak chociażby hipotetycznego wpływu na możliwość uwzględnienia omawianego zarzutu odwołania. Nie tylko nie byłoby bowiem podstawy do zastosowania art. 128 ust. 1 p.z.p., ale nie są to okoliczności mogące obiektywnie uzasadnić stwierdzenie zaniechania uzyskania od przystępującego wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 p.z.p. i stwierdzenie naruszenia w tym zakresie. Dodać także wypada, że stanowisko o tym, kto brał udział w postępowaniu dla Miasta Tczew oraz dotyczące bazy UAE nie jest nawet luźno związane z zarzutem braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Dodatkowo skład orzekający wskazuje, że w postępowaniu zamawiający nie korzystał z trybu naprawczego uregulowanego w art. 128 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym, jeżeli podmiotowe środki dowodowe są niekompletne lub zawierają błędy zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia. Zastosowanie tego trybu jest obligatoryjne, ustawodawca nie pozostawił zamawiającemu żadnej dowolności, zezwalając na rezygnację z wezwania do uzupełnienia jedynie, gdy oferta podlega odrzuceniu, bez względu na jej uzupełnienie lub poprawienie (czyli w każdym innym wypadku, kiedy ewentualne uzupełnienie/poprawienie nie spowoduje, że potencjał hipotetycznie może zostać prawidłowo wykazany – przykładowo, kiedy dojdzie do wypełnienia hipotezy art. 226 ust. 1 pkt 10 p.z.p.), albo jeżeli zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, i żadna z tych sytuacji nie wystąpiła w rozpoznawanym sporze.

Powyższe oznacza, że w ustalonym stanie rzeczy, przed ewentualną eliminacją przystępującego z postępowania i uznaniem, że nie wykazał on w sposób odpowiedni posiadania wymaganych zdolności podmiotowych (warunek z rozdziału VI pkt 2 SWZ), zamawiający powinien wezwać go do uzupełnienia. Na gruncie uchylonych przepisów p.z.p. omawiana norma była uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) i dotychczasowe, ugruntowane orzecznictwo – wobec jedynie redakcyjnej zmiany brzmienia przepisu, pozostaje nadal aktualne. Jak trafnie zatem wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r., sygn. akt: XXIII Ga 302/19, „W sytuacji, gdy wykonawca na wezwanie zamawiającego nie przedłożył wymaganych oświadczeń lub dokumentów lub nie będzie wynikało z nich, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, wówczas zastosowanie znajdzie dyspozycja art. 26 ust. 3 pzp. (...) Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 pzp ma charakter jednorazowy. Dopiero jednak po zastosowaniu tej procedury, jeżeli dany wykonawca nadal nie potwierdzi, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 pzp wezwie kolejnego wykonawcę, który złożył ofertę najwyższej ocenioną spośród pozostałych ofert do przedłożenia stosownych dokumentów. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie jest zaś prawem zamawiającego, tylko jego obowiązkiem, którego nie może pominąć. (...) Zamawiający nie może zatem wykluczyć wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu lub niewykazania braku podstaw wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp), jeżeli nie zastosował wcześniej w tym zakresie art. 26 ust. 3 pzp. Ponadto obowiązek określony w art. 26 ust. 3 pzp nie jest uzależniony od przewidywań co do tego, w jaki sposób wykonawca zareaguje na wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz czy i jakie dokumenty uzupełni.”

Zatem ewentualna eliminacja przystępującego z postępowania, jako wykonawcy niespełniającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej zdolności zawodowej (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b p.z.p.), bez wezwania go do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p., czego żądał odwołujący, byłaby przedwczesna i naruszałaby ustawę p.z.p., co trafnie podniósł przystępujący.

Izba stwierdziła dalej, że nie ma również podstaw do uwzględnienia zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 253 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 239 p.z.p. oraz art. 16 pkt 1 p.z.p. (zarzuty nr 3 - 4 z *petitum* odwołania), ponieważ wybór oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej, został dokonany przez zamawiającego w sposób prawidłowy.

Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 p.z.p. – zamawiający właściwie rozstrzygnął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, więc odwołanie zostało przez skład orzekający oddalone.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 p.z.p. obciążając strony kosztami

zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego z uwzględnieniem § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia 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. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego, którego odwołanie zostało oddalone kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez stronę wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika przystępującego, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, w kwocie zasądzonej na podstawie złożonej faktury VAT, w wysokości limitu wynikającego z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....