Sygn. akt: KIO 3336/23

WYROK

z dnia 28 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez wykonawcę:

Suntar Sp. z o.o.w Tarnowie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lubliniez udziałem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia:

CYFROWE SYSTEMY TELEKOMUNIKACYJNE Sp. z o.o. w Tarnowie oraz

K. F.- A. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą INTEGRAL K. F.-A. w Stąporkowie

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.**Uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu:

a)unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego z dnia 27 października 2023r. wydane w postepowaniu pn Dostawa z wdrożeniem i wsparciem serwisowym platformy usług telekomunikacyjnych wraz z dostawą urządzeń na potrzeby telefonii stacjonarnej dla Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II z podziałem na 3 części - część 2 postępowania;

b)dokonać czynność oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1.zalicza w ich poczet poniesiony przez odwołującego koszt 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześć set złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……...

UZASADNIENIE

Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II w Lublinie (dalej: Zamawiający") prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej: Ustawa lub Pzp) w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: Dostawa z wdrożeniem i wsparciem serwisowym platformy usług telekomunikacyjnych wraz z dostawą urządzeń na potrzeby telefonii stacjonarnej dla KUL z podziałem na 3 części; Numer referencyjny: AZP.274.PN.3/2022 (dalej: Postępowanie). Warunki, przedmiot zamówienia i zasady prowadzenia Postępowania opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej: SWZ)

W dniu 6 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Suntar Sp. z o.o. w Tarnowie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu część 2.

Zamawiający przekazał treść odwołania wykonawcom w dniu 7 listopada 2023 r.

W dniu 10 listopada 2023 r. do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił

wykonawca K. F.-A. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: INTEGRAL K. F.-A. w Stąporkowie) (zwana: Przystępujący lub Integral), której oferta została wybrana jako najkorzystniejsza

W dniu 9 listopada 2023 r. do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne Sp. z o.o. w Tarnowie (dalej: Przystępujący lub Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne).

Izba, wobec spełnienia przesłanek przystąpienia z art. 525 Ustawy uznała skuteczność zgłoszenia przystąpień Integral oraz Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne po stronie zamawiającego.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego wyboru oferty Integral jako najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego w części 2 Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo że Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wnosił o nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty Odwołującego i dokonał ponownego badania i oceny oferty wraz z ofertą Odwołującego. Odwołujący, z ostrożności jako zarzut ewentualny, podnosił również przedwczesność odrzucenia oferty Odwołującego wobec nieprawidłowego wezwania go do wyjaśnień podmiotowych środków dowodowych w trybie 128 ust. 1 Pzp.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący przyłączyli się do stanowiska Zamawiającego.

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

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego. Odwołujący sformułował zarzut podstawowy dotyczący odrzucenia oferty oraz w stosunku do niego ewentualny zaniechania wezwania do wyjaśnień. Izba stwierdza, że takiej sytuacji istnieją zarzuty, co do których Izba orzeka kolejno, w pierwszym rzędzie rozstrzygając co do zarzutów podstawowych. Jeżeli żądanie główne okaże się uzasadnione, nie ma konieczności orzekania o żądaniu ewentualnym. Uznając zarzut podstawowy za niezasadny i oddalając go Izba orzeka o zarzucie ewentualnym. W niniejszej sprawie wobec uwzględnienia zarzutu podstawowego, zarzuty ewentualne nie podlegają rozstrzygnięciu.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika - oparła się na dokumentacji Postępowania, oraz innych złożonych dokumentach.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Sporna była ocena treści złożonych dokumentów w świetle postanowień SWZ i Ustawy. Odwołujący wskazywał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w uzasadnieniu odrzucenia oferty:

1. zamówienie referencyjne obejmowało jedną dostawę z wdrożeniem systemu telekomunikacyjnego internetowego składającego się z sieciocentrycznych serwerów telekomunikacyjnych NCPBX tworzących system telekomunikacji internetowej o wartości co najmniej 300 000 zł zgodnego z opisem warunku udziału w postępowaniu, stanowiących element budowy jednego systemu telefonii internetowej obsługiwanego przez operatora telekomunikacyjnego Suntar Professional Services Sp. z o.o. jako zamawiającego i fakt późniejszego wykorzystywania dostarczonych przez Odwołującego urządzeń składających się na jeden system telefonii internetowej do świadczenia usług na rzecz różnych klientów końcowych nie może mieć żadnego wpływu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu;
2. Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunku udziału przez każde z dwóch referencyjnych dostaw z wdrożeniem przyjął odrębną interpretację warunku udziału w postępowaniu (tj. że okoliczność usytuowania poszczególnych urządzeń w różnych lokalizacjach powoduje niemożliwość spełnienia warunku udziału w postępowaniu dla kwestionowanego zamówienia referencyjnego, mimo że analogiczne okoliczności występowały w niekwestionowanym zamówieniu referencyjnym).

Odwołujący podnosił również, w ramach zarzutu ewentualnego, że Zamawiający dokonując procedury wyjaśniania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dopiero po jej wyczerpaniu mógł skutecznie wezwać wykonawcę do uzupełnienia wykazu w oparciu o art. 128 ust. 1 Pzp i tym samym odrzucenie oferty Odwołującego uznać należy za przedwczesne.

Izba ustaliła w oparciu o dokumenty postępowania bezsporne okoliczności, że Zamawiający w SWZ przewidział, że „Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie należycie wykonał co najmniej dwie dostawy wraz z wdrożeniem systemu telefonii internetowej o wartości minimum 300 000,00 zł (słownie: trzysta tysięcy zł) brutto każda."; SWZ nie definiował pojęcia systemu telefonii komórkowej oraz, że w toku Postępowania treść warunku nie była kwestionowana przez wykonawców.

Izba ustaliła również bezsporne okoliczności, że:

1. Odwołujący w Załączniku nr 7 do SWZ Wykaz dostaw przedstawił dwie dostawy: 1) „Dostawa i wdrożenie kompletnego systemu telefonii VoIP" wykonane na rzecz Suntar Professional Services Sp. z o.o., 33-100 Tarnów, ul. Boya Żeleńskiego 5b, na kwotę powyżej 400 tyś zł brutto w okresie od 29.07.2021 r. do 10.09.2021 r. oraz 2) „Kompleksowa usługa telefonicznej w zakresie zapewnienia stałego dostępu do publicznej sieci telefonicznej oraz dzierżawa Central Telefonicznych (serwerów Telekomunikacyjnych) Instalacja Parametryzacja Infrastruktury sprzętowej i systemowej oraz świadczenia bieżącego serwisu" zrealizowana na rzecz Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu, na kwotę powyżej 500 tyś zł brutto w okresie od 01.04.2020 r. do 31.03.2021 r.
2. Na potwierdzenie, że dostawy te zostały wykonane należycie Wykonawca załączył listy referencyjne;
3. Zamawiający wezwał w dniu 11 maja 2023r. Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do okoliczności realizacji zamówień wskazanych w wykazie koniecznych do ustalenia czy zamówienie to odpowiada wymogom zawartym w opisie warunku zdolności zawodowej dotyczącej doświadczenia, oraz złożenia wyjaśnień co do wartości tego zamówienia w zakresie, w jakim dotyczyło ono dostawy wraz z wdrożeniem systemu telefonii internetowej.
4. W dniu 25 maja 2023r. Wykonawca złożył wyjaśnienia, których wskazał, że zrealizował zamówienie z punktu 1 wykazu na rzecz Suntar Professional Services Sp. z o.o. w postaci dostawy trzech sieciocentrycznych serwerów telekomunikacyjnych NCPBX na łączną kwotę 452 640,00 zł brutto. Jako dowód dostawy Wykonawca przedstawił umowy leasingu operacyjnego sprzętu IT oraz urządzeń telefonii stacjonarnej zawarte pomiędzy ING Lease (Polska) Sp. z o.o. a Suntar Professional Services Sp. z o.o. jako korzystającym z dnia 28 lipca 2021 r. nr 923738-ST-0 oraz z dnia 07 września 2021 r. nr 925663-ST-0 zawierające zgodę na oddanie do używania przedmiotu leasingu użytkownikom końcowym oraz pozostawiające na korzystającym (leasingobiorcy) obowiązek utrzymania, serwisowania urządzeń, w zamian za zapłatę opłaty wstępnej i miesięcznych opłat leasingowych. jak również faktury VAT z dnia 29 lipca 2021 r. nr FAT/000056/07/2021 oraz z dnia 22 września 2021 r. nr FAT/000051/09/2021 dokumentujące sprzedaż przez Wykonawcę Suntar Sp. z o.o. firmie leasingującej ING Lease (Polska) Sp. z o.o. sprzętu, będącego przedmiotem ww. umów leasingu, w których data wystawienia faktury była jednocześnie oznaczona jako data dostawy / wykonania usługi
5. Wyjaśnienie nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego co do spełnienia wymagań odnośnie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę i Zamawiający wzywał Wykonawcę do ich uzupełnienia a w konsekwencji uznania, że nie są wystarczające odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia zakładając, że nie wykazano że dostawa referencyjna obejmowała dostawę wraz z wdrożeniem oraz, że stanowiła jedną dostawę wraz z wdrożeniem o przepisanej warunkiem wartości wobec wykonania jej na rzecz trzech nie powiązanych ze sobą użytkowników końcowych - Zamawiający ocenił, że z przedstawionych faktur wynika, że faktyczna realizacja (sama dostawa) nastąpiła później niż zawarto umowy leasingu, tzn. w datach wystawienia faktur tj. 22.09.2021r., i później niż wynika z daty realizacji wskazanej w wykazie i referencjach (10.09.2021r.) a także, że treść wyjaśnień wskazuje, że: „Zamawiający po analizie wyjaśnień wraz z załącznikami stwierdził, że „Wykonawca nie wykazał, że zrealizował wdrożenie dostarczonego na rzecz Suntar Professional Services Sp. z o.o. sprzętu. Zamawiający określając warunek wyraźnie wskazał, że oczekuje wykazu usługi polegającej na dostawie „...wraz z wdrożeniem systemu telefonii internetowej... Należy zauważyć, że sam Wykonawca w piśmie z dnia 25.05.2023 r. wskazuje że „...dokonał dostawy systemu telefonii internetowej składającego się z sieciocentrycznych serwerów telekomunikacyjnych NCBPX", nie potwierdzając faktu ich wdrożenia. W przedstawionym sposobie kalkulacji wynagrodzenia dla zamówień referencyjnych Wykonawca wskazuje że „Wskazana dostawa (wynikająca z jednej umowy zawartej pomiędzy Suntar Sp. z o.o. a Suntar Professional Services Sp. z o. o. obejmowała dostawę sieciocentrycznych serwerów telekomunikacyjnych NCBX składających się na jedną sieć telefonii internetowej dostarczonej na rzecz Suntar Professional Services Sp. z o. o. Podczas gdy z przedłożonych umów leasingowych jednoznacznie wynika że, sieciocentryczne serwery telekomunikacyjne NCBX, zostały dostarczone na potrzeby trzech różnych niezwiązanych ze sobą podmiotów tj: Zakład Ubezpieczeń Społecznych NIP:5213017228, siedziba Al. Wojska Polskiego 114, 58-400 Kamienna Góra, Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 1 im. N. Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, NIP: 7251019093, siedziba ul Kopcińskiego 22, 90 - 153 Łódź, Instytut Medycyny Pracy im. Prof. Dra med. Jerzego Nofera, NIP: 7240003125 siedziba ul. Św. Teresy od Dzieciątka Jezus 8, 91-348 Łódź w konsekwencji czego Zamawiający nie może uznać, że Wykonawca dokonał dostawy wraz z wdrożeniem jednego systemu telefonii internetowej na rzecz Suntar Professional Services Sp. z o.o. a dokonał trzech różnych dostaw na potrzeby trzech odrębnych podmiotów. Jednocześnie Wykonawca w żaden sposób nie udokumentował i nie udowodnił, że przedmiotem rzeczonej umowy oprócz dostawy sprzętu było również jego wdrożenie, pomimo wielokrotnych próśb Zamawiającego o złożenie wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentacji. Wobec powyższego Zamawiający miał wątpliwość kto faktycznie wykonał

wdrożenie które zostało przedstawione w przedłożonych przez Wykonawcę dokumentach. W związku z powyższym Zamawiający działając zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. wezwał w dniu 07.06.2023r Wykonawcę Suntar sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia w zakresie spełniania warunków udziału w zakresie części 2 postępowania. Wykonawca w odpowiedzi z dnia 20.06.2023r. oświadczył, że w ramach umowy zawartej z firmą Suntar Professional Services, Wykonawca wykonał dostawę systemu telefonii internetowej składającego z sieciocentrycznych serwerów telekomunikacyjnych NCPBX wraz z ich wdrożeniem. Wykonawca przedstawił nowe dokumenty tj. umowę z dnia 20 sierpnia 202lr. pomiędzy Suntar sp. z o.o. a Suntar Proffesional Services sp. z o.o. na kwotę 244 770,00 zł brutto w przedmiocie umowy „Zakup, dostawa i wdrożenie przez Wykonawcę systemu telekomunikacyjnego internetowego składającego się z 2 szt. sieciocentrycznych serwerów telekomunikacyjnych NCPBX tworzących system telekomunikacji internetowej wraz z ich wdrożeniem" oraz aneks nr 1 do tej umowy zawarty w dniu 23 września 2021 roku rozszerzający podstawową umowę o dodatkową 1 sztukę serwera i zwiększający wartość umowy do wartości 452 570,00 zł brutto. Jednocześnie Wykonawca wyjaśnił, iż faktyczna realizacja Umowy (jej dostawa i wdrożenie nastąpiła w terminie 10.09.2021 r.), zaś w dniu 22.09.2021 r. dokonano formalnego odbioru przedmiotu Umowy i wystawiono fakturę VAT. Wobec powyższego Zamawiający w dniu 30.06.2023r. oraz w dniu 29.08.2023r. ponownie zwracał się do Wykonawcy o wyjaśnienie kwestii niezbędnych do ostatecznej oceny spełniania warunku udziału w niniejszym postępowaniu, dając Wykonawcy kolejne szanse na udokumentowanie spełnienia warunku postawionego w postępowaniu i rozwianie wątpliwości Zamawiającego. Zamawiający oceniając komplet wyjaśnień jak i uzupełnionych dokumentów uznał, że tylko jedna dostawa dotycząca „Kompleksowej usługi telefonicznej w zakresie zapewnienia stałego dostępu do publicznej sieci telefonicznej oraz dzierżawa Central Telefonicznych (serwerów Telekomunikacyjnych) Instalacja Parametryzacja Infrastruktury sprzętowej i systemowej oraz świadczenia bieżącego serwisu" zrealizowana na rzecz Wielkopolskiego Oddziału Wojewódzkiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Poznaniu potwierdza, że wykonawca wykonał dostawę wraz z wdrożeniem systemu telefonii internetowej o wartości minimum 300 000,00 zł {słownie: trzysta tysięcy zł) brutto. Wykonawca nie wykazał natomiast, że dostawa pn. „Dostawa i wdrożenie kompletnego systemu telefonii VoIP" na rzecz Suntar Professional Services Sp. z o.o., 33-100 Tarnów, ul. Boya Żeleńskiego 5b została wykonana w ramach jednej umowy na kwotę co najmniej 300 000,00 zł (słownie: trzysta tysięcy zł) brutto oraz nie wykazał, że dotyczyła ona dostawy wraz z wdrożeniem systemu telefonii internetowej, a mianowicie: W piśmie z dnia 20.06.2023 r. Wykonawca, na dowód potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, przedstawił umowę z dnia 20.08.2021 r. zawartą pomiędzy Wykonawcą a Suntar Professional Services Sp. z o.o., której przedmiotem jest zakup, dostawa i wdrożenie przez Wykonawcę systemu telekomunikacyjnego internetowego składającego się z 2 szt. sieciocentrycznych serwerów telekomunikacyjnych NCPBX tworzących system telekomunikacji internetowej wraz z ich wdrożeniem w miejscu wskazanym przez Zamawiającego. Zgodnie z § 4 ust 1 przedmiotowej umowy „ Wykonawca z tytułu wykonania umowy otrzyma łącznie wynagrodzenie brutto (z VAT) 244 770,00 zł Zgodnie z § 4 ust. 2 umowy „ W wartości podanej w ust 1 [...] zawierają się wszystkie opłaty i obciążenia [...] w szczególności koszt zakupu, dostawy i wdrożenia". Jednocześnie w piśmie z dnia 25.05.2023 r. Wykonawca przedstawił umowę leasingu operacyjnego z dnia 07.09.2021 r.nr 925663-ST-0, którego przedmiotem jest sprzedaż dwóch urządzeń telefonii stacjonarnej SLICAN NCP o łącznej wartości 244 770,00 zł brutto. Z przedstawionych dokumentów wynika jakoby sama sprzedaż urządzeń wyczerpywała wartość umowy określoną w § 4 ust. 1., a po podpisaniu aneksu, zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawcy zawartymi w dokumencie „SPOSÓB KALKULACJI WYNAGRODZENIA DLA ZAMÓW REFERENCYJNYCH", dołączonym do pisma z dnia 25.05.2023 r. zgodnie z którym „Dowód stanowi jednoznaczne potwierdzenie zrealizowania złożonej dostawy o wartości brutto wdrożenia i dostawy systemu telefonii internetowej o wartości 452 640,00 zł brutto", podczas gdy z dokumentów przedstawionych w dniu 20.06.2023 r. wynika, że wartość umowy wynosiła 452 570,00 zł brutto, zatem sama wartość urządzeń przekracza wartość umowy pomiędzy spółkami. W tym miejscu należy zaznaczyć, że zgodnie z przedstawiona umowa leasingu z dnia 07.09.2021 r.nr 925663-ST-0 tj. § 5 pkt 5.1 ppkt (a) i (b) umowy: „Finansujący [ING Lease (Polska Sp. z o.o.] i Korzystający [Suntar Proffesional Services Sp. z o.o.] ustalają następujące zmiany do umowy i postanowienia dodatkowe do umowy: (a) Finansujący udziela zgody na oddanie Przedmiotu Leasingu do używania Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 1 im. N. Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, NIP 7251019093, siedziba ul. Kopcińskiego 22, 90-153 Łódź, jako Używającemu na warunkach określonych w § 5.6 Ogólnych Warunków... " (b) Finansujący udziela zgody na oddanie Przedmiotu Leasingu do używania Instytut Medycyny Pracy im. Prof. Dra med. Jerzego Nofera, NIP: 7240003125, siedziba ul. Św. Teresy od Dzieciątka Jezus 8, 91-348 Łódź, jako Używającemu na warunkach określonych w § 5.6 Ogólnych Warunków... ". Powyższe oznacza, że już pierwsza dostawa serwerów sieciocentrycznych NCBX była realizowana dla dwóch różnych, nie związanych ze sobą podmiotów, a tym samym nie mogła stanowić jednego systemu telefonii internetowej. Ponadto w piśmie z dnia 20.06.2023 r. Wykonawca przedstawił również aneks nr 1 z dnia 23.09.2021 r. do umowy na dostawę i

wdrożenie systemu telekomunikacji internetowej. Zgodnie z treścią przedłożonego aneksu przedmiot umowy ulega rozszerzeniu o sprzedaż dodatkowej 1 szt. sieciocentrycznego serwera telekomunikacyjnego NCPBX w konsekwencji czego wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotowej umowy ulega zwiększeniu do kwoty 452 570,00 zł brutto, co oznacza że aneks zwiększa wynagrodzenie Wykonawcy o kwotę 207 800,00 zł brutto. Zgodnie z pkt II aneksu „Do § 4 umowy Strony dodają ust. 4 o następującym brzemieniu: 4. Wynagrodzenie umowne w zakresie rozszerzonym niniejszym aneksem zostanie sfinansowane poprzez umowę leasingu operacyjnego, która zostanie zawarta w terminie 45 dni od daty zawarcia umowy. ” Jednocześnie w piśmie z dnia 25.05.2023 r. Wykonawca przedstawił umowę leasingu operacyjnego nr 923738-ST-O z dnia 28.07.2021 r., którego przedmiotem jest dostawa urządzenia telefonii stacjonarnej SLICAN NCP o wartości 207 870,00 zł brutto, co potwierdza faktura z dnia 29.07.2023 r. nr FAT/000056/07/2021. Z przedłożonych dokumentów wynika, że umowa leasingu operacyjnego została zawarta prawie dwa miesiące przed datą zawarcia aneksu do umowy z dnia 20.08.2021 r. oraz blisko miesiąc przed zawarciem samej umowy i została rozliczona fakturą z dnia 29.07.2023 r. Ponadto wartość aneksu nr 1 wynosząca 207 800,00 zł brutto, różni się od wartości umowy leasingu operacyjnego z dnia 29.07.2023 r. nr FAT/000056/07/2021 tj. 207 870,00 zł brutto. Należy również zauważyć że zgodnie z przedmiotową umową leasingu strony (ING Lease Polska Sp. z o.o. i Suntar Proffesional Services Sp. z o.o.) ustaliły że „Finansujący [ING Lease (Polska Sp. z o.o.] udziela zgody na oddanie Przedmiotu Leasingu do używania Zakład Ubezpieczeń Społecznych NIP-.5215017228, siedziba Al. Wojska Polskiego 114, 58-400 Kamienna Góra, jako Używającemu na warunkach określonych w § 5.6 Ogólnych Warunków...” Powyższe oznacza, że trzeci serwer również został dostarczony i jest użytkowany przez odrębny pomiot, w konsekwencji czego nie może być częścią jednego systemu telefonii internetowej. W tym miejscu należy, zaznaczyć, że Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 07.09.2023 r. wskazuje że „ Umowa leasingu na rozszerzony zakres została zawarta dnia 07.09.2021 r. i opiewała na kwotę 199.000,00 zł odpowiadającą wartości z faktury VAT nr 000051/09/2021 (faktura VAT z dnia 22.09.2021 r.) Aneks do umowy stanowił potwierdzenie ustaleń poczynionych pomiędzy Stronami na wcześniejszym etapie ” , tym samym przecząc przedłożonym przez siebie dokumentom. Powyższe oznaczałoby że Wykonawca zawarł w dniu 07.09.2021 r. umowę leasingu o wartości 244 770 zł brutto, a następnie na tej podstawie (wbrew postanowieniom pkt 2 aneksu) zawarł aneks zwiększający wartość umowy o kwotę 207 800 zł brutto tj. o 36 970 zł brutto mniejszą niż umowa leasingu. Ponadto przedmiotem powołanej umowy leasingu jest sprzedaż dwóch urządzeń telefonii stacjonarnej SLICAN NCP, natomiast przedmiotem aneksu jest rozszerzenie przedmiotu umowy o sprzedaż dodatkowej 1 szt. sieciocentrycznego serwera telekomunikacyj nego NCPBX. Jednocześnie należy zauważyć, że przedłożone przez Wykonawcę dokumenty przeczą również wyjaśnieniom z dnia 25.05.2023 r., zgodnie z którymi w pkt 1 dokumentu pn. „SPOSÓB KALKULACJI WYNAGRODZENIA DLA ZAMÓWIEŃ REFERENCYJNYCH” wskazuje: „ W załą niniejszej kalkulacji wykonawca przedkłada dowody potwierdzające sposób finansowania zawartej umowy pochodzące od podmiotu trzeciego (łeasingodawcy, z którym chronologicznie zawarto jedną umowę leasingu sprzętu, a następnie w wyniku zmiany koncepcji finansowania pozostałej części dostawy - drugą umowę leasingu). Powyższe oznaczałoby, że Wykonawca najpierw w dniu 28.07.2021 r. zawarł umowę leasingu nr 923738-ST-0, którego przedmiotem jest dostawa urządzenia (1 szt.) telefonii stacjonarnej SLICAN NCP o wartości 207 870,00 zł brutto, następnie na tej podstawie zawarł umowę, której przedmiotem jest zakup, dostawa i wdrożenie przez Wykonawcę systemu telekomunikacyjnego internetowego składającego się z 2 szt. sieciocentrycznych serwerów telekomunikacyjnych NCPBX na kwotę 244 770 zł brutto, kolejno w dniu 07.09.2021 r. zawarł umowę leasingu nr 925663-ST-0, której przedmiotem jest sprzedaż dwóch urządzeń (2 szt.) telefonii stacjonarnej SLICAN NCP o łącznej wartości 244 770,00 zł brutto, na podstawie której zawarł aneks rozszerzający sprzedaż o 1 szt. sieciocentrycznego serwera telekomunikacyjnego NCPBX na kwotę 207 800 zł brutto. Mając na uwadze powyższe oraz w oparciu o szczegółową analizę zarówno wyjaśnień Wykonawcy jak i przedłożonych przez Niego dokumentów, Zamawiający nie może uznać że umowa leasingu operacyjnego z dnia 28.07.2021 r. nr 923738-ST-O i wystawiony na jej podstawie dokument sprzedaży z dnia 29.07.2021 r. nr FAT/000056/07/2021 ma związek z umową z dnia 20.08.2021 r. pomiędzy Suntar sp. z o.o. a Suntar Professional Services Sp. z o.o. lub aneksem do tej umowy z dnia 23.09.2021 r., a tym samym nie może uznać, że wykonawca udokumentował że zrealizował dostawę wraz z wdrożeniem na rzecz Suntar Professional Services Sp. z o.o., 33-100 Tarnów, ul. Boya Żeleńskiego 5b, na kwotę powyżej 300 000,00 zł brutto. Ponadto należy zaznaczyć, że nawet gdyby Zamawiający uznał że przedłożona umowa leasingu z dnia 28.07.2021 r. nr 923738-ST-O dotyczy umowy z dnia 20.08.2021 r. pomiędzy Suntar sp. z o.o. a Suntar Professional Services Sp. z o.o., to z przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów wynika jednoznacznie, że faktycznym przedmiotem umowy była sama dostawa trzech urządzeń sieciocentrycznych serwerów telekomunikacyjnych. Zgodnie z przedłożonymi fakturami sprzedaży z dnia 29.07.2021 r. nr FAT/000056/07/2021 oraz z dnia 22.09.2021 r. nr FAT/000051/09/2021 sama wartość sieciocentrycznych serwerów komunikacyjnych (suma z obydwu faktur: 452 640,00 zł brutto) przekracza wartość umowy z dnia 20.08.2021 r. wraz z aneksem z dnia 23.09.2021 r. tj. 452 570,00

zł brutto. Wykonawca pomimo wielu wezwań ze strony Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie, nie udowodnił że dokonał wdrożenia systemu telefonii internetowej. W tym miejscu należy zaznaczyć że Wykonawca w odpowiedzi z dnia 07.09.2023 r. błędnie wskazuje że „... umowa leasingu odsyła do warunków umowy sprzedaży nie określając w żaden sposób, iż wartość finansowania dotyczy tylko i wyłącznie zakupu urządzeń bez usług powiązanych."' Podczas gdy w § 2 pkt 2.1 umów leasingowych jako przedmiot leasingu został określony „SPRZĘT IT (AMORT. 30) URZĄDZENIA TELEFONII STACJONARNEJ SLICAN NCP" pkt. 2.2. przedmiotc umów przewiduje określenie w umowie sprzedaży danych sprzętu a nie rozszerzenie przedmiotu leasingu o dodatkowe usługi takie jak np. wdrożenie systemu. Końcowo, jak wcześniej zauważał Zamawiający, zgodnie z § 5 pkt 5.1 ppkt (a) umowy leasingu z dnia 28.07.2021 r. nr nr 923738-ST-0 „Finansujący [ING Lease (Polska Sp. z o.o.] i Korzystający [Suntar Proffesional Services Sp. z o.o.] ustalają następujące zmiany do umowy i postanowienia dodatkowe do umowy: (a) Finansujący udziela zgody na oddanie Przedmiotu Leasingu do używania Zakład Ubezpieczeń Społecznych NIP:5213017228, siedziba Al. Wojska Polskiego 114, 58-400 Kamienna Góra, jako Używającemu na warunkach określonych w § 5.6 Ogól-nych Warunków... " Jak również zgodnie z § 5 pkt 5.1 ppkt (a) i (b) umowy leasingu z dnia 07.09.2021 r. nr 925663-ST-0 „Finansujący [ING Lease (Polska Sp. z o.o.] i Korzystający [Suntar Proffesional Services Sp. z o.o.] ustalają następujące zmiany do umowy i postanowienia dodatkowe do umowy: (a) Finansujący udziela zgody na oddanie Przedmiotu Leasingu do używania Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Uniwersytecki Szpital Kliniczny Nr 1 im. N. Barlickiego Uniwersytetu Medycznego w Łodzi, NIP: 7251019093, siedziba ul. Kopcińskiego 22, 90-153 Łódź, jako Używającemu na warunkach określonych w §5.6 Ogólnych Warunków... " (b) Finansujący udziela zgody na oddanie Przedmiotu Leasingu do używania Instytut Medycyny Pracy im. Prof. Dra med. Jerzego Nofera, NIP: 7240003125, siedziba ul. Św. Teresy od Dzieciątka Jezus 8, 91-348 Łódź, jako Używającemu na wa-runkach określonych w § 5.6 Ogólnych Warunków... " Powyższe postanowienia jednoznacznie dowodzą, że nawet jeśli przedłożone umowy leasingu dotyczą umowy z dnia 20.08.2021 r. pomiędzy Suntar sp. z o.o. a Suntar Professional Services Sp. z o.o. to każdy z dostarczonych serwerów został użyty u różnych niezwiązanych ze sobą podmiotów, w konsekwencji czego Zamawiający nie może uznać, że Wykonawca dokonał dostawy wraz z wdrożeniem jednego systemu telefonii internetowej na rzecz Suntar Professional Services Sp. z o.o. a dokonał trzech różnych dostaw na potrzeby trzech odrębnych podmiotów. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę SUNTAR Sp. z o.o. ul. Boya Żeleńskiego 5b, 33-100 Tarnów jako ofertę Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu „

Izba ustaliła również, dając wiarę wyjaśnieniom Suntar, znajdującym oparcie w przedstawionych przez niego dowodach – wyjaśnieniach wraz z załącznikami oraz ofertą z wykazem i referencjami - że wykonał on na rzecz Suntar Professional Services sp. z o.o. w ramach jednej umowy świadczenie na rzecz operatora telekomunikacyjnego polegające na dostawie wraz z wdrożeniem jednego systemu telefonii internetowej, którego użytkownikami końcowymi były trzy odrębne od siebie podmioty. Fakt wykonania zamówienia referencyjnego w postaci dostawy wraz z wdrożeniem wynika bezpośrednio z treści wykazu, udzielonych referencji a także umowy na realizację zamówienia. Nie stanowi przeciwdowodu dla tej okoliczności relacja ceny sprzedaży urządzeń, wartości przedmiotu leasingu czy też wynagrodzenia należnego Suntar od operatora telekomunikacyjnego. Izba wskazuje w tym miejscu, że niekwestionowany fakt nabycia urządzeń przez Suntar od podmiotu trzeciego łączyć musiał się z poniesieniem ceny podczas gdy ich dalsza odsprzedaż na rzecz finansującego stanowiła jego przychód, który mógł równoważyć koszt nabycia, przekraczać go lub być niższy. Wynagrodzenie z tytułu dostawy wraz z wdrożeniem stanowiło przychód Suntar. A koszty leasingu obciążały już wyłącznie operatora telekomunikacyjnego. Relacja powyższych kwot w żaden sposób w ocenie Izby nie mogła stanowić podstawy dla uznania, że Odwołujący, wbrew treści dowodów dokumentowych, nie wykonał dostawy z wdrożeniem.

Izba ustaliła również dając wiarę wyjaśnieniom Suntar, że fakt wystawienia faktur sprzedażowych w określonej dacie wiązał się z potrzebami biznesowymi i relacjami z dostawcą urządzeń. W ocenie Izby również sam fakt wystawienia faktury w określonej dacie nie stanowił wystarczającej podstawy dla uznania, że nie doszło do wykonania przez Suntar dostawy z wdrożeniem na rzecz operatora telekomunikacyjnego.

Izba ustaliła także, mając na uwadze stanowiska i wyjaśnienia stron i uczestnika, że sposób realizacji dostawy z wdrożeniem nie różni się w zależności od tego czy realizowany jest na rzecz jednego lub kilku odrębnych podmiotów, lecz zależy od potrzeb danego użytkownika, użytkowników końcowych oraz/ lub zamawiającego, również jeśli ten nie jest użytkownikiem końcowym.

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt.2 lit. b) Pzp: 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. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę

niespełniającego warunku udziału w postępowaniu określonym treścią skonkretyzowanego postanowienia specyfikacji warunków zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Mając na uwadze treść SWZ, oferty Odwołującego, ustalenia oraz przywołane powyżej normy prawne Izba stwierdza, że zamówienie referencyjne mieści się w pojęciu dostawy wraz z wdrożeniem systemu telefonii internetowej określonej wartości minimalnej wskazanej w SWZ jako warunek udziału w postępowaniu.

Izba stwierdza, że Ustawa ani SWZ nie definiują pojęcia systemu telefonii internetowej. Zamawiający nie przesądził w SWZ, z jakiego poziomu oceniana ma być dostawa z wdrożeniem systemu telefonii internetowej dla ustalenia tego, czy świadczenie stanowi jedną czy wiele odrębnych dostaw z wdrożeniem. Stąd nie sposób zarzucić niezgodności świadczenia referencyjnego z SWZ, którego oceny jako jednej dostawy z wdrożeniem dokonał wykonawca z punktu widzenia podmiotu przygotowującego i realizującego system a nie użytkownika systemu (przeznaczonego do zaspokojenia potrzeb jednego podmiotu a więc tego kto, w tym w jaki sposób ze sobą powiązany, jest ostatecznym użytkownikiem systemu). W ocenie Izby brzmienie SWZ nie pozwala na założenie, że wyłącznie ocena spełnienia warunku w sposób określony przez Zamawiającego w decyzji odrzucającej ofertę a doprecyzowana dopiero na rozprawie jest uzasadniona brzmieniem SWZ ani tym bardziej okolicznościami branżowymi, w jakich funkcjonują podmioty profesjonalnie realizujące i wdrażające systemy telefonii internetowej. Izba stwierdza, że zarówno Zamawiający w SWZ jak i uczestnicy rynku używają pojęcia system telefonii internetowej / system telekomunikacji internetowej dla oznaczenia systemów funkcjonujących w różnych konfiguracjach i zaspokajających potrzeby różnych czasem wielu podmiotów.

W niniejszej sprawie świadczenie referencyjne realizowane było przez Odwołującego (jako wykonawcę) w oparciu o jedną umowę zawartą z zamawiającym będącym przedsiębiorcą telekomunikacyjnym w ramach budowy jednego systemu telefonii internetowej obsługiwanego przez zamawiającego operatora telekomunikacyjnego tj. Suntar Professional Services Sp. z o.o. W przypadku dostawy referencyjnej operator telekomunikacyjny udostępniał sygnał internetowy dla obsługi z jego punktu widzenia jednego systemu telefonii internetowej dla różnych użytkowników końcowych i w tym przypadku był również podmiotem zarządzającym jednym systemem na rzecz trzech odrębnych użytkowników, u których zainstalowano, wdrożono system i jednocześnie zamontowano urządzenia nie będące własnością ani nie oddane im do korzystania. Wszystkie urządzenia składające się na system zakupione zostały pierwotnie przez Przystępującego, sprzedane leasingodawcy i oddane Przystępującemu jako leasingobiorcy w leasing do korzystania, utrzymania i serwisowania. W tym przypadku użytkownik ostateczny był jedynie uprawniony do ich użytkowania za zgodą leasingodawcy wyrażoną w umowie leasingu zawartej przez leasingodawcę z leasingobiorcą.

Izba zwraca uwagę raz jeszcze, że Ustawa ani SWZ nie zawiera definicji systemu telefonii informatycznej a Zamawiający posługuje się różnymi terminami. Na przykład platforma telekomunikacyjna, platforma usług telekomunikacyjnych, system telefonii VoIP, (opisując przedmiot zamówienia wskazuje, że jest nim: „dostawa kompletnej Platformy Telekomunikacyjnej służącej do komunikacji głosowej, zawierającej wszystkie niezbędne do jej funkcjonowania elementy, czyli Dostawa z wdrożeniem i wsparciem serwisowym platformy usług telekomunikacyjnych wraz z dostawą urządzeń na potrzeby telefonii stacjonarnej dla Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego Jana Pawła II z podziałem na 3 części. 2. Szczegółowy opis parametrów technicznych oraz wymagań Zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia dla części 1 i dla części 2 i dla części 3 został zawarty odpowiednio w Załącznikach nr 1.1, 1.2 i 1.3 do SWZ:Część 1 Dostawa łącz: SIP trunk oraz PRA wraz z utrzymaniem i wsparciem serwisowym, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 1.1 do SWZ. Część 2 Dostawa wraz z wdrożeniem i utrzymaniem systemu telefonii VoIP wraz z dostawą niezbędnej infrastruktury technicznej w tym serwerów – central telefonii VoIP i aparatów telefonicznych VoIP, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 1.2 do SWZ,Część 3 Dostawa przełączników sieciowych wraz z kontraktem serwisowym, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartego w załączniku nr 1.3 do SWZ.” Zamawiający doprecyzował zakres oczekiwanej dostawy poprzez opis oczekiwanego asortymentu i funkcjonalności w opisie przedmiotu zamówienia części 2 postępowania tj. „systemu telefonii VoIP wraz z dostawą niezbędnej infrastruktury technicznej w tym serwerów – central telefonii VoIP i aparatów telefonicznych VoIP” gdzie zaznaczył, że oczekuje dostarczenia na czas trwania umowy „Systemu Usług Telekomunikacyjnych zwanych dalej Systemem.”

Izba stwierdza, że pojęcie „systemu telefonii internetowej” jest pojemne. Brak jest ustawowej, zawartej w SWZ czy też branżowej i będącej powszechną jego definicji, która przesądzałaby jednoznacznie o tym czy mamy do czynienia z jedną czy wieloma dostawami systemu w zależności od tego, przez jaki podmiot lub na rzecz jakich podmiotów, w tym z uwzględnieniem wielości możliwych powiązań prawnych lub faktycznych odbiorców, sposobów konfiguracji i celu wdrożenia, jest realizowana.

System może być konfigurowany w różnorodny sposób, w zależności od potrzeb zamawiającego. System może być zarządzany z poziomu zamawiającego, wykonawcy lub podmiotu trzeciego np. przedsiębiorcy telekomunikacyjnego. Różnorodność systemu – jego konfiguracji, stopnia rozbudowania, powiązania lub nie pomiędzy różnymi lokalizacjami

serwerów i skomunikowania lub nie z różnego typu sieciami istniejącymi u zamawiającego lub podmiotu zewnętrznego – rodzi w ocenie Izby wątpliwości, co do możliwości rozgraniczenia w każdej sytuacji świadczenia polegającego na dostawie wraz z wdrożeniem usługi telekomunikacji internetowej do różnych lokalizacji wyłącznie w oparciu o kryterium stopnia powiązania jednostek / podmiotów, na rzecz których wykonywana jest dostawa, celu dostawy i wdrożenia systemu czy też tego na zlecenie jakiej jednostki lub jednostek jest wykonywana. Nie rozwiewa tutaj tych wątpliwości treść SWZ. Wątpliwości mogą być rozstrzygane na korzyść jednej lub drugiej strony.W Postepowaniu w ocenie Izby, nie sposób postawić Odwołującemu zarzutu niedbalstwa w zakresie oceny czy też sposobu rozumienia pojęcia systemu właśnie ze względu na brak jego definiowalności i dopuszczalnej w ocenie Izby wykładni warunku SWZ i zamówienia referencyjnego z punktu widzenia wykonawcy realizującego daną dostawę z wdrożeniem. Izba stoi na stanowisku, że niejednoznaczność zapisów SWZ nie może powodować negatywnych skutków dla wykonawców a wątpliwości powinny być, co do zasady, rozstrzygane na ich korzyść.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający nie wskazał żadnego oprócz faktu realizacji zamówienia na rzecz odrębnych użytkowników końcowych argumentu przemawiającego za tym, by przyjąć, że konfiguracja danego systemu – w zależności od tego czy realizowany jest na zamówienie lub na rzecz jednego podmiotu z wielością lokalizacji i jednostek / oddziałów jako użytkowników końcowych – korzystających z systemu albo na rzecz różnych odrębnych podmiotów miała jakikolwiek wpływ na sposób realizacji świadczenia, który mógłby stanowić o nabyciu wymaganego i oczekiwanego od wykonawcy doświadczenia. Kwestia ta w ogóle nie była przedmiotem analizy Zamawiającego. Stąd Izba dodatkowo stwierdza, że brak jest podstaw do uznania, by sposób konfiguracji systemu dla jednego albo wielu odrębnych podmiotów przy istnieniu różnych lokalizacji urządzeń i odbiorców końcowych w ramach jednego albo wielu odrębnych podmiotów był istotny z punktu widzenia Zamawiającego czemu ten dałby wyraz w SWZ i w konsekwencji w decyzji o odrzuceniu oferty.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt. 2 zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący ...……..