

Sygn. akt: KIO 1486/20

**WYROK**  
z dnia 13 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 13 sierpnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lipca 2020r. przez **wykonawcę Spire spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Królewska 65A/1** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Pamięci Narodowej – Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu z siedzibą w Warszawie, ul. Wołoska 7**

przy udziale **M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.Telecom M. S. z siedzibą w Złotokłosie, ul. Topolowa 27** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1a. umarza postępowanie w zakresie zarzutów:**

- 1. art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1a ustawy w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez ustanowienie innego poziomu zdolności zawodowych dla wykonawców, którzy zakończyli już wykonywanie usług oraz dla wykonawców, którzy w dalszym ciągu wykonują usługi w dniu składania ofert w tj. w zakresie rozdz. VII pkt. 1 ppkt. 1 \* siwz;**
- 2. art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w załączniku 3 rozdz. I pkt. 6 i 8 w sposób utrudniający uczciwą konkurencję wskazany w uzasadnieniu odwołania;**

- wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w części,

**1b. oddała odwołanie w pozostałym zakresie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Spire spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Królewska 65A/1 i:**

2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Spire spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Królewska 65A/1** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę telefonii stacjonarnej dla Centrali IPN zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 czerwca 2020r. za numerem 2020/S 119-289449.

W dniu 2 lipca 2020r. wykonawca Spire spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie wobec treści siwz. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 3 lutego 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w odpisie z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 2 lipca 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

3. art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1a ustawy w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez ustanowienie innego poziomu zdolności zawodowych dla wykonawców, którzy zakończyli już wykonywanie usług oraz dla wykonawców, którzy w dalszym ciągu wykonują usługi w dniu składania ofert;
4. art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję wskazany w uzasadnieniu odwołania;
5. art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy przez ustalenie kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, realizujące się w nieuzasadnionym potrzebami zamawiającego ani innym obiektywnie ustalonym czynnikiem, wymagania spójnej platformy rozumianej jako konieczność zaoferowania nagrywarki pochodzącej od tego samego producenta co pozostałe kluczowe komponenty Systemu Telekomunikacyjnego (aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami);

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu, aby dokonał modyfikacji treści SIWZ i Ogłoszenia w sposób wskazany w treści uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu odwołujący zamierza złożyć ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych- warunków zamówienia oraz pozwala w sposób obiektywny konkurować z innymi wykonawcami, którzy złożą ofertę w postępowaniu.

Ponadto odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów

ustawy odwołujący poniósł szkodę. Gdyby zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji warunki udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert określone w SIWZ pozwalałyby na obiektywne konkutowanie wykonawców w postępowaniu. Poprzez zaniechanie dokonania powyższych czynności zamawiający doprowadził do sytuacji, w której odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*).

Odwołujący wskazał ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 ustawy Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

Odwołujący podniósł, że w rozdziale VII ust. 1 pkt 1 SIWZ zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 2, a w szczególności wykażą się odpowiednią zdolnością techniczną, tj. wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej trzy (3) zamówienia odpowiadające swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, tj. polegające na świadczeniu usług telefonii stacjonarnej (każda na podstawie odrębnej umowy) - każda o wartości nie mniejszej niż 400 000,00 zł brutto. Jednocześnie zamawiający postanowił, że w przypadku zamówień, które są w trakcie realizacji - do dnia składania ofert winny być one zrealizowane na kwotę minimum 200 000,00 zł brutto, a umowa winna być zawarta na kwotę min. 400 000,00 zł brutto.

Wymagania powyższe zostały utrzymane przez zamawiającego w ramach wyjaśnień z dnia 01 lipca 2020 r.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Nie powinno ulegać wątpliwości, że ustalając warunki udziału w postępowaniu zamawiający zobowiązany jest zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ocenie odwołującego zasady wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy wymagają, aby dla każdego z wykonawców ustanowione zostały te same poziomy wymaganych zdolności.

W ocenie odwołującego nie do pogodzenia z zasadami wynikającymi z art. 7 ust. 1 ustawy jest dopuszczenie do sytuacji, w której w przypadku zamówień będących w trakcie realizacji zamawiający ustanawiał niższe poziomy wymaganych zdolności technicznych.

Odwołujący wniósł o dokonać zmiany treści SIWZ oraz Ogłoszenia przez wykreślenie:

„w przypadku zamówień, które są w trakcie realizacji - do dnia składania ofert winny być one

zrealizowane na kwotę minimum 200 000,00 zł brutto, a umowa winna być zawarta na kwotę min. 400 000,00 zł brutto."

W ocenie odwołującego szereg zapisów wskazanych w treści Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz formularza oferty w sposób istotny ogranicza uczciwą konkurencję w postępowaniu wskazując na wymagania, które w żaden sposób nie znajdują uzasadnienia w obiektywnych potrzebach zamawiającego. Odwołujący kwestionuje następujące zapisy:

a) „Zamawiający wymaga, aby dostarczone aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, zestawy telefonii bezprzewodowej DECT, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami oraz pozostałe aplikacje pochodziły od tego samego producenta. Zamawiający dopuszcza, aby serwer, na którym zainstalowane będzie oprogramowanie Systemu Telekomunikacyjnego, bramki VoIP oraz rozwiązanie do nagrywania pochodziły od innych producentów.

W ocenie odwołującego pozbawione podstaw prawnych jest wymaganie aby dostarczone aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, zestawy telefonii bezprzewodowej DECT, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami oraz pozostałe aplikacje pochodziła od tego samego producenta. W ocenie odwołującego wymaganie takiego rozwiązania prowadzi do ograniczenia konkurencji w postępowaniu do wybranego grona potencjalnych wykonawców, a po bardziej szczegółowej analizie odnoszącej się do sytuacji rynkowej (oraz w zakresie wszystkich podniesionych zarzutów) tak naprawdę ogranicza ją do jednego producenta z realną szansą na złożenie oferty najkorzystniejszej (wykonawcy obecnie realizującego usługę dla zamawiającego). W ocenie odwołującego zaskarżone zapisy eliminują z możliwości realnego konkurowania profesjonalne podmioty, o ugruntowanej pozycji rynkowej, które mogłyby złożyć najkorzystniejszą ofertę w przypadku innego brzmienia kwestionowanych wymagań, w szczególności w sytuacji kiedy producenci wzajemnie certyfikują współpracujące ze sobą urządzenia co z perspektywy zamawiającego nie przynosi jakichkolwiek negatywnych skutków poza dopuszczeniem realnej konkurencji, a nie przygotowaniem postępowania celem dalszego wyboru podmiotu obecnie świadczącego usługi na rzecz zamawiającego.

Wniósł, aby zamawiający dokonał zmiany kwestionowanej treści SIWZ i nadanie jej brzmienia: „Zamawiający wymaga, aby dostarczone aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, zestawy telefonii bezprzewodowej DECT, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami oraz pozostałe aplikacje pochodziły od tego samego producenta lub aby producenci wskazanych elementów Systemu Telekomunikacyjnego wzajemnie certyfikowali współpracę zaoferowanych urządzeń i aplikacji. Zamawiający dopuszcza, aby serwer, na którym zainstalowane będzie oprogramowanie Systemu Telekomunikacyjnego, bramki VoIP oraz rozwiązanie do nagrywania pochodziły od innych producentów.".

b) „System Telekomunikacyjny musi być wolny od wad technicznych, prawnych i formalnych,

m.in. nie może być wcześniej zarejestrowany na żadnego innego klienta w bazie klientów producenta Systemu Telekomunikacyjnego. Przez producenta Systemu Telekomunikacyjnego należy rozumieć producenta kluczowych elementów zamówienia: aparatów telefonicznych, przystawek do telefonów, zestawów telefonii bezprzewodowej DECT, bram głosowych oraz oprogramowania sterującego połączeniami."

W ocenie odwołującego pozbawione podstaw prawnych jest wymaganie, aby dostarczony System Telekomunikacyjny, mimo dopuszczenia sprzętu używanego, nie mógł być wcześniej zarejestrowany na innego klienta w bazie klientów producenta Systemu Telekomunikacyjnego. W ocenie odwołującego wymaganie takiego rozwiązania prowadzi do ograniczenia konkurencji w postępowaniu do jednego wykonawcy z realną szansą na złożenie oferty najkorzystniejszej (wykonawcy obecnie realizującego usługę dla zamawiającego). Zaakceptowanie takiego zapisu powoduje, że wszyscy potencjalni wykonawcy muszą zaoferować fabrycznie nowy sprzęt, zaś jedynie wykonawca obecnie świadczący usługi na rzecz zamawiającego może zaoferować sprzęt używany. W ocenie odwołującego zaskarżone zapisy eliminują z możliwości realnego konkurowania profesjonalne podmioty, o ugruntowanej pozycji rynkowej, które mogłyby złożyć najkorzystniejszą ofertę w przypadku innego brzmienia kwestionowanych wymagań, w szczególności w sytuacji wykreślenia kwestionowanego zapisu, co w żaden sposób nie wpłynie negatywnie na świadczenie usług na rzecz zamawiającego.

Wniósł o to aby zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ przez wykreślenie zapisu: „m.in. nie może być wcześniej zarejestrowany na żadnego innego klienta w bazie klientów producenta Systemu Telekomunikacyjnego. Przez producenta Systemu Telekomunikacyjnego należy rozumieć producenta kluczowych elementów zamówienia: aparatów telefonicznych, przystawek do telefonów, zestawów telefonii bezprzewodowej DECT, bram głosowych oraz oprogramowania sterującego połączeniami."

W rozdziale XV pkt 2 SIWZ Zamawiający ustanowił jedno z kryteriów oceny oferty Jakość platformy" wskazując, że

„Punkty w tym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

Wykonawca, który w ramach realizacji zamówienia zaoferuje spójną i energooszczędną platformę - otrzyma 30 pkt • wykonawca, który w ramach realizacji zamówienia nie zaoferuje spójnej i energooszczędnej platformy - otrzyma 0 pkt Przez zaoferowanie energooszczędnej platformy należy rozumieć zaoferowanie Telefonów Systemowych „TYP A” sklasyfikowanych (zapotrzebowanie na moc): klasa 1 w standardzie 802.3af. Przez zaoferowanie spójnej platformy należy rozumieć zaoferowanie nagrywarki realizującej funkcję nagrywania rozmów, pochodzącej od tego samego producenta co pozostałe kluczowe komponenty Systemu Telekomunikacyjnego (aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami) oraz pozwalającej na dostęp z poziomu głównej

konsoli administracyjnej Systemu Telekomunikacyjnego bez konieczności dodatkowego poświadczenia.

W ocenie odwołującego pozbawione podstaw prawnych jest wymaganie aby nagrywarka pochodziła od tego samego producenta co pozostałe kluczowe komponenty Systemu Telekomunikacyjnego (aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami).

W ocenie odwołującego promowanie maksymalną ilością punktów rozwiązania w postaci pochodzenia nagrywarki od tego samego producenta co pozostałe kluczowe komponenty Systemu Telekomunikacyjnego prowadzi do ograniczenia konkurencji w postępowaniu do wybranego grona potencjalnych wykonawców, a po bardziej szczegółowej analizie odnoszącej się do sytuacji rynkowej tak naprawdę ogranicza ją do jednego producenta z realną szansą na złożenie oferty najkorzystniejszej (wykonawcy obecnie realizującego usługę dla zamawiającego). W ocenie odwołującego ustanowione kryteria w powiązaniu z wszystkimi wymaganiami Opisu Przedmiotu Zamówienia eliminują z możliwości realnego konkutowania profesjonalne podmioty, o ugruntowanej pozycji rynkowej, które mogłyby złożyć najkorzystniejszą ofertę w przypadku innego brzmienia kwestionowanych kryteriów oceny ofert, w szczególności w sytuacji kiedy producent kluczowych komponentów Systemu Telekomunikacyjnego certyfikuje nagrywarki innych producentów, pozwalając na dostęp z poziomu głównej konsoli administracyjnej Systemu Telekomunikacyjnego.

Odwołujący podkreślił, że o ile istotą kryteriów oceny ofert innych niż cena jest przyznanie dodatkowej punktacji rozwiązaniu preferowanemu przez danego zamawiającego, o tyle należy mieć na uwadze, że promowanie danego rozwiązania musi znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach zamawiającego i nie może naruszać zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu o zamówienie publiczne.

Wniósł o to, aby zamawiający dokonał zmiany treści SIWZ przez nadanie brzmienia kryterium „Jakość platformy”:

„Punkty w tym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

Wykonawca, który w ramach realizacji zamówienia zaoferuje spójną energooszczędną platformę - otrzyma 30 pkt • Wykonawca, który w ramach realizacji zamówienia nie zaoferuje spójnej i energooszczędnej platformy - otrzyma 0 pkt Przez zaoferowanie energooszczędnej platformy należy rozumieć zaoferowanie Telefonów Systemowych „TYP A” sklasyfikowanych (zapotrzebowanie na moc): klasa 1 w standardzie 802.3af. Przez zaoferowanie spójnej platformy należy rozumieć zaoferowanie nagrywarki realizującej funkcję nagrywania rozmów, pochodzącej od tego samego producenta co pozostałe kluczowe komponenty Systemu Telekomunikacyjnego (aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami) lub certyfikowanej przez producenta pozostałych kluczowych komponentów Systemu Telekomunikacyjnego (aparaty telefoniczne, przystawki

do telefonów; bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami) oraz pozwalającej na dostęp z poziomu głównej konsoli administracyjnej Systemu Telekomunikacyjnego bez konieczności dodatkowego poświadczenia.

W dniu 3 lipca 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 6 lipca 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M.Telecom M. S. z siedzibą w Złotokłosie, ul. Topolowa 27 wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego polegający na utrzymaniu zaskarżonych postanowień siwz, bo są one dla niego korzystne i umożliwiają mu złożenie oferty. Przystępujący spełnia wszystkie wymagania zamawiającego i zamierza złożyć ofertę, a zaproponowane rozwiązania są zgodne z przepisami ustawy, obiektywnie uzasadnionymi potrzebami i pozwalają przystępującemu ubiegać się o zamówienie. W ocenie przystępującego wymagania zamawiającego nie ograniczają konkurencyjności, ale umożliwiają zaoferowanie sprzętu lepszej jakości w pełni kompatybilnego pomiędzy poszczególnymi komponentami systemu telekomunikacyjnego i są na poziomie usprawiedliwionym dbałością o jakość oferowanego sprzętu i rzetelność wykonania zamówienia. Przedmiot umowy dotyczy telefonii stacjonarnej, dzięki której pracownicy zamawiającego mogą realizować swoje obowiązki bez konieczności bezpośredniego kontaktu z innymi osobami. Rozwiązania oparte o kluczowe komponenty jednego producenta oferują dużo wyższy poziom jakości niezawodności i bezobsługowości. Zgłoszenie zostało wniesione przez właściciela firmy. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 6 lipca 2020r.

Izba wykonała czynności formalnoprawne i sprawdzające zostały przez Izbę wykonane w dniu 8 lipca 2020r., co potwierdza wydane postanowienie.

W dniu 15 lipca 2020r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie i uwzględnił zarzut nr I oraz nr II lit. a) i lit. b) podniesione w w/w odwołaniu.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem nr III, przedstawionym przez odwołującego w odwołaniu, o którym mowa powyżej.

Tym samym, zamawiający pismem z dnia 9 lipca 2020 r. (znak pisma: BAG-V4280-40(26)/20) dokonał modyfikacji treści SIWZ.

Zamawiający uwzględnił zarzut nr I odwołującego i dokonał modyfikacji treści Rozdziału VII ust. 1 pkt 1 SIWZ polegającej na wykreśleniu „\* w przypadku zamówień, które są w trakcie realizacji — do dnia składania ofert winny być one zrealizowane na kwotę minimum 200 000,00 zł brutto, a umowa winna być zawarta na kwotę min. 400 000,00 zł. brutto”



Mając jednak na uwadze fakt, że obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie sprawnej realizacji swojego zadania, a bez podmiotu doświadczonego często będzie to niemożliwe lub bardzo trudne, a okres realizacji przedmiotowego zamówienia wynosi 3 lata od dnia podpisania umowy, zamawiający doprecyzował, warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy nadając mu następujące brzmienie:

„I. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, a w szczególności:

1) wykażą się odpowiednią zdolnością techniczną, tj. wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie co najmniej trzech (3) zamówień odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zamówienia, tj. polegających na świadczeniu usług telefonii stacjonarnej (każda na podstawie odrębnej umowy) - każda o wartości nie mniejszej niż 400 000,00 zł brutto\*.

\* w przypadku zamówień, które są w trakcie realizacji — do dnia składania ofert winny być one zrealizowane przez okres minimum 12 miesięcy.”

Zamawiający uwzględnił zarzut nr II lit. a) odwołującego, dokonując stosownej modyfikacji treści Opisu przedmiotu zamówienia (Rozdział I ust. 6) zgodnie z żądaniem odwołującego:

Załącznik nr 3 do SIWZ — Opis przedmiotu zamówienia - Rozdział I ust. 6

6. Zamawiający wymaga, aby dostarczone aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, zestawy telefonii bezprzewodowej DECT, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami oraz pozostałe aplikacje pochodziły od tego samego producenta. Zamawiający dopuszcza, aby serwer, na którym zainstalowane będzie oprogramowanie Systemu Telekomunikacyjnego, bramki VoIP oraz rozwiązanie do nagrywania pochodziły od innych producentów.

Jest:

6. Zamawiający wymaga, aby dostarczone aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, zestawy telefonii bezprzewodowej DECT, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami oraz pozostałe aplikacje pochodziły od tego samego producenta lub aby producenci wskazanych elementów Systemu Telekomunikacyjnego wzajemnie certyfikowali współpracę zaoferowanych urządzeń i aplikacji. Zamawiający dopuszcza, aby serwer, na którym zainstalowane będzie oprogramowanie Systemu Telekomunikacyjnego, bramki VoIP oraz rozwiązanie do nagrywania pochodziły od innych producentów. ”

Zamawiający uwzględnił zarzut nr II lit. b) odwołującego i tym samym dokonał zmiany treści Załącznika nr 3 do SIWZ, tj. Opisu przedmiotu zamówienia - Rozdział I ust. 8 polegającej na wykreśleniu, zgodnie z żądaniem odwołującego, następującego zapisu: „m.in. nie może być wcześniej zarejestrowany na żadnego innego klienta w bazie klientów producenta Systemu Telekomunikacyjnego. Przez producenta Systemu Telekomunikacyjnego należy rozumieć

producenta kluczowych elementów zamówienia: aparatów telefonicznych, przystawek do telefonów, zestawów telefonii bezprzewodowej DECT, bram głosowych oraz oprogramowania sterującego połączeniami. ”

Niemniej jednak, zamawiający wskazał, iż nietrafione jest stwierdzenie odwołującego, jakoby zamawiający miał faworyzować wykonawcę realizującego obecnie usługę telefonii stacjonarnej dla zamawiającego, ponieważ w myśl Rozdziału I ust. 5 Opisu przedmiotu zamówienia „Zamawiający wymaga, by dostarczone urządzenia były fabrycznie nowe, nieużywane wyprodukowane nie wcześniej niż 12 miesięcy przed ich dostarczeniem”. Wymaganie to odnosi się do wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

W odniesieniu do przedmiotowego zarzutu III oraz mając na uwadze treść modyfikacji SIWZ, o której mowa w odniesieniu do zarzutu nr II lit. a), zamawiający wskazał, że dopuścił aby kluczowe komponenty Systemu Telekomunikacyjnego, tj.:

aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, zestawy telefonii bezprzewodowej DECT, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami oraz pozostałe aplikacje pochodziły od tego samego producenta lub aby producenci wskazanych wyżej elementów wzajemnie certyfikowali współpracę zaoferowanych urządzeń i aplikacji.

Wbrew zarzutowi odwołującego, wykonawcy nie są zobligowani do zaoferowania nagrywarki pochodzącej od tego samego producenta, co pozostałe kluczowe komponenty Systemu Telekomunikacyjnego. Natomiast, jak najbardziej zasadne i uprawione jest wskazanie, iż zamawiający w ramach poza-cenowego kryterium oceny ofert, odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, jakim jest „Jakość platformy”, będzie przyznawał punkty jedynie tym wykonawcom, którzy zaoferują spójną i energooszczędną platformę, tzn. taką, w której w szczególności nagrywarka, realizująca funkcję nagrywania rozmów i pozwalająca na dostęp z poziomu głównej konsoli administracyjnej Systemu Telekomunikacyjnego bez konieczności dodatkowego poświadczania oraz kluczowe komponenty Systemu Telekomunikacyjnego, (aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, zestawy telefonii bezprzewodowej DECT, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami oraz pozostałe aplikacje) będą pochodziły od tego samego producenta.

W dniu 4 sierpnia 2020r. Izba skierowała do stron i uczestnika postępowania wezwanie z wyznaczonym na dzień 13 sierpnia 2020r. terminem posiedzenia z udziałem stron.

Odwołujący potwierdził otrzymanie wezwania w dniu 4 sierpnia 2020r., a przystępujący w dniu 5 sierpnia 2020r. Tym samym obaj zostali powiadomieni o terminie w sposób prawidłowy.

Odwołujący nie złożył oświadczenia o cofnięciu zarzutów nieuwzględnionych i nie stawił się na posiedzeniu. Stawiennictwo nie jest obowiązkowe.

Przystępujący nie stawiał się na terminie posiedzenia, ani nie złożył oświadczenia o wniesieniu sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia zarzutów odwołania. Stawiennictwo nie jest obowiązkowe.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania w zakresie spornym pomiędzy stronami tj. treści siwz wraz z jej wyjaśnieniami i modyfikacjami.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, że sporne pomiędzy stronami pozostaje wymaganie siwz:

XV. OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYBORZE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM ZNACZENIA TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT (art. 36 ust. 1 pkt 13 Pzp)

#### **2) JAKOŚĆ PLATFORMY (J):**

Punkty w tym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

- Wykonawca, który w ramach realizacji zamówienia zaoferuje spójną i energooszczędną platformę – otrzyma 30 pkt
- Wykonawca, który w ramach realizacji zamówienia nie zaoferuje spójnej i energooszczędnej platformy – otrzyma 0 pkt

Przez zaoferowanie energooszczędnej platformy należy rozumieć zaoferowanie Telefonów Systemowych „TYP A” sklasyfikowanych (zapotrzebowanie na moc): klasa 1 w standardzie 802.3af. Przez zaoferowanie spójnej platformy należy rozumieć zaoferowanie nagrywarki realizującej funkcję nagrywania rozmów, pochodzącej od tego samego producenta co pozostałe kluczowe komponenty Systemu Telekomunikacyjnego (aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami) oraz pozwalającej na dostęp z poziomu głównej konsoli administracyjnej Systemu Telekomunikacyjnego bez konieczności dodatkowego poświadczenia.

W wyjaśnieniach z 9 lipca 2020r. zamawiający wyjaśnił:

Rozdz. XV pkt 2. siwz:

BYŁO:

#### **2) JAKOŚĆ PLATFORMY (J):**

Punkty w tym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

- Wykonawca, który w ramach realizacji zamówienia zaoferuje spójną i energooszczędną platformę — otrzyma 30 pkt
- Wykonawca, który w ramach realizacji zamówienia nie zaoferuje spójnej i energooszczędnej platformy — otrzyma 0 pkt

Przez zaferowanie energooszczędnej platformy należy rozumieć zaferowanie Telefonów Systemowych „TYP A” sklasyfikowanych (zapotrzebowanie na moc): klasa 1 w standardzie 802.3af.

Przez zaferowanie spójnej platformy należy rozumieć zaferowanie nagrywarki realizującej funkcję nagrywania rozmów, pochodzącej od tego samego producenta co pozostałe kluczowe komponenty Systemu Telekomunikacyjnego (aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami) oraz pozwalającej na dostęp z poziomu głównej konsoli administracyjnej Systemu Telekomunikacyjnego bez konieczności dodatkowego poświadczenia.

POWINNO BYĆ:

2) JAKOŚĆ PLATFORMY (J):

Punkty w tym kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

Wykonawca, który w ramach realizacji zamówienia zaferuje spójną i energooszczędną platformę — otrzyma 30 pkt

Wykonawca, który w ramach realizacji zamówienia nie zaferuje spójnej i energooszczędną platformę — otrzyma 0 pkt

Uwaga!

Energooszczędna platforma oznacza: Telefony Systemowe „TYP A” sklasyfikowane (zapotrzebowanie na moc): klasa 1 w standardzie 802.3af.

Spójna platforma oznacza że:

nagrywarka realizująca funkcję nagrywania rozmów i pozwalająca na dostęp z poziomu głównej konsoli administracyjnej Systemu Telekomunikacyjnego bez konieczności dodatkowego poświadczenia oraz kluczowe komponenty Systemu Telekomunikacyjnego, (aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, zestawy telefonii bezprzewodowej DECT, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące połączeniami oraz pozostałe aplikacje) pochodzą od tego samego producenta.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał spełnienie przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1a ustawy w

zw. z art. 22d ust. 1 ustawy przez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez ustanowienie innego poziomu zdolności zawodowych dla wykonawców, którzy zakończyli już wykonywanie usług oraz dla wykonawców, którzy w dalszym ciągu wykonują usługi w dniu składania ofert

oraz

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję wskazany w uzasadnieniu odwołania

Zarzuty zostały uwzględnione przez zamawiającego, a przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia częściowego odwołania. Izba umorzyła postępowanie w zakresie tych zarzutów działając na podstawie art. 186 ust. 4 a ustawy, gdyż zamawiający uwzględnił te zarzuty częściowe, a przystępujący po jego stronie wykonawca nie wniósł sprzeciwu. Wprawdzie taka sytuacja nie jest wprost regulowana treścią art. 186 ust. 4a ustawy, który reguluje jedynie sytuację braku przystępującego po stronie zamawiającego, to jednak brak sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutu częściowego, także w ocenie Izby usuwa spór pomiędzy stronami i prowadzi do umorzenia częściowego odwołania. Biorąc pod uwagę, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, to rozumując a contrario Izba obowiązana jest rozstrzygnąć co do wszystkich zarzutów zawartych w odwołaniu. Tym samym nie może pozostawić zarzutu bez decyzji. Podsumowując, aby rozstrzygnięcie było poprawne i kompletne Izba nie może nie wypowiedzieć się, co stało się w toku postępowania odwoławczego z którymś z zarzutów. W przedmiotowej sprawie dwa zarzuty zostały uwzględnione bez sprzeciwu, a w konsekwencji Izba wydała orzeczenie o umorzeniu postępowania w tej części, co znalazło swój wyraz w pkt. 1 sentencji. Izba wzięła również pod uwagę to, że zamawiający dokonał zmiany treści siwz wychodząc naprzeciw oczekiwaniom odwołującego w zakresie zarzutów uwzględnionych.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 i 2 ustawy przez ustalenie kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, realizujące się w nieuzasadnionym potrzebami zamawiającego ani innym obiektywnie ustalonym czynnikiem, wymagania spójnej platformy rozumianej jako konieczność zaoferowania nagrywarki pochodzącej od tego samego producenta co pozostałe kluczowe komponenty Systemu Telekomunikacyjnego (aparaty telefoniczne, przystawki do telefonów, bramy głosowe, oprogramowanie sterujące

połączeniami)

Zarzut nie potwierdził się. Kryteria oceny ofert służą do oceny wykonawców. Ocena ta może być oceną jedynie przez pryzmat oszczędności wykonania przedmiotu zamówienia czyli przy zastosowaniu kryterium cenowego albo przez pryzmat efektywności czyli stosunku jakości do ceny. W przedmiotowej sprawie zamawiający zdecydował się skorzystać z oceny efektywności złożonych ofert formułując kryteria odnoszące się nie tylko do ceny, ale także do jakości. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie podkreślał, że ustanowione kryterium jakościowe daje mu szansę na pozyskanie zamówienia zapewniającego 100 % kompatybilność i bezawaryjność systemu. W ocenie Izby kryterium sformułowane przez zamawiającego nie przekreśla szans wykonawców oferujących komponenty systemu pochodzące od różnych producentów, mogą oni złożyć ważną ofertę, ale będą oni musieli konkurować ceną, tak aby wyrównać zamawiającemu ryzyko ewentualnego awaryjnego działania systemu, czy gorszej wydajności systemu złożonego z komponentów różnych producentów. W ocenie Izby argumenty podane przez zamawiającego świadczą o jego obiektywnych potrzebach. Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że tylko wykonawca dotychczas świadczący usługi dla zamawiającego jest uzyskać maksymalną ilość punktów w kryterium jakościowym. Nie uprawdopodobnił także, iż pozostali potencjalni wykonawcy, znani odwołującemu z rynku mogą oprzeć swoje rozwiązania wyłącznie o komponenty pochodzące od różnych producentów, a nie są w stanie uzyskać takiej przewagi punktowej w pozostałych kryteriach oceny ofert, aby móc realnie konkurować z wykonawcą składającym ofertę na komponentach tego samego producenta. Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Odwołujący jednak poza twierdzeniami zawartymi w odwołaniu nie podjął się jakiegokolwiek próby ich dowiedzenia. Z tego względu odwołanie w zakresie wskazanego zarzutu należało oddalić.

Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) obciążając odwołującego kosztami wpisu, zamawiający nie zgłaszał wniosku o zasądzenie kosztów postępowania.

**Przewodniczący:** .....