

**WYROK**  
**z dnia 9 lipca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2018 r. przez wykonawcę: Enter T&T Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Izbą Administracji Skarbowej w Poznaniu

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: INEA Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 518 zł 20 gr (słownie: pięćset osiemnaście złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej dla Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu oraz podległych jednostek na terenie województwa wielkopolskiego” (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 10 maja 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 556095-N-2018.

I. W dniu 25 czerwca 2018 r. wykonawca Enter T&T Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie z postępowania Odwołującego, mimo że wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- uchylenie skutków prawnych zaskarżonej czynności poprzez unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym oferty złożonej przez Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Odwołujący w wykazie wykonanych usług, na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu określonego w Rozdziale 5 ust. 5.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej także jako „SIWZ”), wskazał 3 usługi, tj.:

1. usługę wykonaną na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Katowicach;
2. usługę wykonaną na rzecz Peoplefone Polska S.A.;
3. usługę wykonaną na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu.

Dla pierwszej jak i drugiej usługi wskazanej w wykazie usług referencje zostały wystawione po ich wykonaniu. Jedynie dla usługi wskazanej w pozycji 3 wykazu usług, referencja ta została wystawiona przez Zamawiającego po terminie składania ofert, tj. dnia 05 czerwca 2018 roku.

Zamawiający w treści informacji o wykluczeniu Odwołującego wskazuje, że *„w przypadku usług nadal wykonywanych, dowód należytego wykonania powinien być wydany nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.”* W poprzednio obowiązujących przepisach, w przypadku gdy Zamawiający był podmiotem, na rzecz którego usługi wskazane w wykazie, zostały wcześniej wykonane, wykonawca nie miał obowiązku przedkładania dowodów - poświadczeń bądź referencji. Przepis ten został zastąpiony § 10 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), zgodnie z którym *w przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art 97 ust. 1 ustawy, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne.*

Z uwagi na powyższe, Zamawiający nie miał prawa kwestionować referencji wystawionych przez siebie po terminie składania ofert. Jeśli Zamawiający posiada wiedzę, że dana usługa jest wykonywana należycie przez Odwołującego, to nie ma prawa ich wymagać czy też ich kwestionować - zwłaszcza wystawionych po terminie składania ofert. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że nie muszą to być tylko i wyłącznie oświadczenia lub dokumenty przechowywane przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem ustawodawca w treści § 10 ust. 2 zacytowanego Rozporządzenia wprowadził słowo „w szczególności” co oznacza, że oświadczenia lub dokumenty mogą być przechowywane również w inny sposób. Skoro Zamawiający jest autorem referencji (poświadczeń) i się pod

nimi „podpisuje”, to równie dobrze może z nich korzystać, ponieważ znajdują się one w posiadaniu Zamawiającego.

Zamawiający w treści warunku udziału w Postępowaniu wskazał, że nie dopuszcza możliwości sumowania wartości wykonywanych usług realizowanych w ramach kilku (wielu umów), w celu uzyskania wartości wymaganych dla wykazania spełnienia niniejszego warunku udziału w Postępowaniu. Wskazać jednak należy, że Zamawiający nie wprowadził ograniczenia co do swobody realizacji zamówienia w ramach kilku różnych umów. W ocenie Odwołującego, Zamawiającemu zapewne chodziło o to, aby usługi nie były wykonywane na rzecz różnych zamawiających. W przypadku Odwołującego jest to jedna i ta sama usługa wykonywana na rzecz jednego zamawiającego, tj. Izby Skarbowej w Katowicach, gdzie łączna wartość tych samych umów przekracza wartość 100.000 PLN brutto. Tym samym wskazać należy, że w ocenie Odwołującego warunek powinien zostać uznany za spełniony. Zasadnym byłoby wykluczenie Odwołującego, gdyby usługi te zostały wykonane na rzecz różnych podmiotów (zamawiających) i łączna wartość tych usług przekraczałaby 100.000 PLN brutto.

Wymagana przez Zamawiającego wartość usługi telekomunikacyjnej w zakresie telefonii stacjonarnej obejmuje opłaty abonamentowe (w tym także ewentualne koszty usług dodatkowych) oraz opłaty za wykonane połączenia. Do wymaganej wartości usługi nie wlicza się ewentualnych kosztów dzierżawy / najmu / leasingu / dostawy urządzeń telekomunikacyjnych ponoszonych przez nabywcę usługi oraz usług telekomunikacyjnych świadczonych na rzecz innych operatorów telekomunikacyjnych w oparciu m.in. o usługę SIP TRUNK.

Zamawiający w treści wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 13 czerwca 2018 roku wskazał, że *„Usługi nr 2 nie stanowią potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności zawodowych (doświadczenia), postawionego w SIWZ przez Zamawiającego. Nie są to bowiem usługi świadczone na rzecz abonentów (użytkowników końcowych) nie będących konsumentami, rozliczane w ramach opłat abonamentowych (w tym ewentualnych opłat za usługi dodatkowe) i opłat za wykonywane przez ten podmiot połączenia”*. Odwołujący wskazał, że w warunku udziału w Postępowaniu nie było mowy o tym, że usługi powinny być rozliczane w ramach opłat abonamentowych (w tym ewentualnych opłat za usługi dodatkowe) i opłat za wykonywane przez ten podmiot połączenia. Zamawiający, zarówno w treści ogłoszenia o zamówieniu jak i w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opisał warunek udziału w Postępowaniu w następujący sposób:

*Wykonawca wykaże, że wykonał bądź wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy – w tym okresie, co najmniej dwie usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej dla abonentów (użytkowników końcowych) nie będących konsumentami o wartości minimum 100.000,00 PLN brutto każda, w ramach odrębnych umów."*

W dalszej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jak i ogłoszenia o zamówieniu wskazał jedynie, że *wymagana przez Zamawiającego wartość usługi telekomunikacyjnej w zakresie telefonii stacjonarnej obejmuje opłaty abonamentowe (w tym także ewentualne koszty usług dodatkowych) oraz opłaty za wykonane połączenia.*

Odwołujący wskazał, że jest to jedynie doprecyzowanie warunku odnoszącego się do jego wartości, a nie samej treści warunku udziału w Postępowaniu. Opisany warunek udziału w Postępowaniu można wyczytać z dalszej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. z treści Rozdziału 6, w którym to Rozdziale Zamawiający wskazał, jakie dokumenty należy złożyć na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, w tym dokumenty odnoszące się do zdolności technicznej. Zamawiający wyraźnie wskazał, że w celu potwierdzenia, że Wykonawca spełnia warunki udziału w Postępowaniu winien złożyć m.in. *wykaz wykonanych lub wykonywanych usług, których przedmiotem było wykonywanie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej dla abonentów nie będących konsumentami, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonywania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ..."*

Zamawiający w wezwaniu do złożenia dokumentów, *de facto* postawił nowy warunek udziału w Postępowaniu, niezawarty w treści SIWZ. Takie działanie jest niedopuszczalne na gruncie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych *„W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia."* Po otwarciu ofert, taka zmiana jest tym samym niedopuszczalna. Zamawiający nie może interpretować warunków udziału w Postępowaniu na swój sposób. Warunek udziału w Postępowaniu powinien zostać opisany w taki sposób, aby był czytelny (zrozumiały) dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Zważywszy na powyższe, Zamawiający nie może nie uznać spełnienia warunku udziału w Postępowaniu przez Odwołującego. Zgodnie bowiem z niekwestionowaną zasadą prawa zamówień publicznych, wszelkie niejasności i wątpliwości

w zapisach w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia interpretuje się na korzyść Odwołującego.

Odnosząc się do usługi wskazanej w wykazie usług wykonanej na rzecz Peoplefone Polska S.A., Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia były usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej dla abonentów (użytkowników końcowych) nie będących konsumentami. Usługi świadczone na rzecz Peoplefone Polska S.A. nie były świadczone w oparciu o usługę SIP TRUNK. Ponadto, podmiot ten nie jest konsumentem, a adresatem realizowanych dla niego usług byli abonenci końcowi. Jednocześnie Odwołujący zauważył, że wykaz usług wykonanych powinien potwierdzać spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, a dowody (referencje, poświadczenia) powinny określać czy te usługi zostały wykonane należycie.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że wykazał spełnienie warunku udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej już na etapie odpowiedzi na pierwsze wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 [2] ustawy Pzp. Tym samym wzywaniu Odwołującego o uzupełnienie tego samego zakresu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było bezprzedmiotowe. Działanie Zamawiającego narusza także zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na poparcie przedstawionego stanowiska Odwołujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok z dnia 27 lutego 2018 r. KIO 212/2018, z dnia 29 września 2017 r. KIO 1902/17, z dnia 10 stycznia 2014 r. KIO 2862/13, z dnia 27 grudnia 2013 r. KIO 2853/14[13?], z dnia 7 października 2013 r. KIO 2260/13, z dnia 1 października 2013 r. KIO 2195/13, z dnia 3 września 2013 r. KIO 2005/13, z dnia 25 lipca 2016 r. KIO 1229/16, z dnia 19 lipca 2016 r. KIO 1190/16, z dnia 16 lutego 2018 r. KIO 177/2018 oraz z dnia 4 października 2017 r. KIO 1978/17.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 4 lipca 2018 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 29 czerwca 2018 r. wykonawca INEA Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

**Izba ustaliła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy INEA Spółka Akcyjna z siedzibą w Poznaniu (dalej jako „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dokumentację Postępowania oraz dokument złożony na rozprawie przez Przystępującego, tj. protokół z otwarcia stron internetowych w formie aktu notarialnego (akt notarialny z dnia 06 lipca 2018 r. Repertorium A. 8178/2018).

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

W Rozdziale 5 ust. 5.5. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wskazał, że uzna, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący zdolności zawodowych (doświadczenia) niezbędnych do wykonania zamówienia, gdy Wykonawca wykaże, że *„wykonał bądź wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej dla abonentów (użytkowników końcowych) nie będących konsumentami o wartości minimum 100.000,00 PLN brutto każda, w ramach odrębnych umów.*

*Wymagana przez Zamawiającego wartość usługi telekomunikacyjnej w zakresie telefonii stacjonarnej obejmuje opłaty abonamentowe (w tym także ewentualne koszty usług dodatkowych) oraz opłaty za wykonane połączenia. Do wymaganej wartości usługi nie wlicza się ewentualnych kosztów dzierżawy / najmu / leasingu / dostawy urządzeń telekomunikacyjnych ponoszonych przez nabywcę usługi oraz usług telekomunikacyjnych*



świadczonych na rzecz innych operatorów telekomunikacyjnych w oparciu m.in. o usługę SIP TRUNK.

Zamawiający nie dopuszcza możliwości sumowania wartości wykonywanych usług realizowanych w ramach kilku (wielu umów), w celu uzyskania wartości wymaganych dla wykazania spełnienia niniejszego warunku udziału w postępowaniu.

W przypadku usług będących w trakcie wykonywania, które nie zostały jeszcze ukończone, Zamawiający wymaga, aby do dnia składania ofert Wykonawca faktycznie zrealizował już usługi na wartość minimum 100 000,00 PLN brutto każda.

W przypadku podania wartości usług w walucie innej niż PLN, w celu oceny spełniania ww. warunku Zamawiający dokona przeliczenia wskazanej kwoty na PLN według średniego kursu Narodowego Banku Polskiego obowiązującego w dniu publikacji ogłoszenia o niniejszym zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Ocena spełnienia warunku dotyczącego zdolności zawodowych zostanie dokonana na podstawie:

- 1) oświadczenia wykonawcy, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ,
- 2) wykazu usług, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ,
- 3) dowodów należytego wykonania/wykonywania usług, o których mowa w § 2 ust. 4 pkt 2) Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126)."

W ramach oferty Odwołujący złożył wypełniony Wykaz usług (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ). W wykazie zostały wskazane następujące usługi:

*Lp./Podmiot, na rzecz którego była lub jest wykonywana usługa/Przedmiot zamówienia/Okres realizacji usługi/Wartość przedmiotu zamówienia brutto w zł*

*1/Izba Administracji Skarbowej w Katowicach/Usługi telekomunikacyjne głosowe, faksowe i modemowe/29.12.2016 – nadal/136 632,84 zł*

*2/PLFON/Usługi telekomunikacyjne głosowe, faksowe i modemowe/01.12.2015 – 19.08.2015/332 765,72 zł*

Pismem z dnia 5 czerwca 2018 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 2 w związku z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia między innymi następujących dokumentów:

„2. W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu:

- 1) wykazu wykonanych lub wykonywanych usług, których przedmiotem jest/było wykonywanie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej dla abonentów (użytkowników końcowych) nie będących konsumentami, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonywania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ.”

Odpowiedzi na wezwanie z dnia 5 czerwca 2018 r. Odwołujący udzielił pismem z dnia 11 czerwca 2018 r., do którego załączył m.in. wykaz usług (zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ) wraz z dowodami mającymi na celu potwierdzić ich należyte wykonanie lub wykonywanie. W wykazie zostały wskazane następujące usługi:

*Lp./Podmiot, na rzecz którego była lub jest wykonywana usługa/Przedmiot zamówienia/Okres realizacji usługi/Wartość przedmiotu zamówienia brutto w zł*

*1/Izba Administracji Skarbowej w Katowicach/Usługi telekomunikacyjne głosowe, faksowe i modemowe/29.12.2016 – nadal/136 632,84 zł*

*2/PLFON/Usługi telekomunikacyjne głosowe, faksowe i modemowe/01.12.2013 – 19.08.2015/332 765,72 zł*

*3/Izba Administracji Skarbowej w Poznaniu/Usługi telekomunikacyjne głosowe, faksowe i modemowe/01.07.2017 – nadal/187 344,79 zł.*

Z poświadczenia dotyczącego usługi wykonanej na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Katowicach (z dnia 15 marca 2018 r.) wynika, iż Odwołujący „w związku z przeprowadzonym postępowaniem na „świadczenie usług telekomunikacyjnych z wykorzystaniem stacjonarnych łączów PSTN i ISDN na rzecz jednostek organizacyjnych Izby Administracji Skarbowej w Katowicach” jest stroną umowy nr 235/2017 z dnia 14 grudnia 2017 r. zawartej na okres od 01.01.2018 r. do 16 grudnia 2018 r. Wartość brutto umowy – 68 036,52 zł.” Ponadto w treści ww. pisma wskazano, iż Odwołujący świadczył „przedmiotową usługę na rzecz jednostek organizacyjnych Izby Administracji Skarbowej w Katowicach w ramach niżej wymienionych umów:

- 1) umowa nr 145/2016 z dnia 29.12.2016 – okres obowiązywania od 29.12.2016 r. do 31.12.2017 r. – wartość brutto umowy – kwota 45 241,35 zł,

- 2) *umowa nr 197/2016 z dnia 30.12.2016 – okres obowiązywania od 01.01.2017 r. do 31.12.2017 r. – wartość brutto umowy – kwota 14 329,11 zł,*
- 3) *umowa nr 25/2017 z dnia 27.03.2017 – okres obowiązywania od 31.03.2017 r. do 31.12.2017 r. – wartość brutto umowy – kwota (...) 9 025,86 zł brutto”.*

W treści ww. pisma z dnia 11 czerwca 2018 r. Odwołujący stwierdził, że „*adresatem usług realizowanych dla Peoplefone Polska byli abonenci końcowi tego przedsiębiorcy, który w tym przypadku pełnił rolę jedynie pośrednika w realizowaniu przez Wykonawcę usług telekomunikacyjnych.*” Natomiast w treści referencji dotyczących ww. usługi (potwierdzenie należytego wykonania usługi z dnia 19 sierpnia 2015 r.) oświadczone, iż Odwołujący świadczył na rzecz Odbiorcy - Peoplefone Polska S.A. usługi telekomunikacyjne o łącznej wartości 332 765,72 zł.

Pismem z dnia 13 czerwca 2018 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wykazu wykonanych lub wykonywanych usług, których przedmiotem jest/było wykonywanie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej dla abonentów (użytkowników końcowych) nie będących konsumentami, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonywania i odbiorców oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Uzasadniając wystosowanie wezwania Zamawiający wskazał, iż uznaje Usługę nr 3 (na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu), natomiast nie uznaje Usługi nr 1 (na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Katowicach) i Usługi nr 2 (na rzecz Peoplefone Polska S.A.). Usługa nr 1 nie została uwzględniona z uwagi na wynikający z treści SIWZ zakaz sumowania wartości wykonywanych usług realizowanych w ramach kilku umów, a w konsekwencji na niespełnienie przez ww. usługę wymaganej przez Zamawiającego wartości (100 000 zł). Natomiast Usługa nr 2 nie została uwzględniona, gdyż nie stanowiła usługi świadczonej na rzecz abonentów (użytkowników końcowych) nie będących konsumentami, rozliczanej w ramach opłat abonamentowych (w tym ewentualnych opłat za usługi dodatkowe) i opłat za wykonywane przez ten podmiot połączenia.

Odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący udzielił pismem z dnia 15 czerwca 2018 r. Odwołujący złożył wykaz usług, zawierający dwie usługi: usługę na rzecz Peoplefone S.A. oraz usługę na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu.

Pismem z dnia 20 czerwca 2018 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 z uwagi na niewykazanie spełnienia

warunków udziału w Postępowaniu. Uzasadniając ww. decyzję Zamawiający wskazał między innymi:

*„W przypadku Usługi nr 1 [na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Katowicach] nie został spełniony warunek dotyczący wymaganej przez Zamawiającego wartości usługi (minimum 100 000 zł brutto) w ramach jednej umowy. Zarówno z dokumentu potwierdzającego, że usługa została wykonana jak i z wyjaśnień Wykonawcy wynika, że powyższa usługa była realizowana dla tego samego podmiotu, ale w ramach 4 odrębnych umów (zamówień), każda o wartości poniżej 100 000 zł. Jak już wskazano powyżej Zamawiający nie dopuścił możliwości sumowania wartości wykonanych usług realizowanych w ramach kilku (wielu umów), w celu uzyskania wartości wymaganych dla wskazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu (prawidłowość postępowania Zamawiającego potwierdza m.in. KIO 89/16 i KIO 90/16, KIO 2722/17).*

*Natomiast Usługa nr 2 [na rzecz Peoplefone Polska S.A.] nie może zostać uwzględniona jako potwierdzająca spełnianie warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie jest to wymagana przez Zamawiającego usługa świadczona dla abonenta (użytkownika końcowego). Zarówno z ogólnodostępnych informacji, jak i wyjaśnień samego Wykonawcy z dnia 11.06.2018 r. wynika bowiem, że podmiot na rzecz którego była świadczona ww. usługa, jest operatorem telekomunikacyjnym (podmiotem prowadzącym działalność telekomunikacyjną), który świadczy usługi telekomunikacyjne dla swoich abonentów, w ramach zawartych z nimi umów. Nie jest to zatem wymagana przez Zamawiającego usługa świadczona w oparciu o umowę wiążącą Wykonawcę ENTER T&T bezpośrednio z abonentami (użytkownikami końcowymi), w ramach której usługi rozliczane są poprzez koszty abonamentu i wykonywanych połączeń (tak jak to mam miejsce w przypadku zgodnej z warunkiem określonym w pkt 5.5 SIWZ usługi nr 3).”*

W ww. Informacji o wykluczeniu Zamawiający potwierdził, iż „Usługa nr 3 [na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Poznaniu] jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.”

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagał wykazania doświadczenia w zrealizowaniu co najmniej dwóch usług telekomunikacyjnych o wartości minimum 100.000,00 PLN brutto każda, w ramach odrębnych umów. Ponadto w Rozdziale 5

ust. 5.5. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający zawarł postanowienie, iż nie dopuszcza możliwości sumowania wartości wykonywanych usług realizowanych w ramach kilku (wielu umów), w celu uzyskania wartości wymaganych dla wykazania spełnienia niniejszego warunku udziału w Postępowaniu. Z ww. postanowienia SIWZ niewątpliwie wynika, iż zakaz sumowania wartości usług realizowanych w ramach kilku umów odnosi się do wymogu wartości minimum 100.000,00 PLN brutto dla każdej z dwóch wymaganych (jako minimum) usług referencyjnych. A zatem każda z referencyjnych usług miała być o wartości minimum 100.000,00 PLN brutto, a w celu osiągnięcia tej wartości nie było dopuszczalne sumowanie wartości kilku umów.

Jak wynika z referencji dotyczących usługi na rzecz Izby Administracji Skarbowej w Katowicach usługa ta została zrealizowana w ramach czterech umów, z których żadna nie spełnia postawionego przez Zamawiającego wymogu (minimum 100.000,00 PLN brutto). W konsekwencji ww. usługa nie mogła zostać przez Zamawiającego uwzględniona jako potwierdzająca spełnianie warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej.

W ocenie składu orzekającego Izby stanowisko przedstawione przez Odwołującego jest niezasadne. W stanie faktycznym niniejszej sprawy nie istnieje możliwość uwzględnienia w ramach referencyjnej usługi wartości kilku umów, na podstawie których wskazywana przez wykonawcę usługa została wykonana, albowiem taka możliwość została wyraźnie wyłączona przez Zamawiającego w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Nie ma przy tym znaczenia, czy chodzi o umowy z tym samym czy też innym podmiotem, albowiem postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia takiego rozróżnienia nie przewidują – zastrzeżenie zawarte w Rozdziale 5 ust. 5.5 SIWZ dotyczy wszystkich przypadków sumowania umów w ramach jednej referencyjnej usługi. Twierdzenie przez Odwołującego, iż Zamawiający tak naprawdę miał na myśli wyłącznie brak możliwości dopuszczenia sumowania wartości umów zrealizowanych na rzecz różnych podmiotów nie tylko stoi w sprzeczności z treścią postanowień SIWZ, ale również jest nielogiczne. W przypadku usług zrealizowanych na rzecz różnych podmiotów mamy bowiem do czynienia z różnymi usługami referencyjnymi i już z tego powodu nie ma możliwości sumowania ich wartości.

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 orzekł: „Artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób,

że dopuszcza on, by wykonawca wykazywał swoje doświadczenie, powołując się łącznie na dwie lub większą liczbę umów jako jedno zamówienie, chyba że instytucja zamawiająca wykluczyła taką możliwość na podstawie wymogów związanych z przedmiotem i celami danego zamówienia publicznego oraz proporcjonalnych względem nich.”

W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający zawarł wyraźne zastrzeżenie, iż nie dopuszcza sumowania w ramach jednej usługi referencyjnej wartości kilku umów. Zastrzeżenie to obowiązywało wszystkich wykonawców biorących udział w Postępowaniu i winno być przez nich jak i przez Zamawiającego respektowane. Jeżeli Odwołujący uważał, że takie zastrzeżenie było na gruncie tego konkretnego Postępowania niezasadne, to powinien skorzystać z przysługujących mu w tym zakresie środków ochrony prawnej w terminie wynikającym z przepisów ustawy Pzp (który obecnie już upłynął). Kwestionowanie ww. zastrzeżenia na obecnym etapie Postępowania należy uznać za spóźnione.

Również w odniesieniu do drugiej z kwestionowanych usług, tj. usługi na rzecz Peoplefone Polska S.A., działanie Zamawiającego polegające na nieuwzględnieniu tej usługi jako potwierdzającej warunek udziału w Postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej należy uznać za prawidłowe.

Zgodnie z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w realizacji usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej dla abonentów (użytkowników końcowych) nie będących konsumentami. Zamawiający zawarł również dodatkowe zastrzeżenie, zgodnie z którym *„Do wymaganej wartości usługi nie wlicza się ewentualnych kosztów dzierżawy / najmu / leasingu / dostawy urządzeń telekomunikacyjnych ponoszonych przez nabywcę usługi oraz usług telekomunikacyjnych świadczonych na rzecz innych operatorów telekomunikacyjnych w oparciu m.in. o usługę SIP TRUNK.”* Z ww. postanowień SIWZ wynika zatem, iż Zamawiający wykluczył możliwość powoływania się na usługi telekomunikacyjne świadczone na rzecz innych operatorów telekomunikacyjnych, a z taką usługą mamy do czynienia w przypadku usługi świadczonej na rzecz Peoplefone Polska S.A. Z treści referencji dotyczących ww. usługi (potwierdzenie należytego wykonania usługi z dnia 19 sierpnia 2015 r.) wynikało, iż Odwołujący świadczył usługi telekomunikacyjne o łącznej wartości 332 765,72 zł na rzecz Odbiorcy - Peoplefone Polska S.A. Na rozprawie przed Izbą Odwołujący oświadczył, iż nie przeczy temu, że spółka Peoplefone Polska jest operatorem telekomunikacyjnym. Okoliczność tą potwierdza także dowód złożony przez Przystępującego. W piśmie z dnia 11 czerwca 2018 r. Odwołujący stwierdził, że *„adresatem usług realizowanych*

*dla Peoplefone Polska byli abonenci końcowi tego przedsiębiorcy, który w tym przypadku pełnił rolę jedynie pośrednika w realizowaniu przez Wykonawcę usług telekomunikacyjnych.” Należy także zauważyć, iż wbrew twierdzeniom Odwołującego z treści SIWZ wynika, iż wyłączenie możliwości powoływania się na usługi świadczone na rzecz operatorów telekomunikacyjnych dotyczyło wszystkich tego rodzaju usług, a nie tylko usługi SIP TRUNK. Z faktu posłużenia się przez Zamawiającego skrótem „m.in.” oznaczającym wyrażenie „między innymi” bezsprzecznie wynika, iż usługa SIP TRUNK została wskazana jedynie przykładowo.*

Skład orzekający Izby nie podziela poglądu Odwołującego, iż w niniejszej sprawie doszło do zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia po otwarciu ofert. Wręcz przeciwnie, jak słusznie wskazywał Zamawiający, do takiej zmiany, a w konsekwencji do naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców doszłoby w sytuacji uwzględnienia stanowiska Odwołującego. Oznaczałoby to bowiem zmianę wymagań wobec wykonawców, jakie zostały postawione w SIWZ, wbrew ich literalnemu brzmieniu. Nie można przy tym wykluczyć, iż w przypadku gdyby takie zmienione postanowienia SIWZ obowiązywałyby na etapie składania ofert, to krąg wykonawców, którzy wzięliby udział w Postępowaniu byłby szerszy. Zmiana postanowień SIWZ poprzez dopuszczenie interpretacji prezentowanej przez Odwołującego stanowiłaby w takim przypadku naruszenie praw tych wykonawców, którzy opierając się na brzmieniu obowiązującej SIWZ zmuszeni byli do rezygnacji z wzięcia udziału w Postępowaniu.

Ponadto wymaga wskazania, iż okoliczności stanowiące podstawę do wykluczenia Odwołującego z Postępowania wynikały z dokumentów i wyjaśnień składanych przez Odwołującego w Postępowaniu, a zatem brak było podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie.

Podsumowując, w ocenie składu orzekającego Izby postanowienia SIWZ, do których odnosiły się podniesione w odwołaniu zarzuty były precyzyjne, a działania Zamawiającego zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972.), stosownie do wyniku postępowania. Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę

518 zł 20 gr (słownie: pięćset osiemnaście złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty dojazdu na rozprawę – na podstawie złożonego spisu kosztów, stosując posiłkowo przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. U. z 2002 r., poz. 271, ze zm.). Na konieczność posiłkowego stosowania w tym zakresie przepisów ww. rozporządzenia wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz orzecznictwie sądowym - np. wyrok Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia z dnia 23 czerwca 2017 r. (sygn. akt VII Ca 338/17).

**Przewodniczący:** .....