

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak- Żuraw

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **4 kwietnia 2011 r.** przez Odwołującego - **TBM Telekom Sp. z o.o., ul. Miła 2, 00-180 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Miasto Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8-12 , 80-803 Gdańsk**

przy udziale wykonawcy – **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - TBM Telekom Sp. z o.o., ul. Miła 2, 00-180 Warszawa, i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - TBM Telekom Sp. z o.o., ul. Miła 2, 00-180 Warszawa, tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gdańsku.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Gdańsk, ul. Nowe Ogrody 8-12 , 80-803 Gdańsk, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”), którego przedmiotem jest „Świadczenie usług telekomunikacyjnych wraz z dzierżawą systemu telekomunikacyjnego i świadczeniem usług konserwacji systemu na rzecz Urzędu Miejskiego w Gdańsku - sygn. postępowania: BZP-341 -092/WKiO/I 0/WMS". Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 stycznia 2011 r. pod nr 2011/S 15-023100.

W dniu 4 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie TBM Telekom Sp. z o.o., ul. Miła 2, 00-180 Warszawa (wpływ bezpośredni), w którym odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie ustawy Pzp w poniższym zakresie :

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu,
2. art.24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy Netia S.A. , który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Netia S.A. jako oferty najkorzystniejszej,
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. wykluczenie oferenta Netia S.A. z przedmiotowego postępowania i odrzucenia jego oferty,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert.

W uzasadnieniu podnosił, że w dniu 24 marca 2011 r. zamawiający doręczył odwołującemu drogą elektroniczną informację o odrzuceniu oferty Netia S.A., podając jednocześnie zawiadomienie o wyniku postępowania i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Netia S.A. Po zapoznaniu się z treścią oferty i korespondencją prowadzoną przez zamawiającego z wykonawcami odwołujący stwierdził, iż wykonawca Netia S.A. podlega

wykluczeniu, gdyż jego oferta nie spełnia wymogu (warunku udziału w postępowaniu) zawartego w rozdziale 2 pkt 1. ppkt 1.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”). Przedłożony załącznik nr 3 do oferty, w którym Netia S.A. wskazuje na dwie usługi z podaniem dat ich wykonania, zaś z załączonych do tego załącznika wymaganych referencji:

- z Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu (usługa świadczona od 2001 r.)
- z Politechniki Śląskiej w Gliwicach (usługa świadczona od 2009 r.)

wynika, że usługi nie spełniają warunku zawartego w w/w postanowieniu SIWZ, gdyż są to usługi niezakończone. Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu usług wykonanych. Odwołujący wskazywał, iż mimo zapytania zamawiającego w tej sprawie skierowanego w dniu 8 marca 2011r. (nr BZP/271/11/WMS) do Netia S.A., przedstawiono ponownie te same referencje (pismo z dnia 11 marca 2011 r.). Ponowne pytanie zamawiającego w dniu 14 marca 2011 r. w tym samym temacie do Netia S.A. spowodowało przedstawienie nowej referencji (pismo z dnia 16 marca 2011 r.), która również nie spełnia postawionego warunku, gdyż nie dotyczy usługi zakończonej, jakiej wymagał zamawiający. Wymóg SIWZ rozdziału 2 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis dokonania oceny spełnienia warunków” pkt. 1.2.2. posiadanie wiedzy i doświadczenia w relacji do zapisu rozdziału 3 pkt 1 ppkt 3 wskazuje na jednoznaczne żądanie zamawiającego do przedłożenia „wykazu należycie wykonanych usług”. Tym samym wynika, iż wykonawca Netia S.A. nie przedstawił wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu i winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt.4 ustawy Pzp.

Ponadto oferta Netia S.A. jest również niezgodna z warunkami SIWZ, co jest podstawą do jej odrzucenia na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (*w odwołaniu błędnie ust. 2 pkt 2*), wykonawca Netia S.A. zaoferował przedmiot zamówienia, który nie spełnia warunków ujętych w specyfikacji w rozdziale 1 pkt 2.2.2 litera b. i litera c. tj.:

1. Terminale cyfrowe ISDN (systemowe)
2. Terminale sekretarsko-dyrektorskie ISDN (systemowe) powinny posiadać dodatkowo. Posługując się dodatkową opinią certyfikowanego eksperta firmy Alcatel-Lucent (opinia w załączeniu do odwołania), producenta centrali telefonicznej, jak i telefonów Alcatel oferowanych przez Netia S.A., wynika iż system telekomunikacyjny w takiej konfiguracji nie może być proponowany, ponieważ zaoferowane przez Netia S.A. aparaty telefoniczne Alcatel 4029 Phone Handset i Alcatel 4039 Phone Hanset nie mogą być dołączone do centrali telefonicznej Alcatel OmniPCX 4400 z oprogramowaniem Soft 4, co skutkuje tym, że zaoferowany system telekomunikacyjny nie wypełnia funkcji żądanych przez zamawiającego. Kopia odwołania przekazana została zamawiającemu 4 kwietnia 2011 r.

W dniu 4 kwietnia 2011r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym w trybie art. 185 ust. 1 ustawy Pzp oraz przekazał kopię odwołania.

W dniu 7 kwietnia 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Netia S.A., w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości jako nieuzasadnionego. Wskazywał, iż posiada interes prawny w przystąpieniu po stronie zamawiającego ze względu na uznanie jego oferty za najkorzystniejszą i wybór tej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W uzasadnieniu wskazywał, iż podnoszone w odwołaniu zarzuty są bezpodstawne. Netia S.A. złożyła trzy referencje spełniające warunki udziału w postępowaniu dotyczące następujących usług:

1. Stocznia Gdańsk S.A. – referencja dotyczyła usług świadczonych od 2001 r. Usługi są zarówno wykonane, jak i wykonywane (świadczone) nadal. Łącza PRA są świadczone do 2001 r. Centrala telefoniczna na 1500 portów została dostarczona klientowi w 2006 r. i zgodnie z umową była obsługiwana do końca marca 2010 r., kiedy to umowa została formalnie zakończona. Od dnia 1 kwietnia 2010 r. Netia S.A. rozpoczęła świadczenie usług na podstawie nowej umowy na kolejne 36 miesięcy w związku ze złożeniem najlepszej oferty na usługi. Powyższe wskazuje, że referencja spełnia wymogi wskazane w SIWZ, a ponadto, co jest przedmiotem zarzutu odwołującego, usługa jest wykonana (zakończona), a usługi są świadczone na podstawie kolejnych umów, stąd są nadal wykonywane. Odwołujący z faktu kontynuacji usługi na podstawie następnych przetargów wysnuwa błędny wniosek o nieukończeniu świadczenia usług;
2. Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy – referencje dotyczą usług świadczonych od 2001 r. , które są zarówno wykonane, jak i wykonywane (świadczone) nadal. Łącza PRA i PSTN są świadczone od 2001 r., ostatnia umowa trwa nadal i została zawarta na okres od 1 stycznia 2010 r. do 31 marca 2011 r. Centrala telefoniczna na 1748 portów została klientowi dostarczona. Jest to zatem sytuacja analogiczna z opisaną w odniesieniu do Stoczni Gdańsk S.A.;
3. Politechnika Śląska – referencje dotyczą usług, których świadczenie zostało rozpoczęte w dniu 1 sierpnia 2009 r. i świadczenie tych usług trwa nadal. Przedmiotem świadczonych usług są łącza ISDN MULTI, ISDN DUO wraz dostarczeniem i obsługą centrali abonenckiej na ponad 3000 portów.

Zgłaszający przystąpienie wskazywał, iż złożenie tych referencji było wypełnieniem warunków przewidzianych w SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia. Ponadto zgłaszający

przystąpienie podnosił, iż niezależnie od dywagacji odwołującego w odniesieniu do czasu przeszłego dokonanego i niedokonanego (usługi wykonane, usługi wykonywane), w zakresie usług telekomunikacyjnych, które stanowią usługi ciągłe, składanie prawidłowych referencji może mieć miejsce w odniesieniu do usług wykonywanych. Wniosek taki wynika z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) („rozporządzenie w sprawie dokumentów”).

Z kolei co do niezgodności oferty z treścią SIWZ zgłaszający przystąpienie stanowczo zaprzeczał twierdzeniom odwołującego o istnieniu takiej niezgodności. Stwierdzał, iż nie może być dowodem takiej niezgodności opinia Pana Jacka O., gdyż jego certyfikat nie uprawnia do wypowiedania się w przedmiotowej materii. Zwracał także uwagę, iż załączony do odwołania certyfikat ACFE Alcatel-Lucent Omni Vista 4760 R5 dotyczy jedynie systemu zarządzania centralą Omni Vista 4760R5, a nie dotyczy umiejętności i wiedzy eksperckiej z zakresu oprogramowania systemu Alcatel OmniPCX4400. Służy do tego certyfikat ACSE Alcatel-Lucent w wersji od 4 do 9. Ponadto zaoferowana w niniejszym postępowaniu centrala abonencka Alcatel OmniPCX 4400 z oprogramowaniem 4 i wraz z modułami i wersją oprogramowania 4 posiada pakiet oprogramowania szczegółowego do tej centrali, który umożliwia podłączenie terminali ISDN z widełkami magnetycznymi modele Alcatel 4029, 4039 Phone Handset, a tym samym spełnia wszelkie wymogi SIWZ. Na potwierdzenie powyższego przedstawił stanowisko producenta urządzeń będących przedmiotem oferty wyrażone przez obecnego pracownika Alcatel-Lucent i legitymującego się właściwym certyfikatem. Dodatkowo załączył opinię kolejnego eksperta legitymującego się szeregiem certyfikatów wydawanych przez producenta central. Jednocześnie przedłożył opinię eksperta, na którego powołał się odwołujący, który w piśmie skierowanym do Netia S.A. stwierdził, iż po przeanalizowaniu pełnej specyfikacji, a nie jedynie formularza ofertowego oraz po zasięgnięciu opinii u producenta Alcatel Lucent Polska odwołał swoją opinię, na podstawie której odwołujący oparł zarzut odwołania. Wskazywał także, iż zarzut odwołania jest niezasadny także z tego powodu, że zamawiający w SIWZ nie określił żadnego numeru oprogramowania, lecz opisał jedynie wymagania w zakresie funkcjonalności. Zamawiający w rozdziale 1 pkt 6 postawił warunek, że: *„w przypadku pojawienia się nowej wersji oprogramowania, wykonawca w trakcie trwania umowy nieodpłatnie dokona upgrade oprogramowania do najnowszej wersji, nie później niż miesiąc po jej ukazaniu się”*. W związku z tym dopuszcza zmiany oprogramowania na najaktualniejsze i wykonawca ma obowiązek być na nie przygotowany, co nie powoduje zmiany ceny, a dodatkowo wzbogaca ofertę. Z tych względów wywody odwołującego o błędnym oprogramowaniu nie powinny mieć istotnego znaczenia w sprawie,

w szczególności w zakresie rzekomej niezgodności z wymaganiami SIWZ.

W dniu 14 kwietnia 2011 r. faxem (w dniu 15 kwietnia 2011 r. wpłynął oryginał) zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której domagał się oddalenia odwołania jako bezzasadnego. Zamawiający podnosił, iż na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawca Netia S.A. złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych usług. Ponieważ wykazane usługi budziły wątpliwości zamawiającego co do terminu ich wykonania, wykonawca został poproszony o wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W odpowiedzi zamawiający otrzymał wyjaśnienie, iż w przedłożonym wraz z ofertą wykazie usług wymienił wymagane usługi polegające na obsłudze centrali obsługującej min. 800 portów, przy czym:

- w poz. 1 usługa została zlecona przez Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu. Świadczenie usługi rozpoczęło się w 2001 r., w tym obsługa centrali zakończyła się w 2007 r., natomiast usługa ISDN PRA i PSTN świadczona była do 31 marca 2011 r.;
- w poz. 2 usługa została zlecona przez Politechnikę Śląską w Gliwicach, świadczenie jej rozpoczęło się od 01 sierpnia 2009 r. i trwa nadal.

Zamawiający uznał, iż usługa polegająca na obsłudze centrali Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu zakończyła się w 2007 r., czyli po upływie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, dlatego wezwano wykonawcę Netia S.A. do złożenia nowego wykazu usług. Zamawiający ocenił spełnienie przez Netia S.A. przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w wykazie usług z dnia 16 marca 2011 r. złożonego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W wymienionym wykazie usług Netia S.A. wskazała usługę wykonaną z dnia 31 marca 2010 r. na rzecz Stoczni Gdańsk S.A. polegającą na świadczeniu usług telekomunikacyjnych wraz z obsługą centrali obsługującej 1500 portów. Ponadto Netia S.A. przedłożyła referencje, z których wynika, iż co prawda usługi świadczone są nadal od 30 listopada 2006 r., lecz jednocześnie w referencji potwierdza się, iż „wymienione usługi zostały wykonane należycie”. W dokumencie referencji użyto czasu przeszłego w związku z czym nie może być wątpliwości, iż dokument dotyczy również usługi już zakończonej, a reszta informacji (data wykonania usługi) wynika z wykazu usług. Stanowisko takie przedstawiła także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 23 września 2009 r. KIO/UZP 1158/09. Odwołujący bezzasadnie utrzymuje, iż przedłożone przez wykonawcę Netia S.A. referencje nie spełniają wymaganego warunku. Dokument referencji nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełniania warunku udziału w postępowaniu, lecz jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia (wyrok KIO z dnia 7 września 2009 r. KIO/UZP 1092/09, wyrok KIO z dnia 20 października 2010 r. KIO 2187/10). Natomiast dokumentem służącym do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu jest

wyłącznie oświadczenie wykonawcy składane w tym przypadku w formie wykazu. W związku z powyższym zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie może zarzucić wykonawcy Netia S.A. na podstawie załączonych przez niego referencji, iż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Przyjmuje się, iż oświadczenie składane przez wykonawcę (w formie wykazu) może mieć szerszy zakres niż wynika to z treści referencji. Jedynie w sytuacji, w której zachodziłaby sprzeczność pomiędzy oświadczeniem wykonawcy a dokumentem referencji, co sugerowałoby, iż informacje zawarte w oświadczeniu nie są zgodne ze stanem faktycznym, zamawiający mógłby kwestionować referencje lub złożone świadczenie. Jednakże w okolicznościach niniejszej sprawy nie ma to miejsca (wyrok KIO z dnia 25 lutego 2010 r. KIO 147/10). Zamawiający nie miał zatem podstaw do wykluczenia wykonawcy Netia S.A. z postępowania i odrzucenia jego oferty. Zamawiający wskazywał, iż bezpodstawny i bezprzedmiotowy jest też zarzut odwołującego, iż oferta Netia S.A. winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada SIWZ z uwagi na zaoferowanie przedmiotu zamówienia, który nie spełnia wymagań określonych w SIWZ - rozdział 1 pkt 2.2.2. litera b i litera c, tj. terminale cyfrowe ISDN (systemowe) i terminale sekretarsko-dyrektorskie ISDN (systemowe). Odwołujący oparł swoje zarzuty na opinii z dnia 31 marca 2011 r. Pana Jacka O. eksperta Alcatel Lucent, który stwierdził, iż nie ma możliwości podłączenia zaoferowanej centrali telefonicznej Alcatel OmniPCX 4400 z wersją oprogramowania soft4 z modelami telefonów Alcatel 4029 Phone Handset i Alcatel 4039 Phone Handset. Jednocześnie wspomniany ekspert w dniu 7 kwietnia 2011 r. odwołał swoją opinię po analizie pełnej dokumentacji technicznej SIWZ oraz po zasięgnięciu opinii producenta Alcatel Lucent Polska sp. z o.o. Ponadto wykonawca Netia S.A. przedłożył zamawiającemu dwie opinie w tym opinię producenta oraz Certyfikowanego Eksperta Systemów Telekomunikacyjnych, z których wynika, iż zaoferowana przez Netia S.A. centrala telefoniczna model Alcatel OmniPCX 4400 z oprogramowaniem 4 i zamówionym szczegółowym pakietem oprogramowania umożliwia podłączenie terminali cyfrowych Alcatel 4029 Phone Handset i Alcatel 4039 Phone Handset z widełkami magnetycznymi. Tym samym zaoferowana przez Netia S.A. centrala abonencka wraz z oprogramowaniem spełnia warunki wymagane przez zamawiającego w SIWZ.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

SIWZ w rozdziale 1 pkt 2 „Wymagania techniczne dotyczące przedmiotu zamówienia” ppkt 2.2 „Ogólne cechy systemu”: (...)

„2.2.2 Rodzaje i możliwości obsługiwanych terminali

Aparaty muszą być tego samego producenta.

W przypadku zaoferowania aparatów używanych, aparaty nie mogą być starsze niż 4 lata, muszą być wyczyszczone i zdezynfekowane.

Centrala musi obsługiwać następujące rodzaje terminali:

- analogowe (wybieranie impulsowe i DTMF),
- cyfrowe o zwiększonej funkcjonalności (systemowe),
- sekretarsko-dyrektorskie (systemowe),
- telefony do audiokonferencji .

Terminale oprócz udziału w realizacji przydzielonych im usług i usług dodatkowych muszą mieć następujące dodatkowe możliwości:

b. terminale cyfrowe ISDN (systemowe):

- wyposażone w wyświetlacz - minimum 20 znaków - i co najmniej 30 klawiszy programowalnych - poszczególnym klawiszom można przyporządkować numery abonentów lub funkcje udostępniane przez system,
- widełki magnetyczne
- podgląd nieodebranych połączeń przychodzących,
- zapamiętanie określonego numeru telefonu z możliwością wykonania połączenia później,
- cechy klawiatury alfanumerycznej: między innymi klawisze: backspace, enter, shift (wielkie i małe litery), korzystania z książki telefonicznej w tym przewijania nazwisk przypisanych do danego numeru,

c. terminale sekretarsko-dyrektorskie ISDN (systemowe) powinny posiadać dodatkowo:

- podgląd z aparatu sekretarki stanu minimum 6 terminali dyrektorskich (wspólny sekretariat dla wielu osób),
- możliwość włączenia filtrów dla połączeń przychodzących, liczba filtrów minimum 30 z pojemnością numeracyjną filtru minimum 30 przyporządkowań, połączenia z niewskazanych przez filtr numerów kierowane są na numer sekretariatu.”

W rozdziale 2 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” określono:

„1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (...)

1.2.2. posiadania wiedzy i doświadczenia;

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku:

Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym

okresie, wykonał należycie co najmniej jedną usługę polegającą na obsłudze centrali obsługującej min. 800 portów”.

Z kolei w rozdziale 3 SIWZ „Oświadczenia lub dokumenty jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” wskazano:

„1. W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Ustawy, Wykonawca składa wraz z ofertą:

3) wykaz należycie wykonanych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, polegających na obsłudze centrali obsługującej min. 800 portów - wg załączonego wzoru, oraz dokumenty potwierdzające, że te usługi zostały wykonane należycie; w przypadku składania oferty przez Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, wymagany dokument musi być złożony przez co najmniej jednego Wykonawcę - załącznik nr 3 do oferty”.

SIWZ w rozdziale 3 pkt 4 wymagała:

„W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia (centrala i terminale) odpowiada wymaganiom określonym w Rozdziale 1 SIWZ, Wykonawca zobowiązany jest złożyć wraz z ofertą Opis przedmiotu zamówienia w postaci dokumentacji technicznej lub innych materiałów producenta. Dokumenty te muszą zawierać m.in. Opis danych centrali i terminali takie jak: typ i nazwa, model, wersja oprogramowania, parametry i funkcje - załącznik nr 10 do oferty.”

Netia S.A. załączyła do oferty wykaz usług, w którym wykazano dwie usługi: na rzecz Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu – łącza PSTN, łącza ISDN PRA, centrala Alcatel 4400 1748 portów z datą wykonania 1 stycznia 2010 r. oraz Politechniki Śląskiej w Gliwicach – łącze PRA, łącza BRA, łącze dzierżawione, centrala na 3000 portów z datą wykonania 1 sierpień 2009 r. Wykonawca dołączył list referencyjny z dnia 3 grudnia 2010 r. wystawiony przez Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, w którym potwierdzono należyte wykonanie umowy przez Netia S.A. w zakresie uruchomienia i świadczenia usług telekomunikacyjnych na rzecz zamawiającego. W liście stwierdzono, iż obecnie obowiązująca umowa z Operatorem telekomunikacyjnym (Netia S.A.) została zawarta na okres od 1 stycznia 2010 r. do 31 marca 2011 r. o wartości przedmiotu zamówienia 493 029, 11 zł brutto. Wskazano, iż w ramach długoletniej współpracy w/w Operator realizuje dla zamawiającego usługi głosowe zgodnie z zawartą umową i obecnie obowiązującymi standardami telekomunikacyjnymi w zakresie następujących usług: - łącza PSTN – usługa świadczona jest od 2001 r., - łącza ISDN PRA – usługa świadczona jest od 2001 r. Druga referencja wystawiona przez

Politechnikę Śląską w Gliwicach stwierdziła, iż Netia S.A. od 2009 r. obsługuje Politechnikę Śląską w pełnym zakresie usług telekomunikacyjnych tj. central telefonicznych, usług ISDN-Multi, ISDN-Duo, linii analogowych oraz łączy dzierżawionych. Wystawca referencji potwierdzał prawidłowość wykonywania umowy. W dniu 8 marca 2011 r. zamawiający wezwał wykonawcę Netia S.A. w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnień dotyczących przedłożonego wykazu usług potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 2 ust. 1 pkt 1.2.2. SIWZ. Zamawiający wskazywał, iż wymagał, aby wykonawca wykazał należyte wykonanie co najmniej jednej usługi polegającej na obsłudze centrali obsługującej co najmniej 800 portów, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy, to w tym okresie. W związku z podaniem w wykazie usług dat dziennych w poz. 1 i 2 wykazu zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie, czy usługi wskazane w wykazie są usługami zakończonymi czy są to usługi świadczone nadal oraz czy podane datyienne oznaczają zakończenie czy rozpoczęcie tych usług. Prosił też o wyjaśnienie w jakim okresie usługi te zostały wykonane oraz czy zakres usług dla Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu i Politechniki Śląskiej w Gliwicach obejmował obsługę centrali, jak również o złożenie oryginału referencji. W dniu 11 marca 2011 r. wykonawca Netia S.A. przedłożył wyjaśnienia. w których wskazał, co następuje:

- 1) w zakresie usługi dla Politechniki Śląskiej w Gliwicach referencje dotyczą usług, których świadczenie zostało rozpoczęte w dniu 1 sierpnia 2009 r. i trwa nadal. Przedmiotem świadczonych usług są łącza ISDN MULTI, ISDN DUO wraz z dostarczeniem i obsługą centrali abonenckiej na ponad 3000 portów;
- 2) w zakresie usługi dla Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy referencje dotyczą usług świadczonych od 2001 r. Usługi są zarówno wykonane, jak i wykonywane (świadczone) nadal. Łącza PRA i PSTN są świadczone od 2001 r., ostatnia umowa jest obecnie trwająca i została zawarta na okres od 1 stycznia 2010 r. do 31 marca 2011 r. Centrala telefoniczna na 1748 portów została klientowi dostarczona i była obsługiwana do 2007 r., w którym to roku została odsprzedana klientowi i usługa została zakończona.

Wykonawca wskazywał, iż w jego ocenie powyższe referencje wypełniają wszystkie wymogi stawiane przez zamawiającego w zakresie warunków określonych w rozdziale 2 ust. 1 pkt 1.2.2. SIWZ. W przypadku pierwszych referencji usługi są wykonywane, w przypadku drugich referencji usługi zostały ukończone w związku z wygaśnięciem umów, jak i nadal są świadczone na podstawie umów obowiązujących obecnie. Stanowi to więc także wypełnienie

wymogów przewidzianych w § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Przedłożył także zgodnie z wezwaniem oryginały referencji.

W dniu 14 marca 2011 r. zamawiający wezwał Netia S.A. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wykazu usług potwierdzającymi spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia – usług wykonanych wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tych usług, wyznaczając termin do 17 marca 2011 r.

W dniu 16 marca 2011 r. wykonawca złożył wykaz usług, w którym wskazał usługę na rzecz Stoczni Gdańsk S.A. wraz z dokumentem potwierdzającym jej należyte wykonanie - referencja dotyczyła usług świadczonych od 2001 r. Wyjaśnił, że usługi są zarówno wykonane, jak i wykonywane (świadczony) nadal. Łączą PRA są świadczone do 2001 r. Centrala telefoniczna na 1500 portów została dostarczona klientowi w 2006 r. i zgodnie z umową była obsługiwana do końca marca 2010 r., kiedy to umowa została formalnie zakończona. Od dnia 1 kwietnia 2010 r. Netia S.A. rozpoczęła świadczenie usług na podstawie nowej umowy na kolejne 36 miesięcy w związku ze złożeniem najlepszej oferty na usługi. Podnosił, że w jego opinii powyższe wskazuje, że referencja (podobnie jak i poprzednie) spełnia wymogi stawiane przez zamawiającego w zakresie warunków określonych w SIWZ. Stanowi to więc wdrożenie wymogów przewidzianych w par. 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenie w sprawie dokumentów.

W dniu 24 marca 2011 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania i wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. o wyborze oferty złożonej przez Netia S.A.

W oparciu o powyższy stan faktyczny, Izba zważyła co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu skutkować będzie ponownym badaniem i oceną ofert, co daje mu potencjalną możliwość uzyskania zamówienia jako zajmującemu drugą pozycję w rankingu ofert.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Netia S.A. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego przez zamawiającego jako wykazanie, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonawca wykonał należycie co najmniej jedną usługę polegającą na obsłudze centrali

obsługującej min. 800 portów. Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku należało przedłożyć wykaz należycie wykonanych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, polegających na obsłudze centrali obsługującej min. 800 portów - wg załączonego do SWIZ wzoru oraz dokumenty potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie. Zdaniem Izby należy w tej mierze podzielić stanowisko zamawiającego, iż wykonawca Netia S.A. wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, przedkładając na żądanie zamawiającego w dniu 16 marca 2011 r. nowy wykaz usług, w którym wskazał usługę na rzecz Stoczni Gdańsk S.A. Zgodnie z treścią wykazu usługa ta w zakresie obsługi centrali telefonicznej na 1500 portów świadczona była od 2006 r. do 31 marca 2010 r., jak również świadczona jest obecnie na podstawie odrębnej umowy. Bez wątpienia zatem usługa była realizowana w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Okoliczność, iż jest świadczona nadal na podstawie odrębnej umowy pozostaje bez znaczenia dla oceny, czy usługa wskazana w wykazie została wykonana i spełnia wymogi zamawiającego. Zamawiający słusznie podnosi, iż wykazanie spełnienia warunku dokonuje się poprzez wykaz wykonanych usług stanowiący oświadczenie wykonawcy, w którym przedstawia on informacje na temat wykazywanej usługi, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Natomiast dokument referencji nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, lecz jedynie należytego wykonania zamówienia. W wyroku z dnia 5 grudnia 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 1352/08 skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że celem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania usługi, zatem nie ma konieczności wskazywania w treści referencji zarówno wartości usługi, jak i terminu jej realizacji. Informacje dotyczące wartości usługi, terminu czy zakresu wynikają z samego oświadczenia wykonawcy złożonego w treści oferty. Wobec powyższego nie zasługuje na uznanie argument, iż brak szczegółowych danych w referencji co do potwierdzenia zakończenia usługi stanowi podstawę do uznania, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku. Przyjmuje się, iż oświadczenie składane przez wykonawcę (w formie wykazu) może mieć szerszy zakres niż wynika to z treści załączonych referencji. Wszelkie dodatkowe informacje potwierdzające oświadczenie wykonawcy w wykazie usług są przez zamawiających mile widziane, jednakże nie są one obowiązkowe, a zadaniem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania umowy. Dodatkowo, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że dokument referencji nie musi zawierać w sobie ściśle określonych sformułowań, czy wyrażeń o pozytywnym zabarwieniu. Dokument potwierdzający wykonanie usługi jest niejako dopełnieniem informacji zawartych w wykazie i nie musi dokładnie odzwierciedlać wszystkich informacji zawartych tamże – o ile bowiem i zamawiający i wykonawca biorący udział w postępowaniu mają wpływ na szczegółowość i zakres danych podanych w wykazie, to dokument potwierdzający wykonanie prac ujętych w

wykazie pochodzący od osoby trzeciej jest trudny do ukształtowania pod kątem konkretnego postępowania (skonkretyzowanych wymagań zamawiającego) (tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 września 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1158/09). Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż jedynie w sytuacji, w której zachodziłaby sprzeczność pomiędzy oświadczeniem wykonawcy a dokumentem referencji, co sugerowałoby, iż informacje zawarte w oświadczeniu nie są zgodne ze stanem faktycznym, zamawiający mógłby kwestionować referencje lub złożone oświadczenie. W okolicznościach niniejszej sprawy nie ma to miejsca. Odwołujący nie wykazał w żaden sposób, iż oświadczenie wykonawcy, że od 2006 r. do 31 marca 2010 r. świadczył usługi na rzecz Stoczni Gdańsk S.A. na podstawie umowy, która formalnie została zakończona w marcu 2010 r., a obecnie świadczy je na podstawie kolejnej umowy nie jest prawdziwe. W treści referencji wskazano co prawda, iż usługi świadczone są nadal od 30 listopada 2006 r., lecz jednocześnie w referencji potwierdza się, iż „wymienione usługi zostały wykonane należycie”. Tym samym podstawowy cel referencji został w ocenie Izby spełniony. Zamawiający nie miał zatem podstaw do wykluczenia wykonawcy Netia S.A. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Ponadto Izba zwraca uwagę na sposób sformułowania przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Niewątpliwie bowiem wymóg wykazania się w zakresie wiedzy i doświadczenia usługą polegającą na obsłudze centrali obsługującej min. 800 portów dotyczy usługi o charakterze ciągłym. Dla takich usług zgodnie z brzmieniem §1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów zamawiający w postępowaniach określonych w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp) żąda nie tylko wykazu wykonanych, ale i wykonywanych usług. Izba podziela w tej mierze stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 11 maja 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 542/09, przywoływanym przez zamawiającego, iż przepis rozporządzenia w sprawie dokumentów w tym zakresie ma charakter przepisu bezwzględnie obowiązującego i jego zmiana postanowieniami SIWZ jest nieskuteczna. Oznacza to zatem, iż na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu możliwe jest wykazywanie się usługami, które są w trakcie realizacji, zaś dokumenty załączane do takiego wykazu mogą potwierdzać zarówno, że usługi zostały wykonane, jak i to, że są wykonywane należycie. Sprzeczne z treścią rozporządzenia w sprawie dokumentów postanowienie SIWZ nie może zatem wpływać negatywnie na zakres dostępnych wykonawcy, a określonych wyraźnie właściwymi przepisami, możliwości potwierdzenia spełnienia postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Tym samym także usługa dla Politechniki Śląskiej w Gliwicach rozpoczęta w dniu 1 sierpnia 2009 r. i trwająca nadal również spełniała warunki udziału w postępowaniu. Co do usługi dla Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy to

zgodnie z oświadczeniem Netia S.A. w zakresie centrali telefonicznej na 1748 portów centrala ta została klientowi dostarczona i była obsługiwana do 2007 r., a następnie wykonywanie usługi zakończono, stąd należy uznać, iż nie spełniała postawionego ograniczenia czasowego. Powyższe ustalenie nie ma oczywiście w niniejszej sprawie decydującego znaczenia (tj. nie przesądza o spełnieniu warunku), ponieważ, jak wynika z ustaleń Izby, wykonawca Netia S.A. spełnił także warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia o treści wskazanej przez zamawiającego.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem Izby odwołujący nie zdołał wykazać, aby treść oferty złożonej przez Netia S.A. była sprzeczna z treścią SIWZ. Odwołujący w odwołaniu wskazał, posiłkując się opinią eksperta Alcatel Lucent - producenta centrali telefonicznej i telefonów Alcatel oferowanych przez Netia S.A., iż system telekomunikacyjny w takiej konfiguracji nie może być proponowany, ponieważ zaoferowane przez Netia S.A. aparaty telefoniczne Alcatel 4029 Phone Handset i Alcatel 4039 Phone Handset nie mogą być dołączone do centrali telefonicznej Alcatel OmniPCX 4400 z oprogramowaniem Soft 4, co skutkuje tym, iż zaoferowany system nie spełnia wymogów żądanych przez zamawiającego. Izba wskazuje, iż jedynym dowodem na słuszność swoich twierdzeń przedstawionym przez odwołującego w odwołaniu była opinia Pana Jacka O. z dnia 31 marca 2011 r. Jednakże opinia ta została przez niego odwołana, co jednoznacznie wynika z pisma z dnia 7 kwietnia 2011 r., w którym stwierdza on, iż po zapoznaniu się z całością dokumentacji technicznej i SIWZ oraz po zasięgnięciu opinii u producenta, a nie jedynie formularza oferty Netia S.A. (karta oferty zatytułowana – Opis danych centrali i terminali takich jak: typ i nazwa, model, wersja oprogramowania, parametry i funkcje) odwołuje swoją opinię. Odwołujący przedłożył nową opinię – innego certyfikowanego eksperta, zbieżną w treści z tą odwołaną. Wprawdzie wykonawca Netia S.A. kwestionował ważność certyfikatu eksperta, wskazując, iż zachowuje on ważność jedynie przez 2 lata, jednak równocześnie nie przedstawił dowodu na potwierdzenie tej tezy, a w treści samego certyfikatu nie zawarto zastrzeżenia o jego czasowej ważności. W opinii stwierdza się, iż nie ma możliwości podłączenia, a tym samym współpracy, zaoferowanej centrali telefonicznej Alcatel OmniPCX 4400 z wersją oprogramowania soft 4 z modelami telefonów Alcatel 4029 Phone Handset i Alcatel 4039 Phone Handset. W jej treści opinii pominięto natomiast odwołanie się do innych elementów oferty Netia S.A., w tym oprogramowania dodatkowego zaoferowanego dla Alcatel-Lucent Fax Server – Omni Touch Fax Server Release 6 (*w ofercie Release 6*), które wprawdzie jest oprogramowaniem faxu, jednak równocześnie stanowi element składowy centrali telefonicznej. Jak wskazał wykonawca Netia S.A. centrala Alcatel OmniPCX 4400 była produkowana z wersją oprogramowania soft 4, co nie wyłącza instalacji innej wersji, czemu

odwołujący nie zaprzeczał. Instalacja oprogramowania Omni Touch Fax Server Release 6 skutkować będzie koniecznością zainstalowania tej wersji dla całej centrali. Wówczas, co nie było kwestionowane przez odwołującego, funkcjonalność wymagana przez zamawiającego zostanie osiągnięta. Nie ma bowiem technicznej możliwości, aby w ramach tej samej centrali współistniały odmienne wersje oprogramowania. Nie zostało zatem wykazane, aby poprzez odpowiednią konfigurację systemu nie było możliwe osiągnięcie funkcjonalności wymaganej przez zamawiającego przy użyciu centrali i terminali zaoferowanych przez Netia S.A. (podłączenie terminali ISDN Alcatel 4029 Phone Handset oraz Alcatel 4039 Phone Handset z widełkami magnetycznymi), a to świadczyłoby o tym, iż wykonawca zaoferował przedmiot nie spełniający wymogów SIWZ. Możliwość takiej współpracy potwierdzała też opinia producenta przedłożona przez Netia S.A., w której wskazał on, iż centrala telefoniczna model Alcatel 4400 wraz modułami wyniesionymi z oprogramowaniem soft 4 i zamówionym pakietem oprogramowania spełnia wymagania. Odwołujący nie zdołał zatem wykazać, aby zaistniała podstawa do odrzucenia oferty z uwagi na jej treść niegodną z SIWZ. Ponadto słusznie wskazywał Netia S.A., iż oferowana wersja oprogramowania nie miała znaczenia kluczowego, gdyż, jak choćby wynika, z § 7 ust. 2 wzoru umowy: *„Ponadto przewiduje się możliwość zmiany parametrów dostawy w przypadku: 1) poprawienia parametrów technicznych, sprawności i wydajności sprzętu, 2) aktualizacji rozwiązań z uwagi na postęp technologiczny lub zmiany obowiązujących przepisów”*. Z kolei rozdział 1 pkt 6 SIWZ przewidywał: *„Oprogramowanie dla realizacji funkcji zarządzania, taryfikacji, statystyki i archiwizacji musi być specjalnym oprogramowaniem z cechami dla dużych systemów w wersji najbardziej aktualnej na dzień składania oferty wraz z aktualnymi licencjami producenta centrali. W przypadku pojawienia się nowej wersji oprogramowania, wykonawca w trakcie trwania umowy nieodpłatnie dokona upgrade oprogramowania do najnowszej wersji, nie później niż miesiąc po ukazaniu się”*. Potwierdza to w opinii Izby, iż celem zamawiającego wynikającym z SIWZ było przede wszystkim zapewnienie sobie określonych funkcjonalności, a wskazanie oprogramowania miało charakter drugorzędny, skoro jednoznacznie dopuszczano jego zastąpienie bardziej zaawansowanymi wersjami. Zamawiający nie określał też stopnia szczegółowości podania zaproponowanego oprogramowania niezbędnego dla zrealizowania funkcji przez niego wymaganych. Stanowi to zatem dodatkowy argument przemawiający za brakiem podstaw do przyjęcia niezgodności oferty Netia S.A. z treścią SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....