

Warszawa, dnia 14.11.2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący: **Suntar Profesional Services Sp. z o.o.**
ul. Boya-Żeleńskiego 5B, 33-100 Tarnów
KRS: 0000851452
reprezentowana przez:
r.pr. Damiana Budzisa
ul. Targowa 84/1B, 03-448 Warszawa
e-mail: budzis@budzispzetacka.pl

Zamawiający: **Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury**
ul. Przy Rondzie 5, 31-547 Kraków
e-mail: zamowienia@kssip.gov.pl

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Dostawa oraz wdrożenie systemu telefonii VoIP w ramach projektu "Wdrożenie nowoczesnych metod badania potrzeb szkoleniowych i kształcenia kluczem do skutecznego wymiaru sprawiedliwości"

Oznaczenie postępowania: BA-X.2611.24.2022

ODWOŁANIE

- I.** W imieniu wykonawcy: Suntar Professional Services Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej jako: „Odwołujący”) wnoszę odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia sporządzonych w sposób niezgodny z przepisami ustawy Pzp.
- II.** Ogłoszenie o zamówieniu oraz Specyfikacja Warunków Zamówienia w zostały opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 09.11.2022 r. Niniejsze odwołanie składane jest w dniu 14.11.2022 r. z zachowaniem ustawowego 5-dniowego terminu.

- III.** Przedmiotem postępowania jest dostawa oraz wdrożenie systemu telefonii VoIP w ramach projektu „Wdrożenie nowoczesnych metod badania potrzeb szkoleniowych i kształcenia kluczem do skutecznego wymiaru sprawiedliwości” współfinansowanego przez Unię Europejską w ramach środków Europejskiego Funduszu Społecznego w Programie Operacyjnym Wiedza Edukacja Rozwój 2014-2020, działanie 2.17 Skuteczny wymiar sprawiedliwości na podstawie umowy z dnia 27 listopada 2017 r., nr POWR.02.17.00-00-0036/17-01.
- IV.** Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 09 listopada 2022 r., numer ogłoszenia 2022/BZP 00431901.
- V.** Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 ust. 2 zw. z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie rodzaju oprogramowania w sposób niewskazujący na funkcjonalności czy efekt jaki Zamawiający chce osiągnąć, w konsekwencji utrudniający uczciwą konkurencję z uwagi na bezpodstawne wyeliminowanie rozwiązań, które są w stanie zapewnić funkcjonalności wymagane przez Zamawiającego, gdyby OPZ wskazywał na efekt jaki Zamawiający planuje osiągnąć przy realizacji przedmiotu zamówienia, przez co wymagane cechy dostawy nie są związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do wartości i celów jakie chciałby osiągnąć Zamawiający.
- VI.** Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby dokonał modyfikacji treści SWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu oraz wydłużył termin składania ofert o dodatkowe 7 dni.

VII. Odwołujący wskazuje, 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 warunkom zamówienia opisanych w specyfikacji warunków zamówienia oraz pozwala w sposób obiektywny konkurować z innymi wykonawcami, którzy złożą ofertę w Postępowaniu.

Ponadto Odwołujący wskazuje, 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 Opis Przedmiotu Zamówienia pozwalałyby na obiektywne konkurowanie wykonawców w Postępowaniu i oferowanie sprzętu i oprogramowania, który nie jest uprzywilejowany przez zapisy SWZ (czy też przez niego wyeliminowany). 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*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

VIII. Kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

IX. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 2 ustawy Pzp.

UZASADNIENIE

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Dla wykazania powyższego stanu rzeczy wystarczające jest uprawdopodobnienie możliwości wystąpienia zakłócenia uczciwej konkurencji, a nie jej udowodnienie. Już sama potencjalna możliwość wystąpienia sytuacji utrudnienia uczciwej konkurencji może uzasadniać stwierdzenie naruszenia ww. przepisu (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2021 r., KIO 2130/21). Podstawowym celem zamówień publicznych jest zaspokajanie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, a w znaczącej części postępowań również pośrednio zaspokajanie potrzeb szerszej zbiorowości. Zasady udzielania zamówień publicznych wyrażone w art. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych mają sprzyjać temu, aby te potrzeby były zaspokojone w jak najwyższym stopniu, czemu sprzyja uczciwe konkurowanie wykonawców o zamówienie. Wskazany cel zamówień publicznych nie jest więc spełniony wtedy, gdy zamawiający dopuszcza złożenie oferty z każdym produktem rodzajowo podobnym do opisanego przez siebie w SWZ, aby umożliwić udział w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym obszarze rynku. Jednak powinnością zamawiającego jest udowodnienie, że nieuchronne ograniczenie konkurencji, wynikające z precyzyjnego opisu swoich wymagań, jest uzasadnione (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2021 r. KIO 2074/21).

Jednocześnie należy zauważyć, iż przepisy obligują Zamawiającego do

określenia w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw lub usług, które mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem, że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Wskazać przy tym należy, że przedmiot zamówienia nie obejmuje jedynie dostawy sprzętu, ale również audyt warunków wdrożenia nowego systemu u Zamawiającego, samo wdrożenie oraz uruchomienie Help Desku na etapie korzystania z uprawnień gwarancyjnych. Tym samym Zamawiający w przypadku wskazania tak szerokiego zakresu usług do wykonania przez Wykonawcę powinien jedynie wskazać efekt, funkcjonalność czy cel jaki chce uzyskać. Zamawiający natomiast w taki sposób buduje zapisy OPZ aby uniemożliwić zaoferowanie powszechnie funkcjonujących rozwiązań bazujących w części na oprogramowaniu typu Open Source bez wskazania jakiegokolwiek uzasadnienia w tym zakresie.

W ocenie Odwołującego następujący zapis OPZ (SWZ) naruszają opisane zasady formułowania Opisu Przedmiotu Zamówienia:

Pkt. 4.3 tiret drugi Załącznika nr 2 do SWZ

- *„Zamawiający nie dopuszcza wykonania centrali telefonicznej opartej na aplikacjach Open Source, np. Asterisk, FreeSwitch lub jej modyfikacji, a w szczególności rozwiązań opartych na platformach chmurowych), jak też jako urządzenia analogowego rozszerzonego o bramkę VoIP.”*

Wskazać należy, że Zamawiający winien w pierwszej kolejności dokonywać Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez wskazanie efektu/funkcjonalności, które chciałbym osiągnąć (bez ograniczania konkurencji poprzez uniemożliwienie zaoferowania powszechnie funkcjonujących rozwiązań opartych częściowo o rozwiązania Open Source). Jednocześnie wskazać należy, iż kwestionowane zapisy nie znajdują w ocenie Odwołującego uzasadnienia w przedmiocie zamówienia. Oprogramowanie typu Open Source, np. Asterisk jest oprogramowaniem, które wykorzystane przy budowie centrali telefonicznej daje możliwość spełnia wszystkich wymagań Zamawiającego. Co istotne

rozwiązania oferowane przez Odwołującego w przypadku wykreślenia kwestionowanego zapisu zapewniają wszelkie funkcjonalności i parametry opisane przez Zamawiającego. Brak jest tym samym jakichkolwiek podstaw do ograniczenia przez Zamawiającego tego typu rozwiązań, które w żadnej mierze nie są gorsze od rozwiązań firm komercyjnych. Co więcej rozwiązania dopuszczone przez Zamawiającego są co do zasady dużo mniej dopracowane i rozwinięte technologicznie niż rozwiązania, nad których usprawnieniem pracuje całe środowisko osób korzystających z tego typu rozwiązań.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu zmianę treści SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) poprzez wykreślenie kwestionowanego zapisu.

Mając na uwadze powyższe niniejsze odwołanie uznać należy za w pełni uzasadnione.

W imieniu Odwołującego:

Załączniki:

1. pełnomocnictwo do wniesienia odwołania,
2. dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości,
3. odpis z Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego,
4. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.