

Sygn. akt: KIO 2145/13

**WYROK**  
z dnia 26 września 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2013 r. przez wykonawcę **PTK Centertel Sp. z o.o. w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S. A. z Warszawy**,

przy udziale wykonawcy **Polkomtel Sp. z o.o. z Warszawy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **PTK Centertel Sp. z o.o. w Warszawie** i:
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **PTK Centertel Sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2) zasądza od **PTK Centertel Sp. z o.o. w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S. A. z Warszawy** stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S. A. z Warszawy, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Świadczenie usług telekomunikacyjnych GSM w Operatorze Gazociągów Przesyłowych Gaz System S.A.*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca – PTK Centertel Sp. z o.o. z Warszawy (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 6 września 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Polkomtel Sp. z o.o. z Warszawy oraz wyboru oferty tego wykonawcy w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polkomtel sp. z o.o., pomimo tego, że wykonawca ten podał w swojej ofercie opusty cen sprzętu, które przewyższają jego cenę podaną w ofercie, co jest sprzeczne z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi także błąd w obliczeniu ceny, ewentualnie,
- 2) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, podczas gdy wykonawca ten zobowiązał się do wykonania zamówienia za kwotę 1.196.366,08 zł, która jest niższa niż suma opłat za usługi i dostawy wyszczególnione w specyfikacji cenowej,
- 3) art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polkomtel sp. z o.o., pomimo tego, że wykonawca ten podał w swojej ofercie opusty cen sprzętu, które przewyższają jego cenę podaną w ofercie, co doprowadziło do zniekształcenia wyniku przetargu.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- ponowne przeprowadzenie oceny ofert oraz odrzucenie oferty Polkomtel sp. z o.o.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący zaznaczył, że w opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w rozdz. zatytułowanym „Telefony i modemy”, Zamawiający przewidział zakup 3500 telefonów komórkowych i 600 modemów. Zamawiający podzielił telefony na 4 grupy cenowe, gdzie punktem odniesienia dla kwalifikacji telefonu do danej grupy jest jego cena w cenniku detalicznym operatora, załączonym do oferty, a następnie do umowy:

- Grupa I do 399,99 zł netto,
- Grupa II od 400 do 699,99 zł netto,
- Grupa III od 700 zł do 1199,99 zł netto,
- Grupa IV od 12000 zł do 7000 zł netto.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że Zamawiający wymagał, aby w formularzu ofertowym wykonawca podał *„wysokość upustu jaki oferuje dla telefonów z każdej kategorii, przy czym upust musi być niższy od górnej granicy ceny detalicznej z danej kategorii. W przypadku gdy upust jest większy niż koszt zamawianego sprzętu ustala się, że cena sprzętu wynosi 1,00 PLN netto. W formularzu ofertowym do obliczenia kosztów dostaw urządzeń należy brać koszty najdroższych urządzeń w danej kategorii z cennika wykonawcy na dzień składania ofert.”*. Zgodnie z tymi postanowieniami, wykonawcy w specyfikacji cenowej w poz. 23-27 mieli podać wysokość opustu wyrażonego liczbą ujemną, przy czym opust nie mógł być wyższy od górnej granicy ceny detalicznej z danej kategorii cenowej, rozumianej jako koszt (cena) najdroższego urządzenia z danej kategorii z cennika wykonawcy na dzień składania ofert. Według Odwołującego przesądza o tym sama istota opustu, rozumianego jako obniżka ceny oferowanego towaru lub usługi. Opustem nie jest z pewnością obniżka, która nie odnosi się do ceny telefonu lub modemu, lecz do progu cenowego wyznaczonego dla poszczególnych grup telefonów. Z drugiej strony opuszczenie ceny nie może skutkować tym, że cena zostanie wyrażona wartością ujemną - wtedy w ogóle nie mamy do czynienia z ceną.

.....W ocenie Odwołującego Zamawiający stwierdził, że *„w formularzu ofertowym do obliczenia kosztów dostaw urządzeń należy brać koszty najdroższych urządzeń w danej kategorii z cennika wykonawcy na dzień składania ofert”*, W związku z tym, w poz. 36 specyfikacji cenowej, wykonawca miał podać koszt najdroższych urządzeń w każdej z grup

cenowych. Koszty te, podobnie jak opust wyrażony liczbą ujemną, były sumowane i składały się na cenę oferty.

Według Odwołującego z cennika detalicznego telefonów, załączonego do oferty Polkomtel sp. z o.o. wynika, że w grupie IV mieszczą się następujące telefony:

- Apple iPhone 5 16 GB - 3202,44 zł netto,
- HTC One - 2966,67 zł netto,
- HTCDesireX - 1356,91 zł netto,
- HTC Windows Phone 8S by HTC - 1218,70 zł netto,
- Huawei Ascend P1 LTE -2373,17 zł netto,
- LG Swift 9-1470,73 zł netto,
- LG P875 Swift F5 - 1202,44 zł netto,
- LG Swift Vu-1747,15 zł netto,
- Nokia 920-2381,30 zł netto,
- Samsung Galaxy S IV LTE - 2999,19 zł netto,
- Samsung N7105 Galaxy Note II LTE - 2999,19 zł netto
- Sony Xperia SP LTE - 1950,41 zł netto,
- Sony Xperia Z LTE - 2860,98 zł netto.

Zatem z powyżej przedstawionych regulacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika – według Odwołującego - że wykonawca Polkomtel nie mógł podać dla grupy IV telefonów opustu większego niż cena detaliczna najdroższego telefonu Apple iPhone 5, która wynosi 3202,44 zł netto. Pomimo tego wykonawca ten wskazał w poz. 26 opust w wysokości - 6.999,99 zł netto. Oznacza to, że opust jest większy niż cena oferowanego sprzętu, a więc sprzeczny z ww. postanowieniami SIWZ.

Jak wskazał Odwołujący Zamawiający przewidział, co prawda, że „w przypadku gdy upust jest większy niż koszt zamawianego sprzętu ustala się, że cena sprzętu wynosi 1,00 PL.N”. W ocenie Odwołującego postanowienie to odnosi się do sytuacji, w której Zamawiający dokonuje wyboru telefonów nie najdroższych, ale np. Nokia 920, który kosztuje 2.381,30 zł netto. W takiej sytuacji wykonawca nie będzie dopłacał to dostarczanego sprzętu, lecz uzyska zapłatę za telefon w wysokości 1 zł. Możliwość zastosowania tego mechanizmu do oferty Polkomtel prowadziłoby do kuriozalnej sytuacji, w której z jednej strony opust przewyższając cenę najdroższego telefonu w grupie, obniża cenę łączną oferty, z drugiej zaś wykonawca uzyskuje zapłatę za telefon 1 zł. Odwołujący posłużył się przykładem. W sytuacji gdy Zamawiający zamówi najdroższy telefon iPhon 5 za 3.202,44 zł netto, oferowany opust wynosi 6.999,99 zł netto, natomiast Zamawiający zobowiązany będzie zapłacić kwotę 1 zł

netto. W każdym wypadku cena zaoferowanego sprzętu jest więc wartością ujemną, a Zamawiający nie ma możliwości zamówienia sprzętu, którego cena będzie wyższa lub równa wielkości opustu.

W świetle ustalonego stanu faktycznego, - w ocenie Odwołującego - oferta Polkomtel sp. z o.o. jest nie tylko sprzeczna z SIWZ, ale zawiera błąd w obliczeniu ceny. Ceny jednostkowe, wyrażone wielkością rabatu, zostały ustalone sprzecznie z wymaganiami Zamawiającego, co przekłada się na cenę ostateczną oferty. W poz. 36 formularza ofertowego należało podać koszt zakupu telefonów komórkowych oraz modemów, wg cennika detalicznego wykonawcy. Mechanizm wyliczenia przedstawia się w ten sposób, że bierze się najdroższe urządzenie w grupie, mnoży przez liczbę urządzeń, po czym sumuje się wyniki dla każdej z grupy. Wynik tej sumy w ofercie Polkomtel sp. z o.o. wyniósł 6.897.406,43 zł brutto. Z drugiej strony wielkość opustu na urządzenia podana w poz. 23-27 specyfikacji cenowej wynosi 11.035.715,940 zł brutto. Oznacza to, że opust przewyższa o 4.138.309,48 zł brutto, wartość najdroższych urządzeń jakie może zamówić Zamawiający.

Z tak podanymi cenami i opustami wiąże się kolejne zagadnienie, mianowicie, czy możliwa jest realizacja umowy w sprawie zamówienia publicznego w kształcie określonym przez Zamawiającego? Odpowiedź na tak postawione pytanie musi być negatywna. Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. w swojej ofercie zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia za kwotę 1.196.366,08 zł brutto. Kwota taka zostanie wpisana do § 6 umowy. Z drugiej strony w myśl § 1 ust. 1 pkt 2-3 umowy, przed uruchomieniem usług wykonawca zobowiązany jest do: 2) uruchomienia i skonfigurowania 7 Prywatnych APN-ów, uruchomienie 8 łączy cyfrowych do APN oraz dokonanie ich integracji z infrastrukturą teleinformatyczną Zamawiającego; 3) uruchomienia i skonfigurowania 8 łączy ISDN PRA 30B+D oraz dokonanie ich integracji z systemami sieci telefonii stacjonarnej Zamawiającego. Według Odwołującego powyższe czynności zostały wycenione w ofercie Polkomtel sp. z o.o., w poz. 28-29 specyfikacji cenowej na kwotę 1.968.000 zł brutto. Oznacza to – według Odwołującego, że samo uruchomienie łączy przewyższy wartość umowy, nie mówiąc już o dalszym świadczeniu usług. W sytuacji gdy, Zamawiający nie odrzucił oferty, powinien co najmniej wezwać wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

Analiza treści oferty Polkomtel sp. z o.o. – w opinii Odwołującego - prowadzi do jeszcze jednego wniosku. Wykonawca ten chciał wykorzystać opatrnie rozumiany mechanizm opustów do wyeliminowania pozostałych uczestników z postępowania. Założenie to opierało się na przeświadczeniu, że możliwe jest zaoferowanie opustów przewyższających

wartość oferowanego sprzętu, co doprowadziło do obniżenia wartości oferty aż o 11.035.715,940 zł brutto. Z drugiej strony, wykonawca ten zakładał, że w takiej sytuacji nie będzie zmuszony dopłacać do sprzętu, lecz uzyska zapłatę w wysokości 1 zł netto za każde urządzenie. Zastosowany mechanizm miał więc doprowadzić do jak największego, sztucznego obniżenia ceny oferty, jednak bez utraty przychodów z tytułu świadczonych usług i dostaw. Niezgodność tego założenia z SIWZ zostało wykazane w uzasadnieniu zarzutu 1), niemniej taka konstrukcja oferty, stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagroziło interesom Zamawiającego oraz Odwołującego, i jako takie wypełnia hipotezę art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2003 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. Nr 153, poz. 1503).

W dniu 28 sierpnia 2013 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z Warszawy.

Powyższa czynność Zamawiającego stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę PTK Centertel Sp. z o.o. w Warszawie.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. z Warszawy.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z Warszawy. jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 9 września 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 11 września 2013 r. zgłosił przystąpienie wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. z Warszawy.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z Warszawy (zwanego dalej: „Przystępującym”).

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest „Świadczenie usług telekomunikacyjnych GSM w Operatorze Gazociągów Przesyłowych Gaz System S.A”.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi, następujące postanowienia:

Pkt 6. „Telefony I modemy”: W trakcie trwania umowy Zamawiający zakupi do 3500 telefonów komórkowych oraz do 600 modemów do mobilnej transmisji danych wyposażonych w złącze USB, przy czym terminy dostaw będą uzależnione od aktualnego zapotrzebowania Zamawiającego.

Zamawiający wymaga, aby dostarczane telefony i modemy nie posiadały zabezpieczenia simlock.

Telefony komórkowe podzielone będą na następujące 4 grupy:

<b>Kategoria</b>	<b>Liczba szt.</b>	<b>Cena detaliczna</b>
<b>I</b>	<b>15%</b>	do 399,99 zł netto
II	10%	od 400 zł do 699,99 zł netto
III	50%	od 700 zł do 1199,99 zł
IV	25%	od 1 200 zł do 7 000 zł netto

W formularzu ofertowym Wykonawca poda wysokość upustu jaki oferuje dla telefonów z każdej kategorii, przy czym upust musi być niższy od górnej granicy ceny detalicznej z danej kategorii. W przypadku, gdy upust jest większy niż koszt zamawianego sprzętu ustala się, że cena sprzętu wynosi 1,00 PLN netto.

W formularzu ofertowym do obliczenia kosztów dostaw urządzeń należy brać koszty najdroższych urządzeń z danej kategorii z cennika Wykonawcy na dzień składania ofert.

Cennik detaliczny operatora stanowić będzie załącznik do Umowy. Wykonawca będzie zobowiązany do przesyłania zaktualizowanego cennika detalicznego telefonów i modemów raz na kwartał.

§ 3. „Wzoru umowy”: Czas trwania Umowy, terminy realizacji:

1. Umowa zostaje zawarta na okres 48 miesięcy od daty podpisania Umowy lub do wyczerpania kwoty, o której mowa w § 6 ust. 1 - jeżeli nastąpi to przed upływem terminu, o którym mowa powyżej, przy czym Wykonawca jest zobowiązany do wykonania:

a) czynności określonych w § 1 ust. 1. pkt 1 -w terminie 4 tygodni od dnia podpisania Umowy,

b) czynności określonych w § 1 ust. 1 pkt 2,3,4 oraz w § 1 ust. 1 pkt 5 w zakresie dostarczania Kart SIM w taryfie telemetrycznej (zgodnie z Załącznikiem nr 1), w przypadku zmiany operatora - w terminie 8 tygodni od dnia podpisania Umowy,

c) czynności określonych w § 1 ust. 1 pkt 5 w zakresie dostarczania Kart SIM w taryfie rozmownej i data (zgodnie z Załącznikiem nr 1), w przypadku zmiany operatora - w terminie 2 tygodni od dnia podpisania Umowy,

d) Wykonawca jest zobowiązany poinformować Zamawiającego o wyczerpywaniu się 70% wartości kwoty określonej w § 6 ust. 1,

e) Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie za Usługi świadczone pomimo wyczerpania się kwoty, o której mowa w § 6 ust. 1 Umowy, w przypadku uchybienia obowiązkowi zawiadomienia o wyczerpywaniu się kwoty, o którym mowa w ust. 2 powyżej,

f) W przypadku wyczerpania kwoty, o której mowa w § 6 ust. 1, rozwiązaniu ulega niniejsza Umowa oraz wszystkie szczegółowe Umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych zawarte na podstawie niniejszej Umowy,

g) Z chwilą rozwiązania niniejszej Umowy, Wykonawca jest zobowiązany do wprowadzenia i stosowania stawek i abonamentów, zgodnie z obowiązującymi cennikami i planami taryfowymi Wykonawcy wskazanymi przez Zamawiającego.

W toku postępowania Zamawiający udzielał odpowiedzi na zadane pytania: w dniu 15 lipca 2013 r. Zamawiający na pytanie nr 17: udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający informuje, iż w umowie zostanie wpisana kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację Zamówienia, (tj. 10 578 000 zł brutto.).



W związku z powyższym, łączna cena podana przez Wykonawcę w Załączniku nr 5 do SIWZ (Formularz „OFERTA”) i Załączniku nr 5a do SIWZ (Specyfikacja cenowa) będzie służyć wyłącznie do porównania ofert.”

Ponadto Zamawiający w piśmie z dnia 15 lipca 2013 r. w odpowiedzi na pytanie nr 31 potwierdził, że zdanie „upust musi być niższy od górnej granicy ceny detalicznej w danej kategorii” uważa za jasne i jednoznaczne.

W niniejszym postępowaniu oferty zostały złożone przez następujących wykonawców: 1. PTK Centertel Sp. z o.o. w Warszawie, 2. Polkomtel Sp. z o.o. z Warszawy.

W dniu 28 sierpnia 2013 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z Warszawy.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia publicznego jest „*Świadczenie usług telekomunikacyjnych GSM w Operatorze Gazociągów Przesyłowych Gaz System S.A.*”.

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wobec przedstawionej argumentacji należy uznać za niezasadny.

Izba zgodziła się z Zamawiającym oraz Przystępującym, że w § 6 ust. 1 projektu umowy miało zostać wpisane maksymalne łączne wynagrodzenie wykonawcy wynikające z tytułu realizacji przedmiotu umowy. Niniejsze postanowienie – według udzielonej przez Zamawiającego odpowiedzi - ma być przez Zamawiającego uzupełnione o wartość maksymalnego wynagrodzenia wykonawcy wynikającego z tytułu realizacji przedmiotu umowy i wyniesie ono: 8 600 000 zł netto powiększone o należny podatek VAT zgodnie z obowiązującą stawką. Zamawiający zamierza bowiem przeznaczyć na realizację Zamówienia kwotę w wysokości 10 578 000 zł brutto. Kwotę, jaka zostanie wpisana § 6 umowy definiuje wprost odpowiedź na pytanie nr 17 zadane Zamawiającemu, zawarta w piśmie skierowanym do wszystkich zainteresowanych z dnia 15 lipca 2013 r.

Ponadto jak wskazał Przystępujący co do czynności uruchomienia i skonfigurowania 7 prywatnych APN-ów, uruchomienia 8 łączy cyfrowych do APN oraz dokonania ich integracji z infrastrukturą teleinformatyczną Zamawiającego, a także uruchomienia i skonfigurowania 8 łączy ISDN PRA 30B + D oraz dokonania ich integracji z systemami sieci telefonii stacjonarnej Zamawiającego za powyższe czynności uruchomienia łączy wykonawca pobierze opłatę wynikającą ze Specyfikacji cenowej, będącej częścią Oferty złożonej przez Polkomtel. Podstawą do pobrania opłaty - wystawienia Faktury VAT – jak nadmienił Przystępujący - będzie obustronne podpisanie Protokołu Odbioru, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do umowy. Po pobraniu powyższych opłat za instalację, uruchomienie i konfigurację (z zastrzeżeniem, że dla poniższych wyliczeń założone zostało, że nie zostaną pobrane inne opłaty, np. wynikające ze sprzedaży telefonów, modemów lub innych usług) kwota jaką Zamawiający będzie dysponował w celu realizacji przedmiotu zamówienia będzie równa kwocie 8.610.000 zł brutto.

Co do problematyki sprzętu to Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia przedstawił swoje zapotrzebowanie na aparaty telefoniczne, modemy oraz opisał swoje wymagania i kryteria, jakie będzie stosował przy ich wyborze. Zamawiający podzielił telefony komórkowe na 4 grupy cenowe, gdzie:

- I. Grupa I telefony komórkowe w cenie detalicznej do 399,99 zł netto
- II. Grupa II telefony komórkowe w cenie detalicznej od 400 zł do 699,99 zł netto
- III. Grupa III telefony komórkowe w cenie detalicznej od 700 zł do 1199,99 zł netto
- IV. Grupa IV telefony komórkowe w cenie detalicznej od 1200 zł do 7000 zł netto.

I tak telefony należące do Grupy I - 575 sztuk - (15% z 3500 sztuk) - kryterium przynależności do tej kategorii to telefon w cenie detalicznej do 399,99 zł netto. Cena detaliczna danego aparatu telefonicznego ma wynikać z załączonego do oferty Cennika Detalicznego telefonów i modemów oferowanych przez Wykonawcę, aktualnego na dzień składania ofert, co wynika z pkt XV SIWZ ppkt. 4 - Opis sposobu przygotowania ofert.

Przystępujący do swojej oferty załączył 2 cenniki detaliczne -jeden dla telefonów, drugi dla modemów. Jak wskazał Przystępujący Zamawiający w tej grupie może zakupić łącznie 575 sztuk telefonów z ceną nie wyższą od górnej granicy tej kategorii tj. w cenie do 399,99 zł netto. Może to być np. telefon Samsung C3520. Cena detaliczna tego telefonu na dzień składania ofert wynosiła 373,18 zł netto. Jego cena mieści się więc w górnej granicy ceny telefonu dla Grupy I. Górna granica ceny detalicznej z danej kategorii jest wyznacznikiem wyboru telefonu. Aby przypisać telefon do danej kategorii, jego cena

detaliczna musi być niższa bądź równa górnej granicy ceny detalicznej, nie może natomiast jej przekroczyć.

Ponadto należy pamiętać, że według wymagań Zamawiającego Wykonawca raz na kwartał będzie musiał przesłać zaktualizowany cennik detaliczny dla telefonów i modemów. W cenniku dołączonym do oferty Polkomtel, najdroższym telefonem z Kategorii I jest model Samsung C3520 w cenie detalicznej 373,18 zł netto. Nie jest powiedziane, że w następnych cennikach na czwarty kwartał 2013 r. (co zostało przewidziane SIWZ), lub kolejnych telefon LG Swift L3 będzie w cenie 399,99 zł netto (w aktualnym cenniku jest to cena 405,69 zł netto). Dzięki temu Zamawiający będzie mógł kupić w Grupie I każdy telefon w cenie do 399,99 zł netto za 1,00 zł netto.

Jak słusznie zauważył Przystępujący rynek sprzętu - telefonów i modemów - jest dynamiczny, pojawiają się nowe modele, w coraz bardziej atrakcyjnych cenach wraz ze wzrostem parametrów technicznych takich jak: lepsza bateria, większy wyświetlacz, szybszy procesor, większa pamięć itp. Podobnie jest w przypadku Grupy II i Grupy III aparatów telefonicznych. W przypadku przynależności aparatów telefonicznych do Grupy IV, Zamawiający opisał je jako telefony z ceną detaliczną mieszczącą się w dolnej granicy ceny detalicznej powyżej 1 200 zł netto i górnej granicy ceny detalicznej poniżej 7000,00 zł netto. W tej grupie najdroższym telefonem - zgodnie z załączonym cennikiem detalicznym, jest telefon APPLE iPhone 5 16GB. Jego cena detaliczna to 3 202,44 zł netto. Zgodnie z przyznanym rabatem, Zamawiający zapłaci za ten telefon 1 zł netto. Zamawiający ma prawo zamówić w ramach umowy 875 takich aparatów telefonicznych w 48 miesięcznym okresie umowy. Jak wskazał Przystępujący każdy z producentów telefonów takich jak np. Apple, Samsung, Sony, LG, czy HTC co około 3 - 6 miesięcy prezentuje nowe, bardziej zaawansowane technicznie telefony, smartfony. Ich ceny w pierwszej fazie sprzedaży mają wysokie ceny, które z czasem stają się niższe. Zamawiający przewidział taką okoliczność na etapie ogłoszenia SIWZ i ustalił wymaganie dla telefonów z Grupy IV w postaci dolnej granicy ceny detalicznej w wysokości 1200 zł netto i górnej granicy ceny detalicznej w wysokości 7000 zł netto, np. w czasie trwania umowy pojawia się najnowszy model telefonu Samsung Galaxy Notę IV, a jego cena detaliczna zostanie ustalona w cenniku detalicznym Wykonawcy w wysokości 5 400 zł netto (aktualny dostępny model tej serii Samsung Galaxy Notę 2 jest w cenie detalicznej 2999,19 zł netto). Zgodnie z ofertą złożoną przez Polkomtel, Zamawiający w ramach zakupu telefonu z kategorii IV będzie mógł zakupić taki telefon w cenie 1,00 zł netto, zaś zgodnie ze złożoną ofertą cenową Odwołującego, Zamawiający będzie musiał wydać na ten telefon kwotę 3084,96 zł netto.

Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający w specyfikacji cenowej, wymagał od Wykonawców podania wysokości upustu, jaki oferuje dla telefonów z każdej kategorii, przy czym Zamawiający zaznaczył, że upust musi być niższy od górnej granicy ceny detalicznej z danej kategorii, tj.: dla telefonów z Grupy I - górna granica ceny detalicznej wynosi 399,99 zł netto, - maksymalny dopuszczalny upust (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i postanowieniami SIWZ powinien być niższy od górnej granicy ceny detalicznej tj od kwoty 399,99 zł netto) wynosi 399,98 zł netto. Każdy wykonawca mógł zaproponować taki upust i w takiej wysokości, aby złożona oferta była opłacalna. W przypadku oferty Odwołującego, zaproponował on upust w wysokości 115,04 zł netto, a w przypadku Przystępującego rabat wyniósł 399,98 zł netto. Dla telefonów z Grupy II - górna granica ceny detalicznej wynosi 699,99 zł netto, - maksymalny dopuszczalny upust (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i postanowieniami SIWZ powinien być niższy od górnej granicy ceny detalicznej tj od kwoty 699,99 zł netto) wynosi 699,98 zł netto. Dla telefonów z Grupy III - górna granica ceny detalicznej wynosi 1 199,99 zł netto, - maksymalny dopuszczalny upust (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i postanowieniami SIWZ powinien być niższy od górnej granicy ceny detalicznej tj od kwoty 1 199,99 zł netto) wynosi 1 199,98 zł netto. Dla telefonów z Kategorii IV - górna granica ceny detalicznej wynosi 7 000,00 zł netto, - maksymalny dopuszczalny upust (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego i postanowieniami SIWZ powinien być niższy od górnej granicy ceny detalicznej tj od kwoty 7000,00 zł netto) wynosi 6 999,99 zł netto. Według Przystępującego każdy z wykonawców miał prawo do zaoferowania dowolnej kwoty rabatu, mieszczącej się w opisanych powyżej granicach.

W ocenie Izby niniejszą interpretację dopuszczała Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia. W Specyfikacji wyraźnie wskazano, że upust musi być niższy od górnej granicy ceny detalicznej z danej kategorii. Specyfikacja nie wskazywała – wbrew temu co twierdził Odwołujący -, że ma być to cena detaliczna z danej kategorii cenowej, rozumianej jako koszt najdroższego urządzenia z danej kategorii z cennika wykonawcy na dzień składania ofert.

Rabaty, jakich udzielił Przystępujący mieszczą się zatem w wyżej wymienionych wartościach i granicach i są zgodne z wymaganiami Zamawiającego i postanowieniami SIWZ. Nie można zgodzić się z poglądem Odwołującego, iż Przystępujący nie mógł podać dla grupy IV telefonów opustu większego niż cena detaliczna najdroższego telefonu Apple iPhone 5, która wynosi 3202,44 zł. Upust w wysokości 6,999,99 zł netto jest bowiem zgodny z postanowieniami SIWZ, zaś cennik detaliczny dołączony do oferty każdego z wykonawców, nie jest cennikiem, który będzie miał zastosowanie przez cały okres wykonywania zamówienia. Umowa o udzielenie zamówienia będzie zawarta na czas 48 miesięcy. Telefony, które dostępne są na moment składania ofert, za pół roku w dużej części

nie będą już produkowane. Powyższe w ocenie Przystępującego potwierdzał wyciąg z systemu transakcyjnego, z którego wynika, że ceny telefonów ulegają ciągłym, dynamicznym zmianom na rynku. Dlatego też zgodnie z postanowieniami SIWZ Wykonawca zobowiązany miał być do przesyłania zaktualizowanego cennika detalicznego telefonów i modemów raz na kwartał. Zamawiający ma prawo do zakupu dowolnego telefonu zgodnie z postanowieniami SIWZ, z rabatem na aparaty przynależne do danej grupy, w oparciu o aktualny na dzień zakupów cennik detaliczny.

Również ze stanowiskiem Odwołującego że *„opust nie mógł być wyższy od górnej granicy ceny detalicznej z danej kategorii cenowej, rozumianej jako koszt (cena) najdroższego urządzenia z danej kategorii cennika Wykonawcy na dzień składania ofert”* nie można się zgodzić. W SIWZ Zamawiający dokładnie opisał mechanizm rabatów za telefon dla każdej z kategorii, oraz mechanizm wyliczania kosztu zakupu telefonów komórkowych oraz modemów wg cennika detalicznego wykonawcy. Dla rozwiania wątpliwości Przystępujący dla potwierdzenia intencji Zamawiającego w zakresie udzielanych rabatów, zadał pytanie w tej sprawie, a Zamawiający w piśmie z dnia 15 lipca 2013 r. w odpowiedzi na pytanie nr 31 potwierdził, że zdanie *„upust musi być niższy od górnej granicy ceny detalicznej w danej kategorii”* uważa za jasne i jednoznaczne.

Ponadto – co zostało również podkreślone na rozprawie - Zamawiający przewidział także sytuację, w której wysokość rabatu może być wyższa od ceny detalicznej wybranego telefonu, dla każdej z kategorii: *„W przypadku, gdy upust jest większy niż koszt zamawianego sprzętu ustala się, że cena sprzętu wynosi 1,00 PLN netto”*. Postanowienie to dotyczy wybranych telefonów z danej kategorii, tych najdroższych - zbliżających się ceną detaliczną do górnej granicy ceny detalicznej w danej kategorii, tych najtańszych - z ceną równą lub wyższą od dolnej granicy ceny detalicznej w danej kategorii, oraz pozostałych telefonów których cena znajduje się pomiędzy dolną a górną granicą ceny detalicznej dla danej kategorii. Schemat dotyczy wyboru telefonów przez okres 48 miesięcy trwania umowy, dla aktualnego cennika detalicznego, który to wykonawca ma obowiązek raz na kwartał aktualizować. I w tym zakresie - tj. w zakresie rabatów nie ma mowy w SIWZ, że ów rabat ma być niższy od najdroższego urządzenia w danej kategorii zgodnie z cennikiem Wykonawcy dołączonym do oferty - a tak to zinterpretował Odwołujący.

Zamawiający na rozprawie – odnosząc się do stanowiska Odwołującego – podając, tytułem przykładu – oraz wskazując na błąd w rozumowaniu Odwołującego – że sam Odwołujący (co nie zostało zaprzeczone) w kategorii 4 podał upust ponad 2 000,00 zł. Zamawiający zwrócił uwagę jednocześnie na wachlarz rozpiętości zawarty w tej kategorii IV

tj. 1 200-7 000 zł. netto, zatem przyjmując mechanizm Odwołującego, gdyby Zamawiający chciał telefonu z tej kategorii o wartości 1 200,00 zł., to w tym przypadku wystąpiłaby sytuacja analogiczna, jak u Przystępującego tj. wartość upustu byłaby większa niż wartość telefonu. Zatem rozumowanie Odwołującego jest niezasadne w tak zaistniałym stanie faktycznym.

Ponadto niezależne od powyższej kwestii ustalania rabatów – istotne jest wyliczenie kosztów zakupu telefonów komórkowych oraz modemów wg cennika detalicznego wykonawcy. Sposób obliczania tych kosztów Zamawiający opisał jednoznacznie w Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ w pkt 6: *„W formularzu ofertowym do obliczania kosztów dostaw urządzeń należy brać koszt najdroższych urządzeń z danej kategorii z cennika Wykonawcy na dzień składania ofert”*. Postanowienie to jest bardzo czytelne, odnosi się do najdroższych telefonów z każdej kategorii, gdzie przynależność do danej kategorii opisana jest dolną i górną granicą ceny detalicznej - zgodnie z cennikiem Wykonawcy dołączonym do oferty.

Zatem Odwołujący błędnie zinterpretował postanowienia SIWZ związane z ustaleniem wysokości rabatu, poprzez pomieszczenie definicji rabatu, z definicją obliczenia kosztów dostawy urządzeń, a oferta złożona przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu – mając na uwadze wyżej opisany stan faktyczny - jest ofertą zgodną z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ. Zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert. W konsekwencji należy uznać, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również nie oparciu w niniejszym stanie faktycznym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Co do zarzutu naruszenia art. 7, art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp należy uznać, że nie znalazł on potwierdzenia w zaistniałym stanie faktycznym. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że Przystępujący podając w swojej ofercie opusty cen sprzętu, które przewyższają jego cenę podaną w ofercie, doprowadził do zniekształcenia wyniku przetargu. Jak wskazał Przystępujący nie ma mowy o *„stosowaniu mechanizmów mających na celu wyeliminowanie pozostałych uczestników z Postępowania”*. Twierdzenie to jest nieuzasadnione i nie poparte dowodami, biorąc pod uwagę, że postanowienia SIWZ pozwoliły Przystępującemu skalkulować ofertę w taki sposób. Z tego powodu konstrukcja oferty Przystępującego nie może zostać uznana za sprzeczną z dobrymi obyczajami oraz jako zagrażającą interesom Zamawiającego. W ocenie Izby nie wykazane zostało przez Odwołującego, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Nie wykazano również przesłanek uzasadniających stwierdzenie, że złożenie oferty przez Przystępującego kwalifikuje się w

niniejszym stanie faktycznym jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). W ocenie Izby należało wykazać, że swym działaniem Przystępujący zamierza utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, czy też dążyć do ich eliminacji z niego. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o wystąpieniu przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, które odnoszą się do sfery motywacyjnej Przystępującego. Nie zostało zatem wykazane, że Przystępujący działał z zamiarem eliminacji Odwołującego z rynku.

Odnosząc się do § 3 umowy, t.j. realizacji zamówienia przez 8 tygodni jak zauważył Zamawiający niniejsze postanowienie umowy nie dotyczy telefonów i modemów, a kwestii dostarczania Zamawiającemu karty SIM. Jak wskazał Zamawiający co do dostarczenia telefonów i modemów nie postawił on żadnego ograniczenia czasowego.

W ocenie Izby nie zostało również wykazane przez Odwołującego konieczność zwrócenia się przez Zamawiającego do Przystępującego o wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający zauważył, że różnica w cenach Odwołującego oraz Przystępującego wynika z odmiennej interpretacji postanowień SIWZ oraz odmiennego podejścia biznesowego obu wykonawców. Złożył w tym zakresie stosowną kalkulację. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza nie dopatrzyła się również naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Jak zauważył również Zamawiający - ceny zawarte w ofertach i mechanizm ich liczenia służył Zamawiającemu do badania i oceny ofert (i ich porównania), a ostatecznie – wobec postanowień SIWZ i jej wyjaśnień - kwotę jaka miała zostać wpisana w § 6 umowy zdefiniowała wprost odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 17, zawarta w piśmie skierowanym do wszystkich wykonawców z dnia 15 lipca 2013 r.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238), w tym także co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....