

**WYROK**

**z dnia 12 czerwca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Jakub Banasiak, Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **3, 4 i 7 czerwca 2013 r.** w Warszawie odwołań wniesionych 20 maja 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

**A. T-Mobile Polska S.A. (dawniej: Polska Telefonia Cyfrowa S.A.) z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 1181/13**

**B. Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt KIO 1182/13**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup usług telefonii komórkowej GSM dla podmiotów Grupy Kapitałowej PKP* (nr postępowania 2012-000550)

prowadzonym przez zamawiającego: **Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego:

**A. Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w sprawie o sygn. akt KIO 1181/13 po stronie odwołującego**

**B. „Polska Telefonia Komórkowa – CENTERTEL” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – w sprawie o sygn. akt KIO 1181/13 i w sprawie o sygn. akt KIO 1182/13 po stronie zamawiającego**

**C. T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – w sprawie o sygn. akt KIO 1182/13 po stronie zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołania i nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem, że oferta złożona przez „Polską Telefonię Komórkową – CENTERTEL” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie podlega odrzuceniu, a oferta Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zasadnie została odrzucona.**

2. Kosztami postępowania w obu sprawach obciąża **zamawiającego: Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie i**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołujących** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **zamawiającego: Polskich Kolei Państwowych S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **30000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **odwołującego: T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania,

B. kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz odwołującego: **Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. 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 – Polskie Koleje Państwowe S.A. z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych {tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm; dalej zwanej również „ustawą pzp”, „ppz” lub „PZP”}, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Zakup usług telefonii komórkowej GSM dla podmiotów Grupy Kapitałowej PKP* (nr postępowania 2012-000550).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S\_036-057576 z 20 lutego 2013 r., z tym, że 18 lutego 2013 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.pkp.pl), na której od 20 lutego 2013 r. udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej zwaną również w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 24.247.855 zł, co stanowi równowartość 6.032.404,96 euro.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w wysokości 29.824.923 zł.

9 maja 2013 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcom zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez „Polską Telefonię Komórkową – Centertel” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej zwanej również w skrócie „PTC Centertel” lub „Centertel”}. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej zwanej również w skrócie „Polkomtel”} na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

{KIO 1181/13}

20 maja 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – T-Mobile Polska S.A. (dawniej: Polska Telefonia Cyfrowa S.A.) z siedzibą w Warszawie {dalej zwana w skrócie „T-Mobile”} – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty PTK Centertel, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
2. Art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty PTK Centertel, pomimo że

jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

3. Art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty PTK Centertel, pomimo że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Dokonania ponownej oceny ofert.
2. Odrzucenia oferty PTK Centertel.
3. Ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

#### Ad 1. {Niezgodność oferty PTK Centertel z SIWZ}

Odwołujący podał, że załącznik nr 2 do SIWZ – *Opis przedmiotu zamówienia* {dalej zwanemu również w skrócie „OPZ”}, w pkt 3 pn. *Wymagania dotyczące dostaw* – przewiduje szereg wymagań, którym odpowiadać mają aparaty telefoniczne oferowane przez wykonawców. W szczególności w pkt 3.4 Zamawiający przedstawił sposób wyboru nowych modeli telefonicznych i przewidział wymagania, które muszą spełniać oferowane przez wykonawców aparaty, aby dokonanie tego wyboru było możliwe. Odwołujący wyjaśnił, że dostawy aparatów telefonicznych będą realizowane sukcesywnie, a ceny dostaw będą ustalane w oparciu o wykaz przedstawiony w ofercie, przy czym – z uwagi na postęp technologiczny – Zamawiający wymaga, by wykonawca sukcesywnie przedstawiał kolejne wykazy po upływie kolejnych okresów realizacji umowy. Aby zagwarantować stałość poziomu cen Zamawiający stwierdził w pkt 3.4.1 *in fine*, że proponowane w kolejnych wykazach aparaty telefoniczne muszą mieścić się w przedziałach cenowych dla danej grupy urządzeń. Przedziały cenowe zostały zdefiniowane dla *Grupy VIP, Grupy Kadra Kierownicza* oraz *Grupy Podstawowej*. Zgodnie z kolejnym wymaganiem z pkt 3.4.2 do przedziału Grupa VIP będą należały aparaty przedstawione w kolejnym wykazie, których cena będzie równa lub niższa niż cena najdroższego urządzenia zaproponowanego w ofercie w Grupie VIP. Zgodnie z pkt 3.4.3 dla ustalenia górnej granicy wartości przedziału cenowego dla urządzeń Grupy VIP przyjmuje się cenę najdroższego urządzenia zaproponowanego w ofercie, a ustalając, czy urządzenie jest najdroższe, należy wziąć pod uwagę ceny *wynikające z cenników dla tych urządzeń przyjętych przez Wykonawcę na dzień publikacji ogłoszenia o wszczęciu postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, gdzie ceny tych urządzeń będą najwyższe*. Ponadto zgodnie z pkt 3.4.5 *dla ustalenia przedziału cenowego dla urządzeń Grupy Kadra Kierownicza oraz Grupy Podstawowej odpowiednio zastosowanie mają postanowienia do ustalenia przedziału cenowego Grupy VIP*.

Według Odwołującego oznacza to, że urządzenia z Grupy VIP definiowane są przez ustalenie, które telefony zawarte w ofercie wykonawcy i ujęte w cennikach obowiązujących w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu są najdroższe zgodnie z tymi cennikami. Odwołujący wywiódł, że takie ujęcie przez Zamawiającego definiowania Grupy VIP ma swoją istotną funkcję w postaci uniemożliwienia wykonawcom ewentualnych manipulacji przez odniesienie do stanu, który z całą pewnością istniał obiektywnie w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu, a więc w dniu, w którym wykonawcy nie znali jeszcze wymagań Zamawiającego i warunków zamówienia. Wykonawcy dzięki temu mechanizmowi nie mogą w szczególności stworzyć po wszczęciu postępowania specjalnych cenników, w których dane urządzenia będą miały ceny umożliwiające zaoferowanie ich jako Grupy VIP. Zdaniem Odwołującego powyższy mechanizm ma również bardzo istotny skutek formalny – aby możliwe było dokonanie kwalifikacji telefonów zgodnie z wymaganiami Zamawiającego do danej grupy, wykonawca musi zaoferować telefony, które w dniu publikacji ogłoszenia znajdowały się w jego ofercie. Dokonanie kwalifikacji do danej grupy odbywa się bowiem w oparciu o ceny telefonów, które łącznie spełniać muszą następujące warunki: (a) zostały zaoferowane przez wykonawcę i (b) znajdowały się w *ofercie publicznie dostępnej, obowiązującej i stosowanej przez wykonawcę na dzień publikacji ogłoszenia*. Według Odwołującego z przywołanych postanowień wynika zatem, że telefony, które oferowali poszczególni wykonawcy musiały znajdować się w stosowanych przez nich publicznie dostępnych cennikach 20 lutego 2013 r. W związku z powyższym Odwołujący wywiódł, że nie odpowiada treści SIWZ oferta proponująca urządzenia, które zostały wprowadzone przez wykonawcę do jego publicznej oferty po dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Odwołujący podniósł, że w oparciu o treść takiej oferty nie można ustalić, które telefony powinny znaleźć się w poszczególnych grupach w nowych wykazach składanych przez wykonawcę zgodnie z pkt 3.4.1 OPZ.

Odwołujący podał, że wykonawca PTK Centertel zaoferował szereg aparatów telefonicznych, które wprowadzone zostały do jego publicznej oferty po 20 lutym 2013 r., przy czym jest to okoliczność bezsporna, gdyż zostało to wprost podane w treści oferty. Odwołujący wskazał ponadto, że – z wyjątkiem trzech przypadków – podane przez PTK Centertel informacje o dacie wprowadzenia telefonów do publicznej oferty są spójne z informacjami rynkowymi wynikającymi z ogólnodostępnych publikacji. Odwołujący zamieścił w odwołaniu tabelę obejmującą zestawienie aparatów telefonicznych oferowanych przez Centertel, daty wprowadzenia ich na rynek – według tej oferty oraz zgodnie z informacjami rynkowymi (w odwołaniu wskazano linki do – jak to nazwano – *informacji internetowych*). Według tego zestawienia następujące modele zarówno według oferty, jak i informacji rynkowych zostały wprowadzone do publicznej oferty Centertel po 20 lutym

2013 r.: Sony Xperia Z, LG Nexus 4 E960, LG Swift G E975, Samsung Xcover2 S7710, Sony Xperia E, LG LII E430, ZTE KIS PRO, Nokia 301. Odwołujący wywiódł, że wymienione modele telefonów oferowane przez PTK Centertel nie spełniają wymagania, aby były oferowane w publicznej ofercie tego Wykonawcy w dniu publikacji ogłoszenia o przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podniósł ponadto, że w przypadku trzech modeli telefonów (Samsung Xcover2 S7710, ZTE KISS PRO, Nokia 301) – zgodnie z informacjami zamieszczonymi na stronach internetowych (do których w tabeli zamieszczonej w odwołaniu podano linki) – zostały one wprowadzone do oferty Centertel później (w tabeli odwołania wpisano odpowiednio: *Premiera telefonu w Polsce po 2013-02-20; Dostępny w Polsce w maju 2013; 2013-05-10*) niż w datach wskazanych w ofercie (w tabeli odwołania wpisano odpowiednio: *2013-04-24, 2013-04-24, 2013-04-24*), a nawet po dacie składania ofert. W ocenie Odwołującego oznacza to istotną wątpliwość, czy PTK Centertel nie podał w ofercie nieprawdziwych informacji, mogących mieć wpływ na wynik przedmiotowego postępowania. Zdaniem Odwołującego okoliczność ta powinna być co najmniej przedmiotem badania Zamawiającego i wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp, a w razie potwierdzenia, że data wskazana w ofercie odbiega od daty faktycznego wprowadzenia telefonu do cennika, PTK Centertel powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Odwołujący podkreślił, że kwestia terminu wprowadzenia telefonów do oferty wykonawców była przedmiotem zainteresowania wykonawców i Zamawiający nie wyraził zgody na żadną modyfikację SIWZ w omawianym zakresie. Odwołujący podał, że w pytaniach do treści SIWZ zadanych 4 kwietnia 2013 r. znalazło się pytanie w brzmieniu: *Czy Wykonawca może zaproponować aparaty telefoniczne, których w dniu składania oferty nie ma w Cenniku, pod warunkiem, że zaproponowany model aparatu telefonicznego będzie w sprzedaży nie później, niż w ciągu 1 miesiąca od daty złożenia oferty? Wykonawca planuje wprowadzić wiele nowości w portfolio aparatów telefonicznych, które spełniają wymagania Zamawiającego, jednak na chwilę obecną nie ma ich jeszcze w ofercie. W odpowiedzi z 5 kwietnia 2013 r. Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę postanowień SIWZ w tym zakresie.*

Z ostrożności Odwołujący podniósł również, że nie miałyby uzasadnienia ewentualna obrona PTK Centertel oparta na treści pkt 3.4.6 OPZ, zgodnie z którym wykaz aparatów telefonicznych powinien obejmować co najmniej 3 telefony w każdej grupie. Wykonawca ten zaoferował bowiem większą liczbę telefonów niż wymagane minimum, więc mógłby twierdzić, że nawet jeżeli część nie spełnia wymagań, to i tak w niezbędnym zakresie oferta odpowiada treści SIWZ. Według Odwołującego nie jest to teza uprawniona z dwóch

powodów. Po pierwsze – w Grupie VIP po odrzuceniu telefonów wprowadzonych do cennika Centertel po dacie publikacji ogłoszenia o zamówieniu pozostaną jedynie 2 telefony. Po drugie – należało zaoferować co najmniej 3 telefony w każdej grupie, jednak wszystkie zaoferowane telefony musiały spełniać wymagania.

Ad 2. {Rażąco niska cena i czyn nieuczciwej konkurencji}

Odwołujący podał, że w postępowaniu złożone zostały trzy oferty: PTK Centertel z ceną 3.761.349,43 zł, T-Mobile z ceną 18.480.651,29 zł oraz Polkomtel z ceną 27.403.547,04 zł. Ponadto Zamawiający podał przy otwarciu ofert, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia 29.824.923,00 zł. Zamawiający zwrócił się do PTK Centertel o wyjaśnienie ceny w trybie art. 90 pzp, jednak treść tych wyjaśnień została przez tego Wykonawcę {objęta} tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący podniósł, że w związku z tym nie może się do nich ustosunkować. W ocenie Odwołującego niezależnie od ich treści zaoferowana przez Centertel cena nie odpowiada rynkowej wartości przedmiotu zamówienia i musi narazić tego Wykonawcę na straty przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący zarzucił, że złożenie przez PTK Centertel oferty na wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 3.761.349,43 zł. stanowi: po pierwsze – złożenie oferty z rażąco niską ceną w rozumieniu art. 90 pzp, po drugie – czyn nieuczciwej konkurencji zdefiniowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący oświadczył, że jako jeden z wiodących operatorów telekomunikacyjnych zdaje sobie sprawę ze specyfiki rynku usług telekomunikacyjnych, na którym w dużej mierze od wykonawcy zależy jak wyceni daną usługę, jaką część ponoszonych kosztów ogólnych przedsiębiorstwa uwzględni w poszczególnych cenach etc. Odwołujący stwierdził, że w przypadku usług telekomunikacyjnych bardzo trudno jest postawić skutecznie zarzut rażąco niskiej ceny, nawet w razie znacznych różnic cenowych między ofertami. Odwołujący zwrócił jednak uwagę, że przedmiotem omawianego postępowania nie jest jednak wyłącznie świadczenie usług telekomunikacyjnych, gdyż bardzo znacząca część przedmiotu zamówienia to zwykła dostawa sprzętu: aparatów telefonicznych, modemów i akcesoriów do aparatów telefonicznych, takich jak: zestawy słuchawkowe, ładowarki samochodowe, uchwyty czy etui na telefony. Zdaniem Odwołującego o ile w wypadku przetargu czysto *usługowego* łatwo jest wykazać, że dany koszt nie musi być uwzględniony w cenie usługi, o tyle w wypadku przedmiotowego postępowania poniesienie kosztów zakupu określonych urządzeń jest absolutnie niezbędne dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zaprezentował następującą analizę w celu wykazania, że Centertel zaoferował cenę, która nie obejmuje kosztów zakupu niezbędnych urządzeń i nie może pokryć kosztów realizacji zamówienia, nawet przy założeniu, że sam koszt świadczenia usługi wynosi 0 zł. Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia objęta jest następująca

liczba sztuk urządzeń (w nawiasie podano zakres zamówienia opcjonalnego): telefony grupy VIP – 310 (31), telefony dla grupy kadry kierowniczej – 2715 (272), telefony grupy podstawowej – 28955 (2896), modemy do kart *Data* – 3775 (378). Odwołujący powołał się na cennik PTK Centertel (pn. *Cennik telefonów w ofercie promocyjnej Firma Bez Ograniczeń przy umowie na 24 miesiące, obowiązuje od 17.05.2013r. do odwołania lub wyczerpania zapasów*), który załączył do odwołania, a który – jak oświadczył – dostępny jest na stronie internetowej: <http://www.orange.pl/binaries/PL/Binary/8271/8470166.pdf>. Odwołujący ustalił, że według tego cennika poszczególne aparaty telefoniczne oferowane przez PTK Centertel mają następujące ceny bazowe (brutto):

- telefony grupy VIP: Samsung Galaxy SIII – 2630,97 zł, Sony Xperia Z – 2643,27 zł, Samsung Galaxy Note II – 3319,77 zł, Nexus 4 by LG – 2151,27 zł, LG Swift G – 1720,77 zł;
- telefony grupy kadry kierowniczej: Samsung Galaxy SII Plus i9105 – 1.290,27 zł, Samsung Xcover2 S7710 – brak w cenniku, LG Swift L – 1167,27 zł, Samsung Galaxy SIII mini i8190 – 1290,27 zł, HTC One S Z560 – 2089,77 zł;
- telefony grupy podstawowej: Sony Xperia E – 552,27 zł, LG L3 E400 – brak w cenniku, LG Swift L3 II – 429,27 zł, Samsung Galaxy mini 2 NFC – 490,77 zł, Nokia Asha 300 – 429,27 zł, ZTE KIS PRO – brak w cenniku, Nokia 301 – 318,57 zł;
- modemy do kart *data*: modem – 84,87 zł {cena modemu została podana według innego cennika ze strony [www.orange.pl](http://www.orange.pl), w którym Odwołujący odnalazł modem Huawei E3131 za 69 zł netto}.

Odwołujący wskazał, że ponieważ Zamawiający w toku realizacji umowy uprawniony jest do dokonywania wyboru aparatów z poszczególnych grup, ich łączna cena może kształtować się różnie. Odwołujący przedstawił kalkulację sporządzoną dla trzech wariantów, w których: Zamawiający będzie kupował wyłącznie najtańsze telefony z poszczególnych grup, Zamawiający będzie kupował telefony o średniej wartości, i Zamawiający będzie kupował telefony o najwyższej wartości:

- wariant najtańszy – zamówienie podstawowe 13.247.155,00 zł, zamówienie opcjonalne 1.325.501,00 zł, razem 14.572.656,00 zł;
- wariant średni – zamówienie podstawowe 17.912.425,00 zł, zamówienie opcjonalne 1.792.237,00 zł, razem 19.704.662,00 zł;
- wariant najdroższy – zamówienie podstawowe 23.014.216,00 zł, zamówienie opcjonalne 2.302.785,00 zł, razem 25.317.001,00 zł.

Odwołujący wywiódł z tego, że nawet, gdyby Zamawiający kupował wyłącznie najtańsze urządzenia, łączna wartość urządzeń oferowanych przez PTK Centertel wynosi co najmniej 14.572.656 zł. Odwołujący wskazał, że powyższe ceny zostały przeliczone według



cen oferowanych przez PTK Centertel na rynku, a nie według cen zakupu tych telefonów od ich producentów. Zdaniem Odwołującego należy założyć, że w praktyce rynkowej PTK Centertel nabywa aparaty telefoniczne taniej. Odwołujący wskazał, że przeciętne marże operatorów telekomunikacyjnych na urządzeniach wynoszą około 20%-25%. Zdaniem Odwołującego nawet zakładając, że PTK Centertel powyższe ceny kalkuluje z marżą 30%, wartość oferowanych telefonów i modemów przekracza cenę zawartą w ofercie co najmniej 3-krotnie. W konsekwencji cena zakupu aparatów telefonicznych i modemów (z zamówienia podstawowego) kilkakrotnie przekracza zaoferowaną przez PTK Centertel cenę łączną.

Odwołujący podkreślił przy tym, że powyższe wyliczenia obejmują wyłącznie ceny aparatów telefonicznych i modemów, natomiast wykonawca musi skalkulować jeszcze: po pierwsze – koszt zakupu akcesoriów (w ocenie Odwołującego co najmniej 700.000,00 zł brutto), po drugie – koszt zakupu kart SIM (w ocenie Odwołującego co najmniej 20.000,00 zł brutto), po trzecie – koszt świadczenia samej usługi telefonicznej, który może być bardzo różny, w zależności od przyjętej metody kalkulacji kosztów, jednak z całą pewnością jest znaczną kwotą, która nie może być pominięta przy wycenie oferty. Według Odwołującego powyższe jednoznacznie dowodzi, że zaoferowana przez PTK Centertel kwota nie pokrywa nawet w części kosztów, które muszą zostać poniesione przez wykonawcę w celu realizacji zamówienia.

Odwołujący – uprzedzając ewentualną argumentację PTK Centertel w tym zakresie – stwierdził także, że nie jest możliwe zrekompensowanie kosztów zakupu niezbędnych urządzeń przychodami uzyskanymi z rozliczeń międzyoperatorskich (tzw. *interconnect*). W odwołaniu zaprezentowano następujące wyjaśnienie tych terminów. Rozliczenia międzyoperatorskie polegają na tym, że operator, z którego sieci wykonano połączenie do sieci innego operatora, ma obowiązek zapłacić mu określoną kwotę (dotyczy to zarówno połączeń głosowych, jak i SMS czy MMS). Jeżeli więc abonent sieci Orange dzwoni do abonenta innej sieci (np. T-Mobile), operator sieci Orange ponosi koszt takiego połączenia i jest zobowiązany do zapłacenia operatorowi sieci T-Mobile opłaty za to połączenie. Analogicznie, gdy abonent sieci T-Mobile dzwoni do abonenta sieci Orange, to operator sieci Orange otrzyma od operatora sieci T-Mobile zapłatę za to połączenie. Mechanizm tych rozliczeń nazywany jest rozliczeniami międzyoperatorskim lub *interconnectem*, a stawka bazowa do wyliczeń to stawka MTR. Interconnect stanowi zatem źródło przychodów i kosztów we wszelkie rodzaju usługach telekomunikacyjnych związanych z połączeniami, SMS-ami, MMS-ami wysyłanymi i odbieranymi pomiędzy sieciami. Odwołujący wskazał, że obowiązek uiszczania kwot z tytułu interconnectu jest jednak symetryczny i dotyczy wszystkich operatorów – aby przychód z rozliczeń międzyoperatorskich stanowił dodatkowy dochód z tytułu realizacji danej usługi, liczba i czas trwania połączeń przychodzących

do sieci operatora z innych sieci (w tym wypadku do sieci PTK Centertel) musiałaby być większa niż liczba i czas trwania połączeń realizowanych z sieci PTK Centertel do innych sieci. Tylko w takim bowiem wypadku PTK Centertel uzyskałaby z rozliczeń międzyoperatorskich większy przychód, niż sama musiałaby zapłacić innym operatorom. Według Odwołującego w przekroju całego rynku dużych klientów biznesowych potwierdzone jest, że tacy klienci wykonują więcej połączeń, niż odbierają. Oznacza to, że przeciętny klient biznesowy generuje dla operatora większe koszty interconnectu za połączenia wykonywane niż przychody za połączenia odbierane. Odwołujący powołał się na swoją praktykę w tym zakresie. W szczególności ze statystyk wykonanych dla dwóch dużych klientów (Centrum Usług Wspólnych i PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.) wynika, że bilans z interconnectu jest dla operatorów ujemny, a z pewnością nie gwarantuje przychodów pozwalających pokryć znaczne inwestycje w sprzęt.

W opinii Odwołującego z powyższych informacji wynika, że oferta PTK Centertel zawiera cenę, która nie pozwala na pokrycie kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia i z całą pewnością nie pozwala na osiągnięcie na przedmiotowym zamówieniu zysku. Przeciwnie PTK Centertel zmuszona będzie do dofinansowania realizacji tego zamówienia z innych źródeł, i to w znacznej części. Odwołujący wywiódł, że jest to więc niewątpliwie cena rażąco niska w rozumieniu art. 90 pzp, a ponadto złożenie przedmiotowej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, polegający na utrudnieniu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez *sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców*.

{KIO 1182/13}

20 maja 2013 r. (pismem z tej daty) Odwołujący – Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz od czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że treść tej oferty jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile, która nie spełnia wymagań SIWZ.
3. Art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie wezwania T-Mobile do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

4. Art. 8 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 96 ust. 4 w zw. § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – przez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu treści wyjaśnień PTK Centertel dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę.
5. Art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty PTK Centertel, która zawiera rażąco niską cenę.
6. Art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez zaniechanie odrzucenia oferty PTK Centertel, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
7. Art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 5 – przez zaniechanie wykluczenia PTK Centertel z udziału w postępowaniu z powodu niezabezpieczenia oferty wadium.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Odrzucenia oferty T-Mobile.
3. Zastosowania procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 90 ust. 1 pzp względem oferty T-Mobile.
4. Zbadania wyjaśnień i dostarczonych dowodów złożonych przez PTK Centertel dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i udostępnienia ich Odwołującemu, jeśli w wyniku tego badania będą podlegać one udostępnieniu.
5. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty PTK Centertel z powodu rażąco niskiej ceny.
6. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Wykonawcy PTK Centertel z tego powodu, że złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.
7. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykluczenia z udziału w postępowaniu PTK Centertel.
8. Powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Ad 1. {zarzut braku niezgodności oferty Polkomtela z treścią SIWZ}

Odwołujący podał, że w pkt 2 (*Kadra Menadżerska*) Tabeli nr 1 (*Wymagania dla aparatów telefonicznych dla poszczególnych grup*), Zamawiający określił wymagania minimalne dla funkcjonalności *Wideokonferencja* w następujący sposób: *Przez*

*zainstalowane aplikacje w aparacie telefonicznym lub aplikacje firm zewnętrznych.* Odwołujący zaoferował w tej grupie między innymi aparat telefoniczny HTC Windows Phone 8S. Odwołujący zrelacjonował, że jako podstawę odrzucenia jego oferty Zamawiający wskazał brak w tym aparacie kamery wewnętrznej (przedniej). Zdaniem Zamawiającego: *Brak kamery wewnętrznej uniemożliwia przeprowadzenie przy użyciu oferowanego modelu telefonu wideokonferencji, co w konsekwencji oznacza nie spełnienie wymagań określonych w SIWZ.*

Zdaniem Odwołującego powyższe stanowisko Zamawiającego nie znajduje potwierdzenia w SIWZ, której analiza – z uwzględnieniem jej licznych modyfikacji – w sposób niepodważalny dowodzi, że w żadnym jej postanowieniu nie wymagano zaoferowania w grupie Kadra Menadżerska aparatów telefonicznych z kamerą wewnętrzną (przednią). Z tego względu brak takiej kamery nie może w stanowić podstawy do uznania niezgodności treści oferty Odwołującego z SIWZ. Według Odwołującego niesłuszne jest również twierdzenie, że brak kamery wewnętrznej (przedniej) uniemożliwia przeprowadzenie wideokonferencji – z następujących powodów. Wymóg zapewnienia możliwości przeprowadzenia wideokonferencji przez zainstalowane aplikacje w aparacie telefonicznym lub aplikacje firm zewnętrznych dotyczy funkcjonalności aparatu, a nie jego specyfikacji technicznej, czy też wyposażenia. Przy użyciu aparatu HTC Windows Phone 8S możliwe jest przeprowadzenie wideokonferencji z użyciem tylnej kamery – po zainstalowaniu aplikacji Skype i skierowaniu kamery w aparacie na twarz użytkownika obraz zostanie przekazany do rozmówcy, który będzie go słyszał i widział. Według Odwołującego rozwiązanie takie opisuje również PTK Centertel na swojej stronie internetowej.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że zgodnie z wymaganiem zawartym w pkt 3.2.1 załącznika nr 2 do SIWZ: *Dostarczone aparaty telefoniczne muszą tworzyć handlowy komplet obejmujący minimum aparat telefoniczny i dedykowaną przez producenta ładowarkę.* Odwołujący oświadczył, że w ramach kompletu handlowego zamierza dostarczyć zestaw *iSeeU*, który dodatkowo pozwoli na udział użytkownika w wideokonferencji w sposób bardziej komfortowy, chociaż Zamawiający takich udogodnień nie wymagał w SIWZ.

Odwołujący przywołał ponadto brzmienie art. 29 ust. 1 pzp i stwierdził, że przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia jest obowiązkiem Zamawiającego. Odwołujący wywiódł, że jeśli oczekiwaniem Zamawiającego było zaoferowanie aparatów telefonicznych posiadających kamerę wewnętrzną (przednią), powinien był zamieścić taki wymóg w SIWZ. Podobnie Zamawiający zobowiązany był opisać jednoznacznie i wyczerpująco sposób w jaki ma być realizowana usługa wideokonferencji, zwłaszcza jeśli funkcjonalność ta ma być realizowana w określony sposób, zgodny z założeniem przyjętym przez Zamawiającego. Odwołujący oświadczył, że ponieważ wymagania takie nie zostały

zawarte w SIWZ, na dzień złożenia oferty nie posiadał wiedzy o oczekiwaniach Zamawiającego. Natomiast wymagania, które zostały ujawnione Odwołującemu dopiero w zawiadomieniu odrzuceniu oferty nie mogą stanowić podstawy jej odrzucenia. Odwołujący powołał się na to, że nie może ponosić negatywnych konsekwencji nieuwzględnienia przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich jego potrzeb.

Ad 2. {niezgodność oferty T-Mobile z treścią SIWZ}

Odwołujący podał, że w pkt 3 (*Aparaty dla grupy Podstawowej*) Tabeli nr 1 (*Wymagania dla aparatów telefonicznych dla poszczególnych grup*), w pozycji *Podstawowe funkcje aparatu telefonicznego* Zamawiający określił m.in. następujące minimalne wymaganie: *Automatyczne wybieranie ponowne i przełączanie*. Odwołujący wyjaśnił, że funkcja automatycznego ponownego wybierania polega na tym, że użytkownik ustawia urządzenie tak, aby po nieudanej próbie połączenia wykonywało kolejne próby nawiązania połączenia. Aby zatrzymać automatyczne ponowne wybieranie, użytkownik powinien nacisnąć klawisz zakończenia. Odwołujący wskazał również, że T-Mobile zaoferował w tej grupie m.in. aparat Nokia Asha 302.

Odwołujący zarzucił, że Nokia Asha 302 nie posiada funkcji automatycznego wybierania ponownego i przełączania. Odwołujący wskazał, że funkcja ta występuje w innych aparatach marki Nokia, np. w aparacie Nokia E52, Nokia E72, co potwierdza producent w opisie technicznym zamieszczonym na stronie internetowej {w odwołaniu wskazano link do przewodnika dla użytkownika aparatu Nokia E52, zamieszczonego na polskiej stronie producenta}: *Automatyczne ponowne wybierania – ustaw urządzenie tak, aby po nieudanej próbie połączenia wykonywało maksymalnie 10 kolejnych prób nawiązania połączenia. Aby zatrzymać automatyczne ponowne wybieranie, naciśnij klawisz zakończenia*. Natomiast opis techniczny dotyczący aparatu Nokia Asha 302 nie zawiera informacji o możliwości automatycznego ponownego wybierania {w odwołaniu wskazano link do przewodnika użytkownika aparatu Nokia Asha 302, zamieszczonego na polskiej stronie producenta}. Zdaniem Odwołującego producent nie podaje tej informacji, ponieważ urządzenie nie posiada takiej funkcji. Odwołujący wywiódł z tego, że aparat zaoferowany przez T-Mobile nie spełnia wymagań SIWZ.

Ad 3. {zaniechanie wezwania T-Mobile w trybie art. 90 ust. 1 pzp}

Odwołujący zarzucił, że w stosunku do oferty T-Mobile Zamawiający zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, pomimo że cena tej oferty stanowi 62% kwoty podanej przez Zamawiającego przed otwarciem ofert. Odwołujący wskazał, że podjęcie procedury opisanej w art. 90 ust. 1 ustawy pzp jest obowiązkiem zamawiającego w każdym przypadku, gdy okoliczności wskazują, że zaoferowana cena znacznie odbiega o wartości zamówienia, przez co nie daje gwarancji,

że wykonawca wykona zamówienie w sposób należyty. Zdaniem Odwołującego na konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśniającej wskazuje również różnica pomiędzy ceną oferty Odwołującego oraz ceną oferty T-Mobile (18.480.651,29 zł).

Odwołujący wywiódł, że Zamawiający nie może bezkrytycznie przyjmować złożonych wyjaśnień jako prawidłowych, a tym bardziej nie może zaniechać ich zażądania z uwagi na powyższe rażące dysproporcje.

Ad 4. {zarzuty związane z utajnieniem przez Centertel wyjaśnień dotyczących ceny oferty}

Odwołujący podał, że 14 maja 2013 r., w odpowiedzi na swój wniosek dotyczący udostępnienia protokołu postępowania wraz z załącznikami, otrzymał za pośrednictwem poczty elektronicznej kopię protokołu postępowania wraz z informacją że (...) *wyjaśnienia PTK Centertel w sprawie zaoferowania ceny oferty zostały przedstawione Zamawiającemu w żądanym terminie tj. 08.05.2013 r. i stanowią ze względu na Tajemnicę Przedsiębiorstwa PTK Centertel Sp. z o.o. nie mogą zostać Państwu ujawnione*. Na podstawie otrzymanych dokumentów Odwołujący uzyskał informację, że Zamawiający wszczął procedurę wyjaśniającą w trybie art. 90 ust. 1 pzp i wezwał PTK Centertel do udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny *w szczególności w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej przez Wykonawcę*. Z udostępnionej dokumentacji wynika również, że Zamawiający nie wzywał PTK Centertel do wyjaśnienia, czy w stosunku do złożonych przez niego wyjaśnień zachodzą przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.). Odwołujący wywiódł, że nieudostępnienie mu wyjaśnień złożonych przez PTK Centertel świadczy o tym, że: po pierwsze – Zamawiający bez przeprowadzenia badania uznał, że podane w nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, po drugie – w ocenie Zamawiającego zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Zdaniem Odwołującego biorąc pod uwagę rażącą dysproporcję pomiędzy cenami poszczególnych ofert ocena dokonana przez Zamawiającego musi budzić wątpliwości. Co więcej zaniechanie Zamawiającego negatywnie oddziałuje na możliwość kwestionowania przez Odwołującego czynności w postępowaniu i tym samym zmniejsza szanse Odwołującego na skuteczne zakwestionowanie wadliwej oferty. Według Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza podkreśla w orzeczeniach, że umożliwienie wykonawcy zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa nie może kolidować z prawem innych wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej (w odwołaniu wskazano wyrok z 27 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2710/2012).

Dalej Odwołujący wywiódł, że wystąpienie przez Zamawiającego z zapytaniem dotyczącym elementów oferty w trybie art. 90 ust. 1 pzp stwarza domniemanie, że oferta złożona przez PTK Centertel zawiera rażąco niską cenę i stosownie do zasady rozłożenia

ciężaru dowodu, na Wykonawcy spoczywa obowiązek dowodowy obalenia tego domniemania poprzez złożenie szczegółowego wyjaśnienia powodów zaproponowania tak niskiej ceny (Odwołujący powołał się na wyrok z 11 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO/UZP 657/11). Natomiast zgodnie z orzecznictwem sądów przy ocenie wyjaśnień Zamawiający powinien kierować się m.in. tym, czy zaoferowana cena nie odbiega od cen rynkowych w taki sposób, że nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku, czy zaoferowana cena nie odbiega od realiów rynkowych (w odwołaniu wskazano wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09, wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10). Odwołujący stwierdził, że w świetle *przytoczonego* orzecznictwa dla obalenia domniemania nie będzie wystarczające ogólne przytoczenie czynników mających wpływ na treść oferty wymienionych w art. 90 ust. 2 pzp, gdyż Wykonawca powinien udowodnić, że zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną przez niego cenę jest możliwe, że wykona zamówienie w sposób należyty, oraz że osiągnie przy tym zysk.

Odwołujący oświadczył, że jako profesjonalny uczestnik obrotu – opierając się na wiedzy i doświadczeniu wynikającym z realizacji dużych inwestycji oraz na znajomości aktualnych realiów rynkowych – wskazuje na uzasadnione wątpliwości, co do prawidłowości oceny przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Centertel, i to zarówno jeśli chodzi o tajemnicę przedsiębiorstwa, jak i o ustalenie czy cena jest rażąco niska – mimo że nie zna treści wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego nie jest realne, aby zaoferowaną cenę uzasadniały wyjątkowo korzystne warunki zakupu sprzętu wynegocjowane u producentów lub dostawców, czy też potencjalne przychody z tytułu opłat międzyoperatorskich, albo niskie koszty własne.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że gdyby nawet PTK Centertel spodziewał się potencjalnego zysku z zaoferowania pracownikom Zamawiającego specjalnej oferty na świadczenie usług telekomunikacyjnych na warunkach dedykowanych tym pracownikom dla celów prywatnych (*oferta pracownicza*), to i tak należałoby uwzględnić, że pracownicy ci są abonentami innych sieci, w tym Odwołującego, i korzystają z ofert ogólnopolskich lub dedykowanych ofert pracowniczych na preferencyjnych warunkach. Nie ma wprost przełożenia ani związku między telefonami służbowymi a prywatnymi (przynależność do określonej sieci). Jeżeli oferta konsumencka jest atrakcyjna dla potencjalnych abonentów, to niezależnie od podmiotu, który ją kieruje, należy założyć, że byłaby ona rozważona przez potencjalnych klientów. Skorzystanie z nowej oferty wiąże się z koniecznością poniesienia przez abonenta kosztów związanych z rozwiązaniem umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych, w postaci zwrotu operatorowi upustów udzielonych przy zakupie sprzętu i na opłaty za usługi telekomunikacyjne. Uprawnienie operatora do naliczenia tych kosztów wynika z art. 57 ust. 6 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne.

Potencjalny zysk może będzie więc niższy niż zakładany, jeśli abonenci nie zdecydują się na poniesienie tych kosztów i zmianę oferty.

Wracając do rozważań dotyczących tajemnicy przedsiębiorstwa, Odwołujący powołała się na to, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej na Zamawiającym spoczywa obowiązek prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady jawności. W uchwale z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CZP 74/05) Sąd Najwyższy stwierdził, że zamawiający zobowiązany jest badać skuteczność zastrzeżenia w odniesieniu do każdego zastrzeżonego dokumentu i stwierdzić, czy zachodzą przesłanki do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. W tym celu może skorzystać z uprawnienia przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy pzp. Z kolei Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27 grudnia 2012 r. (sygn. akt 2710/12) określiła, że: *Tajemnica przedsiębiorstwa, jako wyjątek od zasady jawności postępowania musi być interpretowana w bardzo ścisły i ostrożny sposób, a powyższe mieści się w charakterze obowiązków, a nie uprawnień Zamawiającego. (...) Izba zauważyła, że zastrzeganie informacji zawartych w ofertach – stało się wielokrotnie – sposobem na pozbawianie konkurentów możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych ofertach. Zamawiający zaś uchylając się od obowiązku rzetelnego zbadania takiego zastrzeżenia niejednokrotnie bezkrytycznie przyjmuje takie zastrzeżenia, nawet w przypadkach, gdy wykonawca zastrzega wszystkie bądź większość informacji – co zdaniem Izby zasługuje na dezaprobatę i prowadzi do złamania podstawowej zasady, jaką jest zasada jawności. (...) Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert. Oznacza to, iż Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób uprawniony.*

Odwołujący wskazał, że w przypadku, gdy nie zachodzą przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający zobowiązany jest udostępnić Odwołującemu wyjaśnienia złożone przez PTK Centertel dotyczące elementów ceny oferty. *Ujawnieniu podlegają również wyjaśnienia, których nie można zastrzec z uwagi na brzmienie art. 86 ust. 4 ustawy PZP, a więc jeżeli odnoszą się one do ceny, czy cen jednostkowych podanych w ofercie. Z kolei, gdy ocena wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zobowiązany jest do jej odrzucenia. Zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PTK Centertel sp. z o.o. prowadzi więc do naruszenia również art. 90 ust. 2 i ust. 3 ustawy PZP w zw. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP.*

Ad 5. {zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty Centertel}



Odwołujący przywołał następujące okoliczności. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 29.824.923,00 zł. Cena oferty złożonej przez Centertel wynosi 3.761.349,43 zł, co stanowi 13% powyżej wymienionej kwoty. Cena oferty najkorzystniejszej obiega także znacznie od pozostałych cen zaoferowanych w postępowaniu, tj. od ceny oferty T-Mobile, która wynosi 18.480.651,29 zł oraz od ceny oferty Odwołującego wynoszącej 27.403.547,04 zł.

Zdaniem Odwołującego różnica pomiędzy ceną oferty najkorzystniejszej a kwotą odczytaną przez Zamawiającego oraz cenami pozostałych Wykonawców uzasadnia twierdzenie, że za podaną przez siebie cenę PTK Centertel nie jest w stanie zrealizować zamówienia. Odwołujący wywiódł, że biorąc pod uwagę zakres przedmiotowego zamówienia, który obejmuje świadczenie usług dla 22 418 kart SIM przez okres 48 miesięcy oraz dostawę 35 755 szt. sprzętu, koszty związane realizacją kontraktu będą oscylować w granicach ok. 10 mln zł. Przy czym kwota ta obejmuje wyłącznie koszty zakupu telefonów oraz koszty jakie poniesie operator z tytułu opłat międzyoperatorskich. Kwota ta nie uwzględnia natomiast innych kosztów m.in. zakupu akcesoriów.

Według Odwołującego strata jaką poniesie PTK Centertel w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia będzie wynosić ok. od 7 mln do 7,7 mln zł. Odwołujący sprecyzował, że przeprowadził analizę ceny oferty PTK Centertel w dwóch wariantach i otrzymał następujące wyniki. Wariant 1 – przy założeniu, że: po pierwsze – uśredniony koszt wszystkich telefonów, które należy dostarczyć do Zamawiającego wynosi 10.090.326,62 zł, po drugie – koszt bezpośredni jaki poniesie Wykonawca w tytułu rozliczeń międzyoperatorskich (MTR) w kraju, przy założeniu ich obniżania o 40 % rocznie, wynosi 1.208.404,07 zł – Wykonawca nie osiągnie zysku, a strata związana z realizacją zamówienia będzie wynosić 7.696.941,19 zł. Wariant 2 – przy założeniu, że: po pierwsze – Zamawiający będzie zamawiał aparaty telefoniczne, których koszt dostarczenia przez Wykonawcę jest najniższy, koszt wszystkich telefonów, które należy dostarczyć do Zamawiającego wynosi 9.571.019,50 zł, po drugie – koszt bezpośredni Wykonawcy z tytułu rozliczeń międzyoperatorskich (MTR) w kraju, przy założeniu ich obniżania o 40 % rocznie, wynosi 1 208 404,07 zł – Wykonawca nie osiągnie zysku, a strata związana z realizacją zamówienia będzie wynosić 7.177.634,07 zł. Odwołujący dodał, że w przypadku niespodziewanego wzrostu ilości ruchu przychodzącego do sieci PTK Centertel (czyli połączeń wykonywanych na telefony wykorzystywane przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego zamówienia) nawet do 200% wielkości ruch wychodzącego, dalej strata pozostanie na poziomie ok. 5 mln zł. Odwołujący wskazał, że w powyższych wyliczeniach nie wzięto pod uwagę kosztów akcesoriów oraz innych urządzeń, kosztu pieniądza w czasie, a także założono, na korzyść PTK Centertel, że wszelki ruch zagraniczny do i w Unii Europejskiej zamyka się we własnej

sieci tego wykonawcy, nie generując kosztów roamingowych związanych z wykorzystaniem sieci innego operatora. Założono również, że przychód z tytułu ruchu przychodzącego to 45% ruchu wychodzącego podanego w SIWZ. Odwołujący przyjął to założenie opierając się na własnych doświadczeniach, wynikających z faktu, że obecnie świadczy usługi dla niektórych podmiotów z grupy PKP.

Odwołujący podsumował, że powyższe wyliczenia, jak również zestawienie ceny oferty najkorzystniejszej oraz cen pozostałych wykonawców bezspornie wskazują, że zaoferowana przez PTK Centertel cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, nierealistyczna, całkowicie oderwana od realiów rynkowych i nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Ad 6. {złożenie oferty Centertel jako czyn nieuczciwej konkurencji}

W opinii Odwołującego argumentacja zawarta w punktach poprzedzających dowodzi ponadto, że oferowanie przez Centertel usług telekomunikacyjnych poniżej kosztów świadczenia oraz oferowanie do sprzedaży sprzętu poniżej kosztów zakupu, utrudnia Odwołującemu dostęp do rynku i tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w tym poprzez sprzedaż towarów lub usług przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Łączna cena sprzętu zaoferowanego w przetargu przez PTK Centertel (aparaty telefoniczne, modemy, ładowarki samochodowe, uchwyty do aparatów telefonicznych, etui, baterie zestawy słuchawkowe bezprzewodowe, zestawy głośnomówiące do samochodów) wynosi 1521,64 zł, zaś cena zakupu u producentów lub dostawców samych aparatów telefonicznych oscyluje w granicach 10 mln zł. Zdaniem Odwołującego nawet jeśli założyć, że cena tych aparatów byłaby niższa niż 10 mln zł, to i tak przychody z usług świadczonych w ramach zamówienia w żadnym wypadku nie zrekompensują kosztów poniesionych na zakup sprzętu, który Centertel miałby odsprzedać Zamawiającemu za 1521,64 zł. Odwołujący wskazał na wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 7 listopada 2008 r. (sygn. akt I ACa 872/08), który doszedł do przekonania, iż nie będzie sprzedażą poniżej kosztów wytworzenia sprzedaż w sytuacji, gdy poniesione koszty mogą być odzyskane w dłuższym okresie czasu. Zdaniem Odwołującego z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu..

Odwołujący wskazał, że utrudnienie dostępu do rynku ma miejsce wówczas, gdy skutki czynów objętych przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

zmaterializowały się w postaci realnie poniesionej szkody innego przedsiębiorcy. Według Odwołującego nie ulega wątpliwości, że poniesie szkodę w postaci utraty klientów (niektórych Zamawiających) i zmniejszenia przychodów na skutek sprzedaży rzez PTK Centertel towarów i usług poniżej kosztów. Odwołujący podkreślił, że art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zawiera żadnych określeń, z których wynikałoby, aby dla stwierdzenia utrudniania dostępu do rynku wymagane było zaistnienie określonego skutku. Z kolei art. 3 ust. 1 tej ustawy przesądza o tym, że czyn, o którym mowa w art. 15 ust. 1 jest zabroniony nie tylko, gdy narusza interes przedsiębiorcy, ale również wówczas gdy mu zagraża. Ponadto w wyroku z 25 października 2012 r. (sygn. akt I CSK 147/12) Sąd Najwyższy wyraził następujący pogląd: *Konstrukcja art. 15 ust. 1 pkt 1-5 u.z.n.k. dowodzi egzemplifikacji „utrudniania dostępu do rynku”, a więc każde z zachowań spośród opisanych w punktach 1-5 art. 15 ust. 1 u.z.n.k. zawsze utrudnia dostęp innym przedsiębiorcom do rynku. Nie wymaga zatem dowodzenia, że w wyniku wystąpienia któregośkolwiek z opisanych we wskazanych punktach zachowania nastąpiło utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku.* Odwołujący wywiódł, że oferowanie rażąco niskiej ceny stanowi utrudnianie dostępu do rynku i jest to działanie podjęte w celu eliminacji innych przedsiębiorców, w tym Odwołującego. Sprzedaż usług i towarów poniżej kosztów czy poniżej cen zakupu jest dozwolona jedynie, gdy jest elementem polityki cenowej ale nienakierowanej na eliminację, tj. np. w celu wejścia na rynek, wyprzedaży posezonowej, wyprzedaży zapasów. Według Odwołującego z takim przypadkiem nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że działań mających na celu eliminację innych przedsiębiorców może dopuścić się nie tylko podmiot zajmujący pozycję dominującą na danym rynku. *Nieuczciwość czynu na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zależy bowiem od stopnia opanowania rynku przez jego sprawcę (...).* {tak M. Mioduszewski, J. Sroczyński, w komentarzu do art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Lex}. Wobec tego ocenie na podstawie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podlegają sprzeczne z dobrymi obyczajami zachowania w relacji B2B, czyli pomiędzy poszczególnymi przedsiębiorcami, które niekoniecznie muszą oddziaływać na cały rynek, ponieważ ten podlega ochronie na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Według Odwołującego podkreślenia wymaga, że w wyniku przedmiotowego postępowania dojdzie do zawarcia umowy nie tylko z podmiotami posiadającymi status zamawiającego w rozumieniu ustawy pzp, ale również z podmiotami, które nie są zobowiązane do jej stosowania. Zdaniem Odwołującego powoduje to, że skutki czynu nieuczciwej konkurencji zostaną rozciągnięte nie tylko na relację Odwołującego z podmiotami zamawiającymi w rozumieniu ustawy pzp, ale również na podmioty prywatne,

którym Odwołujący w ciągu najbliższych 4 lat nie będzie mógł zaoferować swoich usług w ramach zwykłej konkurencji rynkowej.

Ad 7. {niezabezpieczenie oferty Centertel wadium}

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania PTK Centertel, który do swojej oferty na potwierdzenie wniesienia wadium załączył gwarancję wadialną wystawioną przez Societe Generale S.A. Oddział w Polsce. Zdaniem Odwołującego treść tej gwarancji budzi uzasadnione wątpliwości, co do tego, czy zabezpieczenie gwarantuje bezwarunkową wypłatę środków na każde żądanie Zamawiającego. Wprawdzie w treści dokumentu gwarancji wpisano, że jest ona nieodwołalna i bezwarunkowa, jednak dalsza treść przeczy temu. W żądaniu zapłaty Zamawiający obowiązany jest bowiem wskazać zdarzenie w związku z którym występuje z żądaniem. W przypadku, gdy przyczyną wystąpienia z żądaniem zapłaty będzie niezłożenie przez Wykonawcę dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp lub pełnomocnictw, płatność będzie dokonana, jeśli Zamawiający złoży oświadczenie, że Wykonawca nie udowodnił, że niezastosowanie się przez niego do wezwania było spowodowane przyczynami nieleżącymi po jego stronie.

W ocenie Odwołującego tego rodzaju zastrzeżenie, warunkujące wypłatę kwoty wadium, nie może być potraktowane jako wymóg formalny, od którego zwyczajowo uzależnia się dokonanie płatności. Za tego rodzaju wymogi formalne – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby – uznaje się np. potwierdzenie wzorów podpisów złożonych pod żądaniem zapłaty. Oświadczenie wymagane od Zamawiającego dotyczy natomiast kwestii merytorycznych, a więc oceny czy wystąpiły przesłanki do zatrzymania wadium (art. 46 ust. 4a ustawy pzp). Zdaniem Odwołującego nie sposób uznać, że zapłata w takim przypadku nastąpi w sposób bezwarunkowy. Żądanie takiego oświadczenia wskazuje, że będzie ono przedmiotem badania wystawcy gwarancji. *W przeciwnym wypadku, jaki byłyby inny cel takiego żądania, zwłaszcza, że nie żąda się takich oświadczeń w odniesieniu do innych zdarzeń uzasadniających wypłacenie wadium.*

Odwołujący wywiódł w podsumowaniu, że zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji obliguje Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy, którego oferta na dzień złożenia ofert nie była zabezpieczona prawidłowo wadium.

{KIO 1181/13 i KIO 1182/13}

3 czerwca 2013 r. Zamawiający na posiedzeniu Izby złożył pisemne odpowiedzi na oba odwołania, wnosząc w każdej ze spraw o oddalenie odwołania.

{KIO 1181/13}

Ad 1. odwołania T-Mobile {Niezgodność oferty PTK Centertel z SIWZ}

Zamawiający opisał, że w treści załącznika nr 2 – *Opis przedmiotu zamówienia*, po pierwsze – w Tabeli 1 sprecyzowano szczegółowe wymagania dla parametrów technicznych i funkcjonalnych aparatów telefonicznych podzielonych na trzy grupy, określone kolejno jako: VIP, Kadra Menadżerska i Podstawowa. Po drugie – zgodnie z pkt 3.1.3 (wg pierwotnego brzmienia): *Wykonawca będzie dostarczał wyłącznie fabrycznie nowe urządzenia. Przez fabrycznie nowe urządzenia Zamawiający rozumie urządzenia, które nie były wcześniej użytkowane i które zostały wprowadzone do oferty Wykonawcy publicznie dostępnej dla użytkowników w okresie nie dłuższym niż 12 miesięcy przed dniem publikacji ogłoszenia o niniejszym zamówieniu w Dzienniku Unii Europejskiej. Powyższy wymóg będzie też stosowany przy zmianie oferty aparatów telefonicznych o której mowa w pkt. 3.4 przy czym okres 12 miesięcy będzie liczony od terminów wskazanych w pkt. 3.4.4.* Zamawiający wskazał dalej, że postanowienia odnoszące się do: liczby telefonów, jaką winien przedstawić wykonawca w składanej ofercie, informacje o telefonach, jak też sposobu obliczenia początkowego terminu przedziału okresu tzw. *cenury czasowej*, jaką winny spełniać poszczególne modele zaoferowanych telefonów – określone zostały we wzorze formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ, w następujący sposób (wg pierwotnego brzmienia): *Wymagane jest określenie producenta, modelu, daty dziennej pierwszego wprowadzenia aparatu telefonicznego do oferty Wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest zaoferować minimum 5 modeli od co najmniej 3 producentów dla Grupy aparatów telefonicznych VIP – UWAGA: data wprowadzenia aparatu telefonicznego do oferty nie może być wcześniejsza niż 12 miesięcy od dnia ogłoszenia o niniejszym zamówieniu w Dzienniku Unii Europejskiej.* Zamawiający podał, że w kolejnych zmianach wprowadzonych do treści SIWZ zmienił szereg parametrów technicznych i funkcjonalnych aparatów telefonicznych, które miały być przedmiotem dostawy, jak i też wydłużył początkowy termin przedziału okresu *cenury czasowej* z 12 na 18 miesięcy (zmiana z 5 kwietnia 2013 r.).

Zamawiający oświadczył, że celowo nie określił w SIWZ terminu końcowego okresu *cenury czasowej*, gdyż kierował się następującymi powodami. Po pierwsze – producenci telefonów, konkurując pomiędzy sobą, na bieżąco reagują na poczynania pozostałych uczestników rynku i na bieżąco modyfikują katalogi oferowanych modeli telefonów, co ma bezpośredni wpływ na katalog aparatów telefonicznych dostępnych na rynku i oferowanych przez operatorów. Po drugie – z perspektywy Zamawiającego nie było możliwe do przewidzenia, czy i jakie modele aparatów telefonicznych będą wprowadzane lub też wycofane przez potencjalnych wykonawców w okresie od dnia wszczęcia postępowania do dnia złożenia ofert. Po trzecie – Zamawiający precyzował swoje oczekiwania w oparciu o katalog wymagań funkcjonalno-technicznych, a nie z perspektywy konkretnych modeli aparatów telefonicznych. Po czwarte – przedmiot zamówienia ma złożony charakter

i uwzględniając przebieg innych analogicznych postępowań {w odpowiedzi na odwołanie wskazano tu na postępowanie prowadzone przez Centrum Usług Wspólnych na „Świadczenie usług telefonii ruchomej wraz z dostawą telefonów komórkowych i modemów z aktywnymi skonfigurowanymi kartami SIM (nr referencyjny WT/PN/219/11), dla którego ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w DUUE 2011/S 181-295386 z 21 września 2011 r. oraz postępowanie prowadzone przez Poczta Polska S.A. Dla Usług telefonii komórkowej i usługi bezprzewodowej transmisji danych wraz z dostawą urządzeń i akcesoriów do ich świadczenia, dla którego ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w DZUUE 2012/S 215-355053 z 8 listopada 2012 r.} Zamawiający nie mógł przyjąć, że przedmiotowe postępowanie zakończy się w pierwotnie założonym terminie. W ocenie Zamawiającego w szczególności ta ostatnia okoliczność determinowała możliwość obiektywnego określenia tylko początkowego terminu przedziału okresu *cenury czasowej*, liczonego od dnia publikacji ogłoszenia o przedmiotowym zamówieniu. Zdaniem Zamawiającego uwzględniając powyższe okoliczności nie sposób było określić końcowy termin tego okresu i obiektywnie nie było też takiej potrzeby. Mogłoby to bowiem skutkować niezamierzonym ograniczeniem konkurencji bądź też, w skrajnym wypadku, uniemożliwić zaoferowanie bardziej zaawansowanych modeli aparatów telefonicznych, co nie leżało w interesie Zamawiającego.

Zamawiający stwierdził, że powyższymi względami kierował się udzielając 2 i 5 kwietnia 2013 r. odpowiedzi na pytania wykonawców do treści SIWZ w trybie art. 38 ust. 1 pzp. Po pierwsze – na pytanie: *Czy oferent może zaproponować aparaty telefoniczne, których w dniu składania ofert nie ma w cenniku, pod warunkiem, że zaproponowany model aparatu jest w sprzedaży nie dłużej niż 12 miesięcy?* Po drugie – na pytanie {przytoczone powyżej w odwołaniu T-Mobile jako pytanie zadane 4 kwietnia 2013 r.}. W obu przypadkach Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę wymagań SIWZ w tym zakresie. Zamawiający wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie, że jego zdaniem podmioty, które skierowały pytania próbowały wpłynąć na decyzje podjęte przez Zamawiających i *poprzez uzyskanie odpowiedzi twierdzących, w sposób konkludentny wpłynąć na treść SIWZ, celem zmiany przyjętych założeń, względnie ograniczenia konkurencyjności postępowania*. Zamawiający wyjaśnił, że przez udzielenie powyższej odpowiedzi nie wyraził zgody na przyjęcie proponowanych przez wykonawców zmian: po pierwsze – możliwości zaproponowania aparatów telefonicznych, których nie ma w cenniku w dniu składania ofert lecz są na rynku nie dłużej niż 12 miesięcy; po drugie – możliwości zaproponowania aparatów telefonicznych, których nie ma w cenniku w dniu składania ofert, lecz zostaną wprowadzone nie później niż w ciągu miesiąca od daty złożenia oferty. Według Zamawiającego wprowadzenie takich rozwiązań mogło bowiem skutkować ograniczeniem możliwości wzięcia udziału

w postępowaniu wyłącznie przez wykonawców, którzy w niedalekiej przyszłości planowali wprowadzić do swojej oferty nowe modele aparatów telefonicznych.

Zdaniem Zamawiającego powyższe stanowisko w żaden zaś sposób nie ograniczyło jednak możliwości zaoferowania przez wykonawców modeli aparatów telefonicznych, które miały dopiero zostać wprowadzone do ich oferty po dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający podsumował, że tym samym aparat telefoniczny, który został wprowadzony do oferty wykonawcy publicznie dostępnej dla użytkowników w okresie nie dłuższym niż 18 miesięcy przed dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, tj. po 20 sierpnia 2011 r., a więc także w okresie między tą datą a dniem składania ofert, spełnia to wymaganie.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego o konieczności zaoferowania aparatów znajdujących się w cennikach nie później niż na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu, Zamawiający podniósł, że takiego ograniczenia nie da się też wyprowadzić z postanowień SIWZ regulujących kwestie zmiany katalogu modeli aparatów z następujących powodów. Po pierwsze – opisana w pkt 3.4 OPZ procedura reguluje kwestie zmiany katalogu aparatów telefonicznych w toku współpracy z wykonawcą, z którym Zamawiający zawrą umowę, stąd też jej postanowienia mogą mieć zastosowanie wyłącznie na etapie wykonania umowy. Po drugie – brak jest podstaw do przyjęcia odpowiedniego zastosowanie tej procedury do sposobu konstruowania oferty przez wykonawców na etapie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. W opinii Zamawiającego SIWZ nie zawierała w tym zakresie żadnych wskazówek, a próba przypisania działaniom Zamawiającego innego znaczenia, niż wynikające z treści SIWZ, jest co najmniej zaskakująca.

Zamawiający podniósł również, że w związku ze zmianą postanowień SIWZ z 12 marca 2013 r. (Modyfikacja 2) oraz z dnia 19 marca 2013 r. (Modyfikacja 3), określenie wartości przedziału cenowego dla poszczególnych grup telefonów (VIP, Kadra Menadżerska, Podstawowa) straciło znaczenie. Decydujące znaczenie będą mieć natomiast parametry techniczne i funkcjonalne określone dla poszczególnych grup telefonów.

Zamawiający dodał, że tym samym nie zachodzi także – wywodzony z niezgodności treści oferty PTK Centertel i sygnalizowany w odwołaniu (bez szerszego uzasadnienia) – zarzut złożenia informacji nieprawdziwej mającej wpływ na wynik postępowania.

{1182/13}

Ad 1. odwołania Polkomtela {zarzut braku niezgodności oferty Polkomtela z treścią SIWZ}

Zamawiający wskazał, że w związku z zarzutem Odwołującego istotne znaczenie mają postanowienia pkt 2 załącznika 2 do SIWZ i zamieszczonej w nim Tabeli nr 1, gdzie zdefiniowano wymagania dla aparatów telefonicznych dla grupy określonej jako Kadra

Menadżerska. Natomiast zdaniem Zamawiającego wbrew twierdzeniom Odwołującego dla rozstrzygnięcia powyższego zarzutu bezprzedmiotowe są zmiany wprowadzone w toku postępowania, gdyż w przypadku modyfikacji postanowień SIWZ regulujących wymagania w odniesieniu do poszczególnych grup telefonów (Modyfikacja nr 2 SIWZ z 12 marca 2013 r., Modyfikacja nr 5 SIWZ z 3 kwietnia 2013 r., Modyfikacja nr 9 SIWZ z 18 kwietnia 2013 r.), wymaganie w stosunku do aparatu telefonicznego zaliczanego do grupy Kadra Menadżerska, polegające na tym, aby taki aparat telefoniczny umożliwił przeprowadzenie wideokonferencji, nie uległo zmianie. W spornym zaś zakresie przyjęto, że jedną z cech aparatu telefonicznego winna być wideokonferencja, przy czym winna być ona realizowana *przez zainstalowane aplikacje w aparacie telefonicznym lub aplikacje firm zewnętrznych*. Zamawiający zaznaczył, że powyższe postanowienia nie budziły wątpliwości wykonawców, którzy nie formułowali pytań w odniesieniu do powyższej cechy.

Zamawiający podał, że Odwołujący w złożonej ofercie zaproponował dla grupy Kadra Menadżerska w wierszu 3 stosownej tabeli formularza ofertowego model telefonu Windows Phone 8S, którego producentem jest HTC. Zamawiający przytoczył treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego zamieszczonego w piśmie z 9 maja 2013 r.: *Oferta firmy Polkomtel sp. z o.o. jako jeden z aparatów telefonicznych dla grupy Kadra Menedżerska zawiera aparat telefoniczny HTC Windows Phone 8S. Z informacji posiadanych przez Zamawiającego wynika, że powyższy aparat telefoniczny nie posiada kamery wewnętrznej (przedniej). Brak kamery wewnętrznej uniemożliwia przeprowadzanie przy użyciu oferowanego modelu telefonu wideokonferencji co w konsekwencji oznacza nie spełnienie wymagań określonych w SIWZ. W związku z powyższym Zamawiający odrzucił ofertę firmy Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Odnosząc powyższe okoliczności do zarzutu sformułowanego przez Odwołującego, Zamawiający podniósł, że w myśl postanowień SIWZ, po pierwsze – wszelkie cechy, jakie zostały sprecyzowane przez Zamawiającego w Tabeli nr 2 OPZ odnoszą się wyłącznie do aparatów telefonicznych, precyzując parametry techniczne telefonu lub jego komponentów i wyposażenia (np. forma, waga, wyświetlacz, karta pamięci etc), względnie funkcje, jakimi powinien się charakteryzować lub które powinien realizować. Po drugie – wskazane cechy i funkcje określone dla poszczególnych grup telefonów winny być odczytywane jako katalog, który winien spełnić łącznie każdy aparat telefoniczny oferowany przez wykonawcę dla danej grupy. Po trzecie – katalog tych cech stanowił wymagane minimum, co nie wykluczało sytuacji, w której aparat telefoniczny mógł mieć także inne cechy lub funkcje w obszarze nieujętych w opisie sformułowanym przez Zamawiającego. Po czwarte – wskazanym w Tabeli nr 2 cechom i funkcjom przypisano określone wartości lub



sposób ich realizacji precyzujące minimalne wymagania dla nich. Jedną z wymaganych funkcji dla aparatów telefonicznych z grupy Kadra Menażerska była możliwość wykonywania za ich pośrednictwem wideokonferencji. W tym zakresie zastrzeżono, że funkcja ta powinna być dostępna *przez zainstalowane aplikacje w aparacie telefonicznym lub aplikacje firm zewnętrznych*. Zdaniem Zamawiającego z uwagi na to, że pojęcie wideokonferencji nie zostało dalej sprecyzowane, należy odwołać się do jego powszechnego znaczenia. Zamawiający podał, że zgodnie z Encyklopedią PWN (dostępna na stronie <http://encyklopedia.pwn.pl>): *Wideokonferencja [fac.], telekonferencja, podczas której wykorzystuje się jednocześnie przesyłanie dźwięku i ruchomego obrazu (w czasie rzeczywistym) między uczestnikami rozmowy znajdującymi się w odległych miejscach*.

Według Zamawiającego – zważając na kontekst, w jakim zostało użyte powyższe pojęcie (określenie funkcji aparatu telefonicznego) – należy wskazać, co następuje. Po pierwsze – możliwością wykonywania połączeń pozwalających na transmisję głosu i obrazu winien charakteryzować się sam aparat telefoniczny, przy czym chodzi o taką transmisję, w której możliwa będzie równoczesna transmisja obrazu i głosu osoby wykonującej połączenie. Po drugie – transmisja taka winna być możliwa z użyciem oprogramowania (zdaniem Zamawiającego okoliczność ta nie ma znaczenia w sprawie). Po trzecie – transmisja taka winna być możliwa przy użyciu telefonu oferowanego przez wykonawcę, tj. telefon taki powinien mieć zarówno możliwość odbioru za jego pośrednictwem transmisji obejmującej głos i dźwięk jak i też równoczesne prowadzenie za jego pośrednictwem takiej transmisji. W praktyce oznacza to – zdaniem Zamawiającego – że osoba uczestnicząca w wideokonferencji nie tylko widzi i słyszy swoich rozmówców ale także w tym samym czasie (równocześnie) jest widziana i słyszana przez osoby, z którymi prowadzi wideokonferencję.

Zamawiający podkreślił, że znaczenie pojęcia *wideokonferencji* nie jest sporne między Stronami. Według Zamawiającego istota podniesionego zarzutu dotyczy wyłącznie tego, czy taką funkcjonalność winien posiadać sam aparat telefoniczny, czy też w tym zakresie wykonawca mógł się posłużyć dodatkowym rozwiązaniem, przy którego użyciu dopiero taką funkcjonalność uzyskałby zaoferowany przez niego zestaw. Zamawiający ponownie podniósł, że Tabela nr 1 precyzowała cechy i funkcje aparatów telefonicznych, na co wskazuje już sam tytuł poprzedzający szczegółową specyfikację cech i funkcji poszczególnych aparatów telefonicznych. Zamawiający podniósł, że sposób rozumienia parametrów, cech i funkcji, a także fakt, że należy odnieść je wyłącznie do aparatu telefonicznego, nie był sporny w toku prowadzonego postępowania. Według Zamawiającego świadczą o tym pytania skierowane do Zamawiającego, jak i też odpowiedzi udzielone: 3 kwietnia 2013 r. – na pytania 1 i 2, zadane 28 marca 2013 r., na pytania 1-4, 7, 8, zadane

29 marca 2013 r., na pytania 1-3, zadane 2 kwietnia 2013 r. przez Odwołującego; 5 kwietnia 2013 r. – na pytania 2, 3, 6, zadane 4 kwietnia 2013 r. przez Odwołującego, na pytanie 1, zadane 5 kwietnia 2013 r. przez Odwołującego; 9 kwietnia 2013 r. – na pytanie 1, zadane 9 kwietnia 2013 r.; 18 kwietnia 2013 r. – na pytania 1-5. W ocenie Zamawiającego przyjęcie stanowiska, że funkcja wideokonferencji mogła być spełniona przez zestaw, w którego skład wchodzi aparat telefoniczny, prowadziłoby do absurdalnej wręcz sytuacji, gdyż większość funkcji spośród wymienionych w Tabeli nr 1 przestałoby mieć jakikolwiek sens i znaczenie dla *praktycznego wymiaru związanego z użytkowaniem takich rozwiązań*, większość z nich może być bowiem realizowana przez akcesoria współpracujące z aparatami telefonicznymi i za ich *bezpośrednim pośrednictwem*. Zamawiający podał przykład zewnętrznych baterii, których zadaniem jest wydłużenie maksymalnego czasu pracy aparatu telefonicznego i które są powszechnie stosowane przez użytkowników. Zdaniem Zamawiającego takie rozwiązania nie są w praktyce funkcjonalne i nie były dopuszczone na mocy postanowień SIWZ. Przyjęcie ich wymuszałoby bowiem na użytkowniku konieczność noszenia wraz z aparatem telefonicznym dodatkowych urządzeń, ich każdorazowej konfiguracji przed skorzystaniem w celu osiągnięcia zamierzonej funkcjonalności.

Zamawiający podkreślił, że jego wymagania co do funkcji wideokonferencji w toku postępowania nie uległy zmianie, w tym także na etapie procesu oceny ofert. Zamawiający oświadczył, że oceniając zaś aparat telefoniczny HTC Windows Phone 8S oparł się na: po pierwsze – wiedzy i doświadczeniu wynikającym z użytkowania tego modelu telefonu przez Zamawiających (Zamawiający podał, że z tego modelu telefonu korzysta obecnie m.in. PKP S.A.), po drugie – ogólnodostępnych informacji publikowanych na temat telefonu HTC Windows Phone 8S przez jego producenta, po trzecie – opublikowanych testach telefonu HTC Windows Phone 8S w portalach branżowych, po czwarte – informacje opublikowane na temat tego aparatu telefonicznego przez Odwołującego na swojej stronie internetowej {w odpowiedzi na odwołanie podano linki do stron internetowych, z których korzystał Zamawiający, w tym podano po dwa linki jako dowody na następująco sformułowane twierdzenia Zamawiającego: (1) *Bez drugiej kamery realizacja wideokonferencji jest niemożliwa*, (2) *Połączenie HTC Windows Phone 8S przekroczy wagę dopuszczalną dla tel. z Gr. Kadra Mężzarska*; do odpowiedzi na odwołanie załączono również wydruk ze strony internetowej Polkomtel zawierający zestawienie parametrów HTC Windows Phone 8S}. Zamawiający oświadczył, że zarówno jego opinia, jak i poglądy formułowane w tym zakresie *w przedstawionych źródłach* są jednoznaczne. Wskazany telefon nie jest przystosowany do prowadzenia wideokonferencji. O powyższym zaś decyduje fakt, że producent wyposażył ten model w kamerę umiejscowioną na spodniej części telefonu. W sytuacji zaś, kiedy telefon jest wyposażony w jeden wyświetlacz – na przedniej części telefonu, brak kamery

wewnętrznej – umiejscowionej również na przedniej części telefonu – uniemożliwia wykonywanie za jego pośrednictwem połączeń wideokonferencyjnych. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie można zatem mówić w tym zakresie o *mniej komfortie takich połączeń*, lecz w ogóle o braku możliwości wykonywania takich połączeń. Zamawiający wyraził przypuszczenie, że Odwołujący próbuje utożsamić pojęcie wideokonferencji z pojęciem wideorozmowy, rozumianej jako usługa telekomunikacyjna, dzięki której przynajmniej jeden z rozmówców może słyszeć i widzieć drugiego.

Według Zamawiającego z odwołania wynika ponadto konieczność doposażenia telefonu w dodatkowe akcesorium, co wskazuje, że Odwołujący podziela w tym zakresie stanowisko i ocenę sformułowaną przez Zamawiającego w zawiadomieniu z 9 maja 2013 r. Zamawiający podniósł, że w złożonej ofercie Odwołujący nie zawarł nawet wzmianki o dodatkowym akcesorium, a propozycja rozszerzenia oferty w tym zakresie została sformułowana dopiero w treści odwołania. W ocenie Zamawiającego z uwagi na dyspozycję art. 84 ust. 1 pzp takie działanie jest bezskuteczne i nie może zostać zaakceptowane.

Zamawiający oświadczył, że wbrew twierdzeniom Odwołującego przyczyną podjętej decyzji nie był brak kamery wewnętrznej, a fakt, że w związku z tym brakiem zaproponowany telefon nie pozwala na wykonywanie połączeń wideokonferencyjnych. Według Zamawiającego w tym stanie rzeczy zostały spełnione zostały przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego – w związku z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz brakiem możliwości zastosowania czynności zgodnie z dyspozycją art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

W ocenie Zamawiającego wywody odwołania, że opis telefonu w tym zakresie obarczony był błędem są co najmniej niezrozumiałe.

#### Ad 2. odwołania Polkomtela {zarzut niezgodności oferty T-Mobile z treścią SIWZ}

Zamawiający wskazał, że w związku z zarzutem Odwołującego istotne znaczenie mają postanowienia pkt 2 załącznika 2 do SIWZ i zamieszczonej w nim Tabeli nr 1, gdzie zdefiniowano wymagania dla aparatów telefonicznych między innymi dla grupy określonej jako podstawowa. Przy czym ostateczne brzmienie tabeli w zakresie objętym zarzutem zostało ukształtowane Modyfikacją nr 9 SIWZ z 18 kwietnia 2013 r. {jako dowód Zamawiający podał jednak Modyfikację nr 2 SIWZ z 12 marca 2013 r.}. Zamawiający potwierdził, że jedną z funkcji zastrzeżonych dla aparatów telefonicznych zaliczonych do tej grupy było automatyczne wybieranie ponowne i przełączanie. Zamawiający potwierdził również, że T-Mobile zaproponował (w wierszu 3 tabeli dla grupy podstawowej) model telefonu Asha 302, którego producentem jest Nokia.

Odnosząc się do sformułowanego w odwołaniu zarzutu braku wyposażenia modelu telefonu Nokia Asha 302 w przywołaną funkcję, Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie poparł swoich twierdzeń żadnym dowodem. Zdaniem Zamawiającego instrukcja obsługi nie

jest środkiem, który pozwala przyjąć i wyprowadzić logiczny wniosek zgodny z twierdzeniem Odwołującego. Według Zamawiającego już tylko z tego względu zarzut nie zasługuje na uwzględnienie {Zamawiający powołał się tu na bliżej niesprecyzowany wyrok Izby z 10 stycznia 2012 r., w którym wskazano: *Zgodnie z dyspozycją normy prawnej, zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Oznacza to, iż wskazany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek dokonania oceny oferty w świetle wymagań określonych SIWZ, przy czym zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą, weryfikacja winna dotyczyć oferty w rozumieniu sensu largo, w zakresie wymagań merytorycznych wyartykułowanych w SIWZ, a nie wymagań formalnych. Zatem, Odwołujący chcąc wykazać naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp musi zakwestionować ocenę oferty, dokonaną przez zamawiającego, przedstawiając rozbieżności występujące między treścią oferty a treścią SIWZ.*}

Niezależnie jednak od powyższego Zamawiający (z daleko posuniętej ostrożności) podniósł, że w toku badania i oceny ofert zweryfikował każdy z modeli aparatów telefonicznych zaoferowanych przez wykonawców. Wykorzystano przy tym zarówno informacje publikowane o poszczególnych modelach aparatów telefonicznych przez ich producentów, wyniki testów i recenzje publikowane w prasie i serwisach poświęconym tematyce GSM, jak i oparto się na wiedzy i doświadczeniu wynikającym z użytkowania modeli telefonów wskazanych w ofertach. W taki też sposób zweryfikowano funkcje i cechy aparatu telefonicznego marki Nokia Asha 302, który w ocenie Zamawiającego posiada funkcję automatycznego ponownego wybierania. Zamawiający wyjaśnił, że powyższą funkcję można aktywować lub dezaktywować z poziomu menu, dokonując stosownych ustawień, wybierając kolejno: *Ustawienia – Połączenie – Automatyczne ponowne wybieranie: Tak/Nie.*

#### Ad 3. odwołania Polkomtela {zarzut zaniechania wezwania T-Mobile do wyjaśnień ceny}

Zamawiający podniósł, że w myśl art. 90 ust. 1 pzp za wystąpieniem przez zamawiającego do jakiegokolwiek wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, musi przemawiać uzasadnione przypuszczenie braku należytej kalkulacji takiej ceny {Zamawiający powołał się tu na wyrok Izby z 20 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2192/11), gdzie przyjęto, że: *Procedura określona w art 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ma na celu wyjaśnienie elementów, mających wpływ na kalkulację ceny oferty i jest wszczynana w sytuacji gdy zamawiający poweźmie uzasadnione wątpliwości co do zaniżenia ceny oferty. Uruchomienie procedury udzielenia wyjaśnień w trybie art 90 ust. 1 ustawy może mieć miejsce tylko w sytuacji gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.* Zdaniem Zamawiającego podjęcie takich działań musi mieć uzasadnienie w okolicznościach sprawy,

których nie można sprowadzić wyłącznie do różnic w jednym postępowaniu pomiędzy szacunkową wartością przedmiotu zamówienia ustaloną przez Zamawiającego a ceną zaoferowaną przez wykonawcę w złożonej ofercie, czy też pomiędzy najwyższą ceną zaproponowaną przez wykonawcę a ceną w kolejnej ofercie w jednym postępowaniu. Powyższe według Zamawiającego może bowiem świadczyć o konkurencyjności prowadzonego postępowania lecz jeszcze nie uzasadnia podjęcia działań na gruncie art. 90 ust 1 pzp. W pierwszej kolejności w takim przypadku konieczne jest zweryfikowanie założeń, które legły u podstaw ustalania szacunkowej wartości zamówienia, w celu ustalenia, czy pozostają aktualne w realiach rynkowych prowadzonego postępowania. Zamawiający oświadczył, że wnioski z przeprowadzonej przez niego w tym zakresie weryfikacji przesądziły o stwierdzeniu braku podstaw do zażądania w trybie art. 90 ust. 1 pzp udzielenia wyjaśnień przez T-Mobile. Zamawiający podał, że wziął pod uwagę następujące okoliczności.

Po pierwsze – określenie szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia nastąpiło przed wszczęciem postępowania, *na podstawie danych dostępnych Zamawiającym w okresie 2 miesięcy przed upływem terminu składania ofert* w przedmiotowym postępowaniu. Po drugie – przy ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia oparto się o ceny jednostkowe, jakie w toku negocjacji z jednym z operatorów uzyskała jedna ze spółek, które udzielają przedmiotowego zamówienia. Przy czym stawki te były negocjowane w pierwszym kwartale 2012 r. dla umowy zawieranej na okres krótszy niż okres realizacji przedmiotowego zamówienia, a wolumen usług i dostaw objęty tą umową odpowiada ok. 19% wartości przyjętej w ramach aktualnie prowadzonego postępowania. Zamawiający wyjaśnił, że było to jedyne dostępne mu źródło informacji o cenach i stawkach stosowanych przez operatorów telefonii komórkowej w odniesieniu do większych podmiotów zaliczanych przez operatorów do kategorii klientów instytucjonalnych. Zamawiający działał ze świadomością, że poczynione ustalenia mogą być obarczone błędem, gdyż przyjęte stawki i ceny nie uwzględniały: po pierwsze – *efektu skali*, jaki zamierzali osiągnąć Zamawiający prowadząc wspólnie przedmiotowe postępowanie, po drugie – zależności, że im dłuższy okres jest okres na jaki zostaje zawarta umowa, tym wysokość opłat za urządzenia i usługi w poszczególnych okresach rozliczeniowych jest niższa.

Zamawiający wywiódł dalej, że w toku prowadzonego postępowania uzyskał możliwość weryfikacji realiów rynkowych, a także cen i stawek oferowanych przez operatorów telefonii komórkowej w odniesieniu do większych podmiotów zaliczanych do kategorii klientów instytucjonalnych. Podstawę taką dało postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Poczta Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, wszczęte w ostatnim kwartale 2012 r., którego przedmiotem było świadczenie usług telefonii komórkowej i usług bezprzewodowej transmisji danych wraz z dostawą urządzeń

i akcesoriów do ich świadczenia. Postępowanie zostało rozstrzygnięte i zakończyło się zawarciem umowy z Polkomtelem (Odwołującym). Zamawiający oświadczył, że na potrzeby weryfikacji cen sporządzono symulację ofert, jakie mógłby otrzymać Zamawiający w oparciu o wartości stawek ofert złożonych Poczcie Polskiej. Celem tych symulacji była weryfikacja początkowych szacunków oszczędności (opartych na wewnętrznym *benchmarkingu*), zidentyfikowanie ewentualnych ofert, które mogłyby zawierać rażąco niską cenę, oraz weryfikacja realiów rynku. Zamawiający podał, że Poczta Polska prowadziła postępowanie o udzielenie zamówienia na świadczenie usług telekomunikacyjnych na okres 2 lat. Następne charakterystyczne punkty odniesienia to liczby: 12895 kart SIM, 12010 urządzeń mobilnych i 820 akcesoriów. Zamawiający ocenił, że postępowanie to jest *mniejszym*, a tym samym jest także mniej atrakcyjne biznesowo. Zamawiający zaznaczył również, że w tym postępowaniu analogicznie wykonywanie szeregu usług, nieujętych w formularzu rzeczowo-cenowym i niewycenianych przez wykonawców w ramach swoich ofert, podlegało rozliczeniom zgodnie z cennikami operatorów. Zamawiający podał, że z powyższych względów w symulacji uwzględniono tylko te usługi, które były wyceniane przez wykonawców w obu postępowaniach. Po przeliczeniu wolumenów prowadzonego postępowania przez stawki zaoferowane Poczcie Polskiej przez Polkomtel i PTK Centertel – uzyskano wartości tych symulowanych ofert w następującej wysokości (netto), odpowiednio: 6.557.886 zł i 11.661.949 zł. Zamawiający podsumował, że na podstawie powyższych wartości kwota 13.506.043,25 zł netto (bez opcji) zaoferowana przez T-Mobile nie wzbudziła jego wątpliwości. {do odwołania załączono jako dowód kopię dokumentacji wspomnianego postępowania w następującym zakresie: ogłoszenie o zamówieniu, ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, protokół postępowania oraz wyciągi z ofert złożonych przez Polkomtel i Centertel}

Zamawiający zwrócił również uwagę na okoliczność, że prowadzonym postępowaniu wybór najkorzystniejszej oferty miał nastąpić z zastosowaniem aukcji elektronicznej (rozdział XIV SIWZ). Jednak możliwość przeprowadzenia aukcji w myśl art. 91a ust. 1 pzp uzależniona jest m.in. od tego, czy w toku postępowania zostaną złożone co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Zdaniem Zamawiającego ryzyko związane z tym, że zostanie złożona mniejsza liczba ofert czy też choćby jedna złożona oferta zostanie odrzucona, determinowało zachowanie się poszczególnych wykonawców i miało bezpośredni wpływ na treść składanych ofert w zakresie cen i stawek. Zamawiający wyraził przypuszczenie, że ryzyko to nie zostało uwzględnione przez Odwołującego, który dopiero w toku aukcji zakładał składanie kolejnych postępień w celu optymalizacji zaproponowanych warunków.

Zamawiający podniósł również, że rynek usług telekomunikacyjnych charakteryzuje

się wysoką konkurencyjnością, jak i też wysoką rozpiętością poszczególnych cen i stawek za usługi telekomunikacyjne. Zamawiający wskazał na publikację Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej pt. *Analiza cen usług telefonii ruchomej w Polsce i krajach Unii Europejskiej* z kwietnia 2013 r.

Zamawiający podsumował, że podnoszona przez Odwołującego różnica pomiędzy zaproponowaną przez niego ceną a ceną oferowaną przez T-Mobile nie stanowiła racjonalnej przesłanki do przyjęcia, że ta ostatnia oferta może być niewiarygodna. W szczególności analiza stawek zaoferowanych przez Odwołującego w postępowaniu prowadzonym przez Poczta Polską przywiodła Zamawiającego do wniosku, że ceny i stawki zaproponowane przez T-Mobile nie odbiegają od cen i stawek, które faktycznie funkcjonują w obrocie.

Ad 4. odwołania Polkomtela {zarzuty związane z utajnieniem przez Centertel wyjaśnień dotyczących ceny oferty}

Zdaniem Zamawiającego przyjęte przez Odwołującego stanowisko pomija istotne dla sprawy okoliczności stanu faktycznego, jak również dyspozycję art. 8 ust. 2 i 3 pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl przywołanych przepisów zasada jawności postępowania o udzielenie zamówienia, której naruszenie Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, nie ma charakteru bezwzględnie i podlega ograniczeniom z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołujący pominął w swoim stanowisku, że Centertel: po pierwsze – w treści wyjaśnień z 8 maja 2013 r. zastrzegł, że przekazywane informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa; po drugie – w kolejnym piśmie wskazał również, na jakiej podstawie to przyjął.

Zamawiający oświadczył, że okoliczności wskazane w obu pismach zostały przez niego zweryfikowane w toku postępowania. W rezultacie przyjęto, że: po pierwsze – Centertel mógł zastrzec poufność wyjaśnień z uwagi na fakt, że stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji; po drugie – nie ma podstaw do przyjęcia, że w stosunku do informacji objętych udzielonymi wyjaśnieniami nie zachodziłaby jakakolwiek przesłanka objęta dyspozycją art. 11 ust. 4 przywołanej ustawy, tj. np. powyższe informacje zostały już uprzednio ujawnione lub też są powszechnie znane, co miałyby skutkować tym, że poczynione zastrzeżenie należy uznać za bezskuteczne.

Zamawiający wniósł ponadto alternatywnie o pozostawienie zarzutu bez rozpoznania z uwagi na to, że należy go uznać za spóźniony, gdyż wiedzę o tym, że Centertel zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołujący mógł poznać już 8 maja 2013 r. W ocenie Zamawiającego uwzględniając dyspozycję art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, termin na złożenie odwołania w tym zakresie upływał 18 maja 2013 r. {Zamawiający powołał się na wyrok Izby z 28 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 2342/12 i KIO 2351/120}

Ad 7. odwołania Polkomtela {zarzut niezabezpieczenia oferty Centertel wadium}

Zamawiający podał, że PTK Centertel składając ofertę w postępowaniu wniosła wadium w postaci gwarancji bankowej określonej w jej treści jako *Gwarancja wadialna nr 515/2013/FIN* z 2 kwietnia 2013 r. W ocenie Zamawiającego powyższa gwarancja nie uchybia w żadnym zakresie postanowieniom SIWZ czy też przepisów prawa i stanowi należyte zabezpieczenie praw Zamawiającego wynikających z instytucji wadium, przewidzianej w art. 45 i 46 pzp.

Zamawiający podał, że zgodnie z ust. 4 rozdziału VII SIWZ: *Wadium wnoszone w formach określonych w ust. 2 pkt 2)-5), musi zawierać zobowiązanie gwaranta lub poręczyciela z tytułu wystąpienia zdarzeń, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 pzp, przy czym: 1) jako podmioty uprawnione z tytułu gwarancji lub poręczenia należy wskazać wszystkich Zamawiających, 2) w przypadku, gdy Wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, dokumenty te muszą obejmować swym zakresem wszelkie roszczenia Zamawiających w związku z działaniem lub zaniechaniem któregośkolwiek z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, 3) dokumenty te będą zawierały klauzule zapłaty sumy wadialnej na rzecz Zamawiających bezwarunkowo i na pierwsze żądanie, 4) dokumenty te zostaną złożone w oryginale.*

Zamawiający wskazał, że w treści gwarancji wystawca (bank) zawarł w jej treści oświadczenia, iż: *1. udziela nieodwołanie i bezwarunkowej gwarancji przetargowej, stanowiącej formę wadium wymaganego w celu przystąpienia do przetargu nieograniczonego... 2. płatności z niniejszej gwarancji dokonamy niezwłocznie na każde pisemne żądanie zapłaty Zamawiającego, złożone w oryginale, zawierające oświadczenie, iż kwota roszczenia jest należna w związku z zajściem zdarzenia lub zdarzeń określonych w pkt 1 lub 2 powyżej, wskazując to zdarzenie. W przypadku powołania się na zajście zdarzenia, o którym mowa w 2, Zamawiający zobowiązany jest ponadto do złożenia oświadczenia, iż Wykonawca nie udowodnił, że nie zastosowanie się przez niego do wezwania, o którym mowa w tym punkcie, było spowodowane przyczynami nieleżącymi po jego stronie.*

W ocenie Zamawiającego powyższe oświadczenia czynią zadość jego – zgodnym z ustawą pzp i SIWZ – oczekiwaniom, a przedstawiona gwarancja ma charakter bezwarunkowej. Zamawiający będą mieli możliwość skorzystania z przysługujących na jej podstawie praw tylko we wskazanych w gwarancji okolicznościach wynikających z art. 46 ust. 4a lub 5 pzp, gdyż tylko w tych przypadkach zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wykonawcy wadium. Zamawiający wskażą przyczynę, z której powodu żądają wypłaty kwoty wadium, względnie złożą dodatkowe oświadczenie, że wykonawca nie udowodnił, że *nie zastosowanie się przez niego do wezwania, o którym mowa w tym*



*punkcie, było spowodowane przyczynami nie leżącymi po jego stronie. Zdaniem Zamawiającego powyższe zastrzeżenie nie powoduje, że przedstawiona gwarancja traci przymiot bezwarunkowej. Mogłoby to mieć miejsce jedynie w sytuacji, gdy możliwość wypłaty byłaby uzależniona od tego, czy Zamawiający jako beneficjent takiej gwarancji będzie zobowiązany do przedstawienia dokumentów potwierdzających swoje żądanie i zajście jakiegokolwiek przypadku uzasadniającego wypłatę. Według Zamawiającego w treści gwarancji mamy do czynienia jedynie z warunkiem formalnym, obejmującym konieczność złożenia stosownego, pisemnego oświadczenia ze strony Zamawiających. Oświadczenie to musi wskazywać okoliczności, w związku z którymi nastąpić ma wypłata środków, skoro katalog tych okoliczności ma charakter zamknięty i tylko w takich wypadkach istnieje możliwość realizacji uprawnień beneficjanta gwarancji.*

Zamawiający podniósł, że analogiczne zagadnienie było już przedmiotem rozważań zarówno w literaturze, orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i piśmiennictwie. Zamawiający przywołał wyrok z 14 maja 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 570/09, KIO/UZP 571/09), w którym Izba przyjęła, że: *Powszechnie przyjęty jest pogląd, że gwarancja wadialna jest bezwarunkowa, gdy wypłata uzależniona jest od złożenia żądania zapłaty w formie określonej w gwarancji oraz oświadczenia, iż osoba, za którą bank udzielił gwarancji, nie wywiązała się z zobowiązań wobec beneficjenta, a wymóg pisemnego potwierdzenia okoliczności objętych treścią gwarancji należy traktować jako wyłącznie wymóg formalny pisemnego wezwania do zapłaty.* Analogiczne stanowisko zostało zajęte w wyroku Krajowej izby Odwoławczej z 23 marca 2012 r. (sygn. akt KIO/UZP 467/12, 483/12): *Tymczasem gwarancja ma charakter bezwarunkowy, jeżeli wypłata świadczenia uzależniona jest jedynie od złożenia żądania zapłaty w formie określonej w gwarancji oraz oświadczenia, że podmiot, za który bank udzielił gwarancji, nie wywiązał się ze zobowiązań wobec beneficjenta. Jednocześnie wskazuje się, że sam wymóg potwierdzenia przez beneficjenta zajścia okoliczności stanowiących podstawę wezwania do zapłaty, nie oznacza warunkowości gwarancji, lecz stanowi pewną formalność służącą weryfikacji skierowanego żądania przez gwaranta. Wprowadzenie takiego warunku formalnego nie należy mylić z badaniem przez gwaranta ziszczenia się materialnych przesłanek jego odpowiedzialności. Niedopuszczalne jest zatem żądanie przez gwaranta przedstawienia jakichkolwiek dodatkowych dowodów, w szczególności pochodzących od innych niż beneficjent podmiotów, poświadczających zrealizowanie się zabezpieczonego rezultatu, w tym przypadku – ziszczenia się którejkolwiek z przesłanek opisanych w art. 45 ust. 4a i 5 pzp.* Z kolei w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 lipca 2002 r. (sygn. akt V Ca 1087/2002) wskazano: *Oferent (...) SA wniósł wadium w formie Ubezpieczeniowej Gwarancji Wadialnej Nr (...) wystawionej przez (...) SA. W ocenie Sądu Okręgowego wadium wniesione*

*przez oferenta w tej formie było właściwe. Brak było podstaw do uznania, iż ww. Gwarancja jest gwarancją warunkową. Pkt 5 Gwarancji stanowił, iż należna kwota wypłacona zostanie w terminie 30 dni od daty otrzymania wezwania do zapłaty, podpisanego przez umocowane osoby działające w imieniu Zamawiającego, wskazane zostaną okoliczności stanowiące podstawę wezwania (odmowa podpisania umowy, brak zabezpieczenia należytego wykonania umowy, brak możliwości zawarcia umowy przyczyn leżących po stronie oferenta, wycofanie oferty po upływie terminu do składania ofert – pkt 4 gwarancji), do wezwania dołączone zostanie poświadczony umocowanie osób podpisujących wezwanie do zapłaty oraz potwierdzenie okoliczności wskazanej w wezwaniu. Wszystkie ww. wskazane okoliczności zdaniem Sądu Okręgowego należy zdefiniować jako wyłącznie wymogi formalne pisemnego wezwania do zapłaty. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, iż wymóg potwierdzenia okoliczności stanowiących podstawę wezwania do zapłaty rodzi po stronie gwaranta możliwość weryfikacji żądania. Wymóg ten ma jedynie na celu ustalenie, iż wystąpiły okoliczności wymienione treści pkt 4 gwarancji. Ustawa o zamówieniach publicznych uzależnia przepadek wadium na rzecz Zamawiającego od wystąpienia okoliczności wskazanych w ust. 5 art. 42. Gwarancja złożona przez oferenta wymieniała wszystkie te okoliczności nie rozszerzając ani nie zawężając ich. Tak więc w ocenie Sądu Okręgowego znajdujące się w treści Gwarancji wymogi nie miały znamion warunku, a jedynie stanowiły formalny element dla ewentualnej wypłaty kwoty wadium. Roszczenie przedmiotowej Gwarancji płatne było na wezwanie do zapłaty spełniające określone wymogi formalne, a te nie stanowiły o warunkowości samego zobowiązania. W zakresie piśmiennictwa Zamawiający odesłał do publikacji autorstwa Michała Makowskiego pt. Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium – kontrowersje interpretacyjne, opublikowaną w Kwartalniku Prawa zamówień publicznych, nr 2(17)/2008.*

{KIO 1181/13 i KIO 1182/13}

Zamawiający w identyczny sposób odniósł się do pozostałych zarzutów odwołań Ad 2. odwołania T-Mobile i ad 5. odwołania Polkomtela {zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny oferty Centertel}

Zamawiający podniósł, że odrzucenie oferty ze względu na rażąco niską cenę może nastąpić wówczas, gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający potwierdził, że zachodziły okoliczności uzasadniające wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp PTK Centertel dla ustalenia, czy zaproponowana cena pozwoli na wykonanie zamówienia zgodnie z przewidzianymi warunkami. Z kolei pismem z 8 maja 2013 r. Centertel udzielił stosownych wyjaśnień.

Zamawiający – powołując się na fakt, że informacje zawarte w wyjaśnieniach

stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa PTK Centertel – wskazał, co następuje. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia te były merytoryczne, obszerne i nie stanowiły polemiki z zasadnością wezwania, lecz odnosiły się do czynników, które Wykonawca ten uwzględnił przy konstruowaniu oferty. Jak to określił Zamawiający – wyjaśnienia dotyczyły tych wszystkich obszarów, których dotyka SIWZ oraz świadczenie realizowane w trakcie umowy. Dokonana przez Zamawiającego analiza nie dawała podstaw do stwierdzenia, że wyjaśnienia potwierdzają, jakoby zaoferowana cena była rażąco niska. Zamawiający zrelacjonował, że wykonawca w wyjaśnieniach powołał się m.in. na przeprowadzone analizy rynku usług GSM, tak własne, jak też Urzędu Komunikacji Elektronicznej – dotyczące zarówno komunikacji głosowej, przesyłania SMS i MMS, jak też transmisji danych, stawek MTR i FTR oraz ich wpływu na uzyskiwane przychody, sprzętu i cen jego pozyskania, przychodów z tytułu realizowanych w ramach umowy usług, w tym także w zakresie usług niewycenianych w formularzu cenowym, czy wreszcie mechanizmów prowadzonej polityki cenowej odnośnie kalkulacji oferty, *co stanowi sferę w jaką, Zamawiający nie może ingerować*. Zdaniem Zamawiającego ponieważ przyjęte założenia i przywołane w wyjaśnieniach okoliczności są racjonalne, wyczerpujące i *uzasadniają szczególne okoliczności, jakie zostały wzięte pod uwagę przy kalkulacji ceny przez tego Wykonawcę*, w świetle art. 90 ust. 3, jak i też 89 ust. 1 pkt 4 pzp brak jest podstaw do odrzucenia jego oferty. Tym samym nie dają te podstaw do przyjęcia, że zarzut dotyczący ceny rażąco niskiej formułowany przez Odwołującego jest zasadny.

Zamawiający przywołał wyrok z 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2810/11), w którym Izba wskazała, że (...) *odnośnie oceny wyjaśnień wskazanej w art. 90 ust. 3 Pzp zaznaczyć należy, iż jak wynika z literalnego brzmienia przepisu, dla odrzucenia oferty wymagane jest, aby z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej, przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego do odrzucenia oferty z tej przyczyny*.

Ubocznie Zamawiający wskazał, że stanowiska Odwołujących w tym zakresie nie odnoszą się w żadnej mierze do sytuacji PTK Centertel. Sam fakt, że cena zaproponowana przez tego Wykonawcę odbiega od szacunkowej wartości zamówienia, jak i też cen zaproponowanych przez inne podmioty biorące udział w postępowaniu, nie stanowi *per se* o tym, że jest rażąco niska. Zamawiający podniósł również, że ciężar dowodu w sporze – w sytuacji kiedy zarzut taki podnoszony jest przez jednego z wykonawców względem innego – spoczywa na wykonawcy, który ten zarzut formułuje. Jest to uzasadnione zarówno

dyspozycją art. 6 kc w zw. z art. 14 pzp, jak i art. 190 ust. 1 pzp. {Zamawiający przywołał w tym zakresie stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach wyrażone w wyroku z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07): *Jeśli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art 6 KC, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne.* Wskazał również na akceptowanie tego poglądu w orzecznictwie Izby – wyrok z 10 września 2010 r. (sygn. akt KIO1857/10): *W tym zakresie izba uznała, że ciężar dowodowy wykazania okoliczności ceny rażąco niskiej w ofercie, z której to okoliczności odwołujący wywodzi określone skutki prawne w postaci konieczności odrzucenia tej oferty, stosownie do art. 6 k.c. – spoczywa na odwołującym.*} W ocenie Zamawiającego zarzuty sformułowane przez Odwołujących opierają się zaś tylko na twierdzeniach. W treści odwołań nie wskazano, na jakiej podstawie dokonano obliczeń, przyjmując poszczególne wartości, oraz na jakiej podstawie powyższe wartości mają być wiążące dla PTK Centertel. Ponadto obliczenia te dotyczą jedynie strony kosztowej realizacji umowy (koszty zakupu aparatów telefonicznych, akcesoriów, kart SIM) i w ogóle nie odnoszą się do równoważących je przychodów z tytułu świadczenia usług telekomunikacyjnych (transmisji głosu, danych etc.).

W opinii Zamawiającego Odwołujący pomijają całkowicie, że katalog usług, które są przedmiotem postępowania jest szerszy niż objęty kosztorysem i podlegający wycenie przez poszczególnych wykonawców. Jak postanowiono w pkt 5.2 OPZ *Usługi wymienione w pkt 5.1., które nie są wymienione w Kosztorysie Szczegółowym (Załączniku nr 1 do Formularza Oferty) ani nie będą realizowane w ramach abonamentów zgodnie z wymaganiami z Tabeli nr 8 i Tabeli nr 9 będą rozliczane w oparciu o stawki z cenników Wykonawcy.* Zdaniem Zamawiającego Odwołujący błędnie odnoszą pojęcie ceny do zamkniętego i wycenionego katalogu świadczeń w treści złożonej oferty. Taka sytuacja nie ma miejsca, gdyż szczegółowe kosztorysy przedstawiane przez wykonawców *specyfikowały koszty świadczenia usług, które powinny w największym stopniu ważyć kosztach, jakie mogą być poniesione przez Zamawiających.* Tym niemniej na wskazanych pozycjach nie wyczerpuje się tak katalog świadczeń ze strony wykonawcy, jak i łączna kwota kosztów, jakie zostaną poniesione przez Zamawiających w planowanym okresie wykonywania zamówienia.

Ad 2. odwołania T-Mobile i ad 6. odwołania Polkomtela {zarzuty dotyczące oferty Centertel jako czynu nieuczciwej konkurencji}

Zamawiający podniósł, że dla wypełnienia hipotezy normy prawnej wynikającej z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji konieczne jest łączne występnie następujących przesłanek, tj.: (1) utrudnianie dostępu do rynku, (2) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów

zakupu, (3) w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zdaniem Zamawiającego odnosząc powyższe do stanu faktycznego sprawy wskazać należy, że PTK Centertel w przedstawionych wyjaśnieniach w sposób rzetelny i wyczerpujący przedstawiło argumentację wskazującą na to, że zaoferowany przez tego Wykonawcę przedmiot świadczenia będzie realizowany powyżej poniesionych kosztów i pozwoli na osiągnięcie zysku. Zamawiający wywiódł, że brak spełniania tej jednej przesłanki, wyklucza możliwość kwalifikacji przedstawionej przez niego oferty jako czynu spełniającego znamiona nieuczciwej konkurencji i już tylko z tego względu zarzuty Odwoływających nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający – jak stwierdził, z daleko posuniętej ostrożności – podniósł również, że twierdzenia Odwoływających sprowadzają się tylko do próby wykazania, iż PTK Centertel wykonywać będzie przedmiot zamówienia poniżej kosztów jego *wytworzenia*. Zdaniem Zamawiającego stanowisko Odwoływających nie wskazuje natomiast rynku, do którego dostęp miałyby utrudnić spółka PTK Centertel. Odwoływający nie wykazali w tym zakresie jakiegokolwiek relacji, jaka zachodzi pomiędzy nimi a PTK Centertel oraz pozycji, jaką zajmują na danym rynku w stosunku do pozycji PTK Centertel. Według Zamawiającego pominięta została także ostanina z przesłanek – Odwoływający nie wykazali, że działanie podjęte przez PTK Centertel ma na celu ich eliminację. Zdaniem Zamawiającego osiągnięcie takiego efektu w ramach niniejszego zamówienia nie jest możliwe. Mając na uwadze, że jeden z Zamawiających – TK Telekom sp. z o.o. ma zawartą umowę o świadczenie usług telekomunikacyjnych z PTK Centertel, działania tego Wykonawcy *a priori* nie można kwalifikować jako mającego na celu wyeliminowanie jakiegokolwiek innego przedsiębiorcy. W ramach niniejszego postępowania Centertel podejmuje bowiem działania w celu utrzymania swojego dotychczasowego klienta. Zamawiający wywiódł, że nawet jeśli dojdzie do zawarcia umowy pomiędzy PTK Centertel a którąkolwiek ze spółek występujących po stronie Zamawiających, z którą Centertel nie miał jeszcze zawartej umowy, należałoby to uznać za skutek uboczny, nie zaś cel sam w sobie, o jakim mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. {Zamawiający uznał za adekwatne przywołanie wyroku Izby z 13 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2413/12), zgodnie z którym (...) *przepis art. 89 ust. 1 p.z.p. nie przewiduje odrzucenia oferty wykonawcy z przyczyn określonych w u.o.k.k., a wymieniona ustawa reguluje odrębny tryb rozpatrywania sporów w tym zakresie przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zgłaszanych przez podmiot, który ewentualnie byłby dotknięty praktykami określonymi w normie art. 9 ust. 2 u.o.k.k.*}

Ponadto w opinii Zamawiającego Odwoływający przyjmują, że główny ciężar przedmiotu zamówienia koncentruje się na dostawie urządzeń i akcesoriów, podczas gdy przedmiotowe zamówienie ma charakter mieszany i obejmuje swoim zakresem zarówno dostawę, jaki też

świadczenie usług, w tym usług telekomunikacyjnych. Zdaniem Zamawiającego kierując się założeniami przyjętymi przez Odwoływających, że dla wykonania zamówienia konieczne jest poniesienie nakładów na zakup samych tylko aparatów telefonicznych w kwocie nie niższej niż, odpowiednio 13 mln zł (Odwoływający T-Mobile) lub 10 mln zł (Odwoływający Polkomtel), uzasadnione byłoby przypuszczenie, że każdy z Wykonawców dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji (w tym zakresie oferta Odwoływającego T-Mobile opiewa na kwotę 8.620.450 zł, a Odwoływającego Polkomtel na kwotę 7.248.020 zł, przy czym kwoty te odnoszą się tylko dla aparatów telefonicznych objętych zamówieniem podstawowym bez kosztów telefonów objętych prawem opcji – suma pozycji ujętych w wierszach 20-22 kosztorysu szczegółowego w kolumnie 6). Każdy z wykonawców proponuje bowiem sprzedaż telefonów poniżej założonych przez Odwoływających w odwołaniach kwot.

Według Zamawiającego na podstawie twierdzeń zawartych w treści odwołań nie sposób przyjąć, aby wartości przyjęte przez Odwoływających w kalkulacji mogły się odnosić i być wiążące dla PTK Centertel. Sam zaś fakt, że powyższe wartości i ceny pozostają aktualne względem Odwoływających, tj. sami mogą ponieść z tego tytułu takie koszty, jest bez znaczenia dla oceny oferty i warunków świadczeń, które pozostają aktualne dla Centertela.

Zdaniem Zamawiającego Odwoływający pomijają również, że dla spełniania przesłanek objętych dyspozycją art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji istotne jest, czy podmiot, w stosunku do którego formułowany jest taki zarzut, zajmuje pozycję dominującą. Podmioty, które nie zajmują takiej pozycji w istocie nie mogą podjąć działań w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku, a zatem nie będzie w ich przypadku możliwe osiągnięcie celu założonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zamawiający stwierdził, że słusznie wskazała Izba w wyroku z 13 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 406/1), że (...) *nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest równocześnie czynem nieuczciwej konkurencji. Zgodnie ze stanowiska Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrażonym w „Interpretacji nowelizacji przepisów...”, na którą powoływał się także Odwoływający, jest nim tylko takie utrudnianie dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało muszą zostać spełnione przesłanki z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Za takie będą więc uznane tylko takie działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 tej ustawy) – są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnianiem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym przypadku jest art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez*

*niego towarów w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z rynku ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z powyższym uznać należy, że samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (gdy zarzut tak jak w treści niniejszego odwołania dotyczy sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia) i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej.*

Również w tym kontekście Zamawiający zwrócił uwagę, że katalog usług, które są przedmiotem postępowania jest szerszy niż objęty kosztorysem i podlegający wycenie przez poszczególnych wykonawców, ponosząc identyczną argumentację, jak w stanowisku dotyczącym zarzutów rażąco niskiej ceny oferty Centertel.

Na skutek przekazania przez Zamawiającego wezwania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym wraz z kopiami odwołań – do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły w formie pisemnej zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- 24 maja 2013 r. przez Polkomtel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie Odwołującego T-Mobile,
- 23 maja 2013 r. (dwa odrębne pisma) przez „Polską Telefonię Komórkową – CENTERTEL” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie po stronie zamawiającego w obu sprawach,
- 23 maja 2013 r. przez T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie po stronie Odwołującego Polkomtel.

Wobec dokonania wszystkich zgłoszeń przystąpień do postępowania odwoławczego w formie pisemnej z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności któregokolwiek z przystąpień. W szczególności Izba uznała za oczywiście bezzasadny wniosek Odwołującego T-Mobile o uznanie w jego sprawie za bezskuteczne zgłoszenia przystąpienia przez Centertel, gdyż nie otrzymał kopii zgłoszenia, a raczej nie wie w jakiej sprawie otrzymał taką kopię, gdyż w nagłówku co prawda została wymieniona jako strona odwołująca Polska Telefonia Cyfrowa S.A., jednak w poniżej zamieszczonym tytule wskazano, że zgłoszenie dotyczy odwołania Polkomtela. Izba ustaliła, że Odwołujący T-Mobile otrzymał wierną kopię zgłoszenia, które wpłynęło

do Prezesa Izby w sprawie odwołania wniesionego przez Polkomtel. W ocenie Izby podnoszona przez Odwołującego T-Mobile niedokładność w piśmie Centertel ma charakter oczywistej omyłki pisarskiej i w żaden sposób nie wpływa na możliwość stwierdzenia, której sprawy dotyczy to pismo, zwłaszcza, że jednocześnie wpłynęło drugie zgłoszenie, w którym zarówno w tytule, jak i nagłówku wskazano Polkomtel.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone przez Odwołujących – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Również na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały złożone w tym zakresie żadne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołań lub umorzenia postępowania odwoławczego w którejkolwiek z rozpoznawanych spraw, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępujących) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołania, zgłoszeniach przystąpień, pismach złożonych w toku postępowania odwoławczego {pismo Przystępującego Centertel z 31 maja 2013 r.}, a także wyrażone na rozprawie – w formie pisemnych stanowisk {pismo Odwołującego Polkomtel z 4 czerwca 2013 r., pismo Przystępującego Centertel z 7 czerwca 2013 r., pismo Zamawiającego z 7 czerwca 2013 r.} zreferowanych na rozprawie i ustnych wystąpień odnotowanych w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego (z uwzględnieniem uzupełnień tej dokumentacji na rozprawie), w szczególności przeprowadzając dowody z następujących dokumentów w zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z. (z uwzględnieniem zmian i wyjaśnień), oferty Centertel, oferty Polkomtel, oferty T-Mobile, wyjaśnień złożonych przez Centertel, a także z protokołu postępowania.

Izba wzięła również pod uwagę złożone na rozprawie przez Uczestników



postępowania odwoławczego dowody, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej oraz znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniach.

Izba dopuściła również wnioskowany przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie dowód polegający na zaprezentowaniu działającego egzemplarza modelu aparatu Nokia Asha 302 pod kątem występowania w jego systemie operacyjnym opcji automatycznego ponownego wybierania.

Izba na podstawie art. 190 ust. 6 pzp odmówiła przeprowadzenia analogicznego dowodu wnioskowanego w odwołaniu i podtrzymanego na rozprawie przez Odwołującego Polkomtel – w postaci prezentacji funkcjonalności aparatu HTC Windows Phone 8S *w celu wykazania, że aparat ten posiada funkcjonalność wymaganą w SIWZ oraz, że przy użyciu tego aparatu możliwe jest przeprowadzenie wideokonferencji*. W ocenie Izby wnioskowany dowód był zbędny dla prawidłowego rozstrzygnięcia zarzutu zawartego w odwołaniu, zwłaszcza, że niesporne były okoliczności związane z budową fizyczną tego modelu aparatu, a także możliwości zainstalowania w nim oprogramowania Skype.

Izba na podstawie art. 190 ust. 1 i 6 ustawy pzp odmówiła również przeprowadzenia wszelkich dowodów, które miałyby uzyskać we własnym zakresie: po pierwsze – z informacji zamieszczonych na stronach internetowych, do których odsyłają hiperłącza wskazywane przez Uczestników postępowania odwoławczego w złożonych pismach, jeżeli informacje te nie zostały utrwalone w formie wydruków i przedstawione do zamknięcia rozprawy; po drugie – z SIWZ obowiązującej w postępowaniu prowadzonym przez Poczta Polska S.A., który to dokument, pomimo powoływania się na niego w odpowiedzi na odwołanie jako dowodu, do zamknięcia rozprawy nie został przedstawiony przez Zamawiającego; po trzecie – z dokumentów dotyczących postępowania prowadzonego przez Poczta Polska S.A. w zakresie wykraczającym ponad wyciągi i kopie, które zostały załączone do odpowiedzi na odwołanie, uznając za bezskuteczny wniosek Zamawiającego o wystąpienie przez Izbę do Poczty Polskiej S.A. o przedstawienie dokumentów, których pełnomocnik Zamawiającego nie przedstawił, lub których nie poświadczył za zgodność z oryginałem z uwagi na niezapoznanie się z oryginalnymi dokumentami. W zakresie powyższych propozycji dowodowych Izba zważyła, że na mocy art. 190 ust. 1 pzp to Uczestnicy (Strony i Przystępujący) postępowania odwoławczego obowiązani byli wskazywać konkretne dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzili skutki prawne, przy czym dowody te należało przedstawić do zamknięcia rozprawy. W szczególności Izba nie jest od zastępowania Uczestników w uzyskiwaniu dowodów, które chcieliby przedstawić, ale nie mają czasu na ich pozyskanie. Powyżej opisane propozycje dowodowe w najlepszym razie można ocenić jako dowody powoływane jedynie dla zwłoki.

Izba na podstawie art. 190 ust. 4 i 6 pzp oddaliła zgłoszony na rozprawie przez

Odwołującego T-Mobile wniosek o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego *na okoliczność, że zaoferowana przez Centertel cena jest rażąco niska, a wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie zaprzeczają tej tezie*. Izba zważyła, że z jednej strony Odwołujący motywował swój wniosek brakiem możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami, które objęte zostały przez Centertel tajemnicą przedsiębiorstwa. Zdaniem Izby wynika z tego faktu utrudnienie sytuacji dowodowej Odwołującego nie może samo w sobie uzasadniać dopuszczenie dowodu z biegłego. Odwołujący miał możliwość przedstawienia wszelkich innych dowodów, z której skorzystał przedstawiając w szczególności zamówione przez siebie specjalistyczne analizy. Jednocześnie Odwołujący uszczegółowił swój wniosek w ten sposób, że jeżeli złożone wyjaśnienia mają charakter szczegółowy, to mogą zawierać informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Centertel, która jest ustawowo chroniona, i takim przypadku wnosi o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego. Należy zauważyć, że Odwołujący, który nie zakwestionował w odwołaniu zasadności objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, sam zdecydował w ten sposób, że jest w stanie lub musi (uznając, że zastrzeżenie tajemnicy jest prawidłowe i nie uzyska do nich wglądu w razie podniesienia stosownego zarzutu) wykazać rażąco niską cenę bez zapoznania się z tymi wyjaśnieniami. Wniosek Odwołującego zmierza więc również pośrednio do podniesienia na rozprawie zarzutu nieuzasadnionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto taki warunkowy wniosek nie jest sprecyzowany i stanowczy, gdyż jego ostateczny kształt został uzależniony od okoliczności, która miała być dopiero przesądzona na skutek wydania wyroku, czyli rozstrzygnięcia o tym, czy złożone wyjaśnienia były dostatecznie szczegółowe, aby wykazać, że zaoferowana cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Z drugiej strony Odwołujący uzasadniał wniosek tym, że jeżeli wyjaśnienia są szczegółowe, to ich ocena wymaga specjalistycznej wiedzy z uwagi na specyfikę rynku telekomunikacyjnego. Pomijając pojawiający się również w tym kontekście warunkowy charakter wniosku, Izba zważyła, że przedmiotem badania ze strony Izby jest prawidłowość czynności Zamawiającego polegającej na ocenie wyjaśnień. Izba stwierdziła przede wszystkim, że ustalenie okoliczności faktycznych niezbędnych dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniu nie wymaga wiadomości specjalnych.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodów z faktur wnioskowanych przez Odwołującego T-Mobile, który odmówił złożenia ich w odpisie dla pozostałych uczestników postępowania odwoławczego, a także zastrzegł, że dowody te przedstawia wyłącznie do wglądu Izby z uwagi na potrzebę ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Izby jest to nie tylko niezgodne z regulaminem postępowania przy rozpoznawaniu odwołań ale sprzeczne z kontrydiktoryjnym charakterem postępowania odwoławczego, który wyłącza możliwość zatajenia dowodów przed pozostałymi uczestnikami postępowania

odwoławczego. Jeżeli Odwołujący uznawał te dowody za istotne dla poparcia swoich twierdzeń to powinien zrezygnować z objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby zarówno Odwołujący T-Mobile Polska, jak i Odwołujący Polkomtel wykazali, że mają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożyli oferty, a także, że mogą ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami ustawy pzp, które pozbawiają ich możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mogliby w przeciwnym razie liczyć.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach, Izba stwierdziła, że obydwa odwołania zasługują na uwzględnienie, gdyż znalazły potwierdzenie zarzuty wpływające na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

{KIO 1182/13}

I. {zarzuty związane z utajnieniem przez Centertel wyjaśnień dotyczących ceny oferty}

Na wstępie odwołania Polkomtelu zasygnalizowano postawienie dwóch zarzutów związanych z problematyką tajemnicy przedsiębiorstwa: po pierwsze – *naruszenie art. 8 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu treści wyjaśnień Wykonawcy PTK Centertel sp. z o.o. dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę*; po drugie – *naruszenie art. 8 ust. 2 i ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie zbadania przez Zamawiającego zasadności zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa*. Izba stwierdziła, że pomimo powtórzenia powyższych sformułowań jako tytułu pkt 4 uzasadnienia, zawarto w nim niemal wyłącznie okoliczności związane z drugim zarzutem. Ponadto znaczna część uzasadnienia według nazwy dotyczącego zarzutów związanych z tajemnicą przedsiębiorstwa, *de facto* zawiera okoliczności na uzasadnienie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Centertel jako zawierającej rażąco niską cenę. Okoliczności te zostały zatem wzięte pod uwagę przez Izbę w związku z tym zarzutem, którego dotyczą. Natomiast uzasadnienie zarzutu zaniechania udostępnienia Odwołującemu Polkomtel wyjaśnień Centertel ogranicza się do sformułowania następującej tezy: *Ujawnieniu podlegają również wyjaśnienia, których nie można zastrzec z uwagi na brzmienie art. 86 ust. 4 ustawy PZP, a więc jeżeli odnoszą się one do ceny, czy cen jednostkowych podanych w ofercie*.

Przy czym słowo *również* odnosi się do zdania poprzedzającego: *W przypadku, gdy nie zachodzą przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poza 1503 ze zm.), Zamawiający zobowiązany jest udostępnić Odwołującemu wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę PTK Centertel sp. z o.o. dotyczące elementów ceny oferty.* Tymczasem Odwołujący nie podał żadnych konkretnych okoliczności wskazujących na to, że w przypadku wyjaśnień złożonych przez Centertel nie zostały spełnione – wynikające z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – przesłanki warunkujące istnienie tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamiast tego w odwołaniu przytoczono fragment uzasadnienia orzeczenia Izby, w którym mowa jest o tym, że tajemnica przedsiębiorstwa powinna być interpretowana w sposób ścisły i nie powinna być nadużywana jako pozbawienie innych wykonawców możliwości weryfikacji informacji zawartych w utajnionych dokumentach. Z kolei oczywiście błędne jest stanowisko jakoby wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny podlegały ujawnieniu na mocy art. 86 ust. 4 pzp. Przepis ten reguluje zakres informacji podawanych podczas jawnego otwarcia ofert – wśród których są również informacje dotyczące ceny, a także terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności – zawartych w ofertach. Z odwołania nie wynika, że powyższy obowiązek nie został dopełniony przez Zamawiającego w przypadku informacji dotyczących ceny zawartych w ofercie Centertel. Natomiast składane w toku badania ofert wyjaśnienia z oczywistych względów nie mogą być znane w chwili otwarcia ofert, nie wiadomo nawet, czy dojdzie do ich złożenia. Z kolei okoliczność, że wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 pzp dotyczą elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny odczytanej podczas jawnego otwarcia ofert w żaden sposób nie przesądza ich jawnego charakteru, gdyż decydujące znaczenie ma to, czy treść tych wyjaśnień z punktu widzenia art. 8 ust. 3 pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może być uznana za informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W tym zakresie Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone uprzednio w wyroku z 20 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1243/11), na które adekwatnie powołał się Przystępujący Centertel w piśmie z 31 maja 2013 r.: *(...) odwołanie w art. 8 ust. 3 Pzp do regulacji, zawartej w przepisie art. 86 ust. 4 Pzp, oznacza, iż zastrzeżeniu nie podlegają: nazwy, adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofertach. Wskazany przepis posługuje się zwrotem „informacje dotyczące ceny”, którego zakres jest, co oczywiste, szerszy od pojęcia „ceny” jednakże, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej, choć stanowią informacje dotyczące ceny nie mogą być kwalifikowane do okoliczności wymienionych w hipotezie normy, o której mowa w przepisie art. 86 ust. 4 Pzp. Odwołujący bowiem w sposób nieuprawniony pomija, iż wskazany przepis*

*odnosi się do etapu otarcia ofert i tym samym do informacji zawartych w ofertach. Izba podziela zatem stanowisko, iż wszelkie informacje dotyczące ceny zawarte w ofercie podlegają ujawnieniu, tym bardziej, jeśli jak wskazuje orzecznictwo, sposób kalkulacji ceny był ustanowiony w SIWZ. Z sytuacją powyższą nie mamy jednak do czynienia w niniejszej sprawie, bowiem nie są to informacje objęte ofertą. Nie budzi wątpliwości, iż informacje te nie są składane wraz z ofertą (nie wchodzi w jej skład) i co więcej obowiązek ich złożenia w danym postępowaniu może się nigdy nie zaktualizować.*

Powierzchny charakter pierwszego z zarzutów wynika również z równoległego postawienia drugiego zarzutu, którego treścią jest zaniechanie zbadania przez Zamawiającego skuteczności zastrzeżenia przez Centertel tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do złożonych wyjaśnień. W związku z oboma zarzutami Odwołujący domagał się od Izby nakazania Zamawiającemu zbadania wyjaśnień Centertela w celu ustalenia, czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Dopiero w zależności od rezultatu tego badania w przyszłości, który nie mógł być znany w toku aktualnie toczącego się postępowania odwoławczego, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia wyjaśnień. Również z tego względu przedmiotem rozpoznania Izby mógł być tylko drugi zarzut. Izba stwierdziła w rezultacie, że zarzut zaniechania zbadania przez Zamawiającego prawidłowości objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień jest niezasadny, a w zasadzie bezprzedmiotowy. W ocenie Izby zarzut został oparty na błędnych ustaleniach faktycznych i założeniach prawnych poczynionych przez Odwołującego Polkomtel. Z przywołanej w odwołaniu treści oświadczenia Zamawiającego z 14 maja 2013 r. jednoznacznie wynika decyzja Zamawiającego o utrzymaniu w mocy zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa uczynionego przez Centertel. Odwołujący opiera zarzut wyłącznie na niespornej okoliczności faktycznej w postaci braku zażądania przez Zamawiającego od Przystępującego Centertel odrębnych wyjaśnień w sprawie poczynionego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący pomija jednakże okoliczność, że wraz z utajnionymi wyjaśnieniami Centertel przesłał odrębne, jawne pismo poświęcone wyłącznie wykazaniu zasadności objęcia wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący nie zaprzeczył na rozprawie twierdzeniom Zamawiającego, że mógł zapoznać się z treścią tego pisma. W tych okolicznościach należy uznać, że Odwołujący zaniechał merytorycznego zakwestionowania zasadności decyzji Zamawiającego opartej na wyjaśnieniach złożonych z własnej inicjatywy przez Centertel. Zamawiający dokonał takiego badania, jakie uznał za stosowne i zakomunikował Odwołującemu jego rezultat. Zamawiający nie miał obowiązku wzywania do wyjaśnień, jeżeli uznał, że dysponuje wystarczającymi informacjami do podjęcia decyzji. Odwołujący nie może zatem skutecznie domagać się powtórzenia przez Zamawiającego badania prawidłowości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Natomiast

Odwołujący mógł i powinien wykazywać, że Zamawiający dokonał tego nieprawidłowo, gdyż wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności Odwołujący powinien skupić się na podważaniu argumentów, które podał Zamawiającemu Centertel. W tym zakresie Odwołujący poprzestał jednak na ogólnikowych lub nietrafnych rozważaniach, w ogóle nie odnosząc się do treści pisma Centertel z 8 maja 2013 r. Ponadto należy zauważyć, że poglądy prawne Odwołującego są niespójne z przywołanym przez niego w odwołaniu stanowiskiem Sądu Najwyższego, zgodnie z którym w celu zbadania skuteczności zastrzeżenia zamawiający może (czyli nie musi) skorzystać z uprawnienia przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy pzp. W istocie z uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2005 r. (sygn. akt III CP 74/05) wynika jedynie, że zamawiający zobowiązany jest zbadać skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast nie w jaki sposób ma to przeprowadzić. Stanowisko takie jest aktualne, gdyż ustawa pzp nadal nie przewiduje żadnej szczególnej procedury w tym zakresie. Nie ma jednak wątpliwości, że weryfikacja tajemnicy przedsiębiorstwa jest elementem całego procesu badania ofert, a zatem najpóźniej może zakończyć się z chwilą zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania.

## II. {zarzut dotyczący niezabezpieczenia oferty Centertel wadium}

Izba ustaliła, że Centertel zabezpieczył ofertę *Gwarancją wadium nr 515/2013/FIN*, wystawioną 2 kwietnia 2013 r. przez Societe Generale S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie. Zgodnie z jej treścią bank ten oświadczył, że: *udziela nieodwołalnej i bezwarunkowej gwarancji przetargowej, stanowiącej formę wadium wymaganego w celu przystąpienia do przetargu nieograniczonego na: (...). Realizacja niniejszego zobowiązania do łącznej kwoty (...) nastąpi wtedy i tylko wtedy, gdy:*

*1. Wykonawca, po powiadomieniu go o wyborze jego oferty przez Zamawiającego, w okresie jej ważności:*

*a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub*

*b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub*

*c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, lub gdy*

*2. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (PZP), nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że nie zastosowanie się przez niego do wezwania, o którym mowa w tym punkcie, było spowodowane przyczynami nieleżącymi po jego stronie.*

*Płatności z niniejszej gwarancji dokonamy niezwłocznie na każde pisemne żądanie Zapłaty Zamawiającego, złożone w oryginale, zawierające oświadczenie, iż kwota roszczenia jest należna w związku z zajściem zdarzenia lub zdarzeń określonych w punkcie 1 lub 2 powyżej, wskazując to zdarzenie. W przypadku powołania się na zajście zdarzenia, o którym mowa w pkt 2, Zamawiający zobowiązany jest ponadto do złożenia oświadczenia, iż Wykonawca nie udowodnił, że nie zastosowanie się przez niego do wezwania, o którym mowa w tym punkcie, było spowodowane przyczynami nieleżącymi po jego stronie.*

Zestawienie powyżej przytoczonych postanowień z brzmieniem art. 46 ust. 4a i 5 pzp pozwala stwierdzić, że treść gwarancji odzwierciedla w pełnym zakresie wynikające z ustawy pzp okoliczności uzasadniające zatrzymanie przez zamawiającego wadium wniesionego przez wykonawcę. Zarzut odwołania Polkomtela sprowadza się do tezy, jakoby wymaganie złożenia przez Zamawiającego oświadczenia precyzującego, która z przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium zaistniała w danym przypadku uchylało bezwarunkowość gwarancji. W ocenie Izby jest to stanowisko oczywiście błędne. Skoro ustawa pzp możliwość zatrzymania wadium warunkuje zaistnieniem określonych okoliczności, złożenie przez beneficjenta gwarancji oświadczenia wskazującego na zaistnienie danej okoliczności stanowi jedynie łatwą do dopełnienia formalność. Z kolei wymaganie złożenia dodatkowego oświadczenia – w przypadku zaistnienia przesłanki opisanej w art. 46 ust. 4a pzp – stanowi dodatkową formalność, której dopełnienie również w pełni zależy od beneficjenta gwarancji. Odmiennie niż w przypadku okoliczności opisanych w pkt 1-3 ust. 5, przesłanka z ust. 4a art. 46 pzp *de facto* wymaga łącznego zaistnienia dwóch szczegółowych przesłanek: pozytywnej – niezłożenia przez wykonawcę uzupełnień zażądanych w trybie art. 26 ust. 3 pzp, i negatywnej – braku udowodnienia przez wykonawcę, że wynikało to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Jednocześnie powszechnie wiadomo, że ten ostatni element jest w praktyce najtrudniejszy do oceny. Zdaniem Izby wymaganie złożenia odrębnego oświadczenia w tym zakresie ma zapewne skłonić Zamawiającego do poprzedzenia żądania zapłaty wadium rzetelnym badaniem, czy w konkretnych okolicznościach zaistniała podstawa do zatrzymania wadium. Nie oznacza to jednak, że bank uzależnił wypłatę od własnej oceny merytorycznej w tym zakresie, gdyż Zamawiający ma tylko formalnie oświadczyć gwarantowi, że wykonawca nie udowodnił zaistnienia negatywnej przesłanki uchylającej możliwość zatrzymania wadium. Odwołujący nie wyjaśnił w jaki sposób dopełnienie tej dodatkowej formalności miałyby oznaczać merytoryczną kontrolę przez gwaranta zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium. Zamiast tego Odwołujący postawił w odwołaniu pytanie retoryczne, które nie może być podstawą do uznania zasadności zarzutu. W ocenie Izby Odwołujący bezzasadnie upatruje w wymaganiu złożenia przez beneficjenta oświadczenia o zajściu przesłanek

uzasadniających zaspokojenie się z gwarancji uchylenia jej bezwarunkowego charakteru. Izba podziela zatem w pełni utrwalone w orzecznictwie stanowisko, które obszernie zostało zaprezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Powyżej przytoczone za odpowiedzią na odwołanie fragmenty uzasadnień wyroków – Izby z 14 maja 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 570/09, KIO/UZP 571/09) i 23 marca 2012 r. (sygn. akt: KIO 467/12, KIO 483/12) oraz Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 lipca 2002 r. (sygn. akt V Ca 1087/2002) – należy uznać za adekwatne również w okolicznościach rozstrzyganej sprawy.

{KIO 1181/13 i KIO 1182/13}

III. {zarzuty dotyczące niezgodności treści poszczególnych ofert z treścią s.i.w.z.}

Z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Zdaniem składu orzekającego Izby – dzielącej utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd (a także deklarowany przez Zamawiającego) – zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego – który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza realizacji jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego – oraz wykonawcy – który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w s.i.w.z. przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna. Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym formę pisemną pod rygorem nieważności dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, natomiast definicja oferty wynika z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. Nie budzi również wątpliwości, że – z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych – nieodzownym elementem treści oferty jest określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać świadczenie zamówione przez Zamawiającego. Nadto jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – oprócz potwierdzenia ogólnym oświadczeniem zgodności z opisem Zamawiającego – konkretyzacji przedmiotu oferty przez podanie konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu, etc., pozwalających na jego jednoznaczną identyfikację – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. przesądza o ich wzajemnej zgodności. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób jasny wyraził swoje oczekiwanie względem treści oferty w zakresie sprecyzowania jaki telefony będą przedmiotem dostaw, wymagając podania w Tabelach 2, 3 i 4 formularza ofertowego list oferowanych dla poszczególnych grup aparatów telefonicznych, obejmujących następujące



dane: nazwę producenta, pełną nazwę modelu oraz datę dzienną pierwszego wprowadzenia do oferty wykonawcy. Oczywiście jest przy tym, że wykonawcy powinni zaoferować konkretne modele aparatów, które spełniają parametry techniczne i użytkowe dla aparatów telefonicznych opisane w Tabeli 1 pn. *Wymagania dla aparatów telefonicznych poszczególnych grup* {składającej się w istocie trzech tabel zamieszczonych pod pkt 1, 2 i 3} załącznika nr 2 do s.i.w.z. zawierającego opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zażądał żadnych dodatkowych opisów ani dokumentów na potwierdzenie spełniania przez zaoferowane telefony wymaganych parametrów, jednak powszechna dostępność tych informacji, a przede wszystkim oczekiwany udział w postępowaniu profesjonalistów na rynku telefonii komórkowej, uzasadniały oczekiwanie, że zostaną zaoferowane odpowiednie modele, a jeżeli nawet nie, zostanie to wychwycone samodzielnie przez Zamawiającego lub z życzliwą pomocą konkurujących ze sobą wykonawców. Dwa zarzuty odwołań dotyczą właśnie kwestii czy konkretne modele telefonów spełniają dane wymaganie określone w Tabeli 1 OPZ. Mniej oczywiste jest znaczenie podawania przez wykonawców *daty dziennej pierwszego wprowadzenia do oferty Wykonawcy*, gdyż – jak się okazało – uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia mają rozbieżne zdania co było w tym zakresie wymagane, a postanowienia s.i.w.z. – z których może to wynikać – są aż nazbyt liczne i nie poddają się tak prostej weryfikacji jak w przypadku parametrów technicznych. Na tym tle zrodził się spór objęty trzecim zarzutem.

{KIO 1182/13}

III A. {zarzut braku niezgodności oferty Polkomtela z treścią s.i.w.z.}

W ocenie Izby nie sposób uznać, że zaoferowany przez Odwołującego Polkomtela aparat telefoniczny HTC Windows Phone 8S (dalej nazywany w skrócie „HTC 8S”) cechuje się możliwością realizacji wideokonferencji, co było jednym z wymaganych parametrów dla aparatów zaliczanych do grupy *Kadra Menadżerska* (przedostatni wiersz pkt 2 Tabeli nr 1 OPZ). Przesądza o tym budowa fizyczna tego modelu telefonu, który – co było niesporne w toku postępowania odwoławczego – ma wbudowaną tylko jedną kamerę, umiejscowioną po przeciwnej stronie niż jedyny, wbudowany na stałe, nieobrotowy wyświetlacz. Odwołujący co prawda oświadczył na rozprawie, że podziela przywołaną w odpowiedzi na odwołanie encyklopedyczną definicję wideokonferencji, jednocześnie jednak podtrzymał podniesiony zarzut, dając w ten sposób wyraz braku rozumienia znaczenia słowa *wideokonferencja*. Według definicji słownikowej wideokonferencja to *konferencja, rozmowa itp. prowadzona na odległość za pomocą urządzeń wideo, np. wideofonu, kamery wideo, które przekazują jednocześnie dźwięk i obraz*. {*Uniwersalny słownik języka polskiego*, Wydawnictwo Naukowe PWN S.A., Warszawa 2006} Z kolei według wolnej encyklopedii Wikipedia wideokonferencja

to interaktywna komunikacja multimedialna, realizowana zazwyczaj za pomocą komputerów desktopowych, polegająca na przesyłaniu z dużą prędkością obrazu oraz dźwięku w czasie rzeczywistym pomiędzy odległymi lokalizacjami. Osoby posiadające sprzęt umożliwiający wykorzystywanie wideokonferencji mogą między sobą rozmawiać i jednocześnie widzieć się nawzajem. Zatem istotą wideokonferencji – niezależnie od źródła definicji – jest to, że uczestniczące w niej osoby, jednocześnie i nawzajem, zarówno słyszą się, jak i widzą się, pomimo że nie znajdują się w jednym miejscu, a wręcz przebywają w oddalonych od siebie lokalizacjach. Osiągnięcie takiego stanu – możliwie najbardziej zbliżonego do sytuacji rozmowy prowadzonej między sobą przez osoby znajdujące się w jednym pomieszczeniu i siedzące np. przy stole konferencyjnym – jest możliwe dzięki urządzeniom technicznym zdolnym do przesyłania w czasie rzeczywistym obrazu i dźwięku, czyli głosu i co najmniej twarzy dyskutantów. Tymczasem w przypadku aparatu HTC 8S co prawda istnieje możliwość przeprowadzenia telekonferencji, gdyż rozmawiające osoby będą się wzajemnie słyszeć, ale wideokonferencja nie jest już możliwa, gdyż rozmówcy nie będą się wzajemnie widzieć. Osoba korzystająca z telefonu HTC 8S ma bowiem jedną z dwóch możliwości w zakresie zobaczenia innego rozmówcy: może go widzieć ale wtedy sama nie będzie widoczna, albo odwrotnie – nie będzie widziała go ale dzięki temu sama może być dla niego widoczna. Zależność ta jest oczywistą i niepodważalną konsekwencją umiejscowienia jedynej kamery z przeciwnej strony niż ekran telefonu. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że zbudowany w ten sposób aparat komórkowy HTC 8S nie spełnia wymagania, aby za jego pomocą możliwe było prowadzenie wideokonferencji. Innymi słowy użytkownik telefonu HTC 8S może brać udział w telekonferencji, natomiast aspekt wideo będzie zawsze w jego przypadku ułomny, stąd nie może być nazwany wideokonferencją. W toku rozprawy okazało się, że Odwołujący utożsamia wideokonferencję z wideorozmową. Tymczasem ten ostatni termin, nienotowany odrębnie w słownikach języka polskiego, według Wikipedii oznacza usługę telekomunikacyjną, dzięki której przynajmniej jeden z rozmówców może słyszeć i widzieć drugiego. Oferowany telefon HTC 8S umożliwia zatem przeprowadzenie z jego użytkownikiem tak rozumianej wideorozmowy, ale już nie wideokonferencji, co było wymagane na mocy s.i.w.z. W tych okolicznościach nic nie wnosi do sprawy uzyskany przez Odwołującego 18 kwietnia 2013 r. od HTC Poland sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie dokument pn. *Potwierdzenie zgodności aparatów HTC z wymaganiami przetargu*. Jego treść ogranicza się do powielenia wymagań opisanych w pkt 2 Tabeli 1 OPZ w zestawieniu z parametrami modelu HTC 8S, przy czym w wierszu dotyczącym wideokonferencji przedstawiciel producenta wpisał następującą adnotację: *Tak, przy użyciu aplikacji Skype*. Oświadczenie to jest tylko dowodem na to, że składająca je osoba również nie rozumie znaczenia jakie słowo wideokonferencja ma w języku polskim.

Zdaniem Izby dla zaistniałej w tym zakresie niezgodności treści oferty Polkomtel z treścią opisu przedmiotu zamówienia s.i.w.z. nie ma znaczenia, czy aparat HTC 8S umożliwia zainstalowanie aplikacji Skype, co również nie było okolicznością sporną {Odwolujący mimo to złożył w tym zakresie dwa wydruki sporządzone w obecności notariusza: pierwszy – dotyczący, ściśle rzecz biorąc, możliwości zainstalowania Skype na telefonie działającym pod kontrolą systemu operacyjnego Android; drugi – potwierdzający istnienie wersji aplikacji Skype dla systemu operacyjnego Windows Phone}. Żaden program nie jest jednak w stanie zniwelować ograniczeń sprzętowych, które obiektywnie przesądzają o możliwości przeprowadzenia wideokonferencji. O ile zatem nie ma wątpliwości, że aplikacja Skype posiada między innymi funkcję wideokonferencji, o tyle faktyczna możliwość jej przeprowadzenia uzależniona jest od możliwości sprzętu, na którym takie oprogramowanie zostało zainstalowane. W skrajnym przypadku aplikację Skype można nawet zainstalować na sprzęcie nieposiadającym żadnej kamery, mikrofonu i głośników, co nie oznacza, że dzięki temu będzie można w rzeczywistości przeprowadzić jakąkolwiek rozmowę.

Z kolei za bezskuteczną należy uznać próbę wykazania przez Odwołującego Polkomtel, że oferowany telefon HTC 8S wraz z dodatkowym akcesorium stworzy zestaw sprzętowo zdolny do prowadzenia wideokonferencji. Przede wszystkim należy zgodzić się z Zamawiającym, że opisane przez niego w Tabeli 1 parametry i funkcje odnoszą się do właściwości samych aparatów telefonicznych, w takiej postaci, w jakiej zostały wyprodukowane. W szczególności należy odróżnić dopuszczenie możliwości osiągnięcia jakiejś funkcji przez zainstalowanie dodatkowego oprogramowania od dołączania do telefonu dodatkowych elementów zmieniających jego budowę fizyczną. Tego typu akcesoria, będące w istocie niczym więcej niż zestawem lusterek przyczepianym za pomocą klipsu do obudowy telefonu, powstały nie tyle dla zwiększenia komfortu użytkownika, ile po to, aby w ogóle umożliwić wykonywanie połączeń wideokonferencyjnych za pomocą aparatów telefonicznych nieposiadających wbudowanej przedniej kamery. Nie ma przy tym wątpliwości, że komfort uczestniczenia w wideokonferencji z uczestnikiem, którego obraz stanowi odbicie w przyczepianych każdorazowo do aparatu lusterek jest dyskusyjny. Niezależnie od tego stwierdzić należy, że z oferty Polkomtel nie wynika wcale, aby akcesorium pn. iSeeU zostało zaoferowane w zestawie z aparatem HTC 8S. W szczególności wyznaczenie przez Zamawiającego minimalnej zawartości zestawu (telefon + ładowarka) w żaden sposób nie stanowi choćby uprawdopodobnienia, że Polkomtel zaoferował w zestawie z telefonem HTC 8S coś więcej. Z treści odwołania nie wynika nawet, czy zamiar zaoferowania dodatkowego akcesorium powstał u Odwołującego w chwili składania oferty czy też dopiero po otrzymaniu informacji o jej odrzuceniu.

Izba zważyła również, że oferta została złożona w stosunkach pomiędzy

profesjonalistami. W szczególności podmiot profesjonalnie zajmujący się oferowaniem rozwiązań w zakresie telekomunikacji dla użytkowników końcowych nie powinien mieć żadnych wątpliwości co do tego, że potrzeby kadry menadżerskiej Zamawiającego mogą zaspokoić wyłącznie aparaty umożliwiające prowadzenie wideokonferencji w normalny sposób, zgodny ze znaczeniem tego słowa. Z tego względu Odwołującemu Polkomtel nie wypada powoływać się na rzekomą niejasność opisu przedmiotu zamówienia w tym zakresie. W szczególności jako profesjonalista powinien doskonale wiedzieć, że prowadzenie wideokonferencji wymaga wyposażenia aparatu telefonicznego w kamerę, która będzie to umożliwiała, co w przypadku aparatu o klasycznej budowie jednobryłowej oznacza konieczność wyposażenia go we wbudowaną kamerę przednią. Nieprzypadkowo powszechnie nazywana jest ona kamerą do prowadzenia wideorozmów, co potwierdza złożony na rozprawie przez Przystępującego Centertel wydruk testu telefonu HTC 8S z portalu internetowego ([www.wpworld.pl](http://www.wpworld.pl)), w którym recenzenci wskazują jako jedną z wad tego modelu właśnie brak kamery do wideorozmów. Ponadto według przywołanego powyżej słownika języka polskiego wideotelefon rozumiany jest jako *urządzenie będące połączeniem telefonu oraz małej kamery i monitora, umożliwiające wzajemne widzenie się (zwykle tylko twarzy) osób prowadzących rozmowę*. A zatem również w przypadku wideotelefonu komórkowego istota rzeczy sprowadza się do możliwości wzajemnego słyszenia się i widzenia się rozmawiających ze sobą osób. Odwołujący Polkomtel nie dołożył zatem należytej staranności w doborze oferowanych Zamawiającemu aparatów, które umożliwią kadrze menadżerskiej spółek grupy PKP prowadzenie wideokonferencji, w aspekcie zapewnienia możliwości jednoczesnego widzenia się nawzajem dyskutantów.

Izba uznała za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia o zasadności tego zarzutu odwołania złożone na rozprawie przez Przystępującego Centertel dowody na potwierdzenie, że grupowe rozmowy wideo w programie Skype (również w przypadku wersji dla systemu Windows Phone) są usługą odpłatną. Izba zważyła przede wszystkim, że wykracza to poza spór objęty kognicją Izby, gdyż podnoszona przez Przystępującego okoliczność nie była podstawą odrzucenia oferty Polkomtela. Na marginesie należy zauważyć również, że Zamawiający nigdzie nie sprecyzował, że wymaga zapewnienia możliwości prowadzenia wideokonferencji dla większej niż dwie liczby osób, co stanowi minimum wypełniające słownikowe rozumienie tego terminu.

### III B. {zarzut zaniechania odrzucenia oferty T-Mobile jako niezgodnej z treścią s.i.w.z.}

Nie potwierdził się zarzut odwołania Polkomtela, że oferowany przez T-Mobile model telefonu Nokia Asha 302 nie posiada funkcji automatycznego ponownego wybierania i przełączania, opisaną w wierszu pn. *Podstawowe funkcje aparatu telefonicznego w pkt 3*

Tabeli nr 1 OPZ. Zarzut odwołania został oparty wyłącznie na poszlakach to jest na tym, że w przewodniku użytkownika dla tego modelu taka funkcja nie została opisana, w przeciwieństwie do tego rodzaju dokumentów dla innych modeli telefonów producenta Nokia (E52 czy E72). Dowody złożone na rozprawie potwierdzają ten stan rzeczy, jednak nie udowadniają wyciągniętego przez Odwołującego wniosku, że aparat Nokia Asha 302 nie posiada możliwości automatycznego ponownego wybierania. Izba zważyła, że Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą opisów, instrukcji, podręczników użytkownika etc. producenta, potwierdzających spełnianie poszczególnych parametrów opisu przedmiotu zamówienia (czyli dokumentów, o których mowa w art 25 ust. 1 pkt 2 pzp). W tych okolicznościach na Odwołującym (na mocy art. 190 ust. 1 pzp) ciążył ciężar wykazania, że oferowany aparat rzeczywiście nie ma wzmaganej funkcji. Natomiast Odwołujący ograniczył się do wykazania różnic zawartości podręcznika użytkownika dla różnych modeli tego samego producenta. Okolicznością powszechnie znaną jest skrótowy i niewyczerpujący charakter instrukcji dołączanych do telefonów, zwłaszcza nowszych modeli (do których nie należą modele Nokia: E52, E72 czy 6600 Slide). Odwołujący jako podmiot profesjonalny na rynku telefonii komórkowej z pewnością miał możliwość wykazania w sposób jednoznaczny, że Nokia Asha 302 nie posiada wymaganej przez Zamawiającego funkcji, a mimo to poprzestał na swoim nieudowodnionym wnioskowaniu, którego adekwatność rzekomo mają potwierdzać wydruki fragmentów instrukcji ze strony internetowej producenta wykonane w obecności notariusza. W ocenie Izby w istocie Odwołujący nie był zainteresowany ustaleniem rzeczywistego stanu rzeczy w tym zakresie. Na rozprawie uczynił to natomiast Zamawiający, okazując posiadany egzemplarz tego modelu telefonu, w którego menu *Ustawienia połączeń* ewidentnie znajduje się funkcja ponownego automatycznego wybierania, którą można aktywować lub dezaktywować, co zostało również udokumentowane zdjęciami (w tym wyświetlającego się objaśnienia: *Tu możesz zdecydować, czy próby nawiązania połączenia mają być powtarzane, mimo że telefon odbiorcy jest zajęty*). Zdjęcia te stanowią załączniki do otrzymanego przez Zamawiającego drogą elektroniczną (z domeny *nokia.com*) od pracownika Nokia Sales International OY SA Oddział w Polsce oświadczenia potwierdzającego wprost, że model Nokia Asha 302 posiada funkcję automatycznego ponownego wybierania. Zarzut okazał się zatem nie tylko nieudowodniony, ale zupełnie bez pokrycia w rzeczywistym stanie rzeczy.

{KIO 1181/13}

III C. {zarzut zaniechania odrzucenia oferty Centertel jako niezgodnej z treścią s.i.w.z.}

Izba stwierdziła, że zarzut odwołania T-Mobile dotyczący niezgodności treści oferty

Centertel z treścią pkt 3.4 *Sposób wyboru nowych modeli aparatów telefonicznych* OPZ jest: po pierwsze – niezasadny w zakresie, w jakim zarzuca brak możliwości zaoferowania telefonów wprowadzonych do cennika wykonawcy po dniu ogłoszenia o zamówieniu, po drugie – nieudowodniony w zakresie, w jakim zarzuca zaoferowanie modeli telefonów, które pojawiły się w cenniku Centertel po terminie składania ofert.

Odwołujący nieprzypadkowo ograniczył się w odwołaniu do podnoszenia niezgodności treści oferty Centertel – w której wskazano szereg telefonów wprowadzonych do cennika tego operatora po dacie ogłoszenia o zamówieniu – z treścią niektórych postanowień pkt 3.4 *Sposób wyboru nowych modeli aparatów telefonicznych*. Zgodnie z nazwą, zawarto tam rozbudowaną regulację (punkty od 3.4.1 do 3.4.13) dotyczącą możliwych podczas realizacji umowy zmian w zakresie dostarczanych modeli aparatów telefonicznych w stosunku do aparatów wskazanych w ofercie. Odwołujący usiłuje wywieść z tych postanowień, wprost odnoszących się do etapu realizacji zawartej umowy, określony skutek w sferze wymaganej treści oferty – w postaci konieczności wskazania w niej wyłącznie modeli telefonów, które znalazły się w cennikach wykonawcy najpóźniej na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Natomiast Zamawiający z oczywistych względów podnosił, że postanowienia te nie mają żadnego przełożenia na wymagany od wykonawców sposób konstrukcji oferty. Izba nie podziela w pełni żadnego z tych stanowisk. Z jednej strony trudno przejść do porządku dziennego nad treścią oferty, z której wynikałoby jednoznacznie, że uniemożliwia realizację zamówienia na warunkach umowy w sprawie zamówienia publicznego, które stanowią integralny element treści s.i.w.z. Z drugiej strony istotne jest, czy postanowienia te zostały ukształtowane w taki sposób, że rzeczywiście mają przełożenie na treść składanej oferty.

Izba ustaliła w szczególności, że zgodnie z pkt 3.4.3 dla ustalenia górnej wartości przedziału cenowego dla urządzeń danej grupy, przyjmuje się cenę najdroższego urządzenia zaproponowanego w ofercie. Z kolei dla ustalenia, które z zaoferowanych urządzeń jest najdroższe znaczenie mają *wynikające z cenników dla tych urządzeń przyjętych przez Wykonawcę w ofercie publicznie dostępnej obowiązującej i stosowanej przez Wykonawcę na dzień publikacji ogłoszenia o wszczęciu postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, gdzie ceny tych urządzeń będą najwyższe*. Ewidentnie zatem punktem odniesienia dla zmiany telefonów wskazanych w ofercie uczyniono stan rzeczy istniejący na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Przy czym zastrzeżono, że odpowiednie cenniki (czyli takie, w których na dzień publikacji ogłoszenia cena danego urządzenia jest najwyższa) będzie trzeba przedstawić w ciągu 7 dni od dnia podpisania umowy. Oczywiście jest zatem, że dla modeli telefonów wprowadzonych do sprzedaży po dacie publikacji ogłoszenia o zamówieniu obiektywnie Centertel nie mógłby

uczynić zadość takiemu obowiązkowi. Izba zważyła jednak, że powyższe wymaganie umowne nie zostało odpowiednio skorelowane z innym postanowieniem s.i.w.z., które wprost znajduje przełożenie na treść składanej oferty. W pkt 3.1.3 ( jako jedno z ogólnych wymagań dotyczących dostawy urządzeń z pkt 3.1) – sprecyzowano bowiem wymaganie dostarczania wyłącznie fabrycznie nowych urządzeń, które zdefiniowano jako *urządzenia, które nie były wcześniej użytkowane i które zostały wprowadzone do oferty Wykonawcy publicznie dostępnej dla użytkowników w okresie nie dłuższym niż 18 miesięcy przed dniem publikacji ogłoszenia o niniejszym zamówieniu w Dzienniku Unii Europejskiej*. Sformułowanie *nie dłużej niż 18 miesięcy przed dniem* jest niezbyt szczęśliwe, gdyż sugeruje okres liczony wstecz od tego dnia. Jednakże w załączniku nr 1 do formularza oferty, bezpośrednio przed Tabelami 2, 3 i 4, przeznaczonymi właśnie na wpisanie listy zaoferowanych aparatów telefonicznych (odrębnie dla każdej z grup cenowych), zamieszczono jednoznaczne wyjaśnienie (adekwatnie zacytowane w odpowiedzi na odwołanie), że data wprowadzenia aparatu telefonicznego do oferty nie może być wcześniejsza niż 18 miesięcy od dnia ogłoszenia o zamówieniu. Ponadto zważyć należy, że postanowienie pkt 3.1.3 służy zagwarantowaniu dostaw fabrycznie nowych urządzeń. Trudno interpretować ustanowione w tym celu kryteria w ten sposób, że co prawda należy zaoferować nieużywane urządzenia, których sprzedaż rozpoczęła się jednak nie później niż w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Natomiast logiczna interpretacja jest taka, że przedmiotem oferty mogą być wyłącznie urządzenia (w szczególności aparaty telefoniczne) fabrycznie nowe, czyli, po pierwsze – nienoszące śladu użytkowania, nowo wyprodukowane, po drugie – nowoczesne, wprowadzone do publicznej sprzedaży nie dawniej niż 18 miesięcy przed terminem publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Z ostatniego zdania pkt 3.1.3 wynika ponadto, że taki wymóg ma być analogicznie stosowany przy zmianie aparatów telefonicznych uregulowanej w pkt 3.4, przy czym okres 18 miesięcy ma być liczony od terminów wskazanych w pkt 3.4.4. W tym ostatnim punkcie wskazano następujące punkty odniesienia: po pierwsze – dzień otrzymania przez wykonawcę informacji o wycofaniu z produkcji lub wycofaniu z obrotu urządzenia wskazanego w ofercie, po drugie – dzień, w którym upłynie odpowiednio 5, 11, 17, 23, 29, 35 i 41 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Terminy te są związane ze zdarzeniami, które zgodnie z pkt 3.4.1 uruchamiają procedurę zmiany urządzenia wskazanego w treści formularza oferty na inne aparaty, czyli powodują konieczność aktualizacji listy co najmniej 3 modeli telefonów (co najmniej dwóch producentów) dla każdej z grup, spośród których Zamawiający wskazuje modele, które mają być dostarczone. Jednocześnie w terminie 7 dni od zajścia powyżej przywołanych okoliczności wykonawca ma sporządzić i przedstawić Zamawiającemu wykaz urządzeń obejmujący nazwę producenta, model oraz datę pierwszego wprowadzenia do oferty wykonawcy. Zamawiający z jednej strony przewidział

zatem mechanizm uwzględniający niezależne od wykonawcy okoliczności w postaci wycofania z produkcji lub z obrotu modeli telefonów wskazanych w formularzu oferty. Z drugiej strony Zamawiający zapewnił sobie możliwość wyboru spośród nowych modeli telefonów, które pojawią się na rynku podczas długiego, czteroletniego okresu realizacji umowy. Również w tym przypadku celem Zamawiającego jest uzyskanie dostępu do możliwie najnowszych modeli, a nie ograniczenie się do typów telefonów, które były produkowane na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

W tych okolicznościach niefortunnie sformułowany i podtrzymany, pomimo licznych zmian treści s.i.w.z., sposób ustalenia górnej wartości przedziału cenowego danej grupy, zakładający odwołanie się do cenników publicznie stosowanych przez wykonawcę na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu, po prostu nie nadaje się do zastosowania w odniesieniu do telefonów, które później pojawiły się w ofercie danego wykonawcy. W ocenie Izby nie stanowi to jednak wystarczającej przesłanki do uznania, że niedopuszczalne było wskazanie takich telefonów w ofercie, gdyż znaczenie ma tu, czy można je uznać za fabrycznie nowe aparaty w rozumieniu nadanym s.i.w.z. Należy zauważyć, że cena aparatu dla każdej grupy, którą będzie zobowiązany płacić Zamawiający jest tylko jedna, niezmienna i została określona przez każdego wykonawcę w poz. 20-23 Tabeli nr 1 formularza oferty (wynika to wprost z § 5 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy). Niezależnie zatem ile i jakich modeli telefonów zostanie później zaliczonych do danej grupy, Zamawiający za każdy z nich zapłaci dokładnie tyle samo przez cały okres obowiązywania umowy. W rezultacie istotne jest, czy każdorazowo proponowane modele telefonów będą odpowiadać ustanowionym w opisie przedmiotu zamówienia minimalnym parametrom technicznym i wymaganiom funkcjonalnym dla aparatów poszczególnych klas (VIP, menadżerskiej, podstawowej). Z tych względów Izba nie dostrzega żadnego zagrożenia manipulacją, o której wspomniał w odwołaniu Odwołujący T-Mobile. W szczególności nie wiadomo w jaki sposób stworzenie specjalnych cenników, w których dane urządzenia będą miały ceny umożliwiające zaoferowanie ich w grupie VIP, będzie godzić w interes Zamawiającego czy też naruszać uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami. W ocenie Izby wątpliwe jest, aby którykolwiek z wykonawców był zainteresowany wprowadzeniem do publicznej oferty cennika przygotowanego pod kątem przedmiotowego postępowania, nie tylko z uwagi na względnie niewielką skalę przedmiotowego zamówienia w zakresie dostawy w stosunku do liczby telefonów, które wszyscy trzej wiodący operatorzy sprzedają na całym rynku. Zdaniem Izby w grę wchodzi wyłącznie ewentualne zaniżenie ceny modelu telefonu, który według regularnego cennika nie mógłby znaleźć się na przykład w grupie VIP. Nie ustanowiono bowiem żadnej dolnej granicy przedziału wartości urządzeń zaliczanych do danej grupy. Natomiast jedynym realnym wyznacznikiem minimalnych wymagań są parametry techniczne przypisane dla telefonów



z poszczególnych grup. Ponieważ są one stałe, nieuniknione jest, że w miarę upływu kolejnych miesięcy realizacji umowy coraz więcej modeli produkowanych telefonów będzie mogło być uznanych za kwalifikujące się do grupy VIP. W telefonii komórkowej postęp technologiczny jest niezwykle szybki i urządzenie zaliczane do danej klasy w momencie wprowadzenia do sprzedaży już po roku staje się urządzeniem klasyfikowanym o poziom niżej.

Izba podziela zatem stanowisko Zamawiającego i Przystępującego Centertel, że w stosunku do telefonów wpisywanych do treści formularza ofertowego została ustanowiona jedynie data graniczna, którą na wyrost można nazwać cezurą, czyli momentem przełomowym – wymagając od wykonawców zaoferowania modeli, które pojawiły się na rynku nie dawniej niż 18 miesięcy przed datą publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Natomiast nie ustanowiono żadnego wiążącego przedziału czasowego (nazywanego specyficznie w odpowiedzi na odwołanie *tzw. cenzurą czasową*), gdyż Zamawiający nie zastrzegł, że przedmiotem oferty nie mogą być telefony, które pojawiły się w sprzedaży po określonej dacie, w szczególności po dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu. W ocenie Izby – wbrew sprzecznym stanowiskiem Stron – pewną zmianę spowodowały dopiero udzielone przez Zamawiającego przed terminem składania ofert odpowiedzi na pytania wykonawców (zacytowane zarówno w odwołaniu, jak i w odpowiedzi na odwołanie). W pytaniu (nr 6) zadany 29 marca 2013 r. wykonawca zmierzał do ustalenia, czy może zaoferować model aparatu telefonicznego, którego w dniu składania ofert nie będzie miał w cenniku, jeżeli model ten jest w ogóle dostępny w sprzedaży nie dłużej niż 12 miesięcy. Z kolei w podobnym pytaniu (nr 1) zadany 4 kwietnia 2013 r. wykonawca dopytywał, czy może zaproponować model aparat telefoniczny, którego w dniu składania ofert nie ma w cenniku, ale zostanie umieszczony w takim cenniku w ciągu 1 miesiąca. Na oba te pytania, zarówno w pismach z 3 (odp. na pyt. 6), jak i 5 (odp. na pyt. 1) kwietnia 2013 r. zamieszczono jednobrzmiącą odpowiedź: *Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wymagań w tym zakresie*. Udzielone w ten sposób odpowiedzi trudno uznać za wyjaśnienie treści s.i.w.z., gdyż Zamawiający nie odniósł się konkretnie do wątpliwości zgłaszanych przez wykonawców, poprzestając na enigmatycznym oświadczeniu. Wbrew odpowiedzi na odwołanie, nie wiadomo z czego Zamawiający wywodzi, że pytania te zmierzały do ograniczenia konkurencji czy uprzywilejowania któregoś wykonawców. Natomiast Izba podziela stanowisko, że Zamawiający przez udzielone w ten sposób odpowiedzi – nie ma znaczenia, czy świadomie – ustanowił dzień upływu terminu składania ofert datą końcową okresu, w jakim wskazane w formularzu oferty modele telefonów musiały równocześnie zaistnieć w publicznie dostępnej ofercie wykonawcy. Istotą obu pytań było uzyskanie przyzwolenia na zaoferowanie telefonów, których wykonawcy na dzień składania ofert nie

będą mieli w cennikach, na co Zamawiający odpowiedział negatywnie. Ponadto zgodnie z poleceniem zawartym w trzeciej kolumnie tabel nr 2, 3 i 4 formularza oferty należało podać konkretną datę pierwszego wprowadzenia do oferty wykonawcy, co w przypadku podania daty przypadającej po terminie składania ofert nie mogłoby być informacją pewną. Należy także zauważyć, że żaden z wykonawców nie odważył się wpisać daty wprowadzenia do oferty przypadającej po terminie składania ofert, a zatem istniał w tym zakresie konsensus.

Z uwagi na powyższe uwarunkowania w ocenie Izby realny zarzut wynikający z odwołania sprowadza się do wskazania w ofercie Centertel trzech modeli telefonów (Samsung Xcover2 S7710, ZTE KIS PRO oraz Nokia 301), które według Odwołującego T-Mobile zostały wprowadzone do cennika Centertel dopiero po upływie terminu składania ofert, czyli po 25 kwietnia 2013 r. W tym zakresie jako dowód do odwołania załączono wydruk pn. *Cennik w ofercie promocyjnej Firma Bez Ograniczeń przy umowie na 24 miesiące – obowiązuje od 17.05.2013r. do odwołania lub wyczerpania zapasów*, w którym wspomnianych modeli telefonów nie ma. Dodatkowo na rozprawie Odwołujący złożył wydruki z portali internetowych ([www.nowytelefon.info](http://www.nowytelefon.info) oraz [www.gsmonline.pl](http://www.gsmonline.pl)), w których zamieszczono informacje, że Nokia 301 od 10 maja 2013 r. jest dostępna w ofercie Orange dla klientów indywidualnych i biznesowych (oba portale), a ZTE KIS Pro *pojawi się na rynku pod koniec maja* (informacja z 24 maja 2013 r. z portalu *gsmonline*), przy czym artykuły dotyczące Nokii 301 wskazują jako źródło stronę [www.orange.pl](http://www.orange.pl), względnie powołują się na wypowiedź rzecznika Orange Polska. Z kolei Przystępujący Centertel, podtrzymując adekwatność informacji podanych w ofercie, złożył na rozprawie wydruk pn. *Cennik telefonów w ofertach dedykowanych przy umowie na 24 miesiące – obowiązuje od 24 kwietnia 2013 r. do odwołania lub wyczerpania zapasów*, a także wydruk zrzutu ekranu potwierdzający, że taki cennik w postaci elektronicznego dokumentu w formacie pdf został zamieszczony na jego stronie internetowej. W cenniku tym kwestionowane przez Odwołującego T-Mobile trzy modele telefonów zostały opatrzone następującym przypisem *Telefon dostępny wyłącznie dla Abonentów posiadających u Operatora status Klienta Kluczowego*. Być może właśnie w tym ostatnim zastrzeżeniu kryje się wyjaśnienie dlaczego te modele telefonów nie występują w późniejszym według daty cenniku załączonym do odwołania. Należy zauważyć, że oba cenniki mają zupełnie inną nazwę, a zatem nie można wykluczyć, że funkcjonują niezależnie od siebie. Odwołujący nie wykazał nieautentyczności cennika złożonego na rozprawie przez Przystępującego w stosunku do cennika załączonego do odwołania. Izba ustaliła, że oba cenniki mają charakter dokumentów obywatycznych się bez podpisu, choćby w formie faksymile. W zestawieniu z potwierdzonym za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika Centertela cennikiem

doniesienia z portali internetowych nie stanowią wystarczającego dowodu na okoliczności podnoszone przez Odwołującego T-Mobile. W szczególności informacje te nie wykluczają wcześniejszej, ekskluzywnej dostępności tych modeli dla klientów kluczowych dla Centertela. Ponadto nie do końca wiadomo, czy w odniesieniu do Samsunga Xcover2 Odwołujący kwestionuje możliwość wprowadzenia do cennika w dacie podanej w ofercie przez Centertel, gdyż w zamieszczonej w odwołaniu tabeli Odwołujący podał jako rzeczywisty termin wprowadzenia tego modelu do oferty jedynie informację, że *premiera telefonu w Polsce po 2013-02-20*.

Odwołujący, choć to na nim z mocy art. 190 ust. 1 pzp ciążył taki obowiązek, nie udowodnił zatem swojego twierdzenia, że którykolwiek z wymienionych powyżej modeli telefonów został wprowadzony do oferty Centertel po terminie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Izba zważyła, że w zakresie udowodnienia omawianego zarzutu przed Odwołującym stanęło niezwykle trudne zadanie, wymagające uzyskania dostępu i odpowiedniego utrwalenia wszystkich cenników funkcjonujących w Centertelu na dzień upływu terminu składania ofert, co najmniej cenników dla klientów biznesowych przy zawieraniu umowy na okres 24 miesięcy. Również w tym przypadku wynika to z braku zażądania przez Zamawiającego złożenia stosownych cenników wraz z ofertą. Nie jest zaskoczeniem, że Odwołujący nie był w stanie temu podołać, zwłaszcza w sytuacji, w której uznawał za wystarczające wykazanie niezgodności polegającej na zaoferowaniu telefonów niedostępnych w ofercie Centertel na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Co istotniejsze – wbrew odmiennemu zapatrywaniu Odwołującego T-Mobile – dla skuteczności podniesionego zarzutu ma znaczenie okoliczność, że Centertel nie ograniczył w tabelach formularza oferty listy modeli oferowanych telefonów do wymaganego minimum 3 modeli dla każdej z grup, w szczególności wskazując dla kadry menażerskiej 5 modeli telefonów (w tym Samsunga Xcover2 S7710), a dla grupy podstawowej 7 modeli telefonów (w tym Nokię 301 i ZTE Kis PRO). Ponieważ Zamawiający w s.i.w.z. Ostatecznie wymagał możliwości wyboru z listy co najmniej trzech urządzeń, pochodzących od co najmniej dwóch producentów, oferta Centertel również bez brania pod uwagę zakwestionowanych modeli pozostałaby zgodna z treścią s.i.w.z. W tym aspekcie z kolei oczywiście błędne jest stanowisko Przystępującego Centertel {wyrażone w pkt III. pisma z 31 maja 2013 r., że informacje zamieszczane przez wykonawców w tabelach 2, 3 i 4 formularza ofertowego – czyli lista oferowanych aparatów telefonicznych, obejmująca nazwę producenta, pełną nazwę modelu oraz datę dzienną pierwszego wprowadzenia do oferty wykonawcy – nie stanowią oświadczenia woli wykonawcy składającego ofertę o takiej treści, jaką wpisał w poszczególnych rubrykach.

{KIO 1181/13 i KIO 1182/13}

IV. {zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Centertel jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia}

Izba stwierdziła zasadność podniesionych w odwołaniach T-Mobile i Polkomtel zarzutów zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Centertel jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający uznał za celowe wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp Centertel do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy cena oferty wynosząca 3.761.349,43 zł nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wezwaniu Zamawiający nie sprecyzował żadnych szczególnych oczekiwań, poprzestając na oczekiwaniu złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość tej ceny. W zakreślonym terminie Centertel złożył obszernie wyjaśnienia, które objął tajemnicą przedsiębiorstwa. Jak to już powyżej rozstrzygnięto, zarzuty odwołania Polkomtel zmierzające do uchylecia tej tajemnicy okazały się bezskuteczne, a zatem stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego jest taki, że Izba obowiązana jest respektować objęcie wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa Centertel. W ocenie Izby nie narusza tej tajemnicy odnoszenie się do treści wyjaśnień na odpowiednim stopniu ogólności, czy też do zawartych w nich wywodach natury ogólnej, które nie ujawni elementów *ściśle związanych z funkcjonowaniem wykonawcy jako przedsiębiorcy na rynku, takich jak: stosowana marża, koszty działalności, warunki współpracy z dostawcami, uzyskane upusty i rabaty czy wewnętrzne dane statystyczne służące do kalkulowania ofert* {cytat za treścią uzasadnienia zawartego w piśmie Centertel z 8 maja 2013 r.}. Oczywiście jest ponadto, że ogół złożonych wyjaśnień może zawierać takie elementy, co nie oznacza, że całe pismo obejmujące te wyjaśnienia składa się wyłącznie z informacji mających walor tajemnicy przedsiębiorstwa. W szczególności wyjaśnienia rozpoczynają się od uwag wstępnych, które nie tyczą się wymienionych powyżej aspektów. Również przywoływane dalej w wyjaśnieniach informacje wynikające z raportów o stanie rynku usług telekomunikacyjnych w Polsce Urzędu Komunikacji Elektronicznej mogłyby stanowić co najwyżej tajemnicę tego urzędu, ale najwyraźniej jest on zainteresowany ich powszechną dostępnością, skoro publikuje je na swojej stronie internetowej.

Odwołujący zdecydowali się na podniesienie zarzutów rażąco niskiej ceny oferty Centertel bez zapoznania się z wyjaśnieniami, przy czym Odwołujący T-Mobile w ogóle nie zakwestionował braku takiej możliwości, natomiast Odwołujący Polkomtel równolegle zabiegał o uzyskanie wglądu w wyjaśnienia, jednak zupełnie nieskutecznie. W sytuacji złożenia przez Centertel wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które zostały przez Zamawiającego ocenione jako wiarygodne

i wystarczające, Odwołujący wzięli w ten sposób na siebie ciężar udowodnienia braku przedstawienia obiektywnych elementów mających wpływ na wysokość ceny, czyli złożenia niewystarczających wyjaśnień, skoro wywiedli skutki prawne w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę. Stanowisko takie zostało już dawno wypracowane w orzecznictwie, w szczególności Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) wskazał, że: *Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne.* Jest ono również aprobowane w orzecznictwie Izby, między innymi ostatnio nawiązano do niego w wyroku z 23 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 812/13). W uzasadnieniu tego wyroku słusznie zwrócono również uwagę, że w takim przypadku problem dowodowy sprowadza się do tego, czy wezwany wykonawca w sposób właściwy wykazał, że zaoferowana cena jest ceną realną, tzn. że ponoszone na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z ceny oferty, a wykonawca na zamówieniu osiągnie jeszcze zysk. Z kolei prowadzenie takiego dowodu względem wyjaśnień objętych skutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa jest istotnie utrudnione, gdyż odwołujący nie ma wiedzy na temat okoliczności wskazanych przez wykonawcę. W konsekwencji przedmiotem dowodu w takiej sytuacji winien być nierealny charakter ceny za wykonania przedmiotu zamówienia, co potwierdzałoby rażąco niski charakter zaoferowanej ceny. Izba zwróciła również uwagę, że odwołujący w takim przypadku nie jest pozbawiony możliwości dowodzenia, że podana cena całkowicie abstrahuje od realiów rynkowych realizacji zamówienia, choćby z uwagi na koszty świadczenia, które uniemożliwiają wykonanie zamówienia za podaną cenę. W tym zakresie można wykazywać minimalny rynkowy poziom kosztów niezbędnych dla wykonania przedmiotu zamówienia, poniżej którego ponoszenie strat jest nieuniknione. Odwołujący może również podważać, że wykonawca składający wyjaśnienia nie może powoływać się na możliwość wykonania przedmiotu zamówienia na jemu tylko dostępnych, szczególnie dogodnych warunkach, gdyż takie szczególnie dogodne warunki nie istnieją, bądź są dostępne dla pozostałych wykonawców na podobnych zasadach.

W ocenie Izby w rozstrzyganej sprawie Odwołującym udało się wykazać bez znajomości wyjaśnień, że Przystępujący Centertel nie może wykonać przedmiotu zamówienia bez poniesienia z tego tytułu straty. Odwołujący – jak się okazało – słusznie skupili się przede wszystkim na kosztach jakie trzeba ponieść na zakup sprzętu, w szczególności komórkowych aparatów telefonicznych, czyli obligatoryjnym elemencie dostaw przedmiotu zamówienia. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego Centertel Odwołujący nie ograniczyli się jedynie do tego aspektu, zgodnie podnosząc,

że straty poniesionej na dostarczonym za 1521,64 zł sprzęcie nie zrekompensują przychody ze świadczenia usług telekomunikacyjnych, z uwzględnieniem rozliczeń międzyoperatorskich z tym związanych. W tym celu Odwołujący T-Mobile złożył na rozprawie dwie zamówione przez siebie opinie prywatne: *Opinię dotyczącą kosztów zakupu usług telefonii komórkowej GSM dla podmiotów „Grupy Kapitałowej PKP” z 31 maja 2013 r.*, sporządzoną przez Moll Telecom Service sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz *Opinię dotyczącą ceny świadczenia usługi łączności w sieci telefonii komórkowej oraz dostawy aparatów telefonicznych i innych urządzeń na rzecz grupy PKP w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na Zakup usług telefonii komórkowej GSM dla podmiotów Grupy Kapitałowej PKP z 31 maja 2013 r.*, przygotowaną przez ITTI sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Z kolei Odwołujący Polkomtel przedstawił na rozprawie przygotowaną przez siebie kalkulację przychodów i kosztów kontraktu oraz oferty na zakup modeli telefonicznych wskazanych w ofercie Centertel, które uzyskał już po rozstrzygnięciu postępowania od swoich dostawców sprzęty, które zgodnie z jego oświadczeniem stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Pomimo złożenia tych dowodów Izba nie dała wiary, że koszt zakupu telefonów musi się kształtować na poziomie sugerowanym przez Odwołujących na rozprawie, to jest 15.142.073 zł (wg opinii Moll), 11.565.656,00 zł (wg opinii ITTI), czy 13.026.798,65 zł (według zestawienia Polkomtela), nie tylko z tego względu, że są to czasem wyższe kwoty niż uprzednio wskazywane w odwołaniach {dotyczy to w szczególności Polkomtela, który wskazywał w odwołaniu kwoty od 9.571.019,50 do 10.090.326,62 zł; T-Mobile wskazywał natomiast w odwołaniu kwoty w przedziale od 10.200.859,00 do 17.721,901,00 zł}, a także wyższe niż kwoty, które sami wskazali w tym zakresie w swoich ofertach {oferta Polkomtela: 7.973.121 zł; oferta T-Mobile: 9.482.840,00 zł}. Opierają się one na cenach jednostkowych netto poszczególnych modeli odpowiadającej niemal cenie brutto za jaką konsument może nabyć fabrycznie nowy aparat objęty gwarancją producenta, którego sprzedaż zostanie udokumentowana fakturą VAT – na przykład cena hurtowa netto aparatu Samsung Galaxy SIII wg opinii Moll kształtuje się na poziomie 1313,00 zł. Tymczasem szacuje się, że koszt wyprodukowania tego typu telefonu wynosi około 220 USD. Biorąc pod uwagę, że Odwołujący i Przystępujący są największymi operatorami telefonii komórkowej w Polsce, rzeczywista minimalna możliwa do osiągnięcia przez nich cena powinna się kształtować gdzieś pośrodku pomiędzy tymi kwotami. Odwołujący nie uwzględnili również w swoich analizach okoliczności, że dostawy telefonów będą następowały sukcesywnie, a zatem aktualne na dzień składania ofert ceny aparatów będą systematycznie spadać w miarę upływu 48-miesięcznego okresu realizacji umowy. Wymagania sprzętowe opisu przedmiotu zamówienia pozostaną bowiem bez zmian, podczas gdy postęp technologiczny spowoduje, że będą one spełniane przez coraz tańsze aparaty telefoniczne. Ponadto opinia ITTI

w zakresie przychodów ze świadczenia usług przynajmniej częściowo oparta została na błędnych danych wyjściowych, gdyż nie odpowiada rzeczywistości stanowi rzeczy przyjęte tam założenie, że rozmowy do sieci Centertela poza grupę PKP będą bezpłatne, podczas gdy w formularzu oferty Centertel w poz. 5 widnieje stawka 0,04 zł za minutę i przychód 624.288,36 zł za łączną liczbę minut w okresie 48 miesięcy.

W okolicznościach rozstrzyganej sprawy zadanie Odwołujących okazało się być jednak ułatwione, gdyż z treści wyjaśnień Centertel wprost wynika, że cena oferty nie wystarcza na pokrycie kosztów zakupu sprzętu, który ma być dostarczony w ramach realizacji zamówienia. Nie ma zatem znaczenia, że koszt ten został określony przez Centertel na poziomie znacznie niższym niż wskazywany w odwołaniach i złożonych na rozprawie dowodach, choć już nie tak odległym od hipotetycznego założenia Odwołującego Polkomtel wyrażonego na rozprawie, że Centertel uzyskał nadzwyczajny rabat w wysokości 50% od sum rzędu 9,5 mln zł (wariant najtańszy) czy 13 mln zł (wariant uśredniony). Ponadto w wyjaśnieniach tych przyjęto, zgodnie z założeniem poczynionym w odwołaniu T-Mobile, że z uwagi na szacowaną strukturę ruchu (więcej połączeń wykonywanych poza sieć Centertel niż połączeń przychodzących z innych sieci) koszty rozliczeń międzyoperatorskich będą wyższe niż przychody osiągane z tego tytułu. Najwyraźniej Odwołujący T-Mobile posiadał w tym zakresie analogiczną wiedzę praktyczną. {Ponadto Przystępujący Centertel ujawnił tę okoliczność w pkt I.8) swojego pisma z 31 maja 2013 r.} Ponieważ zostało wykazane (wręcz potwierdzone w treści wyjaśnień), że cena oferty Centertel nie pokrywa kosztów realizacji dostaw sprzętu, które będzie musiał ponieść ten wykonawca, bezprzedmiotowe i nieadekwatne jest powoływanie argumentów typu: *jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na konieczność badania ceny całej oferty, a nie cen jednostkowych, czy też cen za poszczególne części przedmiotu zamówienia* {cytat za pkt I.4) pisma Przystępującego Centertel z 31 maja 2013 r.}. W ocenie składu orzekającego sprowadzenie występującej w orzecznictwie Izby problematyki rażąco niskiej ceny do tego typu mianownika razi nadmiernym uproszczeniem, a mechaniczne powielanie tego typu uogólnień, również przez Zamawiającego, niczego nie wnosi do rozstrzyganej sprawy. Odwołujący od początku podnosili i wykazywali bowiem, że cała cena oferty Centertel nie wystarczy nawet na pokrycie kosztów dostawy sprzętu, gdyż przychody ze świadczenia usług telekomunikacyjnych na przestrzeni 48 miesięcy w zakresie wynikającym z s.i.w.z. nie zrekompensują symbolicznej ceny za aparaty telefoniczne, modemy i akcesoria do nich.

Natomiast niezwykle trafnie podniósł Przystępujący Centertel {w pkt I.3) pisma z 31 maja 2013 r.}, że przy badaniu rażąco niskiej ceny jedynym właściwym punktem odniesienia nie są ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców czy wartość szacunkowa

zamówienia ustalona przez zamawiającego, lecz przedmiot zamówienia, co wprost wynika z art. 90 ust. 1 pzp (a także z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp). Niestety Przystępujący nie pamiętał o tym składając ofertę, a następnie wyjaśnienia, w których odniósł zaoferowaną cenę nie do przedmiotu zamówienia opisanego przez Zamawiającego, lecz do własnego wyobrażenia o tym, jak będzie się przedstawiać realizacja przedmiotu zamówienia. To właśnie takie podejście – nazywane *biznesowym* czy też *projektowym* – do przedmiotu zamówienia miało w przekonaniu Centertel stanowić obiektywny czynnik umożliwiający wyjaśnienie, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Centertel przyjął założenie, że Zamawiający będzie musiał zapłacić z tytułu realizacji umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego nie kwotę 3.761.349,43 zł – odpowiadającą cenie oferty (łącznie z opcjonalną częścią zamówienia) – lecz około dwa razy więcej. Zdaniem Centertela wartość łączna oferty nie ma znaczenia dla łącznych przychodów, jakie może uzyskać z tytułu świadczenia usług. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego Centertel, że miał prawo założyć znaczące odbieganie przychodów z tytułu świadczonych w ramach umowy usług od ceny oferty wynikającej z formularza cenowego. Ściśle rzecz biorąc Przystępujący nie miał prawa na tym etapie postępowania samorzutnie uznać, że przedmiot zamówienia został nieoszacowany pod względem ilościowym, a zakres rzeczowy będzie znacząco odbiegał od tego, co podlegało wycenie w ramach ceny oferty. Przystępujący nie zgłaszał zastrzeżeń do opisu przedmiotu zamówienia, a zatem jego obowiązkiem było rzetelnie wycenić wynikający z tego opisu zakres rzeczowy i ilościowy usług. Przystępujący oświadczył przecież na samym wstępie oferty, że oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia opisanego w załączniku nr 2 do s.i.w.z., a także, że zapoznał się z s.i.w.z., nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz zdobył informacje niezbędne do właściwego wykonania zamówienia (pkt 1 i 2 pkt IV formularza ofertowego). Tymczasem w rzeczywistości Centertel nie uznał opisu przedmiotu zamówienia za adekwatny, opierając się przy jego wycenie na własnych, biznesowych założeniach statystycznych, stanowiących jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Po pierwsze – dla niektórych rodzajów usług głosowych wyszczególnionych w tabeli nr 1 formularza oferty Centertel przyjął, że liczba minut będzie odbiegała od dwóch do ponad czterech razy od wielkości podanych przez Zamawiającego do wyceny. Pozwoliło to na wirtualne wygenerowanie dodatkowych przychodów liczonych w milionach zł. Należy przy tym zauważyć, że dotyczyło to pozycji, w których Zamawiający nie przewidział żadnej opcji, a zatem założył, że podane przez niego liczby minut nie będą wymagały już zwiększenia. Nie wiadomo zatem na jakiej podstawie Zamawiający zaakceptował tego typu wyjaśnienia, które wprost zanegowały podany przez niego samego – jak należy zakładać z należytą starannością – opis przedmiotu zamówienia w zakresie ilościowym. Innymi słowy Zamawiający bezkrytycznie zaakceptował wyjaśnienia, w których Centertel wprost wskazał,



że złożył ofertę na inny pod względem ilościowym przedmiot zamówienia niż opisany w s.i.w.z. A ściślej rzecz biorąc, że wykonanie przedmiotu zamówienia za stawki wskazane w ofercie będzie mu się opłacało jeżeli skala świadczonych usług będzie odpowiadała jego biznesowym założeniom, a nie opisowi dokonanyemu przez Zamawiającego. Odpowiedzi w tym zakresie Zamawiający nie udzielił ani w obszernych odpowiedziach na odwołania, ani na rozprawie, pomimo że złożył na niej dodatkowe, również obszerne pismo. Warto odnotować, że w tym zakresie koronny argument Zamawiającego i Przystępującego Centertel, który zostanie omówiony w związku z drugim szczegółowym założeniem przyjętym w wyjaśnieniach, nie znajduje zastosowania. Natomiast odnosząc się do ogólnikowych wywodów Zamawiającego, który nie omieszkał powołać się przy tej okazji na konieczność dochowania tajemnicy przedsiębiorstwa, Izba stwierdziła, że są one nie do przyjęcia. Rzecz właśnie w tym, że złożone wyjaśnienia w zakresie czynników mających wpływ na cenę oferty dotyczyły nie tylko obszarów, których dotyczy s.i.w.z., ale również zakresu zamówienia w żaden sposób niewynikającego z opisu przedmiotu zamówienia, zakładając wystąpienie zakresu świadczeń nieprzewidzianego przez Zamawiającego nawet opcjonalnie. Nic w tym zakresie nie mogą zmienić pozostające poza opisem przedmiotu zamówienia analizy rynku usług GSM, w tym analizy prowadzone przez Urząd Komunikacji Elektronicznej, wskazujące na stały wzrost liczby jednostek usług świadczonych przy pomocy jednej karty SIM. Pomijając niedopuszczalność takiego założenia w stosunku do ostatecznego opisu przedmiotu zamówienia, nie wiadomo na jakiej podstawie Przystępujący uznał, że te ogólne tendencje mają zastosowanie do ilości oszacowanych przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. W rzeczywistości w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący uzasadnił przyjęcie własnych założeń liczbowych tym, że *liczba usług wskazanych w formularzu cenowym stanowi jedynie podstawę do porównania ofert, a nie określa maksymalnej wielkości zamawianych usług*. Jest to wypaczenie zamieszczonej przez Zamawiającego nad tabelą 1 formularza ofertowego uwagi, że *poniższy kosztorys obejmuje dostawy i usługi, które będą brane pod uwagę przy ocenie ofert*. Przede wszystkim okoliczność, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym rozliczenie wykonania umowy następuje według cen jednostkowych, a liczba jednostek miary może odbiegać od wskazanej do wyceny, nie oznacza, że może to być różnica zasadnicza, a taką założył Przystępujący w swoich kalkulacjach. Przystępujący nie wziął pod uwagę, że równie dobrze faktyczna realizacja może odbiegać in minus od szacowanej przez Zamawiającego. Potencjalna możliwość zaoszczędzenia jest jednym z powodów, dla których zamawiający przyjmują zasadę kosztorysowego wynagrodzenia za wykonanie świadczeń objętych umową w sprawie zamówienia publicznego. Uznanie powyżej omówionych elementów wyjaśnień za odzwierciedlenie *mechanizmów prowadzonej polityki cenowej odnośnie kalkulacji oferty*,

co stanowi sferę w jaką, Zamawiający nie może ingerować, należy uznać za nieporozumienie. Zamawiający zapomniał, że wyjaśnienia miały mu posłużyć do oceny, czy cena oferty Centertel nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, którego autorem jest on sam, a nie w stosunku do przedmiotu zamówienia według autorskiej koncepcji Przystępującego.

Drugim, znacznie subtelniejszym założeniem, przyjętym przez Centertel w wyjaśnieniach, jest powołanie się na niepełny charakter wyceny objętej tabelą nr 1 formularza ofertowego. W załączniku nr 2 do s.i.w.z. *Opis przedmiotu zamówienia*, w pkt 5.2 Zamawiający uregulował tzw. *sposób wyceny usług z pkt. 5.1. nieocenianych w Formularzu cenowym*, czyli sposób wyceny usług z listy 39 rodzajów usług objętych przedmiotem zamówienia, dla których nie wymagał wyceny w ramach którejs z 38 pozycji tabeli nr 1 formularza ofertowego (spośród których 18 pozycji, to jest poz. od 20 do 38, z wyjątkiem poz. 24, dotyczy dostaw sprzętu). Zgodnie z tym postanowieniem s.i.w.z. *Usługi wymienione w pkt. 5.1., które nie są wymienione w Kosztorysie Szczegółowym (Załączniku nr 1 do Formularza Oferty) ani nie będą realizowane w ramach abonamentów zgodnie z wymaganiami z Tabeli nr 8 i Tabeli nr 9 będą rozliczane w oparciu o stawki z cenników Wykonawcy*. Dalej Zamawiający zastrzegł, że będą to najniższe stawki z aktualnego na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu cennika dla klientów biznesowych, przewidując co 3 miesiące aktualizację tych cenników. W rzeczywistości dla ustalenia listy tych usług nie ma konieczności odwoływania się do Tabeli nr 8 pn. *Usługi wymagane do wykonywania w ramach abonamentu telefonii komórkowej* i Tabeli nr 9 *Usługi wymagane do wykonywania w ramach abonamentu bezprzewodowej transmisji danych*, gdyż wystarczy zajrzeć do Tabeli nr 6 pn. *Abonament, standardowe krajowe usługi telekomunikacyjne nieobjęte abonamentem i ryczałtowe (krajowe i międzynarodowe) pakiety danych – lista usług do wyceny*, w której wyszczególniono odrębnie usługi podlegające wycenie w formularzu oferty i usługi, których cena będzie określana przez cenniki, zgodnie z pkt 5.2 OPZ. Formalnie pozycji tych jest aż 7: (1) *Miesięczny abonament za korzystanie z aplikacji umożliwiającej hurtową obsługę wiadomości tekstowych*, (2) *Opłata za transmisję GPRS (naliczana co 10 kb) z aktywacji głosowej*, (3) *Pakiet ryczałtowej transmisji danych 5 GB miesięcznie dla kart SIM z aktywacją głosową – każdy kolejny pakiet w ramach okresu rozliczeniowego* (4) *Pakiet ryczałtowej transmisji danych 2,5 GB miesięcznie dla kart SIM z aktywacją głosową – każdy kolejny pakiet w ramach okresu rozliczeniowego* (5) *Pakiet ryczałtowej transmisji danych 500 MB miesięcznie dla kart SIM z aktywacją głosową – każdy kolejny pakiet w ramach okresu rozliczeniowego* (6) *Pakiet ryczałtowej transmisji danych 50 MB miesięcznie dla kart dostępu do Internetu na terenie UE z możliwością włączenia przez osobę wyznaczoną przez Zamawiającego* (7) *Pakiet ryczałtowej transmisji danych 50 MB miesięcznie dla kart dostępu*

do Internetu zagranicą poza obszarem UE z możliwością włączenia przez osobę wyznaczoną przez Zamawiającego. Jednakże tylko 4 z nich stanowią rodzaje usług w ogóle niewystępujące w formularzu ofertowym (korzystnie z aplikacji do hurtowej obsługi wiadomości tekstowych, transmisja GPRS z aktywacji głosowej oraz oba *zagraniczne* pakiety transmisji danych), gdyż 3 rodzaje *krajowych* pakietów transmisji danych podlegało wycenieniu w poz. 17-19 Tabeli nr 1 formularza ofertowego. Centertel w wyjaśnieniach ujawnił, że na powyższych usługach zamierza osiągnąć przychody liczone w milionach zł, przy czym większość z nich miałaby pochodzić ze sprzedaży pakietów ryczałtowej transmisji danych na terenie kraju. W ocenie Izby Przystępującej Centertel ponownie w sposób nieuzasadniony założył, że realizacja zamówienia w zakresie pakietów ryczałtowej transmisji danych będzie znacząco odbiegała od szacunków Zamawiającego odzwierciedlonych w Tabeli nr 1 formularza ofertowego, to znaczy użytkownicy nie będą się mieścić w przyznanym im miesięcznie limitach (w zależności od pakietu: 5 GB, 2,5 GB i 500MB). Tymczasem Zamawiający przewidział w pierwszej kolejności określoną liczbę pakietów jako opcję, która podlegała wycenieniu w formularzu cenowym na tej samej zasadzie co podstawowy zakres pakietów. Przystępujący nie tylko założył, że opcjonalne ilości zostaną w pełni skonsumowane, ale że wystąpi konieczność zakupu dodatkowych pakietów. Zdaniem Izby postanowienia s.i.w.z. podważają zasadność rozumowania Przystępującego. Przede wszystkim ponownie należy podkreślić, że obowiązkiem Zamawiającego było opisanie przedmiotu zamówienia w sposób możliwie najbardziej wyczerpujący, uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, i brak jest podstaw, aby na obecnym etapie postępowania przyjąć, że Zamawiający nie uczynił zadość wymaganiom art. 29 ust. 1 pzp. Oznacza to, że usługi w dodatkowych ilościach ponad to, co podlegało wycenieniu w ramach kosztorysu ofertowego, a tym bardziej usługi w ogóle nie objęte tym kosztorysem musiały mieć znaczenie marginalne, niewymagające oszacowania i wyceny. W konsekwencji postanowienie pkt 5.2 OPZ należy traktować jako swoisty wentyl bezpieczeństwa, a nie jako niezależny i znaczący co do zakresu ilościowego i wartości obszar przedmiotu zamówienia. W przeciwnym razie należałoby uznać, że opis przedmiotu zamówienia dotknięty jest poważną wadą, która mogłaby rzutować na ważność zawartej umowy. Jak to oświadczył enigmatycznie Zamawiający w odpowiedziach na odwołania (a Przystępujący Centertel skwapliwie powtórzył za nim na rozprawie): *katalog usług, które są przedmiotem niniejszego postępowania, jest szerszy niż objęty kosztorysem i podlegający wycenieniu przez poszczególnych wykonawców*. Jednakże jednocześnie Zamawiający przyznał, że *szczegółowe kosztorysy przedstawiane przez Wykonawców specyfikowały koszty świadczenia usług, które powinny w największym stopniu ważyć w kosztach, jakie mogą być poniesione przez Zamawiającego*. I tego Zamawiający powinien się trzymać przy ocenie

wyjaśnień Przystępującego, w przeciwnym razie przyznawałby się do dokonania opisu przedmiotu zamówienia i sposobu obliczenia ceny oferty w sposób niezgodny z przepisami ustawy pzp. Natomiast założenia Przystępującego typu: będzie miała miejsce niekontrolowana transmisja GPRS z aktywacji głosowej, gdyż wszystkie (?) zamawiane telefony są smartfonami umożliwiającymi korzystanie z Internetu, które samoczynnie łączą się z nim w celu aktualizacji oprogramowania, rażą naiwnością, a nie biznesowym podejściem, i są nieadekwatne. Być może wciąż wiele konsumentów wpada w tego typu pułapkę zastawianą przez operatorów, zanim dowie się w jaki sposób ograniczyć transmisję danych, w szczególności w zakresie aktualizacji oprogramowania, do sieci Wi-Fi. Jednakże Zamawiający reprezentujący przedsiębiorców, którzy mają korzystać z telefonów i usług na potrzeby prowadzonej działalności gospodarczej, odpowiednio zadbał o swoje interesy i możliwość dyscyplinowania użytkowników w pkt 7.2 OPZ, który został zatytułowany *Limitowanie możliwości wykorzystania usług przez pracowników Zamawiającego*. Po pierwsze – Zamawiający wymaga, aby wykonawca zamówienia umożliwił definiowanie ograniczeń korzystania z usług indywidualnie dla każdej karty SIM, w tym definiowanie limitu na usługi telekomunikacyjne wyrażonego kwotą w zł netto w każdym okresie rozliczeniowym, przy czym ograniczenie może dotyczyć wszystkich usług z wyjątkiem usług roamingowych. Po drugie – Zamawiający wymaga przesyłania na kartę SIM wiadomości o przekroczeniu ustalonego limitu. Po trzecie – Zamawiający przewidział różnorodne kombinacje limitowania korzystania z kart SIM z aktywacją głosową, czyli blokowania połączeń wychodzących, wysyłania wiadomości SMS/MMS i korzystania z GPRS. Ponadto odrębnie w pkt 7.1.3 uregulowano, że po wyczerpaniu pakietów ryczałtowej transmisji danych dla kart SIM z aktywacją głosową i bezprzewodową transmisją danych, prędkość transferu danych spada do prędkości 56 kb/s, a wykonawca ma obowiązek niezwłocznego poinformowania zarówno użytkownika, jak i osoby wyznaczonej przez Zamawiającego, która będzie decydowała o ewentualnym uruchomieniu pakietów wycenianych zgodnie z pkt 5.2 OPZ. Wreszcie zgodnie z pkt 6.7 OPZ świadczenie międzynarodowych usług telekomunikacyjnych podlega włączeniu na odrębne zlecenie upoważnionego pracownika Zamawiającego.

Z powyższych względów Zamawiający nie miał podstaw do oceny, że złożone przez Centertel wyjaśnienia uchylają podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wręcz przeciwnie Zamawiający, zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 pzp, powinien stwierdzić, że złożone wyjaśnienia potwierdzają rażąco niską cenę oferty Centertel w stosunku do przedmiotu zamówienia opisanego w s.i.w.z. Reguły rządzące opisem przedmiotu zamówienia, który jest zawsze dokonywany przez zamawiającego, wykluczają powoływanie się przez wykonawców na ich własne koncepcje, niezależnie od stopnia ich biznesowego prawdopodobieństwa. Nawiazując do przywołanego

przez Zamawiającego na rozprawie poglądu wyrażonego w wyroku Izby z 13 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2810/11): *odnośnie oceny wyjaśnień wskazanej w art. 90 ust. 3 Pzp zaznaczyć należy, iż jak wynika z literalnego brzmienia przepisu, dla odrzucenia oferty wymagane jest, aby z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej...* W rozstrzyganej sprawie Zamawiający otrzymał wyjaśnienia, które co prawda nie były lakoniczne czy wyłącznie ogólne, jednak przedstawiony sposób wykonania zamówienia bez ponoszenia strat nie odnosił się do przedmiotu zamówienia, który należało realnie wycenić w ramach ceny oferty. Powinnością Zamawiającego było dokonanie oceny miarodajności ceny przez pryzmat ceny ofertowej za całość przedmiotu świadczenia, który należało wycenić.

IV. {zarzuty zaniechania odrzucenia oferty Centertel, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji}

Izba uznała za zasadny zarzut zawarty w odwołaniu Polkomtela, który dokonał prawidłowej subsumpcji okoliczności faktycznych do normy prawnej wynikającej z art. 15 ust. 1 pkt 1 i art. 3 ust. 1 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.). Odmienne należy ocenić zarzut zawarty w odwołaniu T-Mobile, który sprowadza się wyłącznie do powołania się na te same okoliczności faktyczne, co w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, oraz przywołania brzmienia art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem według ustawy pzp rażąco niska cena oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia i złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowią odrębne przesłanki odrzucenia oferty, a zatem wykazanie zaistnienia pierwszej z nich nie przesądza automatycznie o zaistnieniu drugiej. W szczególności rażąco niska cena nie wymaga wykazania zaistnienia ogólnych i szczegółowych dodatkowych przesłanek wynikających z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykazania tych przesłanek Odwołujący T-Mobile w ogóle zaniechał.

Zgodnie z art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Natomiast według art. 3 ust. 1 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie Odwołujący Polkomtela w wystarczający sposób wykazał, że złożenie przez Centertel oferty z rażąco niską ceną wypełnia również znamiona czynu

nieuczciwej konkurencji, w szczególności wskazując na spełnienie poszczególnych znamion czynu stypizowanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. I tak, po pierwsze – wykazał, że rażąco niska cena oferty Centertel oznacza zaoferowanie odprzedaży sprzętu telekomunikacyjnego i świadczenia usług telekomunikacyjnych poniżej odpowiednio kosztów ich zakupu i świadczenia. Odwołujący zasadnie podniósł, że poniesione koszty nie zostaną odzyskane nawet uwzględniając 48-miesięczny okres realizacji zamówienia. Po drugie – w toku postępowania odwoławczego niesporna była okoliczność, że aktualnie Polkomtel świadczy usługi objęte przedmiotem zamówienia na rzecz większości spółek, które zdecydowały się na wspólne udzielenie przedmiotowego zamówienia, w tym na rzecz Zamawiającego prowadzącego postępowanie. Powyżej opisane działanie Przystępującego Centertel utrudnia zatem Odwołującemu Polkomtel zarówno utrzymanie dotychczasowych klientów, jak i pozyskanie nowych. Termin *utrudnianie dostępu do rynku* należy na gruncie art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji rozumieć jako taki sposób zachowania się na konkurencyjnym rynku, który w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami dąży co najmniej do stworzenia niekorzystnych warunków dla innego przedsiębiorcy działającego na tym samym lub innym rynku {tak T. Skoczny (w:) *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji...*, red. J. Szwaja, 2006, s. 560}. Po trzecie – Odwołujący trafnie podniósł, że sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich nabycia lub świadczenia jest dozwolona jedynie, gdy jest elementem dozwolonej polityki cenowej, nienakierowanej na eliminację innych przedsiębiorców, np. wejścia na rynek. Niewątpliwie wycena przedmiotu świadczenia objętego ofertą poniżej kosztów jego spełnienia jest niezgodna z przepisami ustawy pzp i została podjęta z zamiarem uniemożliwienia Odwołującemu uczciwe konkurowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Należy zauważyć, że konkurencja wyznaczona przepisami ustawy pzp wymaga od wykonawców zaoferowania cen, które pozwolą zrealizować należycie przedmiot zamówienia i osiągnąć choćby niewielki zysk. Zatem Przystępujący oferując cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia miał na celu eliminację pozostałych wykonawców, którzy się na podobne działania, niezgodne z ustawą pzp, nie zdecydowali. Ponadto wbrew stanowisku Zamawiającego {który w odpowiedzi na odwołanie myli lub utożsamia ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z ustawą z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów; Dz.U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.} dla przypisania Centertelowi popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji, w tym czynu opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie jest istotne, czy zajmuje on pozycję dominującą, gdyż nie jest to przesłanka warunkująca zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji w stosunkach pomiędzy konkurującymi ze sobą przedsiębiorcami. Jak się wskazuje w doktrynie nieuczciwość czynu na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie zależy bowiem od stopnia

opanowania rynku przez jego sprawcę {tak Marcin Mioduszeński, Jarosław Sroczyński (w:) Komentarz do art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Lex – Wolters Kluwer}.

Mając powyższe na uwadze, Izba – rozpatrując sprawy w granicach zarzutów zawartych w odwołaniach – stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych: art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp (w obu sprawach), art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 i art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (w sprawie KIO 1182/13). Ponieważ naruszenia te miały wpływ na wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji. Zamawiający powtarzając czynność badania i oceny ofert winien mieć jednak na uwadze okoliczność niepotwierdzenia się zarzutów odwołania Polkomtela, że Centertel podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta – oraz oferta T-Mobile – odrzuceniu za niezgodność z treścią s.i.w.z., jak również to, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Polkomtela za niezgodność jej treści z treścią s.i.w.z.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zaliczając do tych kosztów uiszczone przez Odwołujących wpisy – zgodnie z § 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. Nr 41, poz. 238), a ponadto obciążając kosztami postępowania odwoławczego w obydwu sprawach Zamawiającego, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 6 przywołanego rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołujących poniesione przez nich koszty z tytułu uiszczonych wpisów od odwołań.

**Przewodniczący:** .....