

**WYROK**

**z dnia 17 grudnia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Izabela Kuciak

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Wioleta Paczkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**Polkomtel Spółka Akcyjna ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

**Regionalny Węzeł Łączności we Wrocławiu**

**ul. Bernarda Pretficza 28, 50-984 Wrocław**

protestu z dnia 26 października 2009 r.

przy udziale **Polskiej Telefonii Komórkowej Centertel Sp. z o.o.**

**ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Polkomtel Spółkę Akcyjną ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Polkomtel Spółkę Akcyjną ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 538 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polkomtel Spółki Akcyjnej ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa.**

**U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na świadczenie usług telefonii komórkowej dla Regionalnego Węzła Łączności we Wrocławiu* na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 2 września 2009 r. w Dz.Urz. UE pod numerem 2009/S 168-242397. Zamawiający określił wartość zamówienia na 738.900,04 złotych, tj. 190.580,59 euro.

15 października 2009 r. Odwołujący otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty PTK Centertel Sp. z o.o. oraz, że w postępowaniu złożono dwie oferty i że żadna z nich nie podlega odrzuceniu. Na tę czynność 26 października 2009 r. Odwołujący wniósł protest, którego Zamawiający nie rozstrzygnął, a więc, zgodnie z dyspozycją art. 183 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, protest ten uznaje się za oddalony.

Od tego rozstrzygnięcia 16 listopada 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał zarzuty i żądania protestu zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 w zw. z art. 82 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez ich błędną wykładnię i nieuzasadnione przyjęcie, że przepisy te nie mają zastosowania do oferty złożonej w postępowaniu przez PTK Centertel Sp. z o.o., podczas gdy oferta ta jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a zaniechanie odrzucenia tej oferty narusza zasadę równego traktowania wykonawców wskazaną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez PTK Centertel Sp. z o.o., dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a także o obciążenie Zamawiającego kwotą wpisu zaliczoną na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie XII tiret czwarty specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób jednoznaczny określił wymogi, co do sposobu obliczenia ceny oferty. Zgodnie z tym postanowieniem wykonawcy składający oferty winni byli zamieścić w arkuszu kalkulacyjnym ceny jednostkowe, na podstawie których skalkulowali i obliczyli ceny ofert. Oferta złożona przez PTK Centertel Sp. z o.o. w wierszu 5. tabeli nr 1, tj. w pozycji „Pakiet kwotowy 200 – Do sieci własnej Wykonawcy” nie zawiera informacji o cenie jednostkowej za minutę połączenia, a jedynie zapis „w ramach abonamentu” w kolumnie 5. oraz skreślenia w kolumnach 6, 7 i 8. Zatem oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec czego podlega odrzuceniu.

Poza tym oferta ta w części dotyczącej pakietu kwotowego 200 jest niezgodna również z postanowieniem punktu III ppkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia w brzmieniu: „Wykonawca zobowiązany będzie do rozliczania wszelkich dostępnych usług telefonii komórkowej w ramach pakietu kwotowego. Po przekroczeniu wartości pakietu kwotowego Wykonawca rozliczał będzie usługi zgodnie z obowiązującą taryfą dla danego pakietu kwotowego” (analogicznie w § 8 załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wzór umowy). Nie wiadomo zatem, według jakiej

stawki po przekroczeniu wskazanej liczby minut dla danej pozycji (19.200) PTK Centertel Sp. z o.o. będzie rozliczała usługi połączeń do własnej sieci dla pakietu kwotowego 200 ani usługi połączeń do własnej sieci w ramach pakietu, gdyż nie została podana stawka (taryfa).

Twierdzenia zawarte w zgłoszeniu przez PTK Centertel Sp. z o.o. przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu jedynie potwierdzają słuszność wniosku o niezgodności jej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W piśmie wskazano, iż w pakiecie kwotowym 200 połączenia do własnej sieci będą realizowane bezlimitowo i bezpłatnie, podczas gdy Zamawiający poprzez wyżej wskazane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidywał takiego modelu rozliczeń, Zamawiający bowiem wyraźnie w punkcie III ppkt 8 i w § 8 załącznika nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia przesądził, iż rozliczanie usług w ramach pakietu, a po jego przekroczeniu zgodnie z obowiązującą taryfą ma dotyczyć wszystkich dostępnych usług telefonii komórkowej.

Działanie PTK Centertel Sp. z o.o. dodatkowo sprawiło, że oferta ta jest nieporównywalna z innymi ofertami złożonymi w postępowaniu, w tym ofertą Odwołującego, nie można bowiem, zgodnie z kryteriami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonać ich porównania. Zastosowane przez PTK Centertel Sp. z o.o. w ofercie przedstawienie ceny jednostkowej minuty połączenia prowadzi do sytuacji, w której faktyczna cena jednej minuty połączenia jest uzależniona od realnego wykorzystania usług przez Zamawiającego i struktury wykorzystania usług w ramach pakietu kwotowego w danym okresie rozliczeniowym – a więc gdyby Zamawiający w ramach pakietu kwotowego 200 złotych dla jednego numeru wykonał w danym okresie rozliczeniowym wyłącznie 200 minut połączeń do sieci własnej wykonawcy, to faktyczny koszt jednej minuty wynosić będzie 1 zł. Tym samym koszt minuty połączenia do sieci własnej wykonawcy będzie różny dla każdego okresu rozliczeniowego i nie jest możliwe przyjęcie jednej wartości dla dokonania prawidłowego obliczenia ceny oferty. W rezultacie czego PTK Centertel Sp. z o.o. przy dokonywaniu obliczenia ceny oferty

w ogóle pominęła tę pozycję, a tym samym przedstawiła cenę oferty z naruszeniem postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z punktem III ppkt 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiem Zamawiającego było również przenoszenie przez wykonawcę niewykorzystanych części pakietów kwotowych na kolejne minimum 6 cykli rozliczeniowych i rozliczania pakietów najstarszych w pierwszej kolejności. Brak stawki na połączenia do własnej sieci wykonawcy nie pozwoli na ustalenie, jaka niewykorzystana wartość pakietu kwotowego 200 powinna przejść na kolejny cykl rozliczeniowy.

Twierdzenia PTK Centertel Sp. z o.o. zawarte w przystąpieniu dotyczące opłaty ryczałtowej za 2000 minut rozmów w sieci VPN „w ramach abonamentu” są chybione, gdyż dotyczą ryczałtowej usługi dodatkowej, której zasady funkcjonowania są dokładnie określone i nie budzą wątpliwości (Zamawiający wie, że dysponuje dla jednego terminala liczbą 2000 minut połączeń do wydzielonej wewnętrznej grupy VPN Zamawiającego w okresie jednego miesiąca).

W związku z powyższym można rozważyć zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wybór oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 10 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest takie oznaczenie usług, które może wprowadzić klientów w błąd co do np. ilości tych usług. Zamawiający z oferty PTK Centertel Sp. z o.o. nie wie, ile usług połączeń do własnej sieci w ramach pakietu kwotowego 200 ma „w ramach pakietu”, a które połączenia będą taryfikowane według nie oznaczonej w ofercie stawki.

Odwołujący stwierdził również niezgodność oferty PTK Centertel Sp. z o.o. ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia polegającą na niedopełnieniu wymogu wskazania w tabeli nr 2 arkusza kalkulacyjnego cen katalogowych za oferowane dla poszczególnych grup modele telefonów. Podane zostały jedynie zakresy cen, takie same, jak wskazane przez Zamawiającego w punkcie III ppkt 22 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przez co nie jest możliwe określenie, jaki faktycznie telefon został zaoferowany (podczas gdy oferta Odwołującego precyzyjnie wskazuje, poprzez podanie

ceny katalogowej z cennika, na konkretny model aparatu, który zostanie zaoferowany Zamawiającemu).

28 października 2009 r. PTK Centertel Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. W przystąpieniu tym wskazała, iż sformułowanie „w ramach abonamentu” oznacza, że opłata z tytułu abonamentu obejmuje koszt połączeń do sieci własnej wykonawcy, czyli że połączenia te będą realizowane bezlimitowo i bezpłatnie, niezależnie od liczby minut połączeń wykonywanych do sieci własnej, za połączenia te nie będzie pobierana opłata, a limit kwotowy 200 zł Zamawiający może przekroczyć jedynie korzystając z pozostałych dostępnych usług telekomunikacyjnych. Zatem określenie „w cenie abonamentu” tożsame jest z podaniem kwoty 0 zł. Przystępujący zwrócił również uwagę, iż pojęciem „w ramach abonamentu” posługuje się również w innych miejscach oferty – w „Pełnym cenniku usług”. Zatem, posługując się wykładnią oświadczenia woli, jasne jest, że pojęcie „w ramach abonamentu” wskazuje na usługi, za które nie będzie pobierana opłata. (Podobnym określeniem w tym samym znaczeniu posługuje się również Odwołujący w tabeli 3. „Arkusza kalkulacyjnego” dla sieci VPN). Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyklucza możliwości złożenia oferty, w której jedna z cen jednostkowych wynosi 0 zł. Poza tym Zamawiający po analizie oferty PTK Centertel Sp. z o.o. wie, ile minut połączeń do sieci własnej wykonawcy ma w ramach pakietu 200 – liczba ta jest nieograniczona i nie wpływa na korzystanie z pakietu kwotowego.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz oświadczeń Stron oraz Przystępującego złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Zamawiający zamówił świadczenie usług telefonii komórkowej w miesięcznych pakietach kwotowych o wartości 15, 30, 50, 100 i 200 (złoty netto).

W „Arkuszu kalkulacyjnym” stanowiącym załącznik nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przygotował tabelę dotyczącą opłat za połączenia, w której dla każdego z pakietów wyodrębnił trzy rodzaje rozmów: do sieci własnej wykonawcy, do sieci stacjonarnych i do sieci innych operatorów ze wskazaniem przewidywanej ilości minut tych połączeń w okresie trwania umowy. Dla wszystkich tych rozmów PTK Centertel Sp. z o.o. przewidziała cenę jednostkową 1 gr netto, za wyjątkiem pozycji „do sieci własnej wykonawcy” 19.200 minut w pakiecie 200, w której zamiast podania kwoty zawarła wpis „w ramach abonamentu”.

Taki sam wpis („w ramach abonamentu”) znajduje się również w obu pozycjach tabeli 3. „Arkusza kalkulacyjnego”, a także w „Pełnym cenniku usług”.

W swoim przystąpieniu PTK Centertel Sp. z o.o. wyjaśniła, iż informacja ta oznacza, że powyższe usługi zaoferowano za kwotę 0 zł, a w przypadku usług liczonych minutowo – zarówno w ramach minut ujętych w abonamencie, jak i po jego przekroczeniu. Tak wpis ten rozumie również Zamawiający.

Także Izba podziela ten pogląd. Co prawda bardziej poprawnie by było, gdyby PTK Centertel Sp. z o.o. w ofercie wpisała „0 zł (w ramach abonamentu)”, jednak proponowanie poszczególnych usług w ramach opłaty abonamentowej, czy też, jak w niniejszym postępowaniu – pakietu kwotowego, jest wśród operatorów sieci komórkowych częste i oznacza „teoretycznie bezpłatne”, czyli skalkulowane już w cenie abonamentu (pakietu kwotowego).

Również w pozostałych wskazanych kolumnach PTK Centertel Sp. z o.o. dla pełnej jasności mógł wstawić wartość 0 zł. Jednak również znak wykreślenia pozycji jest powszechnie zrozumiały i czytelny i oznacza to samo, co 0. Także podsumowanie poszczególnych wierszy kolumn 6, 7, 8 (poz. „Razem”) tabeli 1. wskazuje, iż w pozycji tej przyjęto wartość 0 zł. W ten sam sposób należy odczytywać tabelę 3. „Arkusza kalkulacyjnego”.

Zatem powyższe, użyte w ofercie określenia i znaki są zrozumiałe i jednoznaczne, również, jak wskazywała PTK Centertel Sp. z o.o. w sposób wynikający z wykładni oświadczeń woli, czyli zgodnie z art. 65 § 1 kodeksu cywilnego – ze względu na ustalone na rynku zwyczaje.

Wpis ten nie koliduje również z punktem III ppkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym wykonawca ma rozliczać wszystkie dostępne usługi w ramach pakietu kwotowego, a po jego przekroczeniu, zgodnie z obowiązującą dla danego pakietu taryfą. Skoro bowiem jasne jest, iż „w ramach abonamentu” oznacza 0 zł, to również po zrealizowaniu usług o wartości przekraczającej 200 zł netto, cena minuty połączenia pozostanie w tej wysokości, a więc będzie bezpłatna. W ten sam sposób będą rozliczane inne wskazane przez Odwołującego opłaty, tj. miesięczna opłata ryczałtowa za rozmowy w sieci VPN oraz za połączenia Wideo Rozmowy (opłata za minutę połączenia głosowego x 2 daje 0 zł (0 zł x 2 = 0 zł) we wskazanym przypadku rozmów do sieci własnej w pakiecie 200 i 2 grosze dla pozostałych rozmów) itd. Tak więc zarzut nieczytelności opłat za połączenia należy uznać za bezzasadny.

Podana stawka, czyli *de facto* 0 zł, nie utrudnia również rozliczania przenoszonych niewykorzystanych części pakietów kwotowych (wymóg punktu III ppkt 13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), gdzie w podobny sposób można dokonywać działań matematycznych.

Tym bardziej, iż Zamawiający, ewentualnie, dla uzyskania jednoznacznego oświadczenia wykonawcy, może skorzystać z przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych instytucji wyjaśnienia treści oferty.

W odniesieniu do zarzutu braku wskazania w ofercie PTK Centertel Sp. z o.o. konkretnych cen poszczególnych aparatów telefonicznych Izba stwierdziła, iż zgodnie z punktem III ppkt 22 specyfikacji w tabeli 2. „Arkusza kalkulacyjnego” w ofercie należało zamieścić ceny proponowanych aparatów telefonicznych spełniających wymagania: grupa I: aparaty telefoniczne w cenie katalogowej od 1 do 499 PLN dla pakietów kwotowych 15 i 30, grupa II: aparaty telefoniczne w cenie katalogowej od 500 do 1200 PLN dla pakietów kwotowych 50, grupa III: aparaty telefoniczne w cenie katalogowej powyżej 1200 PLN dla pakietów kwotowych 100 i 200. Zamawiający nie stawiał dodatkowych wymogów dotyczących telefonów.

Z postanowienia tego wynika zatem, że wykonawcy mieli podać tylko ceny aparatów we wskazanych trzech grupach kwotowych, co PTK Centertel Sp.



z o.o. w ofercie uczyniła, zgodnie ze wzorem tabeli zawartej w załączniku nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Rzeczywiście, w pozostawionej przez Zamawiającego do wypełnienia kolumnie „Cena katalogowa netto” PTK Centertel Sp. z o.o. wskazała cały zakres cenowy (od 1 do 499 zł, od 500 do 1200 zł i powyżej 1200 zł), jednak biorąc pod uwagę, że za wszystkie te aparaty zażądała jednej ceny, rozpisywanie poszczególnych cen na odrębne wiersze nie prowadziłyby do podania żadnych dodatkowych informacji, a przy tym oferta jest czytelna, zatem zastosowany zapis należy uznać za dopuszczalny.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....