

Sygn. akt: KIO 1302/14

**WYROK**  
**z dnia 9 lipca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**                      **Aneta Mlącka**

**Protokolant:**                              **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 lipca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2014 r. przez **Odwołującego** - Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi, ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa

przy udziale **Wykonawcy** – Polkomtel Sp. z o. o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - , Orange Polska S.A., al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zawarcie umów szczegółowych na świadczenie usług telefonii komórkowej.

Odwołujący Orange Polska S.A. wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1A oraz 1B.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polkomtel sp. z o.o., jako oferty sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Odwołującego, niezgodność ta polegała na braku realizacji obowiązku określenia wszystkich cen jednostkowych w formularzu ofertowym, art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polkomtel sp. z o.o., jako sprzecznej z art. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (t.j.: Dz.U. z 2013 r., poz. 385).

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Polkomtel sp. z o.o.

W pkt. 8.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający sformułował następujące wymaganie:

„Wykonawca określi wszystkie ceny jednostkowe netto wskazane w formularzach ofertowych (załącznik nr 2) oddzielnie dla każdej części.”

Dla części 1A oraz 1B w formularzu ofertowym wykonawca Polkomtel sp. z o.o. wpisał liczbę „0” w pozycjach:

- cena jednej minuty połączenia do sieci własnej wykonawcy,
- cena jednej minuty połączenia do sieci komórkowych innych operatorów,
- cena jednej minuty połączenia do sieci stacjonarnych.

W ocenie Odwołującego, wpisanie liczby 0 zł oznacza, że Wykonawca ten zaniechał realizacji obowiązku określenia wszystkich cen jednostkowych netto wskazanych w formularzach ofertowych, jako że wartość 0 zł nie stanowi ceny w rozumieniu ustawy o cenach. Tym samym też oferta cechuje się odmiennością w zakresie wymagań Zamawiającego, w szczególności w zakresie kosztów związanych z realizacją połączeń do sieci własnej operatora, ceny jednej minuty do sieci komórkowych oraz do sieci stacjonarnych.

Odwołujący podkreślił, że powyższe postanowienie SIWZ nie dopuszczało możliwości uwzględniania cen połączeń w cenie abonamentu. W załączniku nr 1 do SIWZ stanowiącego

opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający określił w sposób enumeratywny usługi wchodzące w skład stałej opłaty abonamentowej. W usługach tych nie wymieniono połączeń, o których mowa powyżej, a co więcej, w opisie tabeli wyraźnie stwierdzono, że pozostałe usługi telekomunikacyjne rozliczane będą zgodnie z formularzem ofertowym i cennikiem Wykonawcy. Analogiczne postanowienia zostały zawarte w odniesieniu do części 1B w pkt. 6 na str. 14 Opisu Przedmiotu Zamówienia.

W odniesieniu do części 2 zamówienia, Zamawiający wymagał w ramach abonamentu na pojedynczy terminal sieci korporacyjnej, limitu 2000 minut na połączenia wymienione w pkt.6. Zdaniem Odwołującego w sytuacji, gdy Zamawiający wyraźnie wymagał wliczenia kosztów połączeń w abonament, dawał temu jednoznaczny wyraz w treści SIWZ.

Odwołujący przytoczył art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym przez cenę należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach, a więc „wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym.”

W ocenie Odwołującego, podanie wartości „0” w formularzu ofertowym, gdzie Zamawiający wyraźnie wymagał podania cen jednostkowych, oznacza, że wykonawca naruszył wskazane przepisy ustawy oraz ustawy o cenach. Liczba „0” nie stanowi wartości, która można wyrazić w jednostkach pieniężnych i nie może być traktowana jako cena w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o cenach.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Jest jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w niniejszym postępowaniu, w przypadku potwierdzenia stawianych zarzutów miałby szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o., jako sprzecznej z art. 2 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach.

Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania. Żaden przepis prawa nie zabrania stosowania ceny 0 zł za poszczególne usługi. Należy podkreślić, że zaoferowane ceny 0 złotych dotyczyły poszczególnych opłat, nie zaś za całości oferty. Nie jest to sprzeczne z jakąkolwiek ustawą. Ustawa o cenach, definiując cenę, odwołuje się do wartości, wyrażonej w jednostkach pieniężnych. Ustawa o cenach nie stawia wymogu, aby wartość ta została wyrażona w jednostkach wyższych od zera. Tym samym wartość 0 zł spełnia definicję ceny w rozumieniu tej ustawy.

Określenie ceny realizacji danej usługi w wysokości 0 zł oznacza w istocie niepobranie przez wykonawcę opłaty za realizacji tej usługi. Jednakże brak jest podstaw do uznania, że zakazane jest niepobieranie przez wykonawcę opłaty za poszczególne usługi, zwłaszcza w sytuacji, gdy usługi te nie składają się na całość oferty wykonawcy. Cena całej oferty wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. jest wyższa od zera. Cena za poszczególne usługi dotyczące opłat połączeniowych wyrażona została w złotych polskich, a tym samym nie jest sprzeczna z ustawą o cenach. Co więcej, powszechnie spotykaną praktyką na rynku jest niepobieranie opłat za poszczególne usługi połączeniowe. Z powyższych względów Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Odwołującego Polkomtel sp. z o.o. jako oferty sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. która polegać miała na braku realizacji obowiązku określenia wszystkich cen jednostkowych w formularzu ofertowym.

Zaoferowanie ceny 0 złotych za poszczególne usługi opłat za połączenia telefoniczne nie stanowi także niezgodności z SIWZ. Zamawiający w żadnym postanowieniu SIWZ nie zastrzegł, że nie jest możliwe zaoferowanie ceny 0 zł za poszczególne usługi. Już chociażby z tego względu oferta nie jest niezgodna z SIWZ. Ponadto, w treści przytoczonego postanowienia 8.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że „Wykonawca określi wszystkie ceny jednostkowe netto wskazane w formularzach ofertowych (załącznik nr 2) oddzielnie dla każdej pozycji.” Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. określił ceny dla każdej z pozycji. Zamawiający oczekiwał podania w formularzu cenowym cen za opłatę abonamentową i poszczególne usługi połączeniowe. Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. zastosował się do tego wymagania, określił cenę dla każdej z pozycji, wypełnił formularz ofertowy. Zaś fakt, że

wpisał cenę 0 złotych na poszczególne pozycje dotyczące połączeń, nie oznacza, że jego oferta nie odpowiada treści SIWZ.

Nietrafny jest przy tym argument Odwołującego, że brak w treści SIWZ wymogu wliczenia kosztów połączeń w cenę abonamentu, uniemożliwia zaoferowanie za realizację połączeń ceny 0 zł. Zamawiający faktycznie nie wymagał wliczenia kosztów połączeń w cenę abonamentu, co umożliwiło wykonawcom zaoferowanie tej usługi za dodatkową kwotę. Jednakże nieuprawnione jest twierdzenie, że zapisy SIWZ zakazują wykonawcom realizacji połączeń za 0 zł. Takie twierdzenie nie znajduje żadnego oparcia w zapisach SIWZ.

Zdaniem Odwołującego w sytuacji, gdy Zamawiający wyraźnie wymagał wliczenia kosztów połączeń do abonamentu, dawał temu jednoznaczny wyraz w treści SIWZ. Należy jednak zauważyć, że Zamawiający postanowienie o konieczności wliczenia kosztów połączeń do abonamentu wpisał jako wymaganie dla części 2 zamówienia. Jak wyjaśniono, ta część postępowania dotyczyła połączeń w sieci zamkniętej. Zatem Zamawiający mógł wymagać jedynie podania ceny abonamentowej, ponieważ żadne inne opłaty połączeń telefonicznych w takim wypadku nie wchodziły w grę. Ponadto fakt, że Wykonawcy (w części spornej zamówienia) zobowiązani byli do wpisania w tabeli ceny połączeń telefonicznych, nie wyklucza, że cena ta wynosić będzie 0 zł. Z faktu, że Zamawiający nie wpisał do SIWZ postanowienia (dla części spornej zamówienia), że koszt poszczególnych połączeń telefonicznych powinien zostać wliczony do abonamentu, nie można wywodzić, że niemożliwe było podanie ceny 0 zł. Nie jest to sprzeczne z SIWZ.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 496/10: *„Wskazanie i wpisanie w danej pozycji kwoty „0 zł” jest jej wyceną. „0” jest liczbą występującą w matematyce europejskiej co najmniej od średniowiecza, uznawaną za liczbę rzeczywistą, całkowitą i wymierną. Symbolowi „0” przypisana jest więc konkretna wartość liczbowa. Wskazanie kwoty „0 zł” stanowi więc wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny, czyli podając kwotę „0 zł” wykonawca wskazał jaką wartość dla niego przedstawia. Wskazanie, iż jest to wartość granicznie niska, tzn. poinformowanie, iż dany element jest – mówiąc potocznie – bezwartościowy, jak najbardziej stanowi jego wycenę, a liczba „0” przyporządkowana do jednostek pieniężnych, w których wycena została dokonana, taki wynik wyceny wyraża i obrazuje”.* W ocenie Izby, nie można uznać dokonanej w taki sposób wyceny jako niedopuszczalnej w kontekście postanowień SIWZ, gdyż specyfikacja nie zastrzegła niedopuszczalności takiej wyceny poszczególnych usług.

Z powyższych względów Izba uznała zarzut za bezzasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....