

Sygn. akt: KIO/UZP 1748 /09

WYROK
z dnia 9 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Emil Kuriata

Protokolant: Patrycja Kaczmarek

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 4 lutego 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **POLKOMTEL S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej, 84-200 Wejherowo, ul. Jana III Sobieskiego 277** protestu z dnia 5 listopada 2009 r.

przy udziale **Telekomunikacja Polska S.A., 00-105 Warszawa, u. Twarda 18** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **POLKOMTEL S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **POLKOMTEL S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **POLKOMTEL S.A., 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3.**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „świadczenie usług telefonii publicznej dla Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej w zakresie połączeń lokalnych, strefowych, międzystrefowych, międzynarodowych oraz do sieci komórkowych w rozumieniu ustawy z dnia 16.7.2004 r. Prawo Telekomunikacyjne.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 sierpnia 2009 r. pod nr 2009/S 148-216940.

W dniu 5 listopada 2009 r. Odwołujący się wniósł protest wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego się i wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Odwołujący się stoi na stanowisku, iż złożona przez niego oferta zarówno w zakresie wymogów formalnych, jak i wymogów technicznych, wynikających ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), odpowiada warunkom tam zawartym. Ponadto, Odwołujący się wskazuje, iż w żadnym punkcie SIWZ Zamawiający nie wymagał, aby własność systemu taryfikacyjnego lub jego elementów została przeniesiona na Zamawiającego, czy to w chwili dostarczenia systemu, czy po zakończeniu świadczenia usług będących przedmiotem postępowania. Tym samym system ten przez cały czas stanowi własność wykonawcy, a ze względu na jego funkcjonalność, możliwe jest świadczenie analogicznych usług, opartych o przedmiotowy system taryfikacyjny, dla innych klientów wykonawcy, bez jakiegokolwiek szkody, czy zakłóceń dla Zamawiającego. Wobec powyższego Odwołujący się, zgodnie z treścią pkt 12 załącznika nr 6 do SIWZ, w cenie abonamentu uwzględnił koszt zakupu i uruchomienia serwera wraz z oprogramowaniem taryfikacyjnym. Koszt jaki będzie ponosił Zamawiający z tytułu

użytkowania systemu taryfikacji, jest zawarty w opłacie abonamentowej i wynosi 0,01 PLN netto i jest to pełen koszt, jaki poniesie Zamawiający z tego tytułu. Zdaniem Odwołującego się, nie sposób inaczej rozumieć żądania Zamawiającego, koszt zakupu i uruchomienia serwera musi być odnoszony do kosztu zakupu przez Zamawiającego - inne rozumienie w kontekście zasady gospodarności i pozostania prawa własności systemu przy wykonawcy, nie mogłoby się ostać na gruncie obowiązujących przepisów. Kwestia faktycznych kosztów zakupu systemu taryfikacyjnego, jakie zobowiązany będzie ponieść wykonawca, dla oceny niniejszej sprawy nie powinien być istotny, gdyż system przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia jest własnością wykonawcy, który w celu amortyzacji zakupu może wykorzystywać system do świadczenia usług na rzecz innych podmiotów. Odwołujący się podkreśla, że gdyby jednak przyjąć argumentację Zamawiającego, to należałoby dojść do wniosku, iż wykonawca winien przenieść cały koszt ekonomiczny zakupu systemu taryfikacyjnego na Zamawiającego ze świadomością, iż system ten nigdy nie będzie własnością Zamawiającego.

Idąc dalej tym tokiem rozumowania, Odwołujący się podnosi, iż w wyniku analizy oferty Telekomunikacji Polskiej S.A. (dalej TP) należałoby dojść do wniosku, iż również ta oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, iż „Zamawiający zwrócił się do producenta central telefonicznych będących na wyposażeniu CWTiD MW spółki DGT sp. z o.o. o dokonanie wyceny dotyczącej zakupu dla wszystkich central telefonicznych Marynarki Wojennej systemu taryfikacji wraz z serwerem i odpowiednimi licencjami oprogramowania oraz kosztami wdrożenia systemu z realizacją wsparcia technicznego przez okres 36 miesięcy. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał informację, że koszt realizacji zadania wynosi 248.000.00 PLN brutto.” Analizując ofertę TP należy wskazać, iż w ofercie łączna miesięczna wartość abonamentów wynosi 7.808 PLN brutto, tj. 867,56 PLN brutto za jedno łącze, z tym że zgodnie z Cennikiem dołączonym do oferty TP (strona 8 poz. 4 ppkt 4) w ramach opłaty abonamentowej dla każdego łącza klient otrzymuje pakiet 6.000 minut na połączenia lokalne, strefowe, międzystrefowe wykonane przez sieć TP. Oznacza to, iż w ramach opłaty abonamentowej klient otrzymuje pakiet minut o wartości ok. 300 PLN brutto (6.000 minut x 0,05 PLN brutto z minutą połączenia) dla każdego łącza. Wobec czego łącznie 2.700 PLN brutto w łącznej opłacie abonamentowej miesięcznie przypada na wartość wliczonych w opłatę minut, a pozostała kwota 5.108 PLN brutto winna zawierać wszelkie pozostałe koszty w tym koszt systemu taryfikacyjnego. Po pomnożeniu kwoty 5.108 PLN brutto przez okres w jakim świadczone mają być usługi określone w postępowaniu, tj. 36 miesięcy, otrzymamy wartość 183.888 PLN brutto, tj. kwotę niższą od tej, jaką wskazał Zamawiający jako koszt realizacji zadania przez producenta central, będących na wyposażeniu Zamawiającego, co prowadzi do wniosku, iż również w ramach ceny zaoferowanej przez TP nie został uwzględniony koszt systemu taryfikacyjnego i w konsekwencji taka oferta winna być uznana przez Zamawiającego jako niezgodna z SIWZ.

W związku z powyższym, Odwołujący się żądał unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego się, ponownego przeprowadzenia badania i oceny złożonych ofert oraz w wyniku przeprowadzenia tej oceny, dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z kryteriami oceny ofert, przyjętymi przez Zamawiającego na potrzeby postępowania.

W dniu 12 listopada 2009 r. Zamawiający protest oddalił. W uzasadnieniu Zamawiający podje, iż w pkt 13 SIWZ (Kryterium wyboru oferty), jednoznacznie określił, że w kryterium „łączna miesięczna wartość abonamentów wszystkich central CA (CAB) za linię cyfrową ISDN 30B+D” należy zawrzeć koszt zakupu systemu taryfikacji oraz jego wdrożenia do eksploatacji. Również w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 12 (załącznik nr 6 do SIWZ), Zamawiający zażądał, aby wykonawca ujął w łącznych miesięcznych wartościach abonamentów, koszt zakupu i uruchomienia serwera wraz z oprogramowaniem taryfikacyjnym, zapewniającym odczyt, przetwarzanie i eksport danych taryfikacyjnych przesyłanych ze wszystkich central telefonicznych.

Zamawiający w trakcie badania ofert zwrócił się do producenta central telefonicznych, będących na wyposażeniu Zamawiającego, spółki DGT Sp. z o.o. o dokonanie wyceny, dotyczącej zakupu dla wszystkich central telefonicznych Marynarki Wojennej systemu taryfikacji wraz z serwerem i odpowiednimi licencjami oprogramowania oraz kosztami wdrożenia systemu z realizacją wsparcia technicznego przez okres 36 miesięcy. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał informację, że koszt realizacji zadania wynosi 248.000,00 PLN brutto. Tym samym należy przyjąć, że zaoferowana łączna miesięczna wartość abonamentów wszystkich central CA (CAB) za linię cyfrową ISDN 30B+D wraz z usługami dodanymi w cenie brutto 0,01 PLN nie spełnia warunków określonych w SIWZ. Stąd też wynika, że Wykonawca koszt systemu taryfikacji ujął w innych usługach, które Wykonawca świadczyłby na rzecz Zamawiającego.

Co do zarzutu, iż w żadnym punkcie SIWZ Zamawiający nie wymagał, aby własność systemu taryfikacyjnego lub jego elementów została przeniesiona na Zamawiającego, czy to w chwili dostarczenia systemu, czy po zakończeniu usług, będących przedmiotem postępowania, tym samym system przez ten cały czas stanowi własność wykonawcy, Zamawiający wyjaśnia, że w § 3 ust. 2.6. projektu umowy, stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ (Termin i zasady realizacji) określił, iż „na dzień rozpoczęcia świadczenia usług Wykonawca dostarczy serwer i uruchomi program taryfikacyjny zapewniający odczyt, przetwarzanie i eksport danych taryfikacyjnych przesyłanych do serwera ze wszystkich central telefonicznych Zamawiającego zgodnie z przedstawionym projektem w ofercie.” Jest to zdaniem Zamawiającego stwierdzenie jednoznaczne, że prawa własności przechodzą na Zamawiającego w momencie dostarczenia serwera i uruchomienia programu taryfikacyjnego. Takie rozumienie złożonej przez Odwołującego się oferty stanowi dodatkowy element świadczący o jej niezgodności z oczekiwaniami Zamawiającego, co do przedmiotu zamówienia zawartymi w SIWZ.

Zamawiający zauważa, iż wyliczenie przez Odwołującego się w ofercie TP wartości systemu taryfikacyjnego na kwotę 183.888,00 PLN w łącznych miesięcznych wartościach abonamentów wszystkich central CA (CAB) za linię cyfrową ISDN 30B+D i tak nie jest porównywalne do wartości 0, 01 PLN, zaoferowanej przez Odwołującego się. Ponadto, oferta DGT sp. z o.o., w której wyliczono wartość dostarczenia i uruchomienia systemu taryfikacyjnego na kwotę 248.000,00 PLN była kierowana tylko do Zamawiającego i nie była ofertą w rozumieniu ustawy Pzp, miała jedynie za zadanie przybliżone określenie jego wartości.

Z ostrożności Zamawiający podaje również, że pomimo, iż wartość oferty (wyliczona na podstawie uśrednionego wolumenu ruchu wychodzącego poszczególnych rodzajów połączeń) nie była kryterium wyboru, to oferta Odwołującego się jest wyższa o 251 677,80 PLN brutto od wybranej przez Zamawiającego oferty TP. W 2008 r. w postępowaniu o zamówienie publiczne na „świadczenie usług telefonii publicznej dla Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej w zakresie połączeń lokalnych, strefowych, międzystrefowych, międzynarodowych oraz do sieci komórkowych” Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego się jako najkorzystniejszą i zawarł w dniu 20 stycznia 2009 r. umowę nr 393/F/2008 z terminem jej rozpoczęcia na dzień 1 lutego 2009 r. W dniu 21 maja 2009 r. Zamawiający odstąpił od przedmiotowej umowy, gdyż Wykonawca nie rozpoczął świadczenia usługi, zmuszając tym samym Zamawiającego do powtórzenia obecnie prowadzonego postępowania o zamówienie publiczne.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpienie zgłosiła TP, żądając oddalenia protestu.

Z argumentacją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się, wnosząc odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Odwołujący się podnosi, że Zamawiający w swojej argumentacji zdaje się zakładać, iż „koszt zakupu, uruchomienia serwera wraz z oprogramowaniem taryfikacyjnym zapewniającym odczyt, przetwarzanie i eksport danych taryfikacyjnych przesyłanych ze wszystkich central telefonicznych” odnosi się do kosztu zakupu systemu taryfikacyjnego przez Wykonawcę od jego „producenta”, podczas gdy jedyne, do czego może on się odnosić, to koszt zakupu systemu taryfikacyjnego przez Zamawiającego od Wykonawcy. Gdyby bowiem przyjąć pogląd Zamawiającego, byłby on prawidłowy jedynie w wypadku, gdyby rzeczywiście Wykonawca nabywał system taryfikacyjny od podmiotów trzecich (abstrahując od innych argumentów przeciwko takiemu poglądowi). Może on (Wykonawca) wykonać własnymi siłami taki system. Przede wszystkim jednak pogląd Zamawiającego prowadziłby do wniosku, iż Zamawiający ingeruje w sferę decyzji i swobody Wykonawców co do strategii budowania oferty w zakresie ceny sprzedaży systemu taryfikacyjnego przez Wykonawcę Zamawiającemu, a takiego uprawnienia Zamawiający na gruncie przepisów Pzp nie ma. Koszt nabycia (czy wytworzenia) systemu przez Wykonawcę na potrzeby wykonania umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nie ma i nie może na gruncie przepisów

ustawy Pzp mieć znaczenia dla oceny, czy oferta odpowiada SIWZ czy nie, przy takim brzmieniu SIWZ (bez określenia minimalnej wartości ceny sprzedaży, czego Zamawiający nie dokonał), jakie zostało ustalone przez Zamawiającego (mógłby ewentualnie mieć znaczenie dla oceny wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, Zamawiający jednak ocenił złożone przez Odwołującego się wyjaśnienia jako wystarczające). Konsekwentnie, w związku z informacjami Zamawiającego, iż spółka DGT Sp. z o.o. wyceniła system taryfikacyjny na ok. 248 000 PLN (których to informacji Zamawiający nie przekazał Wykonawcom przed upływem terminu składania ofert), Zamawiający powinien - opracowując SIWZ - założyć, że wartość abonamentu powinna być nie mniejsza niż x PLN (uwzględniając - jak chce Zamawiający - wyliczenia spółki DGT sp. z o.o. oraz - również jak należałoby w związku z tym przyjąć - minimalną cenę za usługi wliczone w abonament, np. CLIR, COLR, CLIP, MCID).

Zamawiający oceniając oferty abstrahuje od postanowień SIWZ mimo, że jest związany sporządzoną przez siebie SIWZ. Umowa sprzedaży musi zawierać cenę (koszt) zbywanego towaru (systemu). Cena ta w ofercie Odwołującego się została określona (w ramach wyłącznej kompetencji Wykonawców do kształtowania treści oferty) w kwocie 0,01 PLN brutto. Wymaganie zawarcia kosztu zakupu (przez Zamawiającego) w łącznej miesięcznej wartości abonamentów jest spełnione, wobec czego pogląd o rzekomej niezgodności oferty Odwołującego się z treścią SIWZ nie może się ostać. Stanowisko to potwierdza złożone przez Odwołującego się w dniu 12 października 2009 r. oświadczenie, którego Zamawiający - pomimo wezwania do złożenia wyjaśnień - nie wziął pod uwagę przy badaniu i ocenie oferty Odwołującego się.

Podnoszone „z ostrożności” okoliczności historyczne mogą świadczyć jedynie o braku pewności Zamawiającego o zasadności i skuteczności argumentacji, dotyczącej merytorycznych aspektów oceny ofert w postępowaniu.

Co do twierdzeń podniesionych w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, że w ramach opłaty abonamentowej dla każdego łącza klient nie otrzymuje pakietu 6.000 minut na połączenia lokalne, strefowe, międzystrefowe wykonane przez sieć TP, Odwołujący się wskazuje, że nie sposób znaleźć takiego wyłączenia w Formularzu Ofertowym, ani w żadnym innym załączniku. Przeciwnie, TP określa w Formularzu Ofertowym nazwę wykorzystywanego planu taryfowego, którego będzie używała w rozliczeniach z Zamawiającym i zgodnie z Cennikiem dołączonym do oferty TP (strona 8 poz. 4 ppkt 4) w ramach opłaty abonamentowej dla każdego łącza klient otrzymuje pakiet 6.000 minut na połączenia lokalne, strefowe, międzystrefowe wykonane przez sieć TP. Ponadto, z Cennika TP wynika, że w ramach abonamentu Zamawiający otrzyma łącznie do 100 numerów DDI dla każdego łącza ISDN (dla 9 łączy jest to 900 DDI), gdy tymczasem Zamawiający oczekuje przeszło 24 000 DDI.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosiła TP.

Krajowa Izba Odwoławcza, opierając się na dokumentacji postępowania oraz stanowiskach stron i uczestnika postępowania, ustaliła, co następuje:

Jak wynika z pkt 1 załącznika nr 6 do SIWZ „przedmiotem postępowania jest świadczenie usług telefonii publicznej dla Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej w zakresie połączeń, lokalnych, strefowych, międzystrefowych, międzynarodowych oraz do sieci komórkowych w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo Telekomunikacyjne (...)”. Zamawiający wskazał również w pkt 10 przedmiotowego załącznika, iż „wykonawca zapewni system taryfikacji, który umożliwi eksportowanie danych taryfikacyjnych z każdej lokalizacji (...)”, jednocześnie Zamawiający przedstawił założenia ogólne do systemu taryfikacji. Dokonując modyfikacji SIWZ (w dniu 2 września 2010 r.), Zamawiający postanowił, iż „wykonawca wliczy w łączną miesięczną wartość abonamentów wszystkich central CA, koszt zakupu i uruchomienia serwera wraz z oprogramowaniem taryfikacyjnym zapewniającym odczyt, przetwarzanie i eksport danych taryfikacyjnych przesyłanych ze wszystkich central telefonicznych” (pkt 12 przedmiotowego załącznika do SIWZ). W ślad za tym, Zamawiający zmienił kryteria wyboru oferty w ten sposób, że wykreślił kryterium, jakim był koszt systemu taryfikacji oraz jego wdrożenia do eksploatacji, ustalając kryterium „łączna miesięczna wartość abonamentów wszystkich central CA (CAB) za linię cyfrową ISDN 30B+D (abonament ma zawierać również usługi dodane: (...)), a ponadto koszt systemu taryfikacji oraz jego wdrożenia do eksploatacji”, przypisując temu kryterium wagę na poziomie 44%. Jednocześnie w projekcie umowy Zamawiający wskazał w § 3 ust. 2.6, iż „na dzień rozpoczęcia świadczenia usług Wykonawca dostarczy serwer i uruchomi program taryfikacyjny zapewniający odczyt, przetwarzanie i eksport danych taryfikacyjnych przesyłanych do serwera ze wszystkich central telefonicznych Zamawiającego zgodnie z przedstawionym projektem w ofercie.”

W ofercie Odwołującego się, w pkt 3 Formularza ofertowego znajduje się stwierdzenie, iż „SIWZ i wszystkie inne otrzymane od Zamawiającego dokumenty i informacje przyjmujemy bez zastrzeżeń i oferujemy gotowość zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ”, a koszt łącznej miesięcznej wartości abonamentów wszystkich central C (CAB) za linię cyfrową ISDN 30B+D, w tym usług dodanych i systemu taryfikacji oraz jego wdrożenia do eksploatacji został skalkulowany na poziomie 0,01 PLN.

W oparciu o wskazaną treść oferty Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego się na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podniósł, iż w wyniku dokonanej modyfikacji SIWZ jednoznacznie określił jakie koszty należy zawrzeć w „łącznej miesięcznej wartości abonamentów.” Ponadto zwrócił uwagę, iż „z wyjaśnień udzielonych przez Wykonawcę wynika, że zakup systemu taryfikacji wraz z serwerem i odpowiednimi licencjami, serwisem oraz koszt opłat interkonektowych obliczonych na podstawie informacji w SIWZ wynoszą ok. 800 000 PLN brutto. (...) Polkomtel S.A. oparł się w

przeważającej mierze na przychodach z telefonicznych połączeń przychodzących i wychodzących realizowanych w przedmiotowym zamówieniu. Z wyjaśnień złożonych przez wykonawcę wynika, że niski poziom cen przede wszystkim jest skutkiem „decyzji biznesowych w zakresie strategii budowania oferty oraz braku dążenia do tego, aby każdy element składowy ceny obarczyć marżą gwarantującą maksymalizację zysku.” W ocenie Zamawiającego nie ma zastosowania taka argumentacja w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ Zamawiający jasno określił kryteria w modyfikacji SIWZ oraz jakie usługi dodatkowe winny być w nich zawarte. Wykonawca na etapie przygotowywania oferty do dnia jej złożenia nie protestował, że kryteria opisane w SIWZ utrudniają uczciwą konkurencję, ponieważ są niezgodne z strategią prowadzenia przez Odwołującego się działalności telekomunikacyjnej.

Zamawiający zwrócił się do producenta central telefonicznych będących na wyposażeniu CWTiD MW spółki DGT sp. z o.o. o dokonanie wyceny dotyczącej zakupu dla wszystkich central telefonicznych Marynarki Wojennej systemu taryfikacji wraz z serwerem i odpowiednimi licencjami oprogramowania oraz kosztami wdrożenia systemu z realizacją wsparcia technicznego przez okres 36 miesięcy. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał informację, że koszt realizacji zadania wynosi 248 000 PLN brutto. Tym samym należy przyjąć, że zaoferowana łączna miesięczna wartość abonamentów wszystkich central Ca(CAB) za linię cyfrową ISDN 30B+D wraz z usługami dodanymi w cenie 0,01 PLN nie spełnia warunków określonych w SIWZ. Stąd też wynika, że Wykonawca koszt systemu taryfikacji ujął w innych usługach, które Wykonawca świadczyłby na rzecz Zamawiającego. W konsekwencji tego, treść złożonej oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

W tym stanie faktycznym, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Hipotezą normy zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp objęte są okoliczności, w których aktualizuje się po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Jedną z przesłanek wymienionych we wskazanym przepisie jest okoliczność, w której treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W orzecznictwie ukształtował się pogląd, iż powyższa regulacja nie odnosi się do wad formalnych oferty, a do merytorycznej treści oferty. We wskazanym zakresie mieści się niezgodność w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

W okolicznościach niniejszej sprawy oznacza to konieczność stwierdzenia przez Zamawiającego, że w przedmiotowej ofercie nie został zaoferowany serwer wraz z oprogramowaniem taryfikacyjnym, obejmującym jego wdrożenie albo koszty dotyczące tego systemu nie zostały skalkulowane w kryterium wskazanym przez Zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż cena miesięcznej wartości abonamentów wszystkich central CA (CAB) za linię cyfrową ISDN 30B+D wraz z usługami dodanymi i systemem taryfikacji ukształtowana na poziomie 0,01 PLN świadczy o tym, iż przedmiotem oferty nie jest rzeczony system taryfikacji. Nie przesądza o powyższym ani fakt, iż DGT sp. z o.o. skalkulowała

przedmiotowy system na kwotę ok. 250 000 PLN, ani też okoliczność, iż z wyjaśnień Odwołującego się wynika, że zakup tego systemu szacuje na kwotę 800 000 PLN. Jednakże wskazane fakty, jak i doświadczenie życiowe oraz zasady logiki wskazują, iż koszty te w istocie nie zostały ujęte w spornym kryterium. Sam fakt ich wymienienia w spornym kryterium nie jest jeszcze wystarczający. Oczywistym jest bowiem, iż intencją Zamawiającego było, co jasno wynika z SIWZ, aby koszty związane z systemem taryfikacji zostały uwzględnione w wartości abonamentów i żeby były to koszty realne. Taki był bowiem cel ustalenia wagi kryterium. Jeśli sam Odwołujący się przyznaje, że koszt zakupu takiego systemu określa na poziomie 800 000 PLN to nie oznacza to nic innego, jak to, że koszty te zostały ujęte w innych usługach stanowiących przedmiot umowy. Rachunek ekonomiczny wskazuje bowiem, iż straty bilansują się w zyskach. Odwołujący się będąc przedsiębiorcą z pewnością nie skalkulował swojej oferty w taki sposób, żeby w wyniku realizacji zamówienia ponieść stratę, ale osiągnąć zysk. Skoro tak, to rzeczywisty koszt poniesiony przez Odwołującego się, a związany z zakupem serwera, licencji na oprogramowanie taryfikacyjne i jego wdrożenie został przesunięty na inne elementy oferty, stanowiące odrębne kryteria oceny. Potwierdzenie powyższego znajduje odzwierciedlenie w treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego się w piśmie z dnia 5 października 2010 r., gdzie Odwołujący się podkreśla, iż „zrozumiałym jest, że Wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne muszą tak kalkulować swoje oferty, aby zdobyć największą ilość punktów i jednocześnie aby bilans na całym 36 miesięcznym kontrakcie był dodatni, wliczając w to wszelkie koszty. Tak też została skalkulowana oferta złożona przez Polkomtel S.A.” Dodatkowo Odwołujący się podaje, że „wynik Polkomtel S.A. realizacji całości przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem generowanego przez Zamawiającego ruchu, na koniec 36 miesiąca świadczenia usługi jest dodatni, mimo iż opłata abonamentowa została skalkulowana na niskim poziomie.” Stwierdzenia te nie pozostawiają wątpliwości, że koszty zakupu systemu taryfikacyjnego nie zostały ujęte w spornym kryterium, a ich rekompensata nastąpi w ramach innych usług. Oznacza to, że Zamawiający tymi kosztami będzie obciążony, ale nie bezpośrednio w formie abonamentu, a w ramach połączeń telefonicznych. Jednakże zabieg ten, w świetle postanowień SIWZ jest niedopuszczalny. Zamawiający bowiem jasno określił, w jaki sposób mają być ujęte koszty realizacji przedmiotu zamówienia i Odwołujący się fakt ten zaakceptował.

W tej sytuacji, zdaniem Izby nie zasługują na ochronę działania Odwołującego się, które mają na celu obejście postanowień SIWZ. W istocie bowiem postępowanie Odwołującego się odwróci, wbrew intencjom Zamawiającego wynikającym z SIWZ, cały porządek ustalonych wag dla poszczególnych kryteriów oceny oferty. Akceptacja zachowania Odwołującego się w istocie doprowadziłaby do sytuacji, w której ustalanie jakichkolwiek podkryteriów oceny ofert w kryterium ceny byłoby pozbawione sensu. Tymczasem nie sposób odmówić Zamawiającemu uprawnienia do określenia kryteriów oceny ofert w taki sposób, który przy uwzględnieniu jego

preferencji znajdujących wyraz w SIWZ, pozwoli mu na wybranie oferty najkorzystniejszej. Uprawnienie takie wprost zostało zawarte w przepisie art. 36 ust. 1 pkt 13 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp i w wyniku pozornych działań wykonawców nie może być Zamawiającemu odejmowane. Nie oznacza to wcale, wbrew twierdzeniom Odwołującego się, konieczności ustalania przez Zamawiającego minimalnej ceny za abonament. Zamawiający nie powinien bowiem wyznaczać granicy po przekroczeniu której można mówić, iż koszt systemu taryfikacji został wliczony w koszt abonamentu. Koszty ponoszone w tym zakresie przez wykonawców mogą być bowiem różne. Jednakże oszacowanie tych kosztów, jak to uczynił Odwołujący się, na poziomie 800 000 PLN, a następnie twierdzenie, że mieszczą się one wraz z wartością abonamentu i kosztem usług dodanych w kwocie 0,01 PLN oznacza, iż zdecydowana część tych kosztów stanowi element kosztotwórczy usług połączeń telefonicznych. Jeśli bowiem, jak chce tego Odwołujący się, nie jest istotny koszt zakupu a koszt sprzedaży Zamawiającemu, to takie stanowisko w warunkach niniejszego zamówienia należy uznać jedynie za celowy zabieg marketingowy pozwalający na uzyskanie maksymalnej liczby punktów w spornym kryterium. Oczywistym jest bowiem, że kosztem zakupu tego systemu będzie obciążony Zamawiający a nie Odwołujący się.

Jeśli zaś koszt systemu taryfikacji jest tak niski, bowiem Odwołujący się uwzględnił jedynie koszt użytkowania tego systemu przez Zamawiającego, to jest to jedynie kolejny argument przemawiający za tym, iż oferta nie odpowiada treści SIWZ. Jak wynika z treści protestu, które to stanowisko zostało podtrzymane na rozprawie, Odwołujący się uwzględnił jedynie koszt użytkowania tego systemu przez Zamawiającego. Zdaniem Izby, takie działanie nie znajduje oparcia w świetle postanowień SIWZ. Zwrócić bowiem należy uwagę, iż w pkt 12 załącznika nr 6 do SIWZ koszt abonamentu odniesiono m.in. do kosztu zakupu serwera i licencji na oprogramowanie a nie do kosztu użytkowania. Dodatkowo w projekcie umowy brak regulacji, które przewidywałyby zwrot wskazanych produktów po zrealizowaniu zamówienia. Powyższe przemawia również za przyjęciem, iż przedmiotem zamówienia są zarówno określone usługi, jak i sprzedaż systemu taryfikacji.

Argumentacja Odwołującego się dotycząca oferty Przystępującego i stanowiąca element uzasadnienia faktycznego podniesionego zarzutu uzasadnia twierdzenie, podobnie jak oferta DGT sp. z o.o. i wyjaśnienia Odwołującego się, iż koszty systemu taryfikacji są wyższe niż ułamek 1 gr. Natomiast ocenie Izby nie podlega, czy koszt ten rzeczywiście został ujęty w cenie abonamentu central, gdyż przedmiotem zarzutu zarówno protestu i odwołania była jedynie czynność odrzucenia oferty Odwołującego się. Odwołujący się nie domagał się odrzucenia oferty Przystępującego. O powyższym świadczy nie tylko wskazanie wprost na przedmiot zarzutu, ale również uzasadnienie prawne odnoszone jedynie do oferty Odwołującego się, ale także żądania, które związane są jedynie z ofertą Odwołującego się. Wskazanie, że przedmiotem protestu jest również czynność wyboru oferty najkorzystniejszej ma jedynie to

znaczenie, że w celu realizacji żądania wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej konieczne jest nie tylko unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego się, ale również unieważnienie czynności wyrobu oferty najkorzystniejszej. Powyższe wyraźnie potwierdza również treść odwołania.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż nie ma podstaw do przyjęcia, iż koszt systemu taryfikacji, który ofertuje Przystępujący, jest wyższy niż 183 000 PLN. Punktem odniesienia, jak wskazuje Odwołujący się, nie może być bowiem oferta DGT sp. z o.o. Nie ma żadnych dowodów na to, że Przystępujący zakupił system u tego przedsiębiorcy, a tym bardziej, za jaką cenę. Natomiast nie ulega wątpliwości, że koszt ten należy uznać za realny, biorąc pod uwagę okoliczności sprawy i brak dowodów przeciwnych, w odróżnieniu od kosztu 0,01 PLN, którego ułamek w żadnym razie nie stanowi odzwierciedlenia realnej ceny za ten produkt.

Zaś, rację należy przyznać Odwołującemu się, iż argumentacja Zamawiającego podniesiona w rozstrzygnięciu protestu z ostrożności nie może być brana pod uwagę w przedmiocie oceny niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Ponadto, wbrew temu na co mogłaby wskazywać treść przedmiotowego rozstrzygnięcia, wskazane okoliczności, jak wynika z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, nie legły u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego się.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a 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 ze zm.).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*