

Sygn. akt: KIO 456/13

**WYROK**

**z dnia 14 marca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 marca 2013 r. przez wykonawcę **PTK Centertel sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Pocztę Polską S.A. w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **Polkomtel sp. z o.o. w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PTK Centertel sp. z o.o. w Warszawie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PTK Centertel sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **PTK Centertel sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Poczty Polskiej S.A. w Warszawie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 – Poczta Polska S.A. w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem są „usługi telefonii komórkowej i usługi bezprzewodowej transmisji danych wraz z dostawą urządzeń i akcesoriów do ich świadczenia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 listopada 2012 r., 2012/S 215-355053.

W dniu 19 lutego 2013 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty wykonawcy PTK Centertel sp. z o.o. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego odwołujący wniósł w dniu 1 marca 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, która jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, t. j.:
  - a) zaoferowany w grupie C telefon Nokia C2-02, nie spełnia wymogów odnośnie ceny w cenniku operatora oraz ceny sugerowanej, a także wielkości pamięci wewnętrznej,
  - b) zaoferowany w grupie A telefon Nokia Lumia 620, nie spełnia wymogów odnośnie ceny w cenniku operatora oraz ceny sugerowanej,
  - c) zaoferowane w grupie B telefony HTC Windows Phone 8S, LG Swift L5, Sony Xperia Tipo, Samsung S6500 Galaxy mini 2, nie spełniają wymagań odnośnie do wymaganej pamięci wewnętrznej, przy braku zaoferowania dodatkowych kart pamięci micro SD.
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie stawi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty złożonej przez przystępującego,
- 3) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutu 1a odwołujący argumentował, że zaoferowany przez przystępującego telefon Nokia C2-02 w cenniku tego wykonawcy został wyceniony na 549 zł brutto. Jednocześnie Nokia na swojej stronie internetowej, opisując telefon C2-02 podała cenę sugerowaną 349 zł. Zestawienie ceny z cennika (549 zł) oraz ceny sugerowanej (349 zł), prowadzi do wniosku, że cena z cennika przystępującego jest wyższa o ponad 40% od ceny sugerowanej przez producenta. W związku z tym zamawiający, w myśl ustanowionej w SIWZ reguły korygowania ceny telefonu, powinien przyjąć do oceny cenę niższą, czyli cenę sugerowaną 349 zł. W tej sytuacji zaś telefon Nokia C2-02 nie spełnia wymagania dotyczącego przedziału cenowego, w jakich powinny mieścić się telefony w grupie C (350-749 zł brutto), z tego względu, że przyjęta do oceny zgodnie z SIWZ cena sugerowana telefonu plasuje się poniżej granicy 350 zł brutto.

Odwołujący podniósł ponadto, że telefon Nokia C2-02 nie spełnia również wymogów odnośnie wielkości pamięci wewnętrznej. Powinien mieć pamięć wewnętrzną 30MB, podczas gdy posiada wbudowane jedynie 10 MB pamięci wewnętrznej.

W uzasadnieniu zarzutu 1b odwołujący argumentował, że zaoferowany przez przystępującego w grupie A telefon Nokia Lumia 620 w momencie składania ofert nie został ujęty w cenniku operatora. Do chwili wniesienia odwołania nie została także wskazana cena sugerowana producenta telefonu. Oznacza to, że przystępujący zaoferował telefon, którego weryfikacja pod względem przynależności do wskazanej w ofercie grupy cenowej nie była możliwa wg stanu na dzień składania ofert. Zaoferowanie telefonu, który nie mieści się w żadnej kategorii cenowej przyjętej przez zamawiającego powoduje, że oferta w tym zakresie jest sprzeczna z siwz. Przystępujący zaś świadomie zaoferował telefon, który z przyczyn obiektywnych nie mógł ulec weryfikacji, co do przynależności do określonej grupy cenowej, a w rzeczywistości którego przyszła cena, znacząco odbiega od wymagań zamawiającego. Wskazał, że już po upływie terminu składania ofert, od dnia 18 lutego 2013 r., telefon ten znalazł się w cenniku przystępującego i kosztuje 1.459 zł brutto.

Co do zarzutu 1c odwołujący wywiódł, że zaoferowane przez przystępującego w grupie B telefony HTC Windows Phone 8S, LG Swift L5, Sony Xperia Tipo, Samsung S6500 Galaxy mini 2 nie spełniają wymogu opisanego jako: karta pamięci Micro SD (minimum) 4 GB, lub pamięć wbudowana (minimum) 8 GB. Telefony te posiadają pamięć wbudowaną poniżej 8 GB, a zatem winny być zaoferowane wraz z kartą pamięci micro SD. Jednakże przystępujący nie podał, że oferuje karty micro SD, w odniesieniu do telefonów grupy B. Natomiast w przypadku innych urządzeń przystępujący zaoferował dodatkowe karty pamięci, zamieszczając stosowaną adnotację w kolumnie „uwagi”.

W dalszej części odwołania odwołujący, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp podniósł, iż zaoferowanie telefonów, w odniesieniu do których istnieją znaczne trudności w przyporządkowaniu do określonych grup cenowych w cenniku operatora lub cen sugerowanych, stanowi przejaw świadomego działania wykonawcy, które ma celu zaoferowanie telefonów tańszych niż wymaga tego zamawiający, narusza dobre obyczaje oraz jednocześnie narusza interes klienta (zamawiającego) oraz innego przedsiębiorcy (odwołującego), a tym samym wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji stypizowanego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca Polkomtel sp. z o.o. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, modyfikacje treści SIWZ, odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 19 listopada 2012 r., poz. 1271), co nastąpiło 20 lutego 2013 r., do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W świetle kryteriów oceny ofert oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą wybraną. Zarzucał on zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał ww. czynności, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu jej wykonania, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

**1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaferowania w grupie C telefonu Nokia C2-02, który nie spełnia wymogów odnośnie ceny w cenniku operatora oraz ceny sugerowanej, a także wielkości pamięci wewnętrznej.**

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówieniem objęta jest m.in. dostawa telefonów komórkowych. Telefony te podzielono na trzy grupy (A, B i C). Kryterium przydziału do poszczególnych grup telefonów stanowiły m.in. ich ceny ustalane w oparciu o cenniki wykonawców. Sprecyzowano, że chodzi o cenniki wykonawców dla usług dla klienta biznesowego przy umowie na 24 miesiące według stawek dla najwyższego planu taryfowego. Ponadto sprecyzowano, że „w przypadku braku posiadania przez wykonawcę cennika, Zamawiający przyjmie ceny urządzeń sugerowane przez producenta dla rynku polskiego. W przypadku, gdy wystąpią znaczne rozbieżności między cenami (40% powyżej ceny sugerowanej przez producenta) zawartymi w cenniku, a cenami sugerowanymi przez producenta sprzętu, Zamawiający przyjmie do porównania niższą z cen.” (pkt 2 załącznika nr

1 do umowy). W przypadku telefonów grupy C miały mieścić się one w przedziale 350-749 zł brutto (pkt 6.3 załącznika nr 1 do umowy z uwzględnieniem modyfikacji z 4.1.2013 r.).

Przystępujący w grupie C zaoferował m.in. telefon Nokia C2-02 (oferta przystępującego, wykaz oferowanych modeli). Telefon w cenniku przystępującego dla usług dla klienta biznesowego przy umowie na 24 miesiące według stawek dla najwyższego planu taryfowego, obowiązującego na dzień upływu terminu składania ofert kosztował 549 zł brutto (okoliczność niesporna). Ustalono również, że wbrew twierdzeniom odwołującego firma Nokia nie ustala cen sugerowanych / rekomendowanych dla telefonów, których jest producentem. Ceny urządzeń wskazywane na stronie internetowej [www.nokia.com/pl-pl](http://www.nokia.com/pl-pl) nie są cenami tego producenta, a w szczególności jego cenami sugerowanymi dla terenu Polski, a jedynie cenami detalicznymi za jakie dany produkt może zostać zakupiony od różnych dostawców, za pośrednictwem sklepu online.

Izba ustaliła powyższy fakt na podstawie pisemnych oświadczeń Nokia Sales International Oy S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie z 18 lutego 2013 r. (złożone przez przystępującego i zamawiającego w trakcie rozprawy). Izba wzięła pod uwagę, że oświadczenia podpisał Pan R..... S..... tj. osoba, która w świetle zasad reprezentacji wynikających ze złożonej informacji z KRS jest osobą uprawnioną do składania oświadczeń woli w imieniu oddziału przedsiębiorcy zagranicznego, który jest producentem telefonu. Powyższe znalazło potwierdzenie również w treści informacji znajdujących się w dniu 12.03.2013 r. na samej witrynie [www.nokia.com.pl-pl/produkty/telefony/c2-02/kupteraz/?ct=S](http://www.nokia.com.pl-pl/produkty/telefony/c2-02/kupteraz/?ct=S) (załącznik do akt notarialnego nr 1915/2013 z 12.03.2013, złożonego przez przystępującego w trakcie rozprawy), z których wynikało, że w witrynie internetowej formy Nokia dostępne są wybrane oferty telefonów (...) proponowane przez sprzedawców i/lub operatorów sieci, jednakże firma Nokia nie sprzedaje za pomocą tej witryny internetowej żadnych produktów ani ofert usług. Informacje te są pozyskiwane przez firmę Nokia z witryn internetowych danych sprzedawców i/lub operatorów sieci (...).

Jednocześnie Izba uznała za niewiarygodne w tym zakresie pisemne oświadczenie z 5.2.2013 r. pochodzące od Pana P..... S..... – zatrudnionego na stanowisku Account Manager w ww. oddziale przedsiębiorcy zagranicznego (załącznik do odwołania). Z oświadczenia tego wynikało, iż cena 349 zł umieszczona na stronie internetowej [www.nokia.com/pl-pl](http://www.nokia.com/pl-pl) jest ceną sugerowaną. Izba uznała to oświadczenie za niewiarygodne. Po pierwsze, pochodziło od osoby, która nie była uprawnioną do składania oświadczeń woli w imieniu Nokia Sales International Oy S.A. Oddział w Polsce. Po drugie, jak wynika z oświadczeń z 18 lutego 2013 r. pochodzących od R ..... S ..... – a więc przełożonego P..... S....., oświadczenie tej ostatniej osoby było nieprecyzyjne i wynikało prawdopodobnie ze sformułowania pytania, do którego informacja się odnosiła.

Po trzecie pozostawało w sprzeczności z danymi znajdującymi się na samej stronie internetowej, omówionymi wyżej.

Oceniając powyższe okoliczności faktyczne Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał aby cena 349 zł brutto zamieszczona na stronie internetowej [www.nokia.com/pl-pl](http://www.nokia.com/pl-pl), której wydruk załączono do odwołania, była ceną „sugerowaną przez producenta dla rynku polskiego”. Ceny takie bowiem nie są ustalane ani podawane przez firmę Nokia. Informacje znajdujące się na stronie internetowej tej firmy wskazują jedynie na ceny detaliczne jednego z partnerów biznesowych firmy Nokia. W tej sytuacji zamawiający w przypadku telefonów firmy Nokia mógł dokonać oceny przynależności telefonu Nokia C2-02 do poszczególnych kategorii cenowych wyłącznie w oparciu o ceny cennikowe przystępującego. W świetle przywołanego wyżej brzmienia pkt 2 załącznika nr 1 do umowy, jedynie w przypadku rozbieżności pomiędzy cenami cennikowymi wykonawcy a „cenami sugerowanymi przez producenta sprzętu”, zamawiający uprawniony był do przyjęcia do porównania niższej z cen. Przywołane postanowienie nie przewidywało natomiast możliwości weryfikacji cen telefonów w oparciu o inne ceny aniżeli wskazane w SIWZ, w szczególności w oparciu o średnie ceny rynkowe, czy ceny detaliczne innych podmiotów aniżeli producent.

W tej sytuacji przynależność telefonu Nokia C2-02 do poszczególnych kategorii cenowych mogła się odbyć wyłącznie w oparciu o cennik przystępującego. Nie było zaś sporne, że zgodnie z tym cennikiem telefon ten kosztował 549 zł brutto. Mieścił się zatem w wymaganym przez zamawiającego dla telefonów grupy C zakresie cen, tj. od 350 zł do 749 zł brutto. Powyższe musiało skutkować uznaniem zarzutu za niezasadny.

Co do zarzutu dotyczącego wielkości pamięci wewnętrznej tego telefonu Izba ustaliła, że w myśl pkt 6.3 „Minimalnych wymagań dotyczących parametrów technicznych urządzeń: terminali dedykowanych usłudze BlackBerry lub równoważnej, tabletów, telefonów komórkowych oraz akcesoriów” załącznika nr 1 do umowy, telefony grupy C powinny mieć pamięć wewnętrzną o pojemności 30MB. Przystępujący w tej grupie zaoferował m.in. telefon Nokia C2-02, zaś odwołujący wywodził, że telefon ten posiada zaledwie 10 MB pamięci wewnętrznej.

Izba ustaliła, że wbrew twierdzeniem odwołującego telefon Nokia C2-02 posiada pamięć wewnętrzną o pojemności 96 MB, a nie 10 MB, a więc przekracza wymagane przez zamawiającego minimum 30 MB. Izba ustaliła powyższe na podstawie pisemnego oświadczenia Nokia Sales International Oy S.A. Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie z 8 marca 2013 r., które zawierało najbardziej pełne i szczegółowe informacje odnośnie pamięci wewnętrznej ww. telefonu (złożone w trakcie rozprawy). Składający oświadczenie w imieniu oddziału przedsiębiorcy zagranicznego i jednocześnie producenta telefonu R..... S..... oświadczył, że pojemność pamięci wewnętrznej telefonu odnosi się zarówno do

pamięci operacyjnej RAM, ROM jak i pamięci masowej urządzenia. Nokia C2-02 posiada 96 MB pamięci wewnętrznej, z czego 10 MB pamięci jest dostępnej dla użytkownika. Pozostała pamięć jest wykorzystywana na działanie systemu operacyjnego telefonu.

Izba oceniając wiarygodność oświadczenia wzięła pod uwagę, że oświadczenie podpisał Pan R..... S..... tj. osoba, która w świetle zasad reprezentacji wynikających ze złożonej informacji z KRS, jest osobą uprawnioną do składania oświadczeń woli w imieniu oddziału przedsiębiorcy zagranicznego, który jest producentem telefonu. Zatem posiada najpełniejsze informacje na temat swojego produktu. Powyższe pozostawało w zgodności z wydrukiem ze strony internetowej producenta telefonu [www.developer.nokia.com/Devices/Device specifications/C2-02](http://www.developer.nokia.com/Devices/Device_specifications/C2-02) z 6.3.2013 r., złożonym przez zamawiającego w trakcie rozprawy. Z dokumentu tego wynikało, iż telefon C2-02 posiada 10 MB pamięci użytkownika, 32 MB pamięci RAM i 64 MB pamięci ROM.

Ustaleń Izby nie zmieniły załączone przez odwołującego do odwołania wydruki ze stron internetowych portali tematycznych Telepolis, MGSM oraz GSM Magazyn dot. telefonu Nokia C2-02, z których wynikało, że telefon ten posiada odpowiednio: pamięć wbudowaną 10 MB, pamięć wbudowaną 10 MB, pamięć wewnętrzną (wbudowaną) 10 MB. Izba stwierdziła, że portale tematyczne mogą niekiedy zawierać informacje uproszczone, poglądowe, odnoszące się wyłącznie do pamięci wewnętrznej dostępnej samemu użytkownikowi i nie stanowiące wiarygodnego dowodu, że telefon ten posiada całkowitą pamięć wewnętrzną zaledwie na poziomie 10 MB, wbrew stanowisku jego producenta.

Oceniając powyższe okoliczności faktyczne Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, aby telefon Nokia C2-02 posiadał pamięć wewnętrzną o pojemności zaledwie 10 MB. Natomiast strona przeciwna przedstawiła wiarygodne przeciwdowody, że telefon ten posiada pamięć wewnętrzną o pojemności 96 MB (pamięć ROM 64 MB + pamięć operacyjna RAM 32 MB, w tym pamięć dostępna użytkownikowi – 10 MB). Z pewnością pamięci RAM i ROM muszą być zaliczone do pamięci wewnętrznej, gdyż nie są pamięcią zewnętrzną, są to bowiem pamięci wbudowane w sam telefon. Skoro pamięci dzieli się dychotomicznie na wewnętrzne i zewnętrzne to nie ulega również wątpliwości, że wbudowane w telefon pamięci RAM i ROM nie są pamięcią zewnętrzną, do której można zaliczyć co najwyżej karty pamięci. Natomiast zamawiający nie wymagał, aby pamięć wewnętrzną o pojemności 30 MB była pamięcią wewnętrzną dostępną użytkownika. Powyższe musiało skutkować uznaniem zarzutu za niezasadny, gdyż telefon zaoferowany przez odwołującego odpowiadał wymaganiom wynikającym z pkt 6.3. załącznika nr 1 do umowy.

## **2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia**

**oferty przystępującego z powodu zaoferowania w grupie A telefonu Nokia Lumia 620, który nie spełnia wymogów odnośnie ceny w cenniku operatora oraz ceny sugerowanej**

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówieniem objęta jest m.in. dostawa telefonów komórkowych. Telefony te podzielono na trzy grupy (A, B i C). Kryterium przydziału do poszczególnych grup telefonów stanowiły m.in. ich ceny ustalane w oparciu o cenniki wykonawców. Sprecyzowano, że chodzi o cenniki wykonawców dla usług dla klienta biznesowego przy umowie na 24 miesiące według stawek dla najwyższego planu taryfowego. Ponadto sprecyzowano, że „w przypadku braku posiadania przez wykonawcę cennika, Zamawiający przyjmie ceny urządzeń sugerowane przez producenta dla rynku polskiego. W przypadku, gdy wystąpią znaczne rozbieżności między cenami (40% powyżej ceny sugerowanej przez producenta) zawartymi w cenniku, a cenami sugerowanymi przez producenta sprzętu, Zamawiający przyjmie do porównania niższą z cen.” (pkt 2 załącznika nr 1 do umowy). W przypadku telefonów grupy A miały mieścić się one w przedziale 1600-3700 zł brutto (pkt 6.1 załącznika nr 1 do umowy z uwzględnieniem modyfikacji z 4.1.2013 r.).

Przystępujący w grupie telefonów komórkowych A zaoferował m.in. telefon Nokia Lumia 620. Telefon ten, na dzień upływu terminu składania ofert tj. 24 stycznia 2013 r., nie znajdował się w cenniku przystępującego. Nie złożono bowiem Izbie takiego cennika. Znalazł się w cenniku tego wykonawcy dopiero dnia 18 lutego 2013 r. z ceną 1459 zł brutto (okoliczność niesporna). Jednakże z tego, że w cenniku przystępującego z 18 lutego 2013 r. telefon ten wyceniano na 1459 zł, nie można wyciągać wniosku, że również na dzień 24 stycznia 2013 r. telefon ten tyle kosztował. Nie było kwestionowanym przez odwołującego stanowisko przystępującego, że ceny telefonów na rynku telekomunikacyjnym nieustannie ewoluują, zaś rynek ten jest niezwykle dynamiczny. Ponadto fakt znacznej zmienności cen został przez przystępującego wykazany poprzez złożenie cenników odwołującego (wydruki ze stron internetowych z 12.03.2013 r., załącznik do aktu notarialnego nr 1915/2013 z tej samej daty, złożony przez przystępującego w trakcie posiedzenia). Ponadto, jak wynika z ustaleń Izby poczynionych co do zarzutu 1, producent tego telefonu – firma Nokia nie ustala cen sugerowanych / rekomendowanych dla telefonów, których jest producentem. Powyższych ustaleń nie zmienia zaoferowany przez odwołującego dowód w postaci oświadczenia Pana P..... S..... z 5 lutego 2013 r., zgodnie z którym nie jest on w stanie – na moment złożenia oświadczenia podać dokładnie ceny detalicznej telefonu Nokia Lumia 620. Nic nie wnoszą do ustaleń Izby wydruki z popularnych stron tematycznych, z artykułami dot. wejścia na rynek Nokia Lumia 620 (załącznik do odwołania). Stanowiły one

jedynie dowód spekulacji i przypuszczeń na temat terminu wejścia na rynek i spodziewanej ceny telefonu Nokia Lumia 620.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku odwołującego powyższe okoliczności faktyczne nie świadczyły o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ. Wręcz przeciwnie, SIWZ w pkt 2 załącznika do umowy, wprost przewidywała sytuację braku telefonu w cenniku wykonawcy. W przypadku braku posiadania przez wykonawcę cennika w którym ujęto oferowany telefon, zamawiający miał przyjąć ceny urządzeń sugerowane przez producenta urządzeń dla rynku polskiego. Zamawiający nie przewidział natomiast sytuacji, w której telefon nie znajdzie się w zarówno w cenniku wykonawcy, jak również nie będzie można ustalić ceny sugerowanej przez producenta. Wbrew stanowisku odwołującego taka sytuacja nie obligowała zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy. Zamawiający, po pierwsze nie zabronił bowiem w żadnym postanowieniu SIWZ zaoferowania telefonów, które nie znajdują się w obu cennikach. Po drugie zaś, zamawiający nie wymagał od wykonawców udokumentowania żadnym dokumentem ceny sugerowanej producenta telefonu. W ocenie Izby, jedyną konsekwencją ustalonego stanu faktycznego był brak możliwości zweryfikowania przez zamawiającego przynależności oferowanego telefonu do odpowiedniej grupy cenowej w oparciu o mechanizm z pkt 2 załącznika nr 1 do umowy. Powyższe oznaczało konieczność oparcia się przy ocenie przynależności telefonu do określonej grupy cenowej wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy, który jak wskazano w piśmie procesowym, na dzień 24 stycznia 2013 r. szacował cenę telefonu na 1619 zł i z taką świadomością go zaoferował. Powyższe nie oznacza natomiast niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nie wskazano bowiem Izbie postanowień SIWZ, z którymi oferta przystępującego byłaby niezgodna. W szczególności postanowieniem takim nie jest pkt 6.1 załącznika nr 1 do umowy.

**3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, która jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, t. j. zaoferowane w grupie B telefony HTC Windows Phone 8S, LG Swift L5, Sony Xperia Tipo, Samsung S6500 Galaxy mini 2, nie spełniają wymagań odnośnie do wymaganej pamięci wewnętrznej, przy braku zaoferowania dodatkowych kart pamięci micro SD.**

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówieniem objęta jest m.in. dostawa telefonów komórkowych. Telefony te podzielono na trzy grupy (A, B i C). Z treści załącznika nr 1 do umowy z pkt 6.2 , wiersza 13 tabeli, po modyfikacji z dnia 17 stycznia 2013 r., wynikała

konieczność spełnienia przez telefony grupy B oferowane przez wykonawcę parametru: „karta pamięci Micro SD (minimum) 4 GB lub pamięć wbudowana (minimum) 8 GB.". Ustalono również, że przystępujący w swojej ofercie w „Wykazie oferowanych modeli”, w grupie telefonów komórkowych B zaoferował telefony: HTC Windows Phone 8S, Nokia Lumia 610, LG Swift L5, Sony Xperia Tipo, Samsung S6500 Galaxy mini 2. Z zaproponowanych w tej grupie aparatów tylko telefon Nokia Lumia 610 posiada wbudowaną pamięć wewnętrzną 8GB. Natomiast pozostałe aparaty posiadają pamięć wbudowaną o wielkości 4GB lub mniejszej (okoliczność niesporna).

Ustalono również, że przystępujący zaoferował karty pamięci o pojemności 4 GB do telefonów HTC Windows Phone 8S, LG Swift L5, Sony Xperia Tipo, Samsung S6500 Galaxy mini 2. Wbrew stanowisku odwołującego z faktu niepodania przez przystępującego w kolumnie „uwagi” w „Wykazie oferowanych telefonów”, że oferuje on wraz z telefonami karty micro SD, w odniesieniu do ww. telefonów grupy B nie można było wyprowadzić faktu, że karty te nie zostały zaoferowane. Dostrzeżenia wymagało, że w przygotowanym przez zamawiającego wzorze wykazu oferowanych modeli telefonów wymagano podania jako minimalnych następujących danych: producent, typ urządzenia, a także system operacyjny. Kolumna, w której zdaniem odwołującego przystępujący winien wymienić karty micro sd nosiła nazwę „uwagi”, a nie „wszelkie dodatkowe wyposażenie oferowane wraz z telefonem”. Zamawiający nie opisał natomiast w SIWZ w innym miejscu jakie informacje podlegają ujawnieniu w kolumnie „uwagi”. Nie znajdowało zatem oparcia w SIWZ domaganie się wskazania w polu „uwagi” wszelkich dodatkowych elementów oferowanych wraz z urządzeniem, takich jak ładowarki, baterie, etui czy karty micro SD. W tej sytuacji dopuszczalnym było zatem zinterpretowanie wzoru wykazu w ten sposób w jak uczynił to przystępujący, a mianowicie, że w kolumnie „uwagi” można było podać informacje doniesłe z punktu widzenia wykonawcy, zaś akurat tej informacji wykonawca nie uznał za istotną. Na marginesie dostrzeżenia wymagało, że informacji tej nie uznawał również za kluczową sam odwołujący, który w przygotowanym przez siebie wzorze wykazu telefonów również nie wymienił wymaganych kart micro SD przy telefonach grupy B Sony Xperia tipo, LG Swift L5, Samsung S6500 Galaxy mini 2. Oznacza to, że odczytał postanowienia SIWZ analogicznie jak przystępujący. Wreszcie podnieść należy, że przystępujący złożył w ofercie oświadczenie, iż „przedmiot zamówienia oraz sposób jego realizacji będzie spełniał wymagania zamawiającego określone w SIWZ” jak również, iż „dostarczony sprzęt i akcesoria będą mieć parametry nie niższe niż parametry wymagane przez zamawiającego zgodnie z załącznikami 1-5 do umowy” (pkt 3-4 formularza ofertowego).

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że nie było sporne między

stronami, iż zaoferowane przez przystępującego w grupie B telefony HTC Windows Phone 8S, LG Swift L5, Sony Xperia Tipo, Samsung S6500 Galaxy mini 2 nie posiadały wbudowanej pamięci o pojemności min. 8 GB. W tej sytuacji musiały spełniać alternatywnie podany wymóg, tj. musiały być zaoferowane z kartami pamięci micro SD o pojemności 4 GB. Jak wskazano wyżej, odwołujący nie wykazał, że przystępujący nie zaoferował ww. telefonów wraz z kartami micro SD o pojemności 4 GB. Zaś to na nim, w świetle art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywał obowiązek wykazania spornej okoliczności. W braku dowodu przeciwnego, treść oferty przystępującego musiała zostać uznana za zgodną z treścią SIWZ.

#### **4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji**

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

W zakresie tego zarzutu pozostają aktualne ustalenia poczynione przez Izbę w pkt 2 i pkt 1 wyroku, zgodnie z którymi zaoferowany przez przystępującego w grupie A telefon Nokia Lumia 620, na dzień upływu terminu składania ofert tj. 24 stycznia 2013 r., nie znajdował się w cenniku przystępującego. Ponadto producent tego telefonu – firma Nokia nie ustala cen sugerowanych / rekomendowanych dla telefonów, których jest producentem.

Odwołujący konieczności odrzucenia oferty przystępującego upatrywał w tym, że przystępujący zaoferował telefon Nokia Lumia 620, co do którego istnieją znaczne trudności w przyporządkowaniu do określonych grup cenowych w cenniku operatora lub cen sugerowanych. Powyższe miało stanowić przejaw świadomego działania wykonawcy, w celu zaoferowania telefonów tańszych niż wymagał tego zamawiający. Powyższe naruszać miało dobre obyczaje oraz jednocześnie naruszać interes klienta (zamawiającego) oraz innego przedsiębiorcy (odwołującego).

W ocenie Izby, przywołane przez odwołującego okoliczności faktyczne nie świadczyły o wypełnieniu znamion określonych w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze, możliwość zaoferowania telefonu, który nie figuruje w cenniku wykonawcy przewidział w SIWZ sam zamawiający (por. pkt 2 załącznika nr 1 do umowy). Dostrzeżenia ponadto wymagało, że zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku udokumentowania cen sugerowanych, jakie stosuje producent. Natomiast nieustalenie przez producenta telefonów Nokia cen sugerowanych jego produktów jest okolicznością niezależną od wykonawcy. W tej sytuacji skutkiem nieodnalezienia przez

zamawiającego ceny sugerowanej producenta danego telefonu była jedynie niemożność dokonania przez zamawiającego weryfikacji ceny w oparciu o mechanizm wynikający z pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ. W tym zakresie aktualne pozostają rozważania Izby poczynione w pkt 2 wyroku. Ponadto oferowanie telefonu, który dopiero wchodzi na rynek, a więc co do zasady telefonu będącego nowością na rynku, czyli telefonu nowocześniejszego, nie może zostać uznane za naruszające dobre obyczaje kupieckie, jest przejawem uczciwej konkurencji polegającej na konkutowaniu jakością i nie godzi w interes zamawiającego ani odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

**Przewodniczący:** .....