Sygn. akt: KIO 1123/17

WYROK
z dnia 28 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **P. sp. z o.o. w W.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego z siedzibą w T.**

przy udziale wykonawcy **O. P. S.A. w W.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy O. P. S.A. w W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z powodu cofnięcia odwołania w tej części,**
2. **umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zaniechania czynności wezwania wykonawcy O. P. S.A. w W. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu uwzględnienia zarzutów odwołania w tej części,**
3. **uwzględnia odwołanie w pozostałej części i nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy O. P. S.A. w W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,**
4. kosztami postępowania obciąża **Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego z siedzibą w T.** i:
   4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. sp. z o.o. w W.** tytułem wpisu od odwołania,

---

   4.2. zasądza od **Województwa Kujawsko-Pomorskiego, Urzędu Marszałkowskiego Województwa Kujawsko-Pomorskiego z siedzibą w T.** na rzecz wykonawcy **P. sp. z o.o. w W.** kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Toruniu.**

Przewodniczący: ……..…

Sygn. akt: KIO 1123/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Kujawsko-Pomorskie, Urząd Marszałkowski Województwa Kujawsko-Pomorskiego z siedzibą w T. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usług

telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej, telefonii mobilnej oraz mobilnego dostępu do internetu".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 lutego 2017 r., nr 2017/S 036-065273.

26 maja 2017 r. zamawiający przesłał wykonawcy P. sp. z o.o. w W., zwanemu dalej „odwołującym", zawiadomienie o wyborze, w zakresie części A, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę O. P. S.A. w W., zwanego dalej „przystępującym".

Wobec:

a) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w zakresie części A zamówienia,
b) zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty przystępującego w zakresie części A,
c) zaniechania przez zamawiającego czynności zwrócenia się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oraz ich istotnych części składowych

odwołujący wniósł 2 czerwca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oraz ich istotnych części składowych,
4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności obejmującej wybór oferty najkorzystniejszej;
2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

---

3) wykonania czynności odrzucenia oferty przystępującego,
4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi telekomunikacyjne. W dokumentacji przetargowej zamawiający przewidział w ramach pakietu A (telefonia komórkowa) kryterium oceny ofert „łączna cena oferty", który dzielił się na sześć odrębnie punktowanych kryteriów cenowych odnoszących się do ceny za cztery abonamenty telefoniczne oraz abonamenty za Internet bezprzewodowy i stały adres IP. Każda z tych samodzielnych cen miała przypisaną wagę. Odwołujący argumentował, że wykonawcy w złożonych ofertach zaproponowali następujące ceny:

	O.	T-M.	P.
Pa – „Klasa A" – dopłata do abonamentu podstawowego	342,56	97,17 zł	184,50 zł
Pb – „Klasa B" – dopłata do abonamentu podstawowego	231,86 zł	72,57 zł	98,40 zł
Pc – „Klasa C" – dopłata do abonamentu podstawowego	0,01 zł	12,30 zł	49,20 zł
Pd – „Klasa D" – cena za abonament podstawowy	0,01 zł	321,03 zł	36,90 zł
Pm – cena za internet bezprzewodowy z modemem	11,07 zł	94,71 zł	12,30 zł
Pip – cena za stały adres IP (dla jednej karty sim)	3,69 zł	18,45 zł	1,23 zł

Odwołujący podniósł, że w przypadku oferty przystępującego mamy do czynienia z czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie zaoferowanych cen dla abonamentów klasy C i D. Mamy bowiem do czynienia ze sztucznym zawyżaniem punktacji w ofercie wykonawcy, w oderwaniu od realiów wykonywanego zamówienia. O wyborze oferty przystępującego która jest obiektywnie droższa od oferty odwołującego zadecydowało przyznanie 13,20 punktów

(sumarycznie 26,40 punktów) za zaoferowaną cenę dla abonamentu dla klas C i D. Odwołujący przedstawił tabelaryczne porównanie ofert odwołującego oraz przystępującego z uwzględnieniem prognozowanej ilości usług zamawianych w postępowaniu i wywiódł, że przy takich założeniach łączna kwota kosztów brutto w ofercie przystępującego wyniesie 376.285,92 zł, zaś w ofercie odwołującego – 309.960,00 zł.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby (m.in. wyrok z 23 marca 2016 r. sygn. akt KIO 369/16, z 8 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO 320/10, z 14 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1240/13, z 26 września 2012 r. sygn. akt KIO 1934/12, z 5 kwietnia 2011 r. sygn. akt

KIO 640/11, KIO 7/13). Wywiódł, że orzecznictwo to wskazuje na konieczność odrzucania ofert składanych w sposób wskazujących na zamiar manipulowania cenami. Argumentował, że czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Niewątpliwie zaoferowanie wykonania świadczenia za nierynkową wartość wraz z zawyżeniem wartości innych cen w celu uzyskania lepszej punktacji w ramach postępowania przetargowego, zasługuje na uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji. Przywołał wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V Ca 371/07 co do znaczenia pojęcia „dobre obyczaje".

Odwołujący podniósł także, że oferta przystępującego powinna zostać odrzucona także ze względu na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp). Mamy bowiem do czynienia z nierynkowymi stawkami cen jednostkowych w odniesieniu do abonamentów klasy C i D. Zwracał uwagę, iż zgodnie z treścią znowelizowanego art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień. Zatem także cena jednostkowa może być ceną rażąco niską. Zgodnie z bogatym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz poglądami Prezesa UZP formułowanymi także przed przedmiotową nowelizacją, ceną rażącą niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp może być nie tylko cena oferowana za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, ale i cena jednostkowa — o ile cenę jednostkową można uznać za samodzielną cenę będącą podstawą rozliczenia za wykonanie wyodrębnionego elementu przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu cena za abonamenty jest niewątpliwie ceną samodzielną, będąca podstawą do rozliczeń. Pomimo to zamawiający nie tylko zaniechał odrzucenia przedmiotowej oferty, ale i wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień. Cena zaoferowana przez przystępującego za abonament ma charakter ceny rażąco niskiej w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podtrzymał odwołanie w pozostałym zakresie. Złożył pismo procesowe, w którym przedstawił dalszą argumentację co do zgłoszonych zarzutów. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części dotyczącej naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do przystępującego o udzielenie

wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oraz ich istotnych części składowych. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca O. P. S.A. w W.. Oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w części dotyczącej naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oraz ich istotnych części składowych. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił

uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, modyfikacje treści SIWZ, ofertę przystępującego, o wyborze oferty zgłoszenie zawiadomienie najkorzystniejszej, odwołanie, przystąpienia, pismo procesowe odwołującego, 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 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.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę O. P. S.A. w W., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

W dalszej kolejności stwierdzono, że odwołujący wykazał przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za oferta wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy zaniechał czynności odrzucenia oferty ww. wykonawcy, skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór

oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej, telefonii mobilnej oraz mobilnego dostępu do internetu.

W pkt XIV. 1 ppkt 1.1. SIWZ zamawiający wskazał, że przy wyborze oferty, w zakresie części 1 zamówienia - pakietu A, będzie kierował się następującymi kryteriami oceny ofert: cena oferty 60% i jakość 40%.

W pkt XIV 1 ppkt 1.3 SIWZ przewidziano co następuje:

Punkty w zakresie kryterium „cena" zostaną obliczone wg wzoru:
Pcena = Pa + Pb + Pc + Pd + Pm+ Pip
Gdzie: P cena – łączna ocena oferty
Pa - ocena w kryterium abonament za abonament telefoniczny „KLASA A"
Pb - ocena w kryterium abonament za abonament telefoniczny „KLASA B"
Pc - ocena w kryterium abonament za abonament telefoniczny „KLASA C"
Pd - ocena w kryterium abonament za abonament telefoniczny „KLASA D"
Pm - ocena w kryterium abonament za Internet bezprzewodowy
Pip - ocena w kryterium abonament za stały adres IP dla zakupionej usługi Internetu

Pa = najniższa oferowana cena abonamentu „KLASA A" x 17% x 60 pkt cena badanej oferty

Pb = najniższa oferowana cena abonamentu „KLASA B" x 18% x 60 pkt cena badanej oferty

Pc = najniższa oferowana cena abonamentu „KLASA C" x 22% x 60 pkt cena badanej oferty

Pd = najniższa oferowana cena abonamentu „KLASA D" x 22% x 60 pkt cena badanej oferty

Pm = najniższa oferowana cena abonamentu za internet bezprzewodowy x 15% x 60 pkt cena badanej oferty

Pip = najniższa oferowana cena x 6% x 60 pkt cena badanej oferty

W części XIV. 1 pkt 1.6 SIWZ wskazano, że:
Wyliczenie łącznej kwoty wartości oferty na okres 36 miesięcy dla telefonii komórkowej (TK)

przeprowadzone zostanie w oparciu o posiadane karty SIM (1084 w tym 225 kart dostępu do Internetu) w oparciu o zadeklarowaną wysokość abonamentu w proporcjach podanych w

SIWZ (Pa+Pd: 10%, Pb+Pd: 20%, Pc+Pd: 30% Pd: 40% a dla Internetu proporcjonalnie Pm: 80%, Pip:20%)

TK= (859x(Pa+Pd)x10% + 859x(Pb+Pd)x20% + 859x(Pc+Pd)x30% +859xPd x 40%) + ((225 x Pm x 80%) + 225x(Pip x 20%))

W opisie przedmiotu zamówienia (załącznik C do SIWZ) zamawiający opisał poszczególne zamawiane usługi. Wskazał m.in. w pkt 2, że *operator zapewni takie usługi telekomunikacyjne jak:*

2.1. „KLASA A", dopłata do abonamentu „KLASA D" wraz z dostarczeniem aparatu telefonicznego wybranego z aktualnej, dostępnej na stronie internetowej wyłonionego operatora, aparatów w klasie biznes. Używane aparaty zostaną zwrócone Operatorowi po zakończeniu umowy. Klasa ta zawiera w sobie „KLASA D" oraz dodatkowo 15GB (łącznie 20GB) transmisji danych na terenie kraju oraz 2160 minut połączeń i 12GB transmisji danych w ramach UE do wykorzystania na każde 12 miesięcy trwania umowy.

2.2. „KLASA B", dopłata do abonamentu „KLASA D wraz z dostarczeniem aparatu telefonicznego wybranego z oferty przetargowej. Używane aparaty zostaną zwrócone Operatorowi po zakończeniu umowy. Klasa ta zawiera w sobie „KLASA D" oraz dodatkowo 10GB transmisji danych na terenie kraju, 720 minut połączeń oraz 2GB transmisji danych na terenie UE do wykorzystania na każde 12 miesięcy trwania umowy.

2.3. „KLASA C", dopłata do abonamentu „KLASA D wraz z dostarczeniem aparatu telefonicznego wybranego z oferty przetargowej. Używane aparaty zostaną zwrócone Operatorowi po zakończeniu umowy. Klasa ta zawiera w sobie „KLASA D" oraz dodatkowo 5GB transmisji danych na terenie kraju.

2.4. „KLASA D" (podstawowy abonament bez aparatu, stały abonament z nielimitowanymi połączeniami głosowymi na terenie kraju, bezpłatne sms-y i mms-y , 5GB transmisji danych, bezpłatne połączenia na numery telefonów stacjonarne, 1-sekundową taryfikację dla połączeń międzynarodowych bez dodatkowych opłat za inicjacje połączenia (naliczanie sekundowe). W abonamencie tym zostaną wyłączone wszelkie połączenia typu Premium czy też inne połączenia dodatkowo płatne. Na żądanie *Zamawiającego zostaną one uruchomione a rozliczane będą wg obowiązującego cennika Operatora.*

W pkt 4 załącznika C do SIWZ zamawiający wskazał, że *Maksymalna ilość usług komunikacji głosowej wynosi proporcjonalnie w stosunku do łącznej ilości użytkowanych usług przez Usługobiorcę, w danej klasie, w ramach niniejszej umowy, z tolerancją:*

4.1. 4% (±2%) dla grupy „KLASA A", lecz nie mniej niż 6 sztuk,

4.2. 30% (±5%) dla grupy „KLASA B", lecz nie mniej niż 120 sztuk,

4.3. 40% (±5%) dla grupy „KLASA C", lecz nie mniej niż 160 sztuk,

4.4. 25% (±5%) dla grupy „KLASA D", lecz nie mniej niż 100 sztuk.

W pkt 10 i 11 załącznika C do SIWZ wskazano, że:

10. Przewiduje się zmianę zakresu przedmiotu zamówienia o 15% . Zwiększenie to może dotyczyć zakupu większej niż planowano ilości usług lub zwiększenia kosztów o koszty nie ujęte w tej specyfikacji takich jak koszty roamingu czy też zakupu usług płatnych wg cennika operatora

11. Usługobiorca przewiduje jako pewny zakup 500 aktywacji (usług) przewidując jednocześnie maksymalne zwiększenie liczby aktywacji o 800 do końca trwania umowy (do 1300 aktywnych kart).

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoje oferty, w zakresie pakietu A złożyli przystępujący, odwołujący i wykonawca T-M. S.A. Wykonawcy ci zaoferowali zamawiającemu następujące ceny:

	Przystępujący T-M.	Odwołujący
Pa – „Klasa A" – dopłata do	342,56	97,17 zł 184,50 zł

abonamentu podstawowego
Pb – „Klasa B” – dopłata do 231,86 zł 72,57 zł 98,40 zł
abonamentu podstawowego
Pc – „Klasa C” – dopłata do 0,01 zł 12,30 zł 49,20 zł
abonamentu podstawowego
Pd – „Klasa D” – cena za abonament 0,01 zł 321,03 zł 36,90 zł
podstawowy
Pm – cena za internet bezprzewodowy 11,07 zł 94,71 zł 12,30 zł
z modemem
Pip – cena za stały adres IP (dla jednej 3,69 zł 18,45 zł 1,23 zł
karty sim)

Ustalono ponadto, że 26 maja 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. Zamawiający poinformował m.in. że w kryterium „cena” przyznał wykonawcom następującą liczbę punktów:

Przystępujący T-M. Odwołujący
Pa – „Klasa A” – dopłata zł / do 342,56 zł/ 6,59 97,17 zł / 5,40 184,50
pkt pkt 10,20 pkt abonamentu podstawowego
Pb – „Klasa B” – dopłata do 231,86 zł / 6,30 72,57 zł / 3,71 98,40 zł /

abonamentu podstawowego pkt pkt 10,80 pkt
Pc – „Klasa C” – dopłata 49,20 zł / 0 do 0,01 zł / 13,20 12,30 zł / 0 pkt
pkt pkt abonamentu podstawowego
Pd – „Klasa D” – cena za abonament 0,01 zł / 13,20 321,03 zł / 0 36,90 zł / 0
podstawowy pkt pkt pkt
zł / Pm – cena za internet
bezprzewodowy 11,07 zł / 9 pkt 94,71 zł / 1,05 12,30
z modemem pkt 8,10 pkt
Pip – cena za stały adres IP (dla jednej 3,69 zł / 1,20 pkt 18,45 zł / 0,24 1,23 zł / 3,60
karty sim) pkt pkt

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w części dotyczącej zaniechania czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp. W pozostałej części odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie dotyczącym zaniechania czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający w omawianym zakresie uwzględnił zarzuty odwołania, zaś przystępujący po jego stronie nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, *jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie.* Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia sprzeciwu, co nie nastąpiło.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp, gdyż odwołujący w trakcie posiedzenia cofnął odwołanie w tym zakresie.

Rozstrzyganie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji

o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione w wyroku KIO z 26 października 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1922/16, wyroku KIO z 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku KIO z 28 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2357/16.

Odwołanie w pozostałym zakresie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu i okazało się zasadne.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.* Stosownie zaś do art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji *(t. jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Izba uwzględniła odwołanie, gdyż stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 uznk i art. 7 ustawy Pzp.

Jak wynikało z postanowień SIWZ zamawiający przewidział w części 1 zamówienia (pakiet A) dwa kryteria oceny ofert „cenę" i „jakość". Co istotne, w analizowanej sprawie w kryterium „ceny" przyznawano punkty w ten sposób, że stanowiły one sumę punktów uzyskanych w odrębnie punktowanych podkryteriach cenowych (za poszczególne abonamenty). Punkty w zakresie kryterium „cena" miały bowiem zostać obliczone wg wzoru:
Pcena = Pa + Pb + Pc + Pd + Pm+ Pip, gdzie:
P cena – łączna ocena oferty
Pa - ocena w kryterium abonament za abonament telefoniczny „KLASA A",
Pb - ocena w kryterium abonament za abonament telefoniczny „KLASA B",
Pc - ocena w kryterium abonament za abonament telefoniczny „KLASA C",
Pd - ocena w kryterium abonament za abonament telefoniczny „KLASA D",
Pm - ocena w kryterium abonament za Internet bezprzewodowy,
Pip - ocena w kryterium abonament za stały adres IP dla zakupionej usługi Internetu.

Natomiast punkty za poszczególne abonamenty miały być przyznawane odrębnie w ten sposób, że stawki abonamentu oferty badanej były porównywane ze najniższymi stawkami abonamentów zaoferowanymi przez wykonawców, wg wzoru:

najniższa oferowana cena abonamentu „KLASA X" x X % x 60 pkt

cena badanej oferty

Odwołujący zakwestionował sposób konstrukcji cen zastosowany przez przystępującego. Polegał on na tym, że przystępujący zaoferował zamawiającemu abonament klasy D w cenie 0,01 zł miesięcznie, zaś abonament klasy C w cenie 0,02 zł miesięcznie (0,01 zł za abonament podstawowy + 0,01 zł dopłaty).

Wzięto pod uwagę, że zgodnie z SIWZ, usługa grupy D, którą należało wycenić w abonamencie grupy D miała relatywnie szeroki zakres, obejmujący znaczne pakiety transmisji danych, a także nielimitowane połączenia, czy smsmy i mmsy. Z pkt 2 załącznika C do SIWZ wynikało, że abonament klasy D miał obejmować *stały abonament z nielimitowanymi połączeniami głosowymi na terenie kraju, bezpłatne sms-y i mms-y , 5GB transmisji danych, bezpłatne połączenia na numery telefonów stacjonarne, 1-sekundową taryfikację dla połączeń międzynarodowych bez dodatkowych opłat za inicjacje połączenia (naliczanie sekundowe).* Tymczasem przystępujący wycenił wartość takiej usługi w wysokości zaledwie 1 grosza za miesiąc.

Z kolei usługa klasy C, w świetle SIWZ miała obejmować to samo co usługa klasy D (zawierać w sobie klasę D), a ponadto obejmować dostarczenie aparatu telefonicznego wybranego z oferty przetargowej jak również dodatkowo 5GB transmisji danych na terenie kraju. Ponadto, zgodnie z SIWZ, wykonawca nie miał dowolności w wyborze oferowanego

aparatu telefonicznego, gdyż musiał to być aparat o minimalnych cechach, określonych w zał. C do SIWZ, s. 7-8. Przystępujący wycenił dopłatę na usługę klasy C na 1 grosz za miesiąc, co po dodaniu 1 grosza za abonament klasy D, dawało łączną cenę na poziomie zaledwie 2 groszy za miesiąc.

Nie było także sporne, że taka symboliczna wycena dotknęła usługi, która stanowiła około 65% zakresu usługi telekomunikacyjnej. Jak bowiem wynikało z pkt 4 zał. C do SIWZ proporcja poszczególnych usług miała wyglądać następująco.

4% (±2%) dla grupy „KLASA A", lecz nie mniej niż 6 sztuk,
30% (±5%) dla grupy „KLASA B", lecz nie mniej niż 120 sztuk,
40% (±5%) dla grupy „KLASA C", lecz nie mniej niż 160 sztuk,
25% (±5%) dla grupy „KLASA D", lecz nie mniej niż 100 sztuk.

Zasady wiedzy i doświadczenia życiowego podpowiadają, że koszty świadczenia usług grupy C i D, o zakresie przywołanym wyżej, są na pewno większe, a już z pewnością nie wynoszą 1 czy 2 grosze za miesiąc. Nie było przy tym sporne pomiędzy stronami, że rzeczywiste koszty świadczenia usług klasy C i D przystępujący ujął w abonamentach grupy A i B. Abonamenty te stanowiły odrębnie oceniane podkryteria cenowe, odnoszące się jedynie do 35% zakresu usługi telekomunikacyjnej. Takie działanie przystępującego sprawiło, że pozostali wykonawcy, którzy prawidłowo wycenili wartość usługi klasy C i D

odnosząc ją do rzeczywistych kosztów świadczenia tych usług, nawet na poziomach minimalnych, czy wręcz obejmujących tylko koszty własne, nie mieli szans konkurować z przystępującym. Biorąc pod uwagę ukształtowane w SIWZ kryteria ceny ofert, w których porównuje się abonament badany do abonamentu najniższego, ceny ich abonamentów zawsze musiały być porównywane do symbolicznych abonamentów zaoferowanych przez przystępującego. W konsekwencji wykonawcy ci zawsze musieli otrzymać w tych podkryteriach zero punktów. Jedyną szansą innych wykonawców na konkurowanie z przystępującym było zastosowanie identycznego mechanizmu, a więc oderwanie wyceny od rzeczywistych kosztów świadczenia usługi i zaoferowanie w niektórych, dowolnie wybranych elementach usługi ceny symbolicznej, zaś w innych elementach usługi - ceny na poziomie absurdalnie wysokim.

W ocenie Izby, taki mechanizm kształtowania cen godzi w kryteria oceny ofert, jakie zamawiający ukształtował w treści SIWZ. Sprawia bowiem, że wbrew intencjom zamawiającego kryteria oceny ofert i ich waga określone w SIWZ przestają mieć jakiekolwiek znaczenie. Przy takim mechanizmie nie funkcjonuje bowiem zasada proporcjonalności wynikająca ze wzorów matematycznych, jakie zamawiający chciał zastosować przyznając punkty w poszczególnych podkryteriach oceny ofert. Zasada ta sprowadza się do tego, że oferty mniej korzystne otrzymują proporcjonalnie mniej punktów od ofert bardziej korzystnych. Tymczasem mechanizm zastosowany przez przystępującego tę zasadę niweczy. W wybranych przez przystępującego podkryteriach, omawiana zasada przestaje działać. Zamawiający zmuszany jest, wbrew swym intencjom wyrażonym w SIWZ, przyznawać punkty poszczególnym ofertom na zasadzie zerojedynkowej tj., całość punktacji albo nic. Przystępujący w takim układzie w omawianych podkryteriach zawsze uzyska maksymalną liczbę punktów zaś pozostali wykonawcy, których ceny nawet znacznie się różnią pomiędzy sobą, zawsze otrzymają zero punktów lub wartość zbliżoną do zera. Tak też stało się w analizowanej sprawie, czego dowodem jest informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26 maja 2017 r.

Przystępujący T-M. Odwołujący
Pc – „Klasa C" – dopłata 49,20 zł / 0 do 0,01 zł / 13,20 12,30 zł / 0 pkt
pkt pkt abonamentu podstawowego
Pd – „Klasa D" – cena za abonament 0,01 zł / 13,20 321,03 zł / 0 36,90 zł / 0
podstawowy pkt pkt pkt

Jak wynika z powyższego fragmentu informacji, w podkryteriach Pc i Pd wykonawcy T – M. i odwołujący, którzy nie zaoferowali cen symbolicznych, otrzymali po 0pkt, choć zaoferowane przez nich stawki różniły się pomiędzy sobą. Tymczasem przystępujący, bez żadnego powodu, otrzymał w tych kryteriach maksymalną liczbę punktów. Strat, jakie oferty te poniosły w tych podkryteriach nie da się odrobić w innych podkryteriach cenowych w

szczególności obejmujących abonamenty A i B gdzie przystępujący zaoferował z kolei bardzo wysokie stawki, obejmujące również koszty za usługi grupy C i D. Tam bowiem oferta przystępującego była porównywana do korzystniejszej ceny ofertowej konkurenta, która jednak nie była symboliczna (por. punktacja przyznana ofertom w podkryterium A i B w piśmie z 26 maja 2017 r.).

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający dokonując oceny ofert ma obowiązek zbadać czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do której odsyła ustawa Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jako wart przywołania należy wymienić wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07 podający, iż „Dobre *obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami* życia *gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo."*

W ocenie Izby, również w świetle jej dotychczasowego orzecznictwa, które trafnie przywołano w odwołaniu, ustalenie odrębnie ocenianych w SIWZ cen na poziomie który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek kosztów, wyłącznie po to aby wykorzystując matematyczne zależności otrzymać najwyższą punktację narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców.

Takie oszacowanie wysokości cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której ze względu na rażąco niską cenę w którymś z kryteriów wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, a wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W tej sytuacji opisane przez zamawiającego kryteria oceny ofert zostaną pozbawione jakiegokolwiek

znaczenia, kryteria te przestają praktycznie działać. W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Żaden z wykonawców, którzy kalkuluje swoje ceny w ten sposób, że odnosi je do kosztów jakie poniesie w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą. Nawet jeśli zaoferuje stawki, wynikające z kalkulacji jej kosztów, uwzględniając zasadę ekwiwalentności umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurowania.

Opisane działanie ewidentnie narusza również interes klienta, jakim jest zamawiający. Zmusza go bowiem do oceniania ofert nie według kryteriów oceny ofert i ich wagi oraz wynikającej z opisu kryteriów zasady proporcjonalności, lecz wedle reguł, które narzuci mu wykonawca doprowadzając do wyłączenia jednego lub niektórych kryteriów. Zaakceptowanie takich mechanizmów oznaczałoby przyzwolenie, aby w systemie zamówień publicznych miało miejsce nie konkurowanie jakością czy ceną, ale swoista inżynieria cenowa. Uznanie, że opisane wyżej działanie nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 3 ust. 1 uznk, prowadziłoby do wynaturzeń pozbawiających sensu ekonomicznego cały system zamówień publicznych.

Nie zmienia tej oceny fakt, że w tej konkretnej sprawie, przy korzystnym zbiegu okoliczności oferta przystępującego może się okazać ofertą ekonomicznie korzystniejszą od oferty odwołującego. Rzeczywiście, przy założeniu, zgodnie z którym w trakcie realizacji nie

ulegnie zmniejszeniu ilość przeszacowanych przez niego usług w grupach A i B i nie wzrośnie wolumen wycenionych symbolicznie usług grupy C i D, jego oferta może okazać się korzystniejsza ekonomicznie. Powyższe wynikało z zestawienia sporządzonego przez przystępującego i złożonego na rozprawie. W ocenie Izby o naganności postępowania przystępującego świadczy sam mechanizm zastosowany przez przystępującego. Nawet gdyby założyć, że akurat w tym przypadku wyłączenie działania niektórych kryteriów nie doprowadziłoby do wyboru oferty mniej korzystnej ekonomicznie, co jest najczęstszym efektem takich manipulacji, to nie jest to okoliczność mogąca zmienić sposób kwalifikacji zachowania przystępującego.

Oceny Izby nie zmienia także ewentualny fakt, że w innym postępowaniu prowadzonym przez innego zamawiającego to jest Kujawsko-Pomorski Ośrodek Doradztwa Rolniczego w M. odwołujący mógł dopuścić się podobnej praktyki. Na tę okoliczność przystępujący złożył dowody w postaci wyciągu z oferty odwołującego z 8 lipca 2014 r. na świadczenie usług telekomunikacyjnych dla ww. podmiotu i fragment SIWZ z tego postępowania. Izba w wyniku analizy ww. dowodów stwierdziła, że nie może ustalić z całą pewnością, iż odwołujący dopuścił się podobnego działania w przywoływanym

postępowaniu, gdyż nie złożono pełnej treści SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i postanowień wzoru umowy. Nawet jednak gdyby się okazało, że odwołujący miał się dopuścić w przeszłości analogicznej praktyki, to nie oznacza jeszcze, że zachowanie przystępującego w obecnym postępowaniu nie wypełnia znamion czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 uznk.

Biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie w części rozpatrywanej merytorycznie podlegało uwzględnieniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 2 i 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia postępowania i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 2, 4 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

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.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp polegające na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty przystępującego ma wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która powinna zostać odrzucona.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego.* W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego w sposób wskazany w sentencji, z przyczyn omówionych w odwołaniu. Izba

nie nakazała zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż zamawiający, po wniesieniu odwołania, takiego unieważnienia dokonał.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje *w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą" sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)" Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił zamawiający, zatem to tę stronę Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, 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. 2 pkt 1, § 5 ust. 4 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 ze zm.).

Przewodniczący: ……..…