

WYROK
z dnia 5 listopada 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Polską Telefonię Cyfrową Spółka z o.o., Aleje Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego uprawnionego do wspólnego prowadzenia postępowania - **Kancelarię Prezesa Rady Ministrów, w imieniu której działa Centrum Obsługi Prezesa Rady Ministrów, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa** protestu z dnia 23 września 2008 r.

przy udziale **Polkomtel S.A., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Kancelarię Prezesa Rady Ministrów, w imieniu której działa Centrum Obsługi Prezesa Rady Ministrów, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez **Polską Telefonię Cyfrową Spółka z o.o., Aleje Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa**,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Kancelarię Prezesa Rady Ministrów, w imieniu której działa Centrum Obsługi Prezesa Rady Ministrów, ul. Powsińska 69/71, 02-903 Warszawa** na rzecz **Polskiej Telefonii Cyfrowej Spółka z o.o., Aleje Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego,
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Polskiej Telefonii Cyfrowej Spółka z o.o., Aleje Jerozolimskie 181, 02-222 Warszawa**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Obsługi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „świadczenie usług telefonii komórkowej wraz z dostawą telefonów komórkowych i modemów z aktywnymi i skonfigurowanymi kartami SIM”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane dnia 26 lipca 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/ S 144-194035.

Dnia 23 września 2008 r. Odwołujący się wniósł protest wobec wykluczenia Odwołującego się z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, a także zaniechania odrzucenia oferty Polkomtel S. A. oraz wyboru oferty podlegającej wykluczeniu, jako najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z przepisem § 1 ust. 1 pkt 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może

2

żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, poz. 605), dalej Rozporządzenie, poprzez błędne zastosowanie powołanego przepisu jako podstawy do wykluczenia Odwołującego się z powodu niezłączenia na wezwanie Zamawiającego dokumentów, których Odwołujący się nie może załączyć;

- 2) art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 przez podjęcie przez Zamawiającego, bez legitymacji prawnej, samodzielnych ustaleń dotyczących aktualnego składu zarządu Odwołującego się;
- 3) art. 26 ust. 4 poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego się do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów, pomimo powzięcia wątpliwości co do ich treści;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 poprzez odrzucenie oferty Odwołującego się pomimo, iż nie podlega on wykluczeniu z postępowania;
- 5) art. 90 ust. 1 poprzez zaniechanie wezwania Polkomtel S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polkomtel S.A. pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 7) art. 93 ust. 1 pkt 6 poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo zmiany podmiotowej Zamawiającego,
- 8) art. 29 ust. 1 przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający ustalenie zakresu zamówienia;

Odwołujący się podnosi, że w przedmiotowym postępowaniu złożył zarówno oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, jak i wszystkie dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym dokumenty potwierdzające niekaralność wszystkich urzędujących członków zarządu Odwołującego się.

W opinii Zamawiającego podstawą wykluczenia Odwołującego się z postępowania jest fakt niezłączenia do oferty dokumentów potwierdzających niekaralność p. Wilhelma Heinricha S. oraz Tadeusza Mirosława K. Tymczasem Odwołujący się wyjaśnił Zamawiającemu w piśmie z dnia 12 września 2008 r., że powołane osoby nie są członkami zarządu Odwołującego się. Pan Tadeusz K. został odwołany z pełnienia funkcji członka zarządu z dniem podjęcia uchwały Rady Nadzorczej nr 50/2006, czyli z dniem 5 września 2006 r., natomiast Pan Wilhelm Heinrich S. został odwołany z pełnienia funkcji członka zarządu z dniem podjęcia uchwały Rady Nadzorczej nr 8/2007, czyli z dniem 27 marca 2007 r. Stosowne uchwały o odwołaniu członków zarządu zostały

3

podjęte zgodnie z zasadami działania Rady Nadzorczej Odwołującego się. Dodatkowo, Odwołujący się przedstawił Zamawiającemu notarialnie potwierdzone kopie dokumentów potwierdzających podjęcie przedmiotowych uchwał.

Na tym tle twierdzenia Zamawiającego, iż podjęcie przez Radę Nadzorczą Odwołującego się przedmiotowych uchwał jest wątpliwe, ponieważ pod tekstem uchwał widnieją nieczytelne podpisy bez pieczęci imiennych oraz brak możliwości stwierdzenia skuteczności odwołania członków zarządu, gdyż w piśmie stwierdzającym fakt podjęcia uchwały, brak informacji jaką większością odwołano te osoby z funkcji członka zarządu, oraz jaka była wymagana większość, nie znajdują uzasadnienia. Przytoczona argumentacja świadczy jednoznacznie o dokonaniu przez Zamawiającego niedopuszczalnej, arbitralnej oceny w odniesieniu do oferty Odwołującego się. W istocie Zamawiający dokonał ustaleń w zakresie poprawności podjęcia uchwał przez organ Odwołującego się, zaś w świetle obowiązujących przepisów

prawnych, jedynym podmiotem legitymowanym do oceny prawidłowości podjęcia uchwał przez Radę Nadzorczą Odwołującego się jest sąd rejestrowy, któremu przekazane zostały dokumenty potwierdzające fakt podjęcia uchwał przez Radę Nadzorczą, z wnioskiem o dokonanie stosownego wpisu w aktach spółki w Krajowym Rejestrze Sądowym (KRS). Fakt niedokonania wpisu (wykreślenia ww. osób z KRS) nie wynika z podważenia poprawności przedmiotowych uchwał Rady Nadzorczej. Do oceny niniejszego stanu faktycznego istotne jest więc to, że do oferty należy załączyć zaświadczenia o niekaralności wyłącznie aktualnych członków zarządu wykonawcy, czyli z pewnością nie członków odwołanych uchwałą Rady Nadzorczej. Ponadto Odwołujący się zwraca uwagę, że Zamawiający ma jedynie wątpliwości co do prawidłowości podjęcia uchwały przez Radę Nadzorczą. Natomiast wykluczenie Odwołującego się na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp mogłoby nastąpić wyłącznie w przypadku, gdyby Zamawiający miał pewność (i dowody na poparcie swojego stanowiska), że uchwały Rady Nadzorczej o odwołaniu Pana Wilhelma Heinricha S. oraz Pana Tadeusza Mirosława K. z funkcji członków zarządu nie miały miejsca, a więc że osoby te nadal są członkami zarządu Odwołującego się. Zaś jeśli po udzieleniu przez Odwołującego się, w dniu 12 września 2008 r., wyjaśnień i przedstawieniu dokumentów potwierdzających odwołanie ww. osób ze składu zarządu, Zamawiający miał jeszcze wątpliwości w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, powinien skorzystać z przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp i wezwać Odwołującego się do złożenia wyjaśnień.

Dodatkowo Odwołujący się zwraca uwagę, że p. Wilhelm Heinrich S. oraz p. Tadeusz Mirosław K. w chwili obecnej nie są w żadnej formie zatrudnieni u Odwołującego się i nie wykonują jakichkolwiek czynności na jego rzecz. Stąd też brak możliwości, w świetle art. 6 i 7 ustawy o Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. z 2008 r., Nr

4

50, poz. 292) w zw. § 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 7 listopada 2003 r. w sprawie udzielania informacji o osobach oraz o podmiotach zbiorowych na podstawie danych zgromadzonych w Krajowym Rejestrze Karnym (Dz. U. Nr 198, poz. 1930, z późn. zm.), informacji o wskazanych osobach.

Odwołujący się podnosi ponadto, że Zamawiający zaniechał czynności, do której jest zobowiązany na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, to jest wezwania Polkomtel S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący się zauważa, że cena oferty Polkomtel S.A., uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą, jest o blisko 20 mln zł niższa od oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia. Zgodnie z informacją podaną podczas otwarcia ofert, Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia kwotę 29 215 169,03 zł, natomiast Polkomtel S.A. zaoferował cenę 9 534 469,24 zł, co stanowi 32 % oszacowanej wartości zamówienia. Zaniechanie tej czynności, a w następstwie wybór najkorzystniejszej oferty pomimo uzasadnionego ryzyka wyboru oferty zawierającej rażąco niską cenę, stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz - co prawdopodobne - również art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W opinii Odwołującego się wezwanie Polkomtel S.A. do złożenia wyjaśnień nie jest jednak celowe z uwagi na fakt, iż oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący zaoferował ceny dumpingowe, co jest czynem nieuczciwej konkurencji w świetle art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.), dalej u.z.n.k. Zgodnie z treścią formularza ofertowego Polkomtel S.A., z tytułu świadczenia usług transmisji danych Wykonawca ten będzie otrzymywał od Zamawiającego 0,01 zł za każdy abonament. Natomiast z tytułu dostawy modemów do bezprzewodowego dostępu do Internetu - 0,01 zł za każdy modem. W konsekwencji, 46 jednostek administracji państwowej będzie korzystać przez okres 4 lat z dostarczonych modemów i dostępu do Internetu za łączną cenę 394,01 zł. (379,55 zł [31 111 abonamentów x 0,01 zł] + 14,46 zł. [1185 modemów x 0,01 zł]). Nie sposób uznać, by zaoferowana cena modemów i usług transmisji danych pokrywała koszty zakupu modemów i koszty świadczenia usługi transmisji danych przez Polkomtel S.A. Należy więc przyjąć, że w części dotyczącej dostawy modemów oraz świadczenia usług transmisji danych oferta Polkomtel S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art.

89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a ponieważ przepisy Pzp nie przewidują możliwości częściowego odrzucenia oferty i Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych, oferta Polkomtel S.A. winna zostać odrzucona w całości.

5

Odwołujący się ponadto podnosi, że w niniejszym postępowaniu miały miejsce zdarzenia, które uniemożliwiają zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. W dniu 21 sierpnia 2008 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o modyfikacji ilości Jednostek Administracji Publicznej (JAP), biorących udział w przedmiotowym postępowaniu, w imieniu i na rzecz których działa Centrum Obsługi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów (CO KPRM) - z 44 na 46 (dodano Urząd Komitetu Integracji Europejskiej oraz Centrum Obsługi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów). W opinii Odwołującego się, Zamawiający dokonał niedopuszczalnej zmiany podmiotu prowadzącego postępowanie. Tymczasem przepisy ustawy Pzp nie przewidują możliwości zmiany podmiotowej po stronie zamawiającego w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W sytuacji, w której wystąpi konieczność dokonania takiej zmiany, zamawiający winien unieważnić postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, oczywiście jeśli istotnie wystąpi istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie lub wykonanie postępowania w dotychczasowej postaci nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Jeśli taka okoliczność nie wystąpiła, Zamawiający winien prowadzić postępowanie na rzecz dotychczasowej ilości jednostek. Prowadzenie bowiem postępowania na rzecz i w imieniu jednostek, w odniesieniu do których wszczęcie postępowania nie zostało w sposób przewidziany prawem ogłoszone, stanowi istotną wadę postępowania, skutkującą nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Dodatkowo Odwołujący się wskazuje, że nie jest do końca jasne, jaki charakter ma przedmiotowe postępowanie. Zasadą w Prawie zamówień publicznych jest prowadzenie postępowania przez zamawiającego we własnym imieniu i na własny rachunek. Wyjątki od tej zasady są ściśle określone w art. 15a ustawy Pzp (centralny zamawiający) oraz art. 16 ustawy Pzp (wspólne prowadzenie postępowania). Zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej, w szczególności ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, CO KPRM nie jest centralnym zamawiającym w rozumieniu art. 15a ustawy Pzp. CO KPRM nie jest również zamawiającym prowadzącym postępowanie wspólnie na rzecz kilku zamawiających, ponieważ dopiero od 21 sierpnia 2008 r., po dacie wszczęcia postępowania, CO KPRM zostało objęte niniejszym postępowaniem jako podmiot, na rzecz którego ma nastąpić zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślenia wymaga również fakt, że niniejsze postępowanie zostało przez Zamawiającego przygotowane z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią punktu 2.2 Załącznika nr 2 do SIWZ: „Zamawiający przewiduje jako pewny zakup 5515 aktywacji. Zamawiający przewiduje maksymalne zwiększenie liczby aktywacji o 1596 do

6

końca trwania umowy. Wykonawca ma obowiązek wziąć pod uwagę opisane ryzyko przy kalkulacji ceny oferty, gdyż za nie zakupione aktywacje nie przysługuje mu wynagrodzenie." Przyjęty przez Zamawiającego sposób określenia przedmiotu zamówienia stoi w sprzeczności z jednoznaczną dyspozycją art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Prawidłowy opis przedmiotu zamówienia powinien obejmować wyłącznie 5515 aktywacji, które Zamawiający z całą pewnością zamówi. Pozostała część aktywacji (1596) powinna być objęta zamówieniem uzupełniającym, na zasadach określonych w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, a nie - jak to określił Zamawiający - ryzykiem wykonawcy przy kalkulacji ceny oferty.

Przyjęty przez Zamawiającego model dywersyfikacji przedmiotu zamówienia na „gwarantowany” i „przewidywany” mógłby ewentualnie funkcjonować jako umowa ramowa, która uprawnia, lecz nie zobowiązuje Zamawiającego do zakupu objętego umową ramową przedmiotu zamówienia. Jednakże w świetle jednoznacznych wyjaśnień, udzielonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania o wyjaśnienie treści SIWZ, niniejsze postępowanie nie jest prowadzone w celu zawarcia umowy ramowej.

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego się oraz odrzucenia jego oferty, dokonanie ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty Polkomtel S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, wybór oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej, ewentualnie o unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Dnia 29 września 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosili przystąpienie: PTK Centertel Sp. z o.o. oraz Polkomtel S.A.

Polkomtel S.A. podnosi, iż Zamawiający słusznie wykluczył Odwołującego się z postępowania, gdyż instytucja „wezwania” przewidziana w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp ma charakter wyjątkowy i możliwość uzupełniania dokumentów jest dopuszczalna tylko raz. Nadto wskazuje, że zgodnie z art. 20a ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (w brzmieniu obowiązującym do dnia 19 września 2008 r., Dz. U. z 2007 r., Nr 168, poz. 1186) wniosek o wpis sąd rejestrowy rozpoznaje nie później niż w terminie 14 dni od daty jego złożenia. Skoro do zmian zarządu Odwołującego się doszło we wrześniu 2006 r. oraz w marcu 2007 r. i zmiany te nie zostały przez sąd rejestrowy wpisane do września 2008 r., prawidłowość ich dokonania budzi poważne wątpliwości.

Twierdzenia Odwołującego się, iż oferta Polkomtel S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, są bezpodstawne. Punktem wyjścia dla

7

Odwołującego się jest stwierdzenie, iż cena w ofercie Polkomtel SA „jest o blisko 20 mln niższa od oszacowanej wartości zamówienia”. Oferta Odwołującego się jest o ponad 17 mln zł niższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Zdaniem Przystępującego, wartość zamówienia została prawdopodobnie oszacowana

w oparciu o ceny z rynku dla klientów komercyjnych. Tymczasem ceny usług w sektorze publicznym są znacząco niższe od cen na rynku oferowanym dla klientów komercyjnych i m. in. z tego powodu może wynikać różnica w kwocie wartości zamówienia i ceny oferty Polkomtel S.A. Dodatkowo, wolumen ruchu objęty przedmiotowym zamówieniem jest bezprecedensowy. Jest to pierwsze o tej skali postępowanie i na tak długi okres świadczenia usług. Zamawiający jako podmiot nie zajmujący się profesjonalnie rynkiem usług telekomunikacyjnych nie ma możliwości i wiedzy oszacowania dynamicznie zmieniających się realiów kosztów świadczonych usług telekomunikacyjnych, co przy zamówieniu na tak długi okres i o takim wolumenie z pewnością spowodowało, że Zamawiający w celu zabezpieczenia korzystania z dostarczanych usług mógł ich wartość szacować jedynie na bazie oferty, z jakiej sam korzysta (a która była składana prawdopodobnie kilkadziesiąt miesięcy temu) lub na bazie ogólnie dostępnej wiedzy o cenach usług telekomunikacyjnych dla klientów komercyjnych. Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny jest zatem bezpodstawny.

Podobnie przedstawia się sytuacja, jeśli chodzi o zarzut czynu nieuczciwej konkurencji, polegający na zaoferowaniu abonamentu i modemów w wysokości jednostkowej 0,01 zł, co ma rzekomo ma utrudniać dostęp do rynku innym przedsiębiorcom poprzez sprzedaż usług i towarów poniżej kosztów ich wytworzenia lub nabycia, Przystępujący wyraża zdziwienie takim stwierdzeniem z następujących powodów: po pierwsze, Odwołujący się sam zaoferował m. in. wszystkie telefony oraz modemy za cenę równą 0,01 zł. Wskazać należy, iż nie tylko sprzęt został zaoferowany przez odwołującego się w cenie 0,01 zł, lecz również koszty wysyłania wiadomości SMS, a także wiadomości MMS. Wybiórcze wskazanie tej pozycji asortymentowej, która akurat w ofercie Odwołującego się jest wyższa, stanowi działanie, które w żaden sposób nie może zasługiwać na ochronę prawną. Nadto wskazać należy, że Odwołujący się formułując zarzut dotyczący zaoferowania abonamentu za 0,01 zł, a więc poniżej kosztów wytworzenia, nie wskazuje, jaka jest wysokość tych kosztów, bowiem jako profesjonalista wie, że opłata abonamentowa nie stanowi w jakimkolwiek stopniu odzwierciedlenia kosztów jego wytworzenia, które wprost nie występują, ale jest jednym z licznych i wzajemnie kompensowanych elementów oferty, której poziom zależy wyłącznie od podjętej przez wykonawcę strategii budowania oferty. Oferowanie usług i towarów w niskich cenach w poszczególnych pozycjach asortymentowych jest powszechne na rynku

wykonawcami jest naturalne, a jedynie konkurowanie, które ma na celu wyeliminowanie innych przedsiębiorców jest czynem nieuczciwej konkurencji i stanowi przedmiot ochrony prawnej.

W przedmiocie dokonania „zmian podmiotowych” Polkomtel S.A. stoi na stanowisku, że zarzut ten dotyczy czynności, co do której termin na wniesienie protestu upłynął. Zaś opis przedmiotu zamówienia jest prawidłowy. Wady postępowania uniemożliwiające zawarcie ważnej umowy należy rozpatrywać w kontekście przyczyn nieważności umowy wskazanych w art. 146 ustawy Pzp, a takich nie wskazano. Stąd należy stwierdzić, że Odwołujący się podjął próbę doprowadzenia do unieważnienia niewadliwego postępowania, w sytuacji, gdy wiadomo, że Odwołujący się z przyczyn obiektywnych nie uzyska przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zamawiający pismem z dnia 1 października 2008 r. przedmiotowy protest częściowo oddalił, a częściowo uwzględnił. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że Odwołujący się dołączył do oferty dokument z Krajowego Rejestru Sądowego, z którego wynika, że członkami zarządu Odwołującego się są: p. Wilhelm S., p. Tadeusz K., p. Tomasz H., p. Klaus T. Zatem Odwołujący się powinien załączyć do oferty aktualne informacje z Krajowego Rejestru Karnego (w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 Pzp) dotyczące ww. osób, ewentualnie wykazać, że skład zarządu wykonawcy jest inny, niż wynika z wypisu z KRS. Tymczasem, Odwołujący się dołączył do oferty informacje z Krajowego Rejestru Karnego dotyczące: p. Tomasza H., p. Klause T., p. Jensa B., p. Bruna J., p. Klause H., nie wskazując, że skład zarządu Odwołującego się jest inny, niż wynika to z załączonego KRS. Z tego powodu, Zamawiający wezwał Wykonawcę, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia brakujących informacji z Krajowego Rejestru Karnego, dotyczących p. Wilhelma S. i p. Tadeusza K.

Odpowiadając na żądanie Zamawiającego w sprawie uzupełnienia dokumentów (pismo z dnia 12 września 2008 roku) Odwołujący się stwierdził, że p. Wilhelm S. i p. Tadeusz K. mocą uchwał Rady Nadzorczej z dnia 5 września 2006 roku oraz 27 marca 2007 roku zostali odwołani z funkcji członków zarządu Odwołującego się. Jednocześnie wykonawca stwierdził, że w skład zarządu Odwołującego się wchodzi:

p. Tomasz H., p. Klaus T., p. Jens B., p. Bruno J. i p. Klaus H.

Zamawiający zdaje sobie sprawę, że wpisy do KRS wywołują jedynie skutki deklaratywne, stwierdzające dokonanie przez właściwy organ statutowy czynności prawnej, podlegającej rejestracji, a uchwała o powołaniu członka zarządu wywiera skutki prawne od chwili jej podjęcia, a nie od daty wpisania do rejestru. Zatem, fakt nie wpisania zmian

w składzie zarządu do Krajowego Rejestru Sądowego nie ma charakteru prawnie doniosłego, pod warunkiem, że spółka przedstawi dokumenty wskazujące w sposób jednoznaczny, jaki jest skład jej zarządu. W przeciwnym razie Zamawiający domniemywa, że dane wpisane do KRS są prawdziwe (domniemanie takie zakłada art. 17 ust. 1 ustawy o KRS). Ponadto, zgodnie z art. 23 ust. 1 ustawy o KRS, sąd rejestrowy bada czy dołączone do wniosku dokumenty są zgodne pod względem formy i treści z przepisami prawa.

Stąd też zasadnicze znaczenie w niniejszej sprawie ma ocena, czy Odwołujący się przedstawił Zamawiającemu dokumenty, obalające domniemanie prawdziwości wpisów w KRS, a więc takie, z których jednoznacznie wynika, że w skład jego zarządu wchodzi p. Tomasz H., p. Klaus T., p. Jens B., p. Bruno J. i p. Klaus H., nie zaś p. Wilhelm S., p. Tadeusz K., p. Tomasz H. i p. Klaus T..

Wraz z pismem z dnia 12 września 2008 roku wykonawca przedłożył Zamawiającemu kopie uchwały Rady Nadzorczej nr 50/2006 z dnia 5 września 2006 roku o odwołaniu p. Tadeusza K. ze składu zarządu Odwołującego się oraz uchwały Rady Nadzorczej nr

11/2007 z dnia 27 marca 2007 roku o odwołaniu p. Wilhelma S. ze składu zarządu Odwołującego się. Na niniejszych dokumentach widnieją jeden (uchwała nr 50/2006) oraz dwa (uchwała nr 11/2007) niewyraźne podpisy, bez pieczęci imiennych, co powoduje brak możliwości ustalenia, kto niniejsze podpisy złożył. Nadto uchwały nie zawierają określenia, jaką większością je podjęto - nie załączono żadnych dokumentów wskazujących na tryb podejmowania uchwały przez Radę Nadzorczą. Z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego wynika natomiast, iż w skład Rady Nadzorczej Odwołującego się wchodzi dziewięciu członków.

Wykonawca nie wykazał w jaki sposób i na jakiej podstawie u Odwołującego się dokonuje się zmian w składzie zarządu. Dokument podpisany przez jedną / dwie niezidentyfikowane osoby nie może stanowić podstawy do obalenia domniemania, że informacje zawarte w KRS są prawdziwe. Należy przy tym zwrócić uwagę, że ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz. U. z 2000 r., Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.), dalej k.s.h. przewiduje, że rada nadzorcza podejmuje uchwały, jeżeli na posiedzeniu jest obecna co najmniej połowa jej członków, zaś umowa spółki może przewidywać warunki surowsze co do quorum - art. 222 § 1 k.s.h. Bezwzględnym wymaganiem jest także zaproszenie na posiedzenie wszystkich członków rady nadzorczej. Uchwały rady nadzorczej w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością zapadają zwykłą większością głosów, z tym że wymaganie bezwzględnej większości głosów, czy też większości kwalifikowanej, może wprowadzić regulamin rady nadzorczej. Dokumenty przedłożone przez wykonawcę nie wskazują ile osób uczestniczyło w posiedzeniach rady nadzorczej, na których podjęto

10

uchwały, czy było quorum, oraz jaką większością uchwały zostały podjęte. Zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, po stronie Odwołującego się leżał obowiązek zgłoszenia zmiany w składzie zarządu do Krajowego Rejestru Sądowego w terminie 7 dni od zdarzenia uzasadniającego dokonanie wpisu, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej (art. 22 ustawy o KRS). „Rzekome” uchwały Rady Nadzorczej pomimo, że zostały podjęte w dniu 5 września 2006 roku i 27 marca 2007 roku, do dnia 25 czerwca 2008 roku nie znalazły odzwierciedlenia w zapisach znajdujących w odpisie z Krajowego Rejestru Sądowego. Powołane przez wykonawcę zmiany w składzie zarządu nie zostały również uwzględnione w odpisie z KRS z dnia 17 września 2008 roku, doręczonym przez wykonawcę Zamawiającemu wraz z protestem.

W podsumowaniu Zamawiający stwierdza że, ani w wyjaśnieniach z dnia 12 września 2008 roku, ani we wniesionym proteście Odwołujący się nie wykazał, że skład jego zarządu jest inny, niż wynika z KRS. Na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów, a w szczególności odpisów z KRS, którym przysługuje domniemanie prawdziwości, którego Wykonawca nie obalił, Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie przedstawił wraz z ofertą wymaganych informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczących p. Wilhelma S. i p. Tadeusza K., co skutkuje obligatoryjnym wykluczeniem Wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie Zamawiający nie zgadza się z zarzutem Odwołującego się, dotyczącym zaniechania wezwania Odwołującego się do wyjaśnienia przedłożonych dokumentów, ponieważ zdaniem Zamawiającego w postępowaniu nie powstał po stronie Zamawiającego obowiązek zażądania wyjaśnień, bowiem złożone wraz z ofertą dokumenty nie budziły wątpliwości Zamawiającego. Wynika to z faktu, że dopóki wykonawca nie wykaże, że skład jego organów jest inny, niż wynika z odpisu z KRS, Zamawiający ma obowiązek domniemywać, że dane zawarte w tym rejestrze są prawdziwe. Dokumenty przedłożone przez Odwołującego się złożone wraz z ofertą wskazują, iż brakuje w nich wymaganych w SIWZ informacji z KRK dla wskazanych w KRS członków zarządu – p. Wilhelma S. i p. Tadeusza K.

Nie bez znaczenia dla sprawy jest to, że Zamawiający, nie żądając od Odwołującego się wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, takie wyjaśnienia otrzymał (pismo z dnia 12 września 2008 r.) i przeanalizował. Zatem „ponowne” żądanie od Odwołującego się wyjaśnień, byłoby czynnością pozbawioną sensu, stanowiłoby nieuzasadnione

formalizowanie postępowania, powtarzanie czynności, która de facto miała miejsce (Odwołujący się przedłożył swoje wyjaśnienia, a Zamawiający wziął je pod uwagę).

11

Wyjaśnienia Odwołującego się znalazły się również w uzasadnieniu jego protestu, niemniej jednak również one nie wykazały, że skład zarządu Odwołującego się jest inny niż wynika z przedstawionego dokumentu urzędowego - odpisu z KRS. Stąd, zarzut braku zażądania wyjaśnień, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jest zarzutem niezasadnym, zmierzającym wyłącznie do przedłużenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający zwraca również uwagę, że problem wykazania, jaki jest skład zarządu Odwołującego się, zaistniał w przedmiotowym postępowaniu już na etapie złożonego przez Odwołującego się protestu na zapisy SIWZ (protest z dnia 8 sierpnia 2008 roku). Już wtedy Odwołujący się nie przedstawił Zamawiającemu dokumentów, z których wynika, że osoba, która podpisała pełnomocnictwo do złożenia protestu, pomimo jej nie wpisania do KRS, wchodzi w skład zarządu Odwołującego się.

Zamawiający podnosi, że aby wszcząć procedurę wyjaśniającą powinien mieć argumenty, z których wynika, że cena oferty może być ceną nierealistyczną, co grozi nierzetelnym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Faktem jest, że Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 23.946.859,86 (netto) i zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia maksymalnie kwotę 29.215.169,03 zł. Zamawiający dokonał swojego szacunku z należytą starannością, kierując się danymi historycznymi, tj. kosztami ponoszonymi dotychczas przez poszczególne jednostki administracji państwowej za świadczenie przedmiotowych usług. Zamawiający jednakże zakładał, że poprzez przeprowadzenie postępowania na świadczenie usług dla 46 JAP, na okres 4 lat, uzyska „efekt skali” i osiągnie oszczędności w tym zakresie, tj. że zaoferowane przez wykonawców ceny będą niższe niż dotychczasowe i tym się kierował wszczynając niniejsze postępowanie. Zamawiający nie mógł jednak arbitralnie założyć, jak duże będą to oszczędności. Nie bez znaczenia jest fakt, że nie istnieją żadne „oficjalne” cenniki operatorów usług telekomunikacyjnych, dotyczące zamówień o tak dużym wolumenie ruchu, a Zamawiający, jako podmiot nie zajmujący się profesjonalnie rynkiem usług telekomunikacyjnych nie ma szczegółowej wiedzy na temat dynamicznie zmieniających się kosztów tych usług.

Zamawiający podkreśla również, że art. 32 ust. 2 ustawy Pzp zakazuje Zamawiającemu zaniżania wartości zamówienia - dlatego Zamawiający dokonał szacunku na podstawie jedyńskich obiektywnych danych, jakie posiadał - wartości historycznej. Okazało się, że poprzez „efekt skali” (połączenie 46 Zamawiających i bezprecedensowy wolumen ruchu) ceny większości wykonawców są znacznie niższe niż dotychczasowe.

12

Zatem, odnosząc „mechanicznie”, jak wskazuje Odwołujący się, ceny ofert do wartości szacunkowej zamówienia i kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia Zamawiający byłby zobowiązany wezwać do przedstawienie wyjaśnień dotyczących ceny trzech z czterech wykonawców, w tym Odwołującego się. Należy zauważyć, że cena oferty Odwołującego się, podobnie jak cena oferty PTK Centertel Sp. z o.o. jest niższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o około 17.000.000,00 zł, co Odwołujący się pomija.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający stwierdził, że powinien porównać ceny złożonych ofert pomiędzy nimi, a nie tylko z własnym szacunkiem. Prawdliwość przyjętego rozwiązania potwierdza orzecznictwo. Należy przy tym zauważyć, że różnica w cenach przedstawionych przez Polkomtel S.A. i Odwołującego się to około 2.500.000 zł, co biorąc pod uwagę skalę zamówienia oraz charakter świadczonych usług, nie jest różnicą znaczną.

W przedmiotowej sprawie brak jest podstaw by stwierdzić, że cena oferty Polkomtel S.A. skalkulowana została poniżej kosztów świadczenia usług, a tym bardziej, że utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do rynku, czy też że została złożona w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Podkreślenia wymaga fakt, iż na rynku usług telekomunikacyjnych bardzo

często spotyka się oferty „instalacji za złotówkę”, darmowych rozmów do kilku osób”, co nie budzi sprzeciwu urzędów kontrolnych, w szczególności Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Nawet, jeżeli oferta zawiera w poszczególnych pozycjach niższe ceny jednostkowe od innych Wykonawców, nie stanowi to dowodu, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - przeciwnie świadczy to o istnieniu na rynku realnej, uczciwej konkurencji.

Zamawiający zauważa, że w wielu pozycjach sam Odwołujący się, zaoferował Zamawiającemu ceny jednostkowe 0,01 zł (opłata za SMS, opłata za MMS, wszystkie telefony komórkowe, modemy do bezprzewodowego dostępu do Internetu), a w proteście wybiórczo wybrał tą pozycję cenową konkurenta (abonament za świadczenie usług transmisji danych - 0,01 zł), w której jego oferta jest tańsza. Zamawiający zwraca uwagę, że w ofercie PTK Centertel Sp. z o.o. cena za ww. usługę określona została również jako 0,01 zł. Ponadto Odwołujący się formułując omawiany zarzut nie wskazuje, jaka jest wysokość tych kosztów, gdyż wie, że opłata abonamentowa nie stanowi odzwierciedlania kosztów wytworzenia usługi, które wprost nie występują, ale jest jednym z licznych i wzajemnie kompensowanych elementów oferty, której poziom zależy od podjętej przez wykonawcę strategii budowania ceny oferty.

13

Jak wynikało z SIWZ, Zamawiający to Centrum Obsługi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów działające w imieniu i na rzecz Jednostek Administracji Publicznej wymienionych w załączniku nr 1 do SIWZ. W Załączniku tym początkowo znalazło się 44 JAP, niemniej jednak w załącznikach nr 5 i 6 do SIWZ wymienionych było 46 JAP.

W dniu 21 sierpnia 2008 roku Zamawiający przekazał wszystkim Wykonawcom, na podstawie art. 38 ust 4 ustawy Pzp, modyfikację SIWZ i zamieścił ją na stronie internetowej. Zamawiający zmienił Załącznik nr 1 do SIWZ, poprzez dodanie dwóch dodatkowych Jednostek Administracji Publicznej, tj. Urząd Komitetu Integracji Europejskiej oraz Centrum Obsługi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, uwzględnionych od początku w Załącznikach nr 5 (Ilości kart SIM telefonii komórkowej i kart SIM do transmisji danych) i 6 (Daty zakończenia dotychczasowych umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych) do SIWZ. Wskazana modyfikacja stanowiła więc jedynie korektę nieścisłości w SIWZ, co może się zdarzyć, nawet najbardziej starannemu Zamawiającemu. Nie jest więc prawdą, jakoby w postępowaniu doszło do zmiany podmiotowej po stronie Zamawiającego. Możliwość dokonania modyfikacji SIWZ wynika wprost z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp i nie stanowi naruszenia zasad uczciwej konkurencji, a tym bardziej naruszenia, które miałyby skutkować nieważnością zawartej umowy, szczególnie że brak przedmiotowych JAP w Załączniku nr 1 do SIWZ nie mógł mieć wpływu na kalkulację ceny i złożenie przez Wykonawców ważnej oferty. Jednostki te były, jak wyżej wskazano, wymienione w Załącznikach Nr 5 i 6 do SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego się, zgodnie z którym „nie jest do końca jasne, jaki charakter ma przedmiotowe postępowanie”, Zamawiający wyjaśnia, że informacja ta została zawarta w SIWZ, gdzie jako Zamawiającego wskazano Centrum Obsługi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów działające w imieniu i na rzecz Jednostek Administracji Publicznej wymienionych w Załączniku nr 1 do SIWZ. Skoro wykonawca miał w tym zakresie wątpliwości, mógł zwrócić się do Zamawiającego z odpowiednim zapytaniem, czego nie uczynił. Zamawiający ponadto podnosi, że czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jako w czynności cywilnoprawne, mogą być dokonane przez pełnomocnika, co wynika nie tylko z art. 14 ustawy Pzp, ale też art. 15 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający może powierzyć przygotowanie lub przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający mogą wspólnie przeprowadzić postępowanie i udzielić zamówienia, wyznaczając spośród siebie zamawiającego upoważnionego do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w ich imieniu i na ich rzecz.

14

Tym niemniej przedmiotowy zarzut jest spóźniony i podlega odrzuceniu, jako

wniesiony po terminie. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp protest wnosi się w terminie 7 dni od dnia, w którym powzięto lub można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Informacja o modyfikacji SIWZ przekazana została wykonawcom w dniu 21 sierpnia 2008 roku, zatem termin na wniesienie protestu w tym zakresie upłynął, a protest podlega obligatoryjnemu odrzuceniu, na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp.

Zamawiający nie zgadza się również ze stwierdzeniem, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp. Najlepszym dowodem, że takie naruszenie nie miało miejsca jest fakt, że w postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców i każdy z nich uznał przekazane informacje za wystarczające do sporządzenia oferty.

Przede wszystkim jednak Zamawiający wskazuje, że omawiany zarzut Wykonawcy jest spóźniony i podlega odrzuceniu, jako wniesiony po terminie. Zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp protest dotyczący postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), wnosi się w terminie 14 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, co miało miejsce w dniu 28 lipca 2008 roku. Zatem termin na wniesienie protestu na zapisy SIWZ upłynął i protest podlega obligatoryjnemu odrzuceniu, na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i dnia 6 października 2008 r. wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście. Dodatkowo Odwołujący się zwraca uwagę, że Zamawiający wezwał Odwołującego się do uzupełnienia dokumentów dotyczących niekaralności byłych członków zarządu, natomiast wykluczył Odwołującego się z postępowania na podstawie braku dokumentów potwierdzających zmianę w składzie zarządu Odwołującego się. Wyraźnie widać więc, że pomiędzy treścią wezwania a podstawą wykluczenia Odwołującego się zabrakło łącznika, w postaci wezwania Odwołującego się do wyjaśnienia treści dokumentów potwierdzających zmianę składu zarządu, lub też do ich uzupełnienia. Zamawiający nie wezwał bowiem Odwołującego się do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zmiany w składzie zarządu Odwołującego się, nie wskazał zakresu, w jakim należy te dokumenty uzupełnić, ani też nie wezwał Odwołującego się do wyjaśnienia treści złożonych dokumentów. Ponadto, Odwołujący się załącza do odwołania wniosek z dnia 2 listopada 2006 r. o zmianę danych Odwołującego się w rejestrze (którym wniesiono m.in. o wykreślenie z rejestru danych Tadeusza Mirosława K.) oraz pismo procesowe Odwołującego się z dnia 14 maja 2007 r. (którym wniesiono m.in. o wykreślenie z rejestru danych Wilhelma Heinricha S.), Protokół z posiedzenia Rady Nadzorczej Odwołującego się z dnia 5 września 2006 r. (wraz z listą

15

osób obecnych na tym posiedzeniu) oraz Protokół z posiedzenia Rady Nadzorczej Odwołującego się z dnia 27 marca 2007 r.

W zakresie naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający kwestionuje imperatywny charakter przepisów prawa, powołując się na własną interpretację celowości nakazanych przez te przepisy czynności. Stanowi o tym chociażby argument powołany przez Zamawiającego, że wzywając Polkomtel S.A do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, musiałby wezwać do podobnych wyjaśnień pozostałych wykonawców

W przedmiocie zaoferowania przez Polkomtel S.A. ceny dumpingowej, Odwołujący się zauważa, że fakt zaoferowania za dostarczenie 1185 modemów i 31 111 abonamentów za dostęp do Internetu za łączną cenę 394,01 zł jest faktem na tyle oczywistym, iż powinien on wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, co do prawidłowości zaoferowanej ceny, w świetle przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Okoliczności tej nie podważa fakt zaoferowania przez innych wykonawców, w innych postępowaniach, cen na podobnym poziomie, w odniesieniu do wybranych usług. Istotnie, Odwołujący się w odrębnych postępowaniach przetargowych oferował z tytułu określonych usług ceny na poziomie 0,01 zł lub nawet 0 zł, jednakże cena tych usług była zawsze bilansowana w cenie innych usług lub dostawy urządzeń. Odwołujący się zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że na rynku usług telekomunikacyjnych powszechnie stosuje się praktykę świadczenia określonych usług za minimalną cenę lub nawet -teoretycznie- bez wynagrodzenia, jednak w praktyce ceny świadczenia tych usług są bilansowane w cenie

innych, oferowanych jednocześnie usług. Bilansowanie cen urządzeń z ceną świadczonych usług, czyli niejako „odzyskiwanie” zaniżonej przy sprzedaży ceny urządzenia (telefonu, modemu), w cenie świadczonych w ramach abonamentu usług transmisji głosu lub danych, istotnie, jest przyjęte na rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych. W przypadku oferty Polkomtel S.A. byłoby to możliwe, gdyby dostarczane w ramach umowy telefony i modemy pochodziły od jednego producenta. Jednak z informacji zamieszczonych na stronach internetowych Polkomtel S.A. wynika, że Wykonawca ten oferuje modemy i telefony różnych producentów. Ponadto „bilansowanie” cen, o którym wspomina Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, polega na takim powiązaniu produktów czy świadczeń ze sobą, by nie była możliwa rezygnacja przez nabywcę z „droższej” usługi, przy równoczesnym pozostawieniu sobie „tańszego” produktu (klasycznym przykładem jest obowiązkowo dwuletni abonament przy zakupie aparatu telefonicznego za np. 1 grosz). W omawianej sytuacji żadna taka zależność nie występuje - jeżeli Zamawiający rozwiąże umowę o świadczenie usług łączności głosowej, równocześnie pozostanie związany umową o świadczenie usług transmisji danych oraz nabędzie 1185 modemów, za łączną kwotę w wysokości 394,01 zł.

16

W przedmiocie unieważnienia postępowania Odwołujący się podnosi, iż okoliczność umieszczenia określonego podmiotu w załączniku do SIWZ, określającym posiadaną przez Zamawiającego ilość kart SIM, nie zmienia faktu, że podmiot ten nie został w SIWZ określony jako podmiot, na rzecz którego prowadzone jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca nie ma obowiązku dociekać, w jaki sposób posiadana ilość kart SIM kształtuje podmiotowość Zamawiającego. Ponadto, Odwołujący się zauważa, że fakt złożenia ofert przez czterech wykonawców nie jest dowodem na poprawność opisu przedmiotu zamówienia, ani też dowodem na wybór prawidłowego trybu udzielenia zamówienia publicznego.

Dnia 15 października 2008 r. PTK Centertel Sp. z o.o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się w zakresie wskazanym w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 23 października 2008 r. Polkomtel S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, w którym wskazuje, że skoro Odwołujący się nie obalił domniemania prawdziwości wpisów w dokumencie urzędowym, jakim jest odpis z rejestru przedsiębiorców KRS, musiał zostać wykluczony z postępowania.

Zamawiający był, zdaniem Zamawiającego, uprawniony do porównania cen w złożonych ofertach, a nie tylko z własnym szacunkiem (dokonanym na podstawie danych z sektora komercyjnego na bardzo dynamicznie zmieniającym się rynku, gdy z założenia ceny w sektorze publicznym są znacząco niższe od cen na rynku komercyjnym). To porównanie doprowadziło do wniosku, iż żadna z ofert złożonych w postępowaniu nie uzasadnia prowadzenia postępowania przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy złożyli w postępowaniu oferty znacznie niższe od szacowanej wartości zamówienia, przy czym należy wyraźnie podkreślić, że cenowy kształt tych ofert jest bardzo zbliżony. Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny jest zatem bezpodstawny.

W zakresie zarzutu, iż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, Polkomtel S.A. wskazuje na stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie wyrażone w wyroku z dnia 30 kwietnia 2003 r. (sygn. akt V Ca 522/03), dla oceny czy oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, należy mieć na uwadze wszystkie jej elementy łącznie, a nie rozpatrywać te kryteria w sposób od siebie niezależny. Sztuczne dzielenie przez Odwołującego się zamówienia na części, jest zatem nieuzasadnione w świetle obowiązujących przepisów, a kalkulacja biznesowa całości oferty Polkomtel S.A., przeprowadzona w oparciu o całą dostępną wiedzę na temat użycia usług telefonii komórkowej w sektorze publicznym, z zachowaniem odpowiedniej metodologii i procedur rentowności transakcji Polkomtel S.A. oraz z zachowaniem najwyższej staranności

17

w obliczeniach, prowadzi do wniosku, że zaoferowany poziom cen nie jest skalkulowany poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia. Jest to jedynie wynikające z istoty konkurencji działanie Polkomtel S.A. mające na celu zapewnienie uzyskania zamówienia. Stosownie do

treści art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93) w związku z art. 14 i 188 ust. 1 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. W sprawie niniejszej, ciężar ten spoczywa zatem na Odwołującym się, który nie udowodnił stawianych tez. Złożenie wraz z odwołaniem regulaminów promocji Polkomtel S.A., nie ma żadnego znaczenia z punktu widzenia stawianych zarzutów. Na marginesie wskazać jedynie należy, że błędne są twierdzenia Odwołującego się, iż Polkomtel S.A. nie oferuje telefonów tego samego producenta, co modemów. Oferowane aparaty telefoniczne pod nazwą handlową „Plusfon” są wyprodukowane przez producenta modemów - Huawei. Odwołujący się abstrahuje od kluczowego w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. skutku działania, jakim jest dążenie do eliminacji innych przedsiębiorców na rynku. Nie można utożsamiać jednostkowego klienta (jakim jest Zamawiający) z całym rynkiem. Innymi słowami, nie można uznać za czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na eliminacji innego przedsiębiorcy, zaoferowania określonych towarów lub usług nawet poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia, jeżeli jego bezpośrednim następstwem nie jest chęć wyeliminowania danego przedsiębiorcy z rynku, zwłaszcza, że jest to typowa praktyka rynkowa przynajmniej czterech operatorów sieci komórkowych. Subsydiowanie telefonów, w oparciu o kalkulację biznesową całości transakcji, jest powszechnym zjawiskiem. Ceny telefonów komórkowych nawet na rynku detalicznym oscylują od 1 grosza do 1 złotego i 22 groszy w większości ofert. Podobnie jest z usługami. Operator (wykonawca) zawsze liczy całość kosztów i przychodów z transakcji, a rozłożenie ciężaru cen wynika z polityki marketingowej lub - jak w przypadku przedmiotowego postępowania - z dążenia do uzyskania jednostkowego zamówienia. Argumentacja, iż w obecnych warunkach gospodarki w Polsce takie działania są niedozwolone, prowadziłyby do wniosku, iż zawsze zaoferowanie towaru lub usługi na niższym poziomie niż oferuje dotychczasowy wykonawca stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji. Taki wniosek jest absurdalny. Z uwagi na treść art. 187 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp odwołanie w zakresie zarzutu nr 7 (naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo zmiany podmiotowej Zamawiającego) oraz nr 8 (art. 29 ust. 1 ustawy Pzp przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób uniemożliwiający ustalenie zakresu zamówienia) podlega odrzuceniu, ewentualnie zarzuty powinny pozostawione być bez rozpoznania.

18

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron i uczestnika postępowania na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. W istocie z KRS wynika, że członkami zarządu Odwołującego się są: p. Wilhelm S., p. Tadeusz K., p. Tomasz H., p. Klaus T. W związku z powyższym i w świetle wymogu określonego w Sekcji V, pkt 6 SIWZ, Zamawiający miał prawo oczekiwać, że Odwołujący się dostarczy dla wymienionych osób, aktualną informację z KRK albo równoważne zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Tymczasem w ofercie Odwołującego się znalazły się informacje z KRK dotyczące: p. Tomasza H., p. Klaus T., p. Klaus H., p. Brunona J., p. Jensa B. W tych okolicznościach, Zamawiający, pismem z dnia 9 września 2008 r., wezwał Odwołującego się na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia żądanych dokumentów odnoszących się do: p. Wilhelma S. oraz p. Tadeusza K. W odpowiedzi z dnia 12 września 2008 r. Odwołujący się wyjaśnił jedynie, iż powodem braku zaświadczeń dla wymienionych osób jest fakt, że osoby te mocą uchwał rady nadzorczej Odwołującego się zostały odwołane z pełnienia funkcji członka zarządu (na dowód czego przedstawił potwierdzone notarialnie kserokopie przedmiotowych uchwał) i wskazał aktualny skład zarządu. Jednocześnie Odwołujący się w tym samym dniu złożył wniosek o przedłużenie terminu do dostarczenia brakujących dokumentów, zobowiązując się jednocześnie do ich dostarczenia do dnia 15 września 2008 r., czego nie uczynił. Pismem z dnia 17 września 2008 r. Zamawiający poinformował Odwołującego się o wykluczeniu z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazuje, iż przedstawione uchwały nie mogą stanowić

podstawy do oceny, że wskazanych członków zarządu odwołano w sposób prawidłowy, jak również nie dołączono uchwał, na podstawie których powołano nowych członków zarządu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie sposób pominąć faktu, że zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za określone w przedmiotowym przepisie przestępstwa. Z treści wskazanego przepisu wynika jednoznacznie, że weryfikacji podlegają osoby, które w istocie wchodziły w skład zarządu osoby prawnej. Zamawiający w niniejszym postępowaniu przyjął, że rozstrzygające znaczenie dla określenia składu zarządu ma aktualny odpis z KRS, który jako dokument urzędowy, stanowi dowód tego co zostało w nim zaświadczone, a dane wpisane do Rejestru korzystają z domniemania prawdziwości (art. 17 ust. 1 ustawy o KRS). Jakkolwiek należy

19

zgodzić się z Zamawiającym, że zarówno z treści wskazanego przepisu, jak z przepisów art. 14-16 ustawy o KRS wynikają pewne rygory i domniemania prawne, to służą one jedynie zapewnieniu pewności i bezpieczeństwa obrotu i składają się na domniemanie wiary publicznej rejestru. Jednakże zwrócić należy uwagę, że żaden przepis prawa nie stanowi, iż do reprezentowania osoby prawnej uprawnione są tylko te osoby, które w takim charakterze figurują w KRS. Stanowisko powyższe potwierdza również orzecznictwo, m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 5 lipca 2006 r. (sygn. akt IACa 167/06). Skoro zatem przepis art. 24 ust. 8 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek zweryfikowania we wskazanym zakresie informacji o urzędujących członkach zarządu, to z pewnością intencją ustawodawcy było pozyskanie wiadomości o osobach, które w rzeczywistości pełnią funkcję członka zarządu. W świetle wskazanego przepisu i wobec oświadczenia Odwołującego się z dnia 12 września 2008 r. Zamawiający nie może pozostać obojętny na stwierdzenie, że skład zarządu jest inny niż wynika to z KRS. Nie sposób bowiem pominąć faktu oświadczenia wiedzy Odwołującego się. Zamawiający zaś mimo, że takie oświadczenie przyjmuje i zdaje sobie sprawę z deklaracyjnego charakteru wpisu do KRS, to jednak kwestionuje dokumenty, z których ma wynikać skuteczność dokonanych zmian. Po pierwsze, Krajowa Izba Odwoławcza zwraca uwagę, że zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny, nie istnieje żaden argument, który mógłby uzasadniać wyłączenie czy ograniczenie uprawnień organu czy też prokurenta, w przypadku braku wpisu do KRS. Tym bardziej wobec osób trzecich, które wiedzą o przedmiotowej okoliczności. Stanowisko odmienne prowadziłoby do wniosku o konstytutywnym charakterze wpisu w tym przedmiocie (P. Bielski: Glosa do wyroku SN z dnia 20 października 2005 r., II CK 120/05, Prawo spółek 2006, Nr 5). Stanowisko powyższe jest jak najbardziej aktualne na gruncie rozpatrywanej sprawy. Po drugie, brak jakichkolwiek podstaw do twierdzenia, że jedynym dowodem legitymującym status prokurenta jest odpis lub wyciąg z KRS (J. Grykiel: „Skutki wpisu prokury do rejestru przedsiębiorców”, Studia Prawnicze 2007, Nr 4). I to stanowisko znajduje swoją aktualność w niniejszym stanie faktycznym. Prezentowane stanowiska uzasadniają twierdzenie, że Odwołujący się dla wykazania aktualnego składu zarządu mógł posłużyć się oświadczeniem, a kwestionowanie przez Zamawiającego dokumentów składanych na dowód okoliczności, co do której Odwołujący się złożył oświadczenie nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający nie zwrócił bowiem uwagi na fakt, że nie dysponuje narzędziami, które pozwalałyby mu żądać dokumentów w postaci, np. umowy spółki, uchwał oraz regulaminów działania organów spółki. Zamknięty katalog dokumentów został określony przecież w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. W związku z powyższym Zamawiający nie ma prawnych możliwości do przeprowadzenia oceny skuteczności czynności Odwołującego się w postaci powołania czy też odwołania

20

członków zarządu. Skoro tak, to brak również podstaw do twierdzenia, że przesłane z własnej inicjatywy przez Odwołującego się dokumenty (przedmiotowe uchwały rady nadzorczej) nie potwierdzają oświadczenia z dnia 12 września 2008 r. Stanowisko takie naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców. Mielibyśmy bowiem do czynienia z sytuacją, w której wykonawca, który nie przedstawił dokumentów, jakich nie może żądać Zamawiający byłby w lepszej sytuacji niż ten wykonawca, który takie dokumenty przedstawił.

W efekcie należy uznać, że zaświadczenia z KRK przedstawione dla członków zarządu stanowiących aktualny jego skład, potwierdzają w tym zakresie spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym zarzuty naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i § 1 ust. 4 przedmiotowego Rozporządzenia znalazły potwierdzenie, a co za tym idzie również zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy uznać za trafny, gdyż podany został wadliwie jako podstawa prawna wykluczenia. Wskazany przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu lub niezaproszonego do składania ofert. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że przedmiotowa regulacja nie dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Należy bowiem zauważyć, że ustawodawca wyraźnie rozróżnia dwa stany prawne: odrzucenie oferty i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania i uznanie oferty za odrzuconą w trybie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp i dotyczy to przetargu nieograniczonego, zaś w postępowaniach wieloetapowych, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków i ofert, wykluczenie wykonawcy z postępowania nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty, w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W przedmiocie zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, że jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego w przedmiocie spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu powinny być przez Zamawiającego wyjaśnianie. Skoro, jak stwierdzono powyżej, Zamawiający nie ma możliwości żądania dalszych dokumentów i oceny skuteczności zmian w składzie osobowym zarządu Odwołującego się, to jednak może dążyć, zgodnie z zasadą pewności obrotu, do uzyskania oświadczeń, które w sposób jednoznaczny potwierdzą stan, budzący wątpliwości Zamawiającego. Brak skorzystania z przedmiotowej regulacji, z całą pewnością nie może prowadzić do sytuacji, w której tego rodzaju zaniechanie doprowadzi do wykluczenia

21

Odwołującego się z postępowania. Wobec powyższego przedmiotowy zarzut należy uznać za trafny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający kwestionuje imperatywny charakter przedmiotowego przepisu, bowiem nie realizuje czynności, których obowiązek dokonania wynika z powołanego przepisu. Zdaniem Odwołującego się w sytuacji, kiedy istnieje tak istotna różnica między ceną oferty najkorzystniejszej a wartością szacunkową zamówienia, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę, który taką ofertę złożył, a jeżeli zachodzi taka konieczność, również pozostałych wykonawców, do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela przedstawionego stanowiska. Po pierwsze, należy zauważyć, że z treści przedmiotowego przepisu nie wynika, że Zamawiający wdraża postępowanie wyjaśniające w przedmiocie rażąco niskiej ceny w każdym przypadku, a jedynie wtedy gdy może podejrzewać, że oferta taką cenę zawiera. Źródłem tego podejrzenia może być albo wynik własnej analizy Zamawiającego albo argumentacja przedstawiona przez innego wykonawcę. Zamawiający w każdym postępowaniu, ze względu właśnie na treść przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest do dokonywania z własnej inicjatywy analizy ofert pod tym kątem. W przedmiotowym stanie faktycznym, jak wynika z rozstrzygnięcia protestu i rozprawy, Zamawiający takie badanie przeprowadził i dostrzegł dysproporcje pomiędzy wskazanymi wielkościami. Jednakże, w ocenie Zamawiającego, fakt wystąpienia istotnej różnicy między szacunkową wartością zamówienia powiększoną o podatek VAT a ceną oferty najkorzystniejszej, nie stanowi podstawy do wszczęcia postępowania wyjaśniającego, gdyż podobna różnica występuje w przypadku dokonania porównania pozostałych ofert z wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT, ponadto ustalenie wartości szacunkowej zamówienia nastąpiło na podstawie danych historycznych i bez uwzględnienia „efektu skali” (ze względu na brak możliwości określenia tej wielkości). Przedmiotowe okoliczności, zdaniem Zamawiającego, przekładają

się na wystąpienie omawianej różnicy i stanowią o braku podstaw do prowadzenia postępowania wyjaśniającego.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej postępowanie Zamawiającego było słuszne, a wyprowadzony wniosek właściwy. Należy zwrócić uwagę, że ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”, ani nie wskazuje, jakie kryteria należy wziąć pod uwagę dokonując kwalifikacji ceny do wskazanej kategorii pojęciowej. W tym zakresie istotny jest wkład orzecznictwa, z którego Zamawiający skorzystał. Zamawiający dokonał porównania cen ofert z wartością szacunkową powiększoną o podatek VAT, co pozwoliło stwierdzić, iż wysokość cen kształtuje się na poziomie około 30 % oszacowanej przez Zamawiającego

22

wartości. Jednakże Zamawiający na tym porównaniu nie poprzestał, a dokonywał dalszej analizy, co jest jak najbardziej właściwe. Wbrew temu bowiem, co twierdzi Odwołujący się, ograniczenie się jedynie do porównania cen ofert z wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT, nie jest wystarczające. Świadczy o tym treść przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którymi pojęcie „rażąco niskiej ceny” odnoszone jest do przedmiotu zamówienia. Tak więc pogląd Odwołującego się, iż podstawą porównania może być wyłącznie szacunkowa wartość zamówienia nie może być uznany za trafny. W istocie kryterium to może wyznaczać kierunek, może też być brane w pierwszym rzędzie pod uwagę, jednakże w żadnym razie nie może stanowić jedynej podstawy do sformułowania wniosku w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Ustawodawca wskazuje bowiem, że w celu właściwej kwalifikacji ceny należy odnieść ją do przedmiotu zamówienia, wyrażnie więc z tego wynika, że intencją ustawodawcy było dokonanie analizy ceny z uwzględnieniem warunków danego zamówienia. Gdyby bowiem wolą ustawodawcy było odniesienie ceny do jednego, z góry określonego kryterium, czy też kryteriów, biorąc pod uwagę racjonalność ustawodawcy, stworzony zostałby zamknięty katalog cech kwalifikujących cenę jako rażąco niską. Stąd też, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, punktem odniesienia w ramach przedmiotu zamówienia, może być oprócz wspomnianej wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT, również relacja między cenami poszczególnych ofert.

Przyjęcie powyższego stanowiska daje podstawę do stwierdzenia, że brak uzasadnienia dla przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Dokonanie porównania cen ofert z wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT pozwala na stwierdzenie, że ceny ofert w istotny sposób odbiegają od wielkości, z którą są porównywane. Sytuacja ta nie daje jednakże podstaw do przypuszczenia, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, bowiem nie sposób dokonywać rozstrzygnięcia w oparciu o jedno kryterium, o czym była mowa wyżej, tym bardziej, że warunki przedmiotowego zamówienia, w szczególności jego wielkość (wolumen ruchu i czas trwania umowy), wskazywały, że należy się spodziewać w poziomie cen ofert, istotnych odchyłach od szacowanej wartości. Okoliczności powyższej nie sposób było jednak wziąć pod uwagę, skoro jest to pierwsze tych rozmiarów zamówienie w kraju i w tym względzie należy przyznać rację Zamawiającemu, gdyż z faktu tego wynika brak obiektywnych narzędzi pozwalających na uwzględnienie tych szczególnych warunków przedmiotowego zamówienia. Ponadto, nie bez wpływu na wartość zamówienia, a w konsekwencji i na wielkość omawianych odchyłach pozostaje fakt, że Zamawiający dokonywał oszacowania w oparciu o dane historyczne, co mieści się w dyspozycji przepisu art. 34 ust. 1 ustawy Pzp oraz okoliczność, że zgodnie z Sekcją III, pkt 4 SIWZ Zamawiający przewiduje udzielenie, w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, zamówień uzupełniających.

23

Przeprowadzone porównanie nie przynosi więc zamierzonego efektu i absolutnie nie pozwala na przypuszczenie, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Okoliczność zaś, że ceny trzech spośród czterech ofert są znacznie mniejsze od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT pozostaje, w niniejszym stanie faktycznym, bez wpływu na dokonaną ocenę.

W przedmiotowym postępowaniu niezbędne więc pozostaje, odwołanie się do cen pozostałych ofert. Inne bowiem kryteria, jak np. średnie ceny rynkowe, które można by przywołać w ramach odniesienia do przedmiotu zamówienia, w niniejszym stanie faktycznym

nie sposób wziąć pod uwagę, ze względu na brak danych do porównania, o czym decyduje charakter, cechy niniejszego zamówienia. W tym miejscu nie sposób nie zwrócić uwagę na cel przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej regulacja przywołanego przepisu ma za zadanie ochronę Zamawiającego przed sytuacją, w której może dojść do udzielenia zamówienia wykonawcy nie dającemu rękojmi wykonania czy też należytego wykonania zamówienia, ze względu na zaproponowanie nierealnych cen. Porównanie cen ofert w niniejszym postępowaniu służy stwierdzeniu przedmiotowej okoliczności. Krajowa Izba Odwoławcza podziela pogląd ukształtowany w orzecznictwie, że co do zasady należy brać pod uwagę cenę całkowitą, jednakże w powiązaniu z przedmiotem zamówienia. Skoro w niniejszym postępowaniu przedmiotem zamówienia są usługi telefonii komórkowej wraz z dostawą telefonów komórkowych i modemów, nie sposób nie zauważyć, że w żadnej z ofert nie ma niemalże żadnego wpływu na cenę, dostawa urządzeń, które to urządzenia, zgodnie z wymogami Zamawiającego, są niezbędne do rozpoczęcia świadczenia usługi (Zamawiający nie przewiduje bowiem możliwości składania ofert częściowych). Zaoferowanie przez trzech wykonawców, w tym przedmiocie, cen minimalnych, jak również specyfika rynku telefonii komórkowej uzasadnia przypuszczenie, że dostawa będzie zrealizowana należycie. Zaś jeśli idzie o usługi telekomunikacyjne, to analiza ofert również nie pozwala na zajęcie odmiennego stanowiska. Z porównania treści formularzy ofert jasno wynika, że strategia budowania ceny oferty różniła się w odniesieniu do usług telekomunikacyjnych. Odwołujący się skalkulował swoją ofertę w ten sposób, aby zapewnić sobie stały i istotny przychód z abonamentu poza przychodem z połączeń poza Grupą, zaś Przystępujący oparł się niemalże wyłącznie na przychodzie z przedmiotowych połączeń. Na marginesie można jedynie dodać, że abonament jest opłatą związaną z utrzymaniem infrastruktury telekomunikacyjnej, jednakże nie musi stanowić jedyne sposobu ponoszenia wskazanych kosztów. Wskazane różnice w sposobie budowania ceny nie świadczą jednak, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny oferty, a wręcz przeciwnie uzasadniają twierdzenie, że zaoferowane ceny stanowią wyraz konkurencji między wykonawcami. Przyjęte odmienne strategie budowania ceny pozwoliły na różnorodne rozłożenie ciężaru elementów cenotwórczych i w konsekwencji

24

uzyskanie konkurencyjnej ceny. Powyższe nie pozwala na stwierdzenie, że zaproponowana przez Przystępującego cena nie pozwoli na wykonanie zamówienia, czy też budzi wątpliwości co do należytego wykonania zamówienia. I co istotne, argumentacji przeciwnej nie wskazał również Odwołujący się, który ograniczył się jedynie, w kontekście rozpatrywanego zarzutu, do wskazania istotnej różnicy pomiędzy ceną oferty Przystępującego a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT. Tymczasem mechaniczne dokonanie porównania nie pozwala na wyprowadzenie jakichkolwiek wniosków, poza stwierdzeniem dysproporcji, a już tym bardziej nie pozwala na powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości w przedmiocie zaoferowanej ceny i jej kwalifikacji. W tym stanie rzeczy, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, działanie Zamawiającego nie uchybiło regulacji przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W kwestii naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że brak podstaw do uwzględnienia wskazanego zarzutu. Odwołujący się podnosi, że w określonych pozycjach formularza oferty Przystępujący zaoferował ceny dumpingowe. Zdaniem Odwołującego się charakter taki mają ceny jednostkowe za: modemy do bezprzewodowego dostępu do Internetu oraz abonament za pakietową transmisję danych poprzez przedmiotowe modemy. Cena 0,01 zł za wskazane urządzenia, jak i za abonament, w ocenie Odwołującego się, nie pokrywa kosztów zakupu modemów i kosztów świadczenia usług. Powyższe, w opinii Odwołującego się, pozwala na stwierdzenie, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, na podstawie przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.

Stanowisko Odwołującego się jest błędne. Hipotezą przedmiotowego przepisu jest utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Różne są sposoby, które prowadzą do osiągnięcia tego celu i które to działania, w konsekwencji należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący się wskazuje na sprzedaż przez Przystępującego towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia i świadczenia. Jednakże stwierdzenie przedmiotowej okoliczności nie wystarcza do zakwalifikowania danego zachowania jako

czynu nieuczciwej konkurencji. Krajowa Izba Odwoławcza zauważa, że konieczne jest ponadto wykazanie, iż ewentualna transakcja ma na celu eliminację innych przedsiębiorców. Co więcej, zgodnie z poglądami doktryny, warunkiem przesłanki celu określonej w przedmiotowym przepisie jest dysponowanie przez potencjalnego sprawcę potencjałem zdolnym ten zamiar urzeczywistnić (J. Barta i in. „Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz”. Warszawa 1994).

W rozpatrywanym stanie faktycznym Odwołujący się nie wykazał, że działania Przystępującego zmierzają do wyeliminowania Odwołującego się z rynku, a tym bardziej nie wykazał, że pozycja Przystępującego na rynku daje mu realnie takie możliwości. W związku

25

z powyższym bez znaczenia jest dla rozstrzygnięcia w kwestii przedmiotowego zarzutu argument, iż Przystępujący nie ma możliwości bilansowania wskazanych cen w cenach innych usług. W konsekwencji, należy stwierdzić, że brak wywiedzenia wymaganego skutku z czynności w postaci sprzedaży towarów i usług poniżej kosztów wytworzenia, niweczy stawiany zarzut. Rozstrzyganie więc, czy w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia ze sprzedażą usług i towarów poniżej kosztów wytworzenia, staje się w świetle powyższego (art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.), bezprzedmiotowe.

Zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie zasługuje na uwzględnienie. Fakt modyfikacji SIWZ (z dnia 21 sierpnia 2008 r.) w zakresie ilości JAP biorących udział w przedmiotowym postępowaniu w żaden sposób nie przesądza, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym. Wręcz przeciwnie, zapewnienie przedmiotowych usług jest niezbędne dla prawidłowego funkcjonowania JAP, zaś prowadzenie zamówienia w takiej skali, jak wynika z okoliczności sprawy, daje duże oszczędności. Odwołujący się nie wykazał, iż nastąpiła istotna zmiana okoliczności (nie jest nią z pewnością modyfikacja SIWZ), w związku z którą prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia jest wbrew interesowi publicznemu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, brak również przesłanek do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Brak podstaw do twierdzenia, że zwiększenie ilości JAP na rzecz, których prowadzone jest postępowanie, stanowi istotną wadę postępowania skutkującą nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego. W istocie stwierdzić należy, że Zamawiający został wskazany wadliwie. Z treści porozumień, (znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania), zawartych między JAP a Centrum Obsługi Kancelarii Prezesa Rady Ministrów wynika, że każda z tych Jednostek jest Zamawiającym, jednakże na mocy przepisu art. 16 ust. 1 ustawy Pzp upoważniła do przeprowadzenia postępowania i udzielenia zamówienia w jej imieniu i na jej rzecz – CO KPRM. Zamawiającym prowadzącym postępowanie jest Kancelaria Prezesa Rady Ministrów, co potwierdza również pismo p. Tomasza A. – Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, zaś CO KPRM jest podmiotem, który na podstawie § 3 ust. 1 pkt 9 Regulaminu Organizacyjnego CO KPRM przygotowuje i przeprowadza postępowania o udzielenie zamówień publicznych na rzecz Kancelarii, ale może też na mocy ust. 3 świadczyć usługi w tym zakresie na rzecz innych podmiotów. Stąd możliwe było przekazanie kompetencji do prowadzenia postępowania przez innych Zamawiających. Nie zmienia to jednakże faktu, że prowadzącym postępowanie wspólne jest Kancelaria Prezesa Rady Ministrów, w imieniu której działa CO KPRM. Takie ukształtowanie podmiotowości Zamawiającego nie sprzeciwia

26

się przepisowi art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, a fakt wskazania w sposób błędny Zamawiającego nie skutkuje nieważnością umowy, tym bardziej, że CO KPRM, jak wskazano wyżej, dysponuje odpowiednimi pełnomocnictwami do działania, jak również zaciągania zobowiązań w imieniu Zamawiających.

Zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza pozostawiła bez rozpoznania, z uwagi na upływ terminu do jego podniesienia. Zarzut ten w istocie dotyczy postanowień SIWZ i mógł być zgłoszony w proteście w terminie 14 dni od dnia zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej Zamawiającego, tj. od dnia 28 lipca 2008 r.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

27

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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*

28