Sygn. akt: KIO 1344/14

WYROK
z dnia 11 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2014 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2014 r. przez **wykonawcę – Orange Polska S.A, al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Najwyższą Izbę Kontroli, ul. Filtrowa 57, 02-056 Warszawa,**

przy udziale **wykonawcy – T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego,**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę – Orange Polska S.A, al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę – Orange Polska S.A, al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……..……

---

sygn. akt: **KIO 1344/14**

Uzasadnienie

Zamawiający – Najwyższa Izba Kontroli, ul. Filtrowa 57; 02-056vWarszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest *„Świadczenie dla Najwyższej Izby Kontroli usług telefonii komórkowej i usług przesyłu danych wraz z dostawą sprzętu do ich* świadczenia" na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej – ogłoszenie numer 2014/S 116-204818) wraz z publikacją specyfikacji istotnych warunków zamówienia nastąpiło dnia 19 czerwca 2014 roku.

Dnia 30 czerwca 2014 roku wykonawca Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa (dalej „odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny nieuwzględniający wszystkich okoliczności mogących mieć

wpływ na sporządzenie oferty, przez odniesienie opisu przedmiotu zamówienia do czynników zewnętrznych, zmiennych i niezależnych od wykonawcy;
2. Art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na wymóg konfiguracji centrali znajdującej się u Zamawiającego, co stawia w uprzywilejowanej pozycji wykonawcę obecnie świadczącego usługi, oraz poprzez nie uwzględnienie wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty - tj. specyfikacji centrali Zamawiającego;
3. Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję z uwagi na wymóg prezentacji aktualnej numeracji stosowanej przez Zamawiającego, który zgodnie z przepisami prawa telekomunikacyjnego, spełnić może jedynie wykonawca aktualnie świadczący usługi.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o:
1) wykreślenie Roz. 3.3 SOPZ - w zakresie postanowień odnoszących ceny telefonów do zewnętrznych porównywarek cen,
2) zmianę Roz. 6.2 lit. h SOPZ - przez podanie danych centrali, tj. wersji systemu operacyjnego oraz jądra (kernel), wersji oprogramowania Asterisk, typu i modelu ewentualnej istniejącej karty PRA, typu i modelu serwera na którym zainstalowano

Asterisk, plików konfiguracyjnych dla centrali Asterisk (adresacja, dial plan, konfiguracja soft-switch), użytkownika i hasła z uprawnieniami do zarządzania Asterisk, szkicu połączeń sieciowych oraz kablowych (ISDN/PRA) oraz ewentualnych dodatkowych urządzeń podłączonych do Asterisk,
3) wykreślenie postanowień Roz. 6.2 lit. j SOPZ, jako niezgodnych z regulacjami prawa telekomunikacyjnego.

Interes w uzyskaniu zamówienia.
Odwołujący wskazał, że jako wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia, jednocześnie może ponieść szkodę na skutek dokonania przez zamawiającego czynności niezgodnej z ustawą. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, oraz w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję. Uniemożliwia to odwołującemu przygotowanie prawidłowej, konkurencyjnej oferty, a w efekcie uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym, odwołujący uznał, że jest podmiotem upoważnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Dnia 4 lipca 2014 roku, do postępowania odwoławczego – po stronie odwołującego, zgłosił przystąpienie wykonawca T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12; 02-674 Warszawa.

Zamawiający, pismem z dnia 9 lipca 2014 roku (data wpływu do KIO – 10 lipca 2014 roku) złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu

przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Odwołujący wskazał, co następuje.

Zgodnie z Roz. 2.1 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia {dalej „SOPZ", „opis przedmiotu zamówienia"), stanowiącego zał. nr 1 do siwz, Zamawiający przewidział trzy przedziały cenowe dla oferowanych aparatów telefonicznych: grupa A - do 1000 zł brutto, grupa B - powyżej 1000 zł brutto, grupa C1 powyżej 2000 zł, oraz grupa C2 również powyżej 2000 zł brutto (wszystkie wartości odnoszą się do „ceny detalicznej brutto"), Zamawiający przewidział przy tym, zgodnie z Roz. 3.3 ust. 2 SOPZ, że „cena detaliczna brutto" będzie rozumiana jako: „...najniższa cena brutto z jednej z porównywarek cenowych wybranej w podanej kolejności spośród 7 następujących Ceneo.pl, Nokaut.pl, Skąpiec.pl, okazje.info.pl, radar.pl, cokupic.pl, kupujemy.pl, z dopuszczalną tolerancją ceny do ±20% od ceny wskazywanej przez wybraną porównywarkę. Cena ta zostanie zweryfikowana/ustalona w terminie do 5 dni roboczych od dnia otrzymania przez Zamawiającego wykazu telefonów".

Wskazane wyżej postanowienie należy uznać za niezgodne z ustawą w szczególności z uwagi na fakt, że zamawiający zastrzega w Roz. 3.3 ust. 5 SOPZ, iż jeśli oferta nie będzie zgodna z wymogiem, o którym mowa powyżej, oferta zostanie uznana za niezgodną z siwz i jako taka odrzucona. Wynika to z następujących względów.

Po pierwsze, wykonawca nie ma informacji nt. tego, w jaki sposób są ustalane ceny w poszczególnych porównywarkach, co może być szczególnie istotne w przypadku, gdy porównywarki posługują się średnią *arytmetyczną bardzo wrażliwą na skrajne wartości - pojawienie się w porównywarce jednej oferty z ceną znacznie odbiegającą od pozostałych może spowodować, że najniższa cena za dany telefon zaoferowany przez wykonawcę się zmieni w tak dużym stopniu, że mimo, iż dany aparat spełniał kryteria cenowe w chwili sporządzania oferty, nie będzie odpowiadał wymaganiom określonym w Roz. 3.3 pkt 2 SOPZ na etapie badania i oceny ofert. Doprowadzi to w sposób nie możliwy do przewidzenia przez wykonawcę do niezgodności oferty z siwz. Oznacza to, że Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie uwzględnił wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty w opisie przedmiotu zamówienia - odnosząc się do zmiennych wartości cen w porównywarkach, nie wskazał jak te ceny będą się kształtować w okresie, w którym będzie weryfikował oferty wykonawców, stąd wykonawca nie jest w stanie określić dokładnie, które urządzenia (pod względem ceny będą zgodne ze specyfikacją), co jest niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy.*

Po drugie, należy zwrócić uwagę, że cena będzie weryfikowana 5 dni po otrzymaniu wykazu telefonów, a zatem najwcześniej już po otwarciu ofert. Należy zwrócić uwagę, że zmienne i nie przewidywalne ceny w porównywarkach internetowych będą weryfikowane już po terminie otwarcia ofert. Utrudnia to wykonawcy dodatkowo przygotowanie oferty z uwzględnieniem niedookreślonych wymagań Zamawiającego. Im dłuższy bowiem okres od przygotowania i złożenia oferty, tym większe prawdopodobieństwo, że oferta stanie się niezgodna z siwz (z uwagi na możliwe zmiany cen urządzeń - zwłaszcza, że im dłużej urządzenie jest na rynku, tym większe jest prawdopodobieństwo, że jego cena spadnie). Nie można bowiem zapominać, że wykonawca nie musi czekać ze złożeniem oferty do ostatniego dnia terminu składania ofert - może ją złożyć nawet pierwszego dnia po zamieszczeniu ogłoszenia i w efekcie będzie ponosił większe ryzyko niż wykonawcy, którzy złożą ofertę później. Prowadzi to w efekcie również do nierównego traktowania wykonawców i naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Po trzecie, należy mieć na względzie, że w istocie zgodność oferty wykonawcy z siwz nie jest od niego zależna, lecz wynika z cen jakie oferują podmioty trzecie. Ocena zgodności nie będzie się odnosić do oferty wykonawcy, lecz do oferty nieokreślonego podmiotu (nie wiadomo jaki podmiot zostanie wybrany i w której porównywarce), którą to Zamawiający będzie weryfikował pod kątem zgodności ze swoimi wymaganiami i na tej podstawie decydował o ewentualnym odrzuceniu oferty wykonawcy jako niezgodnej z siwz i co należy podkreślić oferty podmiotu trzeciego, której wykonawca nie zna.

Po czwarte wreszcie, należy mieć na względzie, że przez przyjęcie zewnętrznych czynników jako punktów odniesienia przy ocenie zgodności oferty z siwz, należy zauważyć, że de facto treść SOPZ, a w konsekwencji treść całej specyfikacji ulega nieustannym

zmianom i zmiany te będą zachodzić również po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne w świetle *ustawy. Opis przedmiotu zamówienia będzie inny w chwili składania ofert, a inny w chwili wyboru oferty najkorzystniejszej, stąd wykonawcy nie mogą mieć pewności, czy składają ofertę zgodną z siwz.*

Mając powyższe na względzie należy uznać, że *we wskazanym wyżej zakresie opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny i nie uwzględnia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, a przez to jest niezgodny z art. 29 ust. 1 ustawy.*

Zgodnie z Roz. 6 ust. 2 lit. h SOPZ - Zamawiający wymaga, aby wykonawca skonfigurował centralę telefoniczną. Wymaganie to może utrudniać uczciwą konkurencję. Wprowadzenie zmian w centrali przez wykonawcę jako podmiot trzeci może doprowadzić do utraty przez Zamawiającego gwarancji. Nadto, dokładną specyfikację centrali zna jedynie Zamawiający i wykonawca aktualnie świadczący *usługi u Zamawiającego. Prowadzi to do konstatacji,* że *ingerencja w konfigurację centrali, bez utraty gwarancji i zgodnie ze specyfikacją centrali bez*

---

podania specyfikacji centrali jest możliwa jedynie dla wykonawcy aktualnie świadczącego *usługi dla Zamawiającego, co stawia takiego wykonawcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców. Ponadto, postanowienie to nie uwzględnia wszystkich okoliczności niezbędnych do sporządzenia oferty. Wykonawca, aby móc wycenić koszt konfiguracji centrali Zamawiającego musi znać specyfikację tej centrali. Wobec powyższego, należy uznać,* że *postanowienia SOPZ (Roz. 6 ust. 2 lit. h) uprzywilejowują wykonawcę aktualnie* świadczącego *usługi, a przez to mogą ograniczać uczciwą konkurencję, co jest niezgodne z art. 29 ust. 2 Pzp. Przedmiotowe postanowienie nie uwzględnia również wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, co jest niezgodne z art. 29 ust. 1 ustawy.*

Zgodnie z Roz. 6 ust. 2 lit. j SOPZ wykonawca ma zapewnić „możliwość prezentacji numerów stacjonarnych z GZ-NIK., które są podłączone bezpośrednio do centrali w siedzibie NIK w Warszawie (tabela nr 6 pozycja 17), natomiast pozostałe Numery stacjonarne (wymienione zastępowane (tzw. wirtualnymi) numerami stacjonarnymi przyznanymi przez Wykonawcę", Wymaganie to oznacza, że *jeden przedsiębiorca telekomunikacyjny musi prezentować numery znajdujące się w puli numerów innego przedsiębiorcy, co jest niezgodne z przepisami prawa telekomunikacyjnymi. Oznacza to,* że *w praktyce ofertę spełniającą wszystkie wymagania Zamawiającego może złożyć jedynie wykonawca aktualnie* świadczący *usługi u Zamawiającego.*

Wobec powyższego należy, stwierdzić, że *opis przedmiotu zamówienia został sformułowany w sposób mogący ograniczać uczciwą konkurencję.*

Zamawiający wskazał, co następuje.

Nie sposób zgodzić się z zarzutem Odwołującego, co do tego, iż Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny. Należy zauważyć, że *Orange Polska S.A. nie ma wątpliwości, co do samego przedmiotu zamówienia, który został opisany w sposób jasny i nie budzący wątpliwości. Zastrzeżenia Odwołującego dotyczą jedynie kwestii porządkowej, sprowadzającej się do zwymiarowania wartości oferowanych telefonów, celem ich umieszczenia w jednej z grup telefonów. Zgodnie z pkt 2.1. OPZ Zamawiający przewidział trzy grupy zamawianych telefonów. W celu prawidłowego umieszczenia oferowanych przez Wykonawców urządzeń w poszczególnych grupach, niezbędne jest choćby ogólne oszacowanie ich wartości rynkowej (tzw. ceny detalicznej brutto), w celu opisanym w dalszej części niemniejszej odpowiedzi. Należy jednocześnie wyraźnie podkreślić,* że *ceny detaliczne brutto, które będą wskazywane przez Wykonawców w Tabeli parametrów technicznych oferowanego telefonu komórkowego (Załącznik nr 3 do SIWZ), mają pozwolić na jednoznaczne i rzetelne przyporządkowanie oferowanych modeli telefonów do określonych grup (A, B lub C) i nie są tożsame z cena jednostkową brutto, jaką*

Wykonawca wskaże w formularzu ofertowym (załącznik Nr 9 do SIWZ). Zgodnie z aktualną praktyką rynkową operatorów telekomunikacyjnych cena jednostkowa brutto oferowanych telefonów wynosi zazwyczaj 1 (słownie: jeden) zł. Ceny detaliczne brutto telefonów komórkowych nie wpływają zatem na końcową cenę oferty Wykonawcy.

Trudno także zgodzić się z zarzutem, że zaproponowany przez Zamawiającego sposób wartościowego przypisania poszczególnych telefonów do poszczególnych grup modeli telefonów stanowi naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów Prawa zamówień publicznych. Zamawiający, w celu urealnienia wartości oferowanych modeli telefonów, przewidział jedynie sposób postępowania nakładający na Wykonawców konieczność odniesienia wartości oferowanych telefonów (ceny detalicznej brutto) do ich wartości rynkowej. Jednocześnie duża tolerancja (+/- 20 %) dla wskazywanej przez Wykonawców wartości telefonów stwarza znikome ryzyko po stronie Wykonawców w określeniu takiej wartości (ceny detaliczne brutto). Zamawiający podkreśla, że w OPZ przewidział, że będzie brał pod uwagę najniższą a nie jak twierdzi Odwołujący, średnią *cenę detaliczną brutto telefonów. Biorąc pod uwagę możliwe zmiany cen, od momentu złożenia oferty do momentu weryfikacji (weryfikacja wszystkich ofert nastąpi tego samego dnia), Zamawiający celowo założył 20% próg tolerancji ceny. Z dotychczasowych obserwacji cen aparatów telefonicznych wynika, że nie podlegają one skokowym zmianom, a zatem przyjęta tolerancja jest w ocenie Zamawiającego wystarczająca, aby nie doszło to sytuacji opisywanej przez Wykonawcę w odwołaniu. Dla wykazania braku podstaw do formułowanych przez Odwołującego obaw, co do możliwości rzetelnego wskazania cen detalicznych brutto oferowanych telefonów przy wykorzystaniu jednej ze wskazanych w SIWZ porównywarki (ceneo.pl), Zamawiający załącza do niniejszej odpowiedzi porównanie cen przykładowego telefonu Samsung Galaxy S III (S3) Mini GT-18190 z dnia 4 lipca br. i z dnia 9 lipca br. Porównanie to wskazuje na minimalną zmianę wartości najniższej ceny telefonu tj. spadek ceny o 95 groszy. Kształtując kwestionowane przez Odwołującego rozwiązanie Zamawiający chciał obiektywne odnieść się do ceny rynkowej telefonu, a nie ceny z cennika operatora, która io cena niejednokrotnie potrafi być wielokrotnie wyższa niż rynkowa. Przykładem może oferta na wymianę telefonów w grupie C, jaką obecny wykonawca złożył Zamawiającemu w związku z realizacją aktualnie obowiązującej umowy na* świadczenie *usług telefonii komórkowej. Telefon Samsung S lii mini wyceniony został przez Wykonawcę na kwotę 2.950,77 zł brutto, podczas gdy jego cena rynkowa wynosiła wtedy około 800-900 zł. Daje to ponad 3 krotną różnicę w cenie aparatu (wyciąg z oferty w załączeniu). Przeprowadzona przed rozprawą ponowna weryfikacja pokazuje, że ta różnica uległa jeszcze większej zmianie. Cena wg. cennika „Warunki Oferty Promocyjnej „Telefony i urządzenia bez umowy - Oferta specjalna w T-mobile" (wyciąg w załączeniu) dla tego telefonu wynosiła 3,270,57 zł brutto, podczas gdy cena rynkowa wg, jednej z porównywarek cen (ceneo.pl) kształtuje się*

---

na poziomie poniżej 600 zł. Ponadto, biorąc pod uwagę szybki postęp technologiczny, trudne, a wręcz niemożliwe jest określenie jakimi parametrami technicznymi będą charakteryzowały się telefony po 2 latach obowiązywania umowy, o czym Zamawiający przekonał się przy okazji realizacji aktualnie obowiązującej umowy. W takiej sytuacji to przede wszystkim parametr cenowy będzie decydował o tym, jakie telefony zostaną zaproponowane Zamawiającemu przy wymianie. Jeżeli nie będzie obiektywnego odniesienia są do cen rynkowych, to Wykonawca będzie miał pełną swobodę w kształtowaniu tych cen, co jak wynikło z opisanej wyżej sytuacji prowadzi do stanu, w którym telefon, który mógł by zostać zaproponowany w grupie A wg, wymagań Zamawiającego, został zaoferowany przez Wykonawcę w grupie C. Akceptowanie przez Najwyższą Izbę Kontroli takiego stanu rzeczy powoduje, iż wydatek publiczny przeznaczony na realizację przedmiotowego zamówienia nie będzie dokonany w sposób zgodny z wymogiem zawartym w art. 44 ust. 3 pkt 1 lit a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.), Zgodnie z treścią tego przepisu wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, Trudna do pogodzenia z tą podstawową zasadą finansów publicznych jest sytuacja, w której Zamawiający godzi się na dostarczanie mu telefonów (np. przy ich wymianie po dwóch latach) o gorszych parametrach technicznych w stosunku do aktualnej oferty rynkowej, na skutek sztucznego kreowania wartości tych telefonów przez poszczególnych operatorów. Biorąc bowiem pod uwagę możliwość swobodnego kształtowania cen, ceny tych samych aparatów telefonicznych u poszczególnych operatorów telekomunikacyjnych mogą i w praktyce różnią się od siebie, niejednokrotnie nawet w znacznym stopniu, Powoduje to, że próba ustawienia progów cenowych, które odpowiadały by cennikom wszystkich operatorów nie jest możliwa lub widełki tych cen musiałyby sięgać nawet 5.000 zł brutto za aparat telefoniczny, co jest ceną stanowczo za wysoką. Z tego

powodu oferty, które operatorzy złożą mogą nie być ze sobą porównywalne. Dlatego też najlepszym, w ocenie Zamawiającego, rozwiązaniem jest odniesienie się do aktualnych cen rynkowych telefonów, na które operatorzy nie mają wpływu. Jednocześnie, biorąc pod uwagę możliwe wahania tych cen, Zamawiający określił tolerancję ich weryfikacji na +/-20%, tak aby nawet w sytuacji, w której uległaby ona dosyć znacznym zmianom nie powodowało to negatywnych konsekwencji dla Wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Przykładowo, dla telefonu, który kosztuje 1.000 zł brutto, widełki takie są bardzo szerokie i wynoszą od 800 do 1200 zł, Biorąc pod uwagę minimalne ruchy cenowe telefonów komórkowych na wskazanych przez Zamawiającego porównywarkach cen, wskazywane przez Odwołującego ryzyko odrzucenia oferty danego Wykonawcy jest znikome.

Nie jest zrozumiały ponadto zarzut Odwołującego, iż „wykonawca nie ma informacji nt. tego w jaki sposób są ustalane ceny w poszczególnych porównywarkach". W ocenie

---

Zamawiającego możliwość śledzenia *i analizowania ruchów cen przewidywanych do zaoferowania modeli telefonów, jest możliwa przez każdą osobę posiadającą dostęp do Internetu, Ponadto pozostawiony przez Zamawiającego luz przy określaniu cen detalicznych brutto (+/- 20%), powoduje, iż nawet pobieżna analiza ruchów cenowych na wyszukiwarkach pozwoli Wykonawcom na wskazanie cen detalicznych brutto, Biorąc pod uwagę także minimalne ruchy cenowe w odniesieniu do najniższych cen telefonów, na wskazanych przez Zamawiającego porównywarkach, wątpliwy jest także zarzut, co do naruszenia przez Zamawiającego obowiązku równego traktowania wykonawców, Zmiany cen telefonów komórkowych na rynku nie mają charakteru nagłego, a zatem każdy z Wykonawców może złożyć wskazać cenę detaliczną brutto nie ryzykując odrzucenia oferty. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, nie doszło w omawianej sytuacji do naruszenia przez niego treści art. 7 ust, 1 oraz 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.*

Przypuszczenia, które Odwołujący przedstawia w odwołaniu w zakresie gwarancji, czy też znajomości konfiguracji centrali przez aktualnego Wykonawcę usług będących przedmiotem postępowania, nie są zgodne ze stanem faktycznym. Zamawiającemu nie przysługują żadne *uprawnienia gwarancyjne do przedmiotowej centrali, Zamawiający nie może zatem utracić prawa, którego w ogóle nie posiada. Ponadto dokładną konfigurację centrali Asterisk znają jedynie administratorzy Zamawiającego, Ze względów bezpieczeństwa jej pełna konfiguracja nie jest nigdy ujawniana podmiotom trzecim. Wykonując prace pod nadzorem administratorów Zamawiającego uzyskują oni tylko taki dostęp, jaki jest niezbędny do realizacji konkretnych prac, Informacje, które zostały zawarte w Rozdziale 6 OPZ są w ocenie Zamawiającego, wystarczające do przygotowania oferty. Zostało to już zweryfikowane w praktyce w poprzednim postępowaniu przetargowym prowadzonym w 2010 r. Treść wymagań w aktualnie prowadzonym postępowaniu jest taka sama, jak w poprzednim. Ponadto Odwołujący na podstawie takich samych wymagań w 2010 r. złożył ofertę, co wskazuje na to,* że *był on w stanie wycenić te prace bez konieczności uzyskiwania dodatkowych danych, których* żąda *w odwołaniu. Ponadto Wykonawca, który został wybrany i aktualnie* świadczy *usługi dla NIK (T-Mobile Polska S.A.) wykonał na podstawie tak samo brzmiących wymagań SIWZ w 2010 r. konfigurację wskazanej centrali z dostarczonymi łączami PRA. Sformułowane w odwołaniu* żądanie *podania np. wersji systemu operacyjnego i jądra (kernel), typu i modelu serwera, czy też informacji na temat innych urządzeń podłączonych do tej centrali, są nadmiarowe i ich znajomość przez Wykonawcę, w ocenie Zamawiającego, nie jest konieczna w celu konfiguracji oprogramowania Asterisk, stanowiącego centralę telefoniczną VOIP do współpracy z łączami PRA. Należy ponadto podkreślić absolutny brak możliwości spełnienia przez Zamawiającego* żądań *Odwołującego, dotyczących ujawnienia w OPZ nazwy użytkownika i hasła dostępu do systemu, czy też szczegółowych plików konfiguracyjnych centrali. Ujawnienie tych danych naraziłoby*

Najwyższą Izbę Kontroli na ogromne ryzyko związane z możliwością włamania do centrali i zmiany jej konfiguracji i np. przechwytywania i podsłuchiwania rozmów prowadzonych przez pracowników NIK. W ocenie Zamawiającego świadczy *to jedynie o braku* świadomości *u odwołującego konsekwencji podania tych informacji, a także o przypadkowości w formułowaniu* żądań *zawartych w odwołaniu, które w związku z tym zasługuje na oddalenie,*

Należy także zaznaczyć, że *oprogramowanie Asterisk, o które została oparta działająca w*

NIK centrala telefoniczna, jest bardzo popularnym oprogramowaniem typu open source (darmowym), z którego korzysta wielu operatorów telekomunikacyjnych, a informacje na jego temat, w tym także pełna dokumentacja, jest publicznie dostępna w Internecie [1] i Wykonawca może się z nią bez problemu zapoznać.

Jednocześnie w odpowiedzi na pytanie nr 8 jakie wypłynęło do Zamawiającego w dniu 27.06.2014 r. Zamawiający potwierdził, że udostępni wszelkie dane potrzebne do rekonfiguracji przedmiotowej centrali.

Nie sposób także zgodzić się z zarzutem naruszenia zasady uczciwej konkurencji, w związku z faktem wcześniejszego skonfigurowania centrali NIK przez dotychczasowego Wykonawcę (T-Mobile Polska SA). Z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, iż każdy opis przedmiotu zamówienia niesie ze sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. W zamówieniach publicznych, nie ma i nie będzie nigdy konkurencyjności absolutnej. Jednym z najbardziej celnych i adekwatnych sposobów oceny dopuszczalności stopnia danego ograniczenia konkurencji jest jego analiza w odniesieniu do „uzasadnionych potrzeb zamawiającego". Celem opisu przedmiotu zamówienia jest umożliwienie zaspokojenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego w warunkach konkurencji, nie zaś umożliwienie wzięcia udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym segmencie rynku (np. wyrok KIO z dnia 14 marca 2014 r., sygn. KIO 380/14). Spełnienie przez Zamawiającego postulatu Odwołującego oznaczałoby konieczność dekonfiguracji dotychczasowej centrali telefonicznej, a co za tym idzie pozbawienie Najwyższej Izby Kontroli możliwości korzystania z połączeń telefonicznych, bądź konieczność specjalnego zakupu nowej centrali, jedynie w takim celu, aby wszyscy uczestnicy postępowania mieli zapewnione absolutnie równe szanse przy ubieganiu się o nowe zamówienie. A zatem zarzut Odwołującego w tym zakresie nie znajduje podstawy w treści art. 29 ust. 1 i ust, 2 Prawa zamówień publicznych, w treści art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych i w świetle *dotychczasowego orzecznictwa KIO i jako taki nie zasługuje na uwzględnienie.*

Zamawiający wymaga usługi prezentacji numerów w identycznym zakresie, jak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonym w 2010 r. Zakwestionowane przez Odwołującego postanowienia OPZ było już przedmiotem odwołania

---

złożonego przez tego samego Wykonawcę w toku wspomnianego postępowania. Wyrokiem z dnia 10 listopada 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła w całości odwołanie Wykonawcy (sygn. akt KIO/2365/10). W stosunku do poprzedniego postępowania treść wymagania nie uległa zmianie. Analogicznie są także zarzuty podnoszone przez Wykonawcę (z tym, że w obecnym odwołaniu Wykonawca powołuje się na ogólne naruszenie Prawa telekomunikacyjnego, podczas, gdy w 2010 r. wskazywał wyraźnie na naruszenie art. 126 ust. 1 tej ustawy). W związku z brakiem zmian faktycznych i prawnych w omawianym zakresie Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie. Zamawiający podkreśla, że wymaga od wykonawców podłączenia siedziby NIK w Warszawie do infrastruktury wykonawcy za pomocą 2 łącz PRA. Podłączenie takie jest aktualnie realizowane przez operatora świadczącego *dla NIK usługi telefonii komórkowej i transmisji danych (T-Mobile Polska S.A), zatem jest technicznie i prawnie możliwe.*

Konieczność zapewnienia zgodnego z zawartym w SIWZ opisem sposobu świadczenia *usług, z punktu widzenia Zamawiającego, jest niezbędna ze względu na:*
a) racjonalność dokonywania wydatków budżetowych, poprzez optymalizację kosztów realizowanych połączeń pomiędzy telefonami stacjonarnymi, a komórkowymi i odwrotnie. Koszty połączeń obsługiwanych przez operatora świadczącego *dla NIK usługi telefonii stacjonarnej są wyższe, m.in. ze względu na konieczność przekazywania ruchu przez tego operatora do operatora sieci komórkowej i ponoszenia z tego tytułu opłat interconnectowych, zawartych w kosztach takich połączeń. Rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego skazuje jednostkę sektora finansów publicznych na konieczność ponoszenia kosztów, których można uniknąć, na rzecz innego operatora niż Odwołujący (tzn. na rzecz Netia SA);*
b) możliwość zapewnienia identyfikacji numeru z którego przychodzi połączenie, gdyż numery te są powszechnie znane przez pracowników i zapewnienie możliwości ich wyświetlania w znaczący sposób usprawnia komunikację pomiędzy nimi;
c) pewność, co do możliwości realizacji tego typu usługi w zakresie siedziby NIK w Warszawie, gdyż jest ona aktualnie świadczona *dla Izby przez jednego z operatorów telefonii*

komórkowej (T-Mobile Polska SA).

Postanowienia SIWZ nie stoją także w sprzeczności z przepisami ustawy - Prawo telekomunikacyjne (zwłaszcza z treścią art. 126 ust. 1 tej ustawy). Zgodnie z tym przepisem Prezes UKE przydziela, w drodze decyzji, numerację, zgodnie z planami numeracji krajowej dla sieci publicznych, przedsiębiorcom telekomunikacyjnym, jednostkom samorządu terytorialnego prowadzącym działalność w zakresie telekomunikacji niebędącym przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi i innym podmiotom na ich wniosek. Tymczasem numery jakie ma zapewnić dla delegatur wykonawca są jedynie tzw. numerami wirtualnymi tzn. numerami które przykrywają numery z delegatur. Nie są to numery nadawane przez Prezesa UKE, nie będą to też numery, którymi Zamawiający będzie się posługiwał na

---

zewnątrz. Analiza przepisów Prawa telekomunikacyjnego wskazuje, że przydzielona przez Prezesa URE numeracja nie ma charakteru absolutnego i może być udostępniana przez poszczególnych operatorów innym operatorom.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Izba popiera stanowisko zamawiającego, podnosząc, co następuje.

Odwołujący podnosząc zarzuty odwołania wskazał na naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, które to naruszenie w ocenie Izby nie nastąpiło. Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo, w sposób dokładny, z duża dozą racjonalności opisał szczegółowo przedmiot zamówienia, który pozwala wykonawcom na złożenie oferty i jej prawidłową wycenę. Odnosząc się do wymogu dotyczącego tzw. „porównywarek cenowych" Izba stwierdziła, że wymaganie zamawiającego cechuje wysoki stopień dbałości o interes społeczny wyrażający się troską o racjonalne wydatkowanie środków publicznych. Opis dokonany przez zamawiającego pozwala bowiem na ocenę, z dużą dozą obiektywizmu, cen proponowanych przez wykonawców, które to ceny muszą być realne i zarazem rynkowe. Dzięki rozwiązaniu przewidzianemu przez zamawiającego, wszyscy uczestnicy rynku zamówień publicznych w zakresie świadczenia usług telefonii komórkowej i usług przesyłu danych wraz z dostawą sprzętu (telefonów) otrzymują jasny przekaz, co do woli zamawiającego w zakresie cen oferowanych telefonów. Żaden z wykonawców nie jest promowany, stawiany w korzystniejszej sytuacji od innego wykonawcy, gdyż zobiektyzowane wykorzystanie porównywarek cenowych uniemożliwia subiektywną, dalece zindywidualizowaną wycenę, odbiegającą od realiów rynkowych, dzięki czemu zamawiający pozostaje w sytuacji pewnej, co do własnej sytuacji, która z kolei umożliwi zamawiającemu racjonalne wydatkowanie środków publicznych, bez ponoszenia zbędnego ryzyka związanego z indywidualną wyceną urządzeń przez operatora. Dzięki bowiem takiemu rozwiązaniu zamawiający ma zagwarantowaną cenę zbliżoną bądź identyczną z cenami obowiązującymi na powszechnie dostępnym rynku telefonów. Obiektywne unormowanie przewidziane przez zamawiającego uniemożliwia wykonawcom zwiększanie cen telefonów w przypadku, gdy zamawiający będzie dokonywał wymiany telefonów. Nadto wskazać należy, że odwołujący nie udowodnił, że rozwiązanie przyjęte przez zamawiającego, może doprowadzić do sytuacji skutkującej odrzuceniem oferty. W szczególności odwołujący nie przedstawił reakcji wyszukiwarek cenowych, na zmienną sytuację na rynku telefonów, która przekraczałaby tolerancję podaną przez zamawiającego wynoszącą =/- 20 %. Dlatego też Izba stwierdziła, że opis dokonany przez zamawiającego pozostaje w zgodzie z obowiązującymi przepisami.

Odnośnie zarzutu nr 2, dotyczącego centrali telefonicznej, Izba stwierdziła uznając za słuszną argumentację zamawiającego, że pewnych informacji technicznych zamawiający nie

---

może przekazać, gdyż ich upublicznienie prowadziłoby do naruszenia zasady poufności prowadzonych rozmów telefonicznych. Wyszczególnienie parametrów posiadanej centrali, wraz z jej zabezpieczeniami prowadzić bowiem może do narażenia na udostępnienie treści rozmów telefonicznych osobom postronnym. Ponadto, jak to wskazał zamawiający, wszelkie urządzenia techniczne związane z centralą gwarantuje zamawiający (pkt 6.2 lit. g SOPZ). Na wykonawcy spoczywa jedynie obowiązek jej konfiguracji w zakresie łączy. Konfiguracja oparta o oprogramowanie ogólnie dostępne i z pewnością znane odwołującemu. Każdy z wykonawców pozostaje w takim samym stopniu związany zakresem konfiguracji, a

profesjonalny podmiot z udziałem pracowników zamawiającego, nie powinien mieć z tym żadnych problemów. Fakt, że dotychczasowy operator posiada już doświadczenie w konfiguracji centrali nie stanowi przesłanki do stwierdzenia nierównego traktowania wykonawców. Jak wskazuje się bowiem w orzecznictwie, nie zawsze i nie wszyscy wykonawcy realizujący dane zamówienie będą w 100 % posiadali ten sam poziom wiedzy, co do realizacji zamówienia, co inni wykonawcy. Naturalna przewaga dotychczasowego wykonawcy zamówienia, nie stanowi bowiem okoliczności świadczących o nierównym, czy nie konkurencyjnym traktowaniu pozostałych wykonawców. Realia rynku, nie zawsze bowiem będą wytwarzały stricte idealny wzorzec konkurencji. Powszechnie wiadomym jest, że jedni wykonawcy, którzy już zdobyli doświadczenie w realizacji analogicznych zamówień będą pozostawali w sytuacji nieco korzystniejszej, niewykluczającej jednak równe traktowanie. Koniecznym jest bowiem stwierdzenie, czy taka sytuacja uniemożliwia czy dyskredytuje pozostałych uczestników rynku. W ocenie Izby z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Odnosząc się zaś do trzeciego z zarzutów, Izba wskazuje, że odwołujący poza ogólnymi twierdzeniami nie przedstawił żadnego dowodu, że będzie zobowiązany do porozumienia się z operatorem publicznej sieci będącej u zamawiającego w zakresie pozyskania numeracji w zakresie grupy zamkniętej. Izba podziela stanowisko zamawiającego, w zakresie numerów dotyczących tzw. „grupy zamkniętej", polegające na twierdzeniu, że w tym konkretnym przypadku odwołujący nie będzie obowiązany do występowania do operatora publicznego (Netia) o zgodę na wykorzystanie numeracji, gdyż zakres numeracji „grupy zamkniętej" takiego wymogu nie zawiera.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: ……