

MAZOWIECKA INSTYTUCJA
GOSPODARKI BUDŻETOWEJ MAZOVIA

Dnia 2020-10-05

Otrzymało
L.dz. 1.02/33.164/P podpis

Warszawa, 2 października 2020 roku

M. Zakrzewska
M. Sz. P. 5.10.2020 v.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17 a, 02-676 Warszawa

Zamawiający:

Mazowiecka Instytucja Gospodarki Budżetowej MAZOVIA
ul. Kocjana 3, 01-473 Warszawa
tel. (22) 328 60 01; fax. (22) 328 60 50
e-mail: m.zakrzewska@igbmazovia.pl

Odwołujący:

Exclusivio Sp. z o.o.
ul. Hoża 86 / 410, 00-682 Warszawa
Osoba do kontaktów:
Karolina Skłodowska Dub
tel. (22) 113 13 13
e-mail: biuro@exclusivio.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu wykonawcy Exclusivio Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanej jako „Odwołujący”) na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm. zwana dalej „ustawą Pzp”) składam niniejszym odwołanie wobec treści ogłoszenia oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego prowadzonym przez Mazowiecką Instytucję Gospodarki Budżetowej MAZOVIA z siedzibą w Warszawie na sukcesywną dostawę kart telefonicznych dla Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOVIA w podziale na cztery części. Numer postępowania 1/09/2020/D.

CU

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- **art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie opisanie zasad równoważności w zakresie możliwości zaoferowania innych kart telefonicznych niż wskazane w dokumentacji przetargowej karty określonych producentów, a także poprzez bezzasadne preferowanie kart określonych producentów w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji;
- **art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie określenia ilości minimalnej (gwarantowanej) zakupywanych kart telefonicznych;
- **art. 91 ust. 2 ustawy Pzp** poprzez wadliwe ustanowienie trzech samodzielnie ocenianych kryteriów cenowych;

i tym samym naruszenie także zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w treści art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosi o nakazanie przez Izbę dokonania zmian postanowień specyfikacji istotnych warunków w zakresie opisanym w dalszej części niniejszego odwołania.

Odwołujący wnosi o przeprowadzenie w toku postępowania odwoławczego dowodów z dokumentów wskazanych w treści niniejszego odwołania. Ponadto Odwołujący wnosi o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z treścią art. 186 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przesłana Zamawiającemu, na dowód czego składam potwierdzenie jej przesłania.

I. Ogłoszenie o zamówieniu.

W dniu 25 września 2020 roku zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 187-449300 ogłoszenie Zamawiającego o wszczęciu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na sukcesywną dostawę kart telefonicznych dla Mazowieckiej Instytucji Gospodarki Budżetowej MAZOVIA w podziale na cztery części. Numer postępowania 1/09/2020/D.

II. Legitymacja do wniesienia odwołania.

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą zainteresowanym złożeniem oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym. Wadliwe sporządzenie dokumentacji przetargowej godzi w nasze uzasadnione interesy oraz skutkuje powstaniem szkody w postaci braku możliwości zawarcia umowy oraz realizacji przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania.

Aut

III. Termin na wniesienie odwołania.

O wszczęciu postępowania przetargowego Wykonawca dowiedział się z ogłoszenia o zamówieniu opublikowanym w dniu 25 września 2020 roku. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie Zamawiającego w tym samym dniu. Odwołujący wniósł zatem niniejsze odwołanie z zachowaniem 10 - dniowego terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Uzasadnienie

Zarzut dotyczący posługiwania się nazwami kart telefonicznych konkretnych producentów.

(1) Zgodnie z treścią punktu III.4 s.i.w.z. (opis przedmiotu zamówienia) w skład przedmiotu zamówienia wchodzi dostawa kart telefonicznych kompatybilnych z aparatami samoinkasującymi zainstalowanymi w miejscach dostarczenia wskazanych przez Zamawiającego obsługującymi karty **typu DoGadania, Telegrosik, Dialtech, Gadka Szmatka, PINK, Phone Tanie Gadanie, White Phone**. Ilość i asortyment poszczególnych kart został określony przez Zamawiającego w załącznikach 2A – 2D do s.i.w.z. w następujący sposób:

- Karta telefoniczna typu DoGadania **lub równoważna;**
- Karta telefoniczna typu Telegrosik **lub równoważna;**
- Karta telefoniczna typu Karta Dialtech, Karta Gadka Szmatka, Karta PINK, Karta Phone Tanie Gadanie **lub równoważna;**
- Karta telefoniczna typu Whitephone **lub równoważna.**

W każdym z powyższych przypadków mamy do czynienia z oznaczeniami wskazującymi na produkt określonego producenta (zastrzeżone znaki towarowe). Przykładowo nazwa Telegrosik jest znakiem towarowym zastrzeżonym przez przedsiębiorcę Galena Sp. z o.o.¹ Nazwa DoGadania to znak towarowy zastrzeżony przez przedsiębiorstwo Ahmes Sp. z o.o.²

(2) Należy przypomnieć, iż zgodnie z treścią art. 29 ust. 3 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia **nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów**. Jedynie w przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, możliwe jest posłużenie się powyższymi określeniami, jednak wraz z dopuszczeniem możliwości zaoferowania równoważnych rozwiązań.

¹ <https://www.tmdn.org/tmview/#/tmview/detail/EM500000003917812>

² <https://www.tmdn.org/tmview/#/tmview/detail/PL500000000394778>

CM

- (3) Zamawiający w treści s.i.w.z. wskazał między innymi, iż podawane przez niego znaki towarowe, marki lub nazwy handlowe służą jedynie określeniu klasy produktu stanowiącego przedmiot zamówienia oraz ustaleniu standardu, a nie wskazują na konkretny produkt lub konkretnego producenta. Ponadto zgodnie z s.i.w.z. wzorcowy model stanowi przykładowy produkt spełniający wymogi Zamawiającego. Niemniej w dokumentacji przetargowej brak jest określenia zasad równoważności dla tak opisanego przedmiotu zamówienia.
- (4) Należy przypomnieć, że³: „W doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż dopuszczając produkt równoważny Zamawiający powinien określić kryteria równoważności, w celu umożliwienia wykonawcom złożenia ważnej oferty oraz zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Jednocześnie nieuprawnione jest działanie Zamawiającego, który z jednej strony dopuszcza produkt równoważny, jednak nie precyzując wymagań, które są dla niego istotne”. Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt KIO 256/14) podkreśla, iż: „Istotne jest przy tym to, aby to rozwiązanie (produkt) równoważne było rozwiązaniem, które nie jest identyczne, ani też tożsame z rozwiązaniem referencyjnym, ale aby posiadało pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry, które zostały przez zamawiającego określone w treści SIWZ. Zamawiający wskazując z jednej strony w SIWZ konkretne rozwiązanie (produkt), a z drugiej strony dopuszczając w tym zakresie możliwość rozwiązania równoważnego, winien określić przynajmniej minimalne parametry albo oczekiwane rozwiązania technologiczne, czy funkcjonalności, które mają być zapewnione przez to rozwiązanie (produkt), a czego niewątpliwie zamawiający nie określił. (...). Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby oferowanie produktów równoważnych w praktyce niemożliwym do spełnienia. Istotne jest przy tym to, że produkt równoważny do produktu, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego funkcjonalności i parametry, które bezwzględnie powinny zostać określone w treści SIWZ”. Precyzyjne określenie równoważności daje bowiem możliwość oceny i porównania złożonych ofert⁴. Zamawiający winien doprecyzować, na czym konkretnie polega możliwość zaoferowania kart równoważnych dla przykładowo karty Telegrosik, czy Tanie Gadanie. Skoro przedmiot zamówienia podzielono na odrębne części poprzez wskazanie różnych typów kart dla danej części (przykładowo DoGadania w części pierwszej oraz Telegrosik w części drugiej) to należy założyć, iż karty wskazane dla poszczególnych części nie są równoważne wobec siebie. Wykonawca nie wie tym samym, czym ma się kierować rozważając możliwość zaoferowania kart alternatywnych do wymienionych z nazwy w dokumentacji przetargowej.
- (5) Zamawiający zastrzegł (punkt III.4.5 s.i.w.z.), iż w przypadku złożenia oferty równoważnej wymagane jest, aby produkt równoważny posiadał identyczne lub lepsze

³ Wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1531/09

⁴ Wyrok KIO z dnia 5 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 867/08

parametry (właściwości), jak produkty wskazane przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia. **W dokumentacji przetargowej nie określono jednak na czym ma polegać możliwość zaoferowania rozwiązań „lepszyc” od produktu referencyjnego.** Nie sporządzono nawet wzoru załącznika Nr 11 do s.i.w.z.- Karta produktu równoważnego, pomimo że dokumentacja przetargowa przewiduje taki dokument. Jak podkreśliła Izba w wyroku o sygn. akt: KIO 1150/11: „*analiza przywoływanej odpowiedzi prowadziła do wniosku, że zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania produktu o parametrach nie gorszych. Nie określił przy tym, co rozumie przez pojęcie „parametry nie gorsze”. W wytycznych Krajowej Izby Odwoławczej słusznie wskazuje się, iż⁵: „wymóg, aby produkt równoważny spełniał wszystkie cechy i parametry właściwe dla danego produktu referencyjnego prowadziłoby do konieczności zaproponowania produktów o identycznych parametrach /według Zamawiającego nie gorszych/, a zatem podważałby sens dopuszczenia składania ofert równoważnych i czyniłby to postanowienie iluzorycznym. Stąd niezwykle istotne jest podanie przez Zamawiającego, na etapie SIWZ parametrów które jego zdaniem są istotne dla oceny, czy dany produkt jest produktem równoważnym /to jest nie gorszym/”. Innymi słowy Zamawiający winien określić dla danego przedmiotu zamówienia, jakie konkretne rozwiązania będzie uważał za nie gorsze (lepsze), jakie są dopuszczalne wartości odstępstwa od parametrów przedmiotu referencyjnego, ponieważ wielkość odstępstw ma istotny wpływ na sporządzenie oferty⁶.*

- (6) **Należy zauważyć, iż norma wyrażona w treści art. 29 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący.** Zatem przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób który charakteryzuje określone produkty konkretnego wykonawcy bez określenia rzeczywistych (weryfikowalnych) zasad umożliwiających zaoferowanie produktów równoważnych. Jak dodaje Prezes UZP - z naruszeniem dyspozycji art. 29 ustawy Pzp będziemy mieć do czynienia w okolicznościach, gdy wskazany w specyfikacji opis przedmiotu zamówienia będzie faworyzował określony produkt kosztem wszystkich pozostałych produktów zdolnych do zaspokojenia potrzeb zamawiającego⁷. **Celem niniejszego postępowania przetargowego (potrzebą Zamawiającego) jest zapewnienie możliwości wykonywania połączeń telefonicznych przez osoby przymusowo przebywające w zakładach karnych oraz aresztach śledczych na terenie kraju.** Istnieje szereg możliwości technicznych zaspokojenia takiej potrzeby – Zamawiający nie wskazał jednak żadnych alternatywnych rozwiązań ograniczając się do wskazania nazw konkretnych kart (w każdej z części) i dopuszczając jedynie pozornie konkurencyjność postępowania dla danej części. Mamy zatem do czynienia z zamówieniem w znaczącej części pozornie konkurencyjnym, w którym dla każdej z części z góry określono jakie ilości kart konkretnego producenta mają zostać dostarczone. **Takie rozwiązanie stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami zamówień publicznych.** Jak zauważono w

⁵ Uchwała KIO z dnia 25 kwietnia 2014 roku, sygn. alt KIO/KD 35-14

⁶ Informacja o wyniku kontroli doraźnej, sygn. UZP/DKD/KND/38/13

⁷ Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 2/2011, str. 8

wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 6 maja 2009 r. sygn. akt: XII Ga 143/09⁸: „Stwierdzić należy, iż przepisy pzp nie nakładają na zamawiającego obowiązku nabycia dostaw czy usług spośród oferowanych przez wszystkie podmioty występujące na rynku, a więc nawet te, które nie mogą wykazać się odpowiednim doświadczeniem w dostawach lub usługach odpowiadających rodzajowo przedmiotowi danego zamówienia. Na gruncie przepisów pzp oczywistym jednak jest, iż zamawiający określając warunki uczestnictwa w postępowaniu nie może czynić tego w taki sposób, aby umożliwić udział w postępowaniu jedynie konkretnemu wykonawcy lub wykonawcom konkretnego produktu”.

- (7) Zamawiający decydują się na przeprowadzenie niniejszego postępowania przetargowego (celem zapewnienia możliwości wykonywania przez osadzonych połączeń telefonicznych) powinien tak opisać przedmiot zamówienia, by nie zamawiać konkretnych (z nazwy wskazanych) produktów, a jedynie rozwiązania umożliwiające zrealizowanie celów niniejszego postępowania. Posługując się znakami towarowymi zgodnie z art. 29 ust. 3 Pzp Zamawiający ma obowiązek rzeczywistego dopuszczenia rozwiązań równoważnych. W dokumentacji przetargowej brak takiego dopuszczenia.
- (8) Należy podkreślić, iż nie istnieje na rynku monopol jakiegokolwiek wykonawcy w zakresie zapewnienia usług telekomunikacyjnych opłacanych kartami telefonicznymi. Zamawiający nie ujawnia dlaczego dokonał wyboru takich, a nie innych kart wraz z przypisanymi do nich ilościami. Niemniej uzasadnieniem dla ograniczenia konkurencyjności postępowania lub też opisanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z treścią art. 29 ust. 2 i 3 Pzp nie mogą być okoliczności na jakie mają wpływ Zamawiający lub też instytucje publiczne na rzecz których on działa (areszty śledcze oraz zakłady karne). Jak słusznie podkreśla Prezes UZP, zamawiający publiczni powinni opisywać przedmiot zamówienia w taki sposób aby wybrane rozwiązanie technologiczne mogło być kompatybilne z innymi dostępnymi na rynku rozwiązaniami, tak aby konieczność udzielenia zamówienia nie powodowała automatycznie konieczności korzystania z rozwiązań technicznych oferowanych tylko przez wybranego uprzednio wykonawcę⁹. Reasumując, mamy do czynienia z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji.
- (9) W naszej ocenie kwestionowane postanowienia s.i.w.z. naruszają zasadę uczciwej konkurencji (art. 29 ust. 2 Pzp), a także godzą w obowiązek dopuszczenia przez Zamawiającego rozwiązań równoważnych w przypadku posłużenia się w opisie przedmiotu zamówienia nazwami produktów dostarczanych przez konkretnego wykonawcę (art. 29 ust. 3 Pzp). Biorąc pod uwagę powyższe wnosimy o nakazanie przez Izbę dokonania zmian dokumentacji przetargowej alternatywnie:
- poprzez doprecyzowanie zasad równoważności dla wskazanych z nazwy kart telekomunikacyjnych konkretnych producentów;
 - poprzez opisanie przedmiotu zamówienia z zaniechaniem posługiwania się nazwami kart telekomunikacyjnych określonych producentów wraz z odwołaniem się do funkcjonalnie ujętych wymagań w zakresie pozyskania przez

⁸ Pozacenowe kryteria oceny ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011

⁹ Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 5/2013, strona 15

uuu

Zamawiającego usługi telekomunikacyjnej dla osób osadzonych w aresztach śledczych oraz zakładach karnych.

Zarzut zaniechania określenia gwarantowanego zakresu udzielanego zamówienia.

- (10) Zgodnie z treścią punktu III.4.4 s.i.w.z.: „Zamawiający informuje, że ilości asortymentu wskazanego w Załącznikach Nr 2A, 2B, 2C i 2D są ilościami szacunkowymi, służącymi do skalkulowania ceny oferty, porównania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykonawcy, z którym zostanie podpisana umowa nie przysługuje roszczenie o realizację dostawy w wielkościach podanych w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik do formularza ofertowego. Zakupy asortymentu dokonane w trakcie realizacji umowy mogą różnić się ilościowo i asortymentowo od tych podanych w Formularzu cenowym, jednak łączna wartość zakupów nie przekroczy całkowitej wartości zamówienia”. Zamawiający dodał także (w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia), iż podane w załącznikach ilości stanowią szacunkowe zapotrzebowanie. Zamawiający zastrzegł sobie prawo rezygnacji z zakupu części produktów wynikającym z braku lub ograniczenia zapotrzebowania oraz zamiany ilości zamawianych produktów w ramach wartości i asortymentu określonego w umowie, w przypadku zmiany potrzeb Zamawiającego.
- (11) Mamy zatem do czynienia z określeniem jedynie wielkości maksymalnej zakresu udzielanego zamówienia (bez określenia poziomu minimalnego, gwarantowanego).
- (12) Niemniej jak konsekwentnie i jednolicie podkreśla się w orzecznictwie zamówień publicznych, **zamawiający powinien każdorazowo określić minimalny poziom zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co pozwala wykonawcom na rzetelne skalkulowanie oferty**, wskazując ewentualnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w kontrakcie okoliczności i stanowi uprawnienie zamawiającego, z którego może, ale nie musi skorzystać¹⁰. **Niedopuszczalna jest praktyka określenia przez zamawiającego jedynie górnej granicy swojego zobowiązania, bez wskazania nawet minimalnej ilości, czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia**¹¹. W piśmiennictwie oraz orzecznictwie zamówień publicznych podkreśla się bowiem, iż jedną z kluczowych informacji na temat przedmiotu zamówienia jest informacja na temat gwarantowanego zakresu udzielanego zamówienia. Przykładowo¹²: „w ocenie Izby, że wykonawca nie wie, jaki najmniejszy gwarantowany mu zakres zamówienia będzie realizował. Zdaniem Izby przewidziana przez zamawiającego możliwość zmiany umowy może doprowadzić do sytuacji, w której w skrajnym przypadku wykonawca w ogóle nie będzie świadczył usługi (...). Przy takich postanowieniach wzoru umowy wykonawczej wykonawca w ocenie Izby nie ma możliwości skalkulowania ceny i pozostaje w

¹⁰ Wyrok KIO z dnia 26 listopada 2014 r. sygn akt KIO 2394/14, Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 6/2014

¹¹ Wyrok KIO z dnia 11 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 22/07 powtórzony w: Przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. UZP, Warszawa 2011 rok

¹² Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2013 roku sygn. akt KIO 827/13

tu

niepewności, co do zakresu świadczenia. W ocenie Izby stanowi to naruszenie art. 29 ust. 1 ustawy i z tego względu Izba nakazała zamawiającemu wykreślenie spornego postanowienia z wzoru umowy wykonawczej". W orzecznictwie sądowym podkreśla się, iż wykonawca musi mieć pewność, że zrealizuje zamówienie w pewnym określonym minimalnym zakresie, co dopiero pozwala mu na skalkulowanie ceny¹³. Niedopuszczalne jest uzależnienie możliwości zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy w części dotyczącej ilości od potrzeby zamawiającego, gdyż zdaniem sądu jest to sformułowanie tak ogólne, że nie stanowi w istocie żadnego realnego ograniczenia (zakres zmniejszenia zamówienia pozostaje dla wykonawców nieprzewidywalny)¹⁴. Wskazuje się także, iż określenie minimalnego poziomu realizowanego zamówienia służy zachowaniu porównywalności składanych ofert: „Rola Zamawiającego jest takie przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, aby było możliwe złożenie przez wykonawców porównywalnych ofert. W tym zakresie istotne znaczenie ma opis przedmiotu zamówienia”¹⁵.

(13) Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do zarzutu niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia ze względu na brak określenia minimalnego zakresu gwarantowanego stwierdza¹⁶: „**Opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element dokumentacji, która jest przygotowana przez Zamawiającego i nie może być on ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenoszący na wykonawców składających oferty ciężar jego dookreślenia**". Jak dodaje KIO¹⁷: „**należy dążyć do minimalizacji tego typu niepewności. Powyższe może być osiągnięte np. przez możliwie jak najdokładniejsze opisanie i zobiektywizowanie kryteriów odstąpienia, umożliwiające ocenę ryzyka jego ziszczenia lub takie ograniczenie jego rozmiarów i zakresu, aby możliwa była jego sensowna wycena przez wykonawcę w ofercie.**” **Przy czym podkreślana wymaga, iż w ocenie orzecznictwa zakres gwarantowany nie może być niższy od zakresu opcjonalnego**¹⁸.

(14) Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Odwołującego mamy do czynienia z opisem przedmiotu zamówienia niejednoznaczny, naruszającym zasady uczciwej konkurencji. Jest to informacja niezbędna dla określenia wysokości ceny (efekt skali). Wnosimy o nakazanie przez Izbę ustanowienia w dokumentacji przetargowej minimalnej (gwarantowanej) ilości kart telefonicznych na poziomie nie niższym niż 60% ilości wskazanej dla danej części zamówienia.

Zarzut wadliwości kryteriów oceny ofert.

(15) Zamawiający w niniejszym postępowaniu ustanowił następujące trzy kryteria cenowe:

- Cena (C)

¹³ Wyrok SO w Warszawie z 13 września 2005 sygn. akt V Ca 1110/04

¹⁴ Wyrok SO w Warszawie z dnia 23.11.2005 r., sygn. akt IV Ca 508/05

¹⁵ Wyrok KIO z dnia 8 listopada 2019 r sygn. akt: KIO 2017/19 KIO 2027/19

¹⁶ Wyrok KIO z dnia 23 lipca 2010 roku sygn. akt KIO 1447/10

¹⁷ sygn. KIO 1207/12

¹⁸ Przykładowo wyrok KIO z dnia 6 września 2012 roku sygn. akt KIO 1807/12, str. 10

uu

- Cena za połączenia krajowe na telefony komórkowe¹⁹ (CK)
- Cena za połączenia krajowe na telefony stacjonarne (CS)

W ocenie wykonawcy tak ustanowione kryteria są nie do pogodzenia z zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 91 ust. 2 Pzp kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia. **Zatem zamawiający obok kryterium ceny lub kosztu może ustanowić inne kryterium pozacenowe, nie zaś dodatkowe kryterium cenowe.** Wadliwym jest zatem ustanowienie w jednym postępowaniu faktycznie trzech kryteriów cenowych. Tak przykładowo Izba w wyroku z dnia 6 lutego 2014 r. sygn. akt: KIO 120/14: *„jeśli zamawiający decyduje się na jedno kryterium oceny ofert, to ma być nim cena brutto oferty (art. 2 pkt 1 w zw. Z art. 2 pkt 5 ustawy), zaś jeśli decyduje się na kryteria najkorzystniejsze ekonomicznie, to jednym z kryteriów ma być cena brutto, a pozostałymi - inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a nie inne kryteria cenowe. Ustawodawca w art. 91 ust. 2 ustawy określił katalog otwarty kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia wskazując przykładowo jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia. Stworzenie jednak katalogu otwartego w ocenie Izby nie może służyć obejściu art. 2 pkt 1 ustawy. Co więcej cena to ekwiwalent przedmiotu zamówienia, a więc nie może być kryterium odnoszącym się do przedmiotu zamówienia”*. Podobnie wyrok KIO z dnia 4 marca 2015 r. sygn. akt: KIO 337/15.

(16) Ustanowienie odrębnych kryteriów cenowych sprzyja wypaczeniu przebiegu postępowania, gdyż umożliwia wykonawcom podejmowanie prób wyzyskania niedoskonałości s.i.w.z. w tym zakresie (naruszona zostanie porównywalność ekonomiczna złożonych ofert). Jak zauważono w opracowaniu UZP²⁰: *„Zamawiający, wprowadzając cenę składającą się z dwóch elementów powinien, dla znalezienia najkorzystniejszej oferty, elementy te zsumować. Nadanie każdemu z tych elementów w SIWZ wagi punktowej spowodowało, że wybór najkorzystniejszej oferty, którą powinna być oferta z najniższą ceną, jest sprzeczny z definicją najkorzystniejszej oferty zawartą w ustawie. Powoduje to, że SIWZ jest wewnętrznie sprzeczna i wybór oferty na jej podstawie prowadziłby w efekcie do nieważności zawartej umowy”*. Podobnie Prezes UZP²¹: *„W toku kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu wskazano, iż podział kryterium cena (100%) na podkryteria, którym przyporządkowano wagi: pozycje 1-8 - waga 40% oraz pozycje 9-10 - waga 60%, nie gwarantował wyboru oferty najkorzystniejszej. Dokonanie odpowiednich przesunięć w poszczególnych pozycjach formularza mogło bowiem doprowadzić do przyznania najwyższej liczby punktów ofercie, która nie była oferta najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż nie gwarantowała zamawiającemu uzyskania świadczenia w zamian za najniższą cenę. Przy tak skonstruowanym kryterium, ocenie podlega w istocie sposób skalkulowania ceny, a nie*

¹⁹ Po uwzględnieniu omyłki pisarskiej.

²⁰ Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych. Polska na tle Unii Europejskiej, UZP, 2010 rok

²¹ Urząd Zamówień Publicznych Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2014 r.

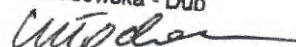
rzeczywista wartość prac oferowanych przez wykonawcę". Innymi słowy największą liczbę punktów w kryterium cenowym zdobyć może nie tyle oferta z najniższą ceną, co oferta z najkorzystniej rozłożonymi cenami jednostkowymi w porównaniu z innymi złożonymi ofertami.

(17) Należy podkreślić, iż nawet jeśli Zamawiający nabywając karty dokonuje zakupu na rzecz użytkowników końcowych (osób korzystających z kart), to nadal także w odniesieniu do cen za połączenia telekomunikacyjne mamy do czynienia z wynagrodzeniem wykonawcy uzyskiwanym w związku z wykonywaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Bez uwzględnienia cen za połączenia nie jest możliwym wybranie w tym postępowaniu oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Niemniej odrębne punktowanie ceny nabycia karty oraz cen za połączenia może prowadzić do wyboru oferty, która obiektywnie nie będzie ofertą najtańszą. Biorąc pod uwagę powyższe, w naszej ocenie wadliwie ustanowiono kryteria oceny ofert.

(18) W naszej ocenie wadliwie ustanowiono kryteria oceny ofert. Wnosimy o nakazanie przez Izbę ustanowienia jednego kryterium cenowego obejmującego sumę poszczególnych cen wymienionych w dokumentacji przetargowej (ceny za kartę oraz ceny za wykonywane połączenia).

Biorąc pod uwagę powyżej przedstawioną argumentację, w naszej ocenie odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Karolina Skłodowska - Dub


Członek Zarządu

Załączniki:

1. informacja z Krajowego Rejestru Sądowego;
2. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości;
3. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.