

Sygn. akt: KIO 1929/14

WYROK
z dnia 6 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 2 października 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2014 r. przez **wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 33**

przy udziale wykonawcy **T-Mobile Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1929/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160 i :**

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup usług telekomunikacyjnych GSM zostało wszczęte przez zamawiającego Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 33 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 lipca 2014r. za numerem 2014/S123-219267.

W dniu 10 września 2014r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. wykonawcy T-Mobile Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12.

W dniu 19 września 2014r. odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia wykonawcy wybranego wniósł Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 160 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 marca 2014r. udzielonego przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 września 2014r.

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż, zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy T-Mobile Polska S.A., która to oferta podlegała odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jako oferta najkorzystniejsza została zatem wybrana oferta, która w ogóle nie powinna być uwzględniona przy dokonywaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu. Stąd, uwzględnienie odwołania i odrzucenie oferty wykonawcy T-Mobile Polska umożliwi odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wniósł o:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Nakazanie odrzucenia oferty T-Mobile Polska jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. Nakazanie przeprowadzenia powtórnej czynności oceny \ badania ofert, oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Oferta T-Mobile Polska - wybrana jako najkorzystniejsza miała cenę ofertową 860.184,84 zł brutto, oferta odwołującego, sklasyfikowana na drugim miejscu miała cenę ofertową 1.408 min zł brutto. Według odwołującego oznacza to, że cena oferty wybranej jako najkorzystniejsza była o blisko 40% niższa od ceny ofertowej odwołującego. Odwołujący zaznaczył, że trzecia oferta złożona w postępowaniu, która została odrzucona z uwagi na zaoferowanie niewłaściwego modelu telefonu, miała cenę jeszcze wyższą niż cena odwołującego (2.4 min zł brutto)

Kwota środków finansowych, jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia wynosi 2.700.000 zł.

W ocenie odwołującego, brak jest okoliczności uzasadniających tak znaczną rozbieżność cen w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia, stąd należy stwierdzić, że oferta wykonawcy T-Mobile Polska zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wynika to z następujących względów.

W pierwszej kolejności odwołujący wskazał na sam przedmiot zamówienia, którym jest, zgodnie z Sekcją 11.1.5) ogłoszenia „zakup usług telekomunikacyjnych GSM obejmujących: usługi głosowe, usługi tekstowe, transmisję danych, skrócony prywatny plan numeracyjny na potrzeby połączeń telefonii GSM z telefonią IP, zakup i wymianę sprzętu oraz udostępnienie internetowego systemu (aplikacji) do zarządzania kontami zamawiającego w Sieci wykonawcy zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ.

Tego rodzaju usługi, zdaniem odwołującego, mają charakter standardowy i regulowany, świadczone są przez wszystkich operatorów z wykorzystaniem takiej samej technologii. Na potrzeby postępowania nie trzeba zatem opracowywać szczególnego projektu, nowego systemu, czy też nowej technologii świadczenia usług. Również urządzenia dostarczane w ramach zamówienia są standardowe, co potwierdza treść ofert złożonych przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu (telefony powszechnie dostępne na rynku, których nie trzeba dostosowywać do potrzeb zamawiającego).

Odwołujący stwierdził, że nie znajdzie tu zastosowania żaden obiektywny czynnik dotyczący wyłącznie wykonawcy T-Mobile Polska uzasadniający zaoferowanie ceny niższej w tak znaczącym stopniu, jak zaoferowana przez wykonawcę T-Mobile Polska. Takiego obniżenia ceny ofertowej nie umożliwia, ani oszczędność metody wykonania zamówienia, ani wybrane rozwiązania techniczne, ani oryginalność projektu wykonawcy, ani też wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy. Metoda wykonania jak zostało to wskazane wyżej jest jednakowa dla wszystkich wykonawców. Podobnie, rozwiązania techniczne stosowane przez wszystkich wykonawców są takie same. Na potrzeby postępowania nie trzeba było przygotować żadnego szczególnego projektu, stąd również oryginalność projektu nie może być brana pod uwagę.

Zdaniem odwołującego, nie można także mówić o tym, że dla wykonawcy T-Mobile Polska zachodzą szczególnie korzystne warunki realizacji zamówienia. Udział w rynku telefonii ruchomej odwołującego - Orange Polska S.A., jak również T-Mobile Polska jest zbliżony. Zgodnie z Raportem o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce za rok 2013 przygotowanego przez UKE (wersja on-line: <http://www.uke.aov.pl/files/7id plik=16757>) pod względem ilości użytkowników udział T-Mobile Polska wynosi 27%, pod względem przychodów 24,5%. Dla Orange Polska S.A. wartości te wynoszą odpowiednio 26,9% i 29,3%. Co więcej, dane te są zbliżone do danych za rok 2012 r. (wersja on-line: <https://www.uke.aov.pl/files/7id plik=13332>), w którym udział T-Mobile Polska wynosił 29,3% pod względem liczby użytkowników, oraz 26,1% pod względem przychodów. Dla Orange Polska S.A. za rok 2012 wartości te wynosiły odpowiednio 27,6%, oraz 30,7%. Brak jest zatem przesłanek, aby sądzić że sytuacja rynkowa wykonawcy T-Mobile Polska jest na tyle korzystniejsza, że umożliwi realizację zamówienia 40% taniej od ceny zaoferowanej przez odwołującego. Co więcej, brak jest przesłanek, aby sądzić, że w trakcie realizacji zamówienia sytuacja ta zmieni się diametralnie na jego korzyść, poprzez zdobycie znaczącego udziału w rynku, co mogłoby ułatwić T-Mobile Polska zrealizowanie zamówienia za niższą cenę (przeciwnie, raporty Urzędu Komunikacji Elektronicznej wskazują na stopniową utratę udziału w rynku przez T-Mobile Polska).

Podwołujący zaznaczył, że zarówno Orange, jak i T-Mobile działają na rynku międzynarodowym, stąd brak jest też możliwości wykazania, że zaoferowanie korzystniejszej ceny ofertowej wynikało z globalnej skali działalności T-Mobile.

Podobieństwo sytuacji rynkowej obu wykonawców podkreśla fakt, że zarówno odwołujący jak i T-Mobile Polska współdzieli infrastrukturę telekomunikacyjną w ramach spółki „Networks!”. Uniemożliwia to przyjęcie możliwości zrealizowania zamówienia o 40% taniej z uwagi na posiadaną przez T-Mobile Polska infrastrukturę.

Z uwagi na standardowy i regulowany charakter usługi będącej przedmiotem zamówienia, każdy wykonawca musi uwzględnić określone koszty w tożsamy sposób, oraz ma możliwość uzyskania przychodów tylko z określonych źródeł. Jedynymi źródłami przychodów są tzw. opłaty międzyoperatorskie, oraz opłaty dokonane przez zamawiającego za usługi i dostawy. Po stronie kosztów, jak wynika z przedstawionej wyżej kalkulacji, główne pozycje stanowią również opłaty międzyoperatorskie, oraz przede wszystkim zakup sprzętu. Ponieważ zamawiający zadeklarował w SIWZ jaką liczbę minut połączeń i sms zamierza wykorzystać w ramach zamówienia, można więc w oparciu o te dane w wiarygodny sposób oszacować koszty i przychody T-Mobile z tego tytułu, uwzględniając publicznie znany (m.in. z raportów UKE) udział T-Mobile w rynku wszystkich aktywacji komórkowych w Polsce. Odwołujący przedstawił ogólną kalkulację ceny, uwzględniając wszystkie główne źródła przychodów i wszystkie pozycje kosztotwórcze (przy założeniu minimalnych kosztów i

maksymalnych przychodów) i z zaprezentowanego zestawienia przychodów i kosztów wynikało, że przychody są niższe od kosztów

Odwołujący stwierdził, że należy przy tym mieć na względzie, że stawki opłat międzyoperatorskich są regulowane przez Urząd Komunikacji Elektronicznej i nie mogą być dowolnie kształtowane przez wykonawców - operatorów telekomunikacyjnych.

Z uwagi na szacowaną wielkość opłat międzyoperatorskich, oraz ich regulowany charakter (wykonawca T-Mobile nie może podnieść opłat za połączenia przychodzące z sieci innych operatorów do jego sieci, ani obniżyć opłaty za połączenia z jego sieci do sieci innych operatorów), zasadniczym elementem kosztotwórczym pozostaje zakup urządzeń.

Niższa cena oferty T-Mobile Polska może wynikać jedynie z zaoferowania telefonów za cenę ok. 40% niższą niż odwołujący, co nie znajduje, zdaniem odwołującego, żadnego uzasadnienia w okolicznościach faktycznych, tym bardziej, że wykonawca T-Mobile zaoferował aparaty droższe od odwołującego. Jak zostało to wskazane powyżej sytuacja rynkowa odwołującego oraz wykonawcy T-Mobile Polska jest porównywalna, co nie tylko oznacza, że dysponuje taką samą infrastrukturą lecz także, że w odniesieniu do cen telefonów, z uwagi na wolumen zakupów (podobna ilość użytkowników), otrzymają telefony w zbliżonych cenach od dystrybutorów.

Ceny detaliczne producenta dla wybranych aparatów zaoferowanych przez T-Mobile Polska wynoszą:

Sony Xperia Z1 ok. 1.460 zł netto (cena w ofercie T-Mobile Polska: 600 zł netto)

Nokia Lumia 930 - ok. 1.869 zł netto (cena w ofercie T-Mobile Polska: 39 zł netto)

Nokia Lumia 530 Dual SIM - ok. 365 zł netto (cena w ofercie T-Mobile Polska: 49 zł netto).

Ceny zaoferowanych przez T-Mobile Polska aparatów kształtują się na takim poziomie, że, aby cena oferty obejmowała wszystkie koszty, nawet bez żadnego zysku po stronie T-Mobile Polska, aparaty musiały by zostać zaoferowane po cenie niższej niż cena zakupu.

Odwołujący podkreślił, że nie można było w przedmiotowym zamówieniu po prostu wykorzystać telefonów przygotowanych na potrzeby innego postępowania, gdyż zamawiający zastrzegł, że dopiero po podpisaniu umowy dokona wyboru aparatów, które mają zostać dostarczone, co wynika z Roz. III ust. 4 Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Odwołujący nie twierdzi, że wykonawca T-Mobile Polska nie mógł nabyć telefonów i zaoferować ich po niższej cenie niż Orange Polska S.A. Brak jest jednak jakichkolwiek przesłanek, które by potwierdzały twierdzenie, że wykonawca T-Mobile Polska mógł kupić zaoferowane modele aparatów w cenie o tyle niższej, aby złożyć ofertę której wartość odbiegała, aż o 40% od oferty odwołującego, zwłaszcza, że jak zostało to już wyżej wspomniane, wykonawca T-Mobile Polska zaoferował modele telefonów droższe niż odwołujący.

Zatem, o ile przedmiotem postępowania były by jedynie usługi, można było by uznać cenę za realistyczną, natomiast gdy, tak jak jest w tym przypadku, postępowanie obejmuje również dostawę sprzętu, wocenie odwołującego należy uznać cenę oferty T-Mobile Polska za nierealistyczną a więc rażąco niską i skutkującą odrzuceniem oferty. W przedmiotowym postępowaniu bowiem, okoliczności sprawy powodują że głównym kosztem jest koszt zakupu sprzętu i pomimo, iż jest to jedna z pozycji kosztotwórczych, to ona decyduje, czy cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Biorąc pod uwagę zaoferowane modele telefonów, możliwe do uzyskania przychody w ramach realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu ceny ofertowej T-Mobile Polska, należy stwierdzić, że całkowite przychody nie zapewniają pokrycia kosztów realizacji zamówienia.

W dniu 22 września 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 25 września 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca T-Mobile Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Marynarska 12. Zgłaszający wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a uwzględnienie odwołania może spowodować unieważnienie czynności wyboru. Wniósł o oddalenie odwołania w całości wskazując, że zarzuty odwołania nie znajdują ani faktycznego, ani prawnego uzasadnienia. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 maja 2013r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 25 września 2014r. na ich biura podawcze.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ofert wykonawców złożonych w postępowaniu, wezwania zamawiającego do przystępującego z dnia 22 sierpnia 2014r. o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 ustawy, wyjaśnień złożonych w dniach 29 sierpnia 2014r. i 8 września 2014r., z wydruku ze strony internetowej Urzędu Komunikacji Elektronicznej i z wyciągu z raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2013 roku

Na podstawie powyższego ustaliła, że oferta T-Mobile Polska miała cenę ofertową 860.184,84 zł brutto, oferta odwołującego miała cenę ofertową 1.408 403,36 zł brutto i ostatnia z ofert 2 439 632,43 zł. brutto. Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę 2.700.000,00 zł.

Wynagrodzenia wykonawców podane w formularzach ofertowych kształtowały się następująco poczynając od najtańszej:

Usługi aktywacyjne: 25,12zł. brutto – Orange Polska SA, 2 511,66zł. brutto tak samo T-Mobile Polska SA i Polkomtel sp. z o.o.,

Usługi abonamentowe GSM: 43 271,28zł. brutto – Orange Polska SA, 599 639, 76zł. brutto – T-Mobile Polska SA, 1 403 941,68zł. brutto – Polkomtel sp. z o.o.,

Połączenia GSM: 106 626, 24zł. brutto – Orange Polska SA, 124 692, 48zł. brutto – T-Mobile Polska SA, 625 233,60zł. brutto – Polkomtel sp. z o.o.,

Aparaty telefoniczne: 133 095,84 zł. brutto – T-Mobile Polska SA, 393 271,59zł. brutto – Polkomtel sp. z o.o., 1 237 903,80zł. brutto – Orange Polska SA,

Modemy i zestawy głośnomówiące: 209,10 zł. brutto – T-Mobile Polska SA, 14 673, 90zł. brutto Polkomtel sp. z o.o., 20 576, 92zł. brutto Orange Polska SA.

W dniu 22 sierpnia 2014r. zamawiający wezwał m. in. wykonawcę T-Mobile do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy wskazując na treść art. 90 ust. 2 ustawy.

W dniu 29 sierpnia 2014r. T-Mobile złożył wyjaśnienia, które objął tajemnicą swojego przedsiębiorstwa. Ogólnie wykonawca wskazał na to, że założył zysk, że szacowana wartość zamówienia jak i ceny złożonych ofert nie przesądzają, że cena od nich odbiegająca jest ceną rażąco niską. T-Mobile wskazał, że zgodnie z przyjętym w orzecznictwie i doktrynie stanowiskiem, za rażąco niską, mogłaby zostać uznana jedynie taka cena, która odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku, bądź też, nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na danym zadaniu (por. wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23 kwietnia 2009 roku, sygn. akt XII Ga 88/09, opubl. LEX nr 552013), jest ceną pozostającą w rażącej dysproporcji do oferowanego świadczenia w sytuacji, gdy realizacja zamówienia za taką cenę nie jest możliwa, ceną niewiarygodną i nierealną (tzn. ceną, za którą nie można zrealizować danego zamówienia) czy też niedającą możliwości osiągnięcia zysku (por. m.in. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia: 5 sierpnia 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 952/09, 11 sierpnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 765/08, 27 czerwca 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 587/08, 29 maja 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 466/08, 11 kwietnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 273/08, 9 kwietnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 257/08 i 258/08, 28 marca 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 226/08, wszystkie opublikowane w Systemie Informacji Prawnej LEX). Wskazał na swój status jako operatora telefonii komórkowej, odwołał się skali prowadzonej przez siebie działalności oraz do sposobu wykonywania usługi, na sposób prowadzenia działalności przez zamawiającego. Przedstawił swoje wyliczenia kosztów i przychodów, wskazując na wysokość założonego zysku. Odwołał się do swojego doświadczenia, pozycji negocjacyjnej wobec dostawców sprzętu oraz braku kosztów rozbudowy sieci. Powołał się na okoliczność nie objęte tajemnicą na rozprawie jak fakt

zawarcia umowy z Centrum Usług Wspólnych i przyjęcie w kalkulacji, że połączenia wychodzące, będą w większości zakańczane w jego sieci. Wskazał także na korzystną pozycję negocjacyjną zakupu urządzeń, co potwierdził na rozprawie.

W dniu 3 września 2014r. zamawiający wezwał T-Mobile do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy wyjaśnieniami z dnia 29 sierpnia 2014r.- pkt 6.lit c, a ofertą w zakresie przychodów wskazanych w tabeli 3 formularza ofertowego.

W dniu 8 września 2014r. wykonawca T-Mobile złożył wyjaśnienia obejmując je tajemnicą przedsiębiorstwa. Wyjaśnił, że rozbieżności pomiędzy kalkulacją w wyjaśnieniach, a kalkulacją w ofercie wynika z tego, że do oferty podstawiono dane szacunkowe podane przez zamawiającego w celu porównania ofert, a w kalkulacji w wyjaśnieniach przedstawiono założone przez T-Mobile rzeczywiste dane. T-Mobile przedstawił swój sposób dochodzenia do przychodów za połączenia GSM. Wskazał na orzecznictwo KIO w zakresie ceny rażąco niskiej.

Z wydruku ze strony internetowej UKE wynika, że stawki MTR od dnia 1 lipca 2013r. wynoszą 0,0429zł./min

Z Raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2013 roku wynika, że udziały operatorów względem:

- liczby użytkowników wynoszą Orange – 26,9%, T-Mobile – 27%,
- uzyskanych przychodów: Orange 29,3%, T-Mobile – 24,5%,
- przychodów na rynku współpracy operatorskiej: T-Mobile 24,3%
- liczby zakańczanych minut – T-Mobile 25,0%.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła następujący stan faktyczny pod względem oczekiwanego wynagrodzenia oferta odwołującego była znacząco tańsza od pozostałych złożonych ofert w ramach wynagrodzeń dotyczących usług aktywacji, abonamentowych GSM i połączeń GSM i zdecydowanie droższa w kategorii aparaty telefoniczne, modemy i zestawy od pozostałych ofert. Natomiast oferta T-Mobile była ofertą średnią w pierwszych trzech kategoriach wynagrodzeń, natomiast była ofertą pierwszą pod względem wynagrodzeń za aparaty telefoniczne, modemy i zestawy, przy czym w tej ostatniej kategorii odbiegała najbardziej od trzech pozostałych ofert. Natomiast jeśli chodzi o wynagrodzenie w tej ostatniej kategorii tj. modemów i zestawów, to udział tego wynagrodzenia w cenie każdej z ofert nie był znaczący i nie uzasadniał rozbieżności w cenach poszczególnych ofert rzędu kilkuset tysięcy złotych, stąd Izba ustaliła, że ta pozycja nie miała istotnego znaczenia dla oceny ceny rażąco niskiej. Ponadto różnica w cenie pomiędzy ofertą odwołującego (1 408 403,36zł.), a ceną przystępującego (860 184,84zł.) wynosi 548 218,52zł. Natomiast różnica w wynagrodzeniach za usługi aktywacyjne, usługi abonamentowe GSM i połączenia GSM pomiędzy przystępującym (2511,66zł. +599 639,76zł.+124 692,48zł.=726 843,90), a odwołującym (25,12zł. + 43 271,28zł.+ 106 626,24zł. = 149 922,27zł.) wynosi 576 921,26zł.,

czyli w tych kategoriach wynagrodzeń oferta odwołującego jest znacznie tańsza. Co do wynagrodzeń za dostawę aparatów telefonicznych to rzeczywiście wynagrodzenie żądane przez przystępującego jest znacząco niższe od odwołującego, ale od wykonawcy Polkomtel trzykrotnie, podczas, gdy Polkomtel oczekuje wynagrodzenia prawie 4 krotnie niższego niż odwołujący. Przystępujący złożył wyjaśnienia i przedstawił swoją kalkulację kosztów i przychodów opartą o pozycje kalkulacyjne wynikające z formularza ofertowego, z tej kalkulacji wynikają założenia prezentowane przez przystępującego na rozprawie tj. to, że założył, iż z połączeń przychodzących osiągnie przychody wyższe niż koszty z tytułu połączeń wychodzących oraz, że koszt zakupu telefonów, modemów i zestawów jest wyższy niż przychód z wynagrodzenia, ale będzie rozliczony w przychodach z innych kategorii wynagrodzeń. Izba zatem dała w tym zakresie wiarę wyjaśnieniom przystępującego na rozprawie, gdyż znajdują one swoje pokrycie w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu. Z wyjaśnień wynika także okoliczność zawarcia umowy z Centrum Usług Wspólnych, który to fakt zawarcia takiej umowy przez T-Mobile nie był przez strony kwestionowany. Co do wynagrodzeń z tytułu aparatów telefonicznych, to przystępujący na rozprawie podał, że ma szczególnie korzystne warunki zakupu tych aparatów, zaś z wyjaśnień wynika dodatkowe doprecyzowanie tej informacji, nadto w świetle złożonych ofert, Izba ustaliła, że zarówno oferta przystępującego jak i oferta Polkomtel były znacząco tańsze od oferty odwołującego. W ocenie Izby ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, że wykonawcy w różny sposób rekompensowali sobie koszt zakupu aparatów telefonicznych i w różnym stopniu rekompensowali sobie ten koszt przychodami z innych usług. Co do udziału operatorów w rynku, to z przedłożonego wyciągu nie można ustalić okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, gdyż udział w rynku wszystkich trzech oferentów tj. odwołującego, przystępującego i Polkomtel jest zbliżony, natomiast ceny złożone w niniejszym postępowaniu znacząco różnią się między sobą. Zatem ten dowód nie może służyć wykazaniu tezy odwołującego, że wykonawcy o podobnych udziałach w rynku usług telekomunikacyjnych mają podobne przychody i ponoszą podobne koszty, oraz powinni uzyskiwać podobne ceny hurtowe na zakupywane aparaty telefoniczne. Odnośnie do wydruku ze strony internetowej UKE w zakresie stawki MTR, to także ten dowód nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż sam fakt istnienia urzędowo określonej za zakańczanie połączeń głosowych w sieciach ruchomych, w ocenie Izby nie stanowi wystarczającego dowodu na to jak kształtują się przychody i koszty poszczególnych operatorów z tytułu zakańczania połączeń, nadto z wykresu 45 raportu wynika, że największym udziałowcem pod względem liczby zakańczanych minut był PTK Centertel. Jednak raport o ile zauważa fakt połączenia TP SA, Orange Polska sp. z o.o. i PTK Centertel w dniu 31 grudnia 2013r. w Orange Polska SA, to nie wskazuje, że udział w rynku z wykresu 28 i 29 (udziały względem liczby użytkowników i uzyskanych przychodów) dotyczą danych

przyjmowanych już łącznie dla spółek połączonych, czy Orange Polska Sp. z o.o. i jak się to przekłada na aktualne ukształtowanie przychodów i kosztów po połączeniu się tych spółek. W tym stanie rzeczy Izba zarówno informacji o wysokości stawek MTR, jak i dotyczących udziału operatorów w rynku w 2013 nie uznała za dowody przydatne do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Opracowanie koszt opłat za zakańczanie połączeń wychodzących z sieci T-Mobile mimo, że odwołuje się do danych zawartych w raporcie, to jednak nie pozwala się zweryfikować, gdyż nie wskazuje do której z powołanych tabeli się odnosi. Jeśli przyjąć udział Orange w łącznej liczbie minut wychodzących do danej sieci w czasie kontraktu, to wynosi on 22,96% podczas, gdy z żaden z przedstawionych wykresów takiego udziału Orange nie wskazuje. Zestawienie – analiza cen telefonów zaproponowanych przez T-Mobile – oparte jest o dane publikowane na stronie internetowej www.mqsm.pl, jednak odwołujący nie wykazał, że dane uzyskane z tej strony są danymi, na których oparte są ceny uzyskiwane przez operatorów przy zakupie hurtowym aparatów telefonicznych, ponadto zestawienie nie wskazuje czy z powołanej strony internetowej uzyskiwano dane dotyczące ceny zakupu i czy ta cena jest ceną oferowaną na rynku detalicznym czy hurtowym i na podstawie jakich danych uzyskiwano informacje o najniższej cenie detalicznej i uśrednionej cenie detalicznej. Tym samym przedstawione stanowisko nie zostało poparte materiałem dowodowym pozwalającym na weryfikację danych zawartych w tym stanowisku, analogiczna sytuacja dotyczy pozostałych dwóch stanowisk tj. zestawienia kosztów zakupu terminali wg globalnych cen hurtowych pln brutto – odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu na to, że ceny jednostkowe podane w zestawieniu są globalnymi cenami hurtowymi brutto, ani, że po takich cenach producenci aparatów oferują aparaty wszystkim operatorom będącym stroną umowy BUY IN. Również zestawienie kosztów zakupu terminali wg najniższych cen detalicznych pln brutto, nie zostało poparte dowodami, a odwołujący nie wykazał, dlaczego przyjęte przez niego najniższe ceny detaliczne mogą stanowić podstawę do ustalenia ceny za jaką przystępujący mógłby nabyć oferowane przez niego modele telefonów.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż jego oferta nie została odrzucona i została sklasyfikowana na 2 pozycji w rankingu ofert. Odwołanie zmierza do

wyeliminowania oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą, zatem w przypadku uwzględnienia odwołania, odwołujący uzyska przedmiotowe zamówienie. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał w tytule realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zarzut nie potwierdził się. Art. 90 ust. 3 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę wykonawcy, jeśli dokonana przez zamawiającego ocena wyjaśnień i załączone do niej dowody potwierdzają, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy stanowi, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeśli zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy powinny wskazywać na obiektywne czynniki m. in. sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne wykonawcy – art. 90 ust. 2 ustawy. Powyższe przepisy wskazują zatem, że nie można oceniać ceny oferty w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, a zatem przy ocenie ceny oferty i złożonych wyjaśnień i dowodów, w ocenie Izby nie wolno też pominąć informacji wynikających z całokształtu dokumentów składających się na dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym konkretnym przypadku złożonych ofert i sposobu kształtowania się określonych składników cenotwórczych w każdej z nich. Z ofert złożonych w niniejszym postępowaniu wynika, to że wykonawcy w różny sposób. Kalkulowali wynagrodzenie i w ramach poszczególnych składników tego wynagrodzenia różnie rozkładały się proporcje w wynagrodzeniach pomiędzy poszczególnymi wykonawcami. Odwołujący położył największą wartość wynagrodzenia w zapłacie za dostawę aparatów, modemów i zestawów, natomiast dwaj pozostali wykonawcy większe wartości wynagrodzenia skalkulowali w opłatach aktywacyjnych, abonamentowych i za połączenia GSM. W tym stanie rzeczy rozeznanie rynku na podstawie złożonych ofert ujawniło jedynie to, że ceny odwołującego i przystępującego odbiegają znacznie od wartości szacunkowej zamówienia i o trzeciej ze złożonych ofert. Zamawiający zatem prawidłowo podjął czynności wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby zamawiający również prawidłowo te wyjaśnienia ocenił, gdyż przystępujący przedstawił kalkulację własną kosztów i przychodów jaką dokonał na potrzeby niniejszego postępowania, przy czym nie możliwe było porównanie z zestawieniem przedstawionym przez odwołującego w odwołaniu z uwagi na inną strukturę kosztów i przychodów przyjętą przez obu wykonawców. Nadto nawet dane, które odwołujący twierdzi, że pozyskał z oferty przystępującego tj. przychody z opłat za dostawę terminali abonenckich w kwocie 108 378zł. i z opłat za usługi telekomunikacyjne świadczone zamawiającemu – 590 930zł. nie pokrywają się z danymi zawartymi w ofercie T-Moblie i

można się jedynie domyślać, że mają stanowić jakiś przychód kalkulowany na podstawie wynagrodzenia za usługi abonamentowe GSM netto – 487 512,00 i połączenia GSM netto – 101 376,00zł. pomiędzy zestawieniem odwołującego, a przystępującego zachodzi także rozbieżność, co do sposobu obliczenia przychodów i kosztów operatorskich. Przystępujący założył z tego tytułu zysk, o czym mówił na rozprawie wyjaśniając przyczyny takiej kalkulacji, natomiast dla odwołującego ten element był równoważny. W tym stanie rzeczy przedstawione zestawienie w odwołaniu nie podważyło wiarygodności wyjaśnień przystępującego. Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach na właściwy mu czynnik obiektywny pozwalający zakładać zysk z przychodów operatorskich tj. zawarcie umowy z Centrum Usług Wspólnych i dotychczasowy udział w rynku administracji publicznej. Ten argument zawierały także wyjaśnienia złożone zamawiającemu. Odwołujący zaś nie udowodnił, że ten obiektywny czynnik został przez przystępującego uwzględniony nieprawidłowo. Kolejnym elementem spornym była kalkulacja kosztów zakupu aparatów telefonicznych. W ocenie Izby przystępujący wskazał w wyjaśnieniach przyczyny, dla których może skalkulować ceny aparatów na sprzyjającym mu poziomie. Co więcej Izba uznała, że te wyjaśnienia zasługują na wiarę także w świetle oferty złożonej przez Polkomtel, która była ofertą najdroższą, a jednocześnie ze skalkulowanym na poziomie około 4 krotnie niższym od oferty odwołującego wynagrodzeniem za aparaty telefoniczne, stąd Izba przyjęła za wiarygodne twierdzenia przystępującego zawarte w wyjaśnieniach i zaprezentowane na rozprawie, że ma możliwość zakupu aparatów po korzystnych cenach, których koszt jest wyższy niż skalkulowane z tego tytułu wynagrodzenie (potwierdza to zestawienie kosztów i przychodów w wyjaśnieniach przystępującego) ale jednocześnie znajdujący pokrycie z przychodów z innych tytułów. Przystępujący w wyjaśnieniach także wskazał na wysokość zysku jakie planuje osiągnąć. W ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy dał podstawy do przyjęcia, że ocena wyjaśnień przystępującego dokonana przez zamawiającego była prawidłowa. Jak wynika z dokonanej przez Izbę oceny materiału dowodowego odwołujący nie przedstawił dowodów pozwalających na obalenie ani nawet na podważenie wiarygodności złożonych przez przystępującego wyjaśnień. W najbardziej spornym zakresie tj. kosztach zakupu aparatów telefonicznych poprzestał wyłącznie na opracowaniach własnych nie przedstawiając na ich poparcie jakichkolwiek dowodów. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 2 i w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczanego wpisu od odwołania.

Przewodniczący: