

Sygn. akt: KIO 2209/14

**WYROK
z dnia 4 listopada 2014 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2014 r. przez Odwołującego – Polkomtel Sp. z o.o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Sąd Apelacyjny w Krakowie reprezentowany przez Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków

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

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Polkomtel Sp. z o.o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Polkomtel Sp. z o.o., ul. Postępu 3, 02-676 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 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 Krakowie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Apelacyjny w Krakowie Centrum Zakupów dla Sądownictwa Instytucja Gospodarki Budżetowej w Krakowie, ul. Farmaceutów 2, 31-463 Kraków wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usług telefonii komórkowej dla jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego” pod numerem: ZP-09/2014.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.08.2014 r., nr ogłoszenia: 2014/S 156-281123.

W przedmiotowym przetargu zostały złożone trzy oferty: Orange Polska S.A z siedzibą w Warszawie („Orange”) z ceną 797 263,00 zł brutto, oraz Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Polkomtel” lub „Odwołujący”) z ceną 669 279, 04 zł brutto, oraz T-MOBILE S.A.z ceną 231 946,14 zł brutto.

Przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 2 023 320,00 zł brutto.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący: Polkomtel Sp. z o.o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa otrzymał w dniu 13.10.2014 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 23.10.2014r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie („T-MOBILE”), pomimo iż wskutek złożonych wyjaśnień T-MOBILE dokonał niedozwolonej zmiany treści oferty, która nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a ww. sprzeczność polegała na zaniechaniu wypełnienia przez Wykonawcę T-MOBILE wszystkich pozycji formularza cenowego, przygotowanego przez Zamawiającego;

2. art. 8 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 96 ust. 3 ustawy PZP w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26.10.2010 r. w

sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu treści wyjaśnień Wykonawcy T-MOBILE dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę;

3. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy T-MOBILE, która zawiera rażąco niską cenę;

4. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy T-MOBILE, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 10 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zm.); oraz innych przepisów wskazanych w treści odwołania.

Mając powyższe na uwadze wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w uzasadnieniu odwołania, w tym w szczególności:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez T-MOBILE;

2. odrzucenia oferty T-MOBILE, jako:

a) oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

b) oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, której złożenie w konsekwencji stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w myśl art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 Nr 153 poz. 1503 ze zm.);

3. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W pierwszym zarzucie podniósł naruszenie przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T-MOBILE, jako oferty, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”).

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w rozdziale V SIWZ w pkt.1.1 wskazał, iż na ofertę składają się formularz ofertowy oraz wszystkie pozostałe wymagane dokumenty (w tym oświadczenia, załączniki itp.).

Ponadto, zauważył, że w pkt. 1.2 Zamawiający podał, iż Wykonawcy sporządzą oferty zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Dodatkowo, zaznaczył, że w dniu 9.09.2014 r. Zamawiający opublikował odpowiedzi na zadane przez wykonawców w toku przedmiotowego postępowania pytania, w tym pytanie nr 5 zadane przez jednego z wykonawców brzmiało: „Co należy wpisać w formularzu ofertowym, jeśli Wykonawca oferuje bezpłatne jakąś usługę? Czy Zamawiający dopuszcza wpisanie w formularzu ofertowym ceny jednostkowej brutto 0 zł?”.

Wyjaśnił, że na tak postawione pytanie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Zamawiający wyjaśnia, iż w przypadku, gdy Wykonawca oferuje jakąś usługę wymienioną w Formularzu cenowym stanowiącym załącznik 1b do SIWZ bezpłatnie, powinien w stosownym miejscu wpisać słowo bezpłatnie”.

Według Odwołującego pomiędzy słowem „bezpłatnie”, a wartością „0 zł” Zamawiający postawił znak równości, bowiem bezpłatnie oznacza - bez żadnej opłaty.

Zarzucił, że wykonawca T-MOBILE w swoim formularzu cenowym w pozycji 4 SMS-krajowe, do wszystkich sieci nie wpisał żadnej wartości, ponieważ zarówno w kolumnie 6 w wierszu 4 formularza cenowego tj. „cena jednostkowa netto”, jak i w kolumnie 7 w wierszu 4 formularza cenowego „razem cena netto” - pozostały niezapełnione miejsca.

Zdaniem Odwołującego oznacza to, iż wykonawca T-MOBILE zaniechał realizacji obowiązku określenia cen jednostkowych oraz ceny łącznej za wysyłkę SMS krajowych do wszystkich sieci, w tym także nie podał, czy dana usługa realizowana jest bezpłatnie (nie dokonał więc wyceny przedmiotowej usługi).

Z powyższego wynika – w opinii Odwołującego, że oferta T-MOBILE, w związku z niewypełnieniem w całości formularza cenowego przez Wykonawcę nie spełnia wymagań Zamawiającego. Pozycja ta nie została wypełniona, a okoliczność, iż SMS krajowe do wszystkich sieci nie zostały wycenione, nie oznacza automatycznie, iż usługa SMS będzie bezpłatna.

W ocenie Odwołującego, gdyby wiadomości SMS miały być bezpłatne, wykonawca, analogicznie jak w przypadku pozycji 1 formularza cenowego tj. połączenia krajowe do sieci telefonii komórkowych wszystkich operatorów krajowych bez ruchu do Biznes Grupy, a także w pozycji 2 formularza cenowego - połączenia krajowe do sieci telefonii stacjonarnych - wpisałby w kolumnie cena netto sformułowanie „bezpłatnie”.

Według Odwołującego brak wskazania jakiegokolwiek wartości - puste pole, nie oznacza, iż puste miejsce w formularzu cenowym Wykonawcy T-MOBILE z pewnością

powinno być uzupełnione sformułowaniem „bezpłatne”, gdyż za SMSy krajowe wykonawca nie będzie pobierać opłaty.

Powyższe oznacza – w ocenie Odwołującego - jedynie, że wykonawca nie wycenił przedmiotowej usługi.

Podkreślił przy tym, iż wpisane kwoty 0,00 zł (czy też jak w niniejszej sprawie sformułowania „bezpłatnie”) stanowi wycenę danej pozycji w przeciwieństwie do braku podania jakiegokolwiek wartości liczbowej, który należałoby uznać za brak wyceny.

Jedynie zatem wskazanie jakiegokolwiek wartości liczbowej, czy też zgodnie z wymaganiem Zamawiającego - wpisanie do formularza cenowego sformułowania „bezpłatnie” może być uznane za podanie, jaką wartość dana pozycja dla Wykonawcy przedstawia. Tylko poinformowanie Zamawiającego w sposób jasny i wyraźny, że dany element jest potocznie mówiąc „bezwartościowy”, bo bezpłatny, stanowiłoby jego wycenę.

Podniósł również okoliczność, że Zamawiający w dniu 25.09.2014 r. skierował do Wykonawcy T-MOBILE wezwanie do złożenia wyjaśnień dot. treści złożonej oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP, gdzie Zamawiający spostrzegł, iż wykonawca nie wpisał cen składowych za wykonanie zamówienia w wierszu „4” w kolumnie „6” oraz w kolumnie „7” w miejscach przeznaczonych odpowiednio za wskazanie ceny jednostkowej netto oraz ceny netto za usługę wysłania SMS — krajowego do wszystkich sieci.

Zwrócił uwagę, że wykonawca T-MOBILE w piśmie z dnia 30.09.2014 r. potwierdził, iż „brak określenia stawki w wierszu „4” formularza cenowego oznacza, że usługa świadczona będzie bezpłatnie i jednocześnie wskazał, że przedmiotowa omyłka może zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 PZP.”.

W przedmiotowym stanie faktycznym należy zarzucić błędne działanie Zamawiającego, bowiem na skutek wezwania skierowanego do wykonawcy i odpowiedzi wykonawcy na to wezwanie doszło do zmiany treści oferty, bowiem wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp podlega sama treść oferty, a nie jej brak, a ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne (nieważne).

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia udzielone wskutek zastosowania art. 87 ustawy PZP nie mogą w żadnej mierze prowadzić do zmian treści oferty i muszą ograniczać się wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie.

Jeżeli zatem wykonawca dokonuje obliczenia ceny oferty w sposób sprzeczny ze sposobem określonym w SIWZ, nie wypełniając poszczególnych pozycji przedstawionego przez Zamawiającego formularza cenowego, to mamy do czynienia – według Odwołującego - ze stanem, w którym treść oferty nie odpowiada treści SIWZ skutkującego odrzuceniem oferty.

W ocenie Odwołującego, wbrew temu co w swych wyjaśnieniach podnosił Wykonawca T-MOBILE nie jest możliwe następcze, tj. po otwarciu ofert, wyjaśnienie przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1, iż brak ceny jednostkowej oraz brak ceny łącznej za wysłanie wiadomości SMS oznacza, że iż usługa ta będzie świadczona bezpłatnie.

W Odwołujący stanął na stanowisku, że sprawie nie ma także, wbrew twierdzeniom wykonawcy T-MOBILE, zastosowania tryb usuwania omyłek przewidziany w art. 87 ust. 2 ustawy PZP, bowiem za oczywistą omyłkę nie można uznać pozostawienia braku wypełnienia formularza cenowego i to w dwóch jego miejscach, zarówno przy ustalaniu ceny jednostkowej za SMS, jak i łącznej ceny netto za SMS.

Taki brak – w ocenie Odwołującego - nie skutkuje automatycznie możliwością uzupełnienia formularza cenowego przez Zamawiającego poprzez wpisanie słowa „bezpłatnie”, a możliwość poprawienia oczywistej omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń.

Zwrócił przy tym uwagę, że istotnym pozostaje, że oczywista omyłka w tekście oferty nie może w żadnym razie doprowadzić do zmiany jej treści - pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można, bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia.

Stwierdził, że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z uchybieniem o charakterze proceduralno - technicznym, lecz z błędem merytorycznym, a wprowadzenie nowej treści w rubryce niewypełnionej nie jest, w istocie rzeczy, poprawieniem omyłki, bowiem trudno za poprawienie uznawać wpisanie przez Zamawiającego nowej wielkości bez dokonywania poprawek.

Podkreślił niedopuszczalne jest, co do zasady precyzowanie i poprawianie przez Zamawiającego treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego

traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.

Oczywistym dla Odwołującego jest, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia oferty według wskazań zawartych w SIWZ i to z taką starannością, aby jej treść nie budziła najmniejszej wątpliwości. Za prawidłowość złożonych dokumentów w ofercie i należyłą staranność w ich przygotowaniu, odpowiedzialność ponosi wykonawca.

Podsumowując powyższe stanowisko podkreślił, że wykonawca T-MOBILE nie uczynił zadość wytycznym SIWZ w zakresie dotyczącym wyceny poszczególnych usług oraz jej prezentacji w formularzu cenowym, a zaniechanie podania jakiegokolwiek wartości w pozycji dotyczącej SMS krajowych do wszystkich sieci, świadczy o tym, że Wykonawca nie zaoferował tej pozycji, zatem nie wywiąże się z jej realizacji.

Drugi zarzut dotyczył naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu treści wyjaśnień Wykonawcy T- MOBILE dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę oraz naruszenie art 8 ust. 2 i ust. 3 ustawy PZP w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie zbadania przez Zamawiającego zasadności zastrzeżenia tych wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wskazał na okoliczność, że w dniu 16.10.2014 r. w odpowiedzi na wniosek Odwołującego dotyczący udostępnienia protokołu postępowania otrzymał on od Zamawiającego za pośrednictwem poczty elektronicznej kopię protokołu postępowania wraz załącznikiem, w którym znajdowały się wyjaśnienia Wykonawcy T-MOBILE, jednakże merytoryczna część tych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny została zastrzeżona, jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Dodatkowo podniósł, że na podstawie otrzymanych dokumentów Odwołujący uzyskał informację, że Zamawiający wszczął procedurę wyjaśniającą w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP i wezwał Wykonawcę T-MOBILE do udzielenia wyjaśnień „dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zaoferowanej w postępowaniu”.

Według Odwołującego z udostępnionej dokumentacji wynika również, że Zamawiający nie wzywał Wykonawcy T-MOBILE do wyjaśnienia, czy w stosunku do złożonych przez niego wyjaśnień zachodzą przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz.1503 ze zm.).

Nieudostępnienie Odwołującemu wyjaśnień złożonych przez wykonawcę T-MOBILE dotyczących elementów oferty świadczy o tym – zdaniem Odwołującego, że - po pierwsze, Zamawiający bez przeprowadzenia badania uznał, że podane w nich informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, po drugie, że w ocenie Zamawiającego zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności rażąco dysproporcję pomiędzy cenami poszczególnych ofert, ocena dokonana przez Zamawiającego wzbudziła wątpliwości Odwołującego.

Dalej argumentował, że dla obalenia domniemania nie będzie wystarczające ogólnikowe przytoczenie czynników mających wpływ na treść oferty wymienionych w art. 90 ust. 2 ustawy PZP, lecz konieczne jest udowodnienie, że zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę jest możliwe i będzie ono wykonane w sposób należyty z osiągniętym przy tym zyskiem.

Biorąc pod uwagę znaczącą dysproporcję pomiędzy ceną oferty wykonawcy T-MOBILE, a wartością przedmiotu zamówienia oraz cenami w pozostałych ofertach złożonych w postępowaniu, nie jest realne, według Odwołującego, aby zaoferowaną cenę uzasadniały potencjalne przychody z tytułu opłat międzyoperatorskich, a także niskie koszty własne.

Wskazał, że przypadku, gdy nie zachodzą przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Zamawiający zobowiązany jest udostępnić Odwołującemu wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę T-MOBILE dotyczące elementów ceny oferty. Ujawnieniu podlegają również wyjaśnienia, których nie można zastrzec z uwagi na brzmienie art. 86 ust. 4 ustawy PZP, a więc jeżeli odnoszą się one do ceny, czy cen jednostkowych podanych w ofercie.

Zaznaczył przy tym, że gdy ocena wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zobowiązany jest do jej odrzucenia.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu zbadania wyjaśnień i dostarczonych dowodów złożonych przez Wykonawcę T-MOBILE dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia czy stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i nakazanie udostępnienia ich Odwołującemu, jeśli w wyniku tego

badania będą podlegać one udostępnieniu.

Trzeci zarzut odnosił się do naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T-MOBILE, która zawiera rażąco niską cenę.

Wskazał, że przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 2 023 320,00 zł brutto, a wykonawca T-MOBILE złożył ofertę opiewającą na kwotę 231 946,14 zł brutto, co stanowi zaledwie 11,46 % kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia.

Nadto zwrócił uwagę, że cena oferty T-MOBILE jest ponadto niższa od ceny oferty Odwołującego o kwotę 437 332,90 zł brutto, i stanowi zaledwie 34,66 % ceny oferty Odwołującego.

Według Odwołującego różnica pomiędzy ceną oferty T-MOBILE a wskazanymi powyżej kwotami uzasadnia twierdzenie, że cena oferty T-MOBILE jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym za podaną kwotę T-MOBILE nie jest w stanie zrealizować zamówienia, nie ponosząc przy tym straty.

W celu wykazania, iż cena oferty T-MOBILE jest niewiarygodnie niska, Odwołujący przeprowadził analizę cen oferty Wykonawcy T-MOBILE, w oparciu o koszty ponoszone przez tego Wykonawcę wyłącznie z tytułu rozliczeń międzyoperatorskich (rozliczenia między operatorskie czyli koszty ponoszone przez operatorów telekomunikacyjnych z tytułu opłat za połączenia głosowe i wiadomości SMS realizowane do sieci innych operatorów) w całym okresie realizacji zamówienia.

Jak stwierdził Odwołujący w wyniku tej analizy uzyskał w odniesieniu do oferty T-MOBILE wyniki wskazujące, że uwzględnienie tylko jednego czynnika kosztowego w postaci opłat międzyoperatorskich, powoduje, że koszty związane z realizacją zamówienia w tej ofercie przewyższają wartość przychodów (są wyższe niż zaoferowana cena za całość zamówienia).

Zauważył, że przedmiotowe zamówienie obejmuje świadczenie usług telekomunikacyjnych w ramach telefonii komórkowej na terenie całego kraju, jak również UE i poza nią, dla jednostek organizacyjnych sądownictwa powszechnego przez okres 24 miesięcy, przy czym zgodnie z wymaganiami Zamawiającego podanymi w SIWZ świadczenie usług miało obejmować minimum 4590 kart SIM.

Dodatkowo wskazał, że Zamawiający w formularzu cenowym określił przewidywalną ilość jednostek minut za połączenia głosowe, do sieci telefonii komórkowych wszystkich operatorów krajowych (bez ruchu do Biznes Grupy) za 24 miesiące oraz połączeń głosowych krajowych do sieci telefonii stacjonarnej za 24 miesiące - wartości te wynoszą odpowiednio: 19 010 000 00 i 4 513 000 minuty.

Ponadto zaznaczył, że Zamawiający wymagał podania ceny za wysłanie 6 625 000 SMS krajowych do wszystkich sieci łącznie przez 24 miesiące i określił również dla krajowych połączeń głosowych poziom ruchu wychodzącego do sieci T-Mobile na poziomie 13,7% a dla SMSów 8,9%.

Argumentował, że koszty jakie będzie musiał ponieść wykonawca T-MOBILE z tytułu opłat międzyoperatorskich dla wskazanej przez Zamawiającego liczby minut przez okres 24 miesięcy będą wynosić 865 675,88zł brutto (703 801,53 zł netto), gdzie koszt zakończenia jednej minuty połączenia w sieci innego operatora komórkowego wynosi 0,0429 zł netto.

Przekonywał, że do tych wyliczeń Odwołujący przyjął dane ujawnione przez Zamawiającego dotyczące ruchu wychodzącego oraz struktury ruchu dla reprezentatywnej próbki (na tej podstawie ustalono ilość minut połączeń wychodzących wykonanych przez Zamawiającego do sieci innych operatorów niż sieć Wykonawcy T-MOBILE).

Dalej wywodził, że koszty jakie będzie musiał ponieść wykonawca T-MOBILE z tytułu opłat międzyoperatorskich dla wskazanej przez Zamawiającego liczby minut - krajowych połączeń do sieci stacjonarnych przez okres 24 miesięcy będą wynosić 138 774,75 zł brutto (112 825,00 zł netto), gdzie koszt zakończenia jednej minuty połączenia w sieci stacjonarnej wynosi 0,0250 zł netto.

Wyjaśnił, że do tych wyliczeń Odwołujący przyjął dane ujawnione przez Zamawiającego dotyczące ruchu wychodzącego oraz struktury ruchu dla reprezentatywnej próbki (na tej podstawie ustalana jest to ilość minut połączeń wychodzących wykonanych przez Zamawiającego do sieci innych operatorów niż sieć wykonawcy T-MOBILE).

Poza tym zwrócił uwagę, że na koszty jakie będzie musiał ponieść wykonawca T-MOBILE składają się dodatkowo opłaty za rozliczenia międzyoperatorskie z tytułu wysyłania wiadomości SMS do sieci innych operatorów niż własna, gdzie koszt wysłania jednej wiadomości SMS (przy założeniu że zarzut o którym mowa była w pkt. I niniejszego pisma nie zostanie uwzględniony) - taki SMS bezpłatny.

Nadmienił przy tym, że w formularzu ofertowym Zamawiający wymagał uwzględnienia w cenie oferty 6 625 000 wiadomości SMS krajowych do wszystkich sieci.

Odwołujący oświadczył, że przyjmuje, iż co najmniej 91,1% SMS będzie wysyłanych do sieci innej niż sieć operatora, któremu zostanie powierzona realizacja umowy.

Wyjaśnił, że powyższe założenie wynika wprost z danych wskazanych przez Zamawiającego, iż tylko 8,9% wysłanych SMS-ów jest kierowanych do sieci T- MOBILE.

Zauważył, że cena wysłania 1 wiadomości SMS zgodnie z ofertą T-MOBILE wynosi 0,00 zł netto, zatem biorąc pod uwagę wysokość opłaty międzyoperatorskiej za wysłanie 1 wiadomości SMS, która wynosi 0,05 zł netto, różnica pomiędzy przychodem a kosztem wysłania jednej wiadomości będzie wynosić 0,05 zł netto. Uwzględniając wymaganą w formularzu oferty liczbę SMS-ów tj. 6 625 000 sztuk, otrzymujemy najmniej 6 035 375 SMS wysyłanych do sieci innej niż sieć operatora, co daje kwotę 301 768,75 zł netto.

Przekonywał, że sumując koszty wyłącznie z tytułu opłat międzyoperatorskich za połączenia głosowe oraz wiadomości SMS (816 626,53 zł netto + 301 768,75 zł netto) otrzymamy kwotę 1 118 395,28 zł netto, tj. 1 375 626,19 zł brutto.

Przytaczając powyższe dane dodał, że zaproponowana przez T MOBILE oferta nie obciąża Zamawiającego ani użytkowników końcowych kosztami połączeń krajowych, tym samym można założyć, że generowany ruch będzie co najmniej równy lub wyższy niż historyczny - co jest zgodne z trendami rynkowymi występującymi na rynku telekomunikacyjnym w kraju. Tym samym powyższe obliczenia kosztów określają wartości minimalne.

Powyższe wyliczenie – zdaniem Odwołującego - wskazuje, że koszty związane tylko z jednym z czynników kosztotwórczych, tj. z koniecznością ponoszenia opłat międzyoperatorskich wielokrotnie przewyższają wysokość ceny podanej w ofercie T-MOBILE.

Dodatkowo wskazał, że powyższa analiza oferty T-MOBILE uwzględnia jedynie niektóre z kosztów, jakie należy ponieść w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Analizując potencjalne przychody z ruchu przychodzącego (czyli połączeń

wykonywanych na telefony wykorzystywane przez Zamawiającego przez innych operatorów) w ramach przedmiotowego zamówienia Odwołujący zauważył, że oferty ryczałtowe (czyli określające stały poziom kosztów niezależnie od wykonywanego ruchu krajowego) mają znacznie większy udział połączeń wychodzących niż przychodzących, co – jego zdaniem - wynika wprost ze sposobu korzystania użytkowników końcowych, którzy nie są obciążani za wykonywane połączenia i mają pokrycie w badaniach struktury ruchu wykonywanych połączeń i wysyłanych wiadomości SMS, dokonywanych przez Odwołującego.

W efekcie dla oferty zaprezentowanej przez T—MOBILE – w opinii Odwołującego - należałoby założyć poziom ruchu przychodzącego nie wyższy niż 45% ruchu wychodzącego.

Według Odwołującego w następstwie takich obliczeń strata T-MOBILE w związku ze złożoną ofertą wynosić będzie 426 543,30 zł netto.

Odwołujący stanął na stanowisku, że w przypadku niespodziewanego wzrostu ilości ruchu przychodzącego do sieci wykonawcy T-MOBILE nawet do 65 % wielkości ruchu wychodzącego (co jest wartością nierealną dla ofert ryczałtowych), dalej strata T-MOBILE pozostanie na poziomie ok. 202 864,25 zł netto.

Wskazał przy tym, że dla dokonania powyższych wyliczeń przyjęto jedynie wyłącznie koszty ponoszone przez operatora z tytułu rozliczeń międzyoperatorskich (MTR, FTR) w kraju i założono także, na korzyść wykonawcy T-MOBILE, że wszelki ruch zagraniczny do i w Unii Europejskiej, zamyka się we własnej sieci tego wykonawcy, nie generując kosztów roamingowych związanych z wykorzystaniem sieci innego operatora.

Zaznaczył przy tym, że nie podlegały analizie także koszty transmisji danych GPRS w kraju tj. 45 700 jednostek po 6 GB oraz 10 400 jednostek w wysokości 12 GB.

Powyższe wyliczenie – w ocenie Odwołującego - wskazuje, że zaoferowana zarówno przez T-MOBILE cena za realizację zamówienia jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, nierealistyczna, całkowicie oderwana od realiów rynkowych i nie dająca gwarancji należytego wykonania zamówienia, a wykonanie tego zamówienia za ceny podane w ofercie T-MOBILE nie gwarantuje osiągnięcia zysku.

Według założenia Odwołującego ceny podane w ofercie T-MOBILE wskazują, że Wykonawca T-MOBILE poniesie straty przy wykonaniu tego zamówienia.

Czwarty zarzut wskazywał na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art 7 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy T-MOBILE, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Przedstawiona powyżej argumentacja – zdaniem Odwołującego - dowodzi, że oferowanie przez T-MOBILE usług telekomunikacyjnych poniżej kosztów świadczenia, utrudnia Odwołującemu dostęp do rynku i tym samym stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący uważał, że same koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia, wynikające z konieczności ponoszenia opłat międzyoperatorskich dla połączeń głosowych (komórkowych oraz stacjonarnych) oraz dla wiadomości SMS będą wynosić ok 1 375 626,19 zł brutto, a po uwzględnieniu najwyższego potencjalnego przychodu z ruchu przychodzącego, koszty te przewyższą cenę oferty T- MOBILE o kwotę co najmniej 249 523,03 zł brutto.

Nawet jeśli założyć, że gdyby koszty te były niższe, to i tak przychody jakie osiągnie T- MOBILE z tytułu usług świadczonych w ramach zamówienia w żadnym wypadku nie pozwolą na osiągnięcie zysku i zamówienie będzie wykonywane poniżej kosztów świadczenia usług.

Zdaniem Odwołującego poniesione koszty nie zostaną odzyskane w dłuższym okresie czasu świadczenia usług.

Stwierdził, że w przedmiotowej sprawie zachodzi utrudnienie dostępu do rynku, bowiem skutki czynów objętych przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zmaterializowały się w postaci realnie poniesionej szkody innego przedsiębiorcy.

Nie ulega wątpliwości – w ocenie Odwołującego, że poniesie on szkodę w postaci nie uzyskania przedmiotowego zamówienia i zmniejszenia przychodów na skutek sprzedaży przez T-MOBILE usług poniżej kosztów ich świadczenia.

Podkreślił przy tym, że przepis ten nie zawiera żadnych określeń z których wynikałoby, aby dla stwierdzenia utrudniania dostępu do rynku wymagane było zaistnienie

określonego skutku.

W ocenie Odwołującego oferowanie rażąco niskiej ceny stanowi utrudnianie dostępu do rynku i jest to działanie podjęte w celu eliminacji innych przedsiębiorców, w tym Odwołującego, a sprzedaż usług poniżej kosztów jest dozwolona jedynie, gdy jest elementem polityki cenowej, ale nienakierowanej na eliminację, tj. np. w celu wejścia na rynek, wyprzedaży sezonowej, wyprzedaży zapasów, itp.

Reasumując, podniósł, że powyższe dowodzi, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przytoczonych w odwołaniu przepisów ustawy PZP.

Pismem z dnia 27 października 2014r. T-MOBILE S.A., zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej (SIWZ), oferty Przystępującego wykonawcy: T-MOBILE S.A., wezwań Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 25 września 2014r. skierowanych do Przystępującego, wyjaśnień Przystępującego z dnia 30 września 2014r., zawiadomienia o wyniku postępowania z dnia 13 października 2014r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.87 ust.1 w związku z art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp, art.8 w związku z art.7 ust.1 oraz art.96 ust.3 ustawy Pzp, art.89 ust.1 pkt.4 w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp, art.89 ust.1 pkt.3 w związku z art.7 ust.1 ustawy Pzp ustawy Pzp.

Istotnymi zagadnieniami wymagającymi rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Przystępujący wykonawca: T-MOBILE S.A. złożył ofertę, której treść pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ oraz ofertę z rażąco niską ceną, stanowiącą

czyn nieuczciwej konkurencji, a także czy wybór najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym przetargu był uzasadniony pod względem prawnym.

W zakresie rozpoznania pierwszego zarzutu Izba ustaliła, że Zamawiający w odpowiedzi z dnia 9 września 2014r. na pytanie wykonawcy wyjaśnił, iż w przypadku gdy, wykonawca oferuje jakąś usługę wymienioną w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 1b do SIWZ bezpłatnie, powinien w stosownym miejscu wpisać słowo „bezpłatnie”.

Izba stwierdziła również, że suma wszystkich razem cen jednostkowych netto z formularza cenowego – załącznik nr 1b wynikających z l.p. 1 – 8 została podana prawidłowo, biorąc pod uwagę wynik ceny łącznej zamówienia netto za 24 miesiące.

Odnosząc się do pierwszego zarzutu, uznając powyższą poprawność matematyczną podanej przez Przystępującego ceny łącznej, Izba uznała, że zachowanie Zamawiającego mieściło się w granicach przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp, bowiem w kontekście nie podania informacji o bezpłatności świadczenia w pozycji nr 4 formularza cenowego Zamawiający miał podstawę prawną do wyjaśnienia treści oferty.

Niezależnie od możliwości skorzystania przez Zamawiającego z przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp powyższy brak wpisania słowa bezpłatnie można również rozpatrywać w kategoriach przepisu art.87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp, jednak takie hipotetyczne naruszenie przepisu ustawy Pzp – w ocenie Izby - nie miało by wpływu na wynik postępowania.

Według Izby przyjmując, że Przystępujący omyłkowo nie wpisał w pozycji nr 4 słowa bezpłatnie, to powyższa sprzeczność tego wpisu w ofercie z powyższym wymaganiem SIWZ, nie miała charakteru istotnego, a zatem mogła podlegać poprawieniu.

Izba nie podzieliła zapatrywania Odwołującego o niewycenieniu pozycji nr 4 formularza ofertowego wnioskując, że suma pozycji świadczonych bezpłatnie z tymi oszacowanymi przez Przystępującego odpowiada wynikowi końcowemu, a zatem oświadczenie woli w tym zakresie jest wyraźne i oznacza bezpłatność świadczenia w spornej pozycji.

Potwierdzeniem tego toku rozumowania było wyjaśnienie Przystępującego dotyczące tej okoliczności.

Oдноśnie drugiego zarzutu – w ocenie Izby - Odwołujący prawidłowo zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa, które to informacje mieściły się w treści definicji określonej w art.

11 ust.4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do powołanego wyżej przepisu przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Izba analizując przedmiotowe informacje zawarte w piśmie Przystępującego z dnia 30 września 2014r., stanęła na stanowisku, że spełniają one przesłanki z powyższego przepisu.

Izba ustaliła, że w powyższym piśmie znajdowało się zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dokonane przez Przystępującego.

Zdaniem Izby informacje przedstawione przez Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, w szczególności określające koszty świadczenia stanowią informację posiadającą określoną wartość gospodarczą.

Poza tym z wyjaśnień tych wynika, że Przystępujący podjął stosowne działania zabezpieczające te informacje.

Dalej rozpoznając sprawię nie potwierdził się również trzeci zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny.

W tym przypadku, w pierwszej kolejności, Izba zwróciła uwagę, iż Zamawiający miał obowiązek zastosowania reguły określonej w art. 90 ust. 1 cyt. wyżej ustawy Pzp, w myśl, której Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Z tych powodów Zamawiający – według zapatrywania Izby - miał pełne podstawy do zwrócenia się do wykonawcy z najniższą ceną o wyjaśnienie zaoferowanej przez niego ceny w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wobec odbiegania jej wartości od pozostałych dwóch cen.

Należy zauważyć, iż stosownie do brzmienia art. 90 ust. 2 powyżej ustawy Pzp Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla

wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z powyższego przepisu wynika, że wolą ustawodawcy było umożliwienie wykonawcom złożenia wyjaśnień, w tym wraz z przedłożeniem stosownych dowodów na okoliczność braku istnienia rażąco niskiej ceny.

Według Izby Zamawiający prawidłowo przeprowadził postępowanie wyjaśniające, a przedstawione szczególne warunki świadczenia usługi i ich kalkulacja uzasadniały zaoferowaną cenę.

Zdaniem Izby skala i obszar działań Przystępującego wskazany w jego wyjaśnieniach z dnia 30 września 2014r. w pkt.1 stanowi obiektywny czynnik świadczący o wyjątkowo sprzyjających warunkach wykonywania zamówienia dostępnych dla tego wykonawcy.

Nadto nie budziły wątpliwości Izby wyjaśnienia Przystępującego opisane w pkt. 2 i 3, z których wynika możliwość znacznego ograniczenia kosztów wykonania usługi.

Powyższa motywacja znalazła również potwierdzenie w opinii firmy Nettel Consulting (vide: wydruk z korespondencji mailowej z dnia 10 października 2014r.) działającej na zlecenie Zamawiającego sporządzonej przed czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przechodząc do omówienia prezentacji Odwołującego, to – w ocenie Izby – stanowi ona jego dokument prywatny, opierający się na jego kalkulacjach i szacunkach, bez odniesienia się założeń kosztowych Przystępującego.

Na tle tego zarzutu należy zauważyć, że wszystkie trzy oferty cenowe znacznie odbiegały od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, co może potwierdzać dużą zmienność cenową na rynku usług telefonii komórkowej, gdzie cena może zależeć od wielu czynników.

Ostatecznie brak wykazania przez Odwołującego rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego uzasadnia stwierdzenie, że złożona oferta nie stanowiła czynu nieuczciwej

konkurencji, zatem nie potwierdził się zarzut utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez świadczenie poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (vide: art.15 ust.1 pkt.1 ustawy Pzp).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła odwołanie oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący.....