

Sygn. akt: KIO 1622/12

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 sierpnia 2012 r.** w Warszawie odwołania z dnia **30 lipca 2012 r.** wniesionego przez wykonawcę **Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centralny Zarząd Służby Więziennej, ul. Rakowiecka 37A, 02-521 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **PTK Centertel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 01-230 Warszawa, ul. Skierniewicka 10a** – zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **POLKOMTEL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3**
i nakazuje:
zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr**
(słownie: **piętnaście** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczone przez wykonawcę

POLKOMTEL Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 02-676 Warszawa, ul. Postępu 3,
tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1622/12

Uzasadnienie

Zamawiający **Centralny Zarząd Służby Więziennej, ul. Rakowiecka 37A, 02-521 Warszawa** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Usługi telefonii komórkowej«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **30.05.2012 r.** pod nrem **2010/S 101-168681**. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **20.07.2012 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy PTK Centertel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa.

Wykonawca **Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **30.07.2012 r.** do Prezesa KIO odwołanie na naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy PTK Centertel do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PTK Centertel pomimo tego, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. czyn wskazany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania zaniechanej przez zamawiającego czynności polegającej na wezwaniu wykonawcy PTK Centertel do złożenia wyjaśnień w zakresie

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny do czego zamawiający był zobligowany w świetle obowiązujących przepisów;

3) ewentualnie, na wypadek uwzględnienia zarzutu, że złożenie oferty wykonawcy PTK Centertel stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy PTK Centertel.

Argumentacja odwołującego

Jednym z podstawowych obowiązków w postępowaniu o udzielenie zamówienia nałożonym na zamawiającego jest badanie ofert składanych przez wykonawców z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Przy ocenie ofert zamawiający powinien zapewnić uczciwą konkurencję, m.in. przez sprawdzenie czy składana oferta nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo czy nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W art. 89 ust. 1 Pzp ustawodawca zawarł katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty. Przepis ten ma charakter obligatoryjny, co oznacza że zaistnienie choćby jednej z wymienionych w przepisie przesłanek musi skutkować odrzuceniem oferty.

W postępowaniu zamawiający uchybił wymaganiom wynikającym z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i nie dochował należytej staranności przy analizie przesłanek, których zaistnienie niewątpliwie powinno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy wykonawcą PTK Centertel

Ad 1. Odnośnie zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jak jednolicie wskazuje się w piśmiennictwie, orzecznictwie oraz opiniach Urzędu Zamówień Publicznych dostępnych na stronie www.uzp.gov.pl, ustawa PZP wprowadza obowiązek odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny. Co prawda przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie precyzują tego pojęcia jednak korzystając z ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalając na wygenerowanie przez niego zysku (*por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2012, KIO 406/12*).

1. Cena zaoferowana przez wykonawcę PTK Centertel jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, z całą pewnością należy uznać, że cena zaoferowana w postępowaniu przez wykonawcę PTK Centertel jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Treść art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wskazuje, że punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej, jest ustalona przez zamawiającego cena całkowita (tj. wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o VAT) w powiązaniu z przedmiotem zamówienia. Badanie rażąco niskiej ceny należy odnosić do przedmiotu zamówienia, bowiem chodzi o wyeliminowanie z postępowania wykonawców niewiarygodnych z uwagi na proponowanie nierealistycznej ceny.

Zamawiający wskazał, że wartość zamówienia brutto wynosi 4 850 000,00 zł. Natomiast oferta wykonawcy PTK Centertel została złożona na całkowitą kwotę 1 750 013,44 zł brutto.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że pomiędzy wartością przedmiotu zamówienia podaną przez zamawiającego a ceną z oferty wykonawcy PTK Centertel zachodzi rażąca dysproporcja tj. cena zaoferowana przez wykonawcę PTK Centertel jest o 64% niższa od wartości przedmiotu zamówienia. Co więcej, cena zaoferowana przez wykonawcę PTK Centertel odbiega nie tylko od wartości przedmiotu zamówienia, ale także od ceny zaoferowanej przez drugiego z wykonawców.

Polkomtel Sp. z o.o. o ponad 41% (cena za całość zamówienia wynosi 2 944 959,20).

W świetle tego, zamawiający powinien był wezwać wykonawcę PTK Centertel do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wyraźnego podkreślenia wymaga fakt, że art. 90 ust. 1 Pzp ma charakter obligatoryjny, zatem zamawiający nie ma jakiegokolwiek swobody w zakresie odstąpienia od ww. procedury. Zamawiający w każdym przypadku, gdy różnica pomiędzy wartością zamówienia a ceną oferty złożonej przez wykonawcę jest znacząca (co bez wątpienia miało miejsce), ma obowiązek wezwać takiego wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wszczęcia procedury wskazanej w art. 90 ust. 1 Pzp pomimo tego, że niewątpliwie zaistniały przesłanki do jej przeprowadzenia.

2. Wykonawca PTK Centertel wykazał brak zysku skutkujący brakiem gwarancji należytego wykonania umowy.

Cena zaoferowana przez wykonawcę PTK Centertel jest nierealna, niewiarygodnie niska, i znacząco odbiegająca od cen rynkowych w powiązaniu z przedmiotem zamówienia. Co więcej cena zaoferowana przez wykonawcę PTK Centertel nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia.

W celu wykazania, że cena z oferty PTK Centertel Sp. z o. o. jest niewiarygodnie niska, należy odnieść się do przedmiotu zamówienia – tj. zakresu usług oraz ilości towarów (telefonów) przewidzianych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia). Opis przedmiotu zamówienia zawarty w specyfikacji przedstawia się następująco:

W odniesieniu do zakresu usług telekomunikacyjnych. Zamawiający określił w specyfikacji, że wykonawcy mają zaoferować ceny dla 1497 sztuk abonamentów (przewidzianych jako gwarantowana wielkość zamówienia) w tabeli Załącznika nr 3 do specyfikacji. Abonamenty różnią się pomiędzy sobą liczbą minut zawartą w abonamencie, tj.

- 263 sztuki abonamentów miesięcznych (250 minut w abonencie),
- 384 sztuki abonamentów miesięcznych (160 minut w abonamencie),
- 700 sztuk abonamentów miesięcznych (90 minut w abonamencie),
- 77 sztuk abonamentów miesięcznych nieobejmujący pakietu minut,
- 45 sztuk abonamentów miesięcznych (2000 minut w abonamencie – bramka GSM),
- 21 sztuk abonamentów dotyczących dostępu do Internetu (6 GB transferu danych w abonamencie miesięcznym).

W ramach przedmiotu zamówienia, wykonawca zobowiązany jest dostarczyć telefony, modemy i akcesoria w następujących ilościach (przewidzianych jako gwarantowana wielkość zamówienia):

- 528 sztuk (264 sztuki po podpisaniu umowy i kolejne 264 sztuki po 24 miesiącach) telefonów z Grupy 1 tj. w cenie detalicznej wykonawcy powyżej 1500,00 zł netto i do 3000 zł netto;
- 778 sztuk (389 sztuk po podpisaniu umowy i kolejne 389 sztuki po 24 miesiącach) telefonów z Grupy 2 tj. w cenie detalicznej wykonawcy powyżej 800,00 zł netto do 1500,00 zł netto;
- 1 556 sztuk (778 sztuk po podpisaniu umowy i kolejne 778 sztuki po 24 miesiącach) telefonów z Grupy 3 tj. w cenie detalicznej wykonawcy do ceny 800 zł netto, z tym zastrzeżeniem, że nie na wszystkich numerach będzie wymieniany telefon po 24 miesiącach (ze względu na nieosiągnięcie okresu 24 miesięcy obowiązywania danej umowy). Do dalszej kalkulacji przyjęto, że realne zapotrzebowanie jest na poziomie **1400 sztuk** telefonów z Grupy 3;
- 42 sztuki modemów do transmisji danych (21 sztuk po podpisaniu umowy i kolejne 21 sztuk po 24 miesiącach);
- 240 sztuk słuchawek bezprzewodowych (120 sztuk po podpisaniu umowy i kolejne 120 sztuk po 24 miesiącach);

- 268 sztuk (134 sztuki po podpisaniu umowy i kolejne 134 sztuki po 24 miesiącach) ładowarek samochodowych.

W odniesieniu do wymogu ze specyfikacji dotyczącego poprawy zasięgu, wykonawcy są zobowiązani poprawić zasięg na swój koszt w odpowiednich dla danego wykonawcy lokalizacjach.

W celu zobrazowania wyliczeń wskazujących, że cena zaoferowana przez wykonawcę PTK Centertel jest rażąco niska, a także w celu wykazania, że oferta wykonawcy PTK Centertel nie daje gwarancji należytego wykonania umowy, odwołujący przedstawił tabelaryczne zestawienie przewidywanych kosztów i przychodów odwołującego oraz wykonawcy PTK Centertel.

koszty(-)/przychody	PLUS	Orange
koszty(-)		
Koszt zakupu telefonów, modemów i akcesoriów przez wykonawcę, na potrzeby realizacji zamówienia	- 1 736 098,00 zł	- 1 736 098,00 zł
Koszt poprawy zasięgu	- 315 000,00 zł	- 315 000,00 zł
Przychody		
Telefony – Grupa 1 – 528 sztuk	422 400,00 zł	30 096,00 zł
Telefony – Grupa 2 – 778 sztuk	311 200,00 zł	44 346,00 zł
Telefony – Grupa 3 – 1400 sztuk	138 600,00 zł	79 800,00 zł
Modem – 42 sztuki	3 276,00 zł	0,42 zł
Słuchawki bezprzewodowe	7 692,00 zł	2,40 zł
Ładowarki samochodowe	4 971,40 zł	2,68 zł
Abonament – 250 minut – 264 sztuki – 48 miesięcy	285 120,00 zł	285 120,00 zł
Abonament – 160 minut – 389 sztuk – 48 miesięcy	268 876,80 zł	268 876,80 zł
Abonament – 90 minut – 701 sztuk – 48 miesięcy	272 548,80 zł	272 548,80 zł
Abonament – bez pakietu minut – 77 sztuk – 48 miesięcy	36,96 zł	0,00 zł
Abonament – 2000 minut – 45 sztuk – 48 miesięcy	648 000,00 zł	388 800,00 zł
Abonament Internetowy 6GB – 21 sztuk – 48 miesięcy	16 178,40 zł	44 352,00 zł
Dodatkowy ruch poza abonament 1 500 000 minut w skali 48 miesięcy	225 000,00 zł	135 000,00 zł
SMS – szacowana ilość w skali 48 miesięcy 300 000	54 000,00 zł	27 000,00 zł
MMS – szacowana ilość w skali 48 miesięcy 36 000	11 880,00 zł	3 240,00 zł
SUMA dochód/strata po 48 miesiącach	618 682,36 zł	- 471 912,90 zł

Zgodnie z postanowieniami specyfikacji zamawiający wybiera interesujące go modele telefonów dostępne w cenniku wybranego wykonawcy, zgodnie z przynależnością telefonu do konkretnej grupy cenowej. Rzetelnie skalkulowana oferta powinna zakładać, zatem że zamawiający dokona wyboru telefonów najbardziej zaawansowanych technicznie, najnowszych modeli, czyli najdroższych.

Na potrzeby powyżej wskazanej kalkulacji przyjęto, że:

- w ramach wyboru telefonów z Grupy 1 – APPLE iPhone 4S 16GB w cenie detalicznej 2950 zł netto,
- w ramach wyboru telefonów z Grupy 2 – Nokia 710, w cenie detalicznej 1487 zł netto,
- w ramach wyboru telefonów z Grupy 3 – Nokia C5 5MP w cenie detalicznej 730 zł netto,
- Modem internetowy w cenie detalicznej 178,00 zł netto,
- Słuchawka bezprzewodowa w cenie detalicznej 50,00 zł netto,
- ładowarka samochodowa w cenie detalicznej 40 zł netto.

Szacunkowa wartość hurtowa sprzętu w ilościach przedstawionych powyżej, w ramach oferty producentów tych urządzeń dostępnych dla wiodących operatorów telefonii komórkowej – wykonawcę PTK Centertel czy też odwołującego waha się na poziomie 45-50% wskazanej ceny detalicznej. Wobec powyższego szacowany przez każdego z wykonawców łączny koszt zakupu wszystkich urządzeń od dostawców hurtowych wynosi ok. **1 736 098,00 zł tj.**

- 528 sztuk telefonów z Grupy 1 w łącznej cenie 686 400 zł netto (1 300 zł netto za 1 sztukę),
- 778 sztuk telefonów z Grupy 2 w łącznej cenie 544 600 zł netto (700 zł netto za 1 sztukę),
- 1 400 sztuk telefonów z Grupy 3 w łącznej cenie 490 000 zł netto (350 zł netto za 1 sztukę),
- 42 sztuki modemów internetowych w łącznej cenie 3 738 zł netto (89 zł netto za 1 sztukę),
- 240 sztuk słuchawek bezprzewodowych 2 w łącznej cenie 6 000 zł netto (25 zł netto za 1 sztukę),
- 268 sztuk ładowarek samochodowych 2 w łącznej cenie 5 360 zł netto (20 zł netto za sztukę).

Natomiast średni koszt poprawy zasięgu zarówno w odniesieniu do odwołującego jak i wykonawcę PTK Centertel wynosi 315 000 zł netto.

Zatem łączne koszty, które musi ponieść zarówno odwołujący jak wykonawca PTK Centertel (koszt zakupu telefonów, modemów i akcesoriów oraz koszt poprawy zasięgu), aby zrealizować zamówienie wynoszą **2 051 098 zł netto**.

Z kolei, przychody ze sprzedaży telefonów po stronie odwołującego oraz wykonawcy PTK Centertel kształtują się na zupełnie innym poziomie. Taki stan rzeczy wynika z faktu, że wykonawca PTK Centertel w odróżnieniu od odwołującego, zaoferował cenę telefonu na tym samym poziomie w każdej grupie cenowej z cennika detalicznego tj. cenę **57 zł za każdy aparat telefoniczny**. Cena na tak niskim poziomie nie może przynieść przychodu nawet na poziomie zbliżonym do kosztów jego zakupu.

Z powyższego zestawienia wynika, że koszty realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego przez wykonawcę PTK Centertel przewyższają przychody. Przewidywany dochód odwołującego to kwota **618 682,36 zł**, natomiast wykonawcy PTK Centertel realizację umowy zakończy **ze stratą w wysokości 471 912,90 zł**. Powyższe wartości wynikają z faktu, że ceny telefonów zaoferowane przez wykonawcę PTK Centertel są nierealne w stosunku do cen rynkowych, co bezpośrednio przekłada się na całkowitą cenę oferty. Na marginesie należy wspomnieć, że w postępowaniu wysokość ceny zaoferowanej przez wykonawcę PTK Centertel (57 zł) za każdy aparat telefoniczny, nie może być uzasadniana ewentualnymi przychodami wynikającymi z opłat abonamentowych oraz opłat za połączenia.

Wobec faktu, że cena z oferty wykonawcy PTK Centertel nie zakłada zysku, jest nierealna, niewiarygodna, a także nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a zatem wykonawca PTK Centertel nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia publicznego. Tym samym, należy uznać, że cena ta powinna budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego. Zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy PTK Centertel do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na cenę, czego zaniechał.

Ad 2. Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcę PTK Centertel pomimo tego, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei, zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Z opisu zawartego w ust. 1 pkt 2 powyżej bezsprzecznie wynika, że czynność polegająca na złożeniu oferty przez wykonawcę PTK Centertel w postępowaniu stanowić będzie przesłankę do uznania tego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji. Otóż w przypadku, gdy wykonawca PTK Centertel, podpisze umowę z zamawiającym umowa ta skutkować będzie „sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia” w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Co więcej, nie dość, że oferta wykonawcy PTK Centertel nie zakłada zysku, to z tabelarycznego zestawienia zawartego w ust. 1 pkt 2 powyżej wynika, że realizacji zamówienia wiązać się będzie z startą w wysokości 471 912,90 zł. Nie ulega zatem wątpliwości, że sprzedaż przez wykonawcę PTK Centertel aparatów telefonicznych oraz świadczenia usług telekomunikacyjnych będzie następować poniżej kosztów ich wytworzenia.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **30.07.2012 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **31.07.2012 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Wykonawca PTK Centertel sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa złożył: 1) Prezesowi KIO, 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu – zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania 01.08.2012 r. (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego i przystępującego:

- 1) (dowód nr 1) raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2011 r. wskazując, że POLKOMTEL jest wiodącym dystrybutorem na rynku telekomunikacyjnym, a w związku z tym siła zakupowa POLKOMTEL jest równa sile zakupowej PTK Centertel;**
- 2) (dowód nr 2) tabelaryczne zestawienie przykładowych postępowań i (dowód nr 3) i wyciągi z ofert złożonych w różnych postępowaniach przez przystępującego i odwołującego na potwierdzenie, że ceny oferowane przez różnych wykonawców różnym zamawiającym są wysoce zróżnicowane i nie można ich odnosić do matematycznych wyliczeń;**
- 3) (dowód nr 4) slajdy z prezentacji polityki zarządu Networks na dowód, że w okresie kiedy sieć będzie budowana, przystępujący nie będzie mógł korzystać**

z zasobów sieci T-Mobile, gdyż dopiero Networks obejmie swoim zasięgiem wskazane lokalizacje w okresie późniejszym

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy – naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy PTK Centertel do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający szacując wartość zamówienia musi, zgodnie z art. 32 ust. 3 Pzp, wziąć pod uwagę wartość zamówień uzupełniających, które zamawiający zamierza udzielić w przyszłości zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 i z Pzp. Natomiast zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia udzielanego w rozpoznawanym postępowaniu na 3 150 000 zł, o czym powiadomił wykonawców w odpowiedzi na pytanie 21 w piśmie z dnia 22 czerwca 2012 r. (s. 200 dokumentacji). Dlatego oferta PTK Centertel na 1 750 000 zł mogła nie wzbudzić wątpliwości zamawiającego, szczególnie, że nie odbiegała w sposób radykalny od drugiej oferty Polkomtel – 2 950 000 zł, która również opiewała na kwotę niższą niż oszacowanie zamawiającego. Skład orzekający Izby podkreśla, że zamawiający jest obowiązany ustalić, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, przez zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie odpowiednich wyjaśnień w przypadku, gdy zrodzą się u niego wątpliwości co do poziomu zaoferowanych cen, czy nie są one rażąco niskie.

W rozpoznawanej sprawie odwołujący zwrócił uwagę na trzy czynniki, które mogłyby wskazywać na zastosowanie rażąco niskiej ceny, co skutkowałoby realizacją zamówienia

poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalając na wygenerowanie przez niego zysku (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 marca 2012, KIO 406/12).

Czynnik pierwszy to niski poziom cen ofertowych w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia oszacowanego przez zamawiającego, jednak same różnice w cenach nie wskazują na rażąco niską cenę. Gdyby tak było to ustawodawca wprowadziłby ustawowy poziom, od którego należałoby przyjmować cenę, jako rażąco niską. Natomiast – zgodnie z przepisami – decyzja odnośnie uznania rażąco niskiej ceny spoczywa na zamawiającym, który musi wziąć pod uwagę nie tylko wysokości cen, ale także wiele innych czynników, których wszystkich w zasadzie nie sposób wymienić.

Czynnik drugi to koszty sprzętu, które musi ponieść wykonawca. W odniesieniu do zakresu usług telekomunikacyjnych. Zamawiający określił w specyfikacji, że wykonawcy mają zaoferować ceny dla 1497 sztuk abonamentów (przewidzianych jako gwarantowana wielkość zamówienia) w tabeli Załącznika nr 3 do specyfikacji. W ramach przedmiotu zamówienia, wykonawca zobowiązany jest dostarczyć właściwą liczbę telefonów, modemów i innych akcesoriów.

Odwołujący w odwołaniu oświadczył, że koszt zakupu tego sprzętu wyniesie 1 736 098,00 zł. Odwołujący założył, że wykonawca będzie musiał zakupić te sprzęty oddzielnie i w bardzo szybkim trybie (po kilkaset sztuk), a modele telefonów będą musiały mieć najwyższe parametry użytkowe i wytrzymałościowe, czyli że będą to modele najdroższe. Jednak takie założenie nie wynikało z konkretnej sytuacji, wprost przeciwnie wyłoniony wykonawca miał przedstawić aparaty w cenie detalicznej z całej swojej oferty, a nie na specjalne żądanie zamawiającego, w związku z tym kilkaset aparatów nie będzie zamawiane specjalnie dla zamawiającego, a będzie częścią oferty ogólnokrajowej operatora. Dlatego wyliczenie kosztów zakupu sprzętu, nie poparte żadnym dowodem nie może być wzięte pod uwagę przez skład orzekający Izby, jako podstawa do obliczeń kosztów ponoszonych przez wykonawców na zakup sprzętu.

Czynnik trzeci to koszty działań inwestycyjnych infrastruktury, które musi ponieść wykonawca. W odniesieniu do wymogu ze specyfikacji dotyczącego poprawy zasięgu, wykonawcy są zobowiązani poprawić zasięg na swój koszt w odpowiednich dla danego wykonawcy lokalizacjach.

I tutaj odwołujący oświadczył, że koszt inwestycji na poprawienie zasięgu sieci we wskazanych lokalizacjach wyniesie około 315 000 zł netto. Także odwołujący nie wziął pod uwagę, co udowodnił przystępujący, że wykonawca nie musi specjalnie w celu poprawy zasięgu związanego z wykonaniem przedmiotu zamówienia dokonywać inwestycji w takiej kwocie. Wystarczy, że zaplanowane wcześniej inwestycje na inne terminy, choć we

wskazanych lokalizacjach przeprowadzi w innych (szybszych) terminach. Taka inwestycja nie obciąża budżetu wykonania danego zamówienia w całości, a co najwyżej w nieznaczącej części, związanej z przeprowadzeniem jej w innym terminie.

Ogólnie odwołujący nie dowiódł, że cena z oferty wykonawcy PTK Centertel nie zakładała zysku, była nierealna, niewiarygodna, nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, a zatem wykonawca PTK Centertel nie dał gwarancji należytego wykonania zamówienia publicznego. Tym samym, odwołujący nie dowiódł, że zaoferowana cena powinna budzić wątpliwości zamawiającego i dlatego zamawiający nie był zobowiązany do wezwania wykonawcy PTK Centertel do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na cenę. W związku z tym skład orzekający Izby, na podstawie przedstawionych dowodów nie mógł stwierdzić, że przystępujący złożył ofertę, w stosunku do której należało mieć wątpliwości dotyczące rażąco niskiej ceny i wobec tego zarzut pierwszy naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy PTK Centertel do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny – nie zasługuje na uwzględnienie.

Z tych samych względów w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PTK Centertel pomimo tego, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji tj. czyn wskazany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący wyszedł z założenia, że wykonawca musi dokonać na rzecz wykonania przedmiotowego zamówienia zakupu najdroższych aparatów, w najkrótszych terminach, w bardzo niewielkich, niehurtowych liczbach. Jednak zgodnie w specyfikacji nie było takich wymogów i dlatego zamawiający będzie dokonywać wyboru aparatów z bieżącej oferty wykonawcy, czyli spośród aparatów nabywanych znacznie taniej w sposób zaplanowany po korzystniejszych cenach hurtowych. Ponadto koszty inwestycyjne przeznaczone na poprawę zasięgu w wybranych lokalizacjach nie będą w pełnym zakresie obciążać budżetu zamówienia, gdyż koszty te będą ponoszone w ramach ogólnych kosztów wykonawcy, a mogą się tylko wiązać ze zmianą terminów prowadzenia danych inwestycji w zakresie infrastruktury wykonawcy. Również poziom zaoferowanych cen i wartości szacunkowej zamówienia nie dawał asumptu do stwierdzenia, że cena oferty przystępującego stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji wskazany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez odwołującego i przystępującego:

- 1) (dowód nr 1) raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w Polsce w 2011 r. wskazując, że POLKOMTEL jest wiodącym dystrybutorem na rynku telekomunikacyjnym, a w związku z tym siła zakupowa POLKOMTEL jest równa sile zakupowej PTK Centertel – jednak dowód ten nie miał wpływu na orzeczenie, gdyż mimo podobnych cen jakie mogą uzyskiwać obaj wykonawcy, odwołujący nie dowiódł, że przystępujący będzie zmuszony kupować niehurtowe liczby aparatów i to aparatów o szczególnych właściwościach użytkowych czy wytrzymałościowych;
- 2) (dowód nr 2) tabelaryczne zestawienie przykładowych postępowań i (dowód nr 3) i wyciągi z ofert złożonych w różnych postępowaniach przez przystępującego i odwołującego na potwierdzenie, że ceny oferowane przez różnych wykonawców różnym zamawiającym są wysoce zróżnicowane i nie można ich odnosić do matematycznych wyliczeń – jednak dowód ten nie miał wpływu na orzeczenie, gdyż nie zostało tam wzięte pod uwagę, że każde postępowanie jest tak inne, że nie można go porównywać z innymi bez przeprowadzenia bardzo wnikliwej analizy finalnych odbiorców i użytkowników, liczby zamawianych abonamentów, warunków używania aparatów, czasu obowiązywania umowy itd.;
- 3) (dowód nr 4) slajdy z prezentacji polityki zarządu Networks na dowód, że w okresie kiedy sieć będzie budowana, przystępujący nie będzie mógł korzystać z zasobów sieci T-Mobile, gdyż dopiero Networks obejmie swoim zasięgiem wskazane lokalizacje w okresie późniejszym – jednak dowód ten nie miał wpływu na orzeczenie, gdyż nie zostało tam wzięte pod uwagę, że koszty inwestycji związane z poprawą zasięgu w wybranych lokalizacjach nie będą obciążać wyłącznie budżetu zamówienia, a będą ogólnie obciążać wykonawcę bo będą służyć dla ogółu użytkowników, a nie tylko abonentom przedmiotowego zamówienia publicznego.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....