

Sygn. akt: KIO 812/13

## WYROK

z dnia 23 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Agnieszka Bartczak-Żuraw

**Protokolant:** Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Polska Telefonía Komórkowa „Centertel” Spółka z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Komendę Główną Policji, ul. Puławska 148/150, 02-642 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Polska Telefonía Cyfrowa S.A., Al. Jerozolimska 181, 02-222 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Polska Telefonía Komórkowa „Centertel” Spółka z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Polska Telefonía Komórkowa „Centertel” Spółka z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-230 Warszawa** 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 2010 r. 113, poz. 759 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**

Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150 02-624 Warszawa (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „Zakup usługi transmisji danych GPRS/EDGE/HSDPA do użytkowanych w Policji terminali mobilnych”. Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2013/S 031-049059 z dnia 13 lutego 2013 roku.

W dniu 8 kwietnia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Polska Telefonii Komórkowa „Centertel” Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10a, 01-230 Warszawa (dalej „Odwołujący”). Odwołujący wskazywał, że wnosi niniejsze odwołanie w oparciu o art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i jednocześnie oświadczał, iż jest wykonawcą, którego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Zaniechanie odrzucenia oferty Polskiej Telefonii Cyfrowej SA pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Zamawiającemu zarzucał naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polskiej Telefonii Cyfrowej SA jako zawierającej rażąco niską cenę,
- 2) art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polskiej Telefonii Cyfrowej SA, podczas gdy złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Polskiej Telefonii Cyfrowej SA, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenie oferty Polskiej Telefonii Cyfrowej SA.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, że w przedmiotowym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego złożone zostały oferty z następującymi cenami:

- 1) Polska Telefonia Cyfrowa SA - 738.000 zł,
- 2) PTK Centertel Sp. z o.o. - 2.296.065 zł,
- 3) AP-Flyer sp. z o.o. - 5.740.164 zł.

Wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 7.637.920 zł.

Jak podkreśla się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia zaofferowanej ceny w celu ustalenia, czy jest ona rażąco niska jest ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia. Natomiast pojęcie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jest definiowane jako *„cena odbiegająca od jego wartości, a różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 9 listopada 2011 r., sygn. akt KIO/2369/11). Cena zaofferowana przez Polską Telefonię Cyfrową SA w przetargu (738.000 zł) była ponad trzykrotnie niższa niż cena zaofferowana w drugiej w kolejności najkorzystniejszej ofercie, tj. w ofercie Odwołującego (2.296.065 zł) oraz blisko ośmiokrotnie niższa od ceny zaproponowanej w trzeciej z najkorzystniejszych ofert, złożonej przez AP-Flyer sp. z o.o. i wynoszącej 5.740.164 zł. Już same różnice w cenach, *prima facie* muszą budzić uzasadnione wątpliwości, co do podstaw ich wysokości oraz możliwości pokrycia kosztów ponoszonych przez Polską Telefonię Cyfrową SA w związku ze świadczeniem usług transmisji danych z przychodów osiąganych przez tę spółkę z realizacji zamówienia po wskazanej przez nią w ofercie cenie.

W szczególności, wątpliwości musi budzić daleko idąca rozbieżność w zakresie ceny oferowanej przez dwa podobne podmioty działające na rynku telekomunikacyjnym, prowadzące działalność o podobnej skali, strukturze kosztów i osiąganych przychodów. Blisko trzykrotna różnica w cenie pomiędzy tymi podmiotami nie daje się racjonalnie uzasadnić, gdyż pomiędzy działalnością Polskiej Telefonii Cyfrowej SA i Odwołującym brak jest różnic, które mogłyby uzasadniać tak daleko idącą rozbieżność w kosztach działalności.

W szczególności uwagę, rodzaj i specyfikę działalności obu podmiotów, nie jest możliwe aby świadczenie usług stanowiących przedmiot zamówienia w niniejszej sprawie według cen zaproponowanych przez Polską Telefonię Cyfrową SA było rentowne, tj. pokrywało ponoszone przez usługodawcę koszty oraz zapewniało godziwy zysk z przedsięwzięcia. Jest tak z następujących względów:

- 1) Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest najogólniej rzecz ujmując, świadczenie usług transmisji danych przy pomocy 15.556 kart SIM oraz uruchomienie dedykowanego łącza międzysystemowego pomiędzy APN wykonawcy a siecią PSTD Policji. Ponadto Zamawiający przewidział transmisję danych na poziomie 2 GB miesięcznie dla każdej karty. Uruchomienie i świadczenie usługi związane jest więc z kosztem zestawienia wyżej opisanego łącza, który to koszt obejmuje także zakup urządzeń teletransmisyjnych. Zestawienie łącza 20Mb, a następnie świadczenie przy jego pomocy usługi transmisji danych kosztuje, wliczając koszt routera oraz jednorazowy koszt instalacji, ponad 6 000 zł netto miesięcznie.
- 2) Wykonawca musi uwzględnić także koszt zakupu ponad 15 000 kart SIM, a także koszt opłaty za prawo do wykorzystania zasobów numeracji, naliczony zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 22 grudnia 2004 r. w sprawie wysokości, terminów i sposobu uiszczania opłat za prawo do wykorzystywania zasobów numeracji (Dz. U Nr 283, poz. 2832).
- 3) Wdrożenie takiej ilości kart SIM, przy zakładanej transmisji na poziomie 1,8 GB na każdą kartę spowoduje konieczność przesłania dodatkowych 28 Terabajtów danych miesięcznie. Oprócz samych kosztów bezpośrednich i pośrednich transmisji danych, skutkuje to zwiększonym obciążeniem sieci, a co za tym idzie koniecznością powiększenia pojemności tej sieci, w tym w szczególności podwyższenia przepływności łącza w rdzeniu sieci.
- 4) Opisując przedmiot zamówienia (rozd. III OPZ), Zamawiający ustanowił wymóg pokrycia co najmniej 90 % kraju zasięgiem sieci operatora z tym, że wykonawca zobowiązany jest zapewnić pokrycie zasięgiem zgodnie z przedstawioną przez siebie mapą. Powyższe wymogi oznaczają, że w przypadku gdy okaże się, że w miejscu wskazanym na mapie jako objęte zasięgiem sieci, zasięg nie występuje, Wykonawca zobowiązany będzie do przeprowadzenia inwestycji mających na celu rozbudowę infrastruktury. Prawdopodobieństwo wystąpienia takiej sytuacji jest bardzo duże, jeżeli weźmie się pod uwagę, że mapy zasięgowe nie są sporządzane na podstawie rzeczywistych pomiarów terenowych, lecz poprzez wyliczenia matematyczne, uwzględniające modele rozchodzenia się fal w terenie. Obliczenia takie zawsze objęte są ryzykiem błędu, wynikającego choćby z rozwoju budownictwa ograniczającego widzialność anten, zmian pogodowych oraz podobnych okoliczności.

Zaoferowanie realizacji przedmiotu zamówienia za kwotę 738.000 zł, nie uwzględnia więc wszystkich wskazanych kosztów, co wskazuje na finansowanie tego przedsięwzięcia z innych niż wynagrodzenie źródeł.

Mając na względzie wyżej wskazane koszty, jakie zmuszony jest ponieść każdy z wykonawców w celu świadczenia usługi, należy uznać, że wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na jej cenę, złożone przez Polską Telefonię Cyfrową SA, nie spełnia wymogów określonych w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp i nie może prowadzić do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, jakie zaistniało wskutek wezwania do wyjaśnień przesłane przez Zamawiającego dnia 26 marca 2013 r. Pomimo tego, że wyjaśnienia te są zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, Odwołujący ma prawo domagania się kontroli prawidłowości czynności Zamawiającego związanych z oceną tego dokumentu. Jak zauważył Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-450/06 Varec *„organ powołany do rozpoznania odwołań, powinien zapewnić poufność i prawo do przestrzegania tajemnicy handlowej w stosunku do informacji zawartych w aktach przedłożonych mu przez strony sporu, w szczególności zaś przez instytucję zamawiającą, przy czym on sam może zapoznawać się w takimi informacjami i brać je pod uwagę. Do organu tego należy podjęcie decyzji, w jakim stopniu i według jakich zasad należy zapewnić poufność i objęcie tajemnicą tych informacji, w świetle wymogów skutecznej ochrony sądowej oraz poszanowania prawa do obrony stron sporu, a także, w przypadku odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem lub trybunałem w rozumieniu art. 234 WE, tak by zagwarantować, że w całym postępowaniu przestrzegane jest prawo do rzetelnego procesu”*.

Sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu zaburza możliwość rzetelnego konkurowania przez przedsiębiorców na rynku i stanowi delikt nieuczciwej konkurencji, wskazany w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. W doktrynie wskazano, że zarzut naruszenia art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. może mieć w szczególności miejsce w przypadku składania ofert przetargach<sup>1</sup>. Jak wynika z kolei z utrwalonego orzecznictwa KIO, dopuszczenie się przez oferenta wskazanego wyżej czynu nieuczciwej konkurencji stanowi z kolei przyczynę uzasadniającą odrzucenie przez zamawiającego jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (zob. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 marca 2012 r., KIO 406/12). W niniejszej sprawie Odwołujący wykazał, że wykonując usługi analogiczne do usług realizowanych przez

---

<sup>1</sup> Komentarz do art. 15 ustawy, pkt 12 [w:] E. Nowińska, M. Du Vall, Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, LexPolonica.

Przystępującego, posiada też podobne warunki prowadzenia działalności. Jak wskazała KIO w podobnej do niniejszej sprawy:

*„Doświadczenie życiowe wskazuje, że działalność na podobnych warunkach prowadzi też wiele innych podmiotów. Nie wykazano zatem szczególnych, obiektywnych okoliczności, które pozwalałyby przystępującemu skalkulować ofertę na tak niskim poziomie w porównaniu do innych wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia”* (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2012 r., KIO 1649/12).

Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że:

*„Celem działania przystępującego nie było konkurowanie rzetelną ofertą, lecz zabieg stwarzający sztuczną przewagę, któremu ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pozwala przeciwdziałać także na gruncie ustawy Pzp przez odrzucenie oferty”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2012 r., KIO 1649/12).

A zatem, do niniejszej sprawy wprost powinno znaleźć zastosowanie orzecznictwo KIO, w którym wskazano, że:

*„istotną z punktu widzenia prawa konkurencji, przesądzającą o naganności postępowania przystępującego, jest w niniejszej sprawie okoliczność, iż przystępujący wycenił przedmiot zamówienia na kwotę niższą niż koszt świadczenia usługi. Bez wątplenia, w niniejszej sprawie zaburzona została ekwiwalentność świadczeń, o której mowa w art. 487 § 2 k.c., a która znajduje zastosowanie przez art. 14 ustawy Pzp również do umów o zamówienie publiczne. Działanie takie zagrażało interesom innych wykonawców, bowiem inni przedsiębiorcy, którzy wycenili przedmiot zamówienia na kwoty rzeczywiste, wynikające z wartości świadczenia, znaleźli się w znacznie gorszej sytuacji podczas oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu.*

a w konsekwencji:

*„Działania przystępującego utrudniały pozostałym wykonawcom dostęp do rynku, mimo tego, że zaoferowali oni realne ceny mając jednak na uwadze konkurowanie o przedmiotowe zamówienie”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 sierpnia 2012 r., KIO 1649/12).

Jednocześnie trzeba wskazać, że zgodnie z aktualnym i utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego i Sądu Apelacyjnego w Warszawie:

*„Konstrukcja art. 15 ust. 1 pkt 1-5 u.z.n.k. dowodzi egzemplifikacji «utrudniania dostępu do rynku», a więc każde z zachowań spośród opisanych w punktach 1-5 art. 15 ust 1 u.z.n.k. zawsze utrudnia dostęp innym przedsiębiorcom do rynku. Nie wymaga zatem dowodzenia, że w wyniku wystąpienia któregośkolwiek z opisanych we wskazanych punktach zachowania nastąpiło utrudnienie przedsiębiorcy dostępu do rynku”;*

z tego względu dalsze wykazywanie tej okoliczności nie jest potrzebne:

*„Stany faktyczne objęte hipotezą norm zawartych w pięciu punktach ust. 1 art. 15 u.z.n.k. zawsze więc przesądzą o wystąpieniu opisanej w tym przepisie postaci czynu nieuczciwej konkurencji, co zwalnia już z obowiązku dowodzenia, że konkretne zachowanie skutkowało utrudnieniem konkretnemu przedsiębiorcy dostępu do rynku.”* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 października 2012 r., I CSK 147/12; podobnie: Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 2 października 2012 r., I ACa 359/12; Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 grudnia 2011 r., I ACa 601/11; Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 lutego 2009 r. I ACa 128/08, Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 sierpnia 2010 r., I ACa 183/10).

Nie może również budzić wątpliwości, że działanie Polskiej Telefonii Cyfrowej SA w niniejszym postępowaniu przetargowym było nakierowane na eliminację innych przedsiębiorców oraz utrudnienie im dostępu do rynku. Zaoferowanie przez Polską Telefonię Cyfrową SA ceny poniżej kosztów świadczenia usług, rażąco dobiegającej od realiów gospodarczych i cen możliwych do osiągnięcia przez równie efektywnych konkurentów nie znajduje bowiem żadnego innego uzasadnienia w okolicznościach sprawy. W szczególności stosowanie przez Polską Telefonię Cyfrową SA rażąco niskich cen, nie daje się uzasadnić wskazywaną w orzecznictwie próbą wejścia na rynek (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 10 stycznia 2008 r., I ACa 231/07), gdyż Polska Telefonia Cyfrowa SA jest przedsiębiorcą o ugruntowanej pozycji i renomie na rynku usług telekomunikacyjnych, posiada na tym rynku znaczący udział. Z tych przyczyn stosowanie przez Polską Telefonię Cyfrową SA rażąco niskich cen, w sposób oczywisty nie służy wejściu na rynek i zdobyciu pierwszych udziałów rynkowych przez nowy podmiot, który musiałby zmagać się z konkurencją ze strony zasiedziałych i renomowanych graczy.

Stosowanie cen poniżej kosztów przez przedsiębiorcę od dawna obecnego na rynku, posiadającego duży udział rynkowy oraz istotną siłę, służy zgoła odmiennym celom, tj. zaburzeniu uczciwej konkurencji i stanowi konkurencję niemerytoryczną. Polska Telefonia Cyfrowa SA stosując nieuczciwe ceny, zmierza do zwiększenia swojej obecności na rynku w segmencie dużych klientów instytucjonalnych i wyeliminowania uczciwych konkurentów z przetargów dla administracji publicznej. Taka strategia, stosowana konsekwentnie przez Polską Telefonię Cyfrową SA niewątpliwie może doprowadzić do wyeliminowania skarżącej i innych konkurentów Polskiej Telefonii Cyfrowej SA z rynku. Biorąc pod uwagę siłę rynkową Polskiej Telefonii Cyfrowej SA, nie może także budzić wątpliwości, że dysponuje ona potencjałem wystarczającym dla realizacji polityki cen dumpingowych, czego najlepiej dowodzą okoliczności niniejszego przetargu oraz skala zaniżenia przez tę spółkę oferowanych cen w stosunku do kosztów i cen możliwych do zaoferowania przez konkurentów. Ponadto, jak wskazuje się w doktrynie:

*„Nie ulega wątpliwości, że utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce we wszystkich tych sytuacjach, w których skutki czynów zmaterializowały się w postaci realnej szkody ich adresatów (np. utrata klientów i zmniejszenie obrotów na skutek zastosowania przez konkurencję sprzedaży produktów poniżej kosztów). Komentowany przepis nie zawiera natomiast żadnych określeń sugerujących, że dla dokonania utrudniania dostępu do rynku konieczne jest osiągnięcie jakiegoś skutku. Co więcej, idea ochrony przysługującej na mocy komentowanej ustawy polega na "zapobieganiu i zwalczaniu" nieuczciwej konkurencji (art. 1 u.z.n.k.), a sam czyn podlega ustawie nie tylko, jeśli narusza interes przedsiębiorcy lub klienta, ale także jeśli mu zagraża (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.).”-*

a zatem:

*„dla zrealizowania utrudniania dostępu do rynku wystarczające jest samo podjęcie działań, które zgodnie z doświadczeniem życiowym, zasadami prowadzenia obrotu gospodarczego i prawidłowościami rynkowymi są zdolne, chociażby potencjalnie, do wywołania zakłóceń (np. wystawienie na sprzedaż produktów po cenie niższej niż koszty przedsiębiorcy, mało skuteczne rynkowo wymuszanie na klientach dokonania odpowiedniego wyboru)”<sup>2</sup>.*

W okolicznościach niniejszej sprawy interes Odwołującego i innych konkurentów Polskiej Telefonii Cyfrowej SA został realnie zagrożony działaniami Polskiej Telefonii Cyfrowej SA, a mechanizmy gospodarcze i zasady uczciwej konkurencji zostały zakłócone. Odwołujący podnosił również realną szkodę w postaci utraty klienta i istotnych przychodów, gdyż na skutek nieuczciwych działań Polskiej Telefonii Cyfrowej SA został wyeliminowany z przetargu, który wygrałaby, zaoferowawszy najkorzystniejszą cenę, gdyby Polskiej Telefonii Cyfrowej SA nie dopuściła się dumpingowania swojej oferty, a także wtedy, gdyby Zamawiający postąpił prawidłowo i zgodnie z art. 89 ustawy Pzp odrzucił ofertę złożoną z naruszeniem 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.

Z powyższych przyczyn, Polska Telefonii Cyfrowa SA niewątpliwie dopuściła się w toku postępowania przetargowego czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na stosowaniu cen poniżej kosztów świadczenia usług będących przedmiotem przetargu, a zamiarem tego przedsiębiorcy było utrudnienie dostępu do rynku i eliminacja konkurentów.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 8 kwietnia 2013 roku.

Dnia 9 kwietnia 2013 roku Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

---

<sup>2</sup> M. Mioduszewski, J. Sroczyński, pkt 28 *Komentarza do art. 15 ustawy [w.] M. Zdyb. (red.), A. Michalak, M. Mioduszewski i inni, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz., LEX, 2011*



Dnia 11 kwietnia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy AP-Flyer sp. z o.o. Zgłaszający przystąpienie wskazywał, że ma interes w przystąpieniu z uwagi na fakt, iż oferta wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza złożona przez Polską Telefonię Cyfrową SA stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, polegający na stosowaniu przez tego wykonawcę cen poniżej kosztów świadczenia usług będących przedmiotem przetargu, a zamiarem tego przedsiębiorcy było utrudnienie dostępu do rynku i eliminacja konkurentów.

Dnia 12 kwietnia 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Polska Telefonia Cyfrowa SA, wnoszącego o oddalenie odwołania.

W toku postępowania przed Izbą Odwołujący złożył pismo procesowe, którego załączniki zawierające wyliczenie kosztów zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Odwołujący spełnia także określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp materialnoprawne wymogi wniesienia odwołania. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji (jedyne kryterium - cena). Potwierdzenie się zarzutów zawartych w odwołaniu daje mu zatem możliwość uzyskania zamówienia, której na skutek zarzucanych nieprawidłowości został pozbawiony.

Izba nie uznała skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy AP-Flyer sp. z o.o., uwzględniając w tej mierze opozycję zgłoszoną przez Zamawiającego. Izba stwierdziła, że wykonawca AP-Flyer sp. z o.o. nie posiada interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, gdyż uwzględnienie odwołania pozostaje bez wpływu na pozycję zgłaszającego przystąpienie w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego zamówienia. Okoliczności podnoszone przez zgłaszającego przystąpienie, iż posiada on wiedzę, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę pozostają bez wpływu na rozstrzygnięcie tego postępowania, skoro zgłaszający

przystąpienie nie wniósł w wymaganym terminie własnego odwołania podważającego ofertę Odwołującego.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Izby Odwołujący nie dowiódł, że oferta Przystępującego - Polskiej Telefonii Cyfrowej SA istotnie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a Zamawiający dopuścił się zarzucanych naruszeń ustawy Pzp.

Podnieść należy, iż Zamawiający pismem z 26 marca 2013 r. zwrócił się do Przystępującego – Polskiej Telefonii Cyfrowej SA w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający m.in. wskazywał, że na publicznej sesji otwarcia ofert podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, tj. 7 637 920 zł brutto. Zamawiający zwracał się o wyjaśnienie czynników mających wpływ na oszacowanie złożonej przez Przystępującego – Polską Telefonię Cyfrową SA oferty. Na wezwanie Zamawiającego przedmiotowe wyjaśnienia zostały złożone, przy czym Przystępujący – Polska Telefonia Cyfrowej SA zastrzegł ich treść wraz z załącznikami jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje, że w sytuacji złożenia stosownych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które zostały przez Zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu co do braku przedstawienia w wyjaśnieniach obiektywnych elementów mających wpływ na wysokość ceny i złożenia niewystarczających wyjaśnień spoczywa w całości na Odwołującym, który z tego faktu wywodzi skutki prawne. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym Sąd stwierdził, że *„Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne”*. Problem dowodowy w tym zakresie skupia się przede wszystkim na właściwym wykazaniu przez wezwanego wykonawcę, że zaoferowana cena jest ceną realną, tzn. że ponoszone na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z ceny oferty, oraz wykonawca jeszcze z tego tytułu osiągnie zysk. Tym samym przedmiotem dowodu Odwołującego winien być nierealny charakter ceny za świadczone usługi, co potwierdza rażąco niski charakter zaoferowanej ceny. Prowadzenie takiego dowodu względem wyjaśnień przy skutecznie zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa może być oczywiście istotnie utrudnione, gdyż Odwołujący nie uzyskuje wiedzy na temat okoliczności wskazanych przez wykonawcę, co jednak nie zmienia faktu, że nie jest on pozbawiony możliwości dowodowych co do tego, że podana cena całkowicie abstrahuje od realiów rynkowych realizacji zamówienia. Odwołujący

może zatem dowodzić, iż realia rynkowe i koszty świadczenia usługi w tychże realiach rynkowych uniemożliwiają wykonawcy wykonanie zamówienia za podaną cenę. Wykonawca taki, składając wyjaśnienia, nie może zatem wykazywać, że dysponuje możliwością świadczenia usługi na tylko sobie dostępnych, szczególnie dogodnych warunkach, gdyż takie szczególnie dogodne warunki nie istnieją, bądź są dostępne dla pozostałych wykonawców na podobnych zasadach. Odwołujący może także wykazywać minimalny rynkowy poziom kosztów świadczenia usług, poniżej którego wykonanie zamówienia odbywać się musi ze stratą. Zdaniem Izby takiego dowodu na potwierdzenie stawianych zarzutów Odwołujący nie przeprowadził.

Izba zauważa, że w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego stwierdzić należy, iż Zamawiający ustalił ją na 6 209 691,06 zł, a z powiększeniem o należny podatek VAT na poziomie 7 637 920 zł, którą to kwotę podał przy otwarciu ofert. Wskazywał, że ustalenie powyższe dokonane zostało w oparciu o cenę najdroższej oferty w poprzednim postępowaniu oraz ofertę realizacji zamówienia przez Odwołującego, które to wartości następnie zostały uśrednione. Izba zauważa, iż w realiach niniejszej sprawy wartość szacunkowa zamówienia nie powinna być brana pod uwagę przy ocenie trafności zarzutu rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie wykazał bowiem, że odzwierciedla ona faktyczną aktualną rynkową wartość usług, skoro najdroższa spośród ofert złożonych w postępowaniu i tak jest znacząco niższa od wartości szacunkowej powiększonej o VAT, a złożona została przez wykonawcę nie dysponującego własną infrastrukturą niezbędną do świadczenia usługi, co z pewnością znacząco wpływa na wzrost kosztów względem wykonawców, którzy taką infrastrukturę posiadają. Ponadto Zamawiający nie wykazał, że zakres przedmiotowy usług uznanych za referencyjne istotnie kryterium referencyjności spełnia. Sam zresztą Odwołujący w treści odwołania zdawał się nie przydawać ustalonemu przez Zamawiającego szacunkowi nadmiernie istotnego znaczenia, gdyż przede wszystkim odwoływał się do zaoferowanej przez siebie ceny jako wykonawcy świadczącego usługi na zbliżonych zasadach i o podobnej skali jak Przystępujący - Polska Telefonia Cyfrowa SA. Odwołujący podnosił, że blisko trzykrotna różnica w cenie pomiędzy Odwołującym a Przystępującym nie da się racjonalnie uzasadnić, gdyż między działalnością obu podmiotów brak jest różnic, które tak znaczącą rozbieżność w kosztach działalności by uzasadniały.

W ocenie Izby jest twierdzeniem zbyt daleko idącym, aby cena zaoferowana przez Odwołującego była wystarczającym wyznacznikiem cen rynkowych będących przedmiotem zamówienia. W niniejszym postępowaniu złożono bowiem tylko 3 oferty, przy czym ofertę wykonawcy AP-Flyer sp. z o.o. jako wykonawcy nie posiadającego własnej infrastruktury oraz nie świadczącego usług na zasadach zbliżonych do Odwołującego i Przystępującego

dla powyższego porównania "rynkowości" ceny Przystępującego należałoby uznać za niemiernodajną. W ocenie składu orzekającego Izby, w przedmiotowym postępowaniu również porównanie ceny oferty Odwołującego i Przystępującego, na co Odwołujący powoływał się w treści odwołania i na rozprawie, nie byłoby miernodajne. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, że o ile w postępowaniach, w których składanych jest wiele ofert, w celu ustalenia średniego poziomu ceny eliminuje się oferty skrajne, o tyle w przedmiotowym postępowaniu, ze względu na fakt złożenia jedynie trzech ofert, nie jest to faktycznie możliwe. Oferta Odwołującego nie może stanowić samodzielnego wyznacznika cen rynkowych. Odwołujący w żaden bowiem sposób nie wykazał, że ceny oferowane na rynku przez oba podmioty zwykle (co do zasady) są do siebie zbliżone albo zwykle (co do zasady) oscylują na tym samym poziomie. Odwołujący wskazał w treści odwołania koszty, które jego zdaniem powinny być ujęte w cenie oferty. Podnosił, że koszty obejmowały m.in. zestawienie łącza, który to koszt obejmuje zakup urządzeń transmisyjnych – zestawienie łącza 20Mb oraz świadczenie usług transmisji danych, co kosztuje, zdaniem Odwołującego, wliczając koszt routera oraz jednorazowy koszt instalacji, ponad 6000 netto miesięcznie. Odwołujący nie wykazał jednak, z czego wnoszą taki poziom kosztów, ani nie uzasadnił, że faktycznie, biorąc pod uwagę ceny rynkowe, nie ma możliwości wykonania zamówienia w tym zakresie za niższą cenę. Wskazywał także na koszt zakupu kart SIM oraz koszt opłaty za prawo do wykorzystania zasobów numeracji, naliczony zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 22 grudnia 2004 r. w sprawie wysokości, terminów i sposobu uiszczania opłat za prawo do wykorzystywania zasobów numeracji (Dz. U Nr 283, poz. 2832). W treści odwołania nie wskazał na poziom tych kosztów, dopiero w piśmie procesowym podał szacowane przez siebie wartości. Nie zdołał jednak zdaniem Izby wykazać, że koszt ten ma na tyle znaczący charakter, że przesądza, decyduje o rażąco niskiej cenie całej oferty. Ponadto Odwołujący, zdaniem Izby, nie dowiódł, iż istotnie ceny dostaw sprzętu nie odbiegają od siebie poziomem, zwłaszcza że w zakresie ceny kart SIM Przystępujący ujawnił założony przez siebie koszt, przedstawiając otrzymaną ofertę zakupu kart SIM. W treści odwołania Odwołujący wskazał też na konieczność modernizacji i rozbudowy infrastruktury, jednak ani nie podawał ich wartości, ani nie uzasadnił wymogu ich poniesienia w ramach przedmiotowego zamówienia. W piśmie procesowym przedstawił zakładane przez siebie wartości, jednak wyliczenie to oparte zostało jedynie o wartości szacowane przez Odwołującego. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że sposób kalkulacji kosztów musi być dla każdego wykonawcy świadczącego usługi transmisji danych tożsamy, podobnie jak i poziom kosztów do poniesienia. Wykonawcy mają różne źródła zaopatrzenia i koszty te nie muszą być tożsame. Ponadto Odwołujący nie wykazał, że istnieje dla każdego wykonawcy tego typu usług ujednolicona metodologia ustalania kosztów, w szczególności aby koszt rozbudowy czy unowocześniania infrastruktury każdorazowo był alokowany do konkretnego

zamówienia, względnie, aby w jednolity sposób rozliczane były koszty stałe. Ponadto Odwołujący nie wskazał jednoznacznie, jaki poziom kosztów w zakresie unowocześnienia infrastruktury jest niezbędnie wymagany do poniesienia przez każdego wykonawcę. Odwoływał się do własnych kosztów, a te nie mogą być uznane za miarodajne jako koszty rynkowe. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do sytuacji podmiotowej Przystępującego, ograniczając się do arbitralnego stwierdzenia, iż pomiędzy działalnością Polskiej Telefonii Cyfrowej SA i Odwołującym brak jest różnic, które mogłyby uzasadniać tak daleko idącą rozbieżność w kosztach działalności. Zdaniem Izby podobny charakter i pozycja rynkowa podmiotów nie muszą świadczyć o analogicznym modelu biznesowym działalności ani strukturze i metodologii ustalania kosztów jej prowadzenia, a co za tym idzie i metodzie szacowania cen ofertowych.

Oceniając z kolei zastrzeżone przez Przystępującego wyjaśnienia, Izba stwierdza, że odnoszą się one do kosztów świadczenia usługi zgodnie z przedmiotem zamówienia oraz uwzględniają zysk. Są na tyle wyczerpujące, że Zamawiający na ich podstawie nie mógł uznać, iż zachodzi konieczność odrzucenia oferty Przystępującego zgodnie z art. 90 ust.3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż Odwołujący w toku postępowania przed Izbą w żaden sposób nie wykazał, że nie istnieje możliwość wykonania zamówienia na warunkach rynkowych za podaną przez Przystępującego cenę, ograniczając się do kosztów własnych oraz własnej metodologii kalkulacji ceny jako wyznaczników tychże rynkowych warunków, co z pewnością należy uznać za niewystarczające dla potwierdzenia zarzutu rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji i złożenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Izba uznała zatem, że podnoszone w odwołaniu zarzuty nie zostały przez Odwołującego wykazane.

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 4 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). Izba nie uwzględniła wniosku o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3600 zł, uznając, że złożony do akt sprawy dokument "rachunek/zestawienie kosztów" nie spełnia wymogów rachunku wymaganego § 3 pkt 2 ww. 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). Nie konkretyzuje on bowiem nazwy podmiotu, dla którego jest wystawiany. Określa jedynie sygnaturę sprawy oraz nazwę kosztu – koszty zastępstwa. Stwierdzić zatem należy, iż w istocie dokument ten stanowi wyłącznie zestawienie kosztów do przedmiotowej sprawy odwoławczej, a nie wymagany rachunek stanowiący podstawę do zasądzenia zwrotu kosztów wynagrodzenia z tytułu reprezentacji prawnej Zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....