

WYROK

z dnia 17 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 15 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 października 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: GTS Poland Sp. z o.o., T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komenda Główna Straży Granicznej, ul. Podchorążych 38, 00-463 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **Telekomunikacja Polska S.A., Twarda 18, 00-105 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w toku ponownej oceny ofert nakazuje odrzucenie oferty złożonej przez Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie,
2. Kosztami postępowania obciąża **Komendę Główną Straży Granicznej w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców **GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.1. Zasądza od **Komendy Głównej Straży Granicznej w Warszawie** na rzecz wykonawców **GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A.** kwotę

18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00 groszy)
stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu
od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień
publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907), 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 2350/13

Uzasadnienie

Zamawiający: Komenda Główna Straży Granicznej prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Uruchomienie oraz utrzymanie usługi transmisji danych dla Straży Granicznej” zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24.07.2013r. w Dzienniku Urzędowym EU 2013/S 142-247560.

Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. GTS Poland sp. z o.o. w Warszawie – Lider oraz T-Mobile Polska S.A. w Warszawie wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Telekomunikacji Polskiej S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „TP”), mimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TP mimo iż jej treść jest niezgodna z SIWZ w zakresie, w którym TP obniża koszty realizacji zamówienia poprzez stosowanie rozwiązań niedopuszczonych przez Zamawiającego;
3. art. 90 ust. 2 Pzp poprzez uznanie, że wyjaśnienia przedłożone przez TP potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska, a w konsekwencji naruszenie art. 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TP;
4. art. 8 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk) poprzez zaniechanie przeprowadzenia badania zasadności zastrzeżenia oraz zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez TP w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;
5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy;

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty złożonej przez TP;

1. Informację o wynikach postępowania Odwołujący otrzymał w sposób przewidziany w art. 27 ust. 2 Pzp w dniu 23.09.2013 r., zatem odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu.

2. W dniu 26.09.2013 r., w Zamawiający odmówił Odwołującemu wglądu do informacji

zastrzeżonych przez TP jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i została ona sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut rażąco niskiej ceny oferty TP.

Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując; 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 gosp. panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-org. oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających." (wyrok KIO 1562/11).

2. Najbardziej adekwatnym punktem odniesienia dla rozstrzygnięcia, czy zaoferowana cena nie odstaje rażąco od poziomu cen rynkowych jest przyrównanie badanej ceny do poziomu wyznaczonego przez ceny innych wykonawców oferowanego dla tego samego przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu, cena TP - niecałe 8 000 000 zł netto jest znacząco niższa od cen pozostałych wykonawców, z których wszystkie kształtują się na podobnym poziomie - 14 000 000 -15 000 000 zł netto.

3. Tak znacząca dysproporcja między ceną TP a cenami pozostałych 3 wykonawców wskazuje wyraźnie na nierynkowość i nierzeczywistość zaoferowanej ceny. Prawie 50% niższa cena wymagałaby zaistnienia szczególnych okoliczności pozwalających

TP nie tylko na pokrycie wszystkich kosztów świadczenia usługi, ale również zapewnienie pewnego poziomu zysku.

4. Odwołujący wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu cena TP jest ceną rażąco niską, bowiem po uwzględnieniu szeregu obiektywnych i koniecznych do poniesienia przez tego wykonawcę kosztów, ich poziom przewyższa zaoferowaną przez TP cenę. Odwołujący zaznacza, iż nie wystarcza ogólnikowe powoływanie się na posiadane doświadczenie i dotychczas dokonane inwestycje, gdyż w ramach niniejszego zamówienia, konieczne jest uwzględnienie pewnego znacznego poziomu nakładów wspólnego wszystkim wykonawcom.

Koszty związane z koniecznością zapewnienia łączy zapasowych.

5. Przedmiot zamówienia obejmuje zapewnienie dla każdej lokalizacji dwóch rodzajów łączy - łączy podstawowego oraz zapasowego. Zamierzeniem Zamawiającego było zapewnienie sprawności i ciągłości transmisji danych poprzez zagwarantowanie zapasowego łączy, na wypadek awarii łączy podstawowego.

6. Oznacza to, iż nawet w przypadku powoływania się przez TP na obniżenie kosztów poprzez wykorzystanie istniejącej posiadanej przez tego wykonawcę infrastruktury w zakresie łączy podstawowego, w dalszym ciągu jest on zobowiązany ponieść koszty związane z łączy zapasowym. Nie jest dopuszczalne wykorzystanie tej samej infrastruktury dla łączy podstawowego i zapasowego, gdyż niezrealizowane zostanie wówczas wymaganie

Zamawiającego, aby zapewnić łączy zapasowe niezależne od łączy podstawowego, niezależnie od zastosowanej technologii. Pkt 3.2 OPZ, jak i odpowiedzi Zamawiającego do SIWZ (np. odp. na pyt. Nr 34 z 28.08.2013 r.) nie pozostawiają wątpliwości, iż w ramach zamówienia, wykonawcy mają udostępnić 2 niezależne łączy i niezależne trakty

telekomunikacyjne oraz, iż niedopuszczalne jest stosowanie wspólnych elementów pasywnych dla obu łączy - podstawowego i awaryjnego.

7. Wykazywanie obniżenia kosztów związanego z wykorzystaniem tej samej infrastruktury dla łączy podstawowego i zapasowego oznaczałoby zatem, iż oferta TP jest niezgodna z treścią SIWZ, a tym samym - podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

8. Niezależnie zatem od tego, czy TP posiada już jakąkolwiek infrastrukturę możliwą do wykorzystania w zakresie łączy podstawowych, konieczne jest poniesienie znacznych kosztów związanych z zapewnieniem łączy zapasowego. Koszty budowy

lub dzierżawy i utrzymania infrastruktury są znaczne i powinny zostać ujęte w kalkulacji ceny oferty TP, niezależnie czy transmisja danych będzie się odbywać przez łącze radiowe czy kablowe.

Koszty budowy infrastruktury lub dzierżawy łączy.

9. Odwołujący podkreśla, iż niewystarczające jest ewentualne powoływanie się przez TP na już posiadaną infrastrukturę w związku z realizowaniem przez TP umowy z dnia 15.10.2007 na rzecz Komendanta Głównego Straży Granicznej.

Zakres jednostek objęty obecnym i wcześniejszym zamówieniem w znacznym stopniu nie pokrywa się, co rodzi konieczność poniesienia nakładów na zapewnienie nowych połączeń, poprzez ich budowę lub dzierżawę.

10. Tym samym, kalkulacja ceny oferty TP powinna uwzględniać również wydatki związane z zapewnieniem łączy podstawowych dla co najmniej części wskazanych w SIWZ jednostek - ich wysokość jest znaczna zarówno w przypadku dzierżawy już istniejących łączy od innych przedsiębiorców, jak i w sytuacji, gdy TP buduje własne łącze. Koszty związane z udostępnieniem łączy własnych wykonawcy powinny uwzględniać zarówno koszty budowy, jak i utrzymania łączy, biorąc pod uwagę ich wzrost ze względu na niekorzystne warunki geograficzne lub geologiczne. W zależności od zastosowanej technologii, należy wziąć pod uwagę, np. iż Zamawiający nie gwarantuje możliwości wykorzystania istniejących masztów telekomunikacyjnych dla celów instalacji urządzeń radiowych (odpowiedź na pytanie nr 18), zaś w przypadku technologii kablowej - nie jest dopuszczalne zastosowanie wspólnej kanalizacji dla łącza podstawowego i awaryjnego, tzn. iż łącza te mają być niezależne włącznie z koniecznością zapewnienia odrębnych wejść do budynku, dróg kablowych, jak i kanalizacji, w której one bieżą.

Obowiązek regulacyjny w zakresie usługi dzierżawy odcinków łączy.

11. Zakres i poziom kosztów uniemożliwiający TP uzyskanie tak znaczącego obniżenia ceny usługi objętej przedmiotem zamówienia wynika również ze specyfiki rynku telekomunikacyjnego, a dokładniej – rynku usługi RLLO, jako usługi regulowanej. Na TP bowiem, jako przedsiębiorcę, który został wyznaczony decyzjami Prezesa UKE (z dnia 23 października 2008 r. i 24 kwietnia 2009 r.) jako przedsiębiorca zajmujący znaczącą pozycję na rynkach świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy i odcinków niebędących zakończeniami łączy,

nałożono obowiązek regulacyjny określony w art. 36 ustawy Prawo telekomunikacyjne.

12. Nałożenie na TP takiego obowiązku oznacza, iż przedsiębiorca ten nie może wykorzystywać swojej pozycji rynkowej w celu manipulowania cenami usługi dzierżawy odcinka łączy, zarówno w relacjach wewnętrznych, jak i z podmiotami zewnętrznymi. Przekłada się to bezpośrednio na poziom kosztów świadczenia usługi, który kształtuje się na porównywalnym poziomie w przypadku wszystkich wykonawców i nie może być zaniżany wskutek dyskryminacyjnych i naruszających zasady uczciwej konkurencji działań TP.

Określenie kosztów za korzystanie z usługi RLLD na poziomie innym niż wynikający z obowiązku regulacyjnego oznacza naruszenie zasad uczciwej konkurencji określonych w art. 3 ust. 1 uok. w zw. z art. 9 ust. 1 i 3 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r i stanowi podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

13. Ponadto, złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie bowiem z art. 15 ust. 1 pkt 1 uok., czynem nieuczciwej konkurencji jest 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. Samo zaoferowanie rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia, jak i wykorzystywanie znaczącej pozycji rynkowej wbrew nałożonym obowiązkom regulacyjnym, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uok.

14. Stanowisko Odwołującego potwierdza opinia UOKiK z dnia 4 lutego 2003 r. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. /.../ (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m. in.: Na wstępie należy wskazać, że nie każde

utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uok. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają

interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda

uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

15. Złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.:

Wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 13 lipca 2007 r., sygn. akt II Ca 431/07:

Wyrok UZP/ZO/O- 3740/05: „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.

II. Zarzut dotyczący zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień rażąco niskiej ceny w ofercie TP.

1. Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez TP uniemożliwia Odwołującemu pełną weryfikację rzetelności kalkulacji ceny oferty TP. Zamawiający uznał przy tym zasadność zastrzeżenia całości złożonych wyjaśnień, co wskazuje, iż Zamawiający: a. uznał w sposób nieprawidłowy zasadność zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa całej treści wyjaśnień, z dużym prawdopodobieństwem

również w zakresie, w którym nie obejmuje ona informacji mogących zostać uznane jako tajemnica przedsiębiorstwa. W orzecznictwie KIO utrwalony został pogląd uznający, iż zastrzeżeniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, a nie dokument jako całość, również w zakresie, w którym jego treść nie

wypełnia przesłanek określonych w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W szczególności, brak podstaw do zaniechania ujawnienia złożonych przez wykonawcę wyjaśnień uzasadniających zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, o ile takie zostały złożone.

b. Nie dokonał poprawnie weryfikacji zasadności uznania zastrzeżonych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa TP. Brak okoliczności wskazujących na to, iż Zamawiający wzywał TP do uzasadnienia, w jaki sposób każda z zastrzeżonych przez niego informacji spełnia poszczególne przesłanki określone w art. 11 ust. 4 uznk lub też, że TP takie wyjaśnienia w ogóle złożyło. Wykonawca, na którym wobec ogólnej zasady jawności postępowania, spoczywa ciężar wykazania, iż zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów uznk, jest zobowiązany wykazać, jaki charakter

mają zastrzegane przez niego informacje, na czym polega ich wartość gospodarcza oraz czy nie są lub nie były ujawnione do publicznej wiadomości i, w jaki sposób objęte są ochroną. Wobec powyższego, Zamawiający nie jest uprawniony do wyłączenia jawności informacji

przedstawianych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż wszystkie takie informacje są z zasady jawne, o ile wykonawca nie udowodni, iż spełniają one wszystkie przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie jest dopuszczalne zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, których Wykonawca po prostu nie chce ujawnić, chociaż posiadają ogólny charakter i nie spełniają wszystkich przesłanek uznania ich za

tajemnicę przedsiębiorstwa. Wyrok KIO 297/13, 300/13: „W ocenie Izby, /.../ jawność postępowania jest zasadą, czyli ma ona pierwszorzędne znaczenie na wszystkich etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie odstępstwa od tej zasady muszą być uzasadnione i udowodnione. Złożenie ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów, nie może być podstawą do jej ograniczenia.

Przyjęcie odmiennej

argumentacji pozwoliłoby wykonawcom biorącym udział w przyszłych postępowaniach dokonywanie zastrzeżeń jawności informacji składanych w postępowaniu o zamówienie publiczne w każdym przypadku, w którym takie zastrzeżenie uznałoby za korzystne dla siebie, bez konieczności poczynienia jakichkolwiek wcześniejszych starań pozwalających na zachowanie poufności tychże

informacji. Takie działanie prowadziłoby do nagminnego naruszania zasady jawności postępowania i jako takie - byłoby zjawiskiem niekorzystnym niebezpiecznym z punktu widzenia również takich zasad postępowania, jak zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W konsekwencji ograniczałoby możliwość kontroli działań / zaniechań zamawiającego, w trybie środków ochrony prawnej, skoro wykonawcy uczestniczący w postępowaniu, wobec nieuprawnionego zastrzegania

informacji w istocie zostaliby pozbawieni możliwości kwestionowania nieznanych im informacji. Ciężar udowodnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa spoczywa na podmiocie który z tego działania wyciąga korzystne dla siebie skutki prawne - w tym przypadku spoczywa on na Przystępującym. Nie można przyjąć, by to na Odwołującym, który nie ma możliwości zapoznania się z treścią zastrzeżonych przez wykonawców dokumentów, winien przedstawić dowody na bezskuteczność zastrzeżeń ujętych w dokumentach składanych przez innego wykonawcę. Przystępujący nie wykazał natomiast zaistnienia przesłanek dla objęcia wszystkich informacji zawartych w piśmie tajemnicą przedsiębiorstwa."

Zarzut dotyczący uznania przez Zamawiającego, iż złożone przez TP wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

1. Jakkolwiek wyjaśnienia ceny przedstawione przez TP zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa (i nie zostały udostępnione Odwołującemu) to biorąc pod uwagę specyfikę rynku telekomunikacyjnego i obiektywne czynniki przedstawione w pierwszej części odwołania, należy z dużą dozą prawdopodobieństwa założyć, iż wyjaśnienia TP nie wskazują obiektywnych przesłanek, które umożliwiły TP zaoferowanie tak niskiej ceny za realizację zamówienia. Wyjaśnienia ceny nie powinny wskazywać okoliczności, które są wspólne dla wszystkich wykonawców działających na danym rynku, lecz powinny wskazywać takie okoliczności, które to właśnie tylko temu podmiotowi umożliwiły zaoferowanie tak niskiej ceny.

Z uwagi na to, iż Odwołujący nie mógł się zapoznać z treścią wyjaśnień TP, Odwołujący wnosi o weryfikację tych wyjaśnień przez KIO.

2. Nie jest wystarczające samo zapewnienie wykonawcy, iż uwzględnił w cenie oferty wszystkie koszty oraz zysk, ale konieczne jest przedstawienie okoliczności, które umożliwiły wykonawcy zaoferowanie ceny na znacząco niższym poziomie niż ceny rynkowe. TP

powinno wskazać nie tylko uwzględnione koszty związane ze świadczeniem usługi i poziom zysku, ale również czynniki, które umożliwiły mu obniżenie kosztów, szczególnie jeśli oszczędności dotyczą tych kosztów, które w związku z obowiązkiem regulacyjnym lub wymaganiami, które Zamawiający postawił w obecnym postępowaniu, ponoszone muszą być na porównywalnym poziomie przez wszystkich przedsiębiorców działających na danym rynku.

3. KIO 458/13 „W rozpatrywanym stanie faktycznym cena zaproponowana w ofercie przystępującego - 6 443 704,90 zł brutto jest o niemal 100% mniejsza niż wartość szacunkowa zamówienia, ustalona przez zamawiającego -12 284 911,11 zł i o ok. 40% mniejsza od oferty odwołującego, która wynosi 9 606 836,20 zł. Okoliczności te z pewnością uzasadniały podjęcie przez zamawiającego decyzji o wszczęciu procedury wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby złożone przez przystępującego wyjaśnienia z dnia 6 lutego 2013 roku są lakoniczne i nie wskazują na żadne obiektywne czynniki, które mogłyby uzasadniać tak niską kalkulację ceny oferty. Wyjaśnienia te nie dają zamawiającemu zatem pewności co do tego, że zamówienie za cenę zaproponowaną w ofercie zostanie zrealizowane w sposób rzetelny. Poza ogólnikowym stwierdzeniem, że kalkulacja ceny zawiera wszelkie niezbędne koszty związane z realizacją zamówienia, zapewnia zysk uwzględnia koszty własne i inne czynniki kosztotwórcze, przystępujący Groneko nie powołał żadnej konkretnej kalkulacji oraz nie wskazał na żadne obiektywne czynniki które potwierdziłyby możliwość realizacji zamówienia za zaproponowaną cenę. Za czynniki obiektywne które mają wpływ na zaproponowaną cenę nie można uznać okoliczności że wykonawca wykonuje zadania własnymi pracownikami i posiada własny sprzęt. Okoliczności te nie są elementami obiektywnymi, przynależnymi wyłącznie temu wykonawcy. W oparciu o złożone wyjaśnienia niemożliwym jest ustalenie w jaki sposób czynniki przywołane (dysponowanie własnymi pracownikami sprzętem i transportem) przekładają się na cenę zaoferowaną w tym postępowaniu. /.../ Z powyższych względów ..należało uznać za zbyt ogólne w efekcie uniemożliwiające zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że wykonawca podał obiektywne czynniki, mające wpływ na wysokość ceny. Wobec braku wykazania, że

cena nie ma charakteru rażąco niskiej, zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia."

KIO 2515/10 „Skoro więc stosowne wyjaśnienia składa podmiot zainteresowany w sprawie to same wyjaśnienia, o ile nie są szczegółowe, a wręcz ogólnikowe i lakoniczne nie mogą być obiektywne. To na wykonawcy spoczywa bowiem obowiązek udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń. Tymczasem konsorcjum MBZ udzielając wyjaśnień bardzo ogólnie wskazało elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Na obniżenie kosztów miała mieć bowiem wpływ okoliczność, iż zespół kluczowych ekspertów stanowią mieszkańcy Włocławka i okolic, co miało zmniejszyć koszty związane z pokonywaniem znacznych odległości, jak również zapewnienia im zakwaterowania. Niemniej jednak nie wskazało jakiego rzędu są to kwoty, jak również w jakim stopniu okoliczność ta spowoduje obniżenie kosztów przedmiotowej usługi. Podobnie należy się odnieść do kwestii posiadanego przez konsorcjum MBZ biura spełniającego wymogi SIWZ. Powyższe nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż w niniejszym stanie faktycznym nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Izba w tym zakresie w pełni podziela stanowisko SO we Wrocławiu wyrażone w wyroku z dnia 8 listopada 2007 r. w sprawie o sygn. akt Ga 294/06, w

którym stwierdzono, iż "posiadanie (...) dobrze prosperującego biura, dysponowania szerokopasmową siecią teleinformatyczną z wykorzystaniem zaawansowanych narzędzi informatycznych, dysponowanie zapleczem techniczno – organizacyjno logistycznym, dysponowanie kadrą wykwalifikowanych pracowników etatowych oraz doświadczenie związane z bieżącym wykonywaniem kontraktów podobnych nie stanowią obiektywnych czynników, które mogły mieć istotny wpływ na obniżenie wysokości ceny oferty. Czynniki te powinny być bowiem uwzględnione w ofercie każdego wykonawcy, gdyż tego rodzaju przedsięwzięcia nie mogą być realizowane bez dysponowania odpowiednim zapleczem techniczno-organizacyjnym i logistycznym, siecią informatyczną, wykwalifikowanymi pracownikami i doświadczeniem w realizowaniu podobnych kontraktów". Oznacza to więc, iż wykonawca składający wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny ma obowiązek wskazania obiektywnych czynników, czy też elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę, ale i

dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Czynnikiem takim, w świetle powyższego, nie może być więc sam fakt wskazania posiadania takiego biura nawet jeżeli znajduje się ono w

miejscu, gdzie będzie realizowane zamówienie. Koniecznym jest bowiem przedstawienie szczegółowych kalkulacji, oszczędności wynikających z tego właśnie faktu, jak i zależności pomiędzy miejscem siedziby biura, a zaoferowana cena usługi będącej przedmiotem niniejszego zamówienia.

(...) Tak złożone wyjaśnienia Zamawiający powinien był uznać za zbyt ogólne, a więc takie, które nie pozwalają na uznanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Konsorcjum MBZ nie wykazało bowiem, iż cenę oferty skalkulowano w sposób rynkowy. Należało więc uznać, iż Konsorcjum MBZ tego typu informacji nie przedstawiło, a wskazane przez niego jako czynniki obiektywne w istocie takimi czynnikami nie są. Tak więc same ogólnikowe wyjaśnienia, zawierające niekonkretne i niczym nie udokumentowane twierdzenia, jakich

niewątpliwie konsorcjum MBZ użyło w złożonych wyjaśnieniach, można uznać za niezłożone (stanowisko takie zawarł SO w Częstochowie w wyroku z dnia 12 sierpnia 2005 r., sygn. akt VI Ca 464/05), gdyż to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest ceną rażąco niską. Zamawiający ma obowiązek dokonania obiektywnej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, biorąc pod uwagę wszystkie wskazane w nich okoliczności."

4. Odwołujący wskazuje również, iż Zamawiający nie udostępnił mu treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny skierowanego do TP. Z ostrożności, Odwołujący podnosi więc, iż treść wezwania powinna być sformułowana w taki, sposób, aby Zamawiający był w stanie rzetelnie ocenić wyjaśnienia. Tym samym, w treści wezwania Zamawiający nie może

ograniczyć się jedynie do przepisania treści przepisu art. 90 Pzp, ale powinien zadać pytania w taki sposób, aby na podstawie udzielonych na nie odpowiedzi możliwa była weryfikacja dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny.

W toku rozprawy odwołujący podkreślił, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Przystępującego i uwzględnienie tego zastrzeżenia w całości przez Zamawiającego są niezasadne. Stwierdził, iż przedmiot zamówienia, w tym techniczne możliwości realizacji są znane wykonawcom. Znana jest przy tym infrastruktura, którą dysponuje Przystępujący. W ocenie Odwołującego wątpliwe jest,

by wyjaśnienia dotyczące ceny zawierały tajemnice, które mogłyby być skutecznie zastrzeżone. Stwierdził, że ewentualna możliwość znaczącego obniżenia ceny mogłaby wynikać z zastępowalności łącz, co jednak jest niedopuszczalne w świetle postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wyjaśnień Zamawiającego. Odwołujący przedstawił sporządzoną własną kalkulację kosztów usługi, która uwzględnia wymogi SIWZ - jest to kalkulacja kosztów, jakie musi ponieść TP S.A. Wynika z niej, że cena ofertowa TP S.A. jest niedoszacowana o co najmniej 3 mln zł. (tabela nr 7 kalkulacji). Odwołujący do celów kalkulacji przyjął uśredniony koszt dla jednej lokalizacji. Złożył listę lokalizacji Zamawiającego z wymaganą przepustowością łącz w celu wykazania konieczności poniesienia kosztów opisanych w tabeli nr 1 kalkulacji. Złożył zestawienie węzłów systemu - załącznik nr 3 do wzoru umowy z zaznaczeniem nowych 11 łącz, które wymagają wykonania (kalkulacja w tabeli 2 własnego zestawienia.)

Odwołujący potwierdził, iż sporządzał kalkulację przyjmując założenie, iż TP S.A. dysponuje łączami podstawowymi o określonej przepustowości. Przyjęte założenia oparto na danych uzyskanych z TP S.A. tj. uśrednionych kosztów i nie ma realnej możliwości przyjęcia innej metody dla oceny zaoferowanej ceny konkurenta. Z uwagi na brak wiedzy, co do wyjaśnień Przystępującego zastosował jedynie możliwą metodę wykazania, iż cena Przystępującego jest rażąco niska. Stwierdził, iż z wypowiedzi Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie wynika, że w rzeczywistości nie zaszły przesłanki do uznania wyjaśnień za zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Otrzymane od wykonawcy, który złożył ofertę z najniższą cenę, wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp, wyjaśnienia dotyczące ceny uznał za wiarygodne, jak również za uzasadnione uznał zastrzeżenie wyjaśnienia, którym nadał przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający stwierdził, iż w szczególności sposób zestawienia łącz ma wartość gospodarczą i może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zauważył, że kalkulacja Odwołującego, przedstawiona na rozprawie na potwierdzenie tezy o rażąco niskiej cenie zaoferowanej przez przystępującego ma charakter hipotetyczny i może być oparta na błędnych założeniach. Zauważył także, iż TP S.A. jako dotychczasowy wykonawca usług ma pełniejszą wiedzę co do warunków realizacji. Stwierdził, iż na obecnym etapie nie żądał i nie ocenia rozwiązań technicznych planowanych przez wykonawców. Ponadto stwierdził, budowa 11 nowych łącz wskazanych przez

Odwołującego jako wymagające wykonania i ujęcia w kalkulacji jest obecnie wykonana lub w toku realizacji i wykonawca wybrany w niniejszym postępowaniu nie będzie obciążony kosztami wykonania tych łącz, a tym samym tabela 2 kalkulacji odwołującego jest bezprzedmiotowa.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Zauważył, że w trakcie poprzedniego postępowania odwoławczego o sygn. KIO 1869/13 i 1876/13 Odwołujący potwierdzał, iż TP S.A. dysponuje stosowną infrastrukturą. Przystępujący wniósł o nieuwzględnienie wniosków dowodowych Odwołującego z przedstawionych opracowań. Niezależnie od tego stwierdził, że z kalkulacji Odwołującego należy wyeliminować koszty z tabeli nr 2 dotyczące istniejących łącz.

Wskazał na postanowienia pkt.3.2 SIWZ i odpowiedź na pytanie nr 43 z dnia 28 sierpnia 2013 r. wskazujące na wymóg realizacji odrębnych kanalizacji tylko dla niektórych lokalizacji.

Złożył aktualną umowę z zamawiającym wraz z załącznikami na okoliczność istnienia i rozlokowania węzłów, a tym samym braku potrzeby ich realizacji w przyszłości. Stwierdził, iż przedmiot zamówienia wbrew twierdzeniom Odwołującego nie jest usługą regulowaną. Złożył pismo Prezesa UKE na powyższą okoliczność.

Zauważył, że kalkulacja Odwołującego została oparta na wywiadach technicznych (warunkach technicznych), dotyczących niewiadomych lokalizacji i nie dotyczących tego postępowania.

Zakwestionował metodę przyjęcia średniej ceny lokalizacji przyjętą przez Odwołującego z uwagi na nieporównywalność warunków i kosztów w różnych miejscach. Oznacza to, że Odwołujący przyjął błędne dane wyjściowe w wyniku czego uzyskał wynik nie mający przełożenia na rzeczywisty zakres i koszt przewidziany do poniesienia przez TP S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty przystępującego oraz stanowiska przedstawione w pismach i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Oceniając zarzut zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty Telekomunikacji Polskiej S.A. jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, zawierającej rażąco niską cenę i niezgodnej z treścią siwz tj. na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy pzp oraz zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy poprzez uznanie, że wyjaśnienia wykonawcy potwierdzają, że cena nie jest rażąco niska i w konsekwencji zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TP S.A. oraz zarzut naruszenia art. 8 ust. 1 i 2 ustawy pzp w związku z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, Izba stwierdza, co następuje.

W postępowaniu złożono cztery oferty: konsorcjum Netia S.A i Emitel Sp. z o.o. z ceną 18 287 640 zł, konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A. z ceną 17 140 711,20 zł (odwołujący), Exatel S.A. z ceną 17 655 321,60 zł i Telekomunikacja Polska S.A. (przystępujący), która zaoferowała cenę 9 766 249,20 zł.

Zgodnie z dyspozycją normy prawnej, zawartej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę zawierającą rażąco niską cenę. W celu ustalenia tych okoliczności, zamawiający zwraca się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Ocena zamawiającego, jak wskazuje ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, ma być dokonana w oparciu o obiektywne czynniki, których przykładowe wyliczenie zawarto w powołanym przepisie.

Przy wartości przedmiotu zamówienia ustalonej przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu na kwotę 35 957 975,40 zł oczywiste jest, że wszystkie oferty zawierają ceny znacząco niższe od tej wartości. W szczególności oferta przystępującego z uwagi na jej najniższą cenę rodzi domniemanie ceny rażąco niskiej wymagające zastosowania procedury wyjaśnienia w trybie art. 90 ust.1 i 2 ustawy pzp. Zamawiający wezwał wykonawcę, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W wezwaniu wskazał, że wyjaśnienia winny obejmować między innymi kalkulację ceny poszczególnych części składowych oferty oraz szczegółowy sposób realizowania przedmiotu zamówienia.

Zauważyć należy, iż ustawodawca nie określił żadnych wymogów co do zakresu udzielanych wyjaśnień i ograniczył się jedynie do wskazania, że ich przedmiotem są obiektywne czynniki, mające wpływ na cenę oferty (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Przepis nie kreuje także obowiązku przedstawienia dowodów przez wezwanego wykonawcę, co nie zmienia faktu, iż wyjaśnienia służą skutecznemu obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny. Po stronie wykonawcy leży wybór sposobu udowodnienia realności

zastosowanej ceny; nie jest on przy tym związany ściśle treścią wezwania zamawiającego. W sprawie rozpatrywanej przystępujący złożył wyjaśnienia zastrzeżone w całości jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca przypominając ceny ofertowe i wartość przedmiotu zamówienia wskazał na tendencję rynkową związaną z obniżaniem cen usług telekomunikacyjnych. Stwierdził, że ma szczególnie sprzyjające warunki wykonania zamówienia, nie będzie musiał, w odróżnieniu od pozostałych wykonawców, ponosić określonych kosztów w zakresie kosztów wdrożenia i świadczenia usługi. Skład orzekający stwierdza przy tym, że wyjaśnienia są lakoniczne, de facto mieszczą się na półtorej strony maszynopisu i nie zawierają żadnego elementu o charakterze kalkulacji, ani co do całości ceny ani jakiegokolwiek składnika kosztu/cenotwórczego. W zestawieniu ze stwierdzeniem wykonawcy, iż ma dokładną znajomość wszelkich uwarunkowań związanych z uruchomieniem usługi, która umożliwia precyzyjne oszacowanie ceny, brak takiego oszacowania stanowi istotną wadę wyjaśnień i budzi wątpliwości. Wykonawca zadeklarował także, iż nie będzie ponosił większości kosztów bezpośrednich świadczenia usługi z uwagi na posiadaną infrastrukturę sieciową oraz służby utrzymaniowe, a koszty te zostały uwzględnione w kalkulacji jedynie pośrednio. Również i w tym elemencie nie przedstawiono, jakim stopniu (np. procencie, kwocie) ta okoliczność wpłynęła na poziom ceny. Ponadto w opisie kosztów wdrożenia, oczywiście także nie podanych, stwierdzono, że zakres i kosztochłonność prac prowadzonych przez przystępującego będzie stanowiła jedynie ułamek prac prowadzonych przez pozostałych operatorów. Jaki to jest ułamek w ocenie wykonawcy, także nie wskazano. Opisując te koszty wykonawca stwierdził także, że tworząc niezbędną infrastrukturę wykorzysta określone elementy „ze stanów magazynowych”, co sugeruje iż elementy te nie mają wymiernej wartości ekonomicznej, co zdaniem Izby jest założeniem bezpodstawnym.

Na gruncie niniejszego stanu faktycznego stwierdzić zatem należy, że poziom szczegółowości wyjaśnień jest dalece niewystarczający, co prowadzi do wniosku, że w istocie wykonawca nie przedstawił wyjaśnień, które potwierdzają, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wydaje się, że nie powinno sprawiać trudności profesjonalnemu wykonawcy, działającemu w tym segmencie rynku i deklarującemu precyzyjne skalkulowanie ceny, złożenie rzeczywistych wyjaśnień. Jak wcześniej wskazano składane przez wykonawcę wyjaśnienia mają obalić domniemanie, iż cena zaoferowana jest rażąco niska. W razie braku takich wyjaśnień, ustawa przewiduje

obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy pzp.

W sprawie rozpatrywanej zamawiający, w ocenie składu orzekającego, bezkrytycznie uznał wyjaśnienia, które w rzeczywistości stanowiły jedynie deklarację, że cena jest prawidłowa, za wystarczające, czym naruszył przepisy wskazane w akapicie poprzednim, przez zaniechanie ich zastosowania.

W świetle powyższego, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem przepisów 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....