

Sygn. akt KIO 2373/17

WYROK

z dnia 24 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 listopada 2017 r.** w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 listopada 2017 r. przez **P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.**, w postępowaniu prowadzonym przez **T.P. S.A. z siedzibą w W.**

przy udziale wykonawcy **O.P. S.A. z siedzibą w W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- Kosztami postępowania obciąża **P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.** 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 2015 r., poz. 1579 z późn. 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

T.P. S.A., dalej: „Zamawiający” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na świadczenie usług telekomunikacyjnych w obszarze telefonii komórkowej i konwergentnej przez okres 30 miesięcy*. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), dalej: „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2017/S 156-323783) w dniu 17 sierpnia 2017 r.

W dniu 10 listopada 2017 r. wykonawca P. Sp. z o.o., dalej: „Odwołujący”, wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy O.P. S.A., dalej: „O.” lub „Przystępujący”, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezzasadną odmowę ujawnienia załączników do protokołu postępowania w postaci wyjaśnień wykonawcy O. dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności z cennikiem urządzeń oferty biznesowej tego wykonawcy, i tym samym w ocenie Odwołującego, Zamawiający doprowadził do naruszenia wyrażonej w art. 7 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności obejmującej wybór oferty najkorzystniejszej;
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;
- odrzucenia oferty wykonawcy O.P. S.A.;
- dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż w niniejszym postępowaniu zostały złożone trzy oferty przewidujące wykonanie przedmiotu zamówienia za wynagrodzeniem:

- O.P. S.A. - 683.031,45 zł
- T. P. S.A. - 1.284.901,97 zł
- P. Sp z o.o. - 1.759.193,66 zł

Kwota, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podana

przed otwarciem ofert to 1.974.958,50 zł.

Zdaniem Odwołującego złożona przez O. oferta powinna zostać odrzucona ze względu na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). W jego ocenie nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w cenach zaoferowanych przez wykonawcę O.. Zaoferowana cena stanowi około 34% wartości przedmiotu zamówienia. Według Odwołującego wykonawca O. nie uwzględnił w ofercie wszystkich kosztów wykonania usługi, na którą składają się między innymi koszty związane z utrzymaniem infrastruktury technicznej, zapewnienie obsługi klienta, bilingów, dostawy krat SIM oraz kopii kart SIM, a także nabycia oprogramowania oraz koszty pracownicze.

Zwracał uwagę, iż zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej i poglądami Prezesa UZP ceną rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp może być nie tylko cena oferowana za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, ale i cena jednostkowa — o ile cenę jednostkową można uznać za samodzielną cenę będącą podstawą rozliczenia za wykonanie wyodrębnionego elementu przedmiotu zamówienia. Podkreślał, że w niniejszym postępowaniu ceny jednostkowe niewątpliwie są cenami samodzielnymi, będącymi podstawą do dokonywanych rozliczeń.

Wskazywał również, iż cena zero złotych za połączenia krajowe do sieci stacjonarnych jest ceną jednostkową i tym samym nie można zaakceptować darmowego wykonywania świadczeń. Nie jest to cena za dodatkowe świadczenie, a cena stanowiąca samodzielną podstawę do rozliczeń. Podobnie rażąco niska jest cena 2 grosze za połączenia do sieci P., T. i P., gdyż nie pokrywa ona nawet tzw. opłat internetowych. Nie ma także charakteru rynkowego oferta abonamentu Nielimitowanej transmisji danych do 48 GB w wysokości 3,50 zł.

Przywoływał także poglądy Izby odnoszące się do ceny rażąco niskiej na rynku usług telekomunikacyjnych, podając iż za cenę rynkową możemy uznać cenę, która uwzględnia wszelkie koszty wykonywanej działalności telekomunikacyjnej, tak by wykonawca uniknął niedozwolonego przeliczenia kosztów usługi na odbiorców innych usług operatora telekomunikacyjnego. Podkreślał niedopuszczalność określania wysokości ceny z uwzględnieniem ewentualności innych (niż zaoferowana cena) przychodów czerpanych przez wykonawcę z wykonywania zamówienia (tzw. subsydiowanie skrośne).

Odnosząc się do przychodów O., Odwołujący podkreślił, iż wykonawcy usług telekomunikacyjnych co do zasady nie mogą się powoływać na możliwość osiągnięcia w ramach wykonywania usługi dodatkowych przychodów z tzw. opłat interconnect. A następnie wskazywał, że nawet przyjmując, iż wykonawca O. jako źródła dodatkowego przychodu (poza zapłatą wynagrodzenia przez Zamawiającego) wziął pod uwagę przychody z interconnect to nadal w oczywisty sposób wysokość kosztów przewyższa wpływy.

Przedstawił też analizę ceny zaoferowanej przez wykonawcę O. z uwzględnieniem kosztów, które w jego ocenie znacząco wpływają na zaoferowaną cenę jednostkową, a tym samym na ofertę końcową (podając koszt kart SIM/USIM, przydzielenie numeru MSISDN, instalację dwóch niezależnych łączy dostępowych ISDN PRA, wymóg posiadania do wykonywania usług sieci 2G i sieci 3G oraz koszt tzw. interconnectu). Jego zdaniem w kalkulacji kosztów nie uwzględniono pozostałych stałych kosztów, takich jak koszt innych posiadanych częstotliwości, koszt wynagrodzenia pracowników O. (Wykonawca zatrudnia około 15.537 osób - koszty roczne zatrudnienia szacowane są na poziomie około 69 mld zł odnosząc się do średniej krajowej wynagrodzenia brutto).

Podnosił również, że postępowanie to obarczone jest dużym ryzykiem związanym z wysokością kar umownych za przerwy w wykonywaniu usług, czy pogorszenie parametrów usług, co w przypadku sieci mobilnych jest dosyć częstym zjawiskiem.

Odwołujący wskazał również, że nie przedstawiono mu przedłożonego przez O. uzasadnienia niejawności złożonych dokumentów. Informacja o skutecznym zastrzeżeniu tajemnicy została mu przekazana w dniu 9 listopada 2017 r. Kwestionował samą dopuszczalność utajnienia faktycznie w całości wyjaśnień wykonawcy O. w tym zakresie, zarówno uzasadnienia dla przedstawionej ceny, jak i uzasadnienia niejawności wyjaśnień. Wskazywał, że obowiązkiem wykonawcy jest nie tylko złożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, ale i przedłożenie dowodów na ich potwierdzenie, a brak przedłożenia zewnętrznych dowodów nie pozwala na uznanie wyjaśnień za wystarczające.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca O.P. S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 20 listopada 2017 r. do Izby wpłynęła odpowiedź Zamawiającego na odwołanie. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający nie uważał, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia w oparciu o ceny zaoferowane przez Przystępującego, biorąc chociażby pod uwagę wysoki poziom konkurencyjności panujący na rynku usług GSM, a także ogromny spadek kosztów ich realizacji. Niemniej, na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, był zobligowany do wezwania Przystępującego do udzielenia wyjaśnień, dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia, w tym przedstawił dowody, które Zamawiający ocenił. Dokonana przez Zamawiającego ocena tychże wyjaśnień utwierdziła Zamawiającego w przekonaniu, że Przystępujący złożył ofertę z realną ceną, za którą należycie zrealizuje zamówienie.

Mając na uwadze fakt, że prawidłowe wykonywanie usług GSM w sposób znaczący rzutuje na rzetelne wykonywanie przez Zamawiającego prowadzonej przez niego działalności, w tym w zakresie produkcji i realizacji programów telewizyjnych, w szczególności o charakterze informacyjnym, Zamawiający z dużą starannością podchodził do oceny złożonych wyjaśnień. W tym celu, dokonując analizy wyjaśnień, Zamawiający korzystał ze wsparcia zewnętrznego podmiotu, który przedłożył opinię wraz z analizą ekonomiczną, z której wynika, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Według Zamawiającego w przedstawionej argumentacji Odwołujący pomija jeden, znaczący aspekt. Specyfika świadczenia usług GSM polega na tym, że każdy operator GSM zapewnia różne świadczenia w ramach jednej usługi (m. in.: połączenia, SMSy, MMSy, pakiety danych). Świadczenia te nie stanowią wyodrębnionych elementów przedmiotu zamówienia. Wręcz przeciwnie - łącznie składają się one na całość wykonywanej przez operatora GSM usługi. Tym samym nie sposób traktować połączeń, jako jednego wyodrębnionego elementu zamówienia, a np. SMSów, jako drugiego wyodrębnionego elementu zamówienia. Podkreślenia wymaga fakt, że sposób kalkulacji ceny sam w sobie nie świadczy o tym, że każdy z elementów jest wyodrębniony, jako oddzielny do osobnego rozliczenia. Niezależnie od powyższego Zamawiający zwracał uwagę, że chybiony jest zarzut Odwołującego, jakoby Zamawiający był zobowiązany do badania cen jednostkowych wskazanych w ofercie Przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto, Zamawiający wskazywał, że zgodnie z pouczeniem zawartym w Formularzu obliczenia ceny „w przypadku jeśli usługa zawiera się w innej opłacie (np. abonamentowej) pole może pozostać niewypełnione, można wpisać wartość 0 lub «nie dotyczy»”.

Zamawiający nie doszukał się w wyjaśnieniach Przystępującego mechanizmu subsydiowania skrośnego, tj. pokrywania kosztów jednego rodzaju wykonywanej działalności gospodarczej lub kosztów dotyczących jednej grupy odbiorców przychodami pochodzącymi z innego rodzaju wykonywanej działalności gospodarczej lub od innej grupy odbiorców. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego tzw. opłat interconnect, Zamawiający zwrócił uwagę, że na podstawie wskazanego przez Odwołującego orzeczenia KIO (sygn. akt KIO 1288/15) nie można stwierdzić, że Izba wykluczyła możliwość uwzględnienia w kalkulacji ewentualne przychody z opłat interconnect.

Podkreślał, że z uwagi na fakt, iż Przystępujący, świadczy obecnie usługi GSM dla Zamawiającego, to w ramach zamówienia objętego odwołaniem nie będzie on ponosił kosztów (albo będą to koszty bardzo znikome) wynikających z następujących pozycji: dostawa kart SIM/USIM; wysyłka kart SIM/USIM we wskazane lokalizacje Zamawiającego; migracja międzyoperatorska każdej karty SIM; dostarczenie dedykowanego oprogramowania

do zarządzania usługami, elektroniczny portal obsługi; zapewnienie zasięgu w lokalizacjach podanych przez Zamawiającego, instalacji kart SIM/USIM w sieciach 2G, 3G.

Zamawiający zwracał uwagę, że Odwołujący przedstawił jeden z możliwych sposobów wyceny oferty. Być może jest to sposób w oparciu, o który sam Odwołujący kalkulował ofertę złożoną Zamawiającemu. Nie zmienia to faktu, że nie jest to jedyny sposób, w jaki wykonawcy mogli kalkulować cenę składanych ofert. Ponadto, według posiadanej przez Zamawiającego wiedzy nieprawdziwa jest zawarta w odwołaniu informacja jakoby Przystępujący ponosił koszty dzierżawy łącz dostępowych ISDN PRA (30B + D), bowiem łącza te są własnością Przystępującego.

Zamawiający wskazywał, że nieprawdą jest jakoby koszty stałe nie zostały skalkulowane w ofercie Przystępującego. Nawiązując do wyjaśnień Przystępującego oraz mając na uwadze wyrok KIO (sygn. akt KIO 442/16) podkreślał, że istnieją różne metody kalkulacji kosztów, a wynikać mogą one chociażby z odmiennego sposobu alokacji tych kosztów w ramach danego zadania. Sposób uwzględnienia w poszczególnych projektach kosztów bieżącej działalności przedsiębiorcy oraz rozliczania wydatków pośrednich (koszty pracownicze) wynika ze stosowanej przez przedsiębiorcę polityki i może zasadniczo różnić się nawet pomiędzy przedsiębiorcami działającymi w tym samym segmencie rynku (działalność telekomunikacyjna).

W kontekście zarzutu dotyczącego pominięcia przy kalkulacji ceny oferty złożonej przez Przystępującego ryzyka płynącego z konieczności zapłaty kar umownych w przypadku przerwy w dostępności usługi czy pogorszenia parametrów usług to wskazywał, że wymagane przez Zamawiającego parametry świadczenia usług, objętych zamówieniem, nie są wyśrubowane, a ryzyka ich niedotrzymanie nie są duże.

Zdaniem Zamawiającego zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia jest bezzasadny.

W zakresie zaś zarzutu Odwołującego zaniechania ujawnienia załączników do protokołu postępowania w postaci wyjaśnień Przystępującego dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Zamawiający wskazywał, że Odwołujący wystąpił do niego jedynie z zapytaniem, czy udzielone przez Przystępującego wyjaśnienia zostały objęte klauzulą „*tajemnica przedsiębiorstwa*”. Nie skierował natomiast do Zamawiającego żądania odtajnienia przedstawionych dokumentów czy wniosku o przekazanie uzasadnienia dla objęcia ich niejawnością. W jego ocenie zostały spełnione przesłanki warunkujące możliwość uznania tak zaprezentowanych informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, zaznaczał że w żadnym miejscu ustawa Pzp nie nakazuje posługiwania się przez

wykonawców, którzy składają wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, dowodami (dokumentami) wytworzonymi lub pochodzącymi od podmiotów trzecich.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w obszarze telefonii komórkowej i konwergentnej przez okres 30 miesięcy.

Zgodnie z SIWZ, Zamawiający oszacował ilość zamawianych usług podstawowych zgodnie ze specyfikacją rzeczowo-ilościową, zawartą w Załączniku nr 6 „Formularz obliczenia ceny zamówienia na usługi telefonii komórkowej i konwergentnej” – Część A. Wykonawca winien wycenić zamawiane usługi podstawowe zgodnie ze stawkami taryfowymi oferowanymi Zamawiającemu, wypełniając w Załączniku nr 6 „Formularz obliczenia ceny zamówienia na usługi telefonii komórkowej i konwergentnej” – Część B. Zamówienie będzie realizowane w oparciu o umowę zawartą w wyniku przeprowadzonego postępowania oraz o umowy wykonawcze: umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla kart SIM oraz umowa o świadczenie usług telekomunikacyjnych dla stacjonarnego zakończenia sieci wykonawcy.

Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona na kwotę 2.408.485,98 zł, w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp została określona na kwotę 802.828,66 zł. Według informacji zamieszczonej w protokole postępowania, podstawą ustalenia wartości zamówienia był projekt optymalizacji kosztów usług telekomunikacyjnych, wartość poprzedniej 30 miesięcznej umowy oraz korekta o oszczędności uzyskane w ostatnich negocjacjach z operatorem. Podana przez Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 1.974.958,50 zł.

W wyznaczonym terminie złożono trzy oferty:

- O.P. S.A. z ceną 683.031,45 zł,
- T. P. S.A. z ceną 1.284.901,97 zł,
- P. Sp. z o.o. z ceną 1.415.443,41 zł.

W dniu 3 października 2017 r. Zamawiający skierował do wykonawców O.P. S.A. i T. P. S.A. wezwanie w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wykonawca O.P. S.A. złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, że cena jego oferty nie jest rażąco niska w stosunku do

przedmiotu zamówienia, jest realna oraz pokrywa nie tylko koszty realizacji zamówienia, lecz także zapewnia zysk. Wykonawca zwrócił uwagę, że zaistnienie którejkolwiek z przesłanek określonych w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp stanowi jedynie podstawę do wezwania do wyjaśnienia sposobu kalkulacji ceny lub kosztu oferty. Okoliczność ta nie stanowi *per se* podstawy do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazał, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jeśli jest niewiarygodna lub nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień lub wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Wykonawca oświadczył, że w stosunku do jego oferty nie zachodzi żadna z powyższych przesłanek.

Szczegółowe informacje dotyczące ceny oferty Przystępujący przedstawił w dalszej części pisma, którą zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, wskazując że informacje tam zawarte nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i są chronione zgodnie z wewnętrznymi procedurami bezpieczeństwa obowiązującymi u Przystępującego. Podkreślał, że informacje te mają charakter istotny dla działania spółki, jako że dotyczą sposobu budowania cen ofertowych, metody ich kalkulacji oraz okoliczności umożliwiających złożenie konkurencyjnej cenowo oferty. Konstruowanie ceny oferty opiera się bowiem na elementach ściśle związanych z funkcjonowaniem wykonawcy jako przedsiębiorcy na rynku, takich jak koszty inwestycji, koszty pozyskania infrastruktury, koszt zakupu sprzętu od dostawców. W jego ocenie pozyskanie tych informacji przez innych uczestników rynku skutkować będzie tym, że inni przedsiębiorcy będą w stanie określić, z jaką konkurencją spotkają się w przyszłości, ze szczególnym uwzględnieniem wysokości kalkulowanych cen. Przystępujący oświadczył, iż zastrzeżone informacje nie były i nie są ujawniane do publicznej wiadomości, a jednocześnie wykonawca podjął wobec nich niezbędne działania mające na celu zachowanie ich w poufności. Informacje te są chronione zgodnie z wewnętrznymi procedurami bezpieczeństwa obowiązującymi u wykonawcy, w szczególności na podstawie wewnętrznych procedur i zasad ochrony informacji obowiązujących w O.P. S.A.

W dniu 31 października 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty O.P. S.A. Zamawiający odrzucił ofertę T. P. S.A.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba, na podstawie na art. 190 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z dziedziny telekomunikacji na okoliczność czy cena zaoferowana przez Przystępującego uwzględnia wszystkie koszty zamówienia, w tym w szczególności koszt opłat operatorskich. Niedopuszczalne jest powoływanie biegłego jedynie w celu działania na zwłokę w zakończeniu postępowania odwoławczego, a także w celu sanowania braku dowodu, który Odwołujący mógł przedstawić na rozprawie. Ponadto, nie jest rolą biegłego kwalifikowanie kosztów, uwzględnionych w cenie. Tym bardziej, że nie jest sporne, że stawki M. istnieją, natomiast sam sposób kalkulacji tych stawek pozostaje kwestią indywidualną każdego wykonawcy.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ustawa Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. Zatem, należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku, w tym przypadku specyfikę świadczenia usług telefonii komórkowej. Jak podkreślał Zamawiający, obserwuje się tu stałe i bardzo znaczące obniżanie cen przy jednoczesnym wzroście parametrów i poziomu oferowanych usług. Ponadto, wynagrodzenie wykonawcy za świadczoną usługę nie jest jedynym przychodem, ponieważ operator

uzyskuje również przychody z tytułu opłat międzyoperatorskich uiszczanych za połączenia przychodzące z innych sieci. Dodatkowo, są to usługi, których wykonanie nie wymaga ze strony wykonawcy ponoszenia żadnych szczególnych nakładów.

Zdaniem Izby, wyjaśnienia złożone przez Przystępującego przedstawiały sposób kalkulacji ceny, który potwierdził jej realność. Przystępujący wskazał koszty realizacji zamówienia i wysokość przychodów z tytułu opłat abonamentowych, opłat od innych operatorów za zakończenie połączenia w sieci wykonawcy oraz z tytułu opłat za połączenia międzynarodowe i roamingowe, potwierdzających możliwość wykonania zamówienia z zyskiem dla wykonawcy. Przystępujący opisał również wpływ własnych cech i obiektywnych, naturalnych przewag ekonomicznych, którymi dysponuje, a które w procesie kształtowania oferty pozwoliły mu na zaoferowanie atrakcyjnej ceny. Wyjaśnienia te należy uznać za wystarczające. Z uwagi zaś na specyfikę przedmiotu zamówienia (usługa bez dostawy urządzeń), a w szczególności czynniki, które nie zależą od osób trzecich, przedstawienie dodatkowych dokumentów pochodzących od innych podmiotów, należy uznać w niniejszym stanie faktycznym za zbędne. W ocenie Izby, na podstawie udzielonych wyjaśnień, Zamawiający uprawniony był do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a zaoferowana cena jest ceną realną, gwarantującą prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, przy jednocześnie niebagatelnym zysku.

Odnosząc się zaś do argumentacji Odwołującego, należy wskazać, że mechaniczne porównywanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert nie daje podstaw do odgórnego założenia, że mamy do czynienia z ceną nierealną. Zgodnie z orzeczeniem TSUE z dnia 22 czerwca 1989 r., C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, niedopuszczalne – jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych – jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest możliwe dopiero gdy, zamawiający ma pewność, że zamówienie nie zostanie należycie wykonane za zaoferowaną cenę. Pewność tę uzyskuje dopiero po wyjaśnieniach wykonawcy, który potwierdzi, w jaki sposób kalkulował cenę i czy wykonanie danej usługi jest możliwe w tej cenie.

Ponadto, należy podkreślić, iż przedstawionych w odwołaniu wyliczeń nie można uznać za rzetelne, z uwagi chociażby na fakt, że wyliczenia opłat interconnectu ofert Przystępującego i Odwołującego, załączone do odwołania zawierają nieścisłości. Jak słusznie wskazał Zamawiający, Odwołujący obliczył koszty M. do swojej sieci (gdzie tych kosztów nie ponosi) oraz nie obliczył kosztów M. po swojej stronie za połączenia do sieci Przystępującego (które to koszty Odwołujący ponosi), podczas gdy liczba połączeń do sieci

Przystępującego wynosi ok. 142 000, natomiast liczba połączeń do sieci Odwołującego wynosi ok. 108 000. Skutkuje to zawyżeniem kosztu M. po stronie Przystępującego przy jednoczesnym zniżeniu kosztów M. po stronie Odwołującego. Warto również zaznaczyć, że Odwołujący na rozprawie nie przedstawił żadnych dodatkowych szczegółowych obliczeń potwierdzających, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska. Według Izby, Odwołujący, pomimo że nie znał treści wyjaśnień Przystępującego, miał możliwość wykazania kosztów ponoszonych przez wykonawcę usług na rzecz Zamawiającego, dysponował bowiem też własnymi danymi statystycznymi dotyczącymi ruchu telefonicznego; jest profesjonalistą, a na rynku działa od lat.

Nie sposób również zgodzić się z argumentacją Odwołującego w zakresie zaoferowania przez Przystępującego ceny zero złotych za jednostkowe pozycje wskazane w Formularzu obliczenia ceny, skoro sam zastosował taką praktykę, a SIWZ jasno i precyzyjnie dopuszczała taką możliwość. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że szereg świadczeń w ramach usług GSM jest powszechnie świadczony przez operatorów w ramach opłaty abonamentowej, która kompensuje w sobie poszczególne świadczenia (połączenia, SMSy, MMSy, pakiety danych itd.).

Z samego faktu, że Przystępujący w odmienny sposób skalkulował cenę niż uczynił to Odwołujący, nie sposób postawić zarzutu, tym bardziej że w zakresie tak specyficznych usług brak jednej obligatoryjnie obowiązującej metody wyceny. Dlatego więc, każda metoda, czy to szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego czy kalkulowania ceny oferty przez wykonawców, prowadząca do rzetelnej wyceny zamówienia, jest dopuszczalna.

Posługiwanie się zaś danymi dotyczącymi ogółu zatrudnienia pracowników Odwołującego i ponoszenia z tego tytułu rocznych kosztów pozostaje irrelevantne w stosunku do osób dedykowanych do realizacji zamówienia. Dodatkowo, zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego przedmiotem zamówienia, co istotne, nie jest dostawa urządzeń.

W związku z powyższym, należało uznać zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego za bezzasadny.

Izba podzieliła natomiast stanowisko Odwołującego co do odmowy ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Oczywiście sama konstrukcja redakcyjna pisma Odwołującego z dnia 8 listopada 2017 r. może budzić wątpliwości, aczkolwiek z odpowiedzi Zamawiającego wynika, że skoro poinformował, że wyjaśnienia Przystępującego zostały zastrzeżone, oznacza to *de facto*, iż uznał je za zastrzeżone w sposób prawidłowy.

W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie uzasadniono, na czym polega wartość gospodarcza tych informacji, czy to w odniesieniu do informacji o kosztach, przychodach czy też możliwym do osiągnięcia zysku. Przystępujący nie wykazał istnienia ustawowych przesłanek wyłączenia jawności i nie przedstawił uzasadnienia swojego stanowiska. Powoływał się jedynie na szereg regulacji wewnątrzorganizacyjnych, pomijając zupełnie ich zakres przedmiotowy.

Ogólne deklaracje, że wyjaśnienia stanowią tajemnicę przedsiębiorcy są niewystarczające, aby uznać zastrzeżenie za skuteczne w świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. To na wykonawcy żądającym wyłączenia jawności poszczególnych informacji ciąży obowiązek wykazania istnienia wszystkich przesłanek uzasadniających takie wyłączenie. W niniejszej sprawie Przystępujący tych przesłanek nie wykazał.

Niemniej, odtajnienie i udostępnienie ww. informacji, które nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa, nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, zważywszy na fakt, że Odwołujący podniósł zarzut rażąco niskiej ceny. W związku z powyższym nakazanie odtajnienia zastrzeżonych elementów wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie doprowadzi do zmiany wyniku postępowania, a ewentualne odwołanie oparte na tych samych okolicznościach faktycznych podlegałoby odrzuceniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł.

Przewodniczący: