

Sygn. akt: KIO 167/18

WYROK
z dnia 16 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2018 r. przez wykonawcę **T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Kraków – Urząd Miasta Krakowa,**

przy udziale wykonawcy **Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 1 zamówienia, odrzucenie oferty Orange Polska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Kraków - Urząd Miasta Krakowa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Dz. U. z 2017 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Kraków - Urząd Miasta Krakowa – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej*.

W dniu 29 stycznia 2018 r. wykonawca T-Mobile S.A. wniósł odwołanie w zakresie części 1 zamówienia, której przedmiotem jest *Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej wraz z serwisem dla Zamawiającego i Jednostek Gminy Miejskiej Kraków, oraz dostawą aparatów telefonicznych IP*. Odwołanie dotyczy zaniechania odrzucenia oferty Orange Polska S.A. z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny oraz na niezgodność tej oferty z treścią SIWZ. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 1-3, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że wartość zamówienia (wraz z podatkiem VAT) została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 3.555.000,00 zł. W Części 1 zostały złożone cztery oferty z następującymi cenami brutto:

- Orange – 965.259,83 zł,
- T-Mobile – 1.464.177,93 zł,
- 3S FiberTech – 1.647.118,52 zł,
- NETIA – 2.210.044,44 zł.

Średnia arytmetyczna wszystkich złożonych ofert wynosi 1.571.650,18 zł brutto. Odnosząc zaoferowane ceny do oszacowanej przez Zamawiającego wartość zamówienia, to wszystkie oferty spełniają warunki wezwania do wyjaśnień dotyczących ceny. Jeżeli jednak chodzi o średnią arytmetyczną wszystkich ofert, to przesłankę obligującą Zamawiającego do wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, spełnia już tylko oferta Orange. Cena tej oferty jest bowiem niższa od średniej arytmetycznej wszystkich ofert aż o 39%. Pozostałe oferty nie przekraczają ustawowego progu 30% różnicy. Zdaniem Odwołującego, ponieważ spośród czterech ofert złożonych przez czterech niezależnych wykonawców, wszystkie oferty opiewają na kwoty niższe o 30% od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, to okoliczność ta świadczy o tym, że Zamawiający za wysoko oszacował budżet potrzebny na zrealizowanie zamówienia. W związku z powyższym, właściwym byłoby dokonywanie oceny ofert, pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny, poprzez pryzmat wyłącznie drugiej przesłanki, tj. stosunku ceny oferty do średniej arytmetycznej złożonych ofert. W takim przypadku jedynie oferta Orange budzi wątpliwości i daje podstawy, żeby

przyjąć, że jej cena jest rażąco niska. Pozostałe oferty przedstawiają zaś wartość rynkową. Odwołujący podkreślił, że cena oferty złożonej przez Orange jest niższa od ceny drugiej oferty (tj. oferty Odwołującego) aż o 36%. Złożenie oferty z tak niską ceną rodzi uzasadnione podejrzenia, że wykonawca Orange nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia po zaoferowanej cenie, gdyż nawet będąc w stanie dokonać oszczędności kosztów dla pojedynczych elementów oferty, całościowa kwota, którą zamierza uzyskać z tytułu realizacji kontraktu jest niższa niż realny poziom kosztów (wraz z uwzględnieniem godziwego zysku) za realizację zamówienia. Zdaniem Odwołującego wykonanie przedmiotu zamówienia przy tym poziomie zaoferowanych cen nie jest możliwe bez poniesienia straty.

Odwołujący podniósł, że mimo zastrzeżenia jako tajemnice przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny, to jednak znajomość rynku (w tym ofert potencjalnych podwykonawców), a także analiza pozostałych ofert złożonych w postępowaniu, pozwala postawić zarzuty potwierdzające rażąco niski charakter zaoferowanej przez Orange ceny.

Odwołujący podkreślił, że w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp rodzi domniemanie, że cena oferty jest rażąco niska. Zgodnie zaś z treścią art. 90 ust. 2, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że za zaoferowaną cenę jest w stanie zamówienie wykonać. Zamawiający, dokonując oceny złożonych wyjaśnień, ma zatem obowiązek zweryfikowania, czy są one realne, poparte wiarygodnymi dowodami, tj. czy w sposób skuteczny wykonawca obalił ciążące na nim domniemanie zaoferowania rażąco niskiej ceny. Jak stanowi bowiem art. 90 ust. 3, nie tylko brak złożenia wyjaśnień, ale również złożenie wyjaśnień potwierdzających złożenie oferty z rażąco niską ceną lub kosztem obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez Orange uznając, że wykonawca ten wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i to zarówno w odniesieniu do ceny ostatecznej oferty, jak również w odniesieniu do jej istotnego elementu jakim jest cena abonamentu.

Odwołujący podniósł, że wątpliwości budzi przede wszystkim okoliczność, czy w swoich wyjaśnieniach Orange oparł się na dowodach, tj. rzetelnych wyliczeniach oraz ofertach podwykonawców. Dodatkowo, wątpliwości Odwołującego związane są z faktem, czy Orange wykazał w wyjaśnieniach koszty osobowe na realnym poziomie. Kwestia kosztów osobowych została bowiem, w sposób szczególny podkreślona w wezwaniu Zamawiającego z dnia 20 grudnia 2017 r. skierowanym do Orange.

Odwołujący wskazał, zwrócił się z zapytaniem ofertowym do kilku potencjalnych podwykonawców, o wycenę realizacji części zamówienia obejmującej dostawę systemu i aparatów (wraz z kosztami napraw, instalacji i szkolenia). Średnia uzyskanych cen

ofertowych wynosiła 678.795 zł netto, tj. 834.918 zł brutto (wartość oferty podwykonawcy, z którym T-Mobile ostatecznie postanowił złożyć ofertę, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego). Poziom narzutu, czyli różnica pomiędzy ofertą netto Orange a ww. kosztami to zaledwie 105.968 zł netto. Od tego należy odjąć średni koszt zakończenia połączeń, który Orange musi ponieść i który wyliczony jest na podstawie wielkości ruchu podanego przez Zamawiającego, o wartości 54.611 zł netto. Daje to kwotę 51.357 zł, co przy kontrakcie 36-miesięcznym stanowi zaledwie 1.426 zł/m-c przychodu, z którego wykonawca musi opłacić:

- koszty pracowników z działu sprzedaży do obsługi handlowej projektu, pracowników działu technicznego do wdrożenia i utrzymania usług;
- budowę infrastruktury technicznej, (a nawet jeżeli nie trzeba jej budować to trzeba ją remontować, naprawiać, wymieniać).

Odwołujący podniósł, że z kwoty 1.426 zł nie można opłacić nawet jednego pracownika (wg danych GUS <http://stat.gov.pl> średnie wynagrodzenie w sektorze informacja i komunikacja wynosi 7.856 zł brutto, co daje całkowity koszt dla pracodawcy ok. 9.475 zł/m-c), nie mówiąc o kosztach sprzętu i urządzeń operatorskich niezbędnych do uruchomienia usługi takich jak modemy, routery itp. o wartości co najmniej 20.000 zł oraz kosztach budowy infrastruktury. Niemożliwym jest uruchomienie i utrzymanie tak dużego projektu przy zatrudnieniu tylko jednej osoby na 1/6 etatu. Nawet jeżeli Orange był w stanie zakupić urządzenia o kilkanaście procent taniej, to i tak pozostała kwota nie pozwala na opłacenie pracowników zaangażowanych we wdrożenie i utrzymanie tego projektu. Dodatkowo Orange zaoferował stawkę za minutę połączenia 0,02 zł brutto, co daje kwotę 0,016 netto. Przy założeniu, że system billingowy Orange prezentuje stawki z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku kwota 0,016 zaokrąglona będzie do 0,02, a więc kwota netto równa się brutto. W sytuacji powyższej Orange nie będzie mógł wykazać VAT dla pojedynczych połączeń zgodnie z wymogiem SIWZ, bez zaangażowania w realizację projektu dodatkowych osób. Dokonanie takiego wykazania VAT dla pojedynczych połączeń będzie bowiem wymagało pracy ręcznej, której koszt powinien zostać uwzględniony w ofercie.

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności świadczą o tym, że oferta Orange zawiera rażąco niską cenę i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 4 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący stwierdził, że wykonawca Orange nie uwzględnił w swojej wycenie realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ, w szczególności w zakresie zaangażowania i uwzględnienia w cenie pracy odpowiedniej liczby osób, a tym samym jego oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że niezależnie od zarzutu rażąco niskiej ceny za realizację całego przedmiotu zamówienia, wątpliwości budzi również istotna część składowa zaoferowanej ceny, tj. cena abonamentu. Ponieważ wartość tę należy pomnożyć aż o 3.900 sztuk abonamentów, to różnice końcowe cen w poszczególnych ofertach, wynikające z wysokości zaoferowanego abonamentu, mają istotny wpływ na cenę końcową oferty. Tym samym ten element ceny należy uznać za jej istotną część składową o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że ceny brutto abonamentu w poszczególnych ofertach przedstawiają się następująco:

- Orange - 4,54 zł co daje kwotę 637.416,zł;
- T-Mobile - 9,78 zł co daje kwotę 1.373.112,00zł;
- 3S FiberTech - 8,77 zł co daje kwotę 1.231.308,00 zł;
- NETIA - 13,38 zł co daje kwotę 1.878.552,00 zł.

Zdaniem Odwołującego z powyższego zestawienia wynika, że cena abonamentu zaoferowana przez Orange jest rażąco niska i nie pozwala na zrealizowanie zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, bez poniesienia straty.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ramach opłaty abonamentowej wymagał zrealizowania szeregu usług opisanych w Załączniku nr 1 do Umowy (Szczegółowy opis przedmiotu umowy), które wiążą się z obiektywną koniecznością poniesienia kosztów, do których należą m.in.:

- a) Pkt 1.6. Załącznika nr 1 – Koszty związane z instalacją (w tym ewentualne koszty projektowe i budowlane) i utrzymaniem łączy, o których mowa w pkt 1 oraz licencji i urządzeń niezbędnych do wykonania umowy (modemów, routerów itp.);
- b) Pkt 11.3 Załącznika nr 1 – Udostępnienie i podłączenie do sieci telekomunikacyjnej Zamawiającego i Jednostek bramek SIP, w ilości odpowiedniej do realizacji przedmiotu umowy;
- c) Pkt 11.4 Załącznika nr 1 – Koszty skonfigurowania i uruchomienia aparatów IP dostarczonych w ramach umowy oraz posiadanych przez Zamawiającego, zainstalowanych obecnie bezpośrednio na stanowiskach użytkowników we wszystkich lokalizacjach wskazanych w załączniku nr 2 do umowy oraz kupowanych przez Zamawiającego i Jednostki od dowolnych dostawców w trakcie trwania niniejszej umowy; zainstaluje, podłączy, skonfiguruje i uruchomi aparaty analogowe bezpośrednio na stanowiskach użytkowników we wszystkich wskazanych w załączniku nr 2 lokalizacjach; przygotuje i udostępni dla Zamawiającego i Jednostek systemy zarządzania i taryfikacji oraz odpowiednio przygotuje konfigurację usług.

- d) Pkt III Załącznika nr 1 – Wszystkie usługi i funkcjonalności opisane w tym punkcie.
- e) Pkt IV.1. Załącznika nr 1 – Koszt zapewnienia możliwości nagrywania rozmów dla zakresu numeracji Zamawiającego oraz Jednostki ZIKiT.
- f) Pkt V.I. Załącznika nr 1 - Koszt świadczenia usługi faksowej polegającej na udostępnieniu transmisji faksowej w oparciu o serwer faksów lub usługę „faks2mail” lub inną.
- g) Pkt VI 1.1. Załącznika nr 1 - Koszt udostępnienia dla Zamawiającego i Jednostek systemu do zarządzania konfiguracją usług i taryfikacji usług.
- h) Pkt VIII.1. Załącznika nr 1 - Koszt przeprowadzenia szkolenia w formie warsztatów, dla co najmniej 10 osób w wymiarze, co najmniej 4 dni po 6 godzin.

Mając na uwadze powyższe wymagania, a także wszelkie dodatkowe koszty, które są niezbędne do zrealizowania zamówienia, stwierdzić należy, że Orange zaoferował cenę abonamentu na rażąco niskim poziomie, gdyż nie pokryje ona kosztów związanych chociażby dostawą, uruchomieniem i serwisem wymaganego sprzętu oraz kosztów osobowych po stronie Orange niezbędnych do świadczenia usług telekomunikacyjnych które należy oszacować na poziomie ok 420 000 zł brutto.

W ocenie Odwołującego oferta Orange nie może być ofertą rynkową i gwarantującą temu wykonawcy osiągnięcie zysku. Z przedstawionych powyżej argumentów wynika, że oferta została zaniżona, a strata, jaką wykonawca poniesie w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, będzie przekraczała kilkaset tysięcy złotych, z ceny zaoferowanej przez ww. wykonawcę wynika bowiem, że nie doszacował on wszystkich obiektywnych czynników cenotwórczych. Brak uwzględnienia przez Orange w zaoferowanej cenie czynników obiektywnych, które muszą zostać poniesione przez każdego operatora chcącego świadczyć swoje usługi w ramach niniejszego zamówienia, stanowi o niedoszacowaniu i zaniżeniu poszczególnych aspektów mających wpływ na wycenę przedmiotu zamówienia. Tym samym, oferta Orange zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny oferty Orange, odrzucenia oferty Orange oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

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

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że wartość części 1 zamówienia została przez Zamawiającego ustalona na kwotę 5.780.487,80 zł, w tym wartość zamówień, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp na kwotę 2.890.243,90 zł. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 3.555.000,00 zł.

W postępowaniu zostały złożone oferty z następującymi cenami całkowitymi:

- Orange – 965.259,83 zł,
- T-Mobile – 1.464.177,93 zł,
- 3S FiberTech – 1.647.118,52 zł,
- NETIA – 2.210.044,44 zł.

Ceny brutto opłat abonamentowych w poszczególnych ofertach przedstawiały się następująco:

- Orange – 4,54 zł, co w okresie obowiązywania umowy daje kwotę 637.416,00 zł,
- T-Mobile – 9,78 zł, co w okresie obowiązywania umowy daje kwotę 1.373.112,00 zł,
- 3S FiberTech – 8,77 zł, co w okresie obowiązywania umowy daje kwotę 1.231.308,00 zł,
- NETIA – 13,38 zł, co w okresie obowiązywania umowy daje kwotę 1878 552,00 zł.

W dniu 20 grudnia 2017 r. Zamawiający wezwał Przystępującego – na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że m.in. w zakresie części 1 zamówienia cena oferty jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT i od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert oraz przytoczył okoliczności, które – stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp – powinny zostać wyjaśnione. Zamawiający pouczył Przystępującego, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

Pismem z 2 stycznia 2018 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia, które zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Do wyjaśnień Przystępujący załączył ofertę podwykonawcy, przedstawiającą kalkulację ceny dla zadań, które będą temu podwykonawcy powierzone.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie okoliczności wskazanych w tym przepisie. Art. 90 ust. 1a stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość decyzji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie złożonych przez Przystępującego wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana nie jest rażąco niska. Zatem wykazanie prawidłowości ceny musiało nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, natomiast niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Próba dowodzenia prawidłowości ceny dopiero w postępowaniu odwoławczym, z powoływaniem się na okoliczności niewskazane w wyjaśnieniach, jest spóźniona. Z tego powodu złożone przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego, a nieprzedstawione

Zamawiającemu z wyjaśnieniami, informacje i dowody nie mogły mieć wpływu na rozstrzygnięcie Izby, którego przedmiotem była ocena zaniechania Zamawiającego w świetle informacji, jakimi dysponował oceniając ofertę.

Podkreślenia wymaga również, że prawidłowości ceny oferty nie można wykazywać poprzez wskazanie, że różnice w cenach ofert są typowe dla danej branży, w tym przypadku dla branży komunikacyjnej. Różnice te mogą być źródłem wątpliwości co do prawidłowości ceny, a gdy przekraczają określone ustawą progi, powstaje obowiązek wezwania do wyjaśnień (art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp). W takiej sytuacji, nawet jeśli w danej branży określone różnice w cenach nie są zjawiskiem nietypowym, to i tak wezwany wykonawca jest zobowiązany wykazać, że rzetelnie skalkulował cenę. W związku z tym wywody przedstawione przez Przystępującego, a odnoszące się do usprawiedliwienia różnicy między zaoferowaną przez niego ceną a cenami pozostałych ofert (m.in. z powołaniem się na relacje cenowe ofert złożonych w innym postępowaniu przetargowym), nie mogą być argumentem potwierdzającym brak obowiązku odrzucenia oferty ceny, gdyż prawidłowość ceny powinna zostać wykazana wyjaśnieniami składanymi zamawiającemu, w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia. Nawet jeśli wysokość ceny nie wynika z nadzwyczajnych okoliczności, na wykonawcy spoczywa obowiązek szczegółowego wyjaśnienia, w jaki sposób ją skalkulował i co w niej uwzględnił.

W ocenie Izby Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał prawidłowości zaoferowanej ceny. W piśmie Przystępującego zawierającym wyjaśnienia znajduje się jedynie gołosłowne zapewnienie wykonawcy, że cena została obliczona z należytą starannością, z uwzględnieniem wszystkich wymagań określonych w SIWZ oraz w sposób zapewniający osiągnięcie zysku. W załączniku do wyjaśnień, który Przystępujący zatytułował „Szczegółowa kalkulacja” nie sposób natomiast znaleźć niemal żadnych informacji na temat tejże kalkulacji. Załącznik ten zawiera m.in. argumentację odwołującą się do doświadczenia Przystępującego oraz dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Odnosząc się do tych argumentów stwierdzić należy, że doświadczenie przy realizacji podobnych zamówień nie jest cechą wyróżniającą Przystępującego spośród wykonawców, podobnie jak dysponowanie zasobami osobowymi. Odnośnie natomiast do dysponowania infrastrukturą techniczną zauważyć należy, że również w odniesieniu do tej okoliczności nie wiadomo, w jakim stopniu mogłaby ona wpłynąć na wysokość ponoszonych kosztów, Przystępujący nie wskazał, nawet orientacyjnie, jakiego rzędu oszczędności ta okoliczność generuje. Podanie bardziej szczegółowych informacji na ten temat w piśmie procesowym należy uznać za spóźnione, jak już bowiem wcześniej wskazano wszystkie okoliczności uzasadniające możliwość skalkulowania ceny na tak niskim poziomie, powinny być przywołane i wykazane w wyjaśnieniach składanych Zamawiającemu.

W dalszej części dokumentu pn. „Szczegółowa kalkulacja” Przystępujący wymienił rodzaje kosztów, które uwzględnił w cenie, przy czym nie podał ich wysokości, w związku z czym kalkulacja jego ceny ofertowej nie może być w żadnej mierze zweryfikowana na podstawie tych wyjaśnień. Ponadto Przystępujący oświadczył, że uwzględnił w kosztach osobowych wynagrodzenie za pracę przekraczające wynagrodzenie minimalne, jednak z wyjaśnień nie można powziąć wiedzy, w jakiej wysokości koszty te zostały przyjęte do kalkulacji ceny (w tym ilu pracowników dotyczą, jakiej specjalności i jakiego wymiaru czasu pracy). Bardziej szczegółowe informacje w tym zakresie Przystępujący przedstawił dopiero w piśmie procesowym.

Ponadto Przystępujący powołał się w wyjaśnieniach na przychody z tytułu rozliczeń międzyoperatorskich, nie wskazując jednak, jakie założenia w tym zakresie poczynił. Dodatkowo zauważyć należy, że osiąganie przychodów z tego tytułu jest okolicznością wspólną wszystkim wykonawcom.

Jedynie kwoty dotyczące kalkulacji ceny, jakie Przystępujący podał w wyjaśnieniach, to całkowity przychód, ogólna kwota kosztów oraz całkowity zysk. Żadne inne dane dotyczące struktury ceny nie zostały przez niego podane. Zdziwienie budzi zamieszczenie w wyjaśnieniach informacji, że Przystępujący nie może przedstawić bardziej szczegółowych informacji, gdyż narzędzia do obliczania opłacalności ofert stanowią jego tajemnicę przedsiębiorstwa i nie mogą być udostępniane osobom trzecim. Zauważyć bowiem należy, że Przystępujący objął treść wyjaśnień klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa, co jest właśnie narzędziem mającym służyć ochronie takich informacji, których ujawnienie może przynieść przedsiębiorcy szkodę. Skoro Przystępujący twierdzi, że w wyjaśnieniach mógł przedstawić tylko tak ogólne informacje finansowe, gdyż informacje bardziej szczegółowe są jego tajemnicą przedsiębiorstwa, to powstaje pytanie, dlaczego wyjaśnienia taką tajemnicą przedsiębiorstwa zostały objęte. Kwestia ta jednak nie była przedmiotem zarzutów i została dostrzeżona jedynie na marginesie.

Jedynym dowodem załączonym do wyjaśnień jest oferta podwykonawcy wraz z kalkulacją zaoferowanej przez niego ceny. Biorąc jednak pod uwagę, że pozostałe składowe ceny oferty Przystępującego nie zostały wykazane ani wyjaśnione, nie można stwierdzić, że wyjaśnienia potwierdzają prawidłowość i realność ceny.

Odnosząc się do kalkulacji przedstawionej przez Odwołującego stwierdzić należy, że musiała ona opierać się na określonych założeniach, biorąc pod uwagę, że Odwołujący nie mógł zapoznać się z treścią wyjaśnień Przystępującego. Przyjęta przez Odwołującego wartość części zamówienia obejmującej dostawę systemu i aparatów (wraz z kosztami napraw, instalacji i szkolenia), która w jego ocenie wynosi średnio ok. 830 tys. zł brutto, nie

może być przyjęta jako rozstrzygająca. Kwota ta nie znajduje oparcia w załączonej do wyjaśnień ofercie podwykonawcy Przystępującego, jest również istotnie wyższa niż wartość przedstawiona przez podwykonawcę Odwołującego. Nie może to jednak powodować stwierdzenia niezasadności zarzutów, przyjmując bowiem za wykazany koszt związany z podwykonawstwem, nadal aktualne pozostają zastrzeżenia dotyczące złożonych wyjaśnień i poziomu ich ogólności, co nie pozwala uznać ceny za rzetelnie skalkulowaną.

Z uwagi na poziom ogólności złożonych wyjaśnień trudno również zweryfikować realność zaoferowanej przez Przystępującego stawki abonamentu. Należy wziąć pod uwagę, że Zamawiający nałożył na wykonawców szereg obowiązków do realizacji w ramach opłaty abonamentowej (załącznik nr 1 do umowy – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia). Jakkolwiek cena opłaty abonamentowej może być skorelowana z cenami aparatów telefonicznych, a różnice w zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców opłatach abonamentowych mogą być spowodowane różnicami w cenach sprzętu, to jednak złożone przez Przystępującego wyjaśnienia, ze względu na ich poziom ogólności, nie pozwalają ustalić realności tego elementu ceny.

Podsumowując należy stwierdzić, że Przystępujący (na którym spoczywał ciężar dowodu) składając ogólne i w znacznym zakresie gołosłowne wyjaśnienia, nie wywiązał się z obowiązku wykazania, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo, a brak takiego wykazania jest równoznaczny z obowiązkiem odrzucenia oferty. W ocenie Izby, przedstawienie gołosłownych zapewnień co do prawidłowości ceny oraz podanie ogólnych kwot przychodów kosztów i zysku, przy jednoczesnym braku podania szczegółów kalkulacji ceny (jedynym wyjątkiem w tym zakresie jest kalkulacja podwykonawcy), nie uprawniało Zamawiającego do wniosku, że wykonawca wykazał realność zaoferowanej ceny. Tym samym Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, a naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania. Jednocześnie poziom ogólności złożonych wyjaśnień nie pozwala ustalić, czy w cenie skalkulowane zostały wszystkie elementy przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a więc czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Jest to jednak związane z wadliwością złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, zatem bezpośrednią podstawą odrzucenia tej oferty jest okoliczność, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie wykazano bowiem, że cena ta nie jest rażąco niska.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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 z późn. zm.).

Przewodniczący: