

WYROK
z dnia 25 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2018 r. przez Odwołującego – wykonawcę Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie II Oddział ZUS w Poznaniu, przy udziale:

1. wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie,
2. wykonawcy Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie,

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4.217,15 zł (słownie: cztery tysiące dwieście siedemnaście złotych 15/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie II Oddział ZUS w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego pn.: „Świadczenie usług telekomunikacyjnych na rzecz II Oddziału ZUS w Poznaniu oraz podległych mu terenowych jednostek organizacyjnych – 2 części”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 26 lutego 2018 r. pod nr 521806-N-2018.

11 kwietnia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w Postępowaniu o wyborze, jako najkorzystniejszej w części 1 zamówienia, oferty złożonej przez wykonawcę Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca N”), natomiast w części 2 zamówienia – wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Wykonawca O”).

16 kwietnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie wykonawcy Cyfrowe Systemy Telekomunikacyjne sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono:

1. wybór ofert najkorzystniejszych;
2. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy O oraz Wykonawcy N w części 1 zamówienia;
3. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy O w części 2 zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawcy N i Wykonawcy O pomimo występowania w tych ofertach rażąco niskiej ceny;
2. art. 90 ust. 3 w zw. z ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert ww. wykonawców w części 1 zamówienia, pomimo braku złożenia przez tych wykonawców prawidłowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także wbrew wnioskowi płynącym z tych wyjaśnień, które wskazują na zawieranie przez te oferty rażąco niskiej ceny;

3. art. 90 ust. 1 w zw. z ust. 2 Pzp przez powtórne zwrócenie się do Wykonawcy N o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r.;
4. art. 90 ust. 3 w zw. z ust. 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy O w części 2 zamówienia, pomimo braku złożenia przez tego wykonawcę prawidłowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a także wbrew wnioskowi płynącemu z tych wyjaśnień, które wskazują na zawieranie przez tę ofertę rażąco niskiej ceny;
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez brak odrzucenia ofert Wykonawcy N i Wykonawcy O pomimo ich niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia („SIWZ”);
6. art. 7 ust. 1 Pzp w ten sposób, że Zamawiający zaakceptował zróżnicowany sposób złożenia ofert, tj. złożenie przez ww. wykonawców ofert niezgodnie z założeniami SIWZ i treściowo odmiennych od ofert pozostałych wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert najkorzystniejszych w części 1 i 2 zamówienia oraz odrzucenie ofert Wykonawcy O (w części 1 i 2) i Wykonawcy N (w części 1).

Odwołujący stwierdził, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ złożył niepodlegającą odrzuceniu ofertę zarówno w 1 jak i 2 części zamówienia. Na skutek naruszeń przez Zamawiającego przepisów Pzp Odwołujący może ponieść szkodę. Zaniechanie odrzucenia wskazanych ofert, pomimo uzasadnionych podstaw ku temu, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia i zrealizowanie korzyści ekonomicznych płynących z wykonania zamówienia.

Zamawiający prowadzi Postępowanie na świadczenie usług telekomunikacyjnych, które podzielone zostało na dwie części ze względu na lokalizację i miejsce świadczenia usług.

W Postępowaniu, w ramach części 1 zamówienia, oferty złożyli następujący wykonawcy proponujący Zamawiającemu wskazane niżej ceny brutto:

1. Wykonawca N – 154.242,00 zł;
2. Wykonawca O – 167.660,91 zł;
3. Globitel sp. z o.o. – 191.584,80 zł;
4. Odwołujący – 325.162,80 zł.

W Postępowaniu, w ramach części 2 zamówienia, oferty złożyli następujący wykonawcy proponujący Zamawiającemu wskazane niżej ceny brutto:

1. Wykonawca O – 95.462,37 zł;
2. Odwołujący – 219.087,60 zł.

Po opublikowaniu informacji o wyborze ofert Wykonawcy N i Wykonawcy O Odwołujący dokonał wglądu w dokumentację Postępowania, w efekcie czego stwierdził, że Zamawiający naruszył wskazane przepisy Pzp.

I. Oferta Wykonawcy N:

I.1. Rażąco niska cena

W formularzu ofertowym, w tabeli dla części 1 – pkt 7a), w poz. 8 (Opłata Instalacyjna wraz z aktywacją) wykonawca ten wpisał „brak”.

W odnośniku do tej pozycji pod tabelą Zamawiający wyjaśnił, że pozycja dotyczy wszystkich kosztów jakimi wykonawca zamierza obciążyć Zamawiającego, związanych z instalacją, uruchomieniem urządzeń i dostępów, robotami budowlanymi itp. w związku ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych.

Nie jest możliwe nieponiesienie przez wykonawcę żadnych kosztów, do których rodzajowo odniósł się Zamawiający, a które wystąpią przy instalacji i uruchomieniu urządzeń niezbędnych do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. Na koszty te z pewnością składać będą się koszty pracy, wydatki na materiały Instalacyjne, transport etc. związane z instalacją nowej centrali we Wrześni. Do wszystkich lokalizacji należy dostarczyć i zainstalować nowe telefony. Nie jest możliwe wykonanie tych czynności bez poniesienia żadnych kosztów.

Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy N o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie było sformułowane w sposób dość szczegółowy. Zamawiający zażądał zarówno wyjaśnień jak i dowodów, wskazując jakie obiektywne czynniki będą brane pod uwagę przy ocenie udzielonych wyjaśnień. Wśród tych czynników warto w szczególności zwrócić uwagę na:

- ekonomiczne uzasadnienie zaoferowanej ceny;
- kalkulacja kosztów realizacji zamówienia;
- koszty centrali, aparatów telefonicznych;
- koszty instalacji, konfiguracji oraz serwisu urządzeń;
- koszty pracy.

Zamawiający zażądał wyjaśnień merytorycznych i materiałów niezbędnych do przeprowadzenia prawidłowej oceny, czy cena została skalkulowana rzetelnie.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca N złożył pismo z dnia 28 marca 2018 r., z którego Odwołującemu udostępniono zaledwie trzy strony, pozostałość traktując jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołującemu nie przysługują, z uwagi na wartość zamówienia, zarzuty dotyczące nieprawidłowości utajnienia danych informacji jako tajemnicy

przedsiębiorstwa. Odwołujący odnosi się zatem do tej części wyjaśnień, która znajduje się w jego dyspozycji, oceniając, że treści w niej zawarte nie zasługują na pozytywną ocenę ze strony Zamawiającego. Wyjaśnienia Wykonawcy N nie mają żadnej wartości merytorycznej, nie odnoszą się do konkretnej sytuacji tego wykonawcy w Postępowaniu i do kosztów z nim związanych, lecz ograniczają się wyłącznie do przytoczenia ogólnych tez z wyroków Izby. Zadaniem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest udzielenie wyczerpujących i konkretnych informacji, których celem jest przekonanie zamawiającego o rzetelności ceny zaproponowanej w ofercie. Na podstawie wyjaśnień udzielonych Wykonawcą N Zamawiający nie miał najmniejszych podstaw do pozytywnej oceny ich treści. Jest to sytuacja zbliżona do braku udzielenia wyjaśnień w ogóle.

Lakoniczność udzielonych przez Wykonawcę N wyjaśnień doznaje potwierdzenia w aktywności Zamawiającego, który bezpodstawnie, pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r., po raz wtóry zwrócił się do Wykonawcy N o wyjaśnienia ceny, powołując się przy tym na art. 87 ust. 1 Pzp. Zagadnienia, o które zapytał Zamawiający w tym piśmie odnoszą się *stricte* do zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny, a wyjaśnienia w tym aspekcie powinny znaleźć się w piśmie przygotowanym przez Wykonawcę N w odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Nie było niczym usprawiedliwione powtórne wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnień ceny. Brak udzielenia stosownych informacji w tym zakresie winien skutkować odrzuceniem oferty już tylko z powodu braku udzielenia wyjaśnień. Wszak w pierwszym wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający wyraźnie żądał omówienia kosztów instalacji urządzeń, po czym w piśmie z dnia 4 kwietnia 2018 r. wraca do tej kwestii.

Oferta Wykonawcy N podlega zatem odrzuceniu ze względu na brak złożenia wyjaśnień, ich lakoniczność i nieprzydatność do sformułowania przez Zamawiającego pozytywnej oceny złożonych wyjaśnień, a także z uwagi na to, że w zasadzie nie jest możliwe, w zestawieniu z treścią formularza ofertowego, wyjaśnienie braku wskazania jakichkolwiek kosztów związanych z instalacją urządzeń.

Występowanie rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy N możliwe jest do stwierdzenia już tylko na podstawie samej oferty, w której wykonawca ten, we wskazanej wyżej pozycji tabeli, wskazał brak jakichkolwiek kosztów związanych z instalacją urządzeń, a następnie potwierdził w piśmie z dnia 6 kwietnia 2018 r., że koszt instalacji przewidział na poziomie 0 zł. Kwestia ta nie daje się wyjaśnić w żaden sposób, a w szczególności przez argumentację, że koszty te zostały zakwalifikowane do innej pozycji tabeli kosztorysowej. Z uwagi na obecne brzmienie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, zamawiający ma obowiązek badania nie tylko łącznej, wynikowej ceny ofertowej, ale musi wziąć pod uwagę koszty składowe. Nie może być żadnych wątpliwości, że wskazanie kosztu 0 zł w odniesieniu do takiej części

zamówienia, która z pewnością będzie koszty generować, bezpośrednio wskazuje na rażąco niską cenę poprzez brak uwzględnienia konkretnych kosztów realizacji zamówienia.

Warto zauważyć, że wykonawca Globitel przewidział w pozycji dotyczącej kosztów instalacyjnych i aktywacyjnych kwotę 132.102 zł, a Odwołujący kwotę 29.520 zł w części 1 oraz kwotę 27.060 zł w części 2 Postępowania. Powinien to być sygnał dla Zamawiającego, że koszty te są niebagatelne i należy się im baczniej przyjrzeć.

Kolejną kwestią, na którą należy zwrócić uwagę są pozycje nr 10-12 tabeli cenowej formularza ofertowego, dotyczące cen za jedną minutę połączeń: strefowych, międzystrefowych oraz do sieci komórkowych. W pozycjach tych Wykonawca N wpisał „w ramach opłaty abonamentowej”, a Zamawiający uznał, że tak sformułowana informacja nie stanowi o rażąco niskim charakterze oferowanej ceny i jej części składowych. W ocenie Odwołującego nie jest dopuszczalne działanie polegające na dowolnym przesuwaniu kosztów ofertowych z jednej pozycji do innej. Po pierwsze, skutkiem takich praktyk jest na ogół trudność lub wręcz niemożliwość dokładnej oceny oferty, w tym przede wszystkim w zakresie występowania zaniżonych kosztów, które z kolei mogą mieć wpływ na ocenę łącznej ceny oferty. Po drugie – dlatego, że najczęściej tego typu argumentacja pojawia się wyłącznie w celu obrony nieprawidłowych założeń przy konstruowaniu oferty, a zatem w istocie nie mamy do czynienia ze świadomą inżynierią cenową, lecz z następczą próbą wyjaśnienia nieprawidłowości przy kalkulacji oferty. Niezależnie jednak od tego, czy brak określenia kosztów/cen za połączenia jest wynikiem świadomego działania, czy też efektem błędu w przygotowaniu oferty albo nawet bezpodstawnego przypuszczenia, że taki sposób wyrażenia oferty jest dopuszczalny, w ocenie Odwołującego brak ten stanowi o niedoszacowaniu oferty i określeniu zobowiązania Zamawiającego w sposób niezgodny z SIWZ. Zdaniem Odwołującego nie jest dopuszczalne przenoszenie praktyk występujących na rynku prywatnym w otoczenie rynku publicznego. Uczestnictwo w przetargach musi się łączyć z akceptacją dla daleko posuniętego stopnia formalizmu, który służy zachowaniu transparentności systemu i odporności na nieuczciwe praktyki rynkowe.

I.2. Niezgodność z SIWZ

Złożenie przez Wykonawcę N oferty w sposób niezgodny z założeniami SIWZ stanowi również o jej niezgodności ze specyfikacją, a tym samym o zaistnieniu podstaw do jej odrzucenia. Zamawiający narzucił wykonawcom konkretny sposób wyrażenia i prezentacji oferty, w tym świadczeń związanych z realizacją połączeń telefonicznych. Żaden z wykonawców nie zakwestionował przygotowanego formularza ofertowego i sposobu opisanego zobowiązań Zamawiającego, a zatem każdy z wykonawców winien się do tego formularza zastosować. Wykonawca nie może w sposób dowolny przedstawiać swojej oferty, odbiegając od treści specyfikacji, a Zamawiający nie powinien pozwalać na tego typu praktyki.

Wszyscy wykonawcy powinni być traktowani równo, a zatem postanowienia SIWZ obowiązują w takim stopniu każdego uczestnika przetargu. Nie powinno być dozwolone swobodne „żonglowanie” pozycjami formularza ofertowego, przenoszenie jednych pozycji do innych tudzież podejmowanie prób argumentacji o zawieraniu się danych kosztów w kosztach ogólnych oferty, zakładanych ryzykach itp. Formularz przygotowany przez Zamawiającego jest przejrzysty i nie budzi wątpliwości co do sposobu jego wypełnienia. Pozycja związana z cenami za realizację połączeń strefowych, międzystrefowych oraz do sieci komórkowych stanowi sposób wyrażenia zobowiązania, które ma na siebie przyjąć Zamawiający. Każdy z wykonawców powinien zaprezentować to zobowiązanie w identyczny sposób, zgodny z formularzem ofertowym.

II. Oferta Wykonawcy O

W odniesieniu do oferty tego wykonawcy Odwołujący postawił tożsamy zarzut, jak w przypadku Wykonawcy N, tj. zarzut wystąpienia rażąco niskiej ceny z uwagi na brak w ofercie jakichkolwiek kosztów związanych z instalacją i aktywacją urządzeń.

W formularzu ofertowym w tabeli dla części 1 – pkt 7a), w poz. 8 (Opłata instalacyjna wraz z aktywacją) wykonawca ten wpisał „0”. W odnośniku do tej pozycji pod tabelą Zamawiający wyjaśnił, iż pozycja dotyczy wszystkich kosztów jakimi wykonawca zamierza obciążyć Zamawiającego związanych z instalacją, uruchomieniem urządzeń i dostępów, robotami budowlanymi itp. w związku ze świadczeniem usług telekomunikacyjnych.

Nie jest możliwe nieponiesienie przez wykonawcę żadnych kosztów, do których rodzajowo odniósł się Zamawiający, a które wystąpią przy instalacji i uruchomieniu urządzeń niezbędnych do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. Na koszty te z pewnością składać będą się koszty pracy, wydatki na materiały instalacyjne, transport, *etc.*, związane z instalacją trzech nowych centrali telefonicznych dla każdej z dwóch części zamówienia. Do wszystkich lokalizacji należy dostarczyć i zainstalować nowe telefony. Nie jest możliwe wykonanie tych czynności bez poniesienia kosztów.

Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy O o udzielenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie było sformułowane w sposób dość szczegółowy. Zamawiający zażądał zarówno wyjaśnień jak i dowodów, wskazując jakie obiektywne czynniki będą brane pod uwagę przy ocenie udzielonych wyjaśnień. Wśród tych czynników warto w szczególności zwrócić uwagę na:

- ekonomiczne uzasadnienie zaoferowanej ceny;
- kalkulacja kosztów realizacji zamówienia;
- koszty centrali, aparatów telefonicznych;
- koszty instalacji, konfiguracji oraz serwisu urządzeń;

– koszty pracy.

Zamawiający zażądał wyjaśnień merytorycznych i materiałów niezbędnych do przeprowadzenia prawidłowej oceny, czy cena została skalkulowana rzetelnie.

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień ceny, Wykonawca O złożył pismo z dnia 28 marca 2018 r., z którego Odwołującemu udostępniono zaledwie dwie strony, pozostałość traktując jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Odwołującemu nie przysługują, z uwagi na wartość zamówienia, zarzuty dotyczące nieprawidłowości utajnienia danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący odnosi się zatem do tej części wyjaśnień, która znajduje się w jego dyspozycji, oceniając, iż treści w niej zawarte nie zasługują na pozytywną ocenę ze strony Zamawiającego. Wyjaśnienia Wykonawcy O nie mają żadnej wartości merytorycznej, nie odnoszą się do konkretnej sytuacji tego wykonawcy w Postępowaniu i do kosztów z nim związanych, lecz ograniczają się wyłącznie do przytoczenia ogólnych tez z wyroków Izby. Co więcej, z orzeczeń przytoczonych przez tego wykonawcę w wyjaśnieniach wynika, że wykonawca ten próbuje przerzucić ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny na Zamawiającego. Zadaniem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jest udzielenie wyczerpujących i konkretnych informacji, których celem jest przekonanie zamawiającego o rzetelności ceny zaproponowanej w ofercie. Na podstawie wyjaśnień udzielonych przez Wykonawcę O. Zamawiający nie miał najmniejszych podstaw do pozytywnej oceny ich treści. Jest to sytuacja zbliżona do braku udzielenia wyjaśnień w ogóle.

Oferta Wykonawcy O podlega zatem odrzuceniu ze względu na brak złożenia wyjaśnień, ich lakoniczność i nieprzydatność do sformułowania przez Zamawiającego pozytywnej oceny złożonych wyjaśnień, a także z uwagi na to, że w zasadzie nie jest możliwe, w zestawieniu z treścią formularza ofertowego, wyjaśnienie braku wskazania jakichkolwiek kosztów związanych z instalacją urządzeń.

Występowanie rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy O możliwe jest do stwierdzenia już tylko na podstawie samej oferty, w której wykonawca ten we wskazanej wyżej pozycji tabeli wskazał brak jakichkolwiek kosztów związanych z instalacją urządzeń. Kwestia ta nie daje się wyjaśnić w żaden sposób, a w szczególności poprzez argumentację, że koszty te zostały zakwalifikowane do innej pozycji tabeli kosztorysowej. Z uwagi na obecne brzmienie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający ma obowiązek badania nie tylko łącznej, wynikowej ceny ofertowej, ale musi wziąć pod uwagę koszty składowe. Nie może być żadnych wątpliwości, iż wskazanie kosztu 0 zł w odniesieniu do takiej części zamówienia, która z pewnością będzie koszty generować, bezpośrednio wskazuje na rażąco niską cenę poprzez brak uwzględnienia konkretnych kosztów realizacji zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując, jak niżej.

Bezzasadny jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszych na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ponieważ, w ocenie Zamawiającego, na podstawie udzielonych wyjaśnień, Zamawiający uprawniony był do uznania, że oferty te nie zawierają rażąco niskiej ceny, a zaoferowane ceny są realne, gwarantujące prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, przy jednocześnie niebagatelnym zysku.

Zamawiający podał, że Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. 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 stacjonarnej. Na rynku tym obserwuje się stałe i bardzo znaczące obniżanie cen przy jednoczesnym wzroście parametrów i poziomu oferowanych usług, specyfika rynku telekomunikacyjnego pozwala na istotne obniżki ceny bez strat dla przedsiębiorstw telekomunikacyjnych. 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. Art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że 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 dzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Przywołany przepis określa, jakich elementów w szczególności dotyczy wezwanie do wyjaśnień. Obowiązek odrzucenia oferty aktualizuje się w sytuacji, gdy wykonawca 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 (art. 90 ust. 2 Pzp).

Zamawiający podkreślił, że był zobowiązany do zastosowania art. 90 ust. 1a Pzp, gdyż cena całkowita ofert Wykonawcy O i Wykonawcy N była niższa, o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług i od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. W konsekwencji, 23 marca 2018 r. skierował

do ww. wykonawców wezwanie do wyjaśnienia domniemania wystąpienia rażąco niskiej ceny w złożonych ofertach.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Zarówno Wykonawca O, jak i Wykonawca N złożyli wyjaśnienia, do których załączyli dowody w postaci szczegółowej kalkulacji ceny oferty oraz oświadczeń producentów sprzętu, stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Przedstawione kalkulacje obrazują założenia przyjęte do obliczenia ceny, składniki kosztotwórcze, przychody oraz zysk. Ze złożonych oświadczeń producentów sprzętu wynika potwierdzenie wyjątkowo korzystnych warunków cenowych zakupu urządzeń na potrzeby klientów biznesowych. Zamawiający zaznaczył że nie przedstawia w odpowiedzi na odwołanie szczegółowych informacji wynikających ze złożonych wyjaśnień i załączników, z uwagi na zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślił, że w braku zakwestionowania zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny bezzasadny jest argument, że odwołujący nie ma możliwości zakwestionowania czynności lub braku czynności Zamawiającego ze względu na wartość zamówienia. Wykonawca, na podstawie art. 181 ust. 1 Pzp, może w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania poinformować Zamawiającego o niezgodnej z przepisami Pzp czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie. Odwołujący z takiej możliwości nie skorzystał.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że ceny ofert Wykonawcy O i Wykonawcy N są rażąco niskie, gdyż Odwołujący w pozycji dotyczącej kosztów instalacyjnych i aktywacyjnych przewidział kwotę 29.520 zł, a wykonawca Globitel sp. z o.o. kwotę 132.102 zł, Zamawiający stwierdził, że jest ona wadliwa. Już samo porównanie kosztów instalacji Odwołującego i wykonawcy Globitel wskazuje na dużą dysproporcję, co jest dowodem na możliwość zastosowania różnych rozwiązań technicznych. Na tym przykładzie Zamawiający wskazał, że mechaniczne porównywanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert nie daje podstaw do odgórnego założenia, że mamy do czynienia z ceną nierealną, co potwierdza orzeczenie TSUE z 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-133/88.

Zamawiający zwrócił uwagę, że istotne znaczenie dla kalkulacji ceny oferty ma fakt, że Wykonawca O i Wykonawca N aktualnie świadczą usługi telefonii stacjonarnej w lokalizacjach Zamawiającego. Daje to niekwestionowaną przewagę w kwestii braku konieczności budowy infrastruktury i dostarczania pewnych elementów sieciowych,

W kwestii powtórnego wezwania Wykonawcy N do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Zamawiający podał, że podstawą wezwania był przepis art. 87 ust. 1 Pzp, a samo wyjaśnienie dotyczyło zapisów w formularzu ofertowym, a nie ponownego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy N jako sprzecznej z SIWZ Zamawiający wyjaśnił, że w treści formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, przygotował tabelę dotyczącą opłat za połączenia, w której dla każdego z pakietów wyodrębnił trzy rodzaje połączeń: lokalne i strefowe, międzystrefowe i do wszystkich sieci komórkowych ze wskazaniem przewidywanej liczby minut tych połączeń w okresie trwania umowy. Dla wszystkich tych rozmów Wykonawca N zamiast podania kwoty zawarł stwierdzenie „w ramach opłaty abonamentowej”.

Zamawiający rozumie, że powyższe usługi liczone minutowo zaoferowano w ramach ceny abonamentu, a przytoczone określenie poczytuje za 0 zł. Proponowanie poszczególnych usług w ramach opłaty abonamentowej jest wśród operatorów telekomunikacyjnych częste, powszechnie stosowane i oznacza „teoretycznie bezpłatne”, czyli skalkulowane już w cenie abonamentu.

W pozycji „opłata instalacyjna wraz z aktywacją” wpis „brak” i znak wykreślenia pozycji oznacza to samo, co Wykonawca N potwierdził w wyjaśnieniach z 6 kwietnia 2018 r.

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

Nie sposób również zgodzić się z argumentacją Odwołującego w zakresie zaoferowania przez ww. wykonawców ceny „0 zł” za jednostkowe pozycje wskazane w formularzu cenowym. Zamawiający w SIWZ nie ograniczał takiej możliwości. Należy zauważyć, że szereg świadczeń w ramach usług telefonii stacjonarnej jest powszechnie świadczonych przez operatorów w ramach opłaty abonamentowej, która kompensuje w sobie poszczególne świadczenia (połączenia, zapowiedzi słowne, itd.). Przede wszystkim jednak wykonawcy ci nie zaoferowali w swoich ofertach sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia. Fakt, że jeden z elementów składowych swoich ofert wycenili na 0 zł, nie ma w tym kontekście żadnego znaczenia, ponieważ wykonawca nie sprzedaje oddzielnie poszczególnych dostaw, usług i robót składających się na przedmiot zamówienia. Przeciwnie, oferuje kompleksowe wykonanie usługi za cenę ryczałtową. W związku z charakterem wynagrodzenia ryczałtowego, cena umowna jest ceną przyjętą z góry za całość przedmiotu zamówienia, a nie ceną wypadkową za jego poszczególne, w rzeczywistości wykonane części. Istotne w takim przypadku jest, iż cena ryczałtowa, a więc cena globalna, obejmująca całość przedmiotu zamówienia – jest ceną realną, nie odbiegającą swoją wartością od cen innych ofert złożonych

w Postępowaniu. Wyłącznie cena oferty Odwołującego jest znacznie wyższa od pozostałych. Zarówno Wykonawca O, jak i Wykonawca N, oferują świadczenia za ekwiwalent pieniężny o adekwatnej wysokości, w stosunku do którego brak jakichkolwiek poszlak dla stwierdzenia, że został zaniżony w stosunku do rzeczywistych kosztów usługi. Tym samym nie potwierdza się zarzut Odwołującego, że Zamawiający zaakceptował zróżnicowany sposób złożenia ofert, czym naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienia zgłosili Wykonawca O i Wykonawca N, wnosząc o oddalenie odwołania. Wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienia przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp wykonawcy ci (dalej również łącznie „Przystępujący”) zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Wykonawca N przedstawił pisemne stanowisko w sprawie.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny jedynym argumentem natury merytorycznej jest odniesienie do treści formularza ofertowego Wykonawcy N (pkt 7, poz. 8 – opłata instalacyjna wraz z aktywacją), w której wpisano „brak”. Nie jest to równoznaczne z zaoferowaniem ceny rażąco niskiej. Przepis art. 90 ust. 1 Pzp umożliwia wprawdzie wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, kosztu lub ich istotnych części składowych, tym niemniej, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, możliwość odrzucenia oferty wykonawcy jest możliwa wyłącznie w sytuacji w której to łączna cena zamówienia (lub jego koszt) jest rażąco niski. Nie jest zatem wystarczające wykazanie, że określony element cenotwórczy zamówienia został skalkulowany poniżej kosztów wytworzenia. Niezbędne jest wykazanie, że niedoszacowanie tego elementu oferty ma taki charakter, który rzutuje na cenę łączną zamówienia, powodując że nie jest możliwe wykonanie zamówienia bez poniesienia straty (wynagrodzenie wykonawcy nie wystarcza na pokrycie kosztów wykonania zamówienia). Zauważyć przy tym należy, że Odwołujący nie podjął w tym zakresie jakiegokolwiek inicjatywy dowodowej i nie odniósł łącznej ceny zamówienia zaoferowanej przez Wykonawcę N do niezbędnych kosztów wykonania zamówienia.

W przedmiotowej sprawie wszystkie oferty złożone na część 1 zamówienia były znacząco niższe od budżetu, jaki Zamawiający zamierzał przeznaczyć na jego realizację. Jednocześnie, oferty plasujące się na pierwszych trzech miejscach były bardzo zbliżone cenowo, co uwiarygadnia rynkowość oferty cenowej Wykonawcy N.

Nadto, w utajnionych wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny, Wykonawca N w sposób wyczerpujący i szczegółowy odniósł się do wszystkich istotnych elementów cenotwórczych swojej oferty i przedstawił na tę okoliczność stosowne dowody. Nie jest również prawdą, jakoby złożone wyjaśnienia były niewystarczające, co zmusiło Zamawiającego do powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Pismem z dnia 4 kwietnia 2018 r. Zamawiający zwrócił się co prawda z prośbą o wyjaśnienie treści formularza

ofertowego, niemniej jednak podstawą prawną tego wezwania był art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie żądał zatem dodatkowych wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej, a prosił jedynie o potwierdzenie, że właściwie interpretuje treść formularza ofertowego Wykonawcy N.

W odpowiedzi na zarzut niezgodności treści oferty z SIWZ Wykonawca N stwierdził, że nie wskazał w odwołaniu na czym polegać ma rzekoma niezgodność oferty, ani nie przywołał postanowień SIWZ, z którym oferta ma być niezgodna. Zarzut ten jest zatem sformułowany wadliwie, a niezależnie od tego jest również całkowicie niezasadny.

Wykonawca N podkreślił, że ofertą nieodpowiadającą treści SIWZ jest taka oferta, która została sporządzona odmiennie niż wskazano w postanowieniach SIWZ. Co do zasady odmiennosc ta przejawia się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji. Co ważne, aby można mówić o odrzuceniu oferty z uwagi na niezgodność z SIWZ, niezgodność ta musi być oczywista. Mimo nieprecyzyjnych zarzutów Odwołującego, domniemywać można, że zarzucana niezgodność oferty Wykonawcy N odnosić ma się do skalkulowania przez niego w formularzu ofertowym opłaty instalacyjnej na poziomie 0 zł oraz ujęcia kosztów opłat za połączenia lokalne/strefowe, międzystrefowe oraz do wszystkich sieci komórkowych w opłacie abonamentowej, a tym samym naliczenie ceny za te połączenia w kwocie 0 zł.

Jedynie z daleko posuniętej ostrożności Wykonawca N wyjaśnił, że wyrażenie „brak” zawarte w wierszu nr 8 tabeli cenowej dla części 1 zamówienia należy rozumieć jako „0 zł”. Okoliczność skalkulowania opłaty instalacyjnej na takim poziomie została szczegółowo udowodniona w utajnionych wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny. Podobnie, zapis w tabeli cenowej dla części 1, w wierszach 10-12, o treści „w ramach opłaty abonamentowej” oznacza „0 zł”. Wykonawca N oświadczył, że nie będzie pobierał dodatkowych opłat za połączenia lokalne/strefowe, międzystrefowe oraz do wszystkich sieci komórkowych. Koszty świadczenia tych usług zostały uwzględnione w opłacie abonamentowej, stąd może nie naliczać Zamawiającemu dodatkowej opłaty za te usługi.

Powyższe znajduje oparcie w fundamentalnych regułach wykładni oświadczeń woli. Nie ulega bowiem wątpliwości, iż treść oferty (w tym formularza ofertowego) jako oświadczenie woli wykonawcy powinna być poddana regułom wykładni określonym w art. 65 K.c. W jego świetle „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”. Nie budzi wątpliwości fakt, że określenie „brak” w kontekście wysokości opłaty jest pojęciem jednoznacznym i oznacza 0 zł. Podobnie, umieszczenie w formularzu ofertowym wyrażenia „w ramach opłaty abonamentowej” nie budzi wątpliwości interpretacyjnych i wskazuje na zamiar nie naliczania dodatkowych opłat za tę pozycję. Wykładnia tak nie budzi

też wątpliwości Odwołującego, który zasadniczo identycznie interpretuje przedmiotowe zapisy formularza ofertowego. W kontekście wskazanych powyżej reguł oświadczeń woli nie sposób również uznać, że doświadczony przedsiębiorca rynku telekomunikacyjnego jakim jest Wykonawca N, złożyłby intencjonalnie ofertę niezgodną z SIWZ, narażając się na jej odrzucenie. Jego celem jest bowiem uzyskanie zamówienia przez skalkulowanie i odpowiednią optymalizację oferty w sposób uwzględniający m.in. możliwości świadczenia usług na rzecz Zamawiającego w oparciu o szczególnie korzystne warunki, przy zachowaniu zgodności jej treści z SIWZ.

Jednocześnie nie sposób odnaleźć w SIWZ postanowienia, który ograniczałby wykonawcę w formułowaniu treści oferty w odniesieniu do poszczególnych cen, a w konsekwencji postanowienia, które przesądzałoby o niezgodności tak przygotowanej oferty z SIWZ. Reguły dotyczące opisu sposobu obliczenia ceny zostały określone przez Zamawiającego w Rozdziale XII SIWZ. Postanowienia SIWZ nie wymagają jednak, aby ceny jednostkowe określone przez wykonawców były wyrażone przy pomocy cyfr (przez podanie konkretnych liczb) lub żeby były skalkulowane dodatnio (powyżej 0 zł).

Wykonawca N podkreślił, że treść SIWZ i treść oferty stanowią oświadczenia woli, odpowiednio, zamawiającego, który oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, i wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Na stwierdzenie, czy treść oferty odpowiada SIWZ pozwala porównanie treści obu dokumentów. Jeżeli niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie można wywieść przez odpowiednie i jednoznaczne porównanie tych dwóch elementów, w tym wymagań zamawiającego z treścią oferty, nie można stwierdzić, że niezgodność występuje w stopniu uzasadniającym odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niemniej jednak, odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ nie może być wynikiem nadmiernego formalizmu, lecz sprzeczności o charakterze merytorycznym. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ jest niewątpliwa. Zasadą powinno być takie interpretowanie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów Pzp w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w Postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem Pzp, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych. Treść oferty Wykonawcy N nie wskazuje natomiast na możliwość stwierdzenia jakiegokolwiek jej niezgodności z SIWZ, a tym bardziej sprzeczności o charakterze merytorycznym, w związku z czym oferta ta nie może podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Działanie takie charakteryzowałby zbyt daleko idący rygoryzm i formalizm.

Na marginesie Wykonawca N podkreślił, że w orzecznictwie Izby dopuszczono możliwość kalkulowania cen jednostkowych zamówienia w wysokości 0 zł, nawet w rozliczeniu kosztorysowym, z którym niewątpliwie w bieżącej sprawie nie mamy do czynienia. Dodał, że w Postępowaniu za realizację zamówienia przewidziane zostało wynagrodzenie ryczałtowe. Zgodnie bowiem z pkt 2 Rozdziału XII SIWZ „Cena całkowita brutto podana w ofercie winna zawierać wszystkie koszty Wykonawcy związane z realizacją zamówienia”. Rozbicie cenowe w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego (a w konsekwencji także skalkulowanie odpowiednich opłat jednostkowych na poziomie 0 zł) ma charakter drugorzędny.

W załączniku do pisma procesowego Wykonawca N omówił argumentację zawartą w części wyjaśnień rażąco niskiej ceny objętej tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na rozprawie strony i Przystępujący podtrzymali przedstawioną powyżej argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Wykonawcy N, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści: SIWZ, ofert Przystępujących, wezwań Przystępujących do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wezwania Wykonawcy N do wyjaśnienia treści oferty oraz wyjaśnień złożonych przez Przystępujących w odpowiedzi na powyższe wezwania. W oparciu o wymienione dokumenty skład orzekający uznał, że stan faktyczny jest niesporny i nie wymaga dodatkowego omówienia.

Odwołanie podlegało oddaleniu, jako pozbawione uzasadnionych podstaw. Skład orzekający zaznacza w tym miejscu, że przedstawione poniżej wywody uwzględniają okoliczność, że poddane ocenie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny zostały w przeważającej mierze objęte przez Przystępujących tajemnicą przedsiębiorstwa. W konsekwencji, uzasadnienie rozstrzygnięcia Izby sporządzone zostało z poszanowaniem niejawnego charakteru informacji zawartych w wyjaśnieniach i załącznikach do nich.

Chybiony był zarzut nieprawidłowej oceny złożonych przez Przystępujących wyjaśnień rażąco niskiej ceny i zaniechania odrzucenia złożonych przez nich ofert z uwagi na fakt, że wyjaśnień nie złożono i potwierdzają one rażąco niskie ceny (naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 Pzp).

Przede wszystkim argumentacja Odwołującego, uzasadniająca podstawy odrzucenia ofert Przystępujących, z uwagi na okoliczności wskazane w art. 90 ust. 3 Pzp, jest wewnętrznie

sprzeczna. Nie można bowiem jednocześnie twierdzić, że Przystępujący nie złożyli wyjaśnień, a zarazem, na podstawie ich treści, argumentować, że potwierdzają one rażąco niską cenę ofert. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie nie wystąpił przypadek nie złożenia wyjaśnień – przesłanka ta obejmuje zasadniczo przypadki, w których wykonawca przyjmuje bierną postawę wobec wezwania go do wyjaśnień. Wydaje się zresztą, że Odwołujący upatruje zaistnienia tej przesłanki odrzucenia ofert w złożeniu wyjaśnień ogólnikowych, lakonicznych, przy czym przekonanie swoje opiera wyłącznie na udostępnionych mu fragmentach wyjaśnień złożonych przez Przystępujących. Analiza objętych tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień prowadzi z kolei do wniosku, że nie sposób uznać, jakoby potwierdzały one rażąco niską cenę w ofertach Przystępujących.

Nie wdając się w teoretyczne rozważania na temat znaczenia pojęcia rażąco niskiej ceny, które stanowiło przedmiot pogłębionej analizy w judykaturze i doktrynie, Izba jedynie ogólnie wskazuje, że mianem tym określa się cenę nierealną, odbiegającą od warunków rynkowych, cenę, której wysokość nie gwarantuje realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zdaniem Odwołującego okoliczność taka zachodzi, bowiem Przystępujący w formularzach ofertowych określili koszty związane z instalacją i aktywacją urządzeń (a Wykonawca N, dodatkowo, koszty połączeń telefonicznych) na 0 zł. W ocenie Izby wnioskowanie takie nie może się ostać.

Jakkolwiek przepis art. 90 ust. 1 Pzp odnosi rażąco niską cenę oferty do części składowych ceny (kosztu), to jednak wymaga, aby miały charakter istotnych. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnej argumentacji, opierając się wyłącznie na wskazanym powyżej założeniu. W tym zakresie Izba wskazuje, że utajnione części wyjaśnień Przystępujących zawierają odniesienie do nich – powody, dla których omawiane koszty zostały one określone na poziomie „0 zł” (wyjaśnienia Wykonawcy N, str. 5-6 i załączone do nich dowody nr 2, 3 i 5, wyjaśnienia Wykonawcy O, str. 3-4 i dowód stanowiący załącznik nr 6). Deklarację taką należy, zdaniem Izby, tłumaczyć jako zaoferowanie tego elementu świadczenia składającego się na przedmiot umowy nieodpłatnie, co nie przeczy ani odpłatnemu charakterowi umowy w sprawie zamówienia publicznego, ani nie świadczy *per se* o rażąco niskiej cenie ofert Przystępujących. Skład orzekający, w braku argumentów przemawiających za istotnym charakterem świadczeń związanych z instalacją i aktywacją, uznał taki sposób określenia kosztów w ofercie za dopuszczalny.

Izba nie zgodziła się również z zapatrywaniem, jakoby Wykonawca N został powtórnie wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie opłaty instalacyjnej wraz z aktywacją, czy cen za minutę połączenia. Abstrahując od odmiennej podstawy prawnej obydwu wspomnianych przez Odwołującego wezwań uszło uwadze Odwołującego, że w ramach rzekomo powtórnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny Wykonawca N nie był zobowiązany do

przedstawienia wyliczenia jej wysokości, czy do uszczegółowienia podstaw przyjętej kalkulacji, która została załączona do wcześniejszych wyjaśnień, a jedynie do potwierdzenia użytych w treści formularza ofertowego oznaczeń ceny za poszczególne świadczenia w postaci zwrotów „brak”, czy „w ramach opłaty abonamentowej”.

W konsekwencji nie dopatrzone się naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 i 2 Pzp.

W kwestii zarzutu niezgodności treści oferty Wykonawcy N z SIWZ, wyrażającej się określeniem ceny za świadczenia składające się na przedmiot umowy za pomocą przytoczonych powyżej określeń skład orzekający poddał analizie postanowienia SIWZ odnoszące się do sposobu obliczenia ceny oferty i doszedł do wniosku, że takie postępowanie Wykonawcy N nie narusza warunków SIWZ. Rozdział XII SIWZ, poza standardowymi formułami zamieszczanymi w specyfikacjach (zob. Rozdział XII ust. 1-7 SIWZ), zawiera rozbudowany opis sposobu wypełnienia tabel cenowych zamieszczonych w formularzu ofertowym, stanowiący swoistą instrukcję mającą służyć prawidłowemu wypełnieniu wspomnianych tabel (zob. Rozdział XII ust. 7-9 SIWZ). W postanowieniach Rozdziału XII próżno jednak szukać zakazów stosowania określeń użytych przez Wykonawcę N, czy, mówiąc wprost – posługiwania się formułą „0 zł”, ponieważ, jak wspomniano, do takiego oznaczenia sprowadzają się zastosowane przez Wykonawcę N opisy („brak”, „w ramach opłaty abonamentowej”). W konsekwencji Izba przyjęła, że zarzut odwołania sprowadzić można do twierdzenia o odmiennym od przyjętego przez Zamawiającego sposobie zaprezentowania informacji dotyczących rozbicia ceny oferty Wykonawcy N, co jednak nie uzasadnia odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ. Sankcja taka obejmuje bowiem przypadki merytorycznej niezgodności zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z wymaganiami zamawiającego. *Ad casum* opisana sytuacja nie zachodzi, w szczególności złożone przez Wykonawcę N wyjaśnienia rażąco niskiej ceny potwierdzają zaoferowanie Zamawiającemu wszystkich świadczeń składających się na przedmiot umowy. Stwierdzona przez Odwołującego niezgodność nie ma zatem merytorycznego charakteru.

Izba uznała ponadto, że Odwołujący nie postawił względem oferty Wykonawcy O zarzutu niezgodności z SIWZ. Pomimo takiego wskazania w tiret piąte na str. 2 odwołania, uzasadnienie zarzutów nie zawiera w tym zakresie żadnej argumentacji.

Tym samym Zamawiający nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. a i 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: