

Sygn. akt: KIO 177/13

WYROK

z dnia 8 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **Telekomunikacja Polska S.A. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Górnośląską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o. w Zabrze**

przy udziale wykonawcy **Netia S.A. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Netia S.A. w Warszawie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
2. **kosztami postępowania obciąża Górnośląską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o. w Zabrze i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Telekomunikację Polską S.A. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od Górnośląskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o. w Zabrze na rzecz wykonawcy Telekomunikacji Polskiej S.A. w Warszawie kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Górnośląska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. w Zabrze prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usługi operatorskiej sieci telekomunikacyjnej WAN w zakresie transmisji danych, głosu i wideo poprzez wirtualną prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2012 r., 2012/S 200-329517.

W dniu 16 stycznia 2013 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty elektronicznej wykonawcy Telekomunikacji Polskiej S.A. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Netia S.A. w Warszawie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, odwołujący wniósł w dniu 25 stycznia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mający wpływ na jej cenę,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę,
- 3) art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) wezwania przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę oferty,
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez przystępującego.

W uzasadnieniu odwołujący wywodził, że zamawiający zaniechał wezwania przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, pomimo

tego, że cena ta jest znacząco niższa od ofert GTS Poland sp. z o. o., oraz Exatel S.A. zamawiający nie uwzględnił również tego, że brak znaczącej różnicy pomiędzy ceną oferty odwołującego oraz przystępującego wynika z dwóch istotnych okoliczności:

- odwołujący świadczy obecnie usługi na rzecz zamawiającego, a zatem koszt inwestycji w infrastrukturę będzie znacząco niższy niż u pozostałych wykonawców,
- znaczna część łączy w ofercie przystępującego (27) będzie realizowana w droższej technologii światłowodowej (w ofercie odwołującego zaoferowano jedynie 4 łączy w technologii światłowodowej).

W dalszej części odwołania odwołujący przedstawił kalkulację kosztów niezbędnych do uruchomienia i świadczenia usługi, czyniąc następujące założenia:

- przystępujący nie świadczy usług telekomunikacyjnych w lokalizacjach zamawiającego, a zatem nie posiada w tych lokalizacjach niezbędnej infrastruktury,
- do wyliczenia uwzględniono koszty świadczenia usług w najkorzystniejszym cenowo modelu.

Co do łączy podstawowych w technologii radiowej odwołujący podniósł, że przystępujący w swojej ofercie zaoferował łączy podstawowe w technologii radiowej w 12 lokalizacjach w cenie 199,99 zł netto miesięcznie (7199,64 netto za 36 miesięcy). Założony w ofercie przychód nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów świadczenia usługi:

- 1) koszt świadczenia usług drogą radiową obejmuje opłaty wnoszone na rzecz UKE: opłata jednorazowa za każde pozwolenie w wysokości 1973 zł netto, oraz opłat rocznych, które po uśrednieniu wynoszą 1000 zł netto dla każdej lokalizacji zamawiającego. Oznacza to, że dla każdego łączy koszty opłaty wyniosą 4.973 zł netto, natomiast przychód uzyskany z tytułu świadczenia usługi wyniesie 7199,64 zł netto. W kosztach świadczenia usługi drogą radiową należy uwzględnić ponadto koszt zakupu i instalacji anteny satelitarnej (ok. 4000 zł netto) oraz koszt routera. Do każdego łączy niezbędne byłoby więc dołożenie, co najmniej 1773,36 zł netto. Podsumowując, łączny koszt świadczenia usługi dla 12 łączy przekroczyłby przychód o co najmniej 21.280,32 zł netto.
- 2) W przypadku gdyby przystępujący zamiast budować własną infrastrukturę radiową chciał skorzystać z oferty innych operatorów, koszt opłaty miesięcznej za łączy, uwzględniającej również opłaty na rzecz UKE wyniesienie ok. 700 zł netto. Przy uwzględnieniu tego modelu działania koszt świadczenia usługi wyniósłby 25.200 zł netto, podczas gdy przychód wyniósłby jedynie 7199,64 zł netto. Łączny koszt świadczenia usługi, przy wykorzystaniu łączy podstawowych w technologii radiowej, w tych 12 lokalizacjach przekroczyłby więc przychód, o co najmniej 216.004,32 zł netto.
- 3) Ponadto kosztem świadczenia usługi, który nie znajduje odzwierciedlenia w formularzu cenowym, jest koszt zestawienia łączy zapasowego, które zgodnie z postanowieniami

SIWZ powinno wykorzystywać niezależny od łącza podstawowego tor transmisji danych. W przypadku gdy łącze zapasowe zestawione byłoby z wykorzystaniem najtańszych łączy radiowych, koszt ten wyniósłby łącznie ok. 59.676 zł netto.

W oparciu o powyższe zestawienie przychodów i kosztów z tytułu świadczenia usług drogą radiową odwołujący wywodził, że podane ceny za świadczenia usług drogą radiową są znacznie niższe niż koszty świadczenia tej usługi. Natomiast potwierdzeniem prawidłowości przyjętych wyliczeń są obliczenia w pozostałych ofertach, gdzie łącza radiowe wraz z łączami zapasowymi zostały wycenione od 1.373,17 zł netto do 2.250 zł netto.

Co do łączy podstawowych w technologii światłowodowej odwołujący argumentował, że przystępujący zaoferował świadczenie usługi przy pomocy 27 łączy światłowodowych, za cenę 1790 zł netto miesięcznie (64.441,08 zł netto za 36 miesięcy). Mając na względzie fakt, że w jednej z lokalizacji zestawione mają być dwa łącza światłowodowe, w tym jedno do Internetu, w dalszych wyliczeniach uwzględniono jedynie koszt zestawienia 26 łączy. W celu zestawienia łączy światłowodowych, przystępujący będzie musiał przeprowadzić inwestycje polegające na budowie infrastruktury telekomunikacyjnej, na którą składają się kanalizacja teletechniczna, studzienki, kable. Niezbędne będzie także zakupienie routerów dla każdej z lokalizacji. Na użytek niniejszego odwołania odwołujący przyjął jednak założenie, że przystępujący skorzysta z tańszego rozwiązania jakim będzie skorzystanie z kanalizacji odwołującego w ramach oferty ROI (Reference Offer for Infrastructure). Przy takim modelu świadczenia usługi, w celu jej uruchomienia niezbędne będzie położenie światłowodów w istniejącej kanalizacji. Koszt takiej inwestycji oszacować należy przeciętnie na 40 000 zł netto w każdej z 26 lokalizacji, co daje łączną kwotę ok. 1.000,000 zł netto.

Kolejnym kosztem, jaki poniesie przystępujący będzie koszt opłat za dzierżawę kanalizacji kablowej, który wyniesie przeciętnie 500 zł netto miesięcznie dla każdej lokalizacji, co daje łączny koszt 468.000 zł netto za cały okres świadczenia usług dla wszystkich 26 lokalizacji.

Ponadto kosztem świadczenia usługi, są też koszty związane z łączem zapasowym. W związku z tym, że łącze zapasowe powinno być poprowadzone innym niż łącze podstawowe torem transmisji danych, niezbędne będzie zestawienie łączy radiowych, których koszt dla 26 łączy wyniesie ok. 179.028 zł netto. W tym zakresie przywołał wyliczenia dotyczące łączy podstawowych w technologii radiowej.

Powołując się na powyższe odwołujący wywodził, że przychód z tytułu świadczenia usług przy pomocy łączy światłowodowych wyniesie dla 27 łączy 1.739.909,16 zł netto, natomiast koszty uruchomienia i świadczenia usługi przy pomocy tych łączy przekroczy kwotę 1.647.028 zł netto. Jeżeli do tego dodać koszty routerów, SLA oraz utrzymania sieci

szkieletowej, o których mowa w następnym punkcie, również w tej pozycji wystąpi nadwyżka kosztów nad uzyskanymi przychodami.

Co do łączy podstawowych miedzianych odwołujący argumentował, że przystępujący zaoferował świadczenie usługi przy pomocy łączy miedzianych w 13 lokalizacjach, za cenę 1328,41 zł netto miesięcznie (47.882,76 zł za 36 miesięcy) i w 2 lokalizacjach za cenę 199,99 zł netto miesięcznie (7199,64 netto za 36 miesięcy). W sumie przychody z tytułu świadczenia usług przy pomocy łączy podstawowych miedzianych wyniosą dla 15 łączy 636.095,16 zł netto.

Odwołujący dokonując kalkulacji kosztów świadczenia usług przy pomocy łączy miedzianych, przyjął założenie, że usługa będzie świadczona w najtańszy możliwy sposób. Najtańszym sposobem świadczenia usługi telekomunikacyjnej w Polsce jest skorzystanie z tzw. oferty hurtowej TP SA zatwierdzonej przez Prezesa UKE. Mając na względzie parametry łączy określone w SIWZ, świadczenia usługi mogłoby odbywać się na podstawie tzw. ofert RLLO. Usługa dzierżawy łączy telekomunikacyjnych RLLO (Reference Leased Lines Offer) skierowana jest dla operatorów, którym zależy na wysokim bezpieczeństwie transmisji danych ze stałą przepustowością i opóźnieniem, wysokiej jakości oraz kompleksowej obsłudze w zakresie świadczenia usługi. Usługa może być wykorzystywana do wszystkich celów, w tym celów budowy własnej sieci teletransmisyjnej lub dostarczeniu własnych usług telekomunikacyjnych do klientów końcowych. W ofercie tej przewidziano opłatę instalacyjną dla jednego łączy w wysokości 925 zł netto, oraz opłatę miesięczną w wysokości 1.126,5 zł netto. Koszt opłat na rzecz TP SA w odniesieniu do 15 lokalizacji wyniesie 622.185 zł netto za 36 miesięcy.

Ponadto założenie, że we wszystkich wskazanych 15 lokalizacjach świadczenie usług może odbywać z wykorzystaniem oferty ramowej jest jednak błędne. Wywiady techniczne przeprowadzone we wskazanych lokalizacjach pozwalają na założenie, że TP posiada odpowiednie zasoby jedynie w 10 lokalizacjach, a zatem w pozostałych lokalizacjach niezbędne będzie przeprowadzenie inwestycji polegających na rozbudowie sieci rozdzielczej lub zestawieniu łączy radiowego.

Ponieważ kosztem świadczenia usługi, są koszty związane z łączy zapasowym, a łączy zapasowe powinno być poprowadzone innym niż łączy podstawowe torem transmisji danych, niezbędne będzie zestawienie łączy radiowych, których koszt dla 15 łączy wyniesie 74.595 zł netto. W tym zakresie przywołał wyliczenia dotyczące łączy podstawowych w technologii radiowej. W efekcie, koszt uruchomienia i świadczenia usługi przy pomocy łączy miedzianych przekroczy kwotę 696.780 zł netto, natomiast przychody z tytułu świadczenia usługi przy pomocy tych łączy wyniosą 636.095,16 zł.

Co do kosztów routerów, SLA i utrzymania sieci szkieletowej odwołujący wskazał, że również on są kosztami wytworzenia usługi. Koszty te mogą nawet przekroczyć kwotę 500.000 zł netto.

Powołując się na przedstawione przez siebie zestawienie podstawowych kosztów uruchomienia i świadczenia usługi, z przychodami jaki zostaną zrealizowane zgodnie z ofertą przystępującego, odwołujący podniósł, że usługa będzie świadczona poniżej kosztów jej wytworzenia. Sytuacja ta powinna skutkować, co najmniej, wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, a w dalszej kolejności, ewentualnym odrzuceniem oferty.

Odwołujący wywiódł również, że złożenie oferty przez przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 z późn. zm.). Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów ich zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zamawiający złożył w trakcie rozprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kwoty 3.600,00 złotych tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwoty 256,59 złotych tytułem zwrotu kosztów przejazdu samochodem osobowym o pojemności pow. 900 cm³ na trasie Zabrze – Warszawa - Zabrze. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca Netia S.A. w Warszawie. Wniósł o oddalenie odwołania. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i

stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W świetle kryteriów oceny ofert oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą wybraną. Zarzucał on zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wybranego. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że zasługuje ono na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający ujawnił kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 7.380.000 zł brutto (*protokół postępowania, pkt 8*). Wartość szacunkową zamówienia zamawiający ustalał na podstawie analizy kosztów bieżących wynikających z aktualnie obowiązującej umowy z uwzględnieniem zwiększenia liczby łączy (*protokół postępowania, pkt 2*).

Do upływu terminu składania ofert oferty w postępowaniu złożyło 4 wykonawców:

- a) Exatel S.A. w Warszawie z ceną brutto: 5.295.888 zł,
- b) odwołujący z ceną brutto: 3.262.993,64 zł,
- c) przystępujący z ceną brutto: 3.028.752 zł,

d) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: GTS Poland sp. z o.o. w Warszawie oraz Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. w Warszawie, z ceną brutto: 4.034.970,72 zł.

Zamawiający nie wzywał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie miał obowiązku udowodnienia, że cena oferty przystępującego jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Musiał wykazać jedynie zaistnienie możliwości (podejrzenia) zaoferowania ceny rażąco niskiej, które to podejrzenie (możliwość) obliguje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Stosownie bowiem do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dopiero zaś skutkiem oceny złożonych wyjaśnień jest ustalenie lub nieustalenie zaoferowania ceny rażąco niskiej (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem procedurę wyjaśnień dotyczących cen oferty należy wszcząć nie tylko wtedy, gdy ceny w oczywisty sposób są zaniżone, ale także kiedy wydaje się czy też istnieje podejrzenie, że przedstawiają rażąco niskie ceny. Stanowisko takie przedstawił Europejski Trybunał Sprawiedliwości. *„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. Państwa członkowskie mogą wymagać analizowania ofert, kiedy wydaje się, że przedstawiają rażąco niskie ceny, a nie tylko kiedy w oczywisty sposób są zaniżone”*. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy Izba stwierdziła, że wystąpiły przesłanki, które obligowały zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Świadczyły o tym następujące okoliczności.

Po pierwsze, przystępujący zaoferował cenę ofertową znacząco niższą od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Cena brutto 3.028.752 zł, za jaką przystępujący zamierza wykonać usługę kształtuje się na poziomie ok. 41 % kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia (7.380.000 zł brutto). Po drugie

szacunek przystępującego odbiega również wyraźnie od cen zaproponowanych przez dwóch innych wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu (5.295.888 zł, zaproponowane przez Exatel S.A. i 4.034.970,72 zł oszacowane przez konsorcjum GTS Poland sp. z o.o. w Warszawie oraz Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o. w Warszawie).

W ocenie Izby podejrzenia co do zaferowania ceny rażąco niskiej nie wykluczała natomiast fakt, że odwołujący zaferował wykonanie przedmiotu zamówienia za zbliżoną cenę brutto tj. 3.262.993,64 zł. Wbrew twierdzeniom zamawiającego przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie jak i stanowisku przystępującego, to, że różnica pomiędzy ofertą wybraną a ofertą odwołującego wynosiła zaledwie 7% nie oznaczała automatycznie, że cena oferty przystępującego została skalkulowana prawidłowo. Wątpliwości zamawiającego winno bowiem wzbudzić to, że odwołujący świadczy obecnie usługi na rzecz zamawiającego w stopniu znacznie wyższym aniżeli przystępujący, a zatem koszt inwestycji jakie niewątpliwie każdy wykonawca obowiązany będzie ponieść w infrastrukturę, może być niższy niż u pozostałych wykonawców. Ponadto przystępujący zaferował świadczenie usługi przy większej liczbie łączy światłowodowych, która to technologia jest technologią droższą (27 światłowodów w ofercie przystępującego wobec 4 w ofercie odwołującego). Pomimo to zaferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę niższą od ceny odwołującego. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że z tego, iż jeden wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia za określoną przez siebie cenę nie można automatycznie wyprowadzać faktu, że również inny wykonawca rzetelnie skalkulował cenę, szacując ją na zbliżonym poziomie. Wszak elementy, które mogą umożliwić jednemu z wykonawców obniżenie ceny niekoniecznie muszą być dostępne drugiemu, a jeśli są dostępne, to nie wiadomo czy w taki sam sposób przełożyły się na cenę. Izba podkreśla, że indywidualne czynniki umożliwiające obniżenie ceny, ich realność i wpływ podlegają bowiem zawsze ocenie w odniesieniu do każdego wykonawcy. Powyższe wynika z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W tej sytuacji proste porównanie matematyczne cen dwóch wykonawców bez zbadania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jest zbyt pobieżne.

Ponadto wątpliwości Izby co do należytego skalkulowania przez przystępującego ceny ofertowej wzbudziła kalkulacja przedstawiona przez odwołującego w odwołaniu. Obrazowała ona sposób budowania ceny w oparciu o dane wynikające z oferty przystępującego, przy poczynionych przez odwołującego założeniach. Przystępujący nie

wykazał natomiast aby założenia te były fałszywe. Nie przedstawił również własnego, choćby uśrednionego sposobu kalkulowania ceny.

W ocenie Izby omówione wyżej czynniki oraz kalkulacja, jaką przeprowadził w odwołaniu odwołujący budzą wątpliwości co do prawidłowego oszacowania ceny ofertowej przez przystępującego w takim stopniu, że zasadnym jest wniosek co do konieczności złożenia wyjaśnień przez przystępującego. Powyższe w żaden sposób nie przesądza czy przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską. Izba nie twierdzi też, że miał on obowiązek zastosować się do takiego sposobu kalkulowania ceny ofertowej, jaki zastosował odwołujący. Na powyższe wskazywał w swym piśmie procesowym przystępujący. Izba nie neguje również, że przystępujący niewątpliwie jest czołowym, drugim dostawcą usług telekomunikacyjnych w Polsce, którego przychody o rząd wielu wielkości przewyższają przychody, jakie uzyskać można realizując analizowane zamówienie publiczne. W ocenie Izby, w takiej sytuacji, dopuszczalna jest np. możliwość zastosowania ryczałtowej kalkulacji kosztów kontraktu, która uwzględniać będzie ogólną strategię biznesową wykonawcy. W granicach, jakie wyznaczają przepisy o ochronie konkurencji, elementem takiej kalkulacji mogłoby być przyjęcie i skalkulowanie średnich (zryczałtowanych) kosztów wykonania podobnej usługi w kraju. Odnosząc się do realiów analizowanej sprawy, czołowy dostawca usług telekomunikacyjnych przykładowo nie musiałby kalkulować rzeczywistych kosztów dostawy i montażu kabla światłowodowego do lokalizacji zamawiającego. Byłby uprawniony do zaoferowania stawek średnich (zryczałtowanych), choćby w danym konkretnym przypadku nie przewyższały one rzeczywistych kosztów dostawy. Tym niemniej jednak stawki i założenia na jakich były oparte, a także choćby uśredniony sposób kalkulowania ceny na tym konkretnym kontrakcie, wpisany w ogólną strategię wykonawcy, powinny być przedstawione Izbie w trakcie rozprawy. Tymczasem, pomimo iż zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp został przez odwołującego podniesiony, przystępujący nie przedstawił Izbie nawet uproszczonej kalkulacji, obrazującej choćby filozofię szacowania ceny w analizowanym postępowaniu. Tym samym nie został usunięty stan niepewności co do możliwości zaoferowania przez przystępującego ceny rażąco niskiej. Powyższe skłoniło Izbę do uwzględnienia odwołania i nakazania zamawiającemu wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów, mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Przechodząc do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, złożonej przez przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę Izba uznała ten zarzut za chybiony. Zgodnie z przywołanym wcześniej orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości niedopuszczalne jest automatyczne uznanie oferty za zawierającą cenę rażąco niską bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie uległo zaś

wątpliwości, że zamawiający nie wzywał jeszcze przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako przedwczesne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu.

W ocenie Izby niezasadnym okazał się również zarzut naruszenia art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie miało stanowić czyn nieuczciwej konkurencji. Stwierdzono bowiem, że odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania sformułowanego przez siebie zarzutu. Odwołujący wywodził w odwołaniu, że złożenie przez przystępującego oferty wyczerpuje znamiona określone w 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z przywołanym przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów ich zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Po pierwsze, odwołujący nie wykazał w sposób niebudzący wątpliwości, że przystępujący sprzedaje usługi poniżej kosztów ich wytworzenia. Minimalny poziom kosztów wytworzenia usług przez przystępującego nie jest znany. Ponadto nawet sprzedaż usług poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do uznania jej za czyn nieuczciwej konkurencji. Należy wykazać, że takim działaniem zamierza się utrudniać innym przedsiębiorcom dostęp do rynku czy też dążyć do ich eliminacji z niego. Innymi słowy sprzedaż usług poniżej kosztów własnych nie jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli odbywa się w celu innym niż wyeliminowanie konkurentów, np. związanym z trudnościami gospodarczymi, działaniami promocyjnymi itp. Dostrzeżenia wymaga, że istotą zamówień publicznych jest konkurowanie wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie tylko nie wykazał, ale nawet nie przywołał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o wystąpieniu ww. przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji, które odnoszą się do sfery motywacyjnej przystępującego. Nie zostało zatem wykazane, że przystępujący działał z zamiarem eliminacji odwołującego z rynku. Ponadto wątpliwości budzi, czy złożenie oferty przez przystępującego może w jakikolwiek sposób utrudnić odwołującemu dostęp do rynku telekomunikacyjnego, skoro odwołujący zajmuje na tym rynku pozycję dominującą (posiada 60% udziału w rynku usług telefonii stacjonarnej). W braku dowodu przeciwnego Izba stwierdziła, że działanie przystępującego nakierowane było na uzyskanie przez niego zamówienia, nie zaś na eliminację odwołującego z rynku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: