

Sygn. akt KIO 2277/14

WYROK

z dnia 14 listopada 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 listopada 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2014 r. przez **Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Przewozy Regionalne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża Polkomtel Sp. z o.o. 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 **Polkomtel Sp. z o.o.** na rzecz **Przewozów Regionalnych Sp. z o.o.** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Przewozy Regionalne Sp. z o.o. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługi telefonii komórkowej i bezprzewodowej transmisji danych*.

W dniu 31 października 2014 r. wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Orange Polska S.A., mimo że zawiera ona rażąco niską cenę, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożone zostały trzy oferty na zadanie nr 1: Orange z ceną 608.454,43 zł brutto, T-MOBILE Polska Sp. S.A. z ceną 1.086.300,58 zł brutto oraz Polkomtel Sp. z o.o. z ceną 2.055.536,64 zł brutto. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że na realizację zamówienia w zakresie zadania nr 1 zamierza przeznaczyć kwotę 3.80. 000,00 zł brutto. Zamawiający jako najkorzystniejszą wybrał dla realizacji zadania nr 1 ofertę Orange. Wyrokiem z dnia 14 października 2014 r. Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu unieważnić wybór oferty najkorzystniejszej oraz wezwać Wykonawców Orange i T- MOBILE do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferty złożone przez Orange i T-MOBILE zawierają rażąco niskie ceny. Zamawiający, działając zgodnie z wyrokiem KIO (sygn. 2140/2014), unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie zadania nr 1 i na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wezwał wykonawców Orange oraz T-MOBILE do udzielenia wyjaśnień, dotyczących zaoferowanych cen. Po ponownym zbadaniu ofert i złożonych wyjaśnieniach, Zamawiający dokonał wyboru oferty Orange jako oferty najkorzystniejszej dla realizacji zadania nr 1. Wobec zaniechania złożenia wyjaśnień przez T-MOBILE, Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 3 odrzucił jego ofertę.

Odwołujący wskazał również, że w odpowiedzi o udostępnienie protokołu postępowania otrzymał za pośrednictwem poczty elektronicznej kopię protokołu postępowania wraz z załącznikiem, w którym znajdowały się wyjaśnienia wykonawcy Orange, jednakże merytoryczna część tych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Pomimo braku możliwości zapoznania się z wyjaśnieniami złożonymi przez Orange w zakresie kalkulacji ceny, w ocenie Odwołującego, zachodzą uzasadnione wątpliwości, co do prawidłowości oceny przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez Orange dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę. Zdaniem Odwołującego, stan faktyczny w niniejszej sprawie, tj.

postanowienia SIWZ oraz treść oferty Orange, a w szczególności zaoferowane warunki cenowe za usługi telekomunikacyjne objęte przedmiotem zamówienia, nie dają podstaw do stwierdzenia, że możliwe jest wykonanie przedmiotowego zamówienia za cenę podaną w ofercie Orange, a tym samym, że Orange udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący podniósł, że specyfika przedmiotu zamówienia (tj. usług telekomunikacyjnych) polega na tym, że na kalkulację ceny oferty mają wpływ opłaty, jakie operatorzy zobowiązani są ponosić za zakańczanie połączeń w sieciach innych operatorów, tj. opłaty międzyoperatorskie – MTR (Mobile Termination Rate). Wpływ na kalkulację ceny mają opłaty MTR, jakie operator (Orange) zobowiązany jest ponosić za zakańczanie połączeń w innych sieciach niż jego własna, jak i przychody z tytułu opłat MTR ponoszonych przez innych operatorów za zakańczanie połączeń w jego sieci. Biorąc pod uwagę strukturę ruchu u Zamawiającego, czyli liczbę wykonywanych połączeń wychodzących i odbieranych połączeń przychodzących oraz zysk z tytułu opłat zaoferowanych przez Orange za pozostałe usługi będące przedmiotem zamówienia (poza połączeniami głosowymi oraz wiadomościami MMS), zdaniem Odwołującego nie jest możliwe wykazanie, że zaoferowana przez Orange cena zapewni należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez Orange jest błędna.

Odwołujący podniósł, że w raporcie finansowo-operacyjnym Orange za III kwartał 2014 r. (<http://www.orange-ir.pl/pl/node/11096>) na 9 stronie raportu podaje wskaźnik AUPU (Average Usage Per User), czyli średni na jedną kartę SIM ruch wychodzący abonenta Post-paid (abonamentowego) Orange w wysokości 299,01 minut miesięcznie. Bardzo ważna jest tendencja tego wskaźnika, który systematycznie rośnie z kwartału na kwartał, co raport wyraźnie pokazuje, co wynika m.in. z coraz bardziej popularnych ofert abonamentów ryczałtowych, zawierających nielimitowaną ilość połączeń głosowych i SMS-ów wysyłanych w kraju. Taka właśnie oferta (z abonamentem ryczałtowym) została złożona w tym postępowaniu. Pracownicy firm, korzystając z tego rozwiązania nie muszą już ponosić kosztów np. połączeń wykonanych w celach prywatnych, co znacząco zwiększa średnie użycie telefonu w miesiącu, oznacza to, że bez względu na wysokość użycia, klient płaci jedynie cenę miesięcznego abonamentu. Dalej Odwołujący wskazał, że z raportu UKE za 2013 r. (<http://www.uke.gov.pl/rynek-telekomunikacyjny-w-2013-r-14049#>) wynika udział poszczególnych operatorów w rynku telefonii mobilnej Polsce, gdzie T-MOBILE Polska posiadał udział 27%, Orange 26,9%, Polkomtel 24,8%, Play 18,8%, pozostali 2,5%. Odwołujący podał, na podstawie danych z raportu Orange za III kwartał 2014 r. oraz danych z raportu UKE za 2013 r., że średnio użytkownik telefonu Zamawiającego wykona około 150

minut miesięcznie do sieci obcych, poza sieć macierzystą Orange. Wskazał, że Polkomtel aktualnie świadczy usługę Zamawiającemu i jednoznacznie stwierdza, że te dane są zgodne z danymi z systemu bilingowego Polkomtel. co świadczy o bardzo trafnej i rzetelnej analizie, zgodnej z ogólnodostępnymi danymi. Z tych 299 minut z raportu Orange 100 minut zostało odjęte, jako ruch między pracownikami Zamawiającego, a 75.2 % pozostałego ruchu to ruch do sieci obcych, co daje ilość 150 minut wykorzystanych do wyliczeń kosztów MTR dla Orange. Ponadto przyjęty przez Odwołującego ruch może wzrosnąć lawinowo, ponieważ Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał zaoferowania abonamentu, w ramach którego będzie mógł wykonywać Nielimitowane połączenia (nieograniczoną ilość połączeń głosowych i SMS-ów w ramach jednej opłaty abonamentowej). Zatem koszt związany z opłatą międzyoperatorską z tego tytułu może znacznie wzrosnąć w okresie wykonywania umowy, zwłaszcza że Zamawiający dotychczas nie korzystał z tego rodzaju ryczałtowego abonamentu.

Dodatkowo, na koszty jakie będzie musiał ponieść każdy potencjalny wykonawca składają się opłaty MTR z tytułu wysyłania wiadomości MMS do sieci innych operatorów niż własna. Stawka MTR za wysłanie jednej wiadomości MMS wynosi 0,30 zł netto (za 100 kB) i jest ustalana dla wszystkich operatorów przez Prezesa UKE.

Zdaniem Odwołującego, minut do sieci innych niż Orange nie można kupić taniej niż za 0,0429 zł netto. Jest to cena regulowana i stała dla całego rynku telefonii komórkowej w Polsce, zwana stawką MTR. To stawka opłaty hurtowej za zakończenie połączenia telefonicznego w ruchomej sieci telefonicznej innego operatora. Jest to opłata, jaką uiszcza operator telefoniczny sieci, z której jest wykonywane połączenie operatorowi innej sieci, do której to połączenie jest przekazywane (w której jest zakończone). W Polsce stawki MTR są regulowane przez Prezesa UKE, stąd koszt tych połączeń jest stały dla wszystkich uczestników rynku. Podobnie ma się sprawa z wiadomościami MMS, których Zamawiający zamówił w tym postępowaniu w ilości 672.000 sztuk dla wszystkich kart SIM, gdzie koszt wysłania jednej wiadomości MMS do obcej sieci wynosi 0,30 zł netto.

Odwołujący wskazał, że formularz ofertowy składa się z 13 elementów, których sumaryczny koszt składa się na cenę oferty. Zamawiający wskazał w tabeli ofertowej 130.080 sztuk abonamentów głosowych w trakcie trwania umowy, czyli dla 24 miesięcy, daje nam to 5.420 karty SIM miesięcznie do analizy ceny oferty. Ponadto Zamawiający wskazał 672.000 wiadomości MMS, jakie zamierza wysłać do obcych sieci komórkowych w Polsce. Zatem koszt MTR, jaki należy zapłacić w trakcie świadczenia usługi przez Orange innym operatorom to 837.064,80 zł ($24 \times 5.420 \times 150 \times 0,0429$ zł). Natomiast koszt wysyłania MMS przez Orange innym operatorom to 201.600,00 zł ($672.000 \times 0,30$ zł). Całkowity koszt minut

i MMS wyniesie 1.038.664,80 zł netto, co daje 1.277.557,70 zł brutto. Cena oferty Orange to ponad dwukrotnie mniej niż wyliczone powyżej koszty wyłącznie dwóch elementów oferty.

Odwołujący podniósł ponadto, że wskazane powyżej koszty świadczenia usług nie mogą być zbilansowane przez przychód z pozostałych usług objętych przedmiotem zamówienia. Wynika to choćby z faktu, że suma kosztów z tytułu opłat MTR za wykonywanie połączeń i za wysyłanie wiadomości MMS przewyższa cenę oferty o 669.103,27 zł brutto. Poza tym, cena oferty Orange stanowi zalewie 16 % kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w zadaniu 1 (tj. 3.800.000,00 zł brutto) i zaledwie 29 % ceny oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że operator oczywiście otrzymuje ruch przychodzący na karty SIM własnej sieci, za który pobiera stawkę MTR od innych sieci dzwoniących na te karty. To jedyne potencjalne źródło przychodów w tym zamówieniu. Ruch przychodzący zależy od branży, w jakiej działa dana firma, w branżach handlowych czy usługowych ten ruch jest wyższy niż np. w firmach przemysłowych. W przypadku Zamawiającego gros tego ruchu zamyka się wewnątrz grupy jego numerów. Pozostały ruch przychodzący jest na poziomie 35% ruchu wychodzącego, co oznacza, że nie ma możliwości zbilansowania kosztów świadczenia usług przez przychód z ruchu przychodzącego. Polkomtel, jako operator dotychczas świadczący usługi telekomunikacyjne na rzecz Zamawiającego, dokonał analizy odbieranego ruchu (przychodzącego) na kartach SIM wykorzystywanych przez Zamawiającego. Analiza obejmowała ruch otrzymany na przestrzeni ostatnich 12 miesięcy. Wynik jest jednoznaczny – przychód z ruchu przychodzącego nie pokryje kosztów MTR, nie mówiąc o zyskach.

W ocenie Odwołującego, przychód z ruchu przychodzącego do sieci Orange to główny i podstawowy element wyjaśnień złożonych Zamawiającemu. Powszechnie dostępne i obiektywne dane, jakie zostały przyjęte za podstawę powyższej analizy (pochodzące z raportów Orange, do których sporządzania Orange jest zobligowany, jako spółka publiczna obecna na GPW oraz Urzędu Komunikacji Elektronicznej, organu regulującego rynek telekomunikacyjny w Polsce) dowodzą, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień Orange nie mogła być prawidłowa. Przesądza o tym choćby już sam fakt, że koszty jedynie dwóch z trzynastu elementów z formularza cenowego prawie dwukrotnie przewyższają cenę oferty Orange.

W konsekwencji należy uznać, że ocena wyjaśnień Orange dokonana przez Zamawiającego jest błędna i narusza art. 90 ust. 2 i 3 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że uzasadnione wątpliwości budzi zaniechanie Zamawiającego udostępnienia Odwołującemu (wraz z protokołem postępowania przesłanym

Odwołującemu w dniu 27 października 2014 r.) merytorycznej części wyjaśnień złożonych przez Orange, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, która została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Zdaniem Odwołującego, koszty związane z wykonaniem zamówienia (stawki MTR) są powszechnie znane, a przedmiot zamówienia nie obejmuje sprzętu, którego ceny detaliczne mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa. Zaniechanie udostępnienia Odwołującemu tych wyjaśnień negatywnie oddziałuje na możliwość kwestionowania przez Odwołującego czynności i zaniechań w postępowaniu i narusza art. 8 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku gdy Izba uzna, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez Orange nie było zasadne Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienie Odwołującemu wyjaśnień i dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania nr 1, odrzucenia oferty Orange w zakresie zadania nr 1 oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

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, co następuje:

Przedmiot zamówienia został podzielony na dwa zadania:

- Zadanie nr 1 - Usługi telefonii komórkowej w ramach sieci telefonii komórkowej obejmujące usługi głosowe, tekstowe (SMS/MMS) oraz usługi mobilnego dostępu do Internetu.
- Zadanie nr 2 - Usługi bezprzewodowej transmisji danych

Zgodnie z SIWZ, przy obliczeniu ceny oferty należało przyjąć m.in. następujący wolumen usług: abonamenty głosowe w liczbie 130.080, wiadomości MMS w liczbie 672.000.

Wartość szacunkowa zamówienia na zadanie nr 1 została ustalona na kwotę 3.377.820,00 zł netto. Według informacji zamieszczonej w protokole postępowania, podstawą ustalenia wartości zamówienia była aktualna umowa. Podana przez

Zamawiającego przed otwarciem ofert kwota, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w zakresie zadania nr 1 to 3.800.000,00 zł.

W wyznaczonym terminie złożone zostały trzy oferty na zadanie nr 1:

- Orange Polska S.A. z ceną 608.454,43 zł,
- T-Mobile Polska S.A. z ceną 1.086.300,58 zł,
- Polkomtel Sp. z o.o. z ceną 2.055.536,64 zł.

Wyrokiem z dnia 16 października 2014 r. (sygn. akt KIO 2041/14) Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o., nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie wezwania wykonawców Orange Polska S.A. oraz T-Mobile Polska S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 17 października 2014 r. Zamawiający unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty i skierował do wykonawców Orange Polska S.A. i T-Mobile Polska S.A. wezwanie o treści: *Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy (...), w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się o udzielenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej przez Państwa ceny w ofercie złożonej na Zadanie nr 1. Zamawiający oceniając wyjaśnienia, będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki.*

Wykonawca Orange Polska S.A. złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, że cena jego oferty *nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest realna oraz uwzględnia wszelkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia.* Wykonawca zwrócił uwagę, że sama rozbieżność między ceną ofertową, a wartością szacunkową zamówienia, choć może stanowić podstawę do wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, to nie stanowi podstawy do uznania, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Ocena, czy cena oferty jest rażąco niska, dokonywana jest w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie w odniesieniu do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wykonawca wskazał, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, jeśli jest niewiarygodna lub nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień lub wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia. Wykonawca oświadczył, że w stosunku do jego oferty nie zachodzi żadna z powyższych przesłanek. Szczegółowe informacje dotyczące ceny oferty Przystępujący przedstawił w załączniku, który zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca wskazał, że przedstawione w nim informacje mają wartość gospodarczą, zawierają bowiem

informacje stanowiące know-how przedsiębiorcy w zakresie przygotowywania ofert, które wykonawca uzyskał w toku długoletniej działalności na rynku usług telekomunikacyjnych i którego ujawnienie dałoby konkurencyjnym podmiotom przewagę rynkową z uwagi na możliwość zweryfikowania i oceny poprawności swojego podejścia do kalkulacji ofert, jak również do przygotowania swoich ofert z uwzględnieniem wiedzy na temat sposobu, w jaki są przygotowywane ofert, co utrudniłoby wykonawcy uzyskanie zamówień w przyszłości. Przystępujący oświadczył, że zastrzeżone informacje nie były ujawnione do publicznej wiadomości, a jednocześnie wykonawca podjął wobec nich niezbędne działania mające na celu zachowanie ich w poufności. Oświadczył, że informacje są chronione zgodnie z wewnętrznymi procedurami ochrony informacji obowiązującymi w Orange Polska S.A.

W dniu 21 października 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty Orange Polska S.A. Zamawiający odrzucił ofertę T-MOBILE na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ze względu na niezłożenie przez tego wykonawcę wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, który złożył ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu spośród ofert nieodrzuconych – 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 nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, odrzuceniu podlega oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a więc cenę pozostającą w rażącej dysproporcji do świadczenia, które oferuje wykonawca i jest nierealna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie jest zatem wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena bardzo znacząco różni się od wartości zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Musi to być cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia. Zatem ocena tej okoliczności powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych. W tym przypadku oceny należało dokonać z uwzględnieniem specyfiki usług telefonii komórkowej. Są to bowiem usługi będące szczególnym rodzajem zamówienia, w przypadku którego zauważalne jest systematyczne obniżanie wynagrodzenia operatorów, a dodatkowo przychodów wykonawcy nie stanowi

jedynie jego wynagrodzenie za realizację usługi (jak to ma miejsce w przypadku robót budowlanych, dostaw czy większości usług), wykonawca uzyskuje bowiem przychody z tytułu opłat międzyoperatorskich uiszczanych za połączenia przychodzące z innych sieci. Ponadto są to usługi, których wykonanie nie wymaga ze strony wykonawcy ponoszenia żadnych szczególnych nakładów czy inwestycji, poza obowiązkiem ponoszenia kosztów opłat MTR za połączenia i wiadomości wychodzące do sieci obcych.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Przystępującego przedstawiały sposób kalkulacji ceny, który potwierdził jej realność. Przystępujący przedstawił, w oparciu o wysokość opłat międzyoperatorskich, obliczenie zakładanych kosztów realizacji zamówienia i wysokość prognozowanych przychodów z połączeń przychodzących, potwierdzających możliwość wykonania zamówienia z zyskiem dla wykonawcy. Wyjaśnienia te należy uznać za szczegółowe, zwłaszcza w porównaniu do stopnia ogólności wezwania, jakie Zamawiający skierował w dniu 17 października 2014 r. do Przystępującego, bez sformułowania żadnych konkretnych pytań dotyczących ceny oferty, jej poszczególnych składników, sposobu kalkulacji, itp. oraz bez sprecyzowania swoich wątpliwości wymagających wyjaśnienia. Zdaniem Izby, na podstawie udzielonych wyjaśnień Zamawiający uprawniony był do uznania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się natomiast do tez prezentowanych przez Odwołującego, po pierwsze wskazać należy, że Odwołujący powołał się na różnicę między ceną oferty Przystępującego, a wartością szacunkową zamówienia i ceną oferty Odwołującego, które to różnice mogą być jedynie wskazówką, jaką należy uwzględnić oceniając zasadność wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (kwestia ta była przedmiotem rozstrzygnięcia Izby we wcześniejszym postępowaniu odwoławczym). Natomiast proste porównanie tych wartości nie może samo w sobie stanowić argumentu przesądzającego o wystąpieniu rażąco niskiej ceny.

Po drugie, wyliczeń przedstawionych w odwołaniu, mających wskazywać na niemożliwość wykonania zamówienia bez poniesienia straty, nie można uznać za rzetelne. Odwołujący przedstawił (zmienione przez Odwołującego podczas rozprawy rozprawie, w stosunku do wyliczeń zamieszczonych w odwołaniu) wyliczenie kosztów, które poniesie wykonawca z tytułu opłat MTR za połączenia głosowe do sieci obcych oraz za wysyłanie wiadomości MMS do sieci obcych, nie obliczył natomiast przychodów uzyskiwanych z połączeń przychodzących, wskazując jedynie, że stanowią one będą – jego zdaniem – jedynie 35% ruchu wychodzącego. Odwołujący wskazał, że z jego doświadczeń przy realizowaniu usług na rzecz Zamawiającego wynika, iż połączenia wewnętrzne Zamawiającego to 100 minut miesięcznie na jedną kartę SIM (i taką wartość przyjął do obliczeń), jest to jednak twierdzenie gołosłowne, mimo że Odwołujący miał możliwość

przedłożenia dowodów potwierdzających ruch połączeń wewnętrznych, bowiem obecnie realizuje usługi na rzecz Zamawiającego. Ponadto, z faktu, że Orange obsługuje 26,9 % rynku, Odwołujący wywiódł, że 73,1 % połączeń będą to połączenia wychodzące poza Orange. Nie wykazał jednak, że udział w rynku ma przełożenie wprost na liczbę połączeń dokonywanych w obrębie sieci macierzystej i poza nią, bez względu na charakter podmiotu korzystającego z usług i rodzaj prowadzonej przez niego działalności.

Dodatkowo, w przedstawionych w odwołaniu oraz na rozprawie obliczeniach, mających dowodzić rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, Odwołujący w ogóle nie uwzględnił przychodów wykonawcy z przychodzących wiadomości MMS. Z kolei przy obliczeniu kosztów związanych z obsługą wiadomości MMS Odwołujący nie wziął pod uwagę ujętego w ofercie wynagrodzenia wykonawcy za każdą wiadomość MMS (0,10 zł).

Ponadto, przedstawiając obliczenie kosztów, jakie wykonawca poniesie z tytułu uiszczania opłat MTR za połączenia wychodzące do sieci obcych, Odwołujący przyjął uśrednioną liczbę połączeń wychodzących do sieci obcych przedstawioną w raporcie bieżącym Orange za III kwartał 2014 r., który przedstawia statystykę ogólną, nie zaś statystykę dotyczącą klientów biznesowych. Tymczasem rodzaje i liczba generowanych połączeń ściśle wiążą się z rodzajem podmiotu korzystającego z usług telefonii komórkowej. Odwołujący, z uwagi na fakt, że sam od lat realizuje usługi na rzecz Zamawiającego, miał możliwość przedstawienia danych statystycznych dotyczących tego konkretnego Zamawiającego (i ich udowodnienia). Obrazowałoby to ruch generowany przez Zamawiającego zarówno w zakresie połączeń wychodzących, jak i przychodzących. Natomiast oparcie obliczeń na danych uśrednionych, nieuwzględniających rodzaju klienta, podaje w wątpliwość rzetelność tych wyliczeń.

W ocenie Izby Odwołujący, mimo że nie znał treści wyjaśnień Przystępującego, miał możliwość wykazania kosztów ponoszonych przez wykonawcę usług na rzecz tego Zamawiającego, dysponował bowiem własnymi danymi dotyczącymi ruchu telefonicznego u Zamawiającego, których to danych nie ujawnił. Odwołujący nie wykazał swoich twierdzeń w zakresie, w jakim mógł to uczynić mimo utajnienia wyjaśnień.

Biorąc powyższe pod uwagę, brak było podstaw do uznania zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego za zasadny.

Izba podzieliła natomiast stanowisko Odwołującego co do nieuzasadnionej odmowy ujawnienia złożonych przez Przystępującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W ocenie Izby brak było podstaw do zastrzeżenia tych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie zawierają one bowiem informacji mogących podlegać ochronie. Wyjaśnienia obejmują jawne informacje przedstawione SIWZ, w ofercie

Przystępującego oraz informacje o jawnych i dostępnych wszystkim stawkach opłat międzyoperatorskich, a wskazanie w wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny poległo głównie na przedstawieniu działań matematycznych, tj. na przemnożeniu liczby usług, zakładanej liczby połączeń wychodzących i przychodzących oraz kosztów MTR (lub przychodów z MTR). Jedynymi informacjami przyjętymi do kalkulacji ceny, które nie wynikają wprost z SIWZ lub oferty Przystępującego, ani nie dotyczą wysokości opłat MTR, są informacje o prognozowanej liczbie połączeń czy wysyłanych lub otrzymywanych wiadomości. Tymczasem dane dotyczące ruchu generowanego przez klientów Przystępującego są publikowane w jawnym raporcie finansowo-operacyjnym wykonawcy. Dane te nie zawierają co prawda podziału na grupy klientów i nie przedstawiają informacji o połączeniach wykonywanych i odbieranych przez klientów biznesowych, niemniej jednak Przystępujący nie wykazał, dlaczego akurat statystyka dotycząca połączeń wykonywanych przez klientów biznesowych stanowi wartość gospodarczą, której ujawnienie może narazić przedsiębiorcę na szkodę. Przystępujący nie uzasadnił, na czym polega wartość gospodarcza tych informacji. Podobnie, w odniesieniu do informacji o możliwym do osiągnięcia zysku, Przystępujący nie wykazał istnienia ustawowych przesłanek wyłączenia jawności i nie przedstawił uzasadnienia swojego stanowiska.

Ogólne deklaracje, że wyjaśnienia zawierają know-how przedsiębiorcy są niewystarczające, aby uznać zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa za uzasadnione w świetle art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tymczasem to na wykonawcy żądającym wyłączenia jawności dokumentu ciąży obowiązek wykazania istnienia wszystkich przesłanek uzasadniających takie wyłączenie. W niniejszej sprawie Przystępujący tych przesłanek nie wykazał, a Zamawiający, odmawiając udostępnienia tych wyjaśnień Odwołującemu, naruszył przepisy art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp.

Niemniej jednak podzielenie stanowiska Odwołującego w powyższym zakresie nie może prowadzić – w świetle art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – do uwzględnienia odwołania. Odtajnienie i udostępnienie części ww. informacji, które nie mają charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa obecnie nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Izba wzięła pod uwagę, że Odwołujący, pomimo iż nie znał treści wyjaśnień, zdecydował się we wniesionym odwołaniu podnieść zarzut rażąco niskiej ceny. Zatem nawet nakazanie Zamawiającemu odtajnienia tych wyjaśnień nie może przynieść zmiany wyniku postępowania, tj. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Analiza wyjaśnień może bowiem służyć jedynie ocenie wystąpienia w ofercie Przystępującego rażąco niskiej ceny, a w tym zakresie Izba wypowiedziała się już w niniejszym wyroku, zaś ewentualne odwołanie oparte na tych samych okolicznościach faktycznych podlegałoby odrzuceniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a i art. 192 ust. 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).

Przewodniczący: