

Sygn. akt: KIO 2667/10

WYROK
z dnia 23 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Multimedia Polska Sp. z o.o., 81-341 Gdynia, ul. Tadeusza Wendy 7/9** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komendę Wojewódzką Policji, 70-515 Szczecin, ul. Małopolska 47** przy udziale **Telekomunikacja Polska S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Multimedia Polska Sp. z o.o., 81-341 Gdynia, ul. Tadeusza Wendy 7/9 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Multimedia Polska Sp. z o.o., 81-341 Gdynia, ul. Tadeusza Wendy 7/9.**

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonii stacjonarnej w jednostkach Policji woj. Zachodniopomorskiego. Zamawiający przewidział możliwość podziału zamówienia na części (zadania). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 07 sierpnia 2010 r. pod numerem 2010/S 152-235238.

W dniu 06.10.2010 r. Zamawiający zawiadomił Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty dla każdej części zamówienia, w zakresie części I zadanie nr 1 - Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy - Telekomunikacja Polska SA.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się Wykonawca Multimedia Polska SA (Odwołujący) i wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie artykułów: 7, 90 ust. 1 i art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności zwrócił uwagę na fakt, iż Zamawiający powinien był zwrócić się do Wykonawcy Telekomunikacja Polska SA o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty w części 1/zadania nr 1, mających wpływ na wysokość ceny, a w szczególności wyjaśnień w sprawie elementu oferty dotyczącego zaoferowania przez Wykonawcę Telekomunikacja Polska SA ceny w wysokości 0,01 zł w tym 22 % VAT za 1 minutę połączenia do sieci komórkowych. Po rozpoznaniu środka odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 27 listopada 2010r. w sprawie o sygn. akt KIO 2240/10 uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny ofert zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, unieważniając jednocześnie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 06.10.2010 r.

Zamawiający w dniu 22 listopada 2010 r. zwrócił się do wykonawcy Telekomunikacja Polska SA o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca Telekomunikacja Polska SA złożył wyjaśnienia. W wyjaśnieniach tych wykonawca Telekomunikacja Polska SA przedstawił spodziewany roczny przychód z tytułu wykonywania usługi określonej w zadaniu nr 1, w wysokości 104734,68 zł w rozbiciu na poszczególne rodzaje połączeń. Nadmienił także, iż w przypadku oferty Odwołującego – Wykonawcy Multimedia Polska SA roczny przychód wyniósłby 117910,20 zł. W wyjaśnieniach podkreślił, iż „Telekomunikacja Polska SA uzyska dodatkowy, nieujęty w ofercie przychód z tytułu opłat międzyoperatorskich. Przy ocenie prawidłowości kalkulacji ceny oferty trzeba uwzględnić również fakt, że TP SA jest firmą telekomunikacyjną, która posiada rozbudowaną infrastrukturę komunikacyjną obejmującą sieć miejską. TP SA posiada pełną infrastrukturę w lokalizacji Zamawiającego dla części I przedmiotowego zamówienia (pozytywne warunki techniczne), co powoduje, że przy uruchomieniu usługi nie będą konieczne nakłady finansowe. Posiadanie własnej

infrastruktury w lokalizacji Zamawiającego pozwala na zaproponowanie atrakcyjniejszej ceny. Innii wykonawcy muszą, albo stworzyć infrastrukturę, albo skorzystać z hurtowego dostępu do linii (WLR), co zwiększa po ich stronie koszty świadczenia usług.”

Wykonawca Telekomunikacja Polska SA w treści przedmiotowych wyjaśnień zwrócił także uwagę na fakt, iż „... ceny usług oferowane przez operatorów telekomunikacyjnych dużym zamawiającym publicznym są wielokrotnie niższe niż ceny rynkowe. Ceny zaoferowane w niniejszym postępowaniu są niższe od cen określonych w cennikach, ale (...) oferty dedykowane dla zamawiających publicznych przewidują wielokrotnie niższe ceny za połączenia niż cenniki usług dla nieokreślonych abonentów.”

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Wykonawcy Telekomunikacja Polska SA.

Z rozstrzygnięciem Zamawiającego nie zgodził się Wykonawca Multimedia Polska SA, który wniósł w dniu 10.12.2010r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, iż przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na Część I/Zadanie nr 1 zamówienia działał niezgodnie z przepisami ustawy Pzp i naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp na skutek nie odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla części 1 /Zadania nr 1 oraz nakazanie Zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego, a także o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Zdaniem Odwołującego decyzja Zamawiającego dokonana została z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 PZP.

Odwołujący wywodził, że na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest rażąco niska. Zaś w ocenie Odwołującego, przedmiotowe wyjaśnienia są ogólnikowe, nie poparte żadnymi dowodami, zdawkowe, zawierają stwierdzenia nieumotywowane i nie można uznać, aby były przekonujące i wiarygodne. Ponadto Odwołujący wskazał na fakt, iż w wyjaśnieniach Telekomunikacja Polska S.A. odnosiła się wyłącznie do ceny oferty rozumianej jako całość nie odnosząc się w żaden sposób do żądania Zamawiającego wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący wskazał także na brak w wyjaśnieniach złożonych przez Telekomunikację Polską SA poparcia jakimikolwiek dowodami złożonych oświadczeń.

Odwołujący podniósł również argument, iż Telekomunikacja Polska S.A. będzie musiała ponieść pewien koszt na dobudowanie niezbędnej części infrastruktury w celu połączenia istniejącej z siedzibą Zamawiającego, gdyż nie jest prawdą, że Telekomunikacja Polska SA posiada w lokalizacji Zamawiającego swoją infrastrukturę.

Odwołujący podniósł także, że oferta Telekomunikacji Polskiej S.A. powinna podlegać odrzuceniu również ze względu na fakt, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Jak wyjaśnił Odwołujący, podmiotowi posiadającemu pozycję dominującą nie wolno jej nadużywać. Nadużyciem zaś pozycji dominującej jest tzw. skrośne subsydiowanie. W niniejszym postępowaniu, zdaniem Odwołującego, mamy do czynienia z próbą subsydiowania usług na połączenia do sieci telefonii komórkowych, przychodami uzyskiwanymi z połączeń lokalnych i strefowych, na którym to rynku, Telekomunikacja Polska S.A. posiada pozycję dominującą. Telekomunikacja Polska S.A. realizując usługę połączeń do sieci komórkowych (których wartość wyceniła na poziomie 0,01 brutto za minutę) będzie ponosiła znaczne straty, które może rekompensować zyskiem uzyskiwanym z innych usług telekomunikacyjnych. Próba zaś subsydiowania jednych usług kosztem drugich, mająca na celu eliminację konkurencji, jest nadużyciem pozycji posiadanej przez Telekomunikację Polską S.A. a tym samym stanowi naruszenie przepisów ustawy o uokik.

Zdaniem Odwołującego, ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji mówi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem, a skrośne subsydiowanie usług przez podmiot posiadający pozycję dominującą jest sprzeczny z prawem, to złożenie przez Telekomunikację Polską S.A. oferty o takiej a nie innej treści stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, zatem przedmiotowa oferta odrzucona.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. W ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania.

Zamawiający wyjaśnił, iż określając potrzeby w zakresie świadczenia usług telefonii stacjonarnej, opierał się na ofertach dostępnych na rynku telekomunikacyjnym oferowanych przez operatorów i zdecydował, że dla prawidłowego funkcjonowania struktur Zamawiającego niezbędny jest zakup usług telefonii stacjonarnej w zakresie połączeń: lokalnych i strefowych, do sieci komórkowych, międzystrefowych oraz międzynarodowych. Każdy rodzaj połączenia musi być dostarczany do siedziby zamawiającego przez jednego operatora (nie może być operatora innego do połączeń międzynarodowych, innego na połączenia do telefonii komórkowej i innego na połączenia do telefonii stacjonarnej). W związku z tym Zamawiający potraktował świadczenie poszczególnych usług jako jedną całość i dlatego nie oceniał poszczególnych elementów złożonych ofert. Powyższą interpretację wymusiły, także czynniki techniczne, gdyż wyspecyfikowana usługa telekomunikacyjna będzie realizowana przy wykorzystaniu dwóch łącz cyfrowych PRA 30B+D, skonfigurowanych jako

jedną całość. Wszystkie rodzaje wymienionych w SIWZ połączeń, będą dostarczane za pośrednictwem w/w rozwiązania technicznego.

Zamawiający wyjaśnił także, iż uwzględniając powyższe, przy dokonywaniu oceny złożonych przez oferentów wyjaśnień, brał pod uwagę przede wszystkim całkowity sumaryczny przychód (koszt oferty) operatora wynikający z przemnożenia ilości średnio miesięcznie generowanych minut w poszczególnych grupach połączeń przez stawki podane w ofertach w stosunku do szacowanej wartości zamówienia.

Jak podkreślał Zamawiający, ceną jest wartość, którą należy uiścić za daną usługę, a nie tylko jej część. Cena znajdzie odzwierciedlenie na fakturze, na której widnieć będzie wartość, którą Zamawiający będzie obowiązany uiścić w całości, a nie jedynie za konkretną część, czyli np. za same połączenia komórkowe. Pojęcia ceny nie można rozpatrywać w oderwaniu od całego przedmiotu zamówienia, czy też poszczególnych części usługi /zadań/, które dopiero w połączeniu tworzą jedną całość. Ceną nie jest zatem wartość jednostkowa samych połączeń do sieci komórkowych, gdyż oferta dotyczy także innych rodzajów połączeń telefonii w ramach tego samego postępowania.

Zamawiający zwrócił uwagę, iż powszechną praktyką przedsiębiorstw w segmencie rynku usług telekomunikacyjnych, jest proponowanie warunków realizacji oferty niemalże zawsze na warunkach dużo bardziej korzystnych, niż w przypadku pojedynczego klienta (np. osoby fizycznej, nie prowadzącej działalności gospodarczej). Proponowanie niższej ceny za usługę w przypadku większego zamówienia, zrekompensuje różnicę pomiędzy ceną za daną usługę proponowaną dla klienta zgłaszającego zapotrzebowanie na mniejsze zamówienie.

Liczne przedsiębiorstwa telekomunikacyjne proponują ceny połączeń za 1 gr, a nawet zupełnie za darmo dla określonego grona osób, z którymi kontrahent (użytkownik) utrzymuje stały kontakt telefoniczny, rekompensując jednocześnie brak korzyści za daną usługę, inną usługą. Dopiero w połączeniu ze wszystkimi usługami w ramach jednej umowy kształtuje się cena, która przedstawia wartość satysfakcjonującą operatora. Praktyki takie są konsekwencją mechanizmów rynkowych i wolnej konkurencji.

Ponadto Zamawiający dokonał wyliczeń wg, których prognozowany przychód poszczególnych wykonawców wyniósłby rocznie:

- Telekomunikacja Polska S.A.: 104.734,68 zł. brutto.
- Multimedia Polska S.A.: 117.910,20 zł brutto.

Różnica procentowa w stosunku do założonej (szacowanej) przez Zamawiającego wartości zamówienia tj. 212.078,71 zł. Brutto, wynosi w przypadku:

1. TPS.A. -49,38%;

2. Multimedia Polska S.A. -55,60%.

Zamawiający podkreślił, iż z jego wyliczeń wynika, że złożona przez TP SA oferta jest procentowo niższa od oferty Multimedia Polska SA tylko o 11,17 %, co jego zdaniem oznacza, że są one pod względem kalkulacji cenowej do siebie zbliżone.

Zdaniem Zamawiającego, nie można także uznać za trafny argument skarżącego, iż nie odrzucenie oferty ze względu na treść art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w brzmieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 13 grudnia 2010 r. przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił Wykonawca – Telekomunikacja Polska SA

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych. W przypadku potwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego wskazanych wyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący miałby możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego przez Zamawiającego i Przystępującego. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, a w treści wyjaśnień – Wykonawca Telekomunikacja Polska SA przedstawił szczegółowe wyliczenie w zakresie zaoferowanych opłat/cen za połączenia w oparciu o dane przedstawione przez Zamawiającego. Z wyliczeń tych wynika, iż różnica w zaoferowanej przez odwołującego i przystępującego cenie za całość zamówienia wynosi około 11 procent. Zatem trudno jest przyjąć, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę Telekomunikacja Polska SA jest ceną znacząco odbiegającą od cen złożonych ofert, a tym samym rażąco niską.

Izba stoi na stanowisku, iż ocenie podlega cena za całość zamówienia. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż zamówienie obejmuje świadczenie usług telefonii stacjonarnej. Zamawiający podzielił wprawdzie zadanie na części, jednak części te zostały wyodrębnione ze względu na lokalizację jednostek Zamawiającego, nie zaś ze względu na

rodzaj połączenia telefonicznego. Co więcej, w treści SIWZ, w rozdziale dotyczącym sposobu oceny ofert, Zamawiający zapisał: „Jako najkorzystniejsza wybrana zostanie oferta, która uzyska największą liczbę punktów”. Zamawiający ocenie poddawał punktację po zsumowaniu punktów przyznanych poszczególnym częściom dotyczącym różnych rodzajów połączeń, zatem oceniał cenę łączną dla całego zamówienia. Trudno także zgodzić się z argumentacją Odwołującego, że Zamawiający zrezygnuje z wszelkich rodzajów połączeń, poprzestając jedynie na połączeniach do sieci komórkowych. Trudno wyobrazić sobie taką sytuację, w szczególności, chociażby rezygnację w zakresie połączeń międzynarodowych, a także z uwagi na profil działalności Zamawiającego.

Na uwagę zasługuje także fakt, że sam Odwołujący przyznał, iż rynek telekomunikacyjny ukształtował się w ten sposób, iż ceny za połączenia do sieci komórkowych mogą wynosić 1 grosz. Sytuacja taka może nastąpić, gdy obok opłat za połączenia operator – przedsiębiorca telekomunikacyjny pobiera równocześnie opłaty za inne usługi, np. opłatę abonamentową. W niniejszym postępowaniu przedmiot zamówienia składa się z kilku różnych usług połączeń telefonicznych. Zatem, w niniejszej sprawie również możemy mówić o usługach towarzyszących, które tworzą jedną całość (w ramach całości przedmiotu zamówienia), także pod względem kosztów i przychodu.

Izba dała także wiarę argumentacji Przystępującego, zawartej zarówno w złożonych wyjaśnieniach na wezwanie Zamawiającego, jak również w trakcie rozprawy, z których wynika, iż koszt związany z wdrożeniem usługi nie będzie wymagał wysokich nakładów inwestycyjnych. Izba dała wiarę wyjaśnieniom Przystępującego, iż Telekomunikacja Polska SA posiada pełną infrastrukturę w lokalizacji Zamawiającego. Powyższe potwierdził także w trakcie rozprawy Zamawiający, przyznając, iż TP SA posiada infrastrukturę – bezpośrednie połączenie z siedzibą główną Zamawiającego, tj. posiada jedno łącze. Takie rozwiązanie zostało podyktowane względami bezpieczeństwa, gdyż Zamawiający ma obowiązek zapewnienia wykonywania połączeń telefonicznych poprzez innego operatora w razie awarii u operatora będącego głównym dostawcą usług telekomunikacyjnych. Przystępujący wyjaśnił, iż w tej sytuacji, w związku z pozytywnymi warunkami technicznymi w jednostce zamawiającego w zakresie infrastruktury połączenia, ewentualne świadczenie usługi przez Przystępującego na rzecz Zamawiającego wymagałoby jedynie dokonania czynności przełączenia i przeniesienia numerów telefonów.

W zakresie zarzutu nieodrzczenia oferty Wykonawcy Telekomunikacja Polska SA w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 Izba uznała, iż powyższy zarzut jest spóźniony. Zarzut ten Odwołujący winien był sformułować w treści pierwszego odwołania jako podstawę do odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tymczasem w pierwszym odwołaniu Odwołujący sformułował jedynie zarzut naruszenia przez zamawiającego zasady

uczciwej konkurencji, czyli zasady prowadzenia przez zamawiającego prowadzenia postępowania. Nie jest to jednak zarzut dotyczący złożenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Także zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny, o którym mówi art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest tożsamy z zarzutem w zakresie art. 89 ust 1 pkt 3.

Na marginesie Izba zauważa, że Odwołujący powoływał się na naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy O ochronie konkurencji i konsumentów. Ustawa Prawo zamówień publicznych, w artykule 89 ust. 1 pkt 3 przewiduje możliwość odrzucenia oferty jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Artykuł ten powołuje się zatem na przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie wspomina zaś o ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. Izba zwraca także uwagę na fakt, iż zarówno w odwołaniu, jak i w trakcie rozprawy Odwołujący nie podał podstawy prawnej, nie wskazał przepisu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który w jego ocenie, został naruszony przez Przystępującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Zamawiający, w dniu 22 grudnia 2010 roku, a więc po zamknięciu rozprawy, złożył w formie faksu spis kosztów, w formie faksu bilety kolejowe za przejazd w dniu rozprawy, w formie faksu faktury za dojazd do siedziby Krajowej Izby Odwoławczej. Izba nie orzekła w przedmiocie przedstawionych w powyższej formie kosztów. Zgodnie z art. 28 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wniosek dotyczący kosztów postępowania odwoławczego strona może złożyć do czasu zamknięcia rozprawy. W niniejszym postępowaniu Zamawiający do chwili zamknięcia rozprawy nie złożył wniosku o obciążenie Odwołującego kosztami, jakie poniósł Zamawiający w związku z rozprawą, nie wskazał ich wysokości, jak również nie przedstawił do zamknięcia rozprawy rachunków, na podstawie których żądał zwrotu kosztów. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

