

Sygn. akt: KIO 1595/14

**WYROK**  
**z dnia 14 sierpnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 sierpnia 2014 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lublin, Pl. Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin**

przy udziale wykonawcy **Polkomtel Sp. z o.o., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2 zasądza od wykonawcy **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** na rzecz **Gminy Lublin, Pl. Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 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 Lublinie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Lublin (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Świadczenie usług telekomunikacyjnych z zakresu telefonii komórkowej oraz dostawę terminali telefonicznych”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 czerwca 2014 r. pod nr 201612.

W postępowaniu tym wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 4 sierpnia 2014 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 30 lipca 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 5 sierpnia 2014 r. Do postępowania odwoławczego w dniu 8 sierpnia 2014 r. do Prezesa Izby złożył swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”). Kopia zgłoszenia przystąpienia zastała przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 13 sierpnia 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący w swoim odwołaniu zarzucił Zamawiającemu nieprawidłową ocenę wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jego oferty, a w konsekwencji bezprawne

uznanie, że oferta przez niego złożona zawiera rażąco niską cenę i jej odrzucenie, a także bezprawny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego.

W związku z powyższym wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym złożonego wyjaśnienia w sprawie rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił jego ofertę na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a jednocześnie wskazał, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie zgodził się z powyższym, wskazując, że złożył w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie wyjaśnienia, a ponadto wyjaśnienia te zostały zredagowane na tyle szczegółowo, na ile wymagał sam Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnienia. Wskazał też na treść wezwania skierowanego do Odwołującego, gdzie Zamawiający zastosował ogólne sformułowania typu: „szczerogółowe wyjaśnienia”, „jak najbardziej szczerogółowe wyjaśnienia”, „odpowiednio umotywowane, przekonujące”, jak też sformułowania wynikające z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślił, że żądanie Zamawiającego wyjaśnień obejmujących wszelkie koszty nie jest jednoznaczne z żądaniem przedstawienia konkretnych kwot. W jego ocenie nawet jeśli Zamawiający uznaje, iż ocena złożonych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę - powodem odrzucenia oferty nie może być rzekome nie złożenie wyjaśnień. Na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1526/11. Przyznał, że rzeczywiście orzecznictwo wskazuje, iż wyjaśnienia lakoniczne czy ogólnikowe są utożsamiane z brakiem złożenia wyjaśnień, ale jego zdaniem argument powyższy nie może być wykorzystywany do określania w ten sposób każdego wyjaśnienia, jako że otwierałoby to możliwość oparcia argumentacji w zakresie rażąco niskiej ceny wyłącznie na takim stwierdzeniu, bez konieczności dowodzenia, iż istotnie dana oferta zawiera rażąco niską cenę.

Co do szczegółowości udzielonych wyjaśnień zwrócił uwagę na to, że kalkulację ceny oferty stanowiła już tabela wyceny znajdująca się w ofercie Odwołującego, opracowana zgodnie z załącznikiem nr 6 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) - Wycena cenowa, a jej szczegółowość określił sam Zamawiający w przygotowanej SIWZ. Jego zdaniem jeśli Zamawiający chciał jednak uzyskać w wyjaśnieniach jeszcze bardziej szczegółową kalkulację, powinien to sprecyzować w treści wezwania i powołał się w tym zakresie na wyrok KIO z dnia 26 lipca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1668/13). Wskazał, że w udzielonych wyjaśnieniach Odwołujący szczegółowo wskazał czynniki, które miały wpływ na taką, a nie inną cenę oferty, tj. ujęcie części opłat w cenie dostarczanego sprzętu, ogólne obniżenie kosztów interkonektowych, dodatkowe przychody Odwołującego od obcych

operatorów za ruch oraz wiadomości kierowane z innych sieci na numery Zamawiającego. Odnośnie ostatniego czynnika, który Zamawiający określił jako zdarzenie przyszłe i niepewne, i z którego wpływy nazwał hipotetycznymi - stwierdził, iż uwzględnienie tych przychodów jest jak najbardziej uzasadnione i choć ustalone zostały na podstawie pewnych szacunków, są istotne z uwagi na liczbę numerów Zamawiającego przenoszonych do sieci Odwołującego. Podkreślił jednak, że przedmiotowe szacunkowe wartości zostały przygotowane w oparciu o posiadaną wiedzę rynkową oraz na podstawie poziomów ruchu jaki jest generowany u podobnych klientów jak Zamawiający w odniesieniu wielkościowym i sektorowym. Podniósł, że w wezwaniu skierowanym do Odwołującego, Zamawiający położył nacisk na wyjaśnienie następujących cen jednostkowych:

- CRIN - cena za minutę rozmowy do innych operatorów komórkowych,
- CSMS - cena za wysłanie wiadomości tekstowej SMS,
- CMMS - cena za wysłanie wiadomości multimedialnej MMS,
- CABG - cena abonamentu podstawowego wraz z transmisją danych 3GB,

które - jego zdaniem - spowodowały, że wartość całkowita oferty „znacznie odbiega od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego oraz od cen zaproponowanych przez innych Wykonawców”. W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił, iż decyzja, w jakich pozycjach wyceny uwzględni poszczególne koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia - czy w cenie usługi, czy też w cenie sprzedaży sprzętu - należy do Wykonawcy składającego ofertę. Powyższe, zdaniem Odwołującego, znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO (przywołał sprawy o sygn. akt: KIO 1068/13, czy KIO/UZP 878/09, czy KIO 992/13). Uwzględniając powyższe zdaniem Odwołującego był on uprawniony do uwzględnienia kwestionowanych opłat CRIN, CSMS, CMMS i CABG w innych pozycjach tabeli wyceny oferty, w tym również w cenie oferowanego sprzętu, tym bardziej, że sam Zamawiający w wyjaśnieniach dotyczących treści SIWZ w odpowiedzi na pytanie nr 58 wyraził zgodę na wpisanie wartości 0,00 zł w dowolnej pozycję wyceny ofertowej, przy założeniu że ostateczna sumaryczna cena obejmuje wszystkie koszty związane realizacją zadania. Powyższe – jego zdaniem - wskazuje na możliwość dowolnego wyceniania poszczególnych elementów ujętych w ofercie. Ponadto wskazał, że Zamawiający nie żądał wezwaniu informacji co do założeń i kosztów pozycji CRIN, CSMS, CMMS i CABG; w świetle treści wezwania, Odwołujący był jedynie zobowiązany szczegółowo wyjaśnić elementy oferty w zakresie tych pozycji wyceny cenowej co uczynił.

Odnosząc się do zarzutu braku dowodów w udzielonych wyjaśnieniach podkreślił, że wskazana procedura ma charakter wyjaśniający, nie zaś dowodowy i nawet jeżeli wykonawca powołał się na pewne fakty, to nie musiał jakichkolwiek dokumentów na potwierdzenie istnienia tych faktów składać (tu powołał orzeczenie KIO w sprawie o sygn.

akt: KIO 1668/13). W związku z twierdzeniem Zamawiającego, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień w wymaganym przez Zamawiającego zakresie ze względu na to, że nie odniósł się do wszystkich aspektów mających wpływ na cenę, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie udowodnił, że taka sytuacja miała miejsce. Jego zdaniem w sytuacji, kiedy Odwołujący przedstawił wyjaśnienia pozwalające na ocenę zaoferowanej ceny, to do Zamawiającego należy udowodnienie, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Powołał się przy tym na wyrok KIO w sprawie: KIO 355/13. Podkreślił też, że ustawa Pzp nie precyzuje pojęcia rażąco niskiej ceny i nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej, jak i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Wskazał, że celem regulacji dotyczących rażąco niskiej ceny jest wyeliminowanie z postępowań o udzielenie zamówień publicznych takich wykonawców, którzy chcąc pozyskać zamówienie oferują nierealistyczne, niewiarygodne ceny, za które nie będą w stanie zrealizować przedmiotu zamówienia, a przepisy dotyczące rażąco niskiej ceny mają stanowić narzędzie ochrony zamawiających przez zawieraniem umów obciążonych dużym ryzykiem ich niewykonania - w przypadku oferty Odwołującego, największego operatora telekomunikacyjnego, a przy tym przedsiębiorcy telekomunikacyjnego działającego pod nadzorem Urzędu Komunikacji Elektrycznej, takie działanie – jego zdaniem - nie jest możliwe. Podniósł, że Zamawiający w treści wezwania do udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zawarł wniosek o wyjaśnienie czy zaproponowana przez Wykonawcę cena ofertowa została określona z należytą starannością czy gwarantuje ona w sposób rzetelny wykonanie zamówienia i na tak postawione pytanie Odwołujący odpowiedział wprost odpowiedź, iż cena oferty złożonej przez niego została obliczona z należytą starannością gwarantującą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami i standardami jakościowymi. Jego zdaniem okoliczność zaoferowania przez Odwołującego rażąco niskiej ceny nie została zaś przez Zamawiającego wykazana.

Swoje stanowisko Odwołujący podtrzymał w piśmie procesowym skierowanym do Izby (pismo z dnia 13 sierpnia 2014 r.), które w części zostało objęte tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołującego. W toku rozprawy Odwołujący także podtrzymał swoje stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie: 3 600 zł.

Zamawiający w piśmie z dnia 12 sierpnia 2014 r. złożonym do akt sprawy przedstawił pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego ze względu na brak podstaw faktycznych i prawnych podnoszonych zarzutów

oraz o orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego na rzecz Zamawiającego. W odpowiedzi na odwołanie zawarta została tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia popierał stanowisko Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. W toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżone przez niego czynności dotyczą odrzucenia jego oferty, a więc czynności wprost pozbawiającej go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również skuteczność zgłoszenia przystąpienia dokonanego w przedmiotowej sprawie uznając, że wszystkie wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały przez Przystępującego wypełnione.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 13 czerwca 2014 r.

W oparciu o protokół z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (druk ZP-PN) Izba ustaliła, że Zamawiający określił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia na kwotę: 855 245,16 zł, co stanowi równowartość 202 429,68 euro. W ramach tej wartości zamówienia Zamawiający wskazał wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę: 244 355,76 zł, co stanowi równowartość 57 837,05 euro.

W postanowieniach SIWZ dotyczących opisu sposobu obliczenia ceny (rozdział 12) Zamawiający przewidział, że oferta musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę obejmującą wszystkie koszty związane z realizacją zadania niezbędne do jego wykonania z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków, a cenę należy skalkulować w taki sposób, aby wartość ceny za abonament (CABG) stanowiła nie więcej niż 40% ceny ofertowej netto, w sytuacji zaś, gdy wykonawca zaoferuje cenę za tę pozycję wartości większej niż 40% ceny całkowitej netto, jego oferta zostanie odrzucona. Zamawiający przewidział, że cenę ofertową brutto należy obliczyć w oparciu o załącznik nr 6 do SIWZ, tj. Wycenę ofertową, gdzie należało wskazać ceny jednostkowe za poszczególne usługi objęte przedmiotem zamówienia, tj.:

1) CR Głosowe połączenia wychodzące:

CROP – rozmowy w sieci wykonawcy(1 014 847,00 jednostek),

CRST – rozmowy do sieci stacjonarnych (490 509,00 jednostek),

CRMN – rozmowy międzynarodowe (16 914,00 jednostek),

CRIN – rozmowy do sieci innych operatorów komórkowych (1 353 129,00 jednostek),

2) CMS Wiadomości wychodzące:

CSMS – wiadomości tekstowe SMS (2 351 062,00 jednostek),

CMMS – wiadomości multimedialne MMS (16 914,00 jednostek),

3) Abonamenty:

CABG – abonament podstawowy wraz z pakietem transmisji danych min. 3 GB miesięcznie na każdą aktywną kartę SIM (17 520 jednostek),

C1GB – dopłata na każdy przekroczony 1 GB transmisji danych, powyżej limitu przypadającego na Zamawiającego (100,00 jednostek),

4) CTERM Terminale:



CTERMA – terminal typu A (143 szt.),  
CTERMB – terminal typu B (55 szt.),  
CTERMC – terminal typu C (80 szt.),  
CTERMD – terminal typu D (47 szt.),  
CTERME – terminal typu E (18 szt.),  
CTERMF – terminal typu F (23 szt.).

Zamawiający wymagał podania cen jednostkowych netto za poszczególne pozycje, następnie ich zsumowania i powiększenia o podatek VAT. Tak ustalona cena ofertowa brutto miała być podana w formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

Zamawiający we wskazanym zakresie w dniu 7 lipca 2014 r. udzielił też odpowiedzi na zapytanie do SIWZ ) zapytanie nr 58), którym zezwolił wykonawcom na zaoferowanie ceny pozycji jednostkowej w wysokości 0 zł, wskazując jednocześnie, że całość oferty ma uwzględniać wszelkie koszty realizacji przedmiotu świadczenia.

Przed otwarciem ofert, w dniu 14 lipca 2014 r., Zamawiający podał kwotę na sfinansowanie niniejszego zamówienia w wysokości: 751 393,96 zł brutto.

Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu swoje oferty złożyli Odwołujący z ceną: 442 423,88 zł i Przystępujący z ceną: 633 408,92 zł.

W toku czynności badania i oceny ofert Zamawiający pismem z dnia 15 lipca 2014 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny ofertowej celem usunięcia wątpliwości dotyczących oferowanej ceny i możliwości stwierdzenia czy jest ona rażąco niska. Zamawiający podkreślił, że jego wątpliwości budzi cena ofertowa Odwołującego, która znacznie odbiega od wartości ustalonej przez Zamawiającego oraz od cen zaoferowanych przez innych wykonawców. Podkreślił, że Odwołujący jest zobowiązany do przedstawienia wyjaśnienia powodów zaoferowania danej ceny oraz wskazania stanu faktycznego uwzględniającego w szczególności okoliczności, na które wskazuje art. 90 ust.1 ustawy Pzp. Wskazał on, że wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe, obejmujące wszelkie koszty związane z realizacją pełnego zakresu przedmiotu zamówienia i niezbędne do jego należytego wykonania, z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków oraz zysku wykonawcy. Podkreślił, że wyjaśnienia muszą odnosić się do wszystkich aspektów mających wpływ na cenę tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia i powinny być odpowiednio umotywowane, przekonywujące, że zaproponowana oferta nie

zawiera rażąco niskiej ceny. W szczególności Zamawiający wskazał, że wykonawca jest zobowiązany szczegółowo wyjaśnić elementy oferty w zakresie wyceny takich pozycji jednostkowych ceny oferty, jak: CRIN, CSMS, CMMS, CABG, które – w jego ocenie - mają istotny wpływ na wartość całkowitą oferty, powodując, że wartość ta znacznie odbiega od wartości szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego oraz od cen zaproponowanych przez innych wykonawców. Jako zalecenie Zamawiający wskazał Odwołującemu na załączenie do wyjaśnień dowodów w granicach ich celu.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 21 lipca 2014 r. przedłożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, zastrzegając wobec nich tajemnicę przedsiębiorstwa. Informacje zastrzeżone przez wykonawcę nie zostały przez Zamawiającego odtajnione.

Zamawiający w dniu 30 lipca 2014 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym co do wyboru oferty najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Przystępującego, oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podkreślił m.in., że dokonując badania tej oferty w zakresie rażąco niskiej ceny traktował ją jako całość i uznał, że zaproponowanie kwoty: 442 423,88 zł stanowi okoliczność upoważniającą Zamawiającego do zastosowania procedury wyjaśnień wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, mając na względzie konkretne okoliczności danego postępowania oraz konkretne uwarunkowania rynkowe. Wskazał, że w żądaniu do złożenia wyjaśnień doprecyzował zakres treści wyjaśnień wykonawcy, wskazując na elementy oferty, które budziły jego wątpliwości, wskazując na wycenę ofertową, która w przesądzający sposób kształtowała wielkość ceny ofertowej, co nie było kwestionowane przez Odwołującego. W jego ocenie Odwołujący w udzielonych mu wyjaśnieniach zamiast dowieść, że jego oferta nie zawiera rażąco niską ceny i obalić domniemanie wynikające z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował Zamawiającego, że posiada potencjalne możliwości predestynujące go do wykonania zamówienia. Ponadto Odwołujący powołał się na poufność danych, co skutkowało odmową udostępnienia wyjaśnień Zamawiającemu w wymaganym zakresie. Zamawiający podniósł, że Odwołujący pozostawił bez wyczerpujących wyjaśnień pytanie Zamawiającego o przyjęte założenia i koszty realizacji usługi w pozycjach: CRIN, CSMS, CMMS, CABG, z których każda z osobna ma znaczący wpływ na poziom zaoferowanej ceny.

Przywołana czynność Zamawiającego stała się podstawą zarzutów podniesionych w odwołaniu aktualnie rozpoznawanym przez Izbę.

W związku z okolicznością, iż przedmiotem zarzutów odwołania była ocena wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego, które to wyjaśnienia zostały objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołującego, a zastrzeżenie to nie zostało podważone przez Zamawiającego w toku czynności badania i oceny ofert, Izba, działając na podstawie art. 189 ust. 6 ustawy Pzp i uwzględniając w tym zakresie zgodny wniosek stron postępowania odwoławczego, przeprowadziła rozprawę w części z wyłączeniem jawności.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Zdaniem Izby Zamawiający w sposób zasadny odrzucił ofertę uznając, że Odwołujący nie złożył wystarczających wyjaśnień pozwalających na uznanie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba po pierwsze stwierdziła, że żądanie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp było uzasadnione, biorąc pod uwagę ustaloną przez Zamawiającego wartość szacunkową przedmiotu zamówienia oraz wartość całkowitą oferty Odwołującego przy uwzględnieniu także ceny ofertowej drugiego z wykonawców składających oferty w niniejszym postępowaniu (oferta Przystępującego). Cena całkowita oferty Odwołującego (442 423,88 zł brutto) – w ocenie Izby - w sposób znaczący odbiega od ustalonej wartości szacunkowej zamówienia (kwota 855 245,16 zł netto pomniejszona o wartość zamówień uzupełniający nieobjętych przedmiotem zamówienia i powiększona o wartość podatku VAT: 751 393,96 zł brutto), co uprawniało Zamawiającego do podjęcia wskazanej procedury wyjaśnień ceny ofertowej Odwołującego. W tym zakresie wątpliwości Zamawiającego miała prawo wzbudzić wycena całkowita oferty Odwołującego, także w kontekście oferty złożonej w tym postępowaniu przez drugiego z wykonawców - podobnie jak Odwołujący - wiodącego operatora telefonii komórkowej na polskim runku świadczenia usług telekomunikacyjnych. Zamawiający, kierując w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwaniu do złożenia wyjaśnień przez Odwołującego, opierał się przede wszystkim na wskazanej, znaczącej rozbieżności wyceny zamówienia – dokonanej przez Zamawiającego i przez wykonawcę (Odwołującego). Zamawiający dodatkowo analizując tę rozbieżność ustalił z czego ona może wynikać. Stwierdził on mianowicie, że wycena najbardziej cenotwórczych elementów oferty Odwołującego - pozycji cen jednostkowych w zakresie CRIN, CSMS, CMMS, CABG, dokonana przez Odwołującego na poziomie 0,01 zł, a w przypadku CABG 6 zł, jeśli chodzi o ceny jednostkowe, powoduje znaczące obniżenie ceny ofertowej (całkowitej) Odwołującego. Powyższe działanie Zamawiającego – zdaniem Izby – było uzasadnione

i prowadziło do powstania domniemania rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego. Odwołujący, udzielając Zamawiającemu wyjaśnień powinien uczynić wszystko co leżało w jego mocy, aby owo domniemanie obalić i wykazać, że miał on obiektywne podstawy do ustalenia ceny ofertowej na tak zaniżonym - w stosunku do cen rynkowych i ustalonej wartości przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego – poziomie, przedstawiając w tym zakresie właściwe dla niego uwarunkowania.

Po drugie Izba, dokonując oceny wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego na żądanie Zamawiającego stwierdziła, że w żaden sposób nie stanowią one uzasadnienia do tak znaczącego zniżenia wyceny usług objętych przedmiotem zamówienia. Wyjaśnienia te zostały objęte przez Odwołującego zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, stąd też Izba, nie odnosząc się w treści niniejszego uzasadnienia w sposób szczegółowy do ich treści, wskazuje jedynie, że wyjaśnienia te mają charakter ogólny. W pierwszej ich części Odwołujący zaprezentował orzecznictwo KIO oraz sądów okręgowych odnoszące się do kwestii rażąco niskiej ceny. W drugiej części wskazał na ogólne tezy o prawidłowej wycenie swojej oferty, pozwalającej na realizację przedmiotu zamówienia z należytą starannością, zgodnie z wymogami SIWZ. Dodatkowo Odwołujący, nie wskazując Zamawiającemu żadnych konkretnych informacji, czynników, czy okoliczności właściwych dla tego wykonawcy, powołał się na tajemnicę spółki i poufność informacji co do narzędzi do kalkulacji swojej oferty. W treści udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień nie wykazywał on poziomu zysku, jaki ewentualnie uzyska z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia i jaki został skalkulowany w cenie ofertowej, na co powoływał się on w toku rozprawy przed Izbą. Powyższe nie mogło być uwzględnione przez Izbę w żadnej mierze, bowiem Izba dokonuje oceny wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (w toku czynności badania i oceny ofert). Jeśli jakieś okoliczności nie były przedmiotem wyjaśnień wykonawcy Zamawiający nie mógł ich domniemywać, zatem nie mogły być one podstawą dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego, która podlega ocenie Izby w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Izba uznała zatem, że udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia nie wskazywały na żadne konkretne okoliczności, czy wyjątkowo sprzyjające warunki realizacji zamówienia dostępne właśnie Odwołującemu, które pozwalałyby mu ustalić cenę ofertową na poziomie tak zaniżonym w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia i cen rynkowych usług, do czego odwołuje się art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący nie kwestionował wyceny wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia dokonanej przez Zamawiającego, nie kwestionował zatem prawidłowości wyceny usług w aspekcie rynkowym, uwzględniając także okoliczność, że inny wykonawca – także wiodący dostawca usług telekomunikacyjnych na polskim rynku,

dokonał wyceny swojej oferty na zbliżonym do ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia. Z drugiej zaś strony Odwołujący nie wykazał w swoich wyjaśnieniach, że korzysta ze szczególnych warunków pozwalających mu na wycenę swojej oferty na takim, a nie innym poziomie. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że Odwołujący w udzielonych wyjaśnieniach w ogóle nie ustosunkował się do kwestii wyceny konkretnych usług wskazanych w treści wezwania Zamawiającego, wycenionych przez tego wykonawcę zasadniczo na poziomie 1 gr, co niewątpliwie wpływało na wycenę całościową oferty Odwołującego. Pomimo więc szczegółowości treści wezwania kierowanego przez Zamawiającego do Odwołującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący nie odniósł się do konkretnych okoliczności i podstaw kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych w swojej ofercie, co do których wątpliwości powziął i wyraził Zamawiający. Okoliczność wskazywana w treści odwołania, tj. ujęcie opłat w cenie dostarczanego sprzętu nie została przez Odwołującego wykazana, tak w treści udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień, jak i w toku rozprawy przed Izbą. Dokonana przez Odwołującego wycena dostawy sprzętu objętego przedmiotem zamówienia, która zresztą – zgodnie z twierdzeniami Zamawiającego, którym z kolei nie zaprzeczył Odwołujący - nie będzie musiała być w całości zrealizowana na podstawie wymogów opisu przedmiotu zamówienia, faktycznie jest wyższa niż w drugiej złożonej przez Przystępującego ofercie w postępowaniu. Nie jest to tak znacząca różnica, jak przy wycenie świadczonych w ramach niniejszego zamówienia usług, których wycena znacząco wpływała na obniżenie ceny ofertowej Odwołującego. Odwołujący zatem, nie udzielając Zamawiającemu szczegółowych wyjaśnień, jaka była faktyczna wycena usług objętych przedmiotem zamówienia i odrębnie przewidywanych dostaw terminali oraz, w którym miejscu oraz na jakiej podstawie właściwej dla Odwołującego, doszło do obniżenia wartości ogólnej ceny ofertowej, doprowadził samodzielnie do niekorzystnej dla siebie sytuacji w niniejszym postępowaniu, prowadzącej do odrzucenia jego oferty. Powyższej oceny nie zmienia wskazywana przez Odwołującego odpowiedź na zapytanie dotyczące treści SIWZ, w której Zamawiający zezwolił wykonawcom na zaoferowanie ceny pozycji jednostkowej w wysokości nawet 0 zł. Zamawiający bowiem, wyjaśniając postanowienia SIWZ, wskazał jednocześnie, że całość oferty ma uwzględniać wszelkie koszty realizacji przedmiotu świadczenia; tych kosztów w ramach udzielonych na żądanie Zamawiającego wyjaśnień Odwołujący nie wykazał, a powinien był to uczynić, aby uzasadnić kalkulację swojej oferty na rażąco niskim poziomie.

Wyjaśnienia, które nie zawierały istotnej treści merytorycznej zatem *de facto* potwierdzały, że w tym przypadku mamy do czynienia z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, co potwierdza wypełnienie dyspozycji art. 90 ust. 3 ustawy Pzp

i stanowi podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania.

Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 7 500 zł; oraz
- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący:** .....