

**WYROK**

z dnia 27 października 2010 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kawa

**Członkowie:** Marek Koleśnikow

Piotr Kozłowski

**Protokolant:** Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **15 października 2010 r.** przez **Multimedia Polska S.A., 81-341 Gdynia, ul. Tadeusza Wendy 7/9**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Komenda Wojewódzka Policji, 70-515 Szczecin, ul. Małopolska 47,**

przy udziale wykonawcy **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105, Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie powtórnej oceny ofert, w zakresie części I zadania z zastosowaniem art. 90 ust.1 ustawy Pzp.**

2. kosztami postępowania obciąża **Komendę Wojewódzką Policji, 70-515 Szczecin, ul. Małopolska 47** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Multimedia Polska S.A., 81-341 Gdynia, ul. Tadeusza Wendy 7/9** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Komendę Wojewódzką Policji, 70-515 Szczecin, ul. Małopolska 47** na rzecz **Multimedia Polska S.A., 81-341 Gdynia, ul. Tadeusza Wendy 7/9** stanowiącej 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 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** .....

**Członkowie** .....

.....

## **UZASADNIENIE**

Komenda Wojewódzka Policji w Szczecinie ul. Małopolska 47 70-515 Szczecin zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „Świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonii stacjonarnej w jednostkach Policji woj. zachodniopomorskiego”, znak sprawy ZZ - 2380 - 68/10. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U./S S152 dnia 07/08/2010 , 235238.2010-PL.

Zamawiający przewidział podział zamówienia na części, zwane w treści SIWZ również „zadaniami”.

Dnia 6 października 2010 r. zamawiający, zgodnie z art. 92 ust.2 PZP zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty dla każdej części zamówienia.

Dla części I zamówienia zamawiający po przeprowadzeniu badania i oceny ofert wybrał wykonawcę : Telekomunikację Polską SA, ul. Twarda 18 00-105 Warszawa.

Od takiego rozstrzygnięcia zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej złożył wykonawca Multimedia Polska S.A /MMP/.ul. Tadeusza Wendy 7/9 81-341 Gdynia, zwany dalej „odwołującym”. Wskazał ,że złożył ofertę cenową w tym na Część I/Zadanie nr 1.Oferta Odwołującego dotycząca Części I nie została wybrana przez zamawiającego.

W złożonym odwołaniu zarzucił zamawiającemu, że przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na Część I/ Zadanie nr 1 zamówienia działanie niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie :

1) art. 7 PZP, poprzez niezastosowanie i nie uwzględnienie przy wyborze oferty Telekomunikacji Polskiej SA faktu posiadania przez tego wykonawcę dominującej pozycji na rynku właściwym, co miało bezpośredni wpływ na ustalenie przez TP SA cen w ofercie na Część I zamówienia, a przez to nie zachował zasady uczciwej konkurencji

2) art. 90 ust. 1 PZP poprzez nie zwrócenie się przez Zamawiającego do Telekomunikacja Polska SA o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty Części I/Zadania nr 1, mających wpływ na wysokość ceny, a w szczególności wyjaśnień w sprawie elementu oferty dotyczącego zaoferowania przez Telekomunikacja Polska SA ceny w wysokości 0,01 zł w tym 22% VAT za 1 minutę połączenia do sieci komórkowych i wybór oferty podlegającej odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę

3) art. 91 PZP poprzez wybór najkorzystniejszej oferty w Części I/Zadania nr 1 na podstawie kryteriów oceny ofert zastosowanych przy niewłaściwym podstawieniu kwoty 0,01 jako rażąco niskiej ceny i w konsekwencji dokonanie punktacji niezgodnie z kryteriami przyjętymi w SIWZ.

Wobec powyższego wniósł o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla Części I /Zadania nr 1 i wybór jako najkorzystniejszej dla Części I/Zadania nr 1 oferty złożonej przez Odwołującego,
- 2) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania
- 3) w końcowej części odwołania wniósł także o odrzucenie oferty wykonawcy TPSA.

Telekomunikacja Polska SA w ofercie cenowej na Część I zamówienia wskazała, że cena za 1 minutę połączeń do krajowych sieci komórkowych (kom) wynosi 0,01 zł brutto w tym 22% VAT. Wybór przez Zamawiającego oferty Telekomunikacja Polska SA / zwana dalej TPSA/ na Część I/Zadanie Nr 1 wskazuje, że wybór oferty TPSA nastąpił z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji, podstawowej zasady prawa zamówień publicznych.

Podkreślił, że TPSA posiada udział w rynku właściwym na poziomie 70-80%, a tym samym wykorzystując swoją dominującą pozycję na rynku może subsydiować straty na połączeniach z sieci stacjonarnych do sieci komórkowych, gdzie stawki rozliczeń międzyoperatorskich są na poziomie 16,8 gr. netto i więcej w zależności od konkretnego operatora komórkowego (TPSA wskazała w ofercie cenowej stawkę wysokości 1 grosz brutto) z przychodów uzyskanych nie tylko z pozostałych połączeń wygenerowanych przez zamawiającego, czyli w tym wypadku z połączeń lokalnych i międzystrefowych, ale także z innych połączeń przychodzących na numery zamawiającego - w tym wypadku jest to aż 10 000 numerów.

TPSA mając udział w rynku właściwym na poziomie 70-80% konsumuje przychody z połączeń do klienta z telefonów będących w sieci TPSA w całości, zakładając że mogą być to przychody średnio na poziomie ok. 10 groszy za minutę połączenia co daje przychód dla TPSA w wysokości 10 groszy za minutę połączenia. Przychody te wpływają na rachunek TPSA pośrednio, to jest od dzwoniących na numery zamawiającego a będących abonentami TPSA. Jak podniesiono powyżej TPSA jako dominujący operator ma około 70-80% udział w rynku telekomunikacyjnym.

W przypadku odwołującego przychód w wyniku połączeń abonentów TPSA dzwoniących na numery zamawiającego wynosi ok. 4 groszy za minutę połączenia.

Jest to kwota wynikająca z rozliczeń międzyoperatorskich pomiędzy TPSA i MMP, w przypadku zakańczania połączenia generowanego przez abonenta TPSA na numer MMP, TPSA inkasuje od swojego Abonenta przykładowo 10 groszy, z tego oddaje 4 grosze do Multimedia a 6 groszy zostaje w TPSA.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący nie miała takich samych możliwości określenia swojej oferty, natomiast TPSA dzięki swojej dominującej pozycji mogła określić cenę połączenia na tel. komórkowe na poziomie znacznie poniżej stawek rozliczeń międzyoperatorskich Ponadto zastosowana stawka 1 grosza za minutę na połączenia do sieci komórkowych w efekcie powoduje, iż w tym zadaniu opłata za te połączenia nie tylko nie pokrywa kosztów wytworzenia tych połączeń, ale również połączenia te generują dodatkowe koszty dla wykonawcy TPSA.

Stwierdził że złożona przez TPSA oferta ma za zadanie wyeliminowanie konkurencji z rynku, poprzez świadczenie usług poniżej kosztów ich wytworzenia co zamawiający uwzględniając powszechnie dostępne informacje na temat cen połączeń telekomunikacyjnych, oraz pozycji TPSA na rynku właściwym, powinien uwzględnić przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Część I zamówienia.

Stawia zarzut że zamawiający nie zwrócił się do TPSA o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty na Część I/Zadanie Nr 1 poprzez zastosowanie przez tego wykonawcę stawki w wysokości 1 grosza z VAT na połączenia do sieci komórkowych. Przyjęcie tej samej stawki za połączenia z telefonów stacjonarnych na telefony komórkowe, dodatkowo świadczy o wykorzystaniu przez TPSA o pozycji dominującej na rynku i o działaniu niezgodnym z postanowieniami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.) a przez to o naruszeniu przez zamawiającego przy wyborze oferty Telekomunikacja Polska SA na część I/Zadanie Nr 1 podstawowej dla prawa zamówień publicznych zasady uczciwej konkurencji oraz art. 90 PZP.

Stawka w wysokości 1 grosza jest znacznie niższą stawką niż TPSA ponosi w stosunku do operatorów sieci komórkowych.

Podniósł również fakt ,że zamawiający nie dopuszcza żadnych opłat stałych związanych z przedmiotem zamówienia. Jedyne opłaty jakie ma prawo naliczyć wykonawcy, związane są z wygenerowanym przez zamawiającego ruchem telefonicznym w okresie rozliczeniowym- 1 miesiąc. Brak opłat abonamentowych powoduje konieczność pokrycia kosztów związanych z utrzymaniem linii telefonicznych z opłat za ruch telefoniczny, a to zwiększa ryzyko braku osiągnięcia dodatniego bilansu

finansowego przez wybranego wykonawcę. Wskazał, że złożona przez TPSA oferta ma za zadanie wyeliminowanie konkurencji z rynku, poprzez świadczenie usług poniżej kosztów ich wytworzenia co zamawiający powinien uwzględnić przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Część I zamówienia i tym samym powinien odrzucić ofertę Telekomunikacji Polskiej SA na Część I jako złożoną z naruszeniem art. 7 PZP.

Zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego wybrany wykonawca TPSA w przystąpieniu wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zarzucił odwołującemu, że zarzut podniesiony przez odwołującego należy uznać za chybiony. Zgodnie z brzmieniem art. 90 ust. 1 ustawy, stanowiącego podstawę do wszczęcia ewentualnej procedury wyjaśniającej, stwierdza że procedurę tę prowadzi się w *stosunku do przedmiotu zamówienia*, nie zaś poszczególnych jego elementów, a tymczasem zarzut odwołującego dotyczy nie całości wybranej oferty na część I zamówienia, lecz jednej z cen składających się na ofertę w części I. Stąd jego zdaniem należy uznać, że żądanie odrzucenia oferty przystępującego, na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy, jest niezasadne. W uzasadnieniu swego stanowiska powołuje się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej /bez wskazania sygnatury/ z dnia 8 czerwca 2009 r. gdzie Izba stanęła na stanowisku, iż: *„(...) przy ocenie, czy mamy do czynienia z „rażąco niską ceną” należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty, a nie ceny jednostkowe za poszczególne elementy oferty...”*. Podobnie w wyroku z dn. 10 czerwca 2009 r. KIO przyjęła, iż: *„Punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest przedmiot zamówienia i jego wartość”*.

Reasumując argumenty, stwierdza że zarzut odwołującego został skierowany przeciwko elementowi cenotwórczemu oferty na jedną z części zamówienia i nie może zostać odniesiony do całkowitej ceny oferty.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania i przystępującego, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy ustaliła i zaważyła co następuje:**

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

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący i przystępujący posiadają interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Środki ochrony prawnej przysługują każdemu podmiotowi, którego interes w uzyskaniu zamówienia dozna lub choćby zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołujący wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Natomiast przystępujący po stronie zamawiającego wykazał, że uwzględnienie odwołania może uniemożliwić mu realizację przedmiotu zamówienia.

Stan faktyczny sprawy podany przez uczestników postępowania w odwołaniach został w trakcie rozprawy uzupełniony o dane wynikające z przedłożonej przez zamawiającego dopiero w trakcie posiedzenia dokumentacji sprawy- postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz wynikający z oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła że zamówienie dotyczyło przetargu na świadczenie usług telekomunikacyjnych w 21 jednostkach wchodzących w skład Komendy Wojewódzkiej Policji w Szczecinie. Dotychczas odwołujący świadczył te usługi tylko dla Komendy Wojewódzkiej w Szczecinie, w obecnym postępowaniu odpowiadającym zadaniu na część I zamówienia ,a przystępujący TP SA we wszystkich pozostałych 20 jednostkach. Zamawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia –zadanie nr I na kwotę 212.078,41 złotych, obejmującą koszt świadczeń za okres 12 miesięcy . Według tych samych zasad jakie zamawiający zastosował przy obliczaniu kwoty przeznaczanej na realizację przedmiotu zamówienia wynika, iż TP S.A. przedstawiła ofertę odpowiadającą rocznemu kosztowi w wysokości 12.028 złotych, natomiast odwołujący w wysokości 43.940 złotych. W wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej przystępujący uzyskał zamówienie na realizację zamówienia na cztery zadania ,a odwołujący na 17. Zamawiający dokonywał wyboru najkorzystniejszej oferty wg ceny oferowanej za poszczególne usługi telekomunikacyjne, przeliczanej na punkty według wagi ustalonej tabelarycznie dla danej usługi różnej dla poszczególnych jednostek zamawiającego. Dla zadania na część I obejmującą przedmiotowe postępowanie ustalono według tabeli nr 3- stanowiącej załącznik nr 6 do siwz następujące wagi %:

- dla połączeń lokalnych i strefowych – 21,3

- dla połączeń komórkowych - 77,9
- dla połączeń międzystrefowych - 0,7
- dla połączeń międzynarodowych - 0,1

TPSA w ofercie w kolejności w/w, zaoferowała za usługi następujące stawki : 0,22 zł; 0,01 zł; 0,12 zł; 3,78 zł, natomiast odwołujący odpowiednio : 0,18 zł; 0,22 zł; 0,18 zł; 0,23 zł.

Z porównania zaoferowanych cen za usługi na inne części zamówienia Izba stwierdza, że ceny rozmów na telefony komórkowe u odwołującego zawierają się w granicach od 0,22 zł do 0,58 zł , najczęściej jest to kwota około 0,46 zł, natomiast u przystępującego TPSA kwoty te w zdecydowanej ilości wynoszą ,043 zł , za wyjątkiem zadania nr I i II gdzie odpowiednio wynoszą ,0,01 zł/ jeden grosz/ oraz 1,16 zł.

W trakcie rozprawy odwołujący dodatkowo podniósł, że dysproporcje pomiędzy kwotą przeznaczoną na realizację zamówienia przez zamawiającego , a ceną wybranej oferty jest ogromna, stanowi około jej 6%. Winno to było skłonić zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej zaoferowania tak niskiej ceny. Podał również, że zaoferowana przez TP S.A. wysoka stawka za połączenie międzynarodowe , która ma rzekomo rekompensować stratę na połączeniach do sieci komórkowych stanowi około 0,1% wszystkich połączeń składających się na ofertę zadania nr I. Podniósł że należy domniemywać, że zamawiający zastosował stawkę 1 grosza na połączenia do sieci komórkowych aby wyeliminować odwołującego ze świadczenia usług w tym zakresie. Wskazuje, że zamawiający i przystępujący TPSA zdawali sobie sprawę z tego, że stawka 1 grosza wyeliminuje odwołującego ze świadczenia usług w tym zadaniu w którym dotychczas usług przystępujący nie świadczył.

Zamawiający wskazał, że nie interesuje go sposób i kwoty rozliczeń między operatorami sieci i wskazał że jego zdaniem wykonawca TP S.A. będzie sobie rekompensował uzyskane braki za połączenia komórkowe z innych usług w ramach przedłożonej oferty. Podnosi, iż w jego doświadczeniu zaoferowana przez TP S.A. stawka 1 grosza za minutę nie jest żadną nowością gdyż w szeregu innych przetargach inni operatorzy również oferowali połączenia do sieci komórkowych za kwotę 1 grosza. Rynek telekomunikacyjny jest rynkiem dynamicznym i prawo zamówień Publicznych (PZP) nie nadąża za zmianami na rynku. Wskazuje, iż



zamawiający nie ma obowiązku analizowania każdej oferowanej ceny oferowanej za połączenie przez oferenta.

Przystępujący dodatkowo podniósł, że szacowanie wartości usług telekomunikacyjnych ma zawsze walor historyczny gdyż dynamiczny rozwój tych usług powoduje ciągłe obniżanie ceny za usługi. Oferta Przystępującego nie nosiła znamion zmierzających do wyeliminowania konkurencji z rynku, a takie twierdzenia odwołującego nie są poparte żadnymi argumentami. Złożona oferta miała na celu konkurowanie z wykonawcą ,a nie jego eliminację z rynku. Ponadto wskazał że TPSA w wyniku tego przetargu została wyeliminowana z wykonywania usług w 16 jednostkach zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdza że odwołanie zasługuje na uwzględnienie jednakże niekoniecznie dlatego iż podniesione zarzuty są merytorycznie zasadne.

Wykazanie merytorycznej zasadności bądź nie zasadności winien ustalić zamawiający w wyniku dokonania ponownego badania i oceny ofert. Trudno zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego , że „zamawiający nie ma obowiązku analizowania każdej oferowanej ceny oferowanej za połączenie” oraz że rynek telekomunikacyjny jest rynkiem dynamicznym i prawo zamówień Publicznych (PZP) nie nadąża za zmianami na rynku

To właśnie na zamawiającym ciąży obowiązek przestrzegania kardynalnych zasad udzielania zamówień publicznych – równości podmiotów, uczciwej konkurencji, staranności itd. Trudno uznać że te zasady były przestrzegane w sytuacji kiedy wykonawca TPSA za zadanie nr I ustala cenę za minutę połączenia do sieci komórkowych w wysokości 1 grosza ,a na część II zadania ta cena wynosi już 1,16 zł a więc jest o 116 razy wyższa. Prawo zamówień publicznych w art.90 ustawy Pzp określa specjalny tryb postępowania w celu wyjaśnienia czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Brak przeprowadzenia dowodu w tym zakresie przez zamawiającego uniemożliwił Izbie weryfikację twierdzeń odwołującego co do rażąco niskiej ceny oferty przystępującego. Takiego postępowania nie można przeprowadzić przed Krajową Izbą Odwoławczą, do kognicji Izby należy ocena prawidłowości złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i dokonanych ustaleń zamawiającego, a nie zastępowanie w tym zakresie zamawiającego. Nie ulega

wątpliwości że już sama dysproporcja pomiędzy oszacowaną kwotą przeznaczoną przez zamawiającego na realizację tego zadania wynosząca 212.078,41 złotych a wielkością zaoferowanej w ofercie przez TP S.A. kwoty za to zadanie 12.028 złotych stanowiącą ok. 6% kwoty oszacowania i odwołującego w wysokości 43.940 złotych, winna spowodować podjęcie w/w czynności przez zamawiającego już na etapie oceny ofert.

Wyjaśnieniu winna również podlegać możliwość kompensacji przez wykonawcę TP S.A. straty na połączeniach do sieci komórkowych wpływami z innych połączeń, gdzie te kwoty są wyższe niż w konkurencyjnej ofercie.

Za takim stanowiskiem Izby przemawia również fakt, że dotychczas wykonawca TP S.A. nie realizował tylko zadania nr I i czy zaoferowana cena 1 grosza za połączenia do sieci komórkowych w sytuacji kiedy waga oceny tej pozycji stanowiła aż 77,9% oceny całości zadania nr I, nie miało na celu wyeliminowanie odwołującego z rynku świadczeń, dla zamawiającego. A więc czy nie nosiło znamion czynu nieuczciwej konkurencji tj. sprzedaży poniżej kosztów własnych poniesionych przez wykonawcę dla realizacji tego zadania. Nie mają w tym kontekście żadnego znaczenia koszty przeciętne ponoszone przez konkurentów na rynku usług telekomunikacyjnych.

Wobec powyższego Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wykonanie czynności w szczególności wynikających z przepisu art.90 ustawy Pzp. Niniejsze orzeczenie Izby nie dyskwalifikuje żadnej ze złożonych ofert, gdyż nadal będą podlegały badaniu i ocenie zamawiającego.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak na wstępie orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1 i 2 ppkt. a i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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). Nie zasądzone kosztów dla odwołującego gdyż nie składał takiego wniosku.

**Przewodniczący** .....

**Członkowie** .....

.....