

Sygn. akt: KIO 60/19

WYROK
z dnia 29 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Agencję Rozwoju Przemysłu S.A. z siedzibą w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **T-Mobile 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 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 – Agencja Rozwoju Przemysłu S.A. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej oraz Internetu bezprzewodowego*.

W dniu 15 stycznia 2019 r. wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy T-Mobile S.A.. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 i 6 oraz art. 90 ust. 3 i w konsekwencji art. 7 ustawy Pzp.

Zarzut bezzasadnego poprawienia omyłki w ofercie T-Mobile

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Rozdz. XV pkt 1 SIWZ opisał schemat wyliczenia finalnej puli budżetu na sprzęt oferowanego przez wykonawcę, rozumianego jako iloczyn liczby kart SIM, miesięcy wykonywania umowy oraz kwoty puli budżetu wskazanej w pozycji d Formularza Ofertowego (tj.: 277 sztuk x 24 miesiące x kwota budżetu). Wykonawca określał budżet jaki oferuje Zamawiającemu w cenie oferty na zakup sprzętu. W odpowiedzi na pytanie nr 29 (pkt 3) z 12 grudnia 2018 r. Zamawiający precyzyjnie określił wymagania co do sposobu prezentacji informacji na temat oferowanego budżetu na sprzęt. Zamawiający wskazał, że w pozycji d Formularza Ofertowego, powinna zostać wskazana „pula na jedną kartę SIM voice z aparatem telefonicznym dotycząca jednego miesiąca”.

Odwołujący podniósł, że wykonawca T-Mobile w pozycji „pula na jedną kartę SIM voice z aparatem telefonicznym” wskazał na kwotę 800 zł. Zamawiający niezasadnie pismem z 19 grudnia 2018 r. działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał T-Mobile do wyjaśnień podnosząc, że wskazana kwota 800 zł budzi jego wątpliwości. Wykonawca T-Mobile pismem z 20 grudnia 2018 r. wyjaśnił, że omyłkowo podał kwotę 800 zł przeznaczoną na 1 kartę SIM w całym okresie trwania umowy to jest w okresie 24 miesięcy, nie zaś jednego miesiąca. W następstwie tego Zamawiający pismem z 2 stycznia br. poinformował T-Mobile o poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp omyłki poprzez zastąpienie kwoty 800 zł kwotą 33,33 zł.

Zdaniem Odwołującego poprawienie omyłki w ofercie T-Mobile było niezasadne. Zamawiający otrzymał ofertę ważną, z określoną kwotą budżetu na zakup sprzętu, która zwiększała szansę wykonawcy na otrzymanie dużej ilości punktów w ramach ustanowionego

kryterium oceny ofert. Nie ma żadnych podstaw do uznania, że jest to kwota niezgodna z treścią SIWZ. T-Mobile wskazał w wyjaśnieniach, że omyłkowe podanie kwoty 800 zł wynikało z faktu, że przedłożony wykonawcom formularz ofertowy nie był jednoznaczny, z czym Odwołujący się nie zgadza, stwierdzając, że sposób prezentacji puli na zakup telefonów był określony precyzyjnie zarówno w SIWZ, jak i w piśmie Zamawiającego z 12 grudnia 2018 r.

W ocenie Odwołującego brak jest podstaw do uznania, że mamy do czynienia z ewentualną omyłką co do sposobu prezentacji ceny w ofercie T-Mobile. Zamawiający nie ma żadnych podstaw do przyjęcia, że intencją wykonawcy (wobec jednoznacznego sposobu opisanego jak ma być prezentowana informacja na temat budżetu na sprzęt) było zaoferowanie innej kwoty. W orzecznictwie i praktyce kontrolnej Prezesa UZP wielokrotnie dawano wyraz przekonaniu, że niepoprawialnym błędem w obliczeniu ceny jest niezastosowanie się do wytycznych SIWZ co do podstawy obliczenia prezentowanej w formularzu kwoty.

Odwołujący podniósł, że poprawienie omyłki prowadzi do istotnej zmiany oferty T-Mobile, znacząco umniejszającej budżet przeznaczony na zakup sprzętu, ponadto taka zmiana wpływałaby na wynik samego postępowania przetargowego. Mając na względzie ustalony przez Zamawiającego schemat wyliczenia finalnej puli budżetu na sprzęt, finalna pula budżetu T-Mobile wyniosłaby 5.318.400,00 zł. Mielibyśmy zatem do czynienia z elementem kosztotwórczym przekraczającym wpływy wykonawcy z tytułu wynagrodzenia otrzymanego od Zamawiającego. Tym samym taka oferta w sposób oczywisty podlegałaby odrzuceniu jako oferta z ceną rażąco niską (nieuwzględniającą wszystkich kosztów wykonywania świadczenia). Dlatego bezzasadne poprawienie oferty T-Mobile doprowadziło do bezzasadnego wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty T-Mobile jako rażąco niskiej.

Zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie T-Mobile

Odwołujący wskazał, że jedną z cen jednostkowych podawanych przez wykonawców w treści oferty była cena brutto za miesięczny abonament za kartę data (transmisji danych). Była to cena stanowiąca samodzielne kryterium oceny ofert. Ceny w złożonych ofertach ukształtowały się następująco: Orange Polska S.A. 35, 67 zł, Polkomtel Sp. z o.o. 30,75 zł, T-Mobile Polska S.A. 3,69 zł. Zamawiający pismem z 2 stycznia br. działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawcę T-Mobile do złożenia wyjaśnień dotyczącej zaoferowanej ceny za powyżej wskazany abonament. Zamawiający wskazał, że odbiega ona od cen innych wykonawców jak i od przyjętego przez Zamawiającego kosztu w wysokości

29,52 zł brutto. Pismem z 3 stycznia br. T-Mobile udzielił wyjaśnień, które w zakresie uzasadnienia merytorycznego zastały w całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego brak było podstaw do uznania, że zaoferowana przez T-Mobile cena ma charakter rynkowy, pozwala na pokrycie kosztów wykonywania świadczenia.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z rozkładem ciężaru dowodu w zakresie niniejszego zarzutu to Zamawiający lub też przystępujący wykonawca T-Mobile winni wykazać, że zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na to, że wyjaśnienia wykonawcy T-Mobile zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, co uniemożliwia Odwołującemu odniesienie się do stanowiska tego wykonawcy prezentowanego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym Odwołujący wniósł o szczególnie wnikliwe badanie przez Izbę wyjaśnień złożonych przez T-Mobile w toku postępowania przetargowego z uwzględnieniem podnoszonych wątpliwości. Stwierdził, że wskutek działań Zamawiającego został pozbawiony możliwości dokonania kontroli wyjaśnień wykonawcy T-Mobile w sprawie wysokości zaoferowanej ceny. Zamawiający uznał bowiem, że każda z merytorycznych informacji na ten temat przedstawiona przez T-Mobile zasługiwała na utajnienie.

Odwołujący podniósł, że za rażąco niską cenę może być uznana nie tylko cena oferty, ale i ceny jednostkowe wskazane w formularzu ofertowym. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz poglądami Prezesa UZP ceną rażąco niską w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 może być nie tylko cena oferowana za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, ale i cena jednostkowa – o ile cenę jednostkową można uznać za samodzielną cenę będącą podstawą rozliczenia za wykonanie wyodrębnionego elementu przedmiotu zamówienia. W niniejszym postępowaniu ceny jednostkowe abonamentów niewątpliwie są cenami samodzielnymi, będącymi podstawą do dokonywanych rozliczeń jak i ocenianymi w ramach kryteriów oceny ofert.

W ocenie Odwołującego cena zaoferowana przez T-Mobile nie ma charakteru rynkowego, jest nieopłacalna i nie jest możliwe wykonywanie umowy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Odwołujący zwrócił uwagę w szczególności na potrzebę uwzględniania w złożonej ofercie całości kosztów prowadzonej działalności telekomunikacyjnej, w tym w szczególności kosztów pracowniczych, kosztów budowy i rozbudowy infrastruktury telekomunikacyjnej, koszt zakupu częstotliwości, koszt utrzymania i rozbudowy oprogramowania. Stwierdził, że oferowany przez T-Mobile abonament miesięczny za Internet mobilny to kwota między 30-40 zł miesięcznie dla osób fizycznych oraz 20-40 zł dla firm w zależności od wielkości transmisji danych. Zdaniem Odwołującego mamy do czynienia jednak nie tyle z odmiennym sposobem

uwzględniania kosztów stałych, co z pominięciem przez T-Mobile znaczącej części takich kosztów w złożonej ofercie. Odwołujący podniósł, że za cenę rynkową może być uznana cena, która uwzględnia wszelkie koszty wykonywanej działalności telekomunikacyjnej (w tym koszty pośrednie), tak by wykonawca uniknął niedozwolonego przerwania kosztów usługi na odbiorców innych usług operatora telekomunikacyjnego. Powołując się na orzecznictwo Izby stwierdził, że okoliczność, iż wykonawca wcześniej wybudował infrastrukturę, nabył prawo do wykorzystania określonych pasm częstotliwości przesyłu danych, wytworzył systemy monitorowania, czy zarządzania usługami, nie przesądza o tym, że koszty takie mogą być całkowicie pominięte jako wliczone w cenę usług na rzecz innych odbiorców.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający powinien szczególnie wnikliwie zbadać wyjaśnienia wykonawcy, ocenić, na ile przedstawione uzasadnienie potwierdza rynkowy charakter oferty czy podane informacje znajdują uzasadnienie w przedstawionych dowodach. Jedynie rzetelne badanie takich wyjaśnień, a nie poprzestanie na akceptacji ogólnikowych argumentów jest gwarantem zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu przetargowym. Odwołujący stwierdził, że w jego ocenie oferowany abonament jest rażąco niski, co przesądza o zasadności odrzucenia przedmiotowej oferty.

Zarzut czynu nieuczciwej konkurencji

Odwołujący podniósł, że zaoferowanie przez T-Mobile ceny brutto za miesięczny abonament za kartę data rażąco niskiej jest czynem nieuczciwej konkurencji. Mamy bowiem do czynienia ze sztucznym zawyżaniem punktacji w ofercie wykonawcy, w oderwaniu od realiów wykonywanego zamówienia. T-Mobile otrzymał w ramach tego kryterium dziesięciokrotnie więcej punktów niż pozostali dwa wykonawcy.

Odwołujący powołał się na orzecznictwo Izby wskazujące na konieczność odrzucania ofert składanych w sposób wskazujących na zamiar manipulowania cenami. Podniósł, że czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy. Niewątpliwie zaoferowanie wykonania świadczenia za nierynkową wartość w celu uzyskania lepszej punktacji w ramach postępowania przetargowego, zasługuje na uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty T-Mobile wraz z unieważnieniem czynności poprawienia omyłki, odrzucenia oferty T-Mobile jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, a także oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny (ustalenie wysokości elementu kosztotwórczego).

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący 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 niezyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca T-Mobile S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut bezzasadnego poprawienia omyłki w ofercie T-Mobile i zarzut błędu w obliczeniu ceny

Zarzuty są niezasadne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

We wzorze formularza oferty (załącznik nr 2 do SIWZ) Zamawiający zamieścił tabelę, w której wymagał podania następujących elementów:

- Abonament voice bez aparatu telefonicznego (miesięczny),
- Abonament voice z aparatem telefonicznym (miesięczny),
- Abonament za kartę data (miesięczny),
- Pula na jedną kartę SIM voice z aparatem telefonicznym,
- Stały rabat na sprzęt ujęty w Cenniku.

Zgodnie z rozdz. XV SIWZ:

1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:

- 1) budżet na Sprzęt - 40%.

W kryterium tym zostanie zastosowany wzór:

(wysokość budżetu na Sprzęt wyliczona na podstawie badanej oferty / najwyższa wysokość budżetu na Sprzęt) x 100 pkt x 40%.

Budżet na Sprzęt wyliczony zostanie według wzoru: $A \times M \times P$, gdzie:

A to ilość kart SIM voice z aparatem telefonicznym: 277 szt.;

M to ilość miesięcy trwania kart: 24 miesiące;

P to pula na jedną kartę SIM Voice z aparatem telefonicznym: cena zaoferowana przez Wykonawcę w OFERCIE, ust. 1, tabela, poz. d).

- 2) cena brutto abonamentu voice bez aparatu telefonicznego za miesiąc 30%.

W kryterium tym zostanie zastosowany wzór:

(najniższa cena brutto abonamentu Voice bez aparatu telefonicznego za miesiąc / cena brutto abonamentu Voice bez aparatu telefonicznego za miesiąc w badanej ofercie) x 100 pkt x 30.

- 3) cena brutto abonamentu za kartę data za miesiąc - 20%.

W kryterium tym zostanie zastosowany wzór:

(najniższa cena brutto abonamentu za kartę data za miesiąc / cena brutto abonamentu za kartę data za miesiąc w badanej ofercie) x 100 pkt x 20%.

- 4) stały rabat na Sprzęt - 10%.

W kryterium tym zostanie zastosowany wzór:

(wysokość stałego rabatu na Sprzęt w badanej ofercie / najwyższą wysokość stałego rabatu na Sprzęt) x 100 pkt x 10%.

Zgodnie z definicją zawartą w preambule wzoru umowy, budżet to pula zakupowa (wartość) określona w ofercie przez Wykonawcę, w ramach której Zamawiający będzie mógł zamawiać Sprzęt do 30.06.2020 r.

Zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy Wykonawca do 30.06.2020 r. umożliwi Zamawiającemu zamawianie Sprzętu do limitu Budżetu w wysokości zł (słownie złotych: _____) netto (według aktualnego na dzień składania zamówienia Cennika z uwzględnieniem stałego Rabatu), przy czym Sprzęt zostanie zakupiony za cenę jednostkową 1,00 zł netto (słownie: jeden złoty) + podatek VAT.

Zgodnie z § 7 ust. 1 wzoru umowy maksymalne łączne wynagrodzenie Wykonawcy wynikające z tytułu realizacji przedmiotu Umowy za okres jej realizacji określony w § 4 wyniesie nie więcej niż 379.701,00 zł brutto (słownie: trzysta siedemdziesiąt dziewięć tysięcy siedemset jeden złotych i 00/100). Kwota ta stanowi maksymalną wielkość zobowiązania Zamawiającego wynikającą z Umowy.

Wyjaśniając treść SIWZ, w odpowiedzi na pytanie 29 (w formularzu ofertowym Zamawiający nie określił, czy pula na jedną kartę SIM Voice z aparatem telefonicznym dotyczy miesiąca czy całego okresu umowy) Zamawiający podał, że pula na jedną kartę SIM

Voice z aparatem telefonicznym dotyczy jednego miesiąca. Analogicznej odpowiedzi Zamawiający udzielił w odpowiedzi na pytanie nr 32.

Przystępujący w złożonej ofercie w rubryce *Pula na jedną kartę SIM voice z aparatem telefonicznym* wpisał kwotę 650,41 zł netto, 800,00 zł brutto. Wykonawca Orange zaoferował w tym zakresie kwotę 950,00 zł netto, 1.168,50 zł brutto, a Polkomtel 39,60 zł netto, 48,70 zł brutto.

Pismem z 19 grudnia 2018 r. Zamawiający wezwał Przystępującego – na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień w zakresie ww. elementu oferty. Zamawiający wskazał, że w trakcie oceny oferty wyliczył Budżet na sprzęt na kwotę w wysokości 5.318.400,00 zł, zgodnie ze wzorem: 277 x 24 x 800,00 zł i powziął wątpliwość czy wskazana w ofercie kwota na pulę w wysokości 800,00 zł została określona prawidłowo. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący wyjaśnił, że: *W ust. 1, w tabeli, poz. d) załącznika nr 2 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia – Oferta (dalej jako: „Oferta”) Zamawiający wymagał wskazania „puli na jedną kartę SIM Voice z aparatem telefonicznym”. Wyjaśniamy, że ze względu na oznaczenie tej rubryki Wykonawca omyłkowo wskazał w niej kwotę, która odpowiada kwocie przeznaczanej na 1 kartę SIM w całym okresie trwania umowy – 24 miesiące, nie zaś w jednym miesiącu. Aby ustalić kwotę dot. jednego miesiąca, kwota wskazana przez Wykonawcę w ust. 1, w tabeli, poz. d) Oferty powinna zostać podzielona przez czas trwania umowy tj. 24 miesiące. Intencją Wykonawcy było zaoferowanie ceny za 1 miesiąc w wysokości 27,10 PLN netto (33,33 PLN brutto) (kwoty te wynikają z zaokrąglenia zgodnie zasadami matematyki). Jednak ze względu na nazwę wiersza d) wskazanego w ust. 1 Oferty „Pula za jedną kartę SIM Voice z aparatem telefonicznym” Wykonawca przyjął, że skoro Zamawiającemu chodzi o „pulę”, to wymaga podania ceny za cały okres realizacji umowy. Mając powyższe na uwadze przedmiotowa omyłka powinna zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (...). Zamawiający posiada wszelkie informacje niezbędne do poprawienia przedmiotowej omyłki. Fakt, że również inny wykonawcy, który złożył ofertę w przedmiotowym Postępowaniu popełnił analogiczną omyłkę, świadczy o tym, że formularz ofertowy nie był dla wykonawców jednoznaczny (...).*

Pismem z 2 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o poprawieniu omyłki poprzez wpisanie w punkcie d formularza oferty kwoty 27,10 zł netto, 33,33 zł brutto.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 (pkt 2) oraz jeżeli oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny (pkt 6). Zgodnie z art. 87 ust.

2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SIWZ, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy po pierwsze stwierdzić należy, że z treści SIWZ, w tym z wzoru formularza oferty, nie wynika, że kwota w rubryce *Pula na jedną kartę SIM voice z aparatem telefonicznym* miała być podana w odniesieniu do jednego miesiąca. Takiej informacji SIWZ nie zawiera, w związku z czym uprawnione byłoby założenie, że określenie *pula* odnosi się do środków dotyczących całego okresu wykonywania umowy. Kwestia ta została natomiast doprecyzowana przez Zamawiającego w odpowiedziach na pytania wykonawców, w których Zamawiający poinformował, że pula na jedną kartę SIM Voice z aparatem telefonicznym dotyczy jednego miesiąca. Biorąc pod uwagę, że udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi stanowią część SIWZ i powinny być uwzględnione przy składaniu ofert, należy stwierdzić, że oferta, w której wykonawca wycenił ww. element w odniesieniu do całego okresu obowiązywania umowy, nie odpowiadała treści SIWZ.

Zauważenia wymaga, że treść udzielonych wyjaśnień, wbrew stanowisku Odwołującego, nie może być uznana za okoliczność powodującą niedopuszczalność poprawienia oferty Przystępującego. Treść tych wyjaśnień pozwala jedynie stwierdzić, że w ofercie Przystępującego wystąpiła niezgodność z SIWZ (gdyby Zamawiający takich wyjaśnień nie udzielił, nie można byłoby mówić o jakiegokolwiek niezgodności w tym zakresie). Podkreślenia wymaga, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wprost dopuszcza poprawienie błędów polegających właśnie na niezgodności oferty z treścią SIWZ, pod warunkiem zaistnienia pozostałych przesłanek określonych tym przepisem, tj. omyłkowego charakteru tej niezgodności i nieprowadzenia do istotnych zmian w treści oferty.

Następnie stwierdzić należy, że okoliczności sprawy nie pozostawiają wątpliwości, że kwota podana przez Przystępującego (800,00 zł) nie dotyczyła jednego miesiąca, ale całego okresu obowiązywania umowy, a wyjaśnienia złożone w tym zakresie należy uznać za wiarygodne i niestanowiące negocjowania treści oferty, ale służące pozyskaniu informacji pozwalających wyeliminować dostrzegalne na pierwszy rzut oka wątpliwości. Nie sposób bowiem przyjąć, że zamiarem wykonawcy było zaoferowanie Zamawiającemu takiego budżetu na sprzęt, który wielokrotnie przekracza wynagrodzenie, jakie wykonawca może otrzymać z tytułu wykonania umowy. Zauważyć należy, że gdyby przyjąć kwotę 800,00 zł za odnoszącą się do jednego miesiąca, to po przemnożeniu przez liczbę kart SIM (277) oraz liczbę miesięcy trwania umowy (24), dałoby to kwotę budżetu na sprzęt w wysokości 5.318.400,00 zł, podczas gdy zgodnie z wzorem umowy (§ 7 ust. 1), znanym wykonawcy i przez niego zaakceptowanym, maksymalne łączne wynagrodzenie wynikające z tytułu realizacji wyniesie nie więcej niż 379.701,00 zł brutto. Nielogiczne i nieracjonalne, a wręcz prowadzące do absurdalnych wniosków, jest zatem założenie, że wykonawca celowo i świadomie zaoferował budżet na sprzęt w wysokości ponad 14-krotnie wyższej niż maksymalne wynagrodzenie możliwe do uzyskania za realizację umowy. Założenie takie jest tym bardziej nie do przyjęcia, że prowadziłoby do możliwości w zasadzie comiesięcznej wymiany sprzętu przez Zamawiającego, co w żadnej mierze nie odpowiada praktyce na rynku usług telekomunikacyjnych. Zgadzając się z Odwołującym, że Zamawiający nie powinien domniemywać zamiarów wykonawcy, stwierdzić należy, że w sytuacji, gdy te zamiary w świetle całokształtu okoliczności są czytelne i nie pozostawiają wątpliwości, nie można ich pominąć przy ocenie treści oferty.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że w ofercie Przystępującego wystąpiła niezgodność z treścią SIWZ, polegająca na podaniu puli na jedną kartę SIM dla całego okresu umowy, zamiast dla jednego miesiąca, przy czym – z uwagi na wskazane wyżej okoliczności – niezgodność tę należy uznać za wynik omyłki wykonawcy. Do popełnienia takiej omyłki mógł przyczynić się fakt, że wymagania Zamawiającego w tym zakresie nie zostały wyartykułowane w SIWZ, a pojawiły się dopiero w udzielonych wyjaśnieniach, wśród licznych odpowiedzi na inne pytania wykonawców, co mogło spowodować, że z powodu nieuwagi, przeoczenia czy braku staranności przy sporządzaniu oferty, mogły nie zostać uwzględnione przy sporządzaniu oferty. Warto zauważyć, że tego rodzaju błąd popełniło dwóch z trzech wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, co pozwala zakładać, że sposób zredagowania SIWZ (brak wskazania w tekście SIWZ, że pula ma się odnosić do jednego miesiąca, co pozwalało przyjąć, że Zamawiającemu chodzi o cały okres obowiązywania umowy, późniejsze doprecyzowanie tej kwestii w udzielonych wyjaśnieniach) było źródłem omyłek wykonawców.

Na koniec należało ocenić, czy poprawienie omyłki w ofercie Przystępującego doprowadziło do istotnych zmian w jej treści. W ocenie Izby na takie pytanie należy udzielić odpowiedzi przeczącej. Trzeba bowiem wziąć pod uwagę, że poprawienie omyłki doprowadziło nie tyle do zmiany oświadczenia woli wykonawcy, co do takiego sposobu prezentacji elementów oferty, które odpowiadały rzeczywistemu oświadczeniu woli, interpretowanemu z uwzględnieniem okoliczności, w jakich zostało złożone. Jak już wyżej wskazano, wszelkie okoliczności sprawy pozwalają z pewnością przyjąć, że rzeczywistym zamiarem wykonawcy było zaoferowanie puli budżetu na sprzęt w wysokości 800,00 zł na cały okres obowiązywania umowy, a twierdzenie przeciwne byłoby co najmniej nieracjonalne. Skoro tak należy rozumieć oświadczenie woli wykonawcy, to nie ma wątpliwości, że oceniając ofertę Zamawiający powinien podstawić do wzoru określonego w punkcie XV.1.1 SIWZ wartość stanowiącą 1/24 kwoty wpisanej do formularza oferty, doprowadzenie natomiast samego formularza do zgodności z instrukcją Zamawiającego przedstawioną w odpowiedziach na pytania, wymagało podzielenia wpisanej tam kwoty przez 24 miesiące, co Zamawiający uczynił. Poprawienie omyłki nie doprowadziło więc do istotnej zmiany jej treści, rozumianej jako treści oświadczenia woli wykonawcy.

Wobec powyższego za niezasadny należy uznać także zarzut dotyczący błędu w obliczeniu ceny oferty Przystępującego. Skoro nieprawidłowość w tej ofercie została poprawiona zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w granicach wyznaczonych przez ten przepis, nie może być mowy o istnieniu podstawy do odrzucenia oferty określonej w art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie T-Mobile oraz zarzut czynu nieuczciwej konkurencji

Zarzuty są niezasadne.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wykonawcy zaoferowali w postępowaniu następujące ceny za abonament miesięczny za kartę data: Orange Polska S.A. 35, 67 zł, Polkomtel Sp. z o.o. 30,75 zł, T-Mobile Polska S.A. 3,69 zł.

Pismem z 2 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących abonamentu miesięcznego za kartę data. Zamawiający wskazał, że cena ta budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ. Zamawiający szacując wartość zamówienia przyjął koszt miesięczny za kartę data w wysokości 29,52 zł brutto. Pozostali Wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu, zaoferowali ceny za „Abonament za kartę data (miesięczny)” w wysokości 35,67 zł oraz 30,75 zł.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia, których merytoryczną treść skutecznie zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (pkt 3), zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (pkt 4). Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Art. 90 ust. 1a ustawy stanowi, że przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych Izba może orzekać w granicach zarzutów określonych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), nie może natomiast dokonywać generalnej kontroli prawidłowości działań zamawiającego, w oderwaniu do okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutów.

Podnosząc zarzut rażąco niskiej ceny Odwołujący, poza przywołaniem licznych tez z orzecznictwa i poglądów Prezesa UZP, a także przedstawieniem teoretycznych twierdzeń o rozkładzie ciężaru dowodów i wskazaniem na różnice w zaoferowanych cenach stwierdził, że objęcie złożonych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa uniemożliwia mu odniesienie się do nich, w związku z czym Odwołujący wniósł o wnikliwe zbadanie przez Izbę złożonych wyjaśnień. Obok powyższych twierdzeń Odwołujący w zasadzie poprzestał na zaprzeczeniu prawidłowości i realności ceny za abonament miesięczny za kartę data, stwierdzając, że nie ma ona charakteru rynkowego, powołał się na ceny oferowane przez T-Mobile na rynku i zarzucił pominięcie znaczącej części kosztów stałych. Jednocześnie Odwołujący nie tylko nie podjął próby jakiegokolwiek uwiarygodnienia swoich twierdzeń, ale przede wszystkim sformułował je na poziomie bardzo ogólnym. Jakkolwiek w postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania prawidłowości ceny (który należy rozumieć jako ciężar wykazania, że złożone zamawiającemu wyjaśnienia potwierdzały prawidłowość ceny), stosownie do art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę, to taki rozkład ciężaru dowodu nie zwalnia Odwołującego obowiązku sprecyzowania podstaw faktycznych swoich twierdzeń i przedstawienia wyводу na ich poparcie oraz inicjatywy zmierzającej chociażby do ich uprawdopodobnienia. Dotyczy to również sytuacji, w których wyjaśnienia wykonawcy zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, a Odwołujący, nie kwestionując zasadności takiego zastrzeżenia, decyduje się podnieść zarzut bez znajomości treści wyjaśnień. Chociaż nie można wykonawcy odmówić prawa do podniesienia takiego zarzutu i nie można też wymagać, aby polemizował z konkretnymi informacjami przedstawionymi w wyjaśnieniach, których przecież nie zna, to jednak powinien nie tylko ogólnie zakwestionować prawidłowość ceny, ale też wskazać i uzasadnić, z czego wywodzi swoje twierdzenia. Skoro Odwołujący, nie wiedząc, co zawierają wyjaśnienia, twierdzi, że cena jest nierealna niezależnie od okoliczności podanych w wyjaśnieniach, to znaczy, że jego zdaniem istnieją jakieś obiektywne i mogące być poparte konkretnymi argumentami okoliczności, które potwierdzają nierealność ceny. W związku z tym powinien przedstawić te okoliczności i zaprezentować własne wyliczenia uwzględniające konieczne do poniesienia koszty dotyczące wszystkich wykonawców. Nie jest prawidłowe – jak to zrobił Odwołujący w rozpoznawanej sprawie – poprzestanie na zanegowaniu realności ceny i przedstawieniu kilku pozbawionych szerszego wyводу twierdzeń kwestionujących jej prawidłowość, z jednoczesnym wnioskiem do Izby o wnikliwe zbadanie przez nią wyjaśnień. Okoliczność, że wyjaśnienia Przystępującego zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może zmieniać formuły postępowania odwoławczego, czyniąc z Izby organ dokonujący generalnej kontroli prawidłowości prowadzonego postępowania.

W ocenie Izby, uwzględniając ograniczenia wynikające z utajnienia wyjaśnień Przystępującego, stwierdzić należy, że Odwołujący nie podjął nawet próby uwiarygodnienia swoich twierdzeń o nierealności ceny za abonament miesięczny za kartę data, próbując spowodować dokonanie przez Izbę generalnej kontroli prawidłowości ceny. Żadne z ogólnych twierdzeń podniesionych w odwołaniu nie pozwala uznać kwestionowanej ceny za rażąco niską. W tych okolicznościach zarzutu nie można uznać za zasadny.

Te same uwagi dotyczą zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowaną cenę za abonament miesięczny za kartę data. W przypadku tego zarzutu odwołanie w zasadzie nie zawiera uzasadnienia, pomijając gołosłowną tezę zaoferowaniu ceny w celu sztucznego zawyżeniu punktacji i przytoczenie fragmentów uzasadnień orzeczeń. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że w przeciwieństwie do kwestii rażąco niskiej ceny, w przypadku zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, ciężar dowodu obciąża na zasadach ogólnych Odwołującego.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 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 i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: