

WYROK

z dnia 17 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 i 14 lipca 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 czerwca 2015 r. przez wykonawcę

Polkomtel Sp. z o. o. ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

**Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi
ul. Żwirki i Wigury 9/13, 00-909 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **T-Mobile Poland Sp. z o. o. ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części I i II zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert dla części I i II zamówienia, w tym odrzucenie oferty wykonawcy T-Mobile Poland Sp. z o. o. dla części I i II zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych,**
- 2. kosztami postępowania obciąża T-Mobile Poland Sp. z o. o. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Polkomtel Sp. z o. o. tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od T-Mobile Poland Sp. z o. o. na rzecz Polkomtel Sp. z o. o. kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi prowadzi postępowanie o zawarcie umów szczegółowych na świadczenie usług telefonii komórkowej, wszczęte w trybie art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zaproszenie do składania ofert zostało skierowane do wykonawców 13 maja 2015 r.

Ogłoszenie o postępowaniu mającym na celu zawarcie umowy ramowej zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 lutego 2015 r. pod numerem 2015/S 031-052393. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Postępowanie prowadzone jest z podziałem zamówienia na dwie części, tj.: świadczenie usług telefonii komórkowej na 7509 numerach aktualnie eksploatowanych wraz z dostawą aparatów telefonicznych (część I) oraz świadczenie usług telefonii komórkowej na 1600 nowo zakupionych numerach wraz z dostawą aparatów telefonicznych (część II). Odwołanie dotyczy obu części.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – Polkomtel Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie: 1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile Polska S.A., która nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na to, że przedmiotowa oferta:

- a) nie zawiera zestawienie cenowego wszystkich aparatów telefonicznych dostępnych u ww. wykonawcy w sprzedaży, pomimo wyraźnie sformułowanego przez zamawiającego wymogu w tym zakresie dla obu części zamówienia oraz
- b) zawiera wewnętrzne sprzeczności polegające na zaoferowaniu zamawiającemu tego samego aparatu telefonicznego w dwóch różnych cenach w ramach oferty złożonej na realizację części I oraz części II zamówienia,

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile Polska S.A., pomimo że oferta na realizację części I oraz części II zamówienia zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części I i II, tj. oferty złożonej przez T-Mobile Polska S.A.,
2. odrzucenia oferty T-Mobile Polska S.A. dla części I i II jako oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
3. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Podstawy faktyczne i prawne dla zaskarżenia czynności zamawiającego w obu częściach zamówienia są tożsame.

Odwołujący wskazał, że stosownie do treści punktu 7.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta powinna zawierać zestawienie cenowe wszystkich dostępnych u wykonawcy w sprzedaży aparatów telefonicznych. Obowiązek ten został także potwierdzony w punkcie 12. opisu wymagań dla części I i II. Wymogiem było więc przedstawienie pełnego zestawienia aparatów telefonicznych sprzedawanych na dzień składania ofert przez poszczególnych wykonawców (operatorów telekomunikacyjnych), ewentualnie obowiązującego cennika telefonów.

Zestawienie cenowe wszystkich dostępnych u T-Mobile Polska S.A. w sprzedaży aparatów telefonicznych (załącznik nr 2 do oferty) nie zawiera wszystkich telefonów będących w sprzedaży wykonawcy i jako takie jest niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Potwierdza to cennik telefonów dostępnych u wykonawcy zamieszczony na jego stronie internetowej, ważny od 27 maja 2015 r., czyli od dnia złożenia oferty w postępowaniu. Wykonawca nie wycenił aparatu telefonicznego LG KizOn (W105E).

Ponadto złożone przez T-Mobile Polska S.A. zestawienie cenowe wszystkich aparatów telefonicznych dostępnych u w sprzedaży zawiera wewnętrzną sprzeczność przejawiającą się w tym, że aparat telefoniczny Kazam Tornado 348 został wyceniony w dwóch pozycjach, tj.

w pozycji 36. i 60., a wyceny te są różne – 1.829 zł w poz. 36. i 3.829 zł w poz. 60. Sprzeczność ta nie może być usunięta w następstwie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego treści oferty, albowiem konsekwencją jej usunięcia byłaby niedozwolona zmiana oferty wykonawcy.

Cena oferty T-Mobile Polska S.A. jest w części I zamówienia niższa o 67,01% od wartości zamówienia, a w części II o 67,20%, ustalonej na 5.241.057 zł netto dla części I i 1.115.853 zł netto dla części II. Pozostałe oferty wynosiły odpowiednio: Orange Polska S.A. 5.557.747,07 zł netto dla części I i 1.149.398,00 zł netto dla części II oraz Polkomtel Sp. z

o.o. 4.410.477,52 zł netto dla części I i 937.224,54 zł netto dla części II. Ceny T-Mobile Polska S.A. to 1.729.046,49 zł netto dla części I i 366.034,00 zł netto dla części II.

Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. To wykonawca, którego dotyczy postępowanie wyjaśniające powinien udowodnić brak rażąco niskiej ceny. Wykonawca powinien wskazać i opisać obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, a wyjaśnienia te powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak, aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia. Jednocześnie wyjaśnienia te nie mogą opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, lecz muszą być konkretne, wyczerpujące i rzeczywiście uzasadniać podaną w ofercie cenę. Nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. T-Mobile Polska S.A. nie udowodnił, iż zaoferowana przez niego cena za realizację części I i II zamówienia nie jest rażąco niska.

Na podstawie wyjaśnień można przyjąć, iż jednym z czynników umożliwiających realizację usługi na warunkach cenowych wskazanych w ofercie, jest skala i obszar działalności wykonawcy, obejmujący obsługę 633 podmiotów administracji publicznej. Okoliczność ta nie stanowi jednak żadnej przewagi konkurencyjnej nad pozostałymi wykonawcami, gdyż odwołujący obecnie obsługuje około 4300 podmiotów administracji publicznej, podobnie jak trzeci z oferentów. Wykonawca nie wykazał skutecznie, w jaki sposób jego pozycja na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia przełożyła się na stworzenie wykonawcy podstaw do korzystniejszej dla zamawiającego kalkulacji ceny ofertowej.

T-Mobile Polska S.A. poczynił także nieuzasadnione założenie, iż w znacznym stopniu nie będzie ponosił tzw. kosztów interkonektu, czyli opłat, jakie operatorzy telekomunikacyjni muszą sobie nawzajem płacić w zamian za zrealizowane połączenia międzysieciowe, skoro odwołujący i Orange Polska S.A. są ważnymi uczestnikami rynku zamówień publicznych, a ponadto pomija okoliczność, iż wykonywane będą także połączenie głosowe do użytkowników sieci spoza organów administracji publicznej.

Wyjaśnienia wykonawcy oparte zostały na ogólnych, nieprecyzyjnych twierdzeniach, bez powoływania się na konkretny materiał dowodowy. Z treści wyjaśnień można jedynie wysnuć wniosek, iż wykonawca posiada „korzystne warunki zakupu” i uzyskuje znaczne rabaty/upusty, przy czym nie wskazał, na ile warunki zakupu są korzystne w stosunku do cen rynkowych za poszczególne aparaty telefoniczne oraz na ile znaczące są rabaty/upusty udzielone przez dostawców sprzętu objętego przedmiotem zamówienia.

Bez znaczenia jest także argumentacja dotycząca braku kosztów związanych z koniecznością rozbudowy sieci telekomunikacyjnej na potrzeby realizacji zamówienia, gdyż po stronie odwołującego także nie ma kosztów w powyższym zakresie. Do tego odwołujący

posiada przewagę nad T-Mobile Polska S.A. wynikającą z faktu, iż obecnie świadczy usługi na rzecz zamawiającego (co potwierdza treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia), obsługuje bowiem 7.508 numerów spośród numerów objętych postępowaniem oraz ponad 15.000 kart SIM w ramach kompleksowej współpracy z zamawiającym, podczas gdy T-Mobile Polska S.A. obsługuje tylko 1 numer. W związku z tym wykonawca zobowiązany będzie do poniesienia kosztów związanych m.in.: z połączeniami międzyoperatorskimi. Odwołujący jako podmiot świadczący usługi na rzecz zamawiającego o podobnym zakresie jak przedmiot postępowania może realnie ocenić, czy cena zaproponowana przez T-Mobile Polska S.A. jest ceną rażąco niską, jak również posiada większe doświadczenie we współpracy z zamawiającym.

Z racji częściowego utajnienia treści wyjaśnień odwołujący domniemywa, że w ramach części niejawnej T-Mobile Polska S.A. podjął próbę odniesienia się do wysokości kosztów, takich jak: koszty bezpośrednie, np.: wartość subsydiowanego sprzętu, koszty kart SIM oraz koszty opłat interkonektowych oraz pozostałe koszty (np. licencji na usługę Blackberry). W przeciwnym razie brak wykazania tychże kosztów dodatkowo potwierdzać będzie, iż wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za wystarczające na potwierdzenie okoliczności, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

II Stanowisko zamawiającego i przystępującego po jego stronie

Zamawiający uwzględnił odwołanie. Poza tym nie przedstawił swojego stanowiska.

Przystępujący po stronie zamawiającego T-Mobile Polska S.A. wniósł sprzeciw od uwzględnienia odwołania.

III Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

IV Ustalenia Izby co do zarzutów

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty T-Mobile Polska S.A. dla części I i II zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty T-Mobile Polska S.A. dla części I i II

zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Na wstępie Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Izba ustaliła, że zgodnie z wymaganiami punktu 7.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta musiała zawierać (składać się) z formularza cenowego sporządzonego według wzoru oraz zestawienia cenowego wszystkich dostępnych u wykonawcy w sprzedaży aparatów telefonicznych (według wzoru). W punkcie 12. załącznika nr 1 do specyfikacji – opis przedmiotu zamówienia zamawiający wskazał, że wykonawcy mają dołączyć do oferty zestawienie wszystkich dostępnych u wykonawcy w sprzedaży aparatów telefonicznych wraz z ich cenami katalogowymi.

T-Mobile Polska S.A. dołączył taki wykaz, jednak nie zawarł w nim, co było bezsporne, telefonu (urządzenia) o nazwie LG KizON.

Przystępujący T-Mobile Polska S.A. wskazał, iż urządzenie LG KizON nie jest aparatem telefonicznym, lecz jest opaską inteligentną dla dzieci (lokalizatorem), zatem raczej gadżetem niż aparatem telefonicznym oferowanym biznesowo.

Odwołujący wskazał, iż telefon LG KizOn został zdefiniowany przez przystępującego w cenniku jako telefon, który jest też adresowany do klientów biznesowych. Posiada on co prawda ograniczenia funkcji, ale podstawowa funkcjonalność wykonywania połączeń została zachowana.

Podczas rozprawy Izba przeprowadziła dowód z oględzin ww. urządzenia LG KizON udostępnionego przez przystępującego T-Mobile Polska S.A. oraz dowód z dokumentu prywatnego w postaci wydruku ze strony internetowej www.LG.pl stanowiącego opis urządzenia.

Po zapoznaniu się z wyglądem i przeznaczeniem urządzenia Izba stwierdziła, że przystępujący T-Mobile Polska S.A. mógł pominąć w swoim wykazie urządzenie LG KizON. Niezależnie bowiem od tego, czy nazwać je formalnie aparatem telefonicznym/telefonem, czy też nie, jego wygląd świadczy, że ewidentnie nie jest to aparat telefoniczny w powszechnym rozumieniu (a także rozumieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia), czyli telefon, smartfon itp., lecz opaska przeznaczona do noszenia przez kilkuletnie dzieci

(okazane opaski były niewielkiego rozmiaru, wykonane z materiału podobnego do gumy, w kolorze błękitnym i różowym z nadrukami w serduszka i samochodziki).

Niezależnie też od tego, czy klienci biznesowi nabywają ten produkt w ramach gadżetu dla własnych dzieci, urządzenie to ewidentnie pozostaje poza zainteresowaniem MON – trudno bowiem sobie wyobrazić, by pracodawca – w ramach uzyskanej oferty – miał wyposażyć swojego pracownika lub żołnierza w urządzenie tego typu zamiast „normalnego” telefonu czy smartfonu. Nie ma też podstaw, by zamawiający w ramach umowy otrzymywał takie urządzenie jako gratis do innego telefonu – zresztą w takim wypadku nie byłoby ono objęte cennikiem.

Tym samym Izba uznała, że brak tego urządzenia w wykazie aparatów telefonicznych nie może stanowić o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezależnie bowiem od innych okoliczności wymagania zamawiającego należy interpretować zgodnie z ich celem i racjonalnie. Należy tu na marginesie zwrócić uwagę, że funkcje telefonu mogą pełnić także inne urządzenia np. tablety, których nie podawano w wykazie.

Bezsporne było także, że przystępujący T-Mobile Polska S.A. w dwóch pozycjach (36. i 60.) ww. zestawienia aparatów telefonicznych wymienił aparat Kazam Tornado 348 wyceniając go w poz. 36. na kwotę 1.829 zł, a w poz. 60. na kwotę 3.829 zł. Wynika to wprost z treści oferty przystępującego.

Przystępujący T-Mobile Polska S.A. oświadczył, że wartość podana w poz. 36. jest prawidłowa, a w poz. 60. nieprawidłowa.

W opinii Izby jest to ewidentna sprzeczność w treści oferty – tak jak podniósł to odwołujący – która w innych okolicznościach mogłaby stanowić podstawę od jej odrzucenia. Jednak w stanie faktycznym tego postępowania rozbieżność ta mogłaby zostać usunięta w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. jako omyłka polegająca na niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – z jej punktem 7.3., zgodnie z którym wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Zaoferowanie tego samego aparatu telefonicznego w dwóch cenach można uznać za dwie oferty.

W innych okolicznościach takie poprawienie oferty byłoby niemożliwe, nie wiadomo bowiem by było, którą cenę należałoby skorygować. W niniejszym postępowaniu jednak jest ono dopuszczalne, gdyż nie powoduje istotnej zmiany treści oferty – a nawet żadnej jej zmiany poza formalną korektą.

Zamawiający wymagał bowiem (m.in. str. 9 i str. 22 i 23 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) wycenienia aparatów telefonicznych w czterech grupach cenowych: 0,01-699,99 zł, 700-1499,99 zł, 1500-2499,99 zł i 2500-3500 zł (wartość aparatu według cennika katalogowego). Tym samym – co nie było sporne podczas rozprawy – zamawiający nie

przewidywał możliwości zakupu aparatów wycenionych w cenniku katalogowym na więcej niż 3500 zł. Zatem nie mógłby zakupić aparatu o wartości katalogowej 3.829 zł.

Tym samym wszystkie wymienione przez przystępującego w wykazie aparaty o wyższych cenach (pozycje powyżej 50.) i tak nie są objęte przedmiotem zamówienia – i tym samym ofertą (oferta tu jest niejako „pusta”). Umieszczenie tych pozycji w wykazie można uznać za zbędne z punktu widzenia celu oferty (jakkolwiek wykonawca prawdopodobnie chciał wykonać polecenie zamieszczenia „wszystkich” aparatów).

Z tego powodu nie ma przeszkód, by zamawiający taką pozycję wykreślił (tu: poz. 60.). Jak wskazano wcześniej, nie jest to istotna zmiana oferty – a nawet *de facto* żadna jej zmiana. Nie ma też powodów, by przypuszczać, że umieszczenie tego samego aparatu telefonicznego

w dwóch pozycjach wykazu nastąpiło z innego powodu niż omyłka. Spełnione zatem by były wszystkie przesłanki art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym odrzucenie oferty z powyższego powodu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie byłoby poprawną czynnością zamawiającego.

Izba uznała jednak, że potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty przystępującego T-Mobile Polska S.A. ze względu na wystąpienie w niej ceny, którą można uznać za rażąco niską.

Dla obu części zamówienia wykonawcy mieli podać ceny za usługi w oparciu o następujący podział:

1. wartość opłaty stałej abonamentowej – miesięcznie – przystępujący podał 1 zł netto,
2. cena jednej minuty połączenia do sieci własnej wykonawcy – przystępujący podał 0 zł,
3. cena jednej minuty połączenia do sieci komórkowych innych operatorów – przystępujący podał 0,02 zł netto,
4. cena jednej minuty połączenia do sieci stacjonarnych – przystępujący podał 0 zł,
5. opłata abonamentowa (miesięczna) za usługę BlackBerry – przystępujący podał 8 zł netto,
6. cena za jednego SMS – przystępujący podał 0,02 zł netto,
7. cena jednej minuty połączenia w roamingu wychodzącym w krajach UE do Polski – przystępujący podał 0,79 zł netto,
8. cena miesięcznego ryczałtowego pakietu transmisji danych 2,5 GB – przystępujący podał 0 zł,
9. cena miesięcznego roamingowego pakietu transmisji danych 500 MB na obszarze UE – przystępujący podał 49 zł netto,

10. cena miesięcznego roamingowego pakietu transmisji danych 100 MB poza obszarem UE – przystępujący podał 49 zł netto.

Przy tym zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia powyższe usługi wymienione w poz. 1-4 dotyczyły 7509+1600 numerów (I i II część), za wyjątkiem usług: z poz. 5. (BlackBerry) – 102+16 numerów +/- 20%, poz. 8. – 751+160 numerów, poz. 75+16 numerów, poz. 10. – 75+16 numerów, przy czym nie wszystkie te usługi będą aktywowane na cały okres trwania umowy (zamawiający podał konkretne daty aktywacji).

Zamawiający wskazał też, że średni miesięczny czas połączeń z jednego numeru do sieci własnej wykonawcy wynosi 40 minut, do sieci komórkowych obcych 220 minut, sieci stacjonarnych 25 minut, połączeń roamingowych 1 minutę, SMS-ów – 20.

Dostawa aparatów telefonicznych ma nastąpić w czterech grupach cenowych według cennika katalogowego w liczbie 7509+1600 sztuk (I i II część):

1. 0,01-699,99 zł – % ogólnej liczby aparatów, które będą zakupione w tej grupie: 60 – przystępujący podał cenę netto za aparat 85 zł,
2. 700-1499,99 zł – % ogólnej liczby aparatów, które będą zakupione w tej grupie: 30 – przystępujący podał cenę netto za aparat 49 zł,
3. 1500-2499,99 zł – % ogólnej liczby aparatów, które będą zakupione w tej grupie: 5 – przystępujący podał cenę netto za aparat 49 zł,
4. 2500-3500 zł – % ogólnej liczby aparatów, które będą zakupione w tej grupie: 5 – przystępujący podał cenę netto za aparat 29 zł,

dodatkowo do każdej z grup zamawiający może zamówić 10 sztuk aparatów ponad wskazaną liczbę.

Dla porównania Orange Polska S.A. zaoferował ceny usług w ww. pozycjach odpowiednio:

1. – 15 zł netto, 2. – 0 zł, 3. – 0 zł, 4. – 0 zł, 5. – 20 zł netto, 6. – 0 zł, 7. – 0,79 zł netto, 8. – 2 zł netto, 9. – 50 zł netto, 10. – 82 zł netto,

Polkomtel Sp. z o.o.: 1. – 5 zł netto, 2. – 0 zł, 3. – 0 zł, 4. – 0 zł, 5. – 0,1 zł netto, 6. – 0,1 zł, 7. – 0,40 zł netto, 8. – 5,5 zł netto, 9. – 45 zł netto, 10. – 60 zł netto,

oraz ceny (netto) telefonów komórkowych:

Orange Polska S.A.: grupa 1. – 129 zł, grupa 2. – 300 zł, grupa 3. – 600 zł, grupa 4. – 900 zł.

Polkomtel Sp. z o.o.: grupa 1. – 159 zł, grupa 2. – 459 zł, grupa 3. – 999 zł, grupa 4. – 1999 zł.

W wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu przystępujący powołał się na następujące okoliczności:

1. strategię cenową uwzględniającą wiedzę o usługach i poziomach cen rynkowych oraz metodologię ustalania ceny,
2. specyfikę i realia rynkowe przedmiotu zamówienia, w tym systematyczne obniżanie cen przez operatorów,
3. skalę i obszar działalności wykonawcy, w tym obsługiwanie licznych podmiotów administracji państwowej, co spowoduje, że zamawiający będzie generował ruch (połączenie wychodzące i przychodzące) głównie do numerów T-Mobile, zatem wykonawca nie będzie ponosił kosztów interkonektu,
4. doświadczenie w realizacji podobnych zamówień, które umożliwia realne oszacowanie ilości wykonywanych połączeń i rzeczywistych potrzeb zamawiającego,
5. pozycję negocjacyjną w stosunku do dostawców i producentów urządzeń jako członka Grupy Deutsche Telekom, która umożliwia uzyskiwanie korzystnych warunków zakupu aparatów telefonicznych,
6. brak kosztów rozbudowy sieci telekomunikacyjnej, która to infrastruktura jest współdzielona i pozostaje utrzymywana niezależnie od przedmiotowego zamówienia, co pozwala na nieobciążanie zamówienia jej kosztami,
7. koszty realizacji zamówienia ograniczają się do kosztów bezpośrednich jednorazowych (jak wartość subsydiowania sprzętu, koszty kart SIM), kosztów interkonektu (ograniczonych ze względu na to, że większość połączeń będzie wykonywana w ramach administracji państwowej), pozostałych kosztów (np. VAS per karta SIM, licencje usługi BlackBerry),
8. istotnym źródłem przychodów są przychody z rozliczeń międzyoperatorskich, co stanowi, obok wynagrodzenia, dodatkowy przychód z umowy z zamawiającym.

W wyjaśnieniach tych wykonawca zawarł też krótką tabelę wskazującą na koszty i przychody oraz zysk operatora (została ona objęta tajemnicą przedsiębiorstwa).

Podczas rozprawy przystępujący przedstawił bardziej szczegółowe kalkulacje, które również zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Na wstępie – odnosząc się do poziomu zaoferowanej ceny wartość szacunkową zamówienia i ceny pozostałych ofert, Izba brała pod uwagę jedynie posiłkowo i pobocznie – analiza dotyczyła tej konkretnej ceny tej konkretnej oferty.

Izba nie zgadza się ze stwierdzeniem przystępującego T-Mobile Polska S.A., że ceny jednostkowe są nieistotne, a należy badać jedynie łączną cenę. Cena łączna wynika bowiem wprost z cen jednostkowych (tych cen, które wykonawca podał w tabelach zawartych

w formularzu ofertowym) – zresztą i ceny jednostkowe i, w konsekwencji, cena łączna są nadmiernie niskie.

Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami przystępującego Izba uznała, że są one zbyt ogólne i nieprzekonujące, aby Izba uznała cenę za poprawnie skalkulowaną, a do tego zawierają wewnętrzne sprzeczności. Ze względu na objęcie kalkulacji tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba nie może przywołać konkretnych kwot, wskaże zatem swoje ogólne zastrzeżenia w tym zakresie.

Po pierwsze, zamawiający nie powinien był zaakceptować wyjaśnień w tym kształcie – właśnie z powodu wskazanych powyżej okoliczności, tj. ich ogólnikowości i wewnętrznej sprzeczności, co wpływa na ich niską wiarygodność. Także wyliczenia zawarte w tabeli (może oprócz ewentualnego przychodu z umowy, który zamawiający mógł sobie obliczyć), nie są w żaden sposób uzasadnione (nie wskazano, skąd wykonawca wziął takie liczby). Tym samym zamawiający powinien był poprosić w tym zakresie o dodatkowe wyjaśnienia (zostały one złożone przez przystępującego dopiero podczas rozprawy).

Wewnętrzna sprzeczność wynika głównie z tego, że z jednej strony przystępujący wskazuje, że większość połączeń będzie wykonywana z ramach sieci T-Mobile, a jednocześnie podkreśla znaczenie przychodów z interkonektu. Izba zwróciła też uwagę, że wyjaśnienia złożone podczas rozprawy nie do końca pokrywają się w swoich założeniach z wyjaśnieniami złożonymi zamawiającemu (zwłaszcza jeśli chodzi o stosunek kosztów i przychodów z interkonektu).

Izba zwróciła też uwagę, że zwłaszcza w złożonych podczas rozprawy kalkulacjach, przystępujący podkreślał ewentualne przychody starając się omijać kwestię kosztów.

Co do argumentów z wyjaśnień przystępującego – owszem, systematyczne obniżanie cen przez operatorów cen usług jest faktem powszechnie znanym – usługi te są znacząco tańsze niż 15, 10 czy nawet 5 lat temu, jednak nie oznacza to, że owo obniżanie nie ma swojej granicy. Koszt połączeń w wysokości 0 zł przy abonamencie na poziomie 1 zł znacząco wykracza poza tendencje rynkowe, nawet przy tak dużej liczbie zamawianych abonamentów. Podobnie w zakresie zaproponowania ceny telefonów: 85, 49 i 29 zł netto. Przystępujący w żaden sposób nie udowodnił, że sprzedaż telefonów w tych cenach odbywać się będzie dla niego z zyskiem (a przynajmniej bez strat). Izba akceptuje stanowisko przystępującego, że żaden z operatorów nie ujawni, jakie są jego ceny zakupu urządzeń – inicjatywa dowodowa pozostaje po stronie przystępującego i jej zakres jest jego wyborem – jednak nie oznacza to, że Izba zaakceptuje wyłącznie same twierdzenia wykonawcy jako okoliczność udowodnioną, zwłaszcza przy tak niskich cenach aparatów.

Izba zdaje sobie sprawę, że podane przez przystępującego ceny katalogowe nie są cenami zakupu tych telefonów przez operatora. Co więcej, biorąc pod uwagę przedstawione podczas rozprawy cenniki, z których wynikają różne ceny aparatów w czasie – i to w tendencji odwrotnej do standardowej (standardowo im aparat nowszy na rynku, tym droższy, a następnie, wraz z pojawianiem się nowych modeli, jego cena spada), wcale nie muszą one odnosić się do realnej wartości aparatu, lecz mogą mieć na celu przekonanie klienta, że uzyskuje droższy aparat. Nie oznacza to jednak, że Izba przyjmie bez żadnych dowodów aż taką różnicę w cenie tych aparatów.

Dodatkowo należy stwierdzić, że co prawda powszechnie stosowana przez operatorów jest praktyka sprzedawania abonentom telefonów „za złotówkę” (lub inną niewielką kwotę), jednak w praktyce ich wartość następnie jest odliczana od płaconego abonamentu. Nie da się jednak tego mechanizmu zastosować w przypadku, kiedy sam abonament wynosi 1 zł.

Przystępujący i odwołujący jako jeden z kosztów i źródeł przychodów operatora wskazali koszty oraz dochody z połączeń międzyoperatorskich (interkonektu).

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia wskazał, że średni miesięczny czas połączeń z jednego numeru do sieci własnej wykonawcy wynosi 40 minut, do sieci komórkowych obcych 220 minut, sieci stacjonarnych 25 minut. Są to wytyczne dla wykonawców, które powinni uwzględnić przy kalkulacjach cen ofert, a przystępujący tego nie zrobił, co znaczy, że przy kalkulacji nie uwzględnił opisu przedmiotu zamówienia; natomiast ignorowanie przy przygotowywaniu oferty przedmiotu zamówienia jest niedopuszczalne.

Z opisu tego wynika też, że połączenia do obcych sieci komórkowych to aż 220 minut, zatem jest to spory koszt interkonektu.

Koszt ten zgodnie z obecnie obowiązującą stawką MTR określoną przez Prezesa UKE to 0,0429 zł. Przystępujący tymczasem wskazał stawkę netto za połączenie do innej sieci w wysokości 0,02 zł, która to stawka nawet nie pokrywa kosztów, które należy opłacić w stosunku do innych operatorów. Nie może być ona także pokryta z abonamentu, gdyż wysokość abonamentu na to nie pozwala. Tym samym przystępujący w oczywisty sposób nie doszacował potencjalnych kosztów interkonektu.

Co do przychodów z interkonektu założonych przez przystępującego – dla Izby te założenia są niezrozumiałe (w tym znaczeniu, że nie widzi ich oparcia ani w opisie przedmiotu zamówienia, ani w założeniach co do kształtowania się usługi).

Ich wysokość również wynika z ww. stawki MTR, która dla wszystkich operatorów jest taka sama. Zatem przychody z tego tytułu jednostkowo nie mogą być wyższe niż koszty.

Przystępujący zresztą w swoich wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu wskazał, że przychody z interkonektu będą prawie o 30% niższe niż jego koszty.

Niezrozumiałe jest zatem, czemu w wyjaśnieniach złożonych podczas rozprawy podkreślał owo wielkie znaczenie dla jego zysków przychodów z interkonektu, które będą znaczącą pozycją generującą zysk wykonawcy.

Izba nie widzi podstaw do założenia, że liczba połączeń przychodzących z obcych sieci będzie o 2/3 wyższa niż połączeń wychodzących. Raczej można założyć, że jeśli abonent odbierze połączenie przychodzące z obcej sieci, to w większości wypadków na ten sam numer prędzej lub później oddzwoni, bo taki jest normalny tryb komunikacji telefonicznej. Zatem liczba ta będzie się równoważyć.

Poza tym, jeśli założyć, że – jak wskazał też zamawiający podczas rozprawy – większość połączeń będzie odbywała się pomiędzy abonentami zamawiającego, czyli bez kosztów i przychodów z interkonektu, to nie będzie też owych zakładanych przychodów i jedyny przychód wykonawca będzie uzyskiwał z abonamentu, który jest znikomy.

Owszem, zamawiający przewidział również inne usługi, ale dotyczą one tylko stosunkowo bardzo niewielkiej liczby abonentów, przy kalkulacji są one więc pomijalne – tym bardziej, że płacona za nie opłata nie jest jedynie zyskiem, lecz generują one po stronie operatora także koszty.

Nieprawidłowym, zdaniem Izby, założeniem kalkulacji, które wynika z wyjaśnień, było także pominięcie przez wykonawcę kosztów utrzymania infrastruktury sieciowej, a także obsługi zamawiającego.

Oczywiście, wykonawca nie ponosi w tym zakresie bezpośrednich kosztów podczas obsługi zamawiającego, gdyż niezależnie od zawartej z nim umowy i tak musi pokrywać koszty utrzymania sieci (infrastruktura oraz pracownicy serwisowi) oraz pracowników biurowo-księgowych. Jednak nie można się zgodzić z założeniem, że nie ponosi tych kosztów w ogóle.

Biorąc pod uwagę fakt, że koszty te pokrywane są m.in. z wpływów od abonentów, powinny być one pomiędzy nich proporcjonalnie podzielone. Niezależnie bowiem od tego, że nie jest to koszt bezpośredni, jest to koszt świadczenia usługi – aby świadczyć tę usługę sieć musi być sprawna, faktury należy wystawić, rozpatrzyć ewentualne reklamacje zamawiającego, zamówione telefony należy zamawiającemu wydać, przyjąć reklamacje w ramach gwarancji itd.

Izba nie widzi powodów, aby ten koszt pominąć w stosunku do zamawiającego, nawet jeśli w skali usług operatora jest to tzw. „groszowa” kwota, tym bardziej, że dotyczy aż 9.000 numerów i telefonów.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: