

**WYROK**  
z dnia 11 sierpnia 2015 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Protokolant: Joanna Borowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 sierpnia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109; 31-571 Kraków**,

przy udziale wykonawcy – **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12; 02-674 Warszawa**, zgłaszającego 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 **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa**, 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 2013 r., 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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie, ul. Mogilska 109; 31-571 Kraków prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej dla jednostek Policji woj. małopolskiego wraz z dostawą sprzętu (część 1)”.

Dnia 21 lipca 2015 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 31 lipca 2015 roku wykonawca Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione poprawienie w ofercie wykonawcy T-Mobile, jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty, modelu oferowanego telefonu, pomimo tego, że przesłanki dla poprawienia takiej omyłki nie zostały spełnione,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T-Mobile jako niezgodnej z s.i.w.z., na skutek niezgodnego z prawem poprawienia w ofercie wykonawcy T-Mobile innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany treści oferty,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T-Mobile jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w cz. 1 postępowania.
2. Przeprowadzenia ponownej czynności badania i oceny ofert w cz. 1 postępowania.
3. Odrzucenia oferty wykonawcy T-Mobile złożonej w cz. 1 postępowania, jako niezgodnej z s.i.w.z. lub zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
4. Dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w cz. 1 postępowania.

### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie odwołujący podniósł, że może ponieść szkodę na skutek naruszenia przez zamawiającego

przepisów ustawy. Oferta odwołującego złożona w cz. 1 przedmiotowego postępowania, zgodnie z treścią informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, została sklasyfikowana na drugim miejscu. Jako najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę wykonawcy T-Mobile Polska S.A. - ofertę niezgodną z s.i.w.z. oraz zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W przypadku, gdyby zamawiający dokonał prawidłowo czynności wynikających z ustawy, jako najkorzystniejsza zostałaby uznana oferta odwołującego i uzyskał by on przedmiotowe zamówienia. Wobec powyższego odwołujący stwierdził, że posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12; 02-674 Warszawa (dalej „przystępujący” lub „T-Mobile”).

Odwołujący podniósł, iż zamawiający wzywając wykonawcę T-Mobile do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w zakresie podanego w ofercie, a deklarowanego przez producenta czasu czuwania na baterii (czas wymagany w s.i.w.z. powyżej 400 godzin) telefonu komórkowego, a następnie poprawiając, jako inną omyłkę model oferowanego telefonu, należało uznać za działanie niezgodne z przepisami ustawy. Zdaniem odwołującego, omyłki tej nie można było uznać za niepowodującej istotnych zmian w treści złożonej oferty, a zatem nie było możliwe jej poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przyjętym w doktrynie stanowiskiem, punktem odniesienia dla stwierdzenia, czy poprawienie danej omyłki powoduje istotne zmiany treści oferty, należy określić, czy bez poprawienia omyłki oferta nadal spełniałaby wymagania zamawiającego

(za: W. Dzierżanowski [w:] M. Stachowiak red., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2012 s. 407). Uwzględniając tak ukształtowany wymóg, odwołujący stwierdził, że poprawienie omyłki, o której mowa powyżej, spowodowało istotne zmiany oferty wykonawcy T-Mobile, których skutkiem było zaoferowanie innego modelu telefonu komórkowego. Gdyby zamawiający nie dokonał poprawienia omyłki, oferta wykonawcy T-Mobile nie spełniałaby wymagań zamawiającego. Dodatkowo, odwołujący podniósł, że poprawienie omyłki dotyczyło głównej części przedmiotu zamówienia - dostawy sprzętu i to znacznego zakresu tej dostawy, bo aż 1192 z dostarczanych łącznie 1264 aparatów telefonicznych.

Wobec powyższego, poprawienie omyłki w ofercie wykonawcy T-Mobile, dokonane przez zamawiającego, polegające na zmianie modelu oferowanego telefonu, zdaniem odwołującego, należało uznać za niezgodne z art. 87 ust. 2 pkt 3 i niedozwolone w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że zaoferowany pierwotnie przez wykonawcę T-Mobile telefon nie spełniał wymagań zamawiającego w zakresie długości czasu czuwania na baterii, a zmiana modelu oferowanego telefonu nie mogła zostać uznana za poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z s.i.w.z., niepowodującej istotnej zmiany treści oferty, tym samym oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, odwołujący podniósł, iż zamawiający błędnie uznał wyjaśnienia przystępującego za wystarczające i wybrał ofertę, jako najkorzystniejszą. W ocenie odwołującego, wyjaśnienia te nie mogły zostać uznane za wystarczające, niezależnie od wyjaśnień treści oferty, oraz niezależnie od tego, jaki model aparatu został ostatecznie zaoferowany przez wykonawcę T-Mobile (różnica cenowa między modelem Microsoft Lumia 535 a Microsoft Lumia 532 to ok. 60 zł brutto za sztukę). Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie mogą być wiarygodne z uwagi na to, że nie mogą wyjaśniać ceny niższej o ponad jedną trzecią od ceny zaoferowanej przez odwołującego, przy założeniu, że cena zaoferowana przez T-Mobile jest ceną wyższą od kosztów wytworzenia usługi i dostarczenia urządzeń. Obiektywną przesłanką takiej różnicy cenowej nie może być ani oszczędność metody wykonania zamówienia, ani wybrane rozwiązania techniczne, ani wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, ani oryginalność projektu. Wynika to z faktu, że zarówno usługi jak i dostawy objęte przedmiotowym zamówieniem mają charakter standardowy. Usługi są świadczone przez wszystkich wykonawców w oparciu o tę samą technologię, świadczenie usługi nie wymaga żadnych prac projektowych, w efekcie projekt nie ma wpływu na zaoferowaną cenę. Co więcej, zarówno odwołujący jak i wykonawca T-Mobile korzystają przy świadczeniu usług z dokładnie tej samej infrastruktury (infrastrukturą tą zarządza spółka Networks).

Odwołujący wskazał, iż przedmiotem zamówienia są zarówno usługi, jak i dostawa sprzętu. Zatem koszty, jakie musi ponieść wykonawca to przynajmniej: 1) koszt świadczenia

usług telekomunikacyjnych oraz 2) koszt sprzętu. Odnosząc się do kosztu świadczenia usług telekomunikacyjnych, obejmuje on przynajmniej tzw. opłaty interkonektowe (za zakończenia połączenia w sieci innego operatora). Są to opłaty wynikające z przepisów powszechnie obowiązującego prawa, których stawka jest ustalana urzędowo, są one zatem jednakowe dla wszystkich wykonawców. Wysokość stawek jest ustalana przez Urząd Komunikacji Elektronicznej i wynosi obecnie MTR-0,0429, FTR-0,0282, SMS-0,05 zł netto. Oznacza to, że koszt świadczenia usługi jest również zbliżony dla wszystkich wykonawców. Antycypując argument, co do tego, że z tytułu opłat interkonektowych wykonawca uzyskuje również dodatkowe przychody, należy podkreślić, że przychody z tytułu opłat interkonektowych z tego samego względu, tj. z uwagi na ich urzędowo określaną wysokość, są równe dla wszystkich wykonawców. Odnosząc się do kosztów sprzętu, odwołujący podał, że wykonawcy zaoferowali telefony o podobnych cenach. Zarówno cena telefonu Microsoft Lumia 640 Dual SIM, jak i Samsung Galaxy Grand Neo Plus Dual SIM (oferowanego, jako alternatywny model telefonu Typu I przez T-Mobile) są zbliżone. Telefon drugiego typu Nokia 532 został zaoferowany przez obydwu wykonawców (jeśli uznać za prawidłowe zmiany w ofercie T-Mobile dokonane przez zamawiającego, telefon pierwotnie zaoferowany przez wykonawcę T-Mobile - Lumia 535 jest nawet droższy od telefonu Lumia 532). Nie jest zatem możliwe, aby różnica w cenie wynikała z kosztów zakupu dostarczanego sprzętu. Nawet jeśli sprzęt ten był dostępny na magazynie u wykonawcy T-Mobile, to nie oznacza, że wykonawca nie poniósł kosztów jego zakupu.

Biorąc zatem pod uwagę jedynie koszty, które na pewno wykonawca poniesie w celu realizacji przedmiotowego zamówienia i przychody, które może uzyskać z tytułu realizacji zamówienia, odwołujący wskazał, że brak jest obiektywnej przesłanki, która pozwalała uzasadnić różnicę w cenie między ofertą odwołującego, a ofertą T-Mobile w wysokości 35%, przy założeniu wykonania zamówienia przez T-Mobile powyżej kosztów wytworzenia usługi i dostarczenia sprzętu. Wobec powyższego, należy stwierdzić, że cena oferty wykonawcy T-Mobile nie uwzględnia wszystkich kosztów realizacji zamówienia, a zatem jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Izba w całości popiera stanowisko zamawiającego wyrażone w treści odpowiedzi na odwołanie, uznając je za własne. Wskazać bowiem należy, że T-Mobile w treści złożonej

oferty wskazał parametry oferowanego sprzętu, które były zgodne z wymaganiami postawionymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednak nazwa asortymentu określona przez przystępującego (Microsoft Lumia 535 Dual SIM) nie pokrywała się ze wskazanymi parametrami w zakresie długości czuwania telefonu. W związku powyższym, zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał T-Mobile do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Takie działanie zamawiającego było konieczne dla uzyskania pełnej informacji odnośnie treści złożonej oferty. „(...) zamawiający w sytuacji, gdy poweźmie wątpliwości do treści oferty, w tym co do treści złożonych w niej oświadczeń, ma obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawcy, który takie oświadczenie złożył, gdyż zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie można przyjmować wyłącznie na podstawie oświadczenia wykonawcy bez weryfikacji jej zgodności” (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1113/08).

W odpowiedzi przystępujący poinformował, iż sprzęt wskazany w ofercie spełnia wymagania określone przez zamawiającego - czas czuwania modelu faktycznie wynosi 528 godzin - omyłkowo jednak wskazał niewłaściwą nazwę modelu telefonu podając typ Microsoft Lumia 535 Dual SIM zamiast Microsoft Lumia 532 Dual SIM. Jednocześnie przystępujący wskazał, iż jest to omyłka pisarska i tak też powinna zostać potraktowana przez zamawiającego.

Izba wskazuje, że w toku oceny wyjaśnień złożonych przez T-Mobile, zamawiający doszedł do wniosku, iż nie może zakwalifikować wskazanych powyżej niezgodności, jako oczywistą omyłkę pisarską ze względu na fakt, iż opisany stan faktyczny nie wypełnia przesłanek do uznania takiej omyłki za oczywistą omyłkę pisarską. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem i doktryną poprawki tego typu poprawianie są „automatycznie” przy ocenie ofert, ze względu na ich oczywistość. Zamawiający nie miał wątpliwości, co do faktu, że przystępujący błędnie zastosował oznaczenie danego elementu oferty. W opisanym stanie faktycznym nie zachodzi tego typu sytuacja. Ponadto, model telefonu Microsoft Lumia 535 Dual SIM funkcjonuje na rynku telefonów komórkowych, więc teoretycznie wykonawca mógłby zaoferować taki sprzęt, więc tym bardziej nie zachodzi tutaj element związany z oczywistą omyłką pisarską. Nadto, na pytanie Izby, zadane w trakcie prowadzonej rozprawy, odwołujący oświadczył, że nie ma możliwości zaoferowania urządzenia Microsoft Lumia 535 Dual SIM z baterią, której czas czuwania wynosi 528 godzin. Tym samym odwołujący sam potwierdził, że niemożliwym jest zaoferowanie modelu urządzenia, oferowanego przez przystępującego.

W trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, kierując się dyspozycją przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający uznał, iż ma do czynienia z inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Izba wskazuje, że sprawdzanie poprawności złożonych ofert i zgodności ich treści z postanowieniami s.i.w.z. - w zakresie oferowanego sprzętu – musiało odbywać się i odbyło przede wszystkim pod kątem parametrów technicznych i użytkowych, jakie zamawiający określił w dokumencie - Opis oferowanego modelu telefonu (załącznik Nr 4 do s.i.w.z.). W dokumencie przedłożonym przez T-Mobile, wskazane parametry spełniały wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem, w tym względzie oferta przystępującego była ważna. Sprzeczność polegała na błędnym oznaczeniu nazwy modelu, jednak zamawiający nie sprawdzał ofert pod kątem nazw zaoferowanych modeli, ale poprzez porównanie postawionych przez siebie wymagań i parametrów zaoferowanych przez wykonawców.

Zdaniem Izby, intencją przystępującego było zaoferowanie telefonu który spełnia wymagania zamawiającego, co potwierdza złożony w treści oferty dokument - Opis oferowanego modelu telefonu oraz wyjaśnienia złożone przez T-Mobile w dniu 17 lipca 2015 r. Niezgodność oferty polegała na tym, iż przystępujący błędnie określił nazwę telefonu wskazując model Microsoft Lumia 535 Dual SIM, zamiast zgodnie ze wskazanymi parametrami - Microsoft Lumia 532 Dual SIM.

Izba nie podzieliła również poglądu odwołującego, iż dokonanie takiej zmiany spowodowało istotne zmiany w treści oferty. Po pierwsze, wartość zaoferowanych telefonów (1 466,16 zł. brutto) jest znikoma w odniesieniu do łącznej wartości oferty (423 336,48 zł. brutto). Po drugie, nie sposób twierdzić, iż jest to istotna zmiana, kiedy porówna się modele Microsoft Lumia 532 Dual SIM (zaoferowany przez T-Mobile) i Microsoft Lumia 535 Dual SIM (omyłkowo wskazany w nazwie oferowanego asortymentu). Analiza tych dwóch telefonów wskazuje, iż obydwa telefony mają, w niektórych płaszczyznach, odmienne parametry techniczne, a jednym z elementów, które je różni - jest deklarowany czas czuwania. Powyższe potwierdził przystępujący, zgłaszając jako dowód porównanie parametrów obydwu modeli urządzeń, poprzez wydruk ze strony internetowej producenta.

Tym samym, w ocenie Izby, analiza stanu faktycznego sprawy, wskazuje jednoznacznie, iż zamawiający był zobligowany do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i dokonania poprawy w treści oferty T-Mobile. Zamawiający nie mógł odrzucić oferty przystępującego, jako niezgodnej z treścią s.i.w.z. Jak słusznie bowiem wskazała Izba w postanowieniu z dnia 10 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1022/10 „*Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa i nieusuwalna w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. (...)*”.

Zdaniem Izby, działanie podjęte przez zamawiającego miało na celu usunięcie wewnętrznych sprzeczności i rozbieżności w treści oferty. Wyjaśnienia złożone przez T-Mobile, jasno wskazują, iż niezgodność w nazwie oferowanego modelu ma charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu



oświadczenia woli o określonej treści, co jak podkreślił Sąd Okręgowy w Krakowie, sygn. akt: XII GA 429/09 *jest koniecznym elementem by dokonać poprawy w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3) Pzp.*

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, jako zawierającej rażąco niską cenę, Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w dniu 15 lipca 2015 r., działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał T-Mobile, do złożenia wyjaśnień w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wezwanie zostało skierowane do przystępującego ze względu na fakt, iż w myśl przepisów obowiązujących od dnia 19 października 2014 r., zamawiający został zobligowany do wykonania takiej czynności (wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny) w przypadku, gdy oferta najkorzystniejsza cenowo jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Taka okoliczność zaistniała w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający podniósł, iż analizując swoje dotychczasowe doświadczenia w zakresie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, których przedmiotem są usługi telekomunikacyjne, doskonale zdawał sobie sprawę, iż jest możliwa realizacja tego typu usług za cenę określoną przez T-Mobile. Dla przykładu podał zamówienie na świadczenie usług telekomunikacyjnych, w zakresie telefonii komórkowej, przez firmę Orange Polska S.A. dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Krakowie na podstawie Umowy Nr: U-148/2013 z dnia 12 lipca 2013 r. Wykonawca Orange Polska S.A. realizował ww. umowę przez okres 24 miesięcy na zasadach niemal identycznych jak w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania, przy cenie jednostkowej netto abonamentu dla aktywacji usług komórkowych wynoszącej 8,40 zł. W postępowaniu będącym przedmiotem odwołania T-Mobile zaoferował cenę jednostkową netto abonamentu dla aktywacji usług komórkowych na poziomie 8,00 zł.

Mając na względzie dynamiczne zmiany na rynku usług komórkowych (zauważalną tendencję spadkową cen) zamawiający nie miał wątpliwości, iż T-Mobile Polska S.A. jest w stanie zrealizować z zyskiem przedmiotowe zamówienie za kwotę przedstawioną w ofercie. Wezwanie do wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny zostało sporządzone pod rygorem przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W dniu 17 lipca 2015 r., T-Mobile złożył stosowne wyjaśnienia wraz z dowodami i szczegółowym wyliczeniem kosztów związanych z realizacją zamówienia, obejmujących m.in. elementy określone przez odwołującego, wyszczególnione w tabeli, stanowiącej załącznik do odwołania. W ocenie Izby, z treści wyjaśnień przedłożonych przez T-Mobile wynika, iż przystępujący skalkulował ofertę zgodnie z obowiązującymi przepisami i nie można twierdzić, że zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia. W ramach wyjaśnień przystępujący wykazał, jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny i przedstawił zakładany zysk.

Z uwagi na fakt, iż wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny zostały zakwalifikowane przez T-Mobile jako „tajemnica przedsiębiorstwa”, szczegółowe omówienie informacji zawartych w rzeczonych wyjaśnieniach nie jest możliwe. Niemniej Izba wskazuje, że dodatkowe dowody (dopuszczone przez Izbę) złożone w trakcie rozprawy (częściowo zastrzeżone „tajemnicą przedsiębiorstwa”), jak również argumentacja przedstawiona na rozprawie przez przystępującego, w pełni potwierdzają stanowisko zamawiającego, iż oferta T-Mobile nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Ponadto Izba wskazuje, że zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: (...). Obowiązek dowodzenia, że cena przedstawiona w ofercie nie jest rażąco niska został nałożony na wykonawcę, którego oferty to dotyczy, również na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Powyższe zostało uregulowane w przepisach ustawy Pzp, regulujących kwestie dowodowe, a konkretnie w art. 190 ust. 1a pkt 1, który stanowi, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Nie mniej Izba wskazuje, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą ma charakter kontradyktoryjny. Oznacza to, że każdy uczestnik sporu wywołanego przed obliczem Izby, ma obowiązek, w celu poparcia swoich twierdzeń, bądź też odparcia twierdzeń strony przeciwnej, przedstawiać dowody. Z treści przepisu art. 190 ust. 1 a pkt 1 ustawy Pzp, wynika, że każdy wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w przypadku zakwestionowania, przez innego wykonawcę, ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej ceny, zobowiązany jest na etapie postępowania odwoławczego udowodnić, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (dowód pozytywny). Z przepisu powyższego nie wynika natomiast, czy kwestionowanie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, może nastąpić tylko w przypadku, gdy zamawiający zwracał się z wnioskiem do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów (w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp), czy też z wyłączeniem tego trybu. Dlatego też należy przyjąć, że ustawodawca przewidział możliwość podnoszenia zarzutów do oferty, w zakresie rażąco niskiej ceny, zarówno

w przypadku, gdy zamawiający zwracał się w wnioskiem o wyjaśnienie tej kwestii, czy też czynności tej nie dokonywał.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Powyższe oznacza, że każdy uczestnik postępowania odwoławczego, w tym w szczególności odwołujący, gdyż to on, jako strona postępowania, stawiając zarzuty, wywodzi określone skutki prawne, muszą przedstawiać dowody. Biorąc pod uwagę treść ww. przepisów (art. 190 ust. 1 oraz art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp) i dokonując ich literalnej wykładni, Izba doszła do przekonania, że odwołujący, który stawia zarzuty zamawiającemu, w zakresie czynności oceny oferty, tj. czy oferta zawiera rażąco niską cenę, zobowiązany jest na mocy przepisu art. 190 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 6 k.c., przedstawić dowody na okoliczność, że kwestionowana oferta zawiera rażąco niską cenę (dowód negatywny). Uczestnik postępowania odwoławczego zaś, na etapie postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, ma obowiązek przedstawić dowody na odparcie twierdzeń odwołującego (dowód pozytywny). Dopiero zestawienie dowodów przedstawionych przez strony i ich prawidłowa ocena, może służyć za podstawę rozstrzygnięcia w sprawie. W ocenie Izby nie jest dopuszczalne, aby odwołujący, powołując się na przepis art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, przerzucali obowiązek dowodowy tylko na jedną ze stron postępowania, samemu pozostając biernym w postępowaniu.

Przedkładając powyższe rozważania na stan faktyczny przedmiotowego postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił, że oferta przystępującego zawiera rażąco niską cenę. W ocenie Izby sposób kalkulacji ceny, w zakresie, w jakim zamawiający nie przedstawił szczegółowych danych, pozwalał wykonawcom na swobodne, ale ograniczone doświadczeniem, własną wiedzą i uczciwą konkurencją, przeprowadzenie symulacji kosztowej oferty, która musiała zawierać również zysk. Takimi też wytycznymi posłużył się przystępujący, kalkulując swoją ofertę. Dlatego też brak było podstaw do uznania zarzutów odwołującego za zasadne. W ocenie Izby, przystępujący udowodnił, że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....