

Sygn. akt KIO 1587/15
KIO 1589/15

WYROK
z dnia 7 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Emil Kuriata
Honorata Łopianowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2015 r. przez wykonawców:

- A. **T-Mobile Poland S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** (sygn. akt KIO 1587/15),
- B. **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** (sygn. akt KIO 1589/15),

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej, ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **T-Mobile Poland S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1589/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołania,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **T-Mobile Poland S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** i wykonawcę: **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa,** oraz:

- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących się, w tym:

- A kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **T-Mobile Poland S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- B 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 (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 1587/15

Sygn. akt KIO 1589/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Krajowy Zarząd Gospodarki Wodnej z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Dostawa i montaż routerów obsługujących protokół BGP oraz świadczenie usługi dostępu do Internetu na potrzeby projektu ISOK”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 kwietnia 2015 r. pod nr 2015/S 066-116373.

W przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty – oferta T-Mobile Poland S.A. oraz oferta Orange Polska S.A.

W dniu 15 lipca 2015 r. Zamawiający w ramach ponowionej czynności badania i oceny ofert odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę Orange Polska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na fakt, że złożona oferta jest niezgodna z SIWZ, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na fakt, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, ponieważ cena najkorzystniejszej oferty, złożonej przez T-Mobile Poland S.A. przewyższa kwotę, którą Zamawiający „może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia”. Zamawiający wskazał, że może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w okresie podstawowym 417 858,00 zł brutto, a cena ww. oferty w okresie podstawowym wynosi ponad 736 300,14 zł brutto.

W tym samym dniu, tj. 15 lipca 2015 r. Zamawiający powiadomił obu wykonawców o podjętych decyzjach.

KIO 1587/15

Wykonawca T-Mobile Polska S.A. wniósł odwołanie wobec czynności unieważnienia postępowania. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy brak było przesłanek do dokonania tej czynności,
- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez nieudzielenie zamówienia Odwołującemu pomimo, że złożona przez niego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Zdaniem Odwołującego, unieważnienie postępowania jest bezpodstawne. Uzasadniając decyzję o unieważnieniu postępowania Zamawiający ograniczył się jedynie do lakonicznego stwierdzenia, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamierza on przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Pominął jednak przy tym drugą część przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, w brzmieniu „chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty”.

Zamawiający, nie wskazując w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, że podjął próbę zwiększenia kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego oraz, że podjęta przez niego próba dała wynik negatywny, gdyż nie jest on w stanie wygospodarować dodatkowych środków na ten cel. Zgodnie natomiast z art. 6 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Pzp, ciężar dowodu co do braku możliwości zwiększenia kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny najkorzystniejszej oferty spoczywa na Zamawiającym, jako na podmiocie, który z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający musiałby wykazać w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że nie jest stawnie podwyższył kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do wysokości ceny oferty Odwołującego.

Zamawiający nie wykazał zatem, że wystąpiły przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp uprawniające do unieważnienia postępowania, a tym samym, decyzja o unieważnieniu przedmiotowego postępowania jest przedwczesna i bezpodstawna. Za bezpodstawnością unieważnienia postępowania przemawia zestawienie terminu wykonania zamówienia z zaoferowaną przez Odwołującego ceną, określonego w pkt 4 SIWZ. Analiza tego postanowienia SIWZ wskazuje, że niezależnie od tego, kiedy zostanie zawarta umowa na realizację przedmiotu zamówienia, okres podstawowy zamówienia będzie trwał do dnia 30 września 2015 r. Gdyby umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta 27 lipca 2015 r., to okres podstawowy zamówienia, który zakończy się 30 września 2015 r., potrwałby jedynie ok. 2 miesiące. Cena zaoferowana przez Odwołującego za realizację zamówienia przez okres podstawowy trwający 2 miesiące nie przekracza zatem kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwoty 417 858,00 zł brutto.

Przyjmując datę 27 lipca 2015 r. jako najwcześniejszą datę, w której mogłaby zostać zawarta umowa należy stwierdzić, że skoro routery mają zostać dostarczone i zamontowane do 3 miesięcy od dnia podpisania umowy, to zostaną one dostarczone już po upływie okresu podstawowego zamówienia. Zgodnie natomiast z § 9 ust 1 wzoru umowy, wynagrodzenie

z tego tytułu zostanie zapłacone wykonawcy w terminie 21 dni od dnia dostarczenia poprawnie wystawionej faktury VAT. Tym samym, wynagrodzenie za dostawę i montaż routerów zostanie zapłacone wykonawcy po upływie okresu podstawowego zamówienia.

Niezależnie od powyższego, decyzja o unieważnieniu postępowania jest nieuzasadniona ze względu na fakt, że Zamawiający będzie musiał przeprowadzić kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może mieć pewności, że w kolejnym postępowaniu zostanie złożonych więcej ofert lub, że zaoferowane ceny będą istotnie niższe od ceny zaoferowanej przez Odwołującego w tym postępowaniu.

Wykonawca - Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc w zgłoszeniu przystąpienia - o oddalenie odwołania. Uzasadniając swój interes w przystąpieniu wykonawca wskazał, że w jego interesie leży prowadzenie postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

KIO 1589/15

Wykonawca Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Orange Polska S.A. oraz w konsekwencji - wobec czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2, 3-i 4 oraz art. 90 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego pomimo tego, że nie zostały spełnione przesłanki określone w tych przepisach,
- art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania, pomimo tego że w postępowaniu została złożona przez Odwołującego oferta, niepodlegająca odrzuceniu, której cena nie przewyższa kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, i w przypadku uwzględnienia powyższego żądania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 25.05.2015 r. Zamawiający dokonał pierwotnego wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Czynność powyższa została zaskarżona przez wykonawcę T-Mobile. W dniu 12.06.2015 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej. W dniu 15 czerwca 2015 r. odbyło się posiedzenie i rozprawa w sprawie o sygn. KIO 1141/15, a w dniu 23.06.2015, r. został wydany wyrok KIO, oddalający wniesione odwołanie.

Odwołujący wniósł o uznanie wszelkich oświadczeń Odwołującego i Zamawiającego znajdujących się w aktach sprawy o sygnaturze KIO 1141/15 za integralną część niniejszego odwołania oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wówczas powoływanych przez Odwołującego i Zamawiającego. Odwołujący wniósł o dołączenie tych akt do niniejszej sprawy. Zdaniem Odwołującego, uzasadnienie wyroku o sygn. akt KIO 1141/15 zdeterminowało postępowanie Zamawiającego w tym sensie, że Zamawiający na posiedzeniu i rozprawie w odniesieniu do wymagań dotyczących sposobu obliczenia i prezentacji cen twierdził jedno, w uzasadnieniu unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego twierdzi drugie, np. stanowisko prezentowane na rozprawie cyt. „Zamawiający wyjaśnia, że jego intencją było to, by w formularzu ofertowym pod opisem abonament miesięczny, czy to okres podstawowy, czy też opcjonalny, wpisać jedną pozycję kwotowa, natomiast w tej kwocie mogą być zawarte różne koszty według woli wykonawcy, bez względu na fakt, że jest to kryterium oceny ofert.” (zob. str. 12 Protokołu KIO z dnia 15.06.2015 r.) versus stanowisko zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, cyt. „Zaoferowana cena 1 grosza brutto abonamentu w okresie podstawowym w stosunku do wymagań zamawiającego dotyczących tego okresu, wskazuje na fakt nieuwzględnienia w zaoferowanej cenie pełnego zakresu zamówienia wymaganego do świadczenia związanego z okresem podstawowym, a co za tym idzie jest ona niezgodna z pkt 14 SIWZ. Wobec tego oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.” (zob. uzasadnienie unieważnienia postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 15 lipca 2015 r.

Odwołujący wskazał na pismo Odwołującego z dnia 15.07.2015 r. skierowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, oraz wniósł o uznanie treści tego pisma za integralną część niniejszego odwołania.

Odwołujący podniósł, że istotna część przedmiotowego zamówienia to dostawa urządzeń w okresie podstawowym (konkretnie dostawa i montaż routerów obsługujących protokół BGP - termin realizacji do 3 miesięcy od dnia podpisania umowy (pkt 4.2 SIWZ) oraz świadczenie usług dostępu do Internetu na podstawie prawa opcji (okres opcjonalny może być realizowany do 60 miesięcy po upływie okresu podstawowego - pkt 4.5 SIWZ), natomiast świadczenie usługi dostępu do Internetu w okresie podstawowym przewidziane zostało do dnia 30.09.2015 r. W SIWZ określono moment rozpoczęcia okresu świadczenia usługi dostępu do Internetu w okresie podstawowym w następujący sposób (pkt 4 SIWZ pn. Termin wykonania zamówienia): pkt. 4.1 SIWZ: termin technicznego podłączenia łącza nie później niż 2 miesiące od dnia podpisania umowy, i dalej, pkt 4.3 SIWZ: termin rozpoczęcia świadczenia usług dostępu do Internetu w terminie do 1 tygodnia od daty technicznego podłączenia łącza, a zatem do 9 tygodni (do 2 miesięcy i 1 tygodnia) po terminie zawarcia umowy. Innymi słowy, świadczenie usług dostępu do Internetu w okresie podstawowym

mogłoby trwać:

- 1) przy założeniu, że umowa zawarta zostałaby np. w dniu rozpatrywania poprzedniego odwołania, tj. 15.06.2015 r. - 1 miesiąc i 1 tydzień,
- 2) przy założeniu, że umowa zawarta zostałaby np. w dniu złożenia niniejszego odwołania, tj. 24.07.2015 r. - 0 dni,
- 3) przy założeniu że umowa zawarta zostałaby np. w dniu rozpatrywania niniejszego odwołania - 0 dni.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający określił terminy i wybrał taki model realizacji usługi (tj. z wykorzystaniem prawa opcji), ponieważ przedmiot umowy będzie realizowany w ramach projektu finansowanego ze środków unijnych, jest to projekt ISOK, a Zamawiający nie miał pewności, że będzie miał środki finansowe na cały okres rzeczywistego zapotrzebowania na usługę dostępu do Internetu w całym okresie (okres podstawowy oraz okres opcjonalny do 60 miesięcy liczony po upływie okresu podstawowego), (str. 7 protokołu KIO z dnia 15.06.2015 r.).

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony - Zamawiającego, na okoliczność przyczyn ukształtowania modelu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Przedmiotowe zamówienie to przede wszystkim dostawa urządzeń oraz ta część zamówienia, która ma być realizowana w okresie opcjonalnym. Wykonawca, szacując opłacalność każdego projektu, musi brać pod uwagę szereg różnych, często zmiennych w czasie, parametrów, tak żeby zminimalizować ryzyko poniesienia straty i uzyskać akceptowalny poziom zysku. Każdy wykonawca po lekturze warunków zamówienia od razu zdefiniowałby szereg ryzyk, wynikających z warunków zamówienia. Do ryzyk tych m.in. należy kwestia, że lwią część zamówienia oparta jest na mechanizmie opcji i kolejne ryzyko, czy dojdzie do rzeczywistego świadczenia usługi dostępu do Internetu w okresie podstawowym, ewentualnie jeżeli dojdzie, to ile dni będzie świadczona usługa.

Specyfika rynku usług telekomunikacyjnych, sprowadza się do konstatacji, że jest to rynek, na którym od paru lat, w wyniku działania m.in. mechanizmu konkurencji, ale i rozwoju technologii, ceny świadczonych usług są co raz niższe. Odwołujący zauważył, że usługi, które kiedyś można było świadczyć po cenie wyższej dzisiaj można świadczyć po cenie niższej z szeregu różnych przyczyn, m.in. rozwoju technologii, implementacji mechanizmów optymalizacji kosztów, zsumowania potencjałów itd. Rozkład ryzyka oraz koszty i zysk, szacuje się w odniesieniu do całości zamówienia, a nie w oderwaniu od niej.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z przykładowych wyciągów z ofert, załączonych do pisma z dnia 29.06.2015 r. Odwołującego adresowanego do Zamawiającego, złożonego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, na

okoliczność, że specyfiką rynku usług telekomunikacyjnych jest oferowanie cen za poszczególne usługi w wysokości 0.01 złotych, że specyfika ta odnosi się również do rynku zamówień publicznych i dotyczy różnych podmiotów działających na tym rynku.

- I. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na fakt, że oferta jest niezgodna z SIWZ.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał na pkt 14 SIWZ. W ocenie Zamawiającego, zaoferowana cena 1 grosza brutto abonamentu w okresie podstawowym, w stosunku do wymagań zamawiającego dotyczących tego okresu, wskazuje na fakt nieuwzględnienia w zaoferowanej cenie pełnego zakresu zamówienia wymaganego do świadczenia związanego z okresem podstawowym.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający jest obowiązany odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ i okoliczność tę musi wykazać. Tymczasem, w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie podał którego elementu przedmiotu zamówienia nie zaoferował Odwołujący, nie podał też jakichkolwiek dowodów, nie wziął pod uwagę oświadczeń Odwołującego zawartych w pkt 1 i pkt 5 zd. 2 formularza ofertowego. Zamawiający nie wziął pod uwagę również specyfiki tego zamówienia, tj. modelu realizacji przedmiotu zamówienia w oparciu o prawo opcji. Jak słusznie zauważył Zamawiający, cyt. „Zamawiający wyjaśnia, że jego intencją było to, by w formularzu ofertowym pod opisem abonament miesięczny, czy to okres podstawowy, czy też opcjonalny, wpisać jedną pozycję kwotową, natomiast w tej kwocie mogą być zawarte różne koszty według woli wykonawcy, bez względu na fakt, że jest to kryterium oceny ofert.” (zob. str. 12 Protokołu KIO z dnia 15.06.2015 r.)

Zgodnie z pkt 14.1 SIWZ, cyt. „Abonament miesięczny powinien zawierać wszystkie koszty Wykonawcy m.in. takie jak koszty instalacji oraz amortyzacji. Do Wykonawcy należy wyliczenie abonamentu miesięcznego i nie może oczekiwać od Zamawiającego żadnego dodatkowego wynagrodzenie.” (zob. pytania i odpowiedzi Zamawiającego z dnia 08.05.2015 r., odpowiedź na pytanie nr 15). Rola pkt 14.1 SIWZ jest taka, żeby wykonawca realizujący umowę w sprawie zamówienia publicznego nie domagał się od Zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia. Nie chodzi tu natomiast o badanie, czy dany wykonawca zaoferował wszystko, co jest wymagane przedmiotem zamówienia.

W pkt 14.1 SIWZ oraz w odpowiedzi na pytanie 15, Zamawiający nie odnosi się wyłącznie do „abonamentu miesięcznego okresu podstawowego”. Zamawiający podał natomiast, że, cyt.: „Ceny abonamentu miesięcznego okresu podstawowego i abonamentu miesięcznego okresu opcjonalnego oraz cena dostawy” muszą uwzględniać koszty wykonania przedmiotu zamówienia. A zatem, wyrwanie z kontekstu abonamentu miesięcznego okresu podstawowego wypacza istotę pkt 14.1 SIWZ. Innymi słowy, koszty

przedmiotu zamówienia mają się znaleźć w cenie, na którą składają się:

- a) cena abonamentu miesięcznego okresu podstawowego,
- b) cena abonamentu miesięcznego okresu opcjonalnego,
- c) cena dostawy urządzeń,

wszystkie łącznie, a nie jedna - wyrwana z kontekstu. Powyższy tok rozumowania znajduje potwierdzenie w cytowanej już wcześniej wypowiedzi Zamawiającego - str. 12 Protokołu KIO z dnia 15.06.2015 r.

Zamawiający, oceniając ofertę Odwołującego i uznając tę ofertę za niezgodną z treścią SIWZ, dopuścił się subiektywnej oceny, nie popartej regulacjami zawartymi w SIWZ. Poza tym Zamawiający buduje swój tok rozumowania w oderwaniu od treści postanowień SIWZ oraz swoich wyjaśnień zawartych zarówno w odpowiedzi na pytania wykonawców, jak i wyrażonych na poprzedniej rozprawie.

- II. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp z uwagi na fakt, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że w ramach niniejszego postępowania poddał ocenie nie sumę cen, ale trzy odrębne ceny ryczałtowe, tj. cenę podstawową, cenę opcjonalną oraz cenę dostawy. Konieczność przyjęcia takiego wzorca oceny wynika z konstrukcji kryteriów oceny ofert, w zakresie których zamawiający bada w istocie trzy ceny ryczałtowe. Zdaniem Odwołującego, przyjęty przez Zamawiającego powyższy tok rozumowania jest błędny.

Ukształtowało się jednolite orzecznictwo, które wypracowało stanowisko, że o rażąco niskiej cenie nie decydują poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena jako wartość całkowita (tak m.in. w wyroku KIO z dnia 16.01.2015 r., sygn. KIO 2634/14; podobnie w wyroku KIO z dnia 24.06.2014 r., sygn. KIO 1174/14). Za cenę rażąco niską może być uznana całkowita cena ofertowa, nie zaś jej poszczególne elementy - składniki. Wniosek taki wypływa wprost z brzmienia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, gdzie wskazuje się na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie części przedmiotu zamówienia (za wyrokiem KIO z dnia 21.08.2013 r., sygn. KIO 1874/13).

Nie jest zgodne z przepisami ustawy Pzp odrzucenie oferty w sytuacji zakwestionowania tylko niektórych elementów wyceny, jeżeli cena całkowita oferty nie odbiega znacząco od wartości zamówienia, cen innych ofert i cen rynkowych. Zamawiający odniósł okoliczności sprawy opisane w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 19.02.2014 r., sygn. KIO 216/14 do przedmiotowego postępowania, pomimo tego, że okoliczności obu spraw są zupełnie inne, co skutkowało błędem już u podstawy rozumowania Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uznanie argumentów zawartych w piśmie Odwołującego z dnia

29 czerwca 2015 r., złożonym Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. (pismo objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) za integralną część niniejszego odwołania oraz o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów i wyjaśnień tam zawartych, z zachowaniem zasad dotyczących ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, na okoliczność, że oferta złożona przez Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie określił w SIWZ wytycznych, w jaki sposób obliczone mają zostać poszczególne elementy cenowe (pkt 14. SIWZ). Tym samym Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność w tym zakresie. Znalazło to potwierdzenie zarówno w odpowiedzi na pytanie nr 15 z dnia 8 maja 2015 r., gdzie Zamawiający stwierdził, że to do wykonawcy należy wyliczenie abonamentu miesięcznego, jak i w oświadczeniu Zamawiającego wyrażonym na rozprawie w dniu 15 czerwca 2015 r. (str. 12 Protokołu KIO z dnia 15.06.2015 r.).

III. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Oferta Odwołującego nie może być oceniona jako oferta, w której cena została zaniżona, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z treści art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wynikają trzy łączne przesłanki, jakie spełniać musi oceniany czyn, by mógł być uznany za czyn nieuczciwej konkurencji, tj.: działanie musi zostać podjęte w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, czyn musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, działanie musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zaistnienie ww. przesłanek potwierdzone być powinno okolicznościami faktycznymi o obiektywnym charakterze, niezależnymi od jakichkolwiek kryteriów ocennych stosowanych przez strony postępowania. Jednocześnie ciężar wykazania spełnienia ww. przesłanek spoczywa na Zamawiającym.

Odwołujący wskazał, iż wątpliwości nie budzi okoliczność, iż wszelkie jego działania poddane ocenie Zamawiającego podejmowane były w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej. Pozostałe przesłanki nie zaistniały, a co za tym idzie nie są należycie wykazane przez Zamawiającego. Zamawiający nie wykazał, na czym polega sprzeczność ocenianego czynu Odwołującego z dobrymi obyczajami oraz w jaki sposób naruszane są interesy innych przedsiębiorców.

Za normalne na rynku zjawisko uznać należy rywalizację pomiędzy przedsiębiorcami wyrażaną, poprzez oferowanie odmiennych cen za tego samego rodzaju usługi. Zagrożenie lub naruszenie interesów innych wykonawców oceniane być musi z uwzględnieniem

obowiązującej na wolnym rynku zasady konkurencyjności, niezależnie od tego, czy dotyczy umów zawieranych po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe w sposób jednoznaczny pozwala na stwierdzenie, iż w niniejszej sprawie nie miało miejsce zagrożenie ani naruszenie interesów innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Ponadto, Odwołujący nie dopuścił się zagrożenia lub naruszenia interesów innych wykonawców, gdyż działał w oparciu o posiadane instrumenty, umożliwiające konkurowanie na rynku w granicach zasady konkurencyjności.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, iż Odwołujący zaniżył cenę w zakresie kryterium ceny podstawowej zamówienia. Zgodnie z treścią art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zakazie nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Z treści tego przepisu wywnioskować należy, iż istnieją następujące przesłanki uznania na jego podstawie danego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji, tj. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które ma mieć miejsce w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia (ewentualnie odsprzedaż poniżej kosztów). Powyższe działania podejmowane być jednak muszą celem wyeliminowania innych przedsiębiorców. W ocenie Odwołującego, podjęte przez niego działania w niniejszej sprawie nie wypełniają przedstawionych powyżej przesłanek. Zaoferowana przez Odwołującego cena określona została w sposób prawidłowy i stanowi wyłącznie przejaw działań podjętych w zakresie konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych. Oferowanie niższych niż konkurencja cen stanowi bowiem wyłącznie przejaw walki cenowej na danych rynku usług. Zasadność odmiennego stanowiska nie została wykazana przez Zamawiającego.

IV. Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, unieważnił postępowanie na podstawie art 93 ust 1 pkt 4 Pzp.

Unieważnienie postępowania jest konsekwencją odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, której cena nie przewyższa kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, i złożenia przez konkurencyjnego wykonawcę (T-Mobile) oferty z ceną, która tę kwotę przewyższa. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego nie doszłoby do unieważnienia postępowania, a oferta złożona przez Zamawiającego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Wykonawca T-Mobile Poland S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oraz wniósł o odrzucenie,

ewentualnie oddalenie odwołania.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołania. W toku posiedzenia poparł wnioski złożone przez obu Odwoływających - o odrzucenie odwołań. Na rozprawie wniósł natomiast o oddalenie obu odwołań w całości, jako niezasadnych.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Odwoływający: T-Mobile Poland S.A. oraz Orange Polska S.A. spełniają przesłanki, wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Oferta T-Mobile Poland S.A. jest ofertą najkorzystniejszą, która zawiera jednak cenę przewyższającą kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z powyższym, ww. wykonawca wniósł odwołanie zmierzające do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, co pozwoliłoby wykonawcy uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Wykonawca Orange Polska S.A. złożył ofertę, której cena nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, lecz oferta została odrzucona, a zatem odwołanie w tym przypadku zmierza do przywrócenia oferty Odwoływającego do postępowania oraz w konsekwencji do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, a następnie do wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Powyższe okoliczności czynią zadość wymogom art. 179 ust. 1 Pzp w zakresie legitymacji czynnej ww. wykonawców.

Izba postanowiła stwierdzić skuteczność przystąpienia wykonawcy T-Mobile Poland S.A. do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1589/15, po stronie Zamawiającego, wypełniającego warunki określone w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba postanowiła uznać za nieskuteczne przystąpienie Orange Polska S. A. do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1587/15 po stronie zamawiającego. W tym zakresie Izba uwzględniła opozycję przeciwko przystąpieniu, zgłoszoną przez Odwoływającego T-Mobile Poland S.A. W ocenie Izby, wykonawca nie wykazał interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, w sytuacji, gdy Zamawiający unieważnił postępowanie i dąży do utrzymania tej decyzji. W interesie wykonawcy leży bowiem

kontynuowanie zamówienia i zmierzanie do uzyskania zamówienia, co jednoznacznie potwierdza treść odwołania wniesionego przez tego wykonawcę (Orange Polska S.A.).

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego i Przystępującego T-Mobile Poland S.A. o odrzucenie odwołania wniesionego przez Orange Polska S. A. o sygn. akt KIO 1589/15, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp stanowi podstawę do odrzucenia odwołania wniesionego wobec czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu. W wyroku o sygn. akt KIO 1141/15 Izba oddaliła odwołanie, wobec czego należy uznać, że czynność wykonana przez zamawiającego w dniu 15 lipca 2015 r., tj. odrzucenie oferty Orange Polska S. A. nie nastąpiła w wyniku nakazania przez Izbę w wyroku - wykonania tej czynności. Treść wyroku brzmi jednoznacznie: „oddala odwołanie”. Skoro wyrok o sygn. akt KIO 1141/15 nie nakazuje Zamawiającemu wykonania czynności, nie można uznać, że wykonanie czynności przez Zamawiającego, nawet zbieżnych z brzmieniem uzasadnienia wyroku, stanowi wykonanie czynności, zgodnie z treścią wyroku Izby. W tej sytuacji nie wystąpiła przesłanka do odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 189 ust. 2 pkt 5 Pzp. Izba wzięła pod uwagę, że przesłanki odrzucenia odwołania podlegają wyłącznie ścisłej interpretacji.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania T-Mobile Poland S.A. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 Pzp. Odwołanie dotyczy czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. W powyższym zakresie, podobnie jak wobec innych czynności wykonywanych przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uregulowanych w ustawie Pzp, Izba posiada kognicję do rozpoznawania odwołania. Żaden przepis ustawy Pzp nie wyłącza tej czynności spod kognicji Krajowej Izby Odwoławczej w ramach postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp, Izba rozpoznała odwołania połączone do łącznego rozpoznania w zakresie zarzutów zawartych w tych odwołaniach.

KIO 1587/15

Izba ustaliła, że Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która decyzją Zamawiającego z dnia 15 lipca 2015 r. została uznana za najkorzystniejszą, z tym, że cena tej oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W związku z powyższym, Zamawiający jednocześnie podjął decyzję o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający wyjaśnił w uzasadnieniu decyzji, że może przeznaczyć na sfinansowanie

zamówienia w okresie podstawowym kwotę 417 858,00 zł brutto, a cena oferty Odwołującego w okresie podstawowym wynosi ponad 736 300,14 zł brutto.

Zamawiający wyjaśnił, że środki na sfinansowanie zamówienia nie pochodzą z budżetu zamawiającego. W tej sytuacji zamawiający nie ma możliwości własną samodzielną decyzją zwiększyć kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, do wysokości oferty Odwołującego. Zamawiający otrzymał środki na sfinansowanie zamówienia w oparciu o decyzję Ministra Finansów, co potwierdza treść pisma - Korekta decyzji nr 154/614/2012 o zapewnieniu finansowania realizacji przedsięwzięcia z 23 kwietnia 2015 r. W świetle decyzji Ministra Środowiska nr DE-II-352-3/5414/14/MO/2015 zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 417 858 zł. Według wyjaśnień Zamawiającego, szacowany czas potrzebny na uzyskanie zmiany przedmiotowej decyzji (około pół roku), co przekreśla możliwość kontynuacji zamówienia, a prawdopodobieństwo uzyskania zgody na podwyższenie środków nie jest pewne.

W ustalonym stanie faktycznym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez unieważnienie postępowania oraz w konsekwencji – zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez nieudzielenie zamówienia Odwołującemu pomimo, że złożona przez niego oferta została uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu.

Izba zważyła, że zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

Co do zasady kwota podawana przez Zamawiającego na otwarciu ofert, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wyraża maksymalny poziom kosztu, który zamawiający planuje ponieść na realizację zamówienia. Kwota ta jest skorelowana z wartością zamówienia szacowaną przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu nabycie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia w granicach dokonanej przez niego kalkulacji i budżetu założonego na dany cel. Zamawiający nie musi być zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia za cenę odbiegającą znacznie od ceny rynkowej lub za cenę, która w istotny sposób przewyższa granice finansowe, do jakich Zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania dodatkowych środków finansowych na sfinansowanie zamówienia ponad kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Podwyższenie środków może w pewnych sytuacjach stanowić decyzję nieopłacalną wręcz narażającą zamawiającego na

duże nieekonomiczne wydatki. Zasadą jest, że zamawiający jest zainteresowany nabyciem przedmiotu zamówienia do kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i którą podał na otwarciu ofert. W przedmiotowym postępowaniu zamiar nieprzekroczenia budżetu na dane zadanie nie budzi wątpliwości – wynika on z faktu, że Zamawiający otrzymał konkretną ilość środków na dane zamówienie na mocy decyzji organu państwa.

Ponadto, Izba zważyła, że cena oferty w okresie podstawowym jest znacząco wyższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Zamawiający nie ma zatem obowiązku zabiegania o zmianę decyzji i zwiększenia środków na realizację zamówienia. Zwiększenie środków do ceny oferty najkorzystniejszej jest wyłącznie uprawnieniem zamawiającego.

W uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Koszalinie z dnia 16 kwietnia 2014 r. w spr. o sygn. akt VI Ga 23/14 wskazano, że „za utrwalone uznać należy w orzecznictwie stanowisko, iż zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego. Takie stanowisko zajęła KIO np. w wyrokach z dnia 2.08.2013 r. w sprawach KIO 1748/13; KIO 1750/13 [system Lex przy art.93 ustawy Pzp) stwierdzając: „Kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podana przy otwarciu ofert, nie wiąże zamawiającego w tym sensie, że nie jest to kwota, której zamawiającemu nie wolno przekroczyć. Zamawiający w toku postępowania może pozyskać dodatkowe środki i z ich pomocą sfinansować zamówienie. Taką możliwość jednoznacznie dopuszcza art. 93 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Oceny, czy posiada środki na sfinansowanie zamówienia, dokonuje sam zamawiający. Jest to jego suwerenna decyzja związana z całościową sytuacją finansową zamawiającego, o której wiedzę posiada on sam, nie zaś decyzja i ocena wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zwiększenie kwoty podanej na otwarciu ofert jest uprawnieniem zamawiającego, a nie jego obowiązkiem”. Z tym poglądem zgadza się Sąd Okręgowy. Ustawa Pzp zezwala zamawiającemu na zwiększenie środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia, a tym samym kontynuowanie postępowania o udzielenie zamówienia mimo zaistnienia przesłanek z art. 93 ust. 1 pkt 4, jednakże nie nakłada (bo i nałożyć nie może) na niego takiego obowiązku. Tym samym za bezprzedmiotowe uznać należy również zarzuty dotyczące niewykazania przez zamawiającego, iż nie jest on w stanie zwiększyć środków na sfinansowanie zadania częściowego nr 2. W tym zakresie za wystarczające uznać należy oświadczenie zamawiającego, iż nie zamierza on zwiększyć (z jakichkolwiek przyczyn) środków przewidzianych na sfinansowanie tego zadania.”

W świetle powyższego, zamawiający może podnieść kwotę, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia jedynie w sytuacji, gdy posiada środki, które

może przeznaczyć dodatkowo na dany cel. W analizowanej sprawie Zamawiający otrzymał zapewnienie środków na sfinansowanie zamówienia w oparciu o decyzję Ministra Finansów oraz Ministra Środowiska, które nie przewidują na obecnym etapie jakiegokolwiek możliwości zwiększenia wskazanej kwoty. Tym samym Zamawiający wykazał w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że nie jest stanie podwyższyć kwoty, którą zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia do ceny oferty Odwołującego.

Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez Odwołującego co do bezpodstawności unieważnienia postępowania wobec zakresu elementów okresu podstawowego możliwego do wykonania w terminie do 30 września 2015 r. oraz wysokości zaoferowanej przez Odwołującego ceny za ten okres, która mieści się w kwocie, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. kwocie 417 858,00 zł brutto w przypadku gdyby umowa została zawarta w dniu 27 lipca 2015 r. (okres podstawowy zamówienia potrwałby jedynie ok. 2 miesięcy), gdyż w tej sytuacji routery mogą być dostarczone po upływie okresu podstawowego zamówienia, a wynagrodzenie za dostawę i montaż routerów zostanie zapłacone wykonawcy po upływie okresu podstawowego zamówienia, Izba wskazuje, że powyższe spekulacje i przypuszczenia nie mogą stanowić podstawy do przyjęcia przez Zamawiającego oferty z ceną, która przekracza środki, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Żaden przepis ustawy Pzp nie uprawnia Zamawiającego do przyjęcia oferty zawierającej cenę, na którą nie posiada on pokrycia w środkach, którymi dysponuje na dany cel.

Izba dodatkowo, na marginesie zauważa, że na etapie unieważnienia postępowania nie można w sposób pewny stwierdzić, że Zamawiający będzie musiał przeprowadzić kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ten sam przedmiot zamówienia. Zmiana okoliczności może spowodować, że zamówienie na dany przedmiot stanie się bezcelowe lub nieuzasadnione.

Nawet gdyby uznać, że zamówienie zostanie ponowione, to fakt ten nie dowodzi bezzasadności samego unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy Zamawiający nie dysponuje obecnie wystarczającymi środkami na sfinansowanie zamówienia za cenę oferty Odwołującego. Ewentualne przeprowadzenie kolejnego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia daje Zamawiającemu szansę na pozyskanie przed wszczęciem nowego postępowania np. wyższej kwoty na sfinansowanie zamówienia.

KIO 1589/15

Rozpoznając niniejsze odwołanie Izba wzięła pod uwagę wnioski dowodowe złożone przez Odwołującego, w tym:

- wskazane przez Odwołującego w treści odwołania oświadczenia Zamawiającego znajdujące się w aktach sprawy o sygnaturze KIO 1141/15,
- pismo Odwołującego z dnia 15.07.2015 r. skierowane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, załączone do odwołania,
- wyciągów z ofert, załączonych do pisma z dnia 29.06.2015 r. Odwołującego złożonego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp na okoliczność, że specyfiką rynku usług telekomunikacyjnych jest oferowanie cen za poszczególne usługi w wysokości 0.01 złotych oraz że specyfika ta odnosi się również do rynku zamówień publicznych i dotyczy różnych podmiotów działających na tym rynku,

które to dowody, w ocenie Izby, nie miały jednak ważnego znaczenia dla rozpoznania istoty sprawy.

Izba uznała za nieistotny dla rozpoznania istoty sprawy dowód z przesłuchania Zamawiającego w charakterze strony, powołany na okoliczność przyczyn ukształtowania modelu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że uzasadnienie wyroku o sygn. akt KIO 1141/15 z dnia 23 czerwca 2015 r. zdeterminowało czynności podjęte przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w dniu 15 lipca 2015 r., co wyraża się zmianą stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego na posiedzeniu i rozprawie w sprawie KIO 1141/15 w porównaniu do stanowiska zawartego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 15 lipca 2015 r., Izba zauważa, że oparcie się przez Zamawiającego w decyzji z dnia 15 lipca 2015 r. na argumentacji zawartej w uzasadnieniu wyroku Izby (sygn. akt KIO 1141/15), w którym Izba uwzględniła zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Orange Polska S.A. na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 1 Pzp, nie zmienia faktu, że decyzja Zamawiającego z dnia 15 lipca 2015 r. o odrzuceniu oferty Orange Polska S.A., jako nieodpowiadającej treści SIWZ, stanowi w pełni suwerenną decyzję Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, podlegającą zaskarżeniu i rozpoznaniu w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zarzut naruszenia art 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na fakt, że treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

W pkt 14 SIWZ zamawiający opisał sposób obliczenia ceny oferty, wskazując, że: „Ceny abonamentu miesięcznego okresu podstawowego i abonamentu miesięcznego okresu opcjonalnego oraz cena dostawy określone przez Wykonawcę w formularzu ofertowym muszą uwzględniać koszty wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wszelkie inne koszty

składające się na realizację zamówienia z uwzględnieniem podatku od towarów i usług VAT, innych opłat i podatków oraz ewentualnych rabatów i upustów.”

Z zacytowanego powyżej literalnego brzmienia pkt 14 SIWZ wynika jednoznacznie, że każda z wymienionych tu cen musi z osobna uwzględniać wyszczególnione przez Zamawiającego w tym punkcie koszty.

Zgodnie z pkt 14.1 SIWZ, „Abonament miesięczny powinien zawierać wszystkie koszty Wykonawcy m.in. takie jak koszty instalacji oraz amortyzacji. Do Wykonawcy należy wyliczenie abonamentu miesięcznego i nie może oczekiwać od Zamawiającego żadnego dodatkowego wynagrodzenie.”

Okoliczność, że w pkt 14.1 SIWZ oraz w odpowiedzi na pytanie 15, Zamawiający nie odnosi się wyłącznie do „abonamentu miesięcznego okresu podstawowego”, nie oznacza, że w powyższych postanowieniach jest mowa o cenie łącznej, na którą składają się:

- a) cena abonamentu miesięcznego okresu podstawowego,
- b) cena abonamentu miesięcznego okresu opcjonalnego,
- c) cena dostawy urządzeń.

W ocenie Izby z brzmienia powyższych postanowień wynika jasno, że zawarte w nich regulacje dotyczą z osobna każdego z wymienionych powyżej elementów przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo w odpowiedzi na pytanie 15 (wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 8 maja 2015 r.), Zamawiający określił, jakie koszty należy uwzględnić w abonamencie miesięcznym: „Abonament miesięczny powinien zawierać wszystkie koszty Wykonawcy m.in. takie jak koszt instalacji oraz amortyzacji. Do Wykonawcy należy wyliczenie abonamentu miesięcznego i nie może oczekiwać od Zamawiającego żadnego dodatkowego wynagrodzenia.”

W ofercie wymagano podania ceny abonamentu okresu podstawowego dla każdej lokalizacji, ceny abonamentu w okresie opcjonalnym dla każdej lokalizacji oraz ceny za dostawę routerów. Wobec powyższych postanowień, nie budzi wątpliwości fakt, że kalkulując ceny ofert, wykonawcy zobowiązani byli do uwzględnienia, odpowiednio w cenie routerów oraz w cenie abonamentu podstawowego, wszystkich kosztów związanych ze świadczeniem usługi.

Konstrukcja przedmiotowego zamówienia z prawem opcji wskazuje, że wynagrodzenie otrzymywane przez wykonawcę za usługę świadczoną w okresie podstawowym jest wynagrodzeniem minimalnym, którego wykonawca może zasadnie oczekiwać. Istotą opcji jest to, że zakres podstawowy przedmiotu zamówienia jest zakresem gwarantowanym, natomiast - zakres objęty opcją może być zrealizowany lub też nie - według uznania zamawiającego. Zgodnie z § 1 ust. 4 Wzoru umowy: „Wykonawca wykona usługi

objęte zakresem opcjonalnym przedmiotu Umowy wyłącznie na żądanie Zamawiającego w formie pisemnego oświadczenia oraz w zakresie żądanym przez Zamawiającego.”

W świetle powyższego, brak przedłużenia obowiązywania usługi po dniu 30 września 2015 r. ze względu na nieskorzystanie przez zamawiającego z prawa opcji, oznacza, że świadczenie abonamentu podstawowego będzie jedynym świadczeniem, za które wykonawca otrzyma wynagrodzenie. Z tego punktu widzenia istotne jest, aby cena abonamentu zarówno w okresie podstawowym, jak i opcjonalnym zawierała w sobie pokrycie kosztów świadczenia usługi dostępu do Internetu.

W formularzu ofertowym Odwołujący wpisał, że cena brutto abonamentu dla każdej z 8 części wynosi 0,01 zł. Powyższa cena abonamentowa została skalkulowana w sposób niezgodny z ww. postanowieniami SIWZ, gdyż nie uwzględnia wymaganych kosztów związanych z zapewnieniem i świadczeniem usługi dostępu do Internetu w okresie podstawowym. Zauważyć należy, że nie było sporu pomiędzy stronami co do faktu, że zaoferowana przez Odwołującego cena 0,01 zł brutto za abonament podstawowy, w stosunku do wymagań Zamawiającego dotyczących tego okresu, nie obejmuje wszystkich kosztów tego świadczenia. Jak wynika wprost z wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniu 29 czerwca 2015 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 czerwca 2015 r. w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, cena powyższa jest wyrazem nieuwzględnienia w ofercie pełnego zakresu zamówienia wymaganego do świadczenia związanego z okresem podstawowym. W treści odwołania Odwołujący przedstawił w sposób wyraźny wątpliwości co do faktu, czy w okresie podstawowym będą w ogóle świadczone usługi dostępu do Internetu. Odwołujący wywodził z treści SIWZ, w szczególności z postanowień dotyczących terminów realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, że świadczenie usług dostępu do Internetu w okresie podstawowym mogłoby trwać:

- przy założeniu, że umowa zawarta zostałaby np. w dniu rozpatrywania poprzedniego odwołania, tj. 15.06.2015 r. - 1 miesiąc i 1 tydzień,
- przy założeniu, że umowa zawarta zostałaby np. w dniu złożenia niniejszego odwołania, tj. 24.07.2015 r. - 0 dni,
- przy założeniu że umowa zawarta zostałaby np. w dniu rozpatrywania niniejszego odwołania - 0 dni.

Zdaniem Odwołującego, przedmiotowe zamówienie publiczne to przede wszystkim dostawa urządzeń oraz część zamówienia, która ma być realizowana w okresie opcjonalnym. Odwołujący dał w odwołaniu jednoznaczny wyraz wątpliwościom, czy w ramach prowadzonego postępowania dojdzie do rzeczywistego świadczenia usługi dostępu do Internetu w okresie podstawowym, ewentualnie jeżeli dojdzie, to ile dni będzie świadczona usługa.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyroku z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII GA 117/09 orzekł, że obliczenie ceny oferty w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w SIWZ powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, w sytuacji, gdy sposób obliczenia ceny został w SIWZ określony. Podkreślić również należy, że skalkulowanie ceny w odmienny sposób niż tego wymagał zamawiający powoduje brak możliwości porównania złożonych ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, w konsekwencji należało uznać, że oferta Orange Polska S.A. w powyższym zakresie jest niezgodna z pkt 14 SIWZ. Podkreślić również należy, że ogólne oświadczenia złożone przez wykonawcę na formularzu ofertowym (pkt 1 i 5) nie przesądzają o zgodności treści oferty z treścią SIWZ, w świetle szczegółowych wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w odniesieniu do ceny abonamentu podstawowego.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty nie opisał szczegółowo, jakiego zakresu zamówienia Odwołujący nie uwzględnił w zaoferowanej cenie 1 grosz. Wynika to jednak z treści wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w dniu 29 czerwca 2015 r., gdzie wykonawca przedstawił uzasadnienie do tak niskiej kalkulacji ceny abonamentu w okresie podstawowym w zakresie części 1-8, zakładając, że część usług nie będzie świadczona.

Izba stwierdziła, że Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego i uznając tę ofertę za niezgodną z treścią SIWZ oparł się prawidłowo na regulacjach zawartych w SIWZ i wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 8 maja 2015 r. Wyjaśnienia złożone przez Zamawiającego na poprzedniej rozprawie mają moc jednakową z wyjaśnieniami złożonymi w rozpatrywanej sprawie – stanowią subiektywne, co do zasady, stanowisko Zamawiającego w zakresie interpretacji postanowień SIWZ. Izba rozpoznała niniejszy zarzut w oparciu o obiektywne informacje, tj. literalne brzmienie spornych postanowień, które nie wymagają wykładni, gdyż są jasne i jednoznaczne w swoim brzmieniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, z uwagi na fakt, że złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, w niniejszym postępowaniu ocenie podlegały trzy odrębne ceny ryczałtowe, tj. cena podstawowa, cena opcjonalna oraz cena dostawy, a nie suma tych cen, co wynika wprost z konstrukcji kryteriów oceny ofert.

Skoro Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia i w odniesieniu do każdego z elementów przedmiotu zamówienia wymagał podania odpowiednio ceny, uwzględniającej

koszty świadczenia danego elementu zamówienia, oraz w konsekwencji w ramach ustalonych kryteriów oceniał oferty w tych trzech elementach, przyznając odpowiednio punktację, która dopiero w etapie końcowym oceny podlegała sumowaniu, to nie budzi wątpliwości Izby fakt, że w zakresie badania i oceny, czy zaoferowane ceny nie są cenami rażąco niskimi należy oceniać każdą z tych cen odrębnie. Powyższe nie stoi w jakiegokolwiek sprzeczności z brzmieniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, który nakazuje ocenę poziomu zaoferowanej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Orzecznictwo KIO powołane przez Odwołującego wyrażające stanowisko, że o rażąco niskiej cenie nie decydują poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena, jako wartość całkowita oferty, dotyczy postępowań, w których wymagane było dokonanie wyceny przedmiotu zamówienia, jako ceny całkowitej, która podlegała ocenie w ramach podstawowego kryterium oceny ofert. W niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z ceną całkowitą oferty, podlegającą ocenie, lecz z cenami za trzy wydzielone do oceny elementy przedmiotu zamówienia, które, jak zauważył sam Odwołujący, mogą być świadczone całkowicie niezależnie. Ceny za te elementy przedmiotu zamówienia są cenami ryczałtowymi i nie stanowią kalkulacyjnych cen jednostkowych do wyceny przedmiotu zamówienia, jako całości.

W piśmie Odwołującego z dnia 29 czerwca 2015 r. złożonym Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. (pismo objęte tajemnicą przedsiębiorstwa), Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie tezy, że cena za abonament podstawowy w wysokości 0,01 zł została wyceniona w sposób rzetelny, uwzględniający koszty świadczenia w okresie podstawowym. W szczególności dowodu takiego nie stanowią wyciągi z ofert złożonych przez innych wykonawców w innych przetargach.

Odwołujący oparł wyjaśnienia w zakresie wysokości zaoferowanej ceny w badanym zakresie w głównej mierze na: specyfice rynku usług telekomunikacyjnych oraz możliwości skalkulowania kosztów świadczenia jednego z elementów przedmiotu zamówienia w innej części oferty. W ocenie Izby, powyższa argumentacja w świetle postanowień SIWZ w żaden sposób nie uzasadnia zaoferowania ceny jedynie symbolicznej za abonament w okresie podstawowym.

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, że zgodnie z pkt 14. SIWZ, Zamawiający pozostawił wykonawcom dowolność w zakresie sposobu wyceny. Oczywiście jest, że składając ofertę – wykonawca jest zobowiązany samodzielnie wyliczyć cenę, którą oferuje. Nie oznacza to jednak, że wykonawca mógł pominąć wytyczne Zamawiającego zawarte w postanowieniu pkt 14 SIWZ oraz w odpowiedzi na pytanie nr 15 z dnia 8 maja 2015 r. Jak wynika z tych postanowień, Zamawiający nie pozostawił wykonawcom całkowitej dowolności wyceny każdego z odrębnych elementów świadczenia.

Reasumując powyższe, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego Izba uznała za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na części, opisał kryteria oceny ofert i ich znaczenie następująco: cena podstawowa - 45%, cena opcjonalna - 45%, cena dostawy - 7%, okres gwarancji - 3%.

W wyniku zaoferowania przez Odwołującego ceny brutto abonamentu miesięcznego za okres podstawowy w ośmiu lokalizacjach w kwocie - 0,01 zł dla każdej lokalizacji, za okres opcjonalny po 3036,00 zł dla każdej lokalizacji było uzyskanie przez Odwołującego:

- w kryterium cena podstawowa – 45 pkt,
- w kryterium cena opcjonalna - 19,53 pkt.

Przystępujący, który zaoferował ceny zbliżone za oba okresy uzyskał liczbę punktów:

- w kryterium cena podstawowa - 0,00025 pkt,
- w kryterium cena opcjonalna -45 pkt.

Oferta Odwołującego, w świetle wymagań SIWZ zawiera wyraźnie zaniżoną cenę za abonament podstawowy, wręcz symboliczną cenę, której celem było de facto uzyskanie przez Odwołującego maksymalnej punktacji, decydującej o uzyskaniu zamówienia. W ocenie Izby, złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Powyższy przepis, zawierający klauzule generalne, wymaga, aby dla określenia, że dane zachowanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nastąpiło spełnienie łącznie wszystkich przesłanek zawartych w tym przepisie. Z treści art. 3 ust. 1 u.z.n.k. wynikają trzy przesłanki, jakie spełniać musi oceniany czyn, by mógł być uznany za czyn nieuczciwej konkurencji, tj.: działanie musi zostać podjęte w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą, czyn musi być sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami, działanie musi zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ciężar wykazania spełnienia ww. przesłanek w odniesieniu do oferty złożonej przez wykonawcę, co skutkuje w konsekwencji odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, spoczywa na Zamawiającym.

Fakt, że działania Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w tym złożenie oferty o określonej treści, omówionej powyżej w niniejszym uzasadnieniu wyroku,

podjęte zostało przez Odwołującego w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że działanie wykonawcy, polegające na przerzuceniu kosztów pomiędzy oferowanymi cenami, w celu osiągnięcia korzystnego „bilansu cen” bez względu na rzeczywistą wartość oferowanych usług/dostaw narusza dobre obyczaje oraz interes innych wykonawców. Działanie to polegało na niezgodnym z wymaganiami SIWZ zaoferowaniu ceny najniższej z możliwych – 0,01 zł, w celu uzyskania w kryterium ceny podstawowej - najwyższej ilości punktów. Potwierdzeniem celowości działania wykonawcy, jest wyrażone w odwołaniu i w wyjaśnieniach z dnia 29 czerwca 2015 r. przeświadczenie wykonawcy, o tym, że usługi w okresie podstawowym mogą nie być w ogóle świadczone. Zatem wykonawca liczył się z tym, że oferując na ten element tak niską cenę nie poniesie strat, gdyż usługi nie będą świadczone lub będą świadczone w znikomej ilości. W efekcie uzyskania maksymalnej punktacji w tym kryterium, oferta wykonawcy otrzymała także najwyższą sumaryczną ilość punktów.

Opisane powyżej działanie narusza dobre obyczaje kupieckie i interesy innych wykonawców, poprzez uniemożliwienie innym wykonawcom, w tym przypadku T-Mobile Poland S.A. uczciwej rywalizacji o uzyskanie zamówienia.

Za normalne zjawisko na rynku uznać należy rywalizację cenową pomiędzy przedsiębiorcami. W niniejszej sprawie jednak granica uczciwej konkurencji cenowej została przez Odwołującego przekroczona na skutek maksymalnego zaniżenia ceny abonamentu podstawowego, wbrew postanowieniom SIWZ o sposobie kalkulacji tej ceny, które to postanowienia miały de facto zapewnić uczciwą rywalizację wykonawców w zakresie każdej z trzech cen ryczałtowych, ocenianych przez Zamawiającego w kontekście wyboru oferty najkorzystniejszej. Odwołujący zastosował niedozwoloną manipulację cenami zawartymi w ofercie, co w sposób jednoznaczny pozwala na stwierdzenie, iż w niniejszej sprawie miało miejsce naruszenie interesów innego wykonawcy, ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Odwołujący działał sprzecznie z zasadami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ, zmierzając tym samym w sposób nieuczciwy, poprzez zaoferowanie ceny nieuwzględniającej kosztów świadczenia - do uzyskania najwyższej punktacji, która umożliwiała mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, pomimo, że całkowita cena oferty faktycznie znacznie przewyższała cenę oferty T-Mobile Poland S.A., która w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert sformułowanych w SIWZ uzyskała drugą pozycję.

Czynem nieuczciwej konkurencji jest w tym przypadku manipulacja cenami za poszczególne elementy zamówienia w celu uzyskania wyższej oceny punktowej. Odwołujący maksymalnie zniżył cenę w zakresie kryterium ceny podstawowej zamówienia, niezależnie od faktu, czy rzeczywiście koszty świadczenia abonamentu podstawowego zostały uwzględnione w innej części oferty. Z tego względu czyn ten nie stanowi czynu nieuczciwej

konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem wykazywanie spełnienia przesłanek wskazanych w tym przepisie Izba uznała za niecelowe.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 4 Pzp poprzez unieważnienie postępowania, pomimo tego że w postępowaniu została złożona przez Odwołującego oferta, niepodlegająca odrzuceniu, której cena nie przewyższa kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Unieważnienie postępowania jest konsekwencją odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego oraz stwierdzenia, że oferta najkorzystniejsza zawiera cenę, która przewyższa kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Wobec nie potwierdzenia się zarzutów zawartych w obu odwołaniach sytuacja Odwołujących się wykonawców w przedmiotowym postępowaniu nie może ulec zmianie, a zatem decyzja o unieważnieniu postępowania w sprawie zamówienia publicznego pozostaje skuteczna.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, w szczególności niepotwierdzenie się zarzutów zawartych w obu rozpoznanych odwołaniach, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 Pzp oraz § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....