Sygn. akt: KIO 1309/17

WYROK
z dnia 11 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie: −
Przewodniczący: Anna Chudzik
Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **P. Sp. z o.o. z siedzibą w W.,**
w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę-Miasto P.,**
przy udziale wykonawcy **T-M. Polska S.A. z siedzibą w W.,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia załączonego do wyjaśnień T-M. cennika urządzeń oferty biznesowej;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża P. Sp. z o.o. i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   3.2. zasądza od P.Sp. z o.o. na rzecz Gminy-Miasta P. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Płocku.**

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 1309/17

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina-Miasto P. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego − − postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług telefonii komórkowej dla Urzędu Miasta P. i telekomunikacyjnych Jednostek Organizacyjnych.

W dniu 26 czerwca 2017 r. wykonawca P. Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty T-M. P. S.A. z uwagi na rażąco niską cenę oraz wobec zaniechania ujawnienia złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w tym w szczególności cennika urządzeń oferty biznesowej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią art. 190 ust. 1a ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa w postępowaniu odwoławczym na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego albo na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania. Odwołujący stwierdził, że to Zamawiający lub też wykonawca T-M. winni wykazać, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niska. Wskazał, że złożone przez T-M. wyjaśnienia dotyczące ceny zostały w całości objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, co uniemożliwia mu pełne odniesienie się do sprawy. Odwołujący wskazał również, że wykonawca T-M. nie po raz pierwszy stosuje praktykę oferowanie cen rażąco niskich celem uzyskania zamówienia (wyrok KIO o sygn. akt 1288/15, czy o sygn. akt KIO 1435/16).

Odwołujący podał, że świadczenia objęte przedmiotem niniejszego zamówienia mają być wykonywane od dnia 1 listopada 2017 do 31 października 2021. Zamawiający przewidział sześć pakietów kwotowych (abonamentów) różniących się wysokością z góry ustalonego wynagrodzenia, to jest od kwoty 20 zł brutto do 220 zł. Pakiety zostały wyznaczone w oparciu o limity ilości danych internetowych wchodzących w jego skład, to jest od 3 GB do 50 GB. Zamawiający przewidział także obowiązek dostawy, a następnie wymiany urządzeń co każde 24 miesiące od daty podpisania umowy. Wykonawca został zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu aktualnego w momencie zamówienia

cennika detalicznego urządzeń dla klientów biznesowych, z których Zamawiający będzie mógł wybrać dowolne telefony w cenach według podanego schematu:

Zakresy cenowe urządzeń z cennika detalicznego dla klientów biznesowych Rodzaj pakietu kwotowego 0-1.000 zł 1.001-2.000 zł 2.001-3.500 zł 3.501-5.000 zł

Pakiet I 1,23 zł brutto 700 zł brutto - -
Pakiet II 1,23 zł brutto 700 zł brutto - -
Pakiet III 1,23 zł brutto 50 zł brutto 100 zł brutto 500 zł brutto
Pakiet IV 1,23 zł brutto 1,23 zł brutto 50 zł brutto 100 zł brutto
Pakiet V 1,23 zł brutto 1,23 zł brutto 50 zł brutto 50 zł brutto
Pakiet VI 1,23 zł brutto 1,23 zł brutto 50 zł brutto 50 zł brutto

Odwołujący podniósł, że ustanowienie wynagrodzenia za telefony w przeważającym zakresie na poziomie 1,23 zł-50 zł brutto oznacza, że koszt nabycia urządzeń musi być faktycznie pokryty z opłaty abonamentowej (stałej dla każdego wykonawcy) oraz z wynagrodzenia za wykonywane usługi telekomunikacyjne. Co istotne, zgodnie z treścią SIWZ wykonawcy w niniejszym postępowaniu faktycznie konkurowali wysokością wynagrodzenia za minutę połączenia do wszystkich sieci oraz za usługę SMS/MMS. Dla ustalenia warunków wykonywania świadczenia znaczenie także miało ustalenie – w ramach kryteriów oceny ofert – jaką ilość darmowych minut dany wykonawca oferuje w ramach abonamentu. Te dwie wielkości wyznaczały ekonomiczne podstawy wykonywanego świadczenia.

Odwołujący wskazał, że w postępowaniu złożone zostały dwie oferty przewidujące wykonanie przedmiotu zamówienia na następujących warunkach:

T-M. P.

Cena za minutę połączenia do wszystkich sieci, SMS/MMS 0,00 zł 0,22 zł
Ilość darmowych minut do wszystkich sieci, SMS/MMS 44.640 5
Ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego 13.500 0,01
Ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego 13.500 1.000
Ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego 13.500 100.000
Ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego 13.500 100.000

Odwołujący stwierdził, że w przypadku oferty T-M. mamy do czynienia z brakiem opłaty za wykonywane połączenia telefoniczne do wszystkich sieci, a także z brakiem opłaty

za usługi SMS/MMS, co przesądza o tym, że oferta ma charakter nierynkowy i powinna zostać odrzucona ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, oferowane opłaty abonamentowe nie pokryją samych kosztów zakupu urządzeń jakie, T-M. zobowiązany jest dostarczyć, gdyż zaoferowana dla pakietów kwotowych stawka zerowa (0,00 zł) za połączenia do wszystkich sieci oraz dodatkowy pakiet 44.640 darmowych jednostek miesięcznie dla każdego abonamentu powoduje, że T-M. nie uzyska żadnego dodatkowego przychodu oprócz abonamentów. Odwołujący przedstawił analizę gwarantowanych przychodów kontraktowych oraz prognozowanych kosztów zakupu telefonów i tabletów w cenie rynkowej:

Stałe gwarantowane Stałe Stała suma gwarantowanego opłaty Okres Ilość gwarantowane przychodu: abonament x 24 abonamentowe w umowy usług abonamenty m. x ilość usług w PLN brutto PLN brutto

Pakiet kwotowy I 20 187.200,00 24 390

Pakiet kwotowy II 30 72.000,00 24 100
Pakiet kwotowy III 60 256.320,00 24 178
Pakiet kwotowy IV 150 64.800,00 24 18
Pakiet kwotowy V 180 8.640,00 24 2
Pakiet kwotowy VI 220 10.560,00 24 2
Pakiet internetowy I 5 10.320,00 24 86
Pakiet internetowy II 25 12.000,00 24 20
Pakiet internetowy III 35 10.800,00 24 12
Pakiet internetowy 55 52.800,00 24 40 IV

684.720,00

Koszt zakupu urządzeń (bez kosztów usług):

Przykładowy sprzęt Jednostkowy stały Przychód łączny ze Jednostkowe ceny Koszt łączny wymagany do przychód ze sprzedaży sprzedaży sprzętu zakupu sprzętu zakupu sprzętu
dostarczenia sprzętu brutto brutto brutto brutto

Samsung J5 (2016)* 1,23 479,70 706,00 275.89,70

Samsung J5 (2016)* 1,23 123,00 706,00 70.723,00

Samsung Galaxy S8 ** 100,00 17.800,00 3.080,00 566.040,00

Apple iPhone 7 128 100,00 1.800,00 3.350,00 62.100,00 GB ***

Apple iPhone 7 128 50,00 100,00 3.350,00 6.800,00 GB ***

Apple iPhone 7 128 50,00 100,00 3.350,00 6.800,00 GB ****

Bez sprzętu 0,00 0,00 0,00 0,00

Huawei MediaPat T2 150,00 3.000,00 1.178,00 26.560,00 10 *****

Apple iPad Air 2 128 500,00 6.000,00 2.950,00 41.400,00 Gb *****

Apple iPad Air 2 128 1,23 49.200 2.950,00 118.049,20 Gb *****

29.451,90 1.174.291,90

Suma gwarantowanych przychodów 24 miesiące brutto (usługi + sprzęt) 714.171,90
Suma kosztów zakupu sprzętu na 24 miesiące 1.174.291,90
Suma gwarantowanych przychodów 48 miesięcy brutto 1.428.343,80
Suma kosztów zakupu sprzętu na 48 miesięcy 2.348.583,80
Różnica kosztów na 48 miesięcy brutto -920.240,00

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający odmówił udostępnienia wyjaśnień T-M. w sprawie wysokości ceny, w tym załącznika do wyjaśnień, zawierającego cennik urządzeń. W związku z tym Odwołujący przedstawił zestawienie poszczególnych abonamentów z przypisanymi modelami telefonów, tabletów wg posiadanego Cennika T-M. dla Klientów Kluczowych oraz odniesieniami do cen rynkowych według wyszukiwarki cen C.3. Zdaniem Odwołującego z załączonych Cenników oraz przedstawionej tabeli jasno wynika, że koszt zakupu sprzętu przekracza znacząco kwoty gwarantowane przez abonamenty.

Przykładowy sprzęt Jednostkowe ceny zakupu wymagany do dostarczenia sprzętu według najniższych
Grupy zakupowe wg SIWZ wg cennika T-M. dla klientów cen rynkowych
kluczowych publikowanych przez C. Samsung J5 (2016) 706,00
Huawei P9 lite LTE 899,00 Grupa I Sony Xperia XA 697,00 Abonament 20 zł brutto
Lenovo K6 Note 837,00 Telefony z zakresu 0-1.000 zł Samsung Galaxy A3 (2016) 754,00
Samsung J5 (2016) 706,00 Huawei P9 lite LTE 899,00 Grupa II
Sony Xperia XA 697,00 Abonament 30 zł brutto Lenovo K6 Note 837,00 Telefony z zakresu 0-1.000 zł
Samsung Galaxy A3 (2016) 754,00 Apple iPhone 7 32 GB 2.700,00 Grupa III

Sony Xperia XZ 2.020,00 Abonament 60 zł brutto Samsung Galaxy S7 2.100,00 Telefony z zakresu 2.001-3.500

zł Moto Z 2.499,00 Huawei P9 Plus 2.249,00
Apple iPhone 6s 32 GB 2.349,00 Apple iPhone 7 128 GB 3.600,00
Grupa IV, V, VI Apple iPhone 7 256 GB 3.945,00 Abonament 15 zł, 180 zł, 220 zł
HTC 10 LTE 2.500,00 brutto Samsung Galaxy S7 Edge 2.500,00
Telefony z zakresu 2.001-3.500 Apple iPhone 7 Plus 128 GB 3.900,00 zł
Apple iPhone 7 Plus 256 GB 4.200,00 Grupa I (Internet)
Bezsubsydiowo - Abonament 5 zł brutto
Grupa II (Internet) Huawei MediaPad T1 10,0 600,00 Abonament 25 zł brutto
Leno o Mix 300 649,00 Modemy, routery, tablety z Lenovo Tab3 A8 599,00
zakresu 501-1.000 Grupa III, IV (Internet)
Abonament 35 zł brutto, 55 zł Apple 9.7 iPad Pro Wi- 2.600,00 brutto Fi+Cell.32 Gb
Modemy, routery, tablety z Lenovo Yoga Tab 3 Pro LTE 1.700,00 zakresu 1.001-3.500

Odwołujący podniósł, że nie jest możliwe by spółka T-M., nawet mimo globalnego zasięgu działania, uzyskiwała znaczące obniżki cen zakupowych sprzętów, które by pozwoliły rentownie zrealizować ten kontrakt w oparciu o inne warunki niż w przypadku Polkomtel. Wskazał, że w latach 2006-2013 r. działał w ramach powiązania kapitałowego z międzynarodowym operatorem V. i korzystał w tym okresie z wszystkich możliwości technicznych, zakupowych oraz technologicznych jakie posiadała Grupa V., a ceny telefonów/modemów nie odbiegały znacząco od cen zakupowych, jakie Odwołujący realizuje obecnie jako operator niezależny.

Odwołujący przedstawił przykładowe zestawienie cen telefonu Apple iPhone 7 32 GB w ofercie czterech wiodących polskich operatorów telefonii komórkowej (informacja ze stron internetowych operatorów):

- Oferta P. (Promocja Solo stan nielimitowany, usługi bez limitu) – abonament 60 zł x 24 miesiące umowa + zakup sprzętu 2969 zł = 4409,00 zł brutto;
- Oferta T-M. (Promocja T1 5GB, połączenia, SMS, MMS BEZ LIMITU + 5 GB) – abonament 59,95 zł x 24 miesiące umowa + zakup sprzętu 2999,00 zł = 4437,80 zł brutto;
- Oferta O. (Promocja na 24 m, połączenia, SMS, MMS bez limitu + 5 GB) – abonament 149,99 zł x 24 miesiące umowa + zakup sprzętu 898,99,00 zł = 4498,75 zł brutto;
- Oferta P. (Promocja na 24 m, połączenia, MMS, MMS, bez limitu + 5 GB) – abonament 69,99 zł x 24 miesiące umowa + zakup sprzętu 2772,00 zł = 4451,76 zł brutto.

Odnosząc się do rynkowej praktyki T-M., Odwołujący przywołał poglądy Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w sprawie o sygn. akt KIO 1288/154. Izba stwierdzając wystąpienie rażąco niską ceny w ofercie T-M. dodała w szczególności, że:

- wyjaśnienia T-M. cechowały się wewnętrzną sprzecznością, w szczególności w odniesieniu do stosunku kosztów i przychodów z interkonektu;
- wykonawca ten podkreślał znaczenie przychodów z interkonektu, jednak starając się pomijać kwestię kosztów z interkonektu, w ocenie Izby T-M. w oczywisty sposób nie doszacował potencjalnych kosztów interkonektu;
- co do przychodów z i. założonych przez T-M. – dla Izby te założenia były niezrozumiale (w tym znaczeniu, że Izba nie widzi ich oparcia ani w opisie przedmiotu zamówienia, ani w założeniach co do kształtowania się usługi).
- Izba w szczególności nie widziała podstaw do uznania, że liczba połączeń przychodzących z obcych sieci będzie o 2/3 wyższa niż połączeń wychodzących;
- w ocenie Izby wbrew twierdzeniom T-M. większość połączeń miała odbywać się pomiędzy abonentami zamawiającego, czyli bez kosztów i przychodów z interkonektu;
- Izba wskazała na pominięcie przez wykonawcę kosztów utrzymania infrastruktury sieciowej, a także obsługi zamawiającego;
- Izba akceptując stanowisko T-M., że żaden z operatorów nie ujawni, jakie są jego ceny zakupu urządzeń stwierdziła, że nie oznacza to, że Izba zaakceptuje wyłącznie same twierdzenia wykonawcy jako okoliczność udowodnioną, zwłaszcza przy tak niskich

cenach aparatów.

Zdaniem Odwołującego w niniejszym postępowaniu zachodzą analogiczne okoliczności. Ewentualne przychody z opłat interkontektowych równoważone są kosztami takich opłat. Ponadto Zamawiający nie powinien bezrefleksyjnie zaakceptować ewentualnych wywodów T- M. na temat cen zakupu urządzeń, ceny te są bowiem zbliżone w odniesieniu do każdego z trzech wiodących operatorów rynku telefonii komórkowej, to jest T-M, Polkomtel oraz O. P. S.A.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania ujawnienia wyjaśnień T-M dotyczących ceny Odwołujący zakwestionował samą dopuszczalność utajnienia w całości tych wyjaśnień. Wskazał, że poza uzasadnieniem niejawności dokumentu P. nie otrzymał żadnej informacji uzasadniających rynkowy charakter ceny. W ocenie Odwołującego taka informacja nie może mieć w całości charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Powołując się na zasadę jawności postępowania Odwołujący wniósł o zweryfikowanie przez Izbę, czy każda z informacji zawartych w złożonych wyjaśnieniach spełnia wymagania określone w przepisach o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i wskazał, że jeśli tajemnicą przedsiębiorstwa faktycznie jest objęta tylko część dokumentu, nie zaś jego całość, to zastrzeżenie całej treści dokumentu jest nieuprawnione. Podkreślił, że zgodnie z treścią art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tajemnicą przedsiębiorstwa są nieujawnione do wiadomości publicznej

informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. O ile zatem dane informacje są powszechnie dostępne w przestrzenie publicznej, to nie jest możliwym uznanie, że mamy do czynienia z tajemnicą przedsiębiorstwa. Odwołujący wskazał przykładowo na wyjaśnienia złożone przez T-M. w postępowaniu prowadzonym przez Resortowe Centrum Zarządzania Sieciami i Usługami Teleinformatycznymi na zawarcie umów szczegółowych na świadczenie usługi telefonii komórkowej (jawny załącznik do dokumentacji przetargowej), a także na treść przywoływanych już przez nas wyjaśnień T-M. w sprawie ceny złożonych w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1288/15 i podniósł, że o ile mielibyśmy do czynienia w złożonych obecnie wyjaśnieniach z powieleniem choćby częściowym informacji zawartych w powyższych dokumentach, brak jest podstaw do uznania zasadności dokonanego zastrzeżenia niejawności.

Odwołujący zwrócił w szczególności uwagę na zaniechanie ujawnienia cennika urządzeń oferty biznesowej T-M. załączonego do wyjaśnień. Wskazał, że zapoznanie się z tym dokumentem pozwoliłoby mu na zweryfikowanie realności ceny T-M. z uwagi na znaczenie wysokości zaoferowanych cen urządzeń dla określenia rentowności kontraktu. Wykonawca był zobowiązany do dostarczenia cennika dostępnych telefonów (zgodnie z OPZ „cennik detaliczny dla klientów biznesowych”). To ten cennik, a nie swobodny wybór wykonawcy zawierał spis telefonów do nabycia których jest uprawniony Zamawiający. Ustalenie ich cen rynkowych pozwala na ustalenie wielkości kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Dlatego Polkomtel był zainteresowany sprawdzeniem, czy dostarczony przez T-Mobile cennik jest właśnie takim cennikiem biznesowym, czy też T-M. dokonał niezasadnego zawężenia oferty w tym zakresie (np. poprzez niezgodne z SIWZ usunięcie części telefonów). Odwołujący podniósł, że cennik ten nie został zastrzeżony jako niejawny przez T-Mobile (przynajmniej w treści ujawnionego nam częściowo pisma z dnia 26 maja br.). Co więcej, dokument taki nie może mieć statusu niejawnego, będzie on bowiem jawny po podpisaniu umowy. Ponadto cenniki urządzeń w ofercie biznes wykonawcy T-M. są dostępne w salonach sprzedaży tego wykonawcy, a zaniechanie udostępnienia tego cennika stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i stanowić może jedynie próbę uniemożliwienia oceny, czy złożony cennik jest zgodny z wymaganiami SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy T-M. P. S.A. oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

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

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

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie, jakoby Odwołujący nie miał legitymacji do wniesienia odwołania z uwagi na fakt, że po przeliczeniu zaoferowanej przez niego ceny za minutę połączenia i szacowanej liczby połączeń i pozostałych kosztów, wynagrodzenie wykonawcy przekracza kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że unieważnienie postępowania z powodu okoliczności opisanych w art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp w przypadku, gdyby oferta Odwołującego w wyniku rozstrzygnięcia Izby stała się najkorzystniejsza, na moment rozpoznawania odwołania ma wyłącznie charakter hipotetyczny i zależy od przyszłej oceny możliwości zwiększenia budżetu przez Zamawiającego. Takie przyszłe i niepewne zdarzenie nie może prowadzić do stwierdzenia braku legitymacji do skorzystania ze środków ochrony prawnej. Nie można odmówić wykonawcy możliwości korzystania z tych środków tylko dlatego, że Zamawiający gołosłownie oświadcza, że nie zwiększy budżetu, zwłaszcza że kwestia możliwości takiego zwiększenia będzie podlegała ocenie na moment podjęcia decyzji w tym przedmiocie.

Izba ustaliła, że postępowanie zostało wszczęte w dniu 14 marca 2017 r., zatem do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutu dotyczącego zaniechania ujawnienia załączonego do wyjaśnień T-M. cennika urządzeń oferty biznesowej. Z uwagi na uwzględnienie tego zarzutu przez Zamawiającego i niewniesienie sprzeciwu przez Przystępującego, postępowanie odwoławcze w tym zakresie zostało umorzone. Zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wniesie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie. Jak wynika z powyższego, obowiązujące przepisy w takiej sytuacji uzależniają rozpoznanie odwołania od wniesienia

sprzeciwu, co nie nastąpiło. Rozstrzyganie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Jednocześnie informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu. Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione m.in. w wyrokach Izby o sygn. akt: KIO 1922/16, KIO 2138/16, KIO 2357/16, KIO 17/17, KIO 24/17.

Odwołanie, w zakresie rozpoznanym merytorycznie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z § 3 ust. 9 i 10 Opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający określił następujące pakiety składające się na przedmiot zamówienia:
a) Pakiety kwotowe:

− pakiety kwotowe I – 20 zł brutto, paczka danych 3 GB (390 pakietów),
pakiety kwotowe II – 30 zł brutto, paczka danych 10 GB (100 pakietów), −

pakiety kwotowe I – 60 zł brutto, paczka danych 15 GB (178 pakietów), −
pakiety kwotowe I – 150 zł brutto, paczka danych 30 GB (18 pakietów), −
− pakiety kwotowe I – 180 zł brutto, paczka danych 40 GB (2 pakiety),
pakiety kwotowe I – 220 zł brutto, paczka danych 50 GB (2 pakiety), −
b) Pakiet Internetu mobilnego:
pakiet I – 5 zł brutto (86 pakietów), −
pakiet II – 25 zł brutto (20 pakietów), −
pakiet III – 35 zł brutto (12 pakietów), −
pakiet IV – 55 zł brutto (40 pakietów). −

W § IV OPZ przewidziano m.in., że wykonawca będzie wymieniał urządzenia co każde 24 miesiące od daty podpisania umowy, jednakże nie później niż na 6 miesięcy przed dniem 31-10-2021, a dostarczone urządzenia będą fabrycznie nowe, będą wyposażone w standardowe akcesoria oferowane w komplecie z urządzeniem przez producenta. Ponadto Zamawiający określił obowiązek przedstawienia aktualnego w momencie zamówienia

cennika detalicznego dla klientów biznesowych, z których Zamawiający będzie mógł wybrać dowolne telefony w cenach według podanego schematu:

Zakresy cenowe urządzeń z cennika detalicznego dla klientów biznesowych Rodzaj pakietu kwotowego 0-1.000 zł 1.001-2.000 zł 2.001-3.500 zł 3.501-5.000 zł

Pakiet I 1,23 zł brutto 700 zł brutto - -
Pakiet II 1,23 zł brutto 700 zł brutto - -
Pakiet III 1,23 zł brutto 50 zł brutto 100 zł brutto 500 zł brutto
Pakiet IV 1,23 zł brutto 1,23 zł brutto 50 zł brutto 100 zł brutto
Pakiet V 1,23 zł brutto 1,23 zł brutto 50 zł brutto 50 zł brutto
Pakiet VI 1,23 zł brutto 1,23 zł brutto 50 zł brutto 50 zł brutto

Zgodnie z rozdziałem XIV SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny oferty), wykonawca zobowiązany był podać w formularzu oferty cenę za minutę połączenia do wszystkich sieci, SMS/MMS. Cena określona przez wykonawcę powinna uwzględniać opusty, jakie Wykonawca oferuje.

W rozdziale XV SIWZ Zamawiający określił następujące kryteria oceny ofert:
1) cena – 60%, w tym:
cena za minutę połączenia do wszystkich sieci, SMS/MMS 35%, −
ilość darmowych minut do wszystkich sieci, SMS/MSM w każdym pakiecie kwotowym − musi być jednakowa – 10%,
ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego I 1%, −
ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego II 4%, −
ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego III 5%, −
ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego IV 5%, −
2) Kryterium „Obszar pokrycia terenu P.” – 30%:
3) Kryterium „Dostępne usługi w ofercie Wykonawcy” – 10%.

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty:
1) T-M. P.S.A.
cena za minutę połączenia do wszystkich sieci, SMS/MMS – 0,00 zł, −
ilość darmowych minut do wszystkich sieci SMS/MMMS w każdym pakiecie − kwotowym – 44.640 min.,
ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego I – 13.500 GB, −

ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego II – 13.500 GB, −
ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego III – 13.500 GB, −
− ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego IV – 13.500 GB,
2) Oferta P. Sp. z o.o.:
cena za minutę połączenia do wszystkich sieci, SMS/MMS – 0,22 zł, −
ilość darmowych minut do wszystkich sieci SMS/MMMS w każdym pakiecie − kwotowym – 5 min.,
ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego I – 0,01 GB, −

ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego II – 1.000 GB, −
ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego III – 100.000 GB, −
ilość GB w pakiecie Internetu mobilnego IV – 100.000 GB, −

Pismem z 18 maja 2017 r. Zamawiający, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę T-M. do złożenia wyjaśnień dotyczących istotnej części składowej oferty, tj. ceny za minutę połączenia do wszystkich sieci, SMS/MMS. Zamawiający wskazał, że jego wątpliwości wzbudza duża różnica pomiędzy ceną za minutę połączenia wykonawcy P. (0,22 zł) oraz T-M. (0,00 zł) i zobowiązał wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnoszących się do sposobu dokonanych wyliczeń oraz dowodów wykazujących realność przyjętych założeń, w szczególności do wykazania i udokumentowania (np. w postaci cennika terminali) czy przy zaproponowanej cenie za minutę połączenia gwarantowane opłaty abonamentowe pokryją koszty zakupu urządzeń, jakie wykonawca jest zobowiązany dostarczyć.

Wykonawca T-M. złożył wyjaśnienia, w których w części jawnej poinformował, że cena ofertowa obejmuje wszystkie koszty związane z terminowym i prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami i wytycznym Zamawiającego, w tym zysk wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty. Przywołał tezy z orzecznictwa określające warunki uznania ceny za rażąco niską. Wskazał, że podstawą wezwania jest porównanie dokonane między dwiema ofertami, co nie pozwala na przesądzenie o rażąco niskim charakterze opłaty za minutę połączenia i zaznaczył, że zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami Zamawiający dopuszczał zaoferowanie stawi 0,00 zł w dowolnej pozycji formularza. Wykonawca oświadczył, że szczegółowe założenia i kalkulacje wraz z dowodami zastrzega jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 14 czerwca 2017 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają

się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Przywołany przepis określa, jakich elementów w szczególności dotyczy wezwanie do wyjaśnień. Obowiązek odrzucenia oferty aktualizuje się w sytuacji, gdy wykonawca nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Również w postępowaniu odwoławczym ciężar wykazania prawidłowości ceny (który należy rozumieć jako ciężar wykazania, że złożone zamawiającemu wyjaśnienia potwierdzały prawidłowość ceny), stosownie do art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę, Odnosząc się do wynikającego z powyższych przepisów rozkładu ciężaru dowodu należy stwierdzić, że Przystępujący złożył wyjaśnienia, do których załączył dowody w postaci szczegółowej kalkulacji ceny oferty oraz oświadczeń producentów sprzętu (tajemnica przedsiębiorstwa). Przedstawiona kalkulacja obrazuje założenia przyjęte do obliczenia ceny, składniki kosztotwórcze (w tym koszty nabycia przez T-M. sprzętu z poszczególnych przedziałów cenowych), przychody wykonawcy oraz zysk. Ze złożonych oświadczeń producentów sprzętu wynika potwierdzenie wyjątkowo korzystnych warunków cenowych zakupu urządzeń na potrzeby klientów biznesowych. Izba odstąpiła od przedstawienia w niniejszym uzasadnieniu szczegółowych informacji wynikających ze złożonych wyjaśnień i załączników z uwagi na zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Jakkolwiek w postępowaniu odwoławczym obowiązek dowodowy, stosownie do art. 190 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, spoczywał na Przystępującym, to taki rozkład ciężaru dowodu nie zwalniał Odwołującego z aktywności w postępowaniu odwoławczym, a przede wszystkim z przedstawienia wiarygodnego i rzetelnego uzasadnienia faktycznego stawianych zarzutów. Przepisu art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie można rozumieć w ten sposób, że wykonawca kwestionujący inną ofertę może poprzestać na gołosłownym zanegowaniu prawidłowości

ceny tej oferty, bez choćby uprawdopodobnienia własnych twierdzeń czy poparcia ich poprawnymi merytorycznie obliczeniami. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że również w przypadku „odwróconego” ciężaru dowodu Izba rozpoznaje sprawę w granicach okoliczności faktycznych podniesionych przez Odwołującego, nie dokonuje natomiast generalnej oceny złożonych wyjaśnień w oderwaniu od zakresu faktycznego zarzutów odwołania.

14

W niniejszej sprawie Odwołujący oparł zarzut rażąco niskiej ceny na tezie, że wobec zaoferowania stawki 0,00 zł za minutę połączenia dochody z abonamentu nie pokryją kosztów nabycia urządzeń wymaganych postanowieniami SIWZ. Uzasadnienie faktyczne zarzutu sprowadzało się do próby wykazania powyższej tezy za pomocą odniesienia do rynkowych cen sprzedaży telefonów (dane z porównywarki Ceneo oraz z Cennika T-M. dla klientów kluczowych), co jest założeniem błędnym, oczywistym jest bowiem, że Przystępujący nie będzie nabywał telefonów od producentów po detalicznych cenach rynkowych wynikających przykładowo z internetowej porównywarki cen. Należy tutaj wziąć pod uwagę ceny oferowane operatorowi przez producentów czy dystrybutorów urządzeń, z uwzględnieniem skali dokonywanych zakupów wynikającej z całej działalności wykonawcy, co pozwala uzyskać korzystne warunki, jak i z zakresu konkretnego zamówienia (w tym przypadku ponad 800 pakietów). Odwołujący ograniczył się wyłącznie do gołosłownego zanegowania możliwości uzyskania przez Przystępującego znacznych upustów.

Ponadto Odwołujący nie odniósł się do kwestii innych niż abonament przychodów z realizacji zamówienia, ograniczając się do stwierdzenia, że jedynym przychodem wykonawcy będą opłaty z tytułu abonamentu. Stwierdził jedynie, że ewentualne przychody z interkonektu są równoważne ponoszonym kosztom. W odwołaniu nie przedstawiono żadnego wywodu, który wskazywałby, że z tytułu płatnych usług (innych niż krajowe połączenia oraz SMS/MMS) wykonawca nie uzyska dodatkowego przychodu, czy też że przychód taki będzie równoważony kosztami.

Takiego uzasadnienia faktycznego zarzutu nie może tłumaczyć fakt, że Odwołujący nie znał treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Oparcie zarzutu na błędnych założeniach i brak pełnego odniesienia się do istotnych kwestii nie może być uznane za spowodowane nieznajomością wyjaśnień, wiedza wynikająca chociażby z prowadzonej przez Odwołującego działalności pozwalała – w ocenie Izby – przedstawić poprawne uzasadnienie zarzutu. Odnosząc się z kolei do kwestii, które nie mogły być przedmiotem szczegółowego uzasadnienia w odwołaniu z uwagi na nieznajomość wyjaśnień, to stwierdzić należy, że skoro wykonawca zdecydował się podnieść zarzut rażąco niskiej ceny bez podjęcia uprzednio próby doprowadzenia do ujawnienia tych wyjaśnień, to stanowiło to jego ryzyko procesowe. Odwołujący mógł zaskarżyć zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień, a następnie – w przypadku uzyskania korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia – podnieść zarzut rażąco niskiej ceny w terminie liczonym od dnia, w którym uzyskał możliwość zapoznania się z wyjaśnieniami. Takie działalnie wykonawcy należałoby uznać za bardziej racjonalne, skoro jednak Odwołujący podjął inną decyzję procesową, to uczynił to na własne ryzyko i musiał mieć na względzie, że polemika ze stanowiskiem strony przeciwnej będzie dla niego utrudniona.

15

Stwierdzić również należy, że okolicznością przesądzającą o zasadności zarzutu nie może być uznanie przez Izbę w innych postępowaniach, że oferta Przystępującego zawierała rażąco niską cenę. Zauważenia wymaga, że prawidłowość ceny oferty bada się w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia, a ocena zasadności lub niezasadności odwołania zależy od okoliczności i dowodów zgłoszonych w konkretnym postępowaniu odwoławczym. Powołanie się przez Odwołującego na orzeczenia Izby w sprawach o sygn. akt KIO 1288/15 i KIO 1435/16 nie może być podstawą uznania, że w niniejszym postępowaniu cena oferty Przystępującego jest rażąco niska.

Izba nie oceniła merytorycznie kwestii uwzględnienia w cenie oferty innych kosztów, związanych z utrzymaniem infrastruktury technicznej, zapewnieniem obsługi klienta, bilingów czy kopii karty SIM. Kwestia ta, podniesiona podczas rozprawy, nie była objęta zakresem faktycznym zarzutu sformułowanego w odwołaniu, a zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp

Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wskazać należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty, które muszą być skonkretyzowane w terminie na wniesienie odwołania. Zakres zarzutu wyznaczają okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy, zatem niedopuszczalne jest uzupełnianie podstaw faktycznych zarzutu dopiero podczas rozprawy. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. W powyższym wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej.

Wobec powyższego brak było podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego.

Niezasadny jest również zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieujawnienie treści wyjaśnień złożonych przez Przystępującego.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa pkt III i IV złożonych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, jak również załączoną do wyjaśnień kalkulacji ceny i dokumenty pochodzących od kontrahentów

Przystępującego. W punkcie VI wyjaśnień Przystępujący przedstawił uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wskazując m.in., że przedstawione informacje zawierają opis sposobu wyceny przedmiotu zamówienia oraz czynników wpływających na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, mają zatem charakter handlowy oraz ujawniają know-how dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia i mają znaczenie z punktu widzenia przewagi konkurencyjnej, a ich ujawnienie wiąże się z możliwością poniesienia przez wykonawcę szkody, w tym w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazał również, że zastrzeżone informacje ujawniają relacje handlowe wykonawcy. Oświadczył, że informacje nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej, a wykonawca podjął działania w celu zachowania ich poufności, na dowód czego załączył wyciąg z obowiązującego w T-M. regulaminu pracy oraz oświadczenie o ochronie informacji (oba dokumenty zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa).

Izba ustaliła, że treść uzasadnienia zastrzeżenia części wyjaśnień oraz załączników do nich, została przez Zamawiającego udostępniona Odwołującemu (okoliczność przyznana przez Odwołującego).

Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

W świetle art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa ma obowiązek wykazania w terminie składania ofert (a – jak przyjmuje się w orzecznictwie – do później, z ich w odniesieniu informacji składanych wraz przedłożeniem), że zastrzegane informacje spełniają wszystkie przesłanki określone w art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Stwierdzenie niezasadności takiego zastrzeżenia może nastąpić w przypadku ustalenia, że wykonawca nie przedstawił w terminie uzasadnienia bądź że przedstawione uzasadnienie nie wykazuje istnienia przesłanek zastrzeżenia. Wskazanie okoliczności faktycznych, w których upatrywane jest niewywiązanie się z powyższych obowiązków, należało do Odwołującego, który miał dostęp do przedstawionego przez Przystępującego uzasadnienia objęcia złożonych wyjaśnień

tajemnicą przedsiębiorstwa. Tymczasem Odwołujący, podnosząc zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, ograniczył się do przywołania poglądów doktryny i orzecznictwa oraz

wniósł o zbadanie przez Izbę, czy każda z informacji w wyjaśnieniach spełnia przesłanki określone w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w żadnej mierze nie odniósł się do treści uzasadnienia zastrzeżenia i nie wskazał, w czym upatruje bezprawności tego zastrzeżenia (jedynie w odniesieniu do cennika urządzeń oferty biznesowej przedstawił szerszy wywód, kwestia ta nie była jednak przedmiotem merytorycznego rozpoznania przez Izbę).

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że nie jest tak, że podniesienie zarzutu zaniechania ujawnienia określonych informacji uruchamia dokonywanie przez Izbę generalnej kontroli zasadności ich zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, niezależnie od okoliczności faktycznych podniesionych przez Odwołującego. Izba orzeka w zakresie okoliczności faktycznych wskazanych w odwołaniu, a Odwołujący powinien podjąć polemikę z przedstawionym przez Przystępującego uzasadnieniem i wykazać, że nie zostały spełnione przesłanki zastrzeżenia tych informacji. W niniejszej sprawie Odwołujący tego zaniechał.

Wobec niestwierdzenia, aby w zakresie objętym odwołaniem Zamawiający naruszył przepisy ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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: ……..