

WYROK

z dnia 24 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie 19 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego 10 lutego 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawcę: Enter T&T sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Świadczenie przez okres 48

miesięcy usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii stacjonarnej oraz usług internetowych na potrzeby Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego (nr postępowania AEZ/S-128/2019)

prowadzonym przez zamawiającego: Warszawski Uniwersytet Medyczny z siedzibą

w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Enter T&T sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

U z a s a d n i e

Zamawiający Warszawski Uniwersytet Medyczny z siedzibą prowadzi na podstawie

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) (dalej również: „ustawa pzp”, „ppz”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. Świadczenie przez okres 48 miesięcy

usług telekomunikacyjnych w sieci telefonii stacjonarnej oraz usług internetowych na potrzeby Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego (nr postępowania AEZ/S-128/2019).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 23 grudnia 2019 r. zostało zamieszczone w Biuletynie

Zamówień Publicznych pod nr 638424-N-2019.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

5 lutego 2020 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania - wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Flexcom sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez Enter T&T sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

10 lutego 2020 r. Odwołujący Enter T&T sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 - przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 4 - przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo przedstawienia przez niego zgodne z wezwaniem wyjaśnień dotyczących ceny oferty i wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (kosztu) w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. Art. 90 ust. 3 - przez jego wadliwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.
4. Art. 92 ust. 1 pkt 3 - przez nierzetelne wskazanie powodów odrzucenia oferty ze wskazaniem błędnego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował powyższe zarzuty przez zbiorcze podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Odwołujący podał, że w rozdziale XIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) wykonawcy zostali zobowiązani jedynie do wskazania cen jednostkowych według formularza ofertowego załączonego do SIWZ oraz podania łącznej ceny netto i brutto. Zamawiający nie stawiał innych wymagań co do obliczenia ceny oferty i sposobu jej prezentacji.

Odwołujący stwierdził, że nie wiadomo, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „obniżenia ceny”, gdyż zgodnie z art. 2 ustawy pzp pojęcie „ceny” jest regulowane przez ustawę o informowaniu o cenach towarów i usług, a zatem (w uproszczeniu) w tym przypadku jest to wynagrodzenie, którego żąda Odwołujący za wykonanie usług, a zatem w tym kontekście trudno mówić o obniżeniu ceny.

Odwołujący wywiódł, że art. 90 ust. 1 pzp upoważnia zamawiającego do żądania wyjaśnień wówczas, gdy cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania, a także w przypadku zaistnienia wątpliwości, gdy cena lub jej części składowe wydają się rażąco niskie. W konsekwencji według Odwołującego nie ma żadnej wymiernej przesłanki zastosowania tego przepisu, jedynym kryterium jest wątpliwość po stronie zamawiającego i w tym rozumieniu jest to przepis fakultatywny (tzn. jak nie ma wątpliwości, nie ma wezwania do wyjaśnień). Natomiast art. 90 ust. 1a pzp, którego Zamawiający nie powołał w swym piśmie, precyzyjnie odnosi się do wartości zamówienia, czyli wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT.

Zdaniem Odwołującego rozróżnienie pomiędzy art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a ustawy pzp ma takie znaczenie, że kreują one inny punkt odniesienia dla wyjaśnień:

- w przypadku art. 90 ust. 1 pzp są nim wątpliwości zamawiającego, które wykonawca udzielający odpowiedzi ma wyjaśnić;

- w przypadku art. 90 ust. 1a pzp jest nim porównanie ceny oferty do wartości zamówienia lub do średniej cen wszystkich złożonych ofert, a wyjaśnienia powinny dotyczyć ceny jako całości.

Według relacji Odwołującego Zamawiający podał w istocie trzy powody, dla których podjął decyzję o odrzuceniu oferty jako zawierającej rażąco niską cenę:

1. W pozycji 5 tj. wysokości miesięcznej opłaty abonamentowej dla linii telefonicznych analogowych PSTN, którą jednostkowo Wykonawca wycenił na kwotę 4,90 zł netto, gdy zgodnie z decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Komunikacji (DHRT. WORK.6082.8.2017.85) z dnia 25.09.2018 r. stawka na usługi hurtowego dostępu do

sieci TP - Usługi POTS oferowane przez Orange Polska S.A., wynosi 18,82 zł netto.

Należy dodać, że zgodnie z wymaganiem Zamawiającego (ust. 3 pkt d Opisu przedmiotu zamówienia) niedopuszczalnym było przyjęcie innego rozwiązania niż z opisane w pkt 5 Formularza cenowego, w celu zapewnienia dla każdej z linii analogowych PSTN możliwości podłączenia faksów analogowych pracujących z prędkością nie gorszą niż określa normą G3.

2. Nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, iż będzie ponosił koszty abonamentu za 97 linii analogowych PSTN poniżej wartości regulowanej. Co więcej Wykonawca nawet nie wykazał, w której pozycji Formularza cenowego zostały uwzględnione obowiązkowe koszty usługi hurtowego dostępu do sieci TP, jeżeli nie wynikają one z pozycji 5.

3. Nie odniósł się również do wątpliwości Zamawiającego dotyczącej konieczności zapewnienia dla każdej z linii analogowych PSTN możliwości podłączenia faksu analogowego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w nieuzasadniony sposób próbuje porównywać dwie różne okoliczności: stawki hurtowego dostępu do sieci TP, oferowane przez Orange Polska S.A., ze stawkami detalicznymi, które są przedmiotem tego zamówienia.

Odwołujący dodał, że stawka 18,82 zł za usługi hurtowego dostępu do sieci TP wynika z decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 26 września 2018 r. nr DHRT.SMP.6041.5.2017.92. wydanej w stosunku do Orange Polska S.A. jako strony postępowania administracyjnego. Przedmiotem tej decyzji było m.in. określenie rynku właściwego oraz inne rozstrzygnięcia dotyczące działalności Orange Polska S.A. w stosunku do innych operatorów itp. przez okres 2 lat.

Według Odwołującego przywołanie tej decyzji przez Zamawiającego świadczy o braku znajomości jej treści lub niewiedzy dotyczącej zasad stosowania stawek hurtowych i detalicznych, których z natury rzeczy nie można porównywać i wywodzić z tego jakichkolwiek wniosków, gdyż dotyczą one całkowicie odmiennych usług.

Odwołujący nie rozumie, z jakich powodów Zamawiający uznał, że wykonawca składający ofertę w tym postępowaniu zobowiązany jest do korzystania z infrastruktury innego podmiotu, Orange Polska S.A., gdyż działanie takie stanowiłoby wprost zakłócenie konkurencji przez wymuszenie na innych podmiotach konieczności odkupienia usługi od konkretnego podmiotu, co należałoby uznać za naruszenie fundamentalnych zasad ustawy pzp. W tym kontekście Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w treści SIWZ nie zawarł postanowienia wskazującego na jeden techniczny sposób wykonania zamówienia (na marginesie Odwołujący zauważył, że takie postanowienie byłoby nieważne z uwagi na naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji). Odwołujący (czy jakikolwiek inny

wykonawca) nie musi realizować umowy z Zamawiającym przy uwzględnieniu ani stawek hurtowych, ani infrastruktury Orange Polska S.A.

W konsekwencji według Odwołującego Zamawiający przy ocenie jego oferty i złożonych wyjaśnień nie może ich porównywać do stawek opłat abonamentowych stosowanych przez Orange Polska S.A. dla opłat hurtowego dostępu do sieci, które są adresowane do innych operatorów zamierzających korzystać z infrastruktury Orange. Jeżeli wykonawca zamierza zrealizować zamówienie za pomocą innych rozwiązań technicznych (zgodnych z treścią SIWZ), może stosować stawki indywidualne dla klientów detalicznych.

Odwołujący podniósł, że zarzut braku przekazania dowodów w postaci zawartych umów z innymi operatorami itp. jest bezprzedmiotowy. Skoro Odwołujący nie korzysta z infrastruktury Orange Polska S.A., nie posiada takiej umowy. Odwołujący dodał, że zrealizuje zamówienie za pomocą swojej własnej infrastruktury.

13 lutego 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Flexcom sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec niewykazania przekazania kopii zgłoszenia Odwołującemu, który podniósł na posiedzeniu, że nie otrzymał kopii zgłoszenia przystąpienia, Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszonego przystąpienia.

Zamawiający w złożonej na posiedzeniu odpowiedzi na odwołanie (datowanej na 17 lutego 2020 r.), wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający zrelacjonował, że 20 stycznia 2020 r. wezwał Enter T&T do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, gdyż cena oferty wynosząca 246.159,59 zł, jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania, powiększonej o należny podatek od towarów i usług, a także wobec stwierdzonej rozbieżności wyceny usług ujętych w poz. 5. i 6. w stosunku do ceny tych usług w ofertach pozostałych wykonawców.

Zamawiający w treści wezwania wyraził wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności w zakresie poz. 5. formularza cenowego (miesięcznej opłaty abonamentowej dla linii telefonicznych analogowych PSTN), którą Wykonawca wycenił na 4,90 zł netto tj. 6,027 zł brutto, zważywszy że zgodnie z decyzją Dyrektora Urzędu Regulacji Komunikacji z dnia 25 września 2018 r. znak DHRT.WORK.6082.8.2017.85 stawka na usługi hurtowego dostępu do sieci TP - Usługi

POTS oferowane przez Orange Polska S.A. wynosi 18,82 zł netto. Łączna cena tej usługi określonej w poz. 5. formularza cenowego Enter T&T wynosi 28.061,71 zł brutto, a w ofercie

Flexcom sp. z o.o. - 177.533,28 zł brutto i w ofercie SQS Polska S. W. - 166.079,52 zł brutto.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał do wyjaśnienia różnicy pomiędzy wysokością wskazanej w ofercie miesięcznej opłaty abonamentowej a ceną uregulowaną we wskazanej powyżej decyzji, której obowiązek uiszczenia spoczywać będzie na Wykonawcy.

Co istotne według Zamawiającego podkreślił w treści wezwania, że każda z linii analogowych PSTN musi zapewnić możliwości podłączenia faksu analogowego bez potrzeby instalacji dodatkowych urządzeń pośredniczących (czy dopasowujących sygnał)

ze strony Zamawiającego i zapewnienie przesyłania faksów z prędkością nie gorszą niż określa norma G3, zgodnie z treścią Załącznika 6 do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia”, ust. 3 lit. d). Dodatkowo Zamawiający w postanowieniu § 2 ust. 5 wzoru umowy wyłączył możliwość realizacji połączeń głosowych po łączach wykorzystujących protokół IP. Należy przez to rozumieć, że Zamawiający nie dopuszcza realizacji usługi poprzez sieć komputerową wykorzystującą protokół IP, czyli protokół komunikacyjny warstwy sieciowej, w tym np. technologię VoIP (Voice over Internet Protocol). Dodatkowo Zamawiający wymagał, aby usługi telekomunikacyjne były świadczone na rzecz Zamawiającego tylko w technologii łącz miedzianych bądź światłowodowych, co jednoznacznie wyklucza użycie bramek GSM.

Według Zamawiającego złożone przez Enter T&T w piśmie z 23 stycznia 2020 r. wyjaśnienia, pomimo swojej znacznej objętości, są ogólne, pozorne oraz nie odpowiadają treści wezwania. W zasadzie jedyne informacje, które dotyczyły wątpliwości Zamawiającego, zostały ujęte na str. 3 i 4 wyjaśnień, gdzie wskazano:

Zawarta umowa Standardowa Oferta Ramowa (SOR) z operatorem infrastrukturalnym OPL (Orange Polska SA) pozwala dziś Wykonawcy na całkowite uniezależnienie się

od pośredników, a tym samym osiągnięcie wyższej marży na każdym rodzaju ruchu

telekomunikacyjnego - połączeń przychodzących i wychodzących. Dodatkowo zawarta umowa pozwala Wykonawcy także na dostęp do kilkukrotnie bardziej korzystnych stawek w ofercie hurtowej operatora infrastrukturalnego Orange Polska.

Odnosząc się do podniesionej przez Zamawiającego stawki za linię analogową, Wykonawca wskazuje, że Orange Polska jako operator regulowany przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej posiada regulację stawki za linię analogową w wysokości 18,82 zł netto. Ponadto Wykonawca wskazuje, że regulacja ta dotyczy rozliczeń międzyoperatorskich, a nie rozliczeń abonenckich i zdarza się także, że Orange w ofertach dla abonentów końcowych oferuje stawkę niższą od stawki hurtowej. Szczególnie gdy dotyczy to dużego abonenta. Wykonawca oświadcza, że nie jest objęty regulacją Prezesa UKE i może stosować dowolne stawki opłaty abonamentowej.

W pozostałym zakresie wyjaśnienia, poza wielokrotnym zapewnieniami, że oferta zawiera wszystkie elementy ceny niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, nie odnoszą się już do przyczyny zaoferowania ceny w kwocie 4,90 zł netto dla poz. 5. lub ewentualnie wskazania innej pozycji formularza cenowego, gdzie zostały skalkulowane koszty usługi hurtowego dostępu do sieci analogowej.

Co również istotne według Zamawiającego, złożone wyjaśnienia nie wskazują wybranego przez Wykonawcę rozwiązania technicznego (pomimo zatytułowania pkt I „Wybrane rozwiązanie techniczne”) dla tejże usługi, a jedynie skupiają się na fakcie zawarcia przez Enter T&T umowy Standardowej Oferty Ramowej, która pozwala jemu uzyskać dostęp do kilkukrotnie bardziej korzystnych stawek w ofercie hurtowej operatora infrastrukturalnego Orange Polska S.A.

Odnosząc się do argumentacji odwołania, Zamawiający stwierdził, że jest błędna, gdyż znana mu jest różnica między stawką hurtowego dostępu do sieci TP - Usługi POTS a miesięczną opłatą abonamentową oferowaną przez wykonawcę postępowania. Niemniej oczywistym jest również dla niego, że przedsiębiorstwo telekomunikacyjne, które będzie wykorzystywało linie analogowe Orange Polska S.A., jest zobowiązane do uwzględnienia w poz. 5. formularza cenowego dodatkowej kwoty w wysokości co najmniej 18,82 zł netto.

Zamawiający podkreślił, że Enter T&T w treści wyjaśnień nie stwierdził, że nie będzie wykorzystywał infrastruktury Orange Polska w zakresie dostępu do linii analogowej, zaś cała jego argumentacja krążyła wokół korzystnych warunków umowy SOR.

Zamawiający przypomniał, że poz. 5 formularza cenowego powinna ujmować

wszelkie opłaty za utrzymanie usługi dla danej linii telefonicznej z wyłączeniem samych opłat za wykonane połączenia telefoniczne (np. utrzymanie linii, abonament) - zob. tabela

„Wymagania” dla poz. 5. formularza cenowego. Zamawiający zauważył, że w treści uzasadnienia odrzucenia oferty nie tylko wskazał, że poz. 5. formularza cenowego Enter T&T została skalkulowana poniżej wartości regulowanej, ale również podkreślił, że Wykonawca nie wykazał innej pozycji formularza, w której ewentualnie zostały uwzględnione koszty usługi hurtowego dostępu do linii analogowej (pomimo, że de facto powinny zostać skalkulowane w poz. 5).

Zamawiający ocenił twierdzenia odwołania związane z korzystaniem z infrastruktury Orange Polska S.A. za absurdalne z punktu widzenia złożonych uprzednio wyjaśnień, gdyż nigdzie w nich Wykonawca nie zaznaczył, że będzie realizował usługę dostępu do linii analogowych przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych. Natomiast wyjaśnienia ujęte na str. trzeciej i czwartej pod tytułem „Wybrane rozwiązanie techniczne” krążą wyłącznie wokół umowy SOR i kilkukrotnie bardziej korzystnych stawek w ofercie hurtowej operatora infrastrukturalnego Orange Polska, co wskazuje jednoznacznie, że Odwołujący będzie wykorzystywał infrastrukturę Orange Polska S.A. Stąd budzi zdziwienie Zamawiającego przyjęcie aktualnie przez Odwołującego argumentacji, że będzie realizował usługę dostępu do linii analogowych przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych.

Zamawiający w tym kontekście powołał się na to, że próba dowodzenia prawidłowości ceny dopiero w postępowaniu odwoławczym, z powoływaniem się na okoliczności niewskazane w wyjaśnieniach, jest spóźniona. Z tego powodu złożone w toku postępowania odwoławczego, a nieprzedstawione Zamawiającemu z wyjaśnieniami, informacje i dowody nie mogły mieć wpływu na rozstrzygnięcie (zob. wyrok KIO 167/18 i podobne KIO 297/17, KIO 893/14 czy KIO 1165/18).

W związku z tym Zamawiający wniósł o pominięcie jako spóźnionych twierdzeń Odwołującego odnośnie zastosowania innych rozwiązań technicznych jako czynnika mającego wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny, bowiem są one spóźnione.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 2 ustawy pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Skoro więc źródłem informacji są wyjaśnienia wykonawcy i to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien on zadbać o to, aby przedstawione wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące, a także aby nie były to wyjaśnienia gołostowne. Nie jest rolą Zamawiającego przejęcie od Wykonawcy inicjatywy w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny. Ponieważ pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty, w szczególności w zakresie poz. 5 formularza cenowego. Udzielenie takich wyjaśnień (ogólnych i lakonicznych, nic nie wnoszących do sprawy) należy uznać w istocie za brak udzielenia wyjaśnień, zaś ponowienie próby o ich złożenie za naruszające art. 7 ust. 1 ustawy pzp danie wykonawcy drugiej szansy.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy pzp może być oceniany wyłącznie z punktu widzenia okoliczności i stanu faktycznego przedstawionego przez Odwołującego w treści pierwotnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający dokonał ich oceny i jego zdaniem nie rozwiąły one wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny, a w szczególności w zakresie poz. 5 formularza cenowego. Dodatkowo w odwołaniu Odwołujący również nie przywołał żadnych innych okoliczności, które mogłyby mieć wpływ na prawidłowość oceny Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że nawet obecne twierdzenia Odwołującego nasuwają wiele wątpliwości, gdyż poza lakonicznym powołaniem się na zastosowanie innych rozwiązań technicznych zgodnych z SIWZ, Odwołujący nie wyjaśnia, co to za rozwiązania techniczne i jaki mają one wpływ na wysokość ceny zaoferowanej. Jeżeli Odwołujący ma na myśli doprowadzenie niezbędnej infrastruktury do siedziby Zamawiającego, to z pewnością powinien przedstawić niezbędną kalkulację kosztów, w szczególności robót/prac, dzierżawy studzienek teletechnicznych etc., w tym także wykorzystania infrastruktury teletechnicznej należącej do Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu nierzetelnego wskazania powodów odrzucenia oferty ze wskazaniem błędnego uzasadnienia faktycznego i prawnego, Zamawiający podkreślił, że ponieważ Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił, w którym miejscu uzasadnienie odrzucenia jego oferty jest błędne lub niejasne, nie jest w stanie odnieść się do tego zarzutu.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony - podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której podtrzymano dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący tym samym może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi odrzucenia jego oferty, co uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy:

W odpowiedzi na odwołanie adekwatnie przywołano okoliczności faktyczne dotyczące

przebiegu badania przez Zamawiającego, czy oferta Enter T&T nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, stąd jedynie uzupełniająco i podsumowująco wskazać należy, co następuje.

Z wystosowanego 20 stycznia 2020 r. wezwania wynika, że Zamawiający powziął wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ w związku z wyliczeniem istotnych składowych ceny oferty z poz. 5 i 6 formularza cenowego, biorąc jednocześnie pod uwagę, że cena oferty Enter T&T jest niższa o ponad 30% od ustalonej od niego wartości zamówienia powiększonej o kwotę VAT.

Odnosnie miesięcznej opłaty abonamentowej dla linii telefonicznych analogowych PSTN, wycenionej jednostkowo w poz. 5. na 4,90 zł, Zamawiający sprecyzował, że źródłem jego wątpliwości jest decyzja Dyrektora Urzędu Regulacji Komunikacji, zgodnie z którą stawka na usługi hurtowego dostępu do sieci TP - usługi POTS oferowane przez Orange Polska S.A. wynosi 18,82 zł netto.

W związku z tym Zamawiający wezwał do wyjaśnienia różnicy pomiędzy wysokością stawki z poz. 5. oferty a powyższą ceną regulowaną, której obowiązek uiszczenia spoczywać będzie na Wykonawcy.

Zamawiający oczekiwał wykazania, że oferowana usługa nie będzie realizowana poniżej kosztów dzięki przedstawieniu kalkulacji stawki wskazanej w ofercie wraz załączeniem dowodów, w tym odnośnie spełnienia wymagania dla każdej z linii analogowych PSTN możliwości podłączenia faksu analogowego bez potrzeby instalacji dodatkowych urządzeń pośredniczących i zapewnienia przesyłania faksów z prędkością nie gorszą niż określa norma G3.

W terminie na odwołanie się od powyższej czynności Enter T&T nie zakwestionował powyższego wezwania.

W ramach wyjaśnień z 23 stycznia 2020 r. Enter T&T nie przedstawił kalkulacji dla wskazanej w poz. 5 formularza ofertowego stawki miesięcznej opłaty abonamentowej dla analogowych linii telefonicznych PSTN, pomimo na początku str. 3 wyjaśnień zostało zapowiedziane, że zostanie zaprezentowana sposób kalkulacji ceny oferty. Jednocześnie, jak to określono, „kalkulacja została oparta o ceny uzyskane od producentów poszczególnych elementów lub materiału”

Wykonawca enigmatycznie odniósł się do kwestii wskazanej w wezwaniu, stwierdzając oczywistość, że ta cena regulowana dotyczy rozliczeń międzyoperatorskich, a nie rozliczeń abonenckich i dodał, że „zdarza się także, że Orange w ofertach dla abonentów końcowych oferuje stawkę niższą od stawki hurtowej”. Jednocześnie w części wyjaśnień odnoszących się zbiorczo do wysokości stawek abonamentowych za linie cyfrowe, analogowe oraz dostęp do Internetu, powołał się na to, że zawarta przez niego umowa tzw.

Standardowa Oferta Ramowa (SOR) m.in. „pozwała Wykonawcy także na dostęp do kilkukrotnie bardziej korzystnych stawek w ofercie hurtowej operatora infrastrukturalnego

Orange Polska”. Ponadto jeszcze w innym miejscu wyjaśnień Enter T&T ponownie powołał się ponownie na ofertę ramową Orange Polska (w pkt 2 pn. „Oryginalność projektu wykonawcy”).

Do wyjaśnień nie zostały załączone żadne dowody, w szczególności wspomniana w ich treści umowa zawarta przez Enter T&T z Orange Polska S.A. w ramach tzw. Standardowej Umowy Ramowej.

W odwołaniu zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy zacytowano fragmenty uzasadnienia odrzucenia oferty Enter T&T. W treści tego uzasadnienia Zamawiający prawidłowo wskazał zarówno podstawę prawną podjętej czynności, jak i okoliczności faktyczne, które spowodowały stwierdzenie wypełnienia się hipotez zastosowanych przepisów.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwolujący bezzasadnie domaga się uchylecia decyzji o odrzuceniu jego oferty

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp pzp, gdyż w udzielonych Zamawiającemu wyjaśnieniach nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo że to na nim spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu.

Zgodnie z Art. 90 ust. 1 pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów; 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska; 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Art. 90 ust. 1a pzp stanowi, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 90 ust. 3 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W pierwszej kolejności należy rozważyć co oznacza „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08) przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne cząstkowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 592/13) zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r.

(sygn. akt KIO 1562/11) wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży

i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07) o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze - nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie - terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej - jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP - jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

W tej sprawie poza wszelkim sporem jest okoliczność, że cena oferty Enter T&T odbiega od ubruttowionej wartości zamówienia więcej niż 30%, co czyniło koniecznym wezwanie do wyjaśnienia w trybie powyżej przywołanych przepisów, a na Odwołującego nakładało obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W drugiej kolejności Izba uznała za celowe rozważenie ciężaru dowodu w przypadku zarzutu dotyczącego rażąco niskiej.

Według art. 190 ust. 1 pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawiać do zamknięcia rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 190 ust. 1a pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (pkt 1), a jeżeli nie jest - na zamawiającym (pkt 2). Należy wziąć jednak pod uwagę, że z powyżej przywołanego art. 90 ust. 2 pzp wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego nie mogą być brane pod uwagę.

Ponadto skoro według z art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od czynności lub zaniechań zamawiającego, dokonując oceny czynności zamawiającego

polegającej na wyborze oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu pozwalają na akceptację ceny oferty.

Wreszcie zauważyć należy, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12}. Oczywiście jest zatem, że odwołanie od odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę, która była przedmiotem badania pod tym względem, może odnosić się wyłącznie do okoliczności, które wynikają z treści badanej oferty i wyjaśnień wraz z dowodami, które zostały złożone na wezwanie zamawiającego.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień, w tym zgłosić dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Należy podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 pzp, konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny {por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)}. Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Izba zważyła, że Zamawiający adekwatnie zidentyfikował złożone wyjaśnienia jako nierzetelne, gdyż są one ogólnikowe i wyjaśniają kwestii, którą wskazał precyzyjnie w wezwaniu, a także nie zostały poparte żadnymi dowodami. Natomiast w toku postępowania odwoławczego Odwołujący przedstawił stanowisko niespójne ze złożonymi Zamawiającemu wyjaśnieniami, de facto prezentując alternatywne wyjaśnienia. O ile pierwotnie podkreślał fakt zawarcia umowy z operatorem infrastrukturalnym Orange Polska, o tyle później twierdził, że nie będzie z niego korzystał. Również z tego względu za bez znaczenia dla sprawy należało uznać zgłoszone wnioski dowodowe. Przede wszystkim jednak nie było żadnych przeszkód, aby Odwołujący załączył umowy na świadczenie usług telekomunikacyjnych zawarte z innymi zamawiającymi do złożonych wyjaśnień. Przedstawienie ich dopiero na etapie postępowania odwoławczego należało uznać za spóźnione.

Zaznaczenia wymaga, że przy badaniu prawidłowości dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień za właściwy punkt odniesienia należało przyjąć wyłącznie ich treść (i brak załączenia do nich jakichkolwiek dowodów), gdyż wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 pzp wszczęło procedurę, w której Enter T&T obciążony został ciężarem wykazania prawidłowości zaofferowanej ceny. Stąd po otrzymaniu wyjaśnień niepotwierdzających tej okoliczności Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę, bez stwarzania możliwości złożenia kolejnych wyjaśnień czy przedstawienia dowodów. Jak podkreśla się w orzecznictwie Izby, skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba w pełni podziela pogląd wyrażony uprzednio m.in. w wyroku z 13 października 2014 r. sygn. akt KIO 2025/14 oraz w wyroku z 28 lipca 2017 r. sygn. akt 1431/17, że ponowienie wezwania nie może stanowić ratowania oferty, wówczas gdy wykonawca składa wyjaśnienia zbyt ogólne, niekonkretne, nierzeczowe, niepoparte faktami, wykonawca ma bowiem obowiązek dołożyć wszelkich starań, aby na pierwsze wezwanie zamawiającego rzetelnie wyjaśnić okoliczności, które uzasadniają wysokość ceny jego oferty. Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć.

Mając powyższe na uwadze, Izba - działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972) - obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.