Sygn. akt: KIO 706/17

WYROK
z dnia 9 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marzena Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa,** w zamawiającego postępowaniu prowadzonym przez **Polski, Narodowy Bank ul.** Świętokrzyska **11/21; 00-919 Warszawa,**

przy udziale **T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12; 92-674 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa,** tytułem wpisu od odwołania,

---

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

Przewodniczący: ……

Członkowie: …….

……..

Sygn. akt: KIO 706/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Narodowy Bank Polski, ul. Świętokrzyska 11/21; 00-919 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Zakup usług telefonii komórkowej i konwergentnej”.*

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 31 grudnia 2016 r. pod numerem 2016/S 253-466034.

Dnia 31 marca 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 10 kwietnia 2017 roku wykonawca Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160; 02-326 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku ze wskazanymi niżej przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych, poprzez:

1. zaniechanie wykluczenia T-Mobile Polska S.A. z postępowania z uwagi na ziszczenie się przesłanki wykluczenia wskazanej w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 7 pkt 3 oraz ust. 9 ustawy Pzp,
2. zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile, jako niezgodnej z s.i.w.z., z uwagi na to, że oferta T-Mobile nie obejmowała swoim zakresem całości przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
3. zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile z uwagi na spóźnione wyrażenie zgody na poprawienie innych omyłek z naruszeniem przepisu art. 89 ust, 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia oraz powtórzenia czynności oceny ofert, dokonania ponownej czynności oceny ofert, wykluczenia wykonawcy T-Mobile z postępowania lub odrzucenia złożonej przez niego oferty, ponownego dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że powodem wniesienia odwołania jest niezgodne z prawem postępowanie zamawiającego polegające na zaniechaniach dotyczących oferty złożonej przez T-Mobile Polska S.A., które w konsekwencji doprowadziły do uznania oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Powyższe w istotny sposób narusza interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, przez co możliwe jest poniesienie

przez niego szkody z uwagi na brak możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a w konsekwencji możliwą utratę korzyści związanych z realizacją umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uwzględniania odwołania, oferta odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą, co umożliwi uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, iż w przypadku umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej przez T-Mobile w dniu 16 czerwca 2016 r. ze Śląskim Urzędem Wojewódzkim mamy do czynienia z sytuacją, która w pełni wyczerpuje hipotezę normy prawnej zawartej w art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp: umowa ta była umową w sprawie zamówienia publicznego, Śląski Urząd Wojewódzki to zamawiający, który mieści się w zakresie zdefiniowanym przepisem art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, T-Mobile nie wykonał tej umowy z przyczyn leżących po jego stronie, doprowadziło to do rozwiązania umowy ze skutkiem wstecznym w wyniku odstąpienia dokonanego przez ŚUW.

Wyczerpująca ocena okoliczności, pozwalają uznać, że niewykonanie umowy wynikało z przyczyn leżących po stronie T-Mobile. Odwołujący przywołał argument, jego zdaniem decydujący, a mianowicie przystępujący, całkowicie dobrowolnie, w dniu 25 stycznia 2017 r. zapłacił karę umowną, która została naliczona zgodnie z postanowieniami umowy odnoszącymi się do odstąpienia od umowy przez zamawiającego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Okoliczność ta niweczy jakiekolwiek próby zmierzające do przerzucenia odpowiedzialności za zaistniałą sytuację na CUW, ŚUW czy też Orange Polska S.A. Ustawa pozwala jednak każdemu wykonawcy, który znalazł się w sytuacji tożsamej z tą, w jakiej znajduje się T-Mobile, dokonać samooczyszczenia (ang. self cleaning). „Procedura" ta znalazła swoje miejsce w przepisie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Polega ona na tym, że wykonawca może wskazać środki jakie podjął w celu wykazania faktycznej rzetelności. Przywołany przepis zawiera przykładowy tylko katalog działań, jakie mogą być przez takich wykonawców podejmowane.

Zdaniem odwołującego, analizując udostępnioną część wyjaśnień T-Mobile zawartych w oświadczeniu dołączonym do złożonej oferty, czy też udzielonych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie sposób uznać, aby wykonawca ten przedstawił dowody wystarczające do uznania, że nie podlega wykluczeniu zgodnie z przepisem art. 24 ust. 9 ustawy Pzp. T-Mobile: dobrowolnie zapłacił karę umowną, poinformował poszczególne jednostki o rzekomym braku możliwości świadczenia omawianych usług numerów alarmowych, poinformował Orange Polska S.A. o tych samych okolicznościach, w żaden sposób nie dążąc do zapewnienia sobie możliwości świadczenia przedmiotowych usług, do dnia dzisiejszego nie rozpoczął świadczenia usług numerów alarmowych, dążąc jedynie do ograniczenia ciążących na nim obowiązków poprzez modyfikację zawartych wcześniej umów w taki sposób, że usługi numerów alarmowych mają nie być tymi umowami objęte, nadal

kwestionuje okoliczność, iż brak możliwości świadczenia omawianych usług wynika

z przyczyn leżących po jego stronie, słusznie upatrując w tym ryzyka skutecznego wykluczenia z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych.

Powyższe działania, w ocenie odwołującego, nie pozwalają na uznanie, że T-Mobile podjął faktyczne kroki w celu zapewnienia swojej rzetelności. Pojęcie to winno być interpretowane w ścisłym związku z okolicznościami, które legły u podstaw zakwestionowania owej rzetelności. W niniejszym przypadku ów brak rzetelności wynika z dążenia do uzyskania zamówienia publicznego za wszelką cenę, bez liczenia się z faktycznym zakresem świadczeń stanowiących jego przedmiot. W sytuacji, gdy po zawarciu umów w sprawie zamówienia publicznego okazało się, że T-Mobile nie jest w stanie sfinansować (w ramach uzyskiwanego z tego zamówienia wynagrodzenia) wydatków koniecznych do poniesienia w celu właściwej realizacji zamówienia, wykonawca ten zdecydował się na kwestionowanie opisu przedmiotu zamówienia przygotowanego przez Centrum Usług Wspólnych i pośrednio poszczególnych zamawiających z jednoczesną odmową świadczenia omawianych usług. Faktyczne zapewnienie funkcjonowania usług numerów alarmowych w jednostkach administracji państwowych, których ten problem dotknął następuje wyłącznie dzięki Orange Polska S.A., który zawiera z poszczególnymi jednostkami odrębne umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych. Pobiera za to wynagrodzenie, którego jednostki nie musiałyby płacić, gdyby usługi były świadczone przez T-Mobile zgodnie z umowami zawartymi przez tego wykonawcę. Podkreślenia wymaga, że T-Mobile nie świadczył i nie świadczy usług numerów alarmowych dla żadnej z jednostek, które tego wymagały w ramach postępowania prowadzonego przez CUW. Wszystkie jednostki są pod tym względem obsługiwane przez Orange Polska S.A. Nie można wobec tego uznać, aby T-Mobile faktycznie wdrożył środki zapewniające rzetelność tego wykonawcy, ponieważ można by się spodziewać, że w takim wypadku po prostu świadczyłby przedmiotowe usługi na rzecz tych jednostek, z którymi łączy go umowa. Na uwagę zasługuje także stanowisko prezentowane przez piśmiennictwo, zgodnie z którym samo oświadczenie wykonawcy, którego dotyczy procedura samooczyszczenia, mogłoby stanowić wystarczający dowód do uznania przedsięwziętych przez niego środków za wystarczające, jeśli - oczywiście - środki takie zostałyby w ogóle podjęte, co w przedmiotowej sprawie nie nastąpiło.

Odwołujący wskazał, że nie widzi żadnych okoliczności, które świadczyłyby o tym, że T-Mobile podjął rzeczywiste i wystarczające kroki w celu unikania zaistniałych sytuacji w przyszłości i z tego względu wykonawca ten winien zostać wykluczony z niniejszego postępowania - tym bardziej, że nie upłynęły jeszcze 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (brak przeszkody wynikającej z przepisu art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp).

Odwołujący podniósł również, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający pismem z dnia 9 marca 2017 r. wezwał T-Mobile Polska S.A. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień, w tym do przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia elementów oferty, w szczególności „Wskaźników" określonych w Formularzu oferty. Powyższe postępowanie zamawiającego ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania. Po pierwsze, wezwanie wykonawcy do wyjaśnień elementów ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ustanawia domniemanie, iż cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, co potwierdza jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca, składając żądane przez zamawiającego wyjaśnienia, obowiązany jest to domniemanie obalić, a jeżeli tego nie uczyni, jego oferta podlega odrzuceniu w oparciu o art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Z udostępnionego odwołującemu protokołu przedmiotowego postępowania wynika, że T-Mobile Polska S.A. przedstawił zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny złożonej przez siebie oferty. Ze względu na objęcie przez T-Mobile swoich wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa, odwołujący nie może bezpośrednio odnieść się do treści ich części niejawnej. Niemniej, nawet z jawną częścią wyjaśnień T-Mobile trudno nie polemizować. Wykonawca T-Mobile podkreśla, że zaoferowana cena nie powinna budzić wątpliwości, co do jej rynkowego charakteru, w szczególności nie zachodzą okoliczności

zobowiązujące zamawiającego do wystosowania wezwania w trybie art, 90 ust. 1 ustawy Pzp. W obecnym stanie prawnym wystarczającym uzasadnieniem jest wystąpienie wątpliwości, co do istotnych części składowych ceny. Takie wątpliwości zaistniały w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający w szczególności zwrócił uwagę na takie wskaźniki jak:

- w „Kalkulacji cenowej Nr 1":

E1 (Koszt pakietu 20 GB miesięcznie w roamingu w krajach UE)

E2 (Koszt pakietu 3 GB miesięcznie w pozostałych strefach roamingowych),

F2 (Wartość miesięcznego abonamentu za prywatny APN),

F4 (Wartość miesięcznego abonamentu za usługę MPLS SIP). oraz

- w „Kalkulacji cenowej Nr 3":

G1 (Wartość uruchomienia łączy konwergentnych MPLS),

G2 (Wartość aktywacji prywatnego APN),

G3 (Wartość uruchomienia łączy rezerwowych),

G4 (Wartość za wykonanie dokumentacji powykonawczej).

Niezależnie od utajnienia merytorycznej części wyjaśnień T-Mobile, odwołujący stoi na stanowisku, iż posiadana przez niego wiedza m.in. o najistotniejszych elementach składowym ceny oferty konkurenta, pozwala na sprecyzowanie, jakimi konkretnie wadami mogą być obarczone jego wyjaśnienia, poprzez zidentyfikowanie potencjalnych obszarów, w których kalkulacja konkurenta może być nierealistyczna i niewiarygodna, a dowody na jej

poparcie niewystarczające. Ponadto, zamawiający wymagał, aby cena oferty obejmowała wszystkie elementy cenotwórcze realizacji zamówienia, warunki i obowiązki określone we Wzorze Umowy. Nie sposób nie zauważyć, że warunki umowne, w tym wysokość kar umownych, jakie zostały w przedmiotowym postępowaniu zastrzeżone przez zamawiającego są bardzo niekorzystne dla wykonawcy. Ryzyko związane z opóźnieniem w instalacji i uruchomieniu usług i łączy ma niebagatelny wpływ na finalną wysokość składanej przez wykonawcę oferty, który jako profesjonalny uczestnik obrotu gospodarczego jest zobowiązany do uwzględnienia tego ryzyka w kalkulacji ekonomicznej przedsięwzięcia, ostatecznie podejmując decyzję, czy ryzyko związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem przedmiotu zamówienia i w związku z tym zapłaty kar umownych przewyższa spodziewany zysk.

Kolejnym elementem, który zawsze należy wziąć pod uwagę przy wycenie oferty jest okres, na jaki zostanie zawarta umowa. Zamawiający przewiduje, że będzie to początkowo 24 m-ce, a kolejne 24 m-ce w formie prawa opcji. Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, do analizy kosztowej należało przyjąć 48 miesięczny okres świadczenia usług (tak postąpił zarówno odwołujący jak i T-Mobile). W przedmiotowym postępowaniu nie można uzasadniać poziomu cen wskazując na czas trwania umowy i uwzględnienie przy jej kalkulowaniu wpływu czasu na poziom cen to jest na prognozie jej obniżenia. Zdaniem odwołującego, popartym własnym doświadczeniem zdobytym w tego typu projektach, koszt świadczenia tego rodzaju usług nie ulegnie większym zmianom na przestrzeni 48 miesięcy ich świadczenia, raczej należałoby wskazać na inny czynnik cenotwórczy jakim jest zmiana wartości pieniądza w czasie. Dla projektów o takiej skali jak w tym postępowaniu, ten koszt (zmiana wartości pieniądza) wynosi ok. 8% w skali roku. W przypadku, gdy wykonawca będzie zmuszony do natychmiastowego zaangażowania środków o wartości 3.943.003,31 zł (zakup licencji oraz urządzeń w ofercie Orange) w okresie 48 miesięcy trwania umowy ten koszt wyniesie 308.599,21 zł netto.

Przechodząc do szczegółowej analizy ceny oferty końcowej T-Mobile, w pierwszej kolejności odwołujący wskazał na te elementy składowe ceny, które w szczególności zdaniem odwołującego kreują domniemanie rażąco niskiej ceny. Były one także przedmiotem wezwania do wyjaśnień (pismo zamawiającego z dnia 9 marca 2017 r.).

Kalkulacja cenowa nr 1: Wskaźniki E1, E2, F1, F2.

Wskaźnik E1 Koszt pakietu 20 GB miesięcznie w roamingu w krajach UE w ofercie wykonawcy T-Mobile wynosi 89,00 zł netto, a koszt pakietu 3 GB miesięcznie w pozostałych strefach roamingowych (Wskaźnik E2) to 499,00 zł netto.

W ofercie odwołującego powyższe wskaźniki wynoszą odpowiednio: 3.000,00 zł netto oraz 5.000,00 zł netto. Zdaniem odwołującego, tak znaczna różnica w wysokości poszczególnych opłat jednostkowych, jaka daje się zauważyć wynika z nieprawidłowej

kalkulacji przeprowadzonej przez T-Mobile. Istotnym czynnikiem mającym zasadniczy wpływ na wysokość pakietów: pakietu 20 GB w roamingu w krajach UE oraz pakietu 3 GB w pozostałych strefach roamingowych jest informacja o tym, jak zamawiający korzystał i jak planuje korzystać z usług transmisji danych, różne są bowiem koszty świadczenia usługi na świecie i w krajach UE. Tej informacji nie posiadał wykonawca T-Mobile, bowiem nie była ona ujawniona przez zamawiającego w dokumentacji postępowania i nie zapytał o to zamawiającego, co uzasadnia podejrzenie, że zaproponowana cena jednostkowa za pakiety: 20 GB w roamingu w krajach UE oraz 3 GB w pozostałych strefach roamingowych jest czysto abstrakcyjna, oderwana od realiów i nie rynkowa. Odwołujący, jako operator świadczący obecnie usługi na rzecz zamawiającego dysponował wiedzą o sposobie korzystania przez zamawiającego z usług transmisji danych, w szczególności o tym w jakich krajach UE i świata usługa jest wykorzystywana. Należy stanowczo podkreślić, że wykonawca T-Mobile także mógł uzyskać dostęp do tych danych, chociażby zwracając się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie postanowień s.i.w.z., czego jednak nie zrobił. W świetle powyższego można stwierdzić, że jedynie cena odwołującego za pakiety transmisji danych, wskazane w Kalkulacji cenowej nr 1, jest ceną realną, nieabstrakcyjną i odpowiadającą rzeczywistej wartości tej części przedmiotu zamówienia, czyli jest ceną rynkową.

Wskaźniki: F2 - Wartość miesięcznego abonamentu za prywatny APN oraz F4 - Wartość miesięcznego abonamentu za usługę MPLS SIP w ofercie wykonawcy T-Mobile są na rażąco niskim poziomie i wynoszą odpowiednio: 1.000,00 zł netto - dla usługi APN oraz 100,00 zł - dla usługi MPLS SIP. W ofercie odwołującego powyższe wartości to: 3.000,00 zł netto dla usługi APN oraz 17.583,00 zł netto za usługę MPLS SIP.

Dodatkowo, biorąc pod uwagę takie okoliczności jak:

1) konieczność przeprowadzenia inwestycji po stronie T-Mobile w celu rozpoczęcia świadczenia usług konwergentnych (inwestycja w sieć wewnętrzną zamawiającego),
2) rażąco niski poziom opłat za uruchomienie i aktywację usług - 1,00 zł netto (Kalkulacja cenowa nr 3 Wskaźniki G1 i G2),

nie sposób nie domniemywać, że mamy tutaj do czynienia z rażąco niską ceną, chociażby w porównaniu z ofertą odwołującego. T-Mobile nie może w tym zakresie wykazać bardziej sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy wybranemu w stosunku do odwołującego, przez co nie może wykazać się daleko idącą optymalizacją kosztów.

Kalkulacja cenowa nr 3: Wskaźniki G1, G2, G3 i G4.

We wszystkich pozycjach 1-4 tabeli nr 3 cena jednostkowa wynosi 1 zł netto. Odwołujący zwraca uwagę na jej nierealistyczną wysokość, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej

jego rzeczywistych kosztów i takim sensie nie jest cen rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku. Z niezrozumiałych dla odwołującego powodów (poza oczywistą chęcią zdobycia przedmiotowego zamówienia) wykonawca T-Mobile nie uwzględnił tutaj rzeczywistych kosztów, jakie będzie zmuszony ponieść w celu uruchomienia łączy konwergentnych MPLS, kosztów aktywacji prywatnego APN, kosztów uruchomienia łączy rezerwowych, czy wreszcie kosztów przygotowania dokumentacji powykonawczej. Fakt, iż takie koszty powstaną jest bezsporny.

Zdaniem odwołującego, albo mamy tutaj do czynienia z „ukryciem” kosztu związanego z instalacją i uruchomieniem usług i łączy pod inną pozycją cenową, niż wynikałoby to z opisu Wskaźnika, albo T-Mobile nie przewidział w swojej analizie kosztowej wszystkich składowych elementów.

Dokonując wnikliwej analizy poszczególnych pozycji Formularza Ofertowego, w szczególności tabel składających się na kalkulację oferty nie sposób wskazać, która z nich zawiera w sobie „ukryty” element związany z dodatkowym kosztem uruchomienia i aktywacji usług i łączy. Dodatkowo, co należy podkreślić, taka praktyka jak lokowanie rzeczywistych kosztów związanych z wykonaniem takich elementów zamówienia jak: instalacja, uruchomienie czy aktywacja w innych pozycjach Formularza cenowego jest niedopuszczalna. W przypadku, gdyby wykonawca T-Mobile zastosował w przedmiotowym postępowaniu takie rozwiązanie - „ukrycie” kosztów związanych z uruchomieniem i instalacją

w innej pozycji formularza cenowego (pomimo tego, że zamawiający zdecydowanie wymagał, aby cena za uruchomienie czy aktywacje usług i łączy oraz cena abonamentowa były podane w odrębnych tabelach) - musiałby dodatkowo uwzględnić taki czynnik jak zmiana wartości pieniądza w czasie. Dla projektów o takiej skali jak w niniejszym postępowaniu, ten koszt (zmiana wartości pieniądza) to 8% w skali roku.

Wykonawca finansując znaczne kwoty na początku trwania umowy inwestuje znaczną część środków które odzyska po upływie 48 miesięcy z opłat abonamentowych. Środki te są zamrożone na czas trwania kontraktu co powoduje, że pieniądze te nie pracują. Gdyby te środki przelać na konto bankowe efektywny uzysk z wspomnianych środków finansowych zaowocowałby pewnym dodatkowym procentem przychodów z tego tytułu. Zatem każdy z operatorów w kosztach świadczenia usługi dolicza średnio ok. 8% kosztów pieniądza w czasie jakie musi wliczyć w kontrakt aby nie ponieść z tego tytułu strat. Nie wliczenie tego kosztu lub jego pominięcie nie jest praktyką stosowaną chyba, że w przypadku złożenia oferty posiadającą obciążenie wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Podobny zakres zadania był realizowany przez odwołującego dla zamawiającego w 2013 r., czas realizacji z uwagi na szeroki zakres zadania wyniósł kilka miesięcy, a zważywszy na fakt konieczności uruchomienia przedmiotowego zamówienia od 15 lipca 2017 roku, realizacja powyższego bez uniknięcia kar opisanych w s.i.w.z. jest wręcz

niemożliwa narażając wykonawcę T-Mobile na dodatkowe koszty w postaci kar umownych. Inwestycja musi uwzględniać dodatkowe uwarunkowania infrastruktury zamawiającego, takie jak: stan techniczny budynków, lokalizacje budynków, umiejscowienie sieci wewnątrz budynków.

Odwołujący uważa za zasadne zbadanie, czy T-Mobile znajduje się w wyjątkowo sprzyjającej sytuacji, w wyjątkowo korzystnych warunkach wykonywania zamówienia dostępnych dla niego, czy ta sytuacja oraz zaplanowana metoda wykonania zamówienia, zaprojektowanych rozwiązań technicznych, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy w wystarczającym stopniu usprawiedliwia powstałe wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Zdaniem odwołującego T-Mobile nie mógł wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem zaoferowana cena nie jest wyrazem indywidualnych (właściwych jedynie T-Mobile) możliwości wykonawcy, jego potencjału, doświadczenia, metod organizacyjnych i kontaktów handlowych. Przeciwnie, można przytoczyć szereg podobieństw pomiędzy spółkami Orange i T-Mobile co do samej organizacji przedsiębiorstwa, struktur, prowadzonej działalności czy udziału w rynku usług telekomunikacyjnych.

Te wszystkie powyżej wymienione cechy dotyczą także odwołującego, który dodatkowo jest w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do T-Mobile w związku z tym, że dotychczas to odwołujący świadczy usługi będące przedmiotem zamówienia na rzecz zamawiającego, a to oznacza niższe koszty związane z uruchomieniem i aktywacją usług, które na dzień dzisiejszy pozostają aktywne w sieci odwołującego, a dodatkowo, eliminują ryzyka związane z zapłatą bardzo wysokich kar umownych z tytułu opóźnień w uruchomieniu usług.

Podsumowując, w przekonaniu odwołującego T-Mobile nie mógł wykazać bardziej sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych wykonawcy wybranemu w stosunku do odwołującego oraz nie mógł wykazać optymalizacji kosztów w stosunku do pozostałych wykonawców. Obowiązujące u niego standardy postępowania przy kalkulacji ceny, ze względu na porównywalność organizacyjną obu spółek, nie cechuje jakaś szczególna indywidualność, w tym sensie, że u innych wykonawców one nie obowiązują, czyli dostępne są tylko jemu. Raczej z uwagi na zbliżony poziom potencjału przedsiębiorstw oraz podobną organizację, w tym kalkulowanie cen, można wskazać na ich porównywalność.

Dodatkowo, gdyby nawet standardy postępowania przy kalkulacji ceny były niepowtarzalne (czemu odwołujący zaprzecza), T-Mobile musiałby wykazać i udowodnić, że jego polityka kalkulacyjna jest bardziej efektywna od polityki odwołującego oraz w jakim stopniu tak jest, a także w jakim wymiarze finansowym mogły one wpłynąć na tak znaczna różnicę w wysokości ceny oferowanych przez niego poszczególnych rozwiązań.

Ocena całokształtu okoliczności sprawy związanych zarówno z wiarygodnością i rzeczowością wyjaśnień wykonawcy T-Mobile w przedmiocie jego indywidualnych

możliwości i okoliczności zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia uzasadnia zdaniem odwołującego zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, należy stwierdzić, że oferta wykonawcy T-Mobile zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia i podlega odrzuceniu.

Dodatkowo odwołujący wskazuje na możliwość uznania, iż oferta T-Mobile nie jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Ewentualna niezgodność oferty wykonawcy T-Mobile z s.i.w.z. stanowi konsekwencję przedstawionej powyżej argumentacji. Gdyby bowiem przyjąć, że T-Mobile skalkulował ofertę uwzględniając rzeczywiste koszty jakie poniesie w trakcie realizacji zamówienia, oznacza to, że sporządzając ofertę nie mógł uwzględnić wszystkich elementów przedmiotu zamówienia wskazanych przez zamawiającego.

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

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12; 92-674 Warszawa.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając podmiotową sytuację faktyczną i prawną odwołującego stwierdziła, zdaniem większościowym składu orzekającego, że wykonawca ten, na obecnym etapie postępowania nie posiada interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Izba stwierdziła, że odwołujący był również skutecznym uczestnikiem postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez przystępującego w przedmiotowym postępowaniu. Zarzuty odwołania w sprawie KIO 691/17, dotyczyły zaniechania zamawiającego związanego z brakiem odrzucenia oferty wykonawcy Orange Polska S.A. (obecnie odwołującego w sprawie KIO 706/17) z uwagi na m.in. niezgodność treści oferty wykonawcy Orange Polska z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W sprawie KIO 691/17 zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania, a przystępujący w tej sprawie wykonawca Orange Polska nie wniósł sprzeciwu, co do

uwzględnienia w całości zarzutów odwołania przez zamawiającego. Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należało, że wykonawca Orange Polska (odwołujący w sprawie KIO 706/17), utracił interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, albowiem oferta tego wykonawcy zostanie skutecznie odrzucona i wykonawca ten nie pozyska tego zamówienia. Odwołujący nie poniósł ani nie poniesie również szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Niemniej Izba postanowiła odnieść się merytorycznie w zakresie, podtrzymanych przez odwołującego, zarzutów odwołania.

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

Zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia T-Mobile Polska S.A. z postępowania z uwagi na ziszczenie się przesłanki wykluczenia wskazanej w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, z naruszeniem przepisu art. 24 ust. 7 pkt 3 oraz ust. 9 ustawy Pzp – Izba uznała za bezzasadny.

Przepis art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę który,

z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.

Jednocześnie ustawodawca, w przepisie art. 24 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp wskazał, iż podstawa do wykluczenia określona w przypadku, o którym mowa w ust. 5 pkt 4, może się ziścić, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub za krzywdę lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne doznaną naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub

przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu (art. 24 ust. 8 ustawy Pzp).

Wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8 (art. 24 ust. 9 ustawy Pzp).

Ww. przepis (art. 24 ust. 8 ustawy Pzp) stanowi instytucję samooczyszczenia się wykonawcy, zwaną powszechnie „self-cleaning”.

Przedmiotowa instytucja (procedura self-cleaningu) daje możliwość wykazania przez wykonawcę, w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, swojej rzetelności pomimo zaistnienia wobec niego wymienionych podstaw wykluczenia. Środki dowodowe zostały wskazane w sposób przykładowy, przy czym ocena czy podjęte przez wykonawcę działania można w konkretnych okolicznościach, z uwzględnieniem zaistniałej przesłanki wykluczenia, uznać za wystarczające do wykazania rzetelności danego wykonawcy należy do zamawiającego, zgodnie z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu przystępujący, w treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) zaznaczył odpowiedź „Tak” na pytanie: Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje związane z tą wcześniejszą umową? Jeżeli tak, proszę podać szczegółowe informacje na ten temat. Przystępujący do oferty, wraz z dokumentem JEDZ załączył stosowne wyjaśnienia.

W JEDZ-u, przystępujący zaznaczył odpowiedź „Tak” również przy odpowiedzi na pytanie: Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia ?

Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wystąpił o dodatkowe wyjaśnienie treści JEDZ. Wystąpienie zamawiającego do przystępującego, stanowiło także wykonanie dyspozycji art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, który przyznaje wykonawcy uprawnienie do złożenia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczając do wykazania jego rzetelności. W wyniku wezwania zamawiającego, przystępujący złożył dodatkowe wyjaśnienia, w których między innymi wielokrotnie podkreślił, że Śląski Urząd Wojewódzki jest jedyną jednostką na terenie całego kraju - spośród 86 Jednostek Administracji Państwowej - która odstąpiła od umowy w sprawie zamówienia publicznego - objętego

postępowaniem Centrum Usług Wspólnych (obecnie Centrum Obsługi Administracji Rządowej - dalej COAR).

Przystępujący w toku postępowania wyjaśniającego przedłożył zamawiającemu następujące wyjaśnienia, dokumenty i dowody:

- postanowienie umowne stanowiące podstawę odstąpienia od (§ 11 ust. 2 pkt 2 Umowy w myśl którego można odstąpić od umowy gdy *Wykonawca w terminie nie pełni warunków określonych w § 3 ust. 4 Umowy),*
- postanowienie umowne określające wymagania, których nie wykonanie może skutkować odstąpieniem od Umowy (§ 3 ust. 4 Umowy dotyczący obowiązku uzgodnienia przez Wykonawcę - *nie później niż na 14 dni przed planowanym rozpoczęciem terminem uruchomienia usługi w danej jednostce* - dokumentacji zawierającą szereg informacji i opracowań),
- postanowienie umowne na które powołał się Śląski Urząd Wojewódzki przy określaniu żądania zapłaty kary umownej - odstępnego (§ 9 ust. 4 Umowy) oraz wskazał na § 9 ust. 5 Umowy, który zdaniem przystępującego, mógłby ewentualnie być prawną podstawą naliczenia kar umownych,
- dowód potwierdzający naprawienie szkody poprzez realizację przelewu na rzecz Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego (objęty skutecznie zastrzeżoną Tajemnicą Przedsiębiorstwa),
- oświadczenie mające pośrednio dowodzić, że z przyczyn nie leżących po stronie przystępującego, nie mogła zostać wykonana jedna z usług (objęte skutecznie zastrzeżoną Tajemnicą Przedsiębiorstwa),
- wyczerpująco wyjaśnił stan faktyczny związany z wykazanym w JEDZ-u przypadkiem odstąpienia przez Śląski Urząd Wojewódzki od umowy z przystępującym na świadczenie usług telefonii stacjonarnej zawartej 16 czerwca 2016 r. po postępowaniu przeprowadzonym przez CUW (obecnie COAR),
- przedłożył informacje o podjętych konkretnych środkach technicznych, kadrowych i organizacyjnych, które jego zdaniem, są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy (str. 2-7 pisma z dnia 24.03.2017 r. złożonego przez przystępującego, w tym część str. 4, cała str. 5 i część str. 6 jest objęta skutecznie zastrzeżoną Tajemnicą Przedsiębiorstwa).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej ocena wyjaśnień i dowodów złożonych przez przystępującego, w toku prowadzonego postępowania wyjaśniającego, dokonana przez zamawiającego, w pełni pokrywa zakres wykazania merytorycznego podstaw faktycznych i prawnych czynności przystępującego, który w ocenie Izby, w sposób jasny, precyzyjny i ostateczny udowodnił, że miał pełne podstawy to uznania, że spełniła się procedura

samooczyszczenia wykonawcy, dająca podstawy do pozytywnej oceny braku podstaw do wykluczenia z przedmiotowego postępowania. Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego.

Wskazać bowiem należy, że przedstawiona przez odwołującego argumentacja nie znajduje potwierdzenia w rzeczywistości, jak również nie jest adekwatna dla wykazania prawdziwości postawionego zarzutu.

Zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał, że przedstawione przez przystępującego środki nie wystarczają dla uznania, że przystępujący nie podlega wykluczeniu z postępowania. Podważając ocenę dokonaną przez zamawiającego, zgodnie z art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, odwołujący powinien wykazać, że zamawiający nie uwzględnił lub błędnie ocenił okoliczności sprawy i złożone przez przystępującego wyjaśnienia, a nie skupić się wyłączenie na polemice związanej z podstawą odstąpienia od umowy i rozstrzygać spór, który *de facto* nie jest obecnie prowadzony.

Odwołujący ograniczył się do przedstawienia własnej interpretacji motywacji działań przystępującego. Natomiast, treść uzasadnienia zarzutu odwołania, nie wskazuje, jakie środki przystępujący powinien był podjąć i dlaczego te, które przedsięwziął i wykazał w złożonych wyjaśnieniach miałyby zostać uznane za niewystarczające. Aktualny brak świadczenia usług w zakresie numerów alarmowych, który podnosi odwołujący nie ma znaczenia dla oceny rzetelności i zdolności do realizacji zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, gdyż taki zakres usług nie jest objęty tym postępowaniem. Zatem okoliczności i waga czynu wykonawcy podlegającego ocenie, ze względu na odstąpienie przez innego zamawiającego z wcześniej zawartej umowy o zamówienie publiczne, nie powinny być oceniane jako istotne na gruncie przedmiotowego postępowania.

Twierdzenia odwołującego, które za okoliczność obciążającą przystępującego uznają dobrowolne zapłacenie przez niego kary umownej naliczonej przez Śląski Urząd Wojewódzki uznać należało za bezpodstawne i nielogiczne. Wręcz przeciwnie, dobrowolne zapłacenie przez przystępującego kary umownej, to okoliczność, która pozwala na uznanie, iż przystępujący naprawił szkody/zadośćuczynił zamawiającemu za te zdarzenia, które stanowiły podstawę do odstąpienia od umowy. Jest to bowiem element wprost wynikający z procedury samooczyszczenia, określony w przepisie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Za niezasadne, Izba uznała twierdzenia odwołującego, że zapłata kar umownych oznacza przyznanie się do zawinionych działań naruszających umowę i stanowi koronny argument przemawiający za brakiem rzetelności wykonawcy. Przystępujący, w przedkładanych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach o decyzji o zapłacie kar umownych wyraźnie wskazał, że za decyzją tą przemawiały względy biznesowe, w tym również negatywne skutki, jakie wiążą się z prowadzeniem długotrwałego procesu sądowego, nawet jeśli przewidywane jest jego pomyślne dla spółki zakończenie. Nawet jeśli w polityce odwołującego leży

---

każdorazowe korzystanie ze środków prawnych, jeżeli tylko prawo dopuszcza taką możliwość, to nie jest to *modus operandi* i sposób prowadzenia działalności gospodarczej, którym kierować muszą się wszyscy wykonawcy.

Izba podnosi ponadto, że wskazane w złożonych wraz z ofertą wyjaśnieniach oraz w pkt III.4 pisma z dnia 24 marca 2017 r. odpowiadającego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 8 Pzp, środki i działania podjęte przez przystępującego odpowiadają zarówno wadze, jak i okolicznościom, w których doszło do odstąpienia od umowy. Zważywszy na ogólne brzmienie regulacji, zarówno na poziomie dyrektywy unijnej, jak i znowelizowanej ustawy Pzp, nie budzi wątpliwości, iż oceny należy dokonywać biorąc pod uwagę każdorazowo okoliczności danej sprawy. W przedmiotowej sytuacji trudno wskazać inne niż podjęte przez przystępującego z najwyższą starannością środki, aby rozwiązać problem wynikły na tle realizacji umowy z ŚUW, jak również zadbać o to, aby podobne sytuacje nie występowały w przyszłości. Środki te podjęto, dla dobra interesu publicznego, jak również w celu dochowania należytej staranności i uniknięcia podobnych sytuacji spornych w przyszłości.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, nie jest tu kluczowe ustalenie tego, czy i do jakiego stopnia przystępujący uznaje zasadność decyzji i czynności podejmowanych przez zamawiającego, który odstąpił od umowy, gdyż właśnie wykazaniem rzetelności wykonawcy jest podjęcie wszelkich możliwych działań, aby takie sytuacje konfliktowe rozwiązać i unikać ich w przyszłości. Przystępujący kwestionując decyzję podjętą przez ŚUW i jej podstawy, uznał mimo to, iż w ramach zachowywania należytej staranności, zawsze możliwe jest podwyższanie stosowanych w organizacji standardów, tak jak miało to miejsce po wystąpieniu przedmiotowego przypadku odstąpienia od umowy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu jest stwierdzenie, czy wykonawca (przystępujący) w sposób istotny nienależycie wykonał umowę. W powyższym zakresie na uwagę zasługuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 139/17, w którym Izba oceniała „istotność" nienależytego wykonania umowy. Izba stwierdziła bowiem, że cyt. „Zdaniem Izby Odwołujący błędnie utożsamia „istotność" nienależytego lub niewykonania umowy, o której mowa w hipotezie normy art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, wyłącznie z określonym stopniem wykonania tej umowy pod względem wartościowym czy rzeczowym, wbrew brzmieniu przepisu, który nie konkretyzuje takiego punktu odniesienia. W przeciwieństwie do uchylonego art. 24 ust. 1 pkt 1a), który wprost wskazywał określoną wartość procentową niezrealizowanego zamówienia w stosunku do wartości umowy {która, wynosiła zresztą zaledwie 5%}. Dla ustalenia znaczenia owej „istotności" z istotne znaczenie ma art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94,

---

str. 65) {dalej również: „dyrektywa klasyczna" lub „dyrektywa 2014/24"}, gdyż art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp stanowi jego implementację do krajowego porządku prawnego. W szczególności według brzmienia odnośnego przepisu dyrektywy wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu

w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Zatem w grę wchodzi nie tylko odpowiednio istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do przewidzianego zawartą umową. Ale również spełnianie przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, które były zapisane w umowie. A także powtarzające się nagminnie takie same wady świadczenia wykonawcy, choćby nie w zakresie w tym wykonania najistotniejszych wymagań, notoryczne niedochowanie terminu zamówienia.”.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należało, że działanie przystępującego miało charakter incydentalny, wywołany ponadto działaniem niezależnym od niego, co oznacza, przy dokonanej czynności samooczyszczenia, że przystępujący w sposób prawidłowy dokonał procedury self cleaningu, a zamawiający prawidłowo zweryfikował tę procedurę i zasadnie nie dokonał czynności wykluczenia przystępującego z przedmiotowego postępowania.

Nadto wskazać należy, że zamawiający działając na podstawie art. 24 ust. 9 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 8 i art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy Pzp, prawidłowo wziął pod uwagę następujące okoliczności faktyczne i prawne, które przyczyniły się, w ocenie Izby, do prawidłowej oceny wykonawcy przystępującego, tj.:

- przystępujący wyjaśnił wszystkie okoliczności odstąpienia od umowy z dnia 16.06.2016 r. przez Śląski Urząd Wojewódzki,
- przystępujący od dnia składania ofert nie ukrywał faktu odstąpienia od umowy z dnia 16.06.2016 r. przez Śląski Urząd Wojewódzki i nie wprowadził w błąd zamawiającego przy przedstawianiu informacji w JEDZ-u,
- wykazał za pośrednictwem dowodów pośrednich, że nie wykonanie zamówienia w zakresie części usług na rzecz Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego było spowodowane przyczynami nie leżącymi po stronie przystępującego,
- przedłożył dowód potwierdzający naprawienie ewentualnej szkody poprzez zapłatę w dniu 25.01.2017 r. stosownej kwoty na rachunek bankowy Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego, mimo jednoczesnego deklarowania braku uzasadnienia do odstąpienia od umowy przez Śląski Urząd Wojewódzki,

- przedłożył informacje o podjętych konkretnych środkach technicznych, kadrowych i organizacyjnych które są odpowiednie dla zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy w przyszłości,
- przystępujący świadczy aktualnie usługi telefoniczne na rzecz wszystkich pozostałych jednostek, które było objęte postępowaniem przeprowadzonym przez Centrum Usług Wspólnych,
- niemożność zrealizowania usług telefonii stacjonarnej w przypadku Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego dotyczyła łączy podkładowych pod numerację alarmową, co zdaniem przystępującego a także odwołującego stanowi niewielki jeśli chodzi o zakres przedmiotowy i drobny wartościowo zakres usług telefonicznych,
- przedłożył dowód, w końcowym etapie oceny podstaw wykluczenia przystępującego z postępowania, w postaci oświadczenia centralnego zamawiającego potwierdzającego obiektywną niemożliwość świadczenia przez w/w wykonawcę usług telekomunikacyjnych telefonii stacjonarnej w odniesieniu do linii podkładowych.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej odwołujący zarówno w treści odwołania jak i załączonymi dowodami nie wykazał, że przystępujący jest wykonawcą nierzetelnym i nie daje rękojmi prawidłowego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty T-Mobile, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ewentualnie zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile, jako niezgodnej z s.i.w.z., z uwagi na to, że oferta T-Mobile nie obejmowała swoim zakresem całości przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uznała za bezzasadny.

W zakresie powyższe zarzutu, Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez

zamawiającego i przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż w przedmiotowym postępowaniu, nie zaszły okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, to znaczy że cena całkowita oferty przystępującego nie była 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 ani 2) średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert ani 3) 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.

Podstawą zwrócenia się przez zamawiającego do przystępującego o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp był fakt, że cyt.: *„(...) istotne części składowe ceny przedstawionej w ofercie 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 w SIWZ.”.

Pismem z dnia 16 marca 2017 r. przystępujący złożył wyjaśnienia z tym, że część tych wyjaśnień została zastrzeżona jako Tajemnica Przedsiębiorstwa oraz do złożonych wyjaśnień przystępujący załączył dowody obejmujące informacje oraz kopie różnych dokumentów, również zastrzeżonych jako Tajemnica Przedsiębiorstwa.

Analizując treść złożonych przez przystępującego wyjaśnień oraz oceniając dowody złożone na potwierdzenie wskazanych w piśmie okoliczności, Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego znajduje pokrycie w aktach sprawy i była prawidłowa.

Wskazać bowiem należy, że cena zawarta w ofercie przystępującego nie była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rozbieżność pomiędzy ofertami złożonymi w postępowaniu wynosząca ok. 5,5 % jest typowym przejawem walki konkurencyjnej pomiędzy wykonawcami, a nie wyrazem tego, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie oceniał odrębnie w ramach kryterium oceny ofert żadnych elementów cen poszczególnych ofert lecz całą cenę oferty za świadczenie wyspecyfikowanych usług przy założeniu osiągnięcia ich określonej wielkości. Wewnętrzna struktura poszczególnych elementów ceny oferty, co do zasady, podlegała autonomicznej decyzji każdego wykonawcy. Cena oferty przystępującego nie miała cech ceny rażąco niskiej, których przykłady wypracowało bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych, wskazujące na to, że *Rażąco niska cena, to cena oferty odbiegająca swoją wartością in minus od rynkowej wartości przedmiotu zamówienia, a wykonawca w ramach swoich wyjaśnień nie wykazał,* że *różnica ta jest uzasadniona, tj.* że *będzie mógł należycie wykonać zamówienie bez strat i finansowania go z innych* źródeł *niż wynagrodzenie umowne (wyrok KIO 19.01.2017 r., sygn. akt KIO 22/17). Z* kolei w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 23.04.2009 r. (sygn. akt XII Ga 88/09) wskazano, że *pojęcie ceny "rażąco niskiej" pozostaje pojęciem nieostrym, bez względu na zastosowanie pomocniczo wykładni tego pojęcia przy użyciu Słownika Języka Polskiego PWN. Nieostrość ta nie może być w ten sposób usunięta, ponieważ Słownik czy inne tego typu* źródła *tłumacząc pojęcie posługują się dalszymi pojęciami o również nieostrym charakterze jak "wyraźna" czy "bardzo duża" różnica w cenie, które podlegają interpretacji subiektywnej. Należy zatem oprzeć analizę na innych kryteriach. Należą do nich przykładowo: 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”.* Cena oferty przystępującego nie posiadała żadnej z tych cech.

Izba wskazuje, że podstawą skutecznego odrzucenie oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jest wyłącznie sytuacja, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś gdy cena części składowej oferty jest niska.

W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez przystępującego, na str. 3-6 (zastrzeżonych jako Tajemnica Przedsiębiorstwa) oraz załączniki udowodniły, że m.in. kalkulacja cenowa Nr 1 i kalkulacja cenowa Nr 3 obejmująca m.in. koszt pakietu 20 GB miesięcznie w roamingu

w krajach UE – E1, koszt pakietu 3 GB miesięcznie w pozostałych strefach roamingowych - E2, wartość miesięcznego abonamentu za prywatny APN - F2, wartość miesięcznego abonamentu za usługę MPLS SIP - F4, wartość uruchomienia łączy konwergentnych MPLS, wartość aktywacji prywatnego APN - G2, wartość uruchomienia łączy rezerwowych - G3 oraz wartość za wykonanie dokumentacji powykonawczej - G4 w zakresie ceny całej oferty nie pozwalają na uznanie, że cena oferty przystępującego, jest ceną rażąco niską w stosunku do całego przedmiotu zamówienia. Całokształt złożonych wyjaśnień oraz załączonych dowodów, pozwalają uznać, że cena oferty przystępującego, nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Nadto wskazać należy, że odwołujący poza przedstawieniem własnego podejścia do obliczenia ceny oraz przedstawieniem kosztów jakie sam ponosił i wysokością faktur, jakie wystawiał zamawiającemu (sprzed 4 lat), nie udowodnił ani nie uprawdopodobnił zarzutów stawianych w odwołaniu.

Izba, w związku z brakiem konkretyzacji zarzutu dotyczącego rzekomego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, pozbawiona została możliwości szczegółowego odniesienia się do tego zarzutu. Jednakże przyjmując taki sam stopień ogólności, jaki został zaprezentowany przez odwołującego, Izba stwierdziła, że odwołujący nie udowodnił w jakim zakresie i w konkretnie których elementach oferta przystępującego jest niezgodna swoją treścią z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego też zarzut powyższy Izba uznała za niezasadny.

W związku z okolicznością, iż odwołujący na posiedzeniu oświadczył, że wycofuje zarzut (nr 3) dotyczący naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty T-Mobile z uwagi na spóźnione wyrażenie zgody na poprawienie innych omyłek z naruszeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania.

Dowody:

1) przystępujący na rozprawie złożył ekspertyzę (opinię) sporządzoną przez dr hab. inż. A. Z. z dnia 21 kwietnia 2017 roku, odnoszącą się do zarzutu odwołującego co do rażąco niskiej ceny. Izba przyjęła rzeczony dokument do akt postępowania, jednakże z uwagi na okoliczność, iż jest to opinia własna nie mogła być traktowana jako dowód w sprawie, a jedynie jako stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego i tak też ten dokument został sklasyfikowany. Z uwagi na okoliczność, iż treść tej opinii została skutecznie zastrzeżona tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba wskazuje, że podziela stanowisko wraz z argumentacją przytoczoną w tym dokumencie, za właściwe.
2) odwołujący, na rozprawie złożył dwa dokumenty, powołując je jako dowody w sprawie, tj. kalkulację kosztową odwołującego oraz zestawienie kosztów i faktur związanych z uruchomieniem usług konwergentnych dla NBP w 2013 r., jakie ponosił odwołujący realizując rodzajowo tożsame zamówienia. Z uwagi na okoliczność, iż treść tych dokumentów stanowi opracowanie własne odwołującego, Izba przyjęła te dokumenty jako stanowisko strony w sprawie (argumentacja w zakresie tych dokumentów w uzasadnieniu orzeczenia).
3) odwołujący, na rozprawie przedłożył korespondencję prowadzoną pomiędzy zarządami obydwu spółek (odwołującego i przystępującego), z których to dowodów wynikać ma, że oświadczenia prezentowane w notatce służbowej (przedłożonej przez przystępującego) nie stanowią *de facto* oświadczenia odwołującego. Izba przyjęła powyższą korespondencję do akt postępowania, stwierdzając jednocześnie, że dowody powyższe potwierdzają jedynie, że korespondencja taka faktycznie miała miejsce, jednakże jej treść pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie przedmiotowego odwołania albowiem prowadzona była już po wniesieniu odwołania.
4) przystępujący, na rozprawie przedłożył aneksy nr 1 zawarte z 4 Urzędami Wojewódzkimi na okoliczność, że nie ma sporu pomiędzy zamawiającym a T-Mobile co do przyczyn nieświadczenia usługi. Izba przyjęła powyższe dokumenty do akt postępowania stwierdzając, iż z treści przedłożonych dowodów jednoznacznie wynika, że niemożność świadczenia usługi przez przystępującego w zakresie numeracji

alarmowej faktycznie wynikała z obiektywnych okoliczności, nie leżących po stronie przystępującego – dowód potwierdzający faktyczną niemożność świadczenia usługi na numerach alarmowych przez przystępującego.

5) w pozostałym zakresie, Izba dopuściła i przeprowadziła postępowanie dowodowe w zakresie dowodów załączonych do odwołania przez odwołującego oraz załączonych do pisma procesowego przez przystępującego.

21

---

6) Izba dopuściła i przeprowadziła postępowanie dowodowe z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności: z treści dokumentu JEDZ złożonego przez przystępującego, wyjaśnień złożonych do tego dokumentu przez przystępującego, zarówno tych w ofercie, jak i tych złożonych na wezwanie zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny stwierdzając, iż ich treść (zastrzeżona skutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa) w pełni potwierdza zasadność i prawidłowość czynności podjętych przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

22

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……

Członkowie: …….

……..

23