

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 08 kwietnia 2024 roku przez Odwołującego Orange Polska S.A. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Komenda Główna Policji (ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa) przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego Polkomtel sp. z o.o. (ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. oraz nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert w tym odrzucenia oferty tego Wykonawcy,
2. kosztami postępowania obciąża Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. (ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa) i:
 - 2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:
 - kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Orange Polska S.A. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa) tytułem wpisu od odwołania,
 - kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Orange Polska S.A. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa),
 - 2.3. zasądza od Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. (ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa) na rzecz Odwołującego Orange Polska S.A. (Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa) kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 1190/24

UZASADNIENIE

Zamawiający Komenda Główna Policji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup aktywacji telekomunikacyjnych usług komórkowych wraz z dostawą kart SIM oraz aktywacji usług transmisji danych wraz z dostawą kart SIM.

Odwołujący Orange Polska S.A. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o., pomimo, iż złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, z uwagi na fakt, że nie opisał sposobu wyliczenia ceny złożonej oferty, w szczególności nie wskazał kosztów i przychodów związanych z wykonaniem zamówienia ani ich wysokości, nie przedstawił żadnej kalkulacji ani nie złożył dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, ograniczając się do polemiki z zasadnością wezwania Zamawiającego, ogólnego zapewnienia o możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną kwotę, co stanowi naruszenie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenie oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. z uwagi na to, że złożone przez tego Wykonawcę wyjaśnienia ceny nie uzasadniają ceny podanej w ofercie; dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem oferty odrzuconej.

Zamawiający na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w złożonej w ofercie. Zamawiający wskazał, że cena oferty jest niższa o co najmniej 30% wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Zamawiający podkreślił w wezwaniu, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wykazać, co spowodowało obniżenie ceny oraz w jakim stopniu wskazane przez niego elementy ceny wpłynęły na jej obniżenie, jak również przedstawić dowody na potwierdzenie zaistnienia podnoszonych okoliczności. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Nie jest przy tym wystarczającym złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, ale wyjaśnień odpowiednio umotywowanych i przekonujących, iż zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. złożył odpowiedź na wezwanie Zamawiającego, jednakże w ocenie Odwołującego nie złożył wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny i nie przedstawił żadnych dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu.

Odwołujący wskazał, że w części pierwszej odpowiedzi Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. polemizuje z zasadnością wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Odwołujący uznał polemikę za bezzasadną.

W drugiej części odpowiedzi Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. zamieścił analizę rynku usług telekomunikacyjnych, przedstawiając tezę o następującym rok do roku stałym i istotnym spadku cen. Brak jest przy tym wykazania w jaki sposób ta tendencja, tj. spadek cen, wpłynęła na cenę oferty. Ta część odpowiedzi Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. nie ma związku ze złożoną ofertą, ani też warunkami zamówienia udzielanego w postępowaniu.

W części czwartej odpowiedzi Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. w sposób ogólny odwołał się do czynników takich jak dysponowanie rozbudowaną infrastrukturą telekomunikacyjną, skala prowadzone działalności, stosowana polityka cenowej, fakt terminowego regulowania płatności przez Zamawiającego, korzystanie przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. z własnych zasobów technicznych i osobowych, itp. Nie opisał przy tym sposobu, w jaki opisane czynniki wpłynęły na wysokość ceny oferty, w jaki czynniki te pozwoliły obniżyć cenę oferty.

Odwołujący podkreślił, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. nie przedstawił opisu sposobu obliczenia ceny, nie wskazał jakie koszty ponosi w związku z realizacją zamówienia, nie określił przychodów z wykonania zamówienia, z których będzie pokrywał konieczne do poniesienia koszty. Brak jest jakiegokolwiek kalkulacji ceny oferty, brak jest dowodów potwierdzających poprawność wyliczenia ceny.

Wyjaśnienia sprowadzają się w istocie do porównania ceny oferty złożonej przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu z ceną oferty złożonej przez Wykonawcę Orange Polska S.A. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w 2021 r.

Porównanie to Odwołujący uznał za niezasadne w kontekście obowiązku złożenia przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. wyjaśnień wraz z dowodami w zakresie wyliczenia ceny oferty. Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. nie wyjaśnił sposobu wyliczenia ceny oferty, a ograniczył uzasadnienie wysokości tej ceny jedynie do odniesienia się do ceny oferty innego wykonawcy złożonej w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego, fakt złożenia oferty z ceną zbliżoną do ceny zaoferowanej przez innego wykonawcę w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie potwierdza - wbrew twierdzeniu Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. - że cena oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. nie jest ceną rażąco niską, została skalkulowana prawidłowo i tym samym, że Wykonawca ten jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie w sposób należyty, zgodny ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentacji postępowania.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. zobowiązany był obszernie i przekonująco przedstawić swoje wyjaśnienia tak, aby rozproszyły one wątpliwości.

Zdaniem Odwołującego, bez znaczenia jest okoliczność podnoszona przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. jako usprawiedliwienie braku złożenia konkretnych wyjaśnień, iż wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie zawiera uzasadnia faktycznego, tj. Zamawiający nie wskazał jakie dokładnie wątpliwości są związane z ceną oferty. Zamawiający ograniczył się jedynie do wskazania przesłanek ustawowych, stanowiących podstawę wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, z wezwania nie wynika do jakiej kwoty (wartości zamówienia) wykonawca ma się odnosić, składając wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

Jak wskazał Odwołujący, Wykonawca może w wyjaśnieniach podać również inne, niż żądał Zamawiający, obiektywne czynniki oraz złożyć inne, niż żądał Zamawiający, dowody mające wpływ na zaoferowaną cenę lub koszt, lub ich istotne części składowe. Odpowiedź wykonawcy nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości.

Zdaniem Odwołującego Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. nie przedstawił wyczerpujących, konkretnych i popartych dowodami wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. W takiej sytuacji wyjaśnienia muszą być uznane za nieobalające domniemania rażąco niskiej ceny, a oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, gdyż złożone przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

W ocenie Odwołującego Zamawiający nieprawidłowo ocenił wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu złożone przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. i przyjął wyjaśnienia za uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny pomimo tego, że Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. faktycznie nie wyjaśnił sposobu wyliczenia ceny i nie uzasadnił wysokości zaoferowanej ceny.

18 kwietnia 2024 roku Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

22 kwietnia 2024 roku Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. wniósł pismo, w którym oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołanie w całości. W treści pisma procesowego powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie w sprawie XXIII, w którym Sąd doszedł do kilku wniosków, które w ocenie Wykonawcy

Polkomtel sp. z o.o. znajdują zastosowanie w niniejszym stanie faktycznym, tj. Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zarzutami odwołania, nie może oceniać wadliwości postępowania w zakresie nie wskazanym w zarzutach - art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych; treść zarzutu to nie tylko powołanie się na przepis ale także jego uzasadnienie. Skarżący (tj. Orange) w żadnym zakresie nie kwestionował wysokości ceny oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. ani jej istotnych części składowych. W przypadku braku kwestionowania ceny, tj. nie postawienia zarzutu rażąco niskiej ceny ciężar dowodu spoczywa na odwołującym.

Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. podkreślał że Izba związana jest zarzutami odwołania Wykonawcy Orange S.A. Wykonawca ten nie kwestionuje wysokości ceny oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. ani jej istotnych części składowych. Podniesione zarzuty skupiają się wyłącznie na samej treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie kwestionują zaś ceny oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o.

Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. podkreślał także, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie twierdzeń podnoszonych w odwołaniu. Twierdzenia Wykonawcy Orange S.A. nie wykazują, jaka zdaniem tego Wykonawcy jest realna cena za realizację przedmiotu zamówienia - odwołanie nie dotyczyło zakwestionowania wysokości ceny oferowanej przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o., gdyż ta nie jest nierealna.

Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. wskazał także na następujące okoliczności:

- ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym,
- cena oferty Wykonawcy Orange S.A. jest bardzo zbliżona do ceny oferty Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o.,
- wezwanie nie wskazuje żadnych zakresów, informacji, jakie mają być wyjaśnione. Zamawiający przekopiuwując treść przepisu nawet nie pokusił się o usunięcie z kopiowanych fragmentów odesłań do robót budowlanych lub dostaw.
- Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. złożył konkretne i spójne wyjaśnienia - tak, by wykazać realność zaoferowanej ceny. Zastosował taki poziom szczegółowości, który w świetle wezwania wydawał się wystarczający. Wskazał, jakie istotne czynniki miały wpływ na zaoferowanie konkretnej ceny wskazując, że jest to cena rynkowa, oferowana na poziomie podobnym do innych uczestników rynku w zamówieniach o podobnym charakterze.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia, jednakże wyjaśnienia nie zawierają elementów, o jakie wnosil Zamawiający – dowodów dotyczących kalkulacji ceny. Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. nie przedstawił ani kalkulacji kosztów, ani jakichkolwiek dowodów. Złożone wyjaśnienia mają charakter ogólny oraz blankietowy i mogłyby zostać złożone w każdym innym postępowaniu.

Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron wskazał, jakie zadania składają się na realizację przedmiotowego zamówienia, w tym świadczenie usług aktywacji transmisji danych, aktywacji usług głosowych, przejęcie i utrzymanie numerów telefonicznych, dostarczenie kart SIM, zapewnienie dodatkowych nieaktywnych kart SIM.

Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. nie przedstawił wyceny ww. zadań, czy kosztów pracy. Wbrew twierdzeniu Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o., stanowisko Odwołującego nie jest zarzutem dodatkowym, ale jest argumentacją, do której Odwołujący nawiązywał już w odwołaniu – braku jakiegokolwiek kalkulacji, wyceny tego zamówienia, a więc także składających się na nie kosztów. Wskazane powyżej zadania składały się na przedmiot zamówienia i szczegóły dotyczące ich wyceny powinny być znaleźć się w złożonych przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. wyjaśnieniach.

Trafny jest zarzut Odwołującego, że w treści wyjaśnień Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. przedstawił okoliczności, które mogą być wspólne wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty w postępowaniu, jak np. posiadanie rozbudowanej infrastruktury telekomunikacyjnej i brak konieczności jej dalszej rozbudowy, terminowe regulowanie płatności. Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. nie wyjaśnił jednak, w jaki sposób okoliczności (te i inne zawarte w wyjaśnieniach) miały wpłynąć na zaoferowaną przez tego Wykonawcę cenę i możliwość jej znacznego obniżenia.

Odnosząc się do przywołanego przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. w piśmie procesowym wyroku Sądu Zamówień Publicznych należy zauważyć, że stan faktyczny w każdej sprawie należy ocenić osobno. Należy także wskazać, że art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. W niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją. Złożone wyjaśnienia są tak ogólne, że nie sposób wywieść z nich uzasadnienia dla zaoferowanej ceny. Złożone wyjaśnienia powinny dotyczyć poszczególnych elementów danego zamówienia, a nie okoliczności ogólnych, czy cen innych wykonawców w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Wyjaśnienia nie zawierają żadnych szacunków, kalkulacji, czy dowodów. Nie sposób zatem na ich podstawie uznać, że stanowią uzasadnienie dla zastosowanej ceny oraz uzasadniają obniżenie wysokości ceny w

stosunku do szacunków Zamawiającego. Na etapie składanych wyjaśnień to na wykonawcy ciążył ciężar dowodu – wykazania i uzasadnienia wysokości zaoferowanej ceny i dowiedzenia, że cena ta jest realna i powoli na zrealizowanie zamówienia. Temu ciężarowi nie podolał Wykonawca Polkomtel sp. z o.o.

Co istotne, w niniejszej sprawie Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. przyznał w trakcie rozprawy z udziałem stron, że nie dokonał szczegółowego oszacowania zamówienia. Wyjaśnił, że dokonywanie oszacowania ceny nastąpiło na podstawie danych statystycznych, czy też poprzez porównanie do cen w innych postępowaniach. Powyższe oznacza, że Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. nie dokonał należytego oszacowania zamówienia – tj. biorąc pod uwagę (i należycie wyceniając) poszczególne zadania i elementy niniejszego zamówienia, takie jak np. abonamenty na usługi głosowe, połączenia, transmisje danych, dostarczenia karty SIM, zapewniania lub przeniesienia numeracji, zapewnienia opiekuna.

Trudno uznać, że Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. nie miał wiedzy, jakie świadczenia powinien wycenić, skoro zadania zostały wskazane w opisie przedmiotu zamówienia. Powyżej wskazane twierdzenie Wykonawcy Polkomtel sp. z o.o. potwierdza, że nie oszacował zamówienia należycie. Potwierdza także brak staranności tego Wykonawcy przy dokonywaniu wyceny i złożeniu wyjaśnień. Wykonawca Polkomtel sp. z o.o. nie przedstawił wyjaśnień konkretnych, nie odniósł się do przedmiotu zamówienia, wyjaśnienia nie potwierdzają, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Wobec tego, złożone przez Wykonawcę Polkomtel sp. z o.o. wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena zaoferowana przez tego Wykonawcę została oszacowana należycie i że ceną jest cena realną.

Z powyższych względów odwołanie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....