

Sygn. akt: KIO 2913/23

WYROK
z 20 października 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie 17 października 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 października 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Arteria Customer Services Arteria Management sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, Trintab Arteria Management sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie przy udziale:

1. wykonawcy Netia S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PZU Zdrowie S.A. z siedzibą w Warszawie, Telestrada S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu odwołania oznaczonego numerem 6.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Arteria Customer Services Arteria Management sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, Trintab Arteria Management sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2913/23

Uzasadnienie

Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia z siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: Pzp) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Świadczenie kompleksowej usługi Infolinii wraz z usługą telekomunikacyjną”, numer: ZPP.ZP.411.93.2023, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie w sprawie zamówienia publicznego zostało opublikowane 29 czerwca 2023 r.

w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2023/S 123-388589.

2 października 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Arteria Customer Services Arteria Management sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie, Trintab Arteria Management sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie i zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp przez uznanie, że oferta Odwołującego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, podczas gdy cena oferty Odwołującego nie może być uznana za rażąco niską a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami były spójne, rzetelne i uzasadniały podaną cenę.
2. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez uznanie, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: Uznk), podczas gdy złożenie oferty i zaoferowanie w formularzy określonych stawek wynikało z oferty podwykonawcy, którą otrzymał Odwołujący.

3.art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp przez uznanie, że oferta zawierała błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, podczas gdy wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty „błędy” nie mogły być traktowane jako błędy w obliczeniu ceny, lecz drobne omyłki w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

4.art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. art. 224 ust. 1 i 2 z zw. art. 16 Pzp przez uznanie,

że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PZU Zdrowie S.A. z siedzibą w Warszawie, Telestrada S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący), które liczyły 5 stron na bardzo ogólnym poziomie stanowiły właściwe uzasadnienie ceny oferty Przystępującego, podczas gdy nie spełniały one przesłanek z Pzp i oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

5.art. 224 Pzp przez nieprawidłową ocenę złożonych przez Przystępującego wyjaśnień ceny oferty, podczas gdy ich treść nie obalała domniemania rażąco niskiej ceny oferty. Wskazane tam wartości były istotnie zaniżone oraz niepoparte dowodami.

6.art. 255 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 118 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp przez brak unieważnienia postępowania podczas gdy, postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. SWZ zawierał niezgodną z przepisami Pzp możliwość udostępnienia zasobów w postaci uprawnienia do prowadzenia określonej działalności tj. ważnego wpisu do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 21 września 2023 r.,
- 2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z 21 września 2023 r.
- 3.ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 4.odrzucenia oferty Przystępującego,
- 5.wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 6.ewentualnie unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał między innymi:

21 września 2023 r. Zamawiający dokonał czynności odrzucenia dwóch ofert, tj. CCIG GROUP Sp. z o.o. oraz Odwołującego i wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą.

Główną podstawą odrzucenia oferty Odwołującego było zaoferowanie (na podstawie oferty podwykonawcy) w kryterium „Oferowana cena całkowita (C2) za wykonanie przedmiotu zamówienia podstawowego w latach 2023-2024 kompleksowej usługi telekomunikacyjnej (wyrażona w PLN) – 2 zadanie stawki 0,01 zł (słownie: jeden grosz) za połączenie.

Zamawiający sformułował tylko następujące zastrzeżenia do wskazanego dokumentu tj.

- powołanie się w wyjaśnieniach na cenę 1 grosz za połączenie, która została zaoferowana w ofercie podwykonawcy,
- wskazanie, że załączone dowody w tym umowy z pracownikami, nie wykazują zaoferowanej ceny,
- omyłki w tabelach zawartych w wyjaśnieniach RNC.

Tym samym w pozostałym zakresie wyjaśnienia te nie budziły wątpliwości Zamawiającego, były spójne i wykazywały zaoferowaną cenę.

Odwołujący jest profesjonalnym podmiotem działającym w branży contact center (Arteria Customer Services) oraz IT (Trimtab), natomiast w zakresie części zamówienia dotyczącego usługi telekomunikacyjnej, wystąpił do firm posiadających odpowiednie kompetencje i formalne uprawnienia (wpis do katalogu podmiotów prowadzony przez Urząd Komunikacji Elektronicznej) o ofertę podwykonawczą na wskazaną część.

Odwołujący otrzymał bardzo korzystną ofertę od firmy Flexcom Sp. z o.o. na 0,01 zł za minutę połączenia. Oferta ta nie była jedyną ofertą ze wskazaną stawką, którą firma Flexcom przedstawiła Odwołującemu. Flexcom świadczy już na rzecz Odwołującego usługę w stawce takiej, jak zaoferowana w tym postępowaniu - na zapewnienie bezpłatnej infolinii 0800 na rzecz Trimtab – co potwierdza Umowa zawarta między Flexcom a Trimtab, podpisana przy użyciu kwalifikowanych podpisów elektronicznych dnia 28 sierpnia 2023 r.

Nieprawdziwe było twierdzenie, że oferta podwykonawcy wskazywała wyższe stawki, niż podane przez Odwołującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i w ofercie. W ofercie Flexcom faktycznie jest wpisana wartość „netto”, a w ofercie Odwołującego „brutto”.

W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, z uwagi na brak możliwości doliczenia do stawki 0,01 zł podatku VAT, Odwołujący podsumowując wyliczenia wskazał łączną wartość brutto – przedstawiając to w odpowiednich tabelach wyjaśnień. Ugruntowane orzecznictwo wskazuje, że nie ma możliwości opodatkowania VAT-em stawki 0,01 zł (jeden grosz) czy też 0,02 zł (dwa grosze) gdyż grosze są najmniejszą jednostką rozliczeniową w Polsce, tak więc nie ma takiej wartości jak 0,0123 zł (jeden i dwadzieścia trzy setne grosza), gdyż taka wartość nie występuje w rozliczeniach. Wobec powyższego wpisanie w ofercie podwykonawcy stawki „netto” przy stawce 1 grosz nie miałyby żadnego znaczenia, gdyż podwykonawca otrzyma po prostu

1 grosz za minutę połączenia telefonicznego. Dlatego Odwołujący wskazał prawidłową wartość 1 grosza (brutto wskazane było jako „całość należności”), gdyż niemożliwe było „ovatowanie” takiej stawki.

Oferta od wykonawcy Flexcom nie budziła wątpliwości po stronie Odwołującego, zwłaszcza, że w tym samym czasie otrzymał on od tego samego podwykonawcy ofertę na tą samą stawkę w zakresie realizacji innego projektu. Odwołujący nie jest profesjonalistą w branży telekomunikacyjnej, więc dokładne zasady wyliczania stawki pozostawił podwykonawcy. Odwołujący otrzymał jedynie ofertę bez know-how Flexcom w jaki sposób skalkulowano stawkę. Zdaniem Odwołującego wymaganie posiadania przez Odwołującego wiedzy specjalistycznej z zakresu świadczenia usług telekomunikacyjnych jest nadmiarowe.

W odniesieniu do pokrycia przez zakres oferty wymaganych w SWZ numerów Odwołujący podniósł, że twierdzenie Zamawiającego było nieprawdziwe. Zamawiający wymagał jedynie, aby po podpisaniu Umowy przedstawić propozycję 10 numerów z puli 0800 i na tej podstawie Zamawiający dokona wyboru numeru infolinii. Do momentu aktywacji numeru (czyli

do momentu jego wyboru przez Zamawiającego) Odwołujący nie ponosiłby żadnych kosztów.

Odwołujący zaprzeczył twierdzeniu Zamawiającego, że: „Należy zwrócić uwagę na fakt, że wykonawca Arteria nie uwzględnił w przesłanych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny tj. kalkulacji ceny np. kosztów odtwarzania komunikatów głosowych czy kosztów przekierowania połączeń. Zgodnie z warunkami SWZ oraz złożoną ofertą Wykonawca zobowiązany jest wykonać te czynności oraz, co warto dodatkowo podkreślić, podmiot Arteria jest zobowiązany zapłacić za te usługi podwykonawcy, którego kosztorys został dołączony do wyjaśnień RNC (załącznik nr 1 oferta podwykonawcy). Wskazane wyżej koszty telekomunikacyjne zostały wykazane w odpowiednich pozycjach „Koszt 1 minuty połączenia telekomunikacyjnego”.

W dokumentach przetargowych (Umowa, OPZ) watek przekierowań dotyczy dwóch obszarów:

- a. Przekierowań na numery podkładowe poszczególnych kategorii IVR – Numery podkładowe będą działały w tej samej sieci, co numer 0800, który tak naprawdę jest numerem wirtualnym, pod którym znajduje się numer stacjonarny (podkładowy). Połączenia wewnętrzne nie są objęte opłatą, ponieważ są realizowane w ramach sieci Operatora. Jednocześnie pragniemy zaznaczyć, że Wykonawca korzysta z własnego systemu call center i przekierowania połączeń na poszczególne kategorie IVR realizowane są elektronicznie (z pominięciem numerów podkładowych). Cały proces zachodzi w ramach systemu call center i nie wiąże się dodatkowymi opłatami i spełnia wymagania F.4 OPZ.
- b. Przekierowań do zewnętrznej Infolinii (zgodnie z rys. 1 OPZ) – Zamawiający nie wskazał liczby połączeń oraz nie określił jakie jest prawdopodobieństwo wystąpienia zdarzenia. Mimo tego Wykonawca przyjął rezerwę na ryzyko wystąpienia zdarzenia – wyjaśnienia RNC z 25.08.2023 Tabela 7, poz. 5.

Natomiast koszty odtwarzania komunikatów realizowane będą bezpośrednio przez Wykonawcę z wykorzystaniem jego infrastruktury i personelu i nie generują dodatkowych kosztów. Koszty konfiguracji i pierwszego nagrania komunikatów zostały uwzględnione

w tabeli 7 pozycja 10 Koszt ogólnozakładowy (na stanowisko).

Odwołujący nie zgodził się też, że zaproponowana cena za minutę połączenia brutto nie pokrywała niezbędnych kosztów jakie operator musi ponieść w stosunku do innych operatorów, jak również nie zawiera również marży. Oferta została przedstawiona przez profesjonalny podmiot wpisany do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Cena, która została zawarta w ofercie Odwołującego, w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny została powiększona o stosowne obciążenia w ramach procesu kalkulacji stawki.

Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że „Złożenie ceny za abonament 0,01 zł (obok ceny „za połączenie” 0,01 zł) powoduje, że nie ma możliwości uwzględnienia dodatkowych kosztów usług telekomunikacyjnych wymienionych w SWZ (np. przekierowania, nagrywanie komunikatów)”. Odwołujący podkreślił jednak, że nagrywanie komunikatów to czynność, która nie dotyczy operatora telekomunikacyjnego a Wykonawcy, jako dostawcy systemu call center, gdyż po jego stronie będzie budowany IVR, dlatego ten koszt został uwzględniony w tabeli dotyczącej Kosztu ogólnozakładowego (na stanowisko), a w zakresie prac konfiguracyjnych – w tabeli 3. Natomiast

koszty przekierowań realizowanych przez Operatora, czyli firmę Flexcom zostały ujęte w tabeli w poz. Telekomunikacja i infrastruktura IT (wraz z rezerwą).

Odwolujący zaprzeczył też twierdzeniu, że jego oferta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji.

W wyjaśnieniach z 25 sierpnia 2023 Odwołujący wskazał wyliczenia kosztów wynagrodzeń pracowników realizujących obsługę infolinii. Wykonawca bazował na stawkach obowiązujących w drugiej połowie 2023 roku tzn.:

–23,50 zł dla konsultantów zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej (Tabela 1, poz.1),

–21,50 zł dla konsultantów zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Wyliczając stawkę Wykonawca bazował na aktualnie obowiązującym wynagrodzeniu minimalnym 3 600 zł brutto oraz średniej, miesięcznej liczbie roboczogodzin realizowanych w ramach etatu 168. Dało to stawkę 21,43 zł, którą Wykonawca zaokrąglił w górę do wartości

21,50 zł (Tabela 2, poz. 1).

Pełne koszty jednej roboczogodziny pracy konsultanta (wraz z narzutami) zostały wykazane w następujących pozycjach:

–Tabela 1 poz.4 - stawka godzinowa dla umowy cywilno-prawnej,

–Tabela 2 poz. 8 – stawka godzinowa dla umowy o pracę.

Wykonawca bazował na stawkach wynagrodzenia minimalnego obowiązujących w drugiej połowie 2023 roku (umowa realizacyjna zakłada zmianę wynagrodzenia Wykonawcy

w przypadku zmiany stawki wynagrodzenia minimalnego) oraz założył rezerwę na wzrost kosztów wynagrodzeń - Tabela 8, poz. 5. Zarzut przełożenia stawek poniżej wynagrodzeń minimalnych był więc całkowicie bezpodstawny.

Faktem jest, że w ofercie Flexcom została wpisana kwota „netto”, a w ofercie Odwołującego „brutto”. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, z uwagi na brak możliwości doliczenia do stawki 0,01 zł podatku VAT, Odwołujący podsumowując wyliczenia wskazał łączną wartość brutto – przedstawiając to w odpowiednich tabelach Wyjaśnień. Ugruntowane orzecznictwo wskazuje, że nie ma możliwości opodatkowania VATem stawki 0,01 zł (jeden grosz) czy też 0,02 zł (dwa grosze) gdyż grosze są najmniejszą jednostką rozliczeniową w Polsce, tak więc nie ma takiej wartości jak 0,0123 zł (jeden i dwadzieścia trzy setne grosza), gdyż taka wartość nie występuje w rozliczeniach. Wobec powyższego wpisanie w ofercie podwykonawcy stawki „netto” przy stawce 1 grosz nie ma żadnego znaczenia, gdyż podwykonawca otrzyma po prostu 1 grosz za minutę połączenia telefonicznego.

Dlatego Odwołujący wskazał prawidłową wartość 1 grosza (brutto wskazane było jako „całość należności”), gdyż niemożliwe byłoby „ovatowanie” takiej stawki.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty Przystępującego Odwołujący wskazał:

Wyjaśnienia Przystępującego były bardzo lakoniczne i krótkie. Skupiały się wyłącznie na paru elementach i nie zawierały wskazania kompleksowych kosztów takich jak np. koszty pracy personelu. Zamawiający formułując wezwanie RNC oczekiwał więc konkretnych wyjaśnień, natomiast wyliczenia zarówno w dokumencie „wyjaśnienia” jak i w kalkulacji to wskazanie kwot (zdaniem Odwołującego istotnie zaniżonych), bez poparcia dowodami.

Wyjaśnienia Przystępującego skupiały się na wybranych elementach i nie było w nich meritum, czyli wyliczeń, wartości, kosztów, cen. Mimo, że wskazywały określone wartości to w żadnym miejscu nie zostało wykazane skąd taka wartość, co się w niej zawierało, jaka jest koncepcja wyliczania tych wartości.

Przystępujący nie wykazał kosztów pracy personelu ponoszonych przez PZU (wraz z dowodami w postaci zanonimizowanych umów o pracę lub umów cywilnoprawnych) – zarówno w odniesieniu do zespołu konsultantów, jak i koniecznego zespołu nadzorczego oraz zespołu informatycznego. Na stronie 3 przedstawiono „surowe” stawki za roboczogodzinę, nie przedstawiając podstawy tych wartości ani żadnych narzutów przewidzianych przepisami prawa oraz narzutów ogólnozakładowych, czy też kosztów wynikających z nieefektywności. W całych wyjaśnieniach nie przedstawiono także żadnych wartości dotyczących kosztów lokalowych – ani w obszarze najmu, ani w obszarze kosztów eksploatacyjnych – oraz dowodów potwierdzających wysokość tychże kosztów. Nie ujawniono także istnienia jakichkolwiek rezerw kosztowych zawiązanych w związku ze zmieniającą się rzeczywistością gospodarczo-ekonomiczną.

W zakresie zarzutu nr 6 Odwołujący wskazał, że dokumentacja postępowania (SWZ) jest niezgodna z art. 118. Zamawiający w VII ust. 3 wprowadził następujące postanowienia:

„3. Dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

3.1. Dokument potwierdzający uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o której mowa w rozdz. VI ust. 2 pkt 2.2., zgodnie z § 7 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia

2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415): Ważny wpis do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych prowadzony przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, który uprawnia Wykonawcę do prowadzenia działalności gospodarczej

w zakresie działalności telekomunikacyjnej, zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2016 r. poz. 1489, ze zm.). W tym zakresie zastosowanie ma art. 127 ust. 1 ustawy Pzp.

3.1.1. Ww. dokumenty muszą być aktualne na dzień ich złożenia oraz potwierdzać spełnienie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

3.1.2. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie powyższy warunek musi spełniać w całości jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających

się o zamówienie lub podmiot udostępniający Wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie zasoby w postaci doświadczenia.”

Tak więc Zamawiający wprowadził do SWZ postanowienie niezgodne z przepisami Pzp, gdyż art. 118 Pzp nie zawiera możliwości udostępniania potencjału w zakresie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym lub uprawnień.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 13 października 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów nr 1 – 5 i o pominięcie zarzutu nr 6 jako złożonego po terminie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in.:

Odwołujący – po wezwaniu go do wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 Pzp do wyjaśnień dotyczących złożonej ceny - nie wyjaśnił kosztów usługi telekomunikacyjnej, a zamiast tego – złożył „ofertę podwykonawcy” a złożona przez niego „w zastępstwie wyjaśnień” – „oferta podwykonawcy”:

- nie odpowiadała zakresowi wymaganej usługi telekomunikacyjnej (np. była na 10 numerów 0800 podczas gdy opis przedmiotu zamówienia wymagał zaoferowania 15 numerów - 10 numerów 0800 oraz 5 dodatkowych numerów do wyboru zamawiającego),
- zawierała stawki przeczące założeniom przyjętym w ofercie (ma dodatkowe koszty w poz. 3 i 4 - nie mieszczące się w ramach oferty odwołującego – ani w koszcie połączenia, ani w koszcie abonamentu a koszty te nie zostały opisane i uwzględnione w innej części jego wyjaśnień),
- została sporządzona w sposób nieprawidłowy (nie zawierała daty, podpisu, została skierowana do innego podmiotu niż odwołujący, zawierała w treści elementy wskazujące, że była przygotowana w innym projekcie a jej wygląd graficzny wątpliwości co do sposobu jej przygotowania).

Drugim podstawowym elementem zamówienia jest prowadzenie infolinii, w której podstawowym elementem kosztowym są koszty pracy pracowników pracujących

na infolinii (odbierających telefony). Wynagrodzenia osób odbierających połączenia i przeprowadzających rozmowy z pacjentami (i innymi osobami dzwoniącymi) –

są najważniejszym kosztem tego elementu. Odwołujący zaniżył koszty pracy tych pracowników i nie uwzględnił pełnych kosztów pracodawcy :

- nie uwzględnił w stawkach w szczególności kosztów pracodawcy w związku z pracą pracowników w niedziele i święta, mimo, że w niniejszym zamówieniu będą oni odbierali połączenia przez 7 dni w tygodniu, (a więc również w niedziele i święta)
- a ponadto – zaniżył inne koszty pracodawcy – (ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczenie wypadkowe, Fundusz Pracy, FGŚP – 0,02 PLN).

Odwołujący podniósł w odwołaniu zdania sprzeczne z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny złożonymi lub nie mające pokrycia w rzeczywistości (twierdzenia obiektywnie nieprawdziwe lub wprost niezgodne z dokumentami zamówienia).

Przykładowe zdania z odwołania :

- zdanie zawarte w odwołaniu o „braku generowania kosztów” przez odtwarzanie komunikatów (zawarte w pkt 20b uzasadnienia) – jest sprzeczne z treścią samych wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę (który koszty odtwarzania komunikatów przedstawił w „Ofercie podwykonawcy” w poz. 3 tabeli na stronie 3),
- zdanie zawarte w odwołaniu w pkt 17 jakoby „Zamawiający wymagał jedynie, aby po podpisaniu umowy przedstawić propozycję 10 numerów z puli 0800” – jest nieprawdziwe, gdyż zgodnie z

pkt 1.2.1 pkt 4 Opisu przedmiotu zamówienia, zamawiający wymagał „Zaproponowania puli 10 numerów zaczynających się liczbą 800 oraz 5 dowolnych numerów do wyboru Zamawiającego w terminie 5 dni od daty podpisania umowy”.

Odwolujący będzie musiał zapewnić odpłatne przekazywanie połączeń przychodzących na nr Infolinii – do Call Center (pkt 4 z oferty podwykonawcy). Tymczasem – ani w ofercie, ani w wyjaśnieniach – nie znalazło się żadne wyjaśnienie stawki 0,01 zł (1 grosz) – za połączenie ani za abonament 0,01 zł (1 grosz). Złożona zamiast wyjaśnień w zakresie usługi telekomunikacyjnej „oferta podwykonawcy” wskazywała, że stawki te były nieprawidłowe, ponieważ powinny wynosić co najmniej (zgodnie z ofertą podwykonawcy) – 0,2 netto – i to tylko przy uwzględnieniu kosztów przekierowania połączenia. (Przy uwzględnieniu kosztów odtwarzania komunikatów na podstawie oferty podwykonawcy - koszt abonamentu jest znacznie wyższy).

W skład pojęcia „połączenia” oraz „abonamentu” zgodnie z Projektowanymi Postanowienia Umowy wchodzi:

§ 9 ust. 3 Projektowanych postanowień umownych :

„Na miesięczne wynagrodzenie za świadczenie kompleksowej usługi telekomunikacyjnej, w ramach Etapu II, składa się:

- 1) miesięczna suma opłat za połączenia - obliczona w wyniku przemnożenia miesięcznej liczby minut połączeń przychodzących z sieci komórkowych i stacjonarnych, przez wartość 1 minuty ww. połączenia. Opłata za 1 minutę tego połączenia wynosi.... zł brutto (słownie:zł brutto);
- 2) opłata stała miesięczna za każdy rozpoczęty miesiąc kalendarzowy świadczenia usługi (abonament), obejmujący miesięczną opłatę za utrzymanie infrastruktury: łączy, transmisji, balansowania ruchu telekomunikacyjnego, serwisu usługi oraz za odtworzenie w danym miesiącu komunikatów głosowych, zawierający wszelkie pozostałe koszty związane z funkcjonowaniem usługi telekomunikacyjnej w wysokości.....zł brutto (słownie:zł brutto)”.

Z „wyjaśnień” Odwołującego dotyczących usługi telekomunikacyjnej (zawartych w treści oferty podwykonawcy) wynikało, że koszt przekierowania połączenia z usługi telekomunikacyjnej

do Call Center kosztuje 1 grosz netto za każdą minutę połączenia. Wskazywało

to na uwzględnienie kosztu w cenie 1 minuty połączenia przychodzącego z oferty. Możliwe byłoby również przyjęcie wyjaśnień wskazujących na uwzględnienie tego elementu

w wysokości abonamentu – jako „wszelkie pozostałe koszty”, ale w tej sytuacji było

to wykluczone z uwagi na to, że cena w ofercie za abonament również wynosiła 1 grosz.

Tym samym – jedynym wnioskiem jaki można było wywieść z powyższego – był brak uwzględnienia w ofercie kosztu przekierowania połączenia przychodzącego z usługi telekomunikacyjnej do Call Center.

Odwolujący usiłował sprowadzić problem swojej stawki wyłącznie do kwestionowania netto-brutto. Odwołujący nie uwzględnił, że oferta podwykonawcy zawierała „naliczanie sekundowe” co oznaczało, że stawkę 0,01 zł należy dzielić przez 60, co powoduje wystąpienie wartości poniżej 0,01 zł, która jest elementem oferty – należało uwzględnić wartości mniejsze niż 0,01 zł. W przypadku oferty Odwołującego – zaferował on wartość 0,01 brutto – w przypadku oferty Flexcom – jest to 0,0123. Uwzględniając naliczanie sekundowe – które wynika wprost z oferty podwykonawcy - faktyczne niedoszacowanie tylko w zakresie porównania tej wartości (samego połączenia) wynosi 23%.

Odnosząc się do kwestii odtwarzania komunikatów – należy podkreślić, że powinny one zostać wycenione w ramach abonamentu – zgodnie z § 9 PPU :

„opłata stała miesięczna za każdy rozpoczęty miesiąc kalendarzowy świadczenia usługi (abonament), obejmujący miesięczną opłatę za utrzymanie infrastruktury: łączy, transmisji, balansowania ruchu telekomunikacyjnego, serwisu usługi oraz za odtworzenie w danym miesiącu komunikatów głosowych, zawierający wszelkie pozostałe koszty związane

z funkcjonowaniem usługi telekomunikacyjnej w wysokości.....zł brutto (słownie:zł brutto)”.

Cena za usługi telekomunikacyjne została określona przez Odwołującego w taki sposób,

że zaferował 0,01 zł za połączenie oraz 0,01 zł za abonament, natomiast z oferty podwykonawcy Flexcom wynikało, że dodatkowo wycenił koszt odtworzenia komunikatu głosowego (podał cenę za 1 (jeden) komunikat w pkt 3 oferty. W trakcie jednego połączenia – może być odtwarzane co najmniej 4 komunikaty (co powoduje, że zgodnie z ofertą podwykonawcy – koszt ten nie ma miejsca w żadnym elemencie oferty wykonawcy. Odwołujący powinien w ramach

abonamentu przewidzieć koszty odtwarzania komunikatów.

Zgodnie z ofertą podwykonawcy – wynoszącą 1 grosz za komunikat – 65 911 połączeń przychodzących x 4 komunikaty na jednym połączeniu = 263 644 odtworzeń komunikatów.

Odtworzenie każdego z komunikatów zostało wycenione przez podwykonawcę na 0,01 zł

(1 grosz netto) – czyli wykonawca powinien przedstawić w ofercie cenę abonamentu

2 636,44 zł netto – 3 242,82 zł brutto. Natomiast - w ofercie odwołującego cena abonamentu wynosiła 0,01 zł brutto.

Zaproponowana cena za minutę połączenia brutto nie pokrywała niezbędnych kosztów jakie operator musi ponieść w stosunku do innych operatorów, jak również nie zawiera również marży. Twierdzenie zawarte w odrzuceniu oferty było prawidłowe, podstawową stawką jest 0,019 opublikowaną przez UKE (a więc stawka o 0,9 grosza wyższa od oferty odwołującego) a twierdzenia odwołującego zawarte w pkt 23 i 24 uzasadnienia – albo są bezwartościowe w kontekście zakwestionowania kosztów w stosunku do innych operatorów (pkt 23), albo potwierdzają wręcz te koszty (pkt 24).

W zakresie zarzutów dotyczących oferty Przystępującego Zamawiający wskazał, że Przystępujący wyjaśnił wszystkie kluczowe elementy kosztowe:

–koszt połączenia, koszt abonamentu w usłudze telekomunikacyjnej, oraz

–koszty wynagrodzeń i inne koszty – w usłudze infolinii.

Przystępujący uzasadnił całkowity koszt poszczególnych usług w odniesieniu do realnych kosztów ponoszonych w ramach swojej działalności, proporcjonalnie do podanego w OPZ obciążenia infolinii. Przedstawiona metodologia, w tym kalkulacja kosztów, nie budziła zastrzeżeń Zamawiającego. W wyjaśnieniach wykazano, że koszty zamówienia są rynkowe.

W zakresie twierdzenia odwołującego o „braku dowodów” - stawki w ofercie Przystępującego nie budziły takich wątpliwości jak stawki w ofercie odwołującego. Stawka za połączenie

w ofercie PZU 0,06 zł netto – stawka za połączenie w ofercie Arteria – 0,01 zł brutto. Stawka abonamentu w ofercie PZU – 12 000,00 zł netto. Stawka abonamentu w ofercie Arteria – 0,01 zł brutto.

Zamawiający nie zgodził się też z koniecznością unieważnienia postępowania. Zarzut był bezzasadny i złożony po terminie. Odwołujący – widząc nieprawidłowości we własnej ofercie i złożonych wyjaśnieniach – dąży obecnie do unieważnienia postępowania. Zarzut ten dotyczył treści SWZ – SWZ została opublikowana 29.06.2023 r. Tym samym – termin na złożenie odwołania w tym zakresie upływał 10.07.2023 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności

treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba odrzuciła zarzut nr 6 odwołania uznając, że został on złożony po upływie ustawowego terminu. Zarzut mimo, że dotyczył podstawy do unieważnienia postępowania, w rzeczywistości polegał na próbie kwestionowania postanowień SWZ. Tym samym właściwy termin

do wniesienia odwołania, rozpoczął swój bieg 29 czerwca 2023 r. Kwestionowanie treści SWZ na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty było działaniem spóźnionym. Z tego względu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp Izba odrzuciła zarzut nr 6 odwołania.

W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, w zakresie zarzutów o numerach 1 do 3 Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu

w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba stwierdziła jednak, że Odwołujący nie miał interesu do wniesienia odwołania przeciwko ofercie Przystępującego. Między stronami nie było sporu co do faktu, że w przypadku, gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona z postępowania albo gdyby została przywrócona do postępowania na skutek rozstrzygnięcia Izby, to byłaby ofertą najkorzystniejszą

w postępowaniu. Oferta Przystępującego, jako mniej korzystna, znalazłaby się na drugim miejscu. O ile więc Odwołujący miał oczywisty interes w dążeniu do przywrócenia własnej oferty do postępowania, to nie miał żadnych powodów, by

dążyć do usunięcia z postępowania oferty Przystępującego. Ewentualne odrzucenie oferty Przystępującego z postępowania

nie miałyby żadnego wpływu na losy oferty Odwołującego, niezależnie od rozstrzygnięcia Izby co do pozostałych zarzutów odwołania. Z powyższych względów Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutów nr 4 i 5.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała odwołanie w zakresie zarzutów nr 1 - 3, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z:

1. dokumentacji postępowania, ze szczególnym uwzględnieniem SWZ wraz z załącznikami,
2. oferty Przystępującego,
3. oferty Odwołującego,
4. korespondencji Zamawiającego z Przystępującym w zakresie wyjaśnień ceny oferty tego wykonawcy,
5. dokumentów załączonych do pism procesowych,
6. Umowy Nr 2808/2023 z 28 sierpnia 2023 r. zawartej między Flexcom sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Trimtab Arteria Management sp. z o.o. sp.k z siedzibą w Warszawie złożonej przez Odwołującego w charakterze dowodu w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron.

Za wyjątkiem wskazanej wyżej Umowy Nr 2808/2023 z 28 sierpnia 2023 r. Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu ze złożonych przez Odwołującego wraz z pismem procesowym

w toku posiedzenia niejawnego dokumentów uznając, że nie mają one związku z podstawami odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania. Zgodnie z art. 541 Pzp Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Ponieważ omawiane dowody – jako nie mające związku z okolicznościami dotyczącymi kwestionowanej czynności Zamawiającego - prowadziłyby do zwłoki w postępowaniu, to wypełniły się przesłanki określone w przytoczonym w przepisie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z informacją z 10 sierpnia 20-23 r. oferty w postępowaniu złożyli:

1. Przystępujący:
 - A. Oferowana cena całkowita (C1) za wykonanie przedmiotu zamówienia podstawowego w latach 2023-2024 kompleksowej usługi Infolinii (wyrażona w PLN) - 1 zadanie - 2 902 020,96 PLN
 - B. Oferowana cena całkowita (C2) za wykonanie przedmiotu zamówienia podstawowego w latach 2023-2024 kompleksowej usługi telekomunikacyjnej (wyrażona w PLN) - 2 zadanie - 405 149,55 PLN
2. CCIG GROUP Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu
 - A.C1: 3 426 724,16 PLN
 - B.C2: 93 982,59 PLN
3. Netia S.A. z siedzibą w Warszawie
 - A.C1: 7 284 798,00 PLN
 - B.C2: 246 778,31 PLN
4. Odwołujący:
 - A.C1: 2 889 184,21 PLN
 - B.C2: 30 625,11 PLN

Odwołujący przy tym w punktach 16 i 17 formularza ofertowego zaoferował:

16. Cenę 1 minuty za połączenia przychodzące z sieci komórkowych i stacjonarnych (usługa telekomunikacyjna) - wyrażona w PLN - 0,01 zł brutto,
17. Opłatę stałą miesięczną za każdy rozpoczęty miesiąc kalendarzowy świadczenia usługi telekomunikacyjnej (abonament) - wyrażona w PLN - 0,01 zł brutto.

Pismem z 17 sierpnia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia ceny złożonej oferty. W wezwaniu Zamawiający wskazał m. in.:

„Zamawiający zwraca się o udzielenie stosownych wyjaśnień w zakresie szczegółowego, merytorycznego i wiarygodnego wyjaśnienia potwierdzającego że cena złożonej przez Wykonawcę oferty nie jest rażąco niska, w szczególności przedstawienia odpowiednio umotywowanych i przekonujących czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę oraz dowodów potwierdzających wyjaśnienia Wykonawcy.

Kalkulacja ceny oferty musi uwzględniać poniższe punkty:

- a) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług

- b)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw,
- c)oryginalności dostaw oferowanych przez wykonawcę;
- d)zgodności z przepisami dotyczącymi 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- e)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- f)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- g)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- h)zysku Wykonawcy.

(...) Wyjaśnienia Wykonawcy muszą dotyczyć każdego z elementów zamieszczonego w formularzu ofertowym, które miały wpływ na kalkulację ceny oraz winny wskazywać i omawiać elementy cenotwórcze np. oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne (np. czy Wykonawca korzysta ze swojej infrastruktury technicznej), rabaty, wynagrodzenia pracowników (m.in. czy wykonawca korzysta z własnych zasobów kadrowych, czy konsultanci oraz personel merytoryczny będą realizowali zadania wyłącznie w przedmiotowej umowie czy ich obowiązki będą współdzielone między inne realizowane zadania/projekty), koszty stałe, koszty ubezpieczenia, czy zysk Wykonawcy. Wykonawca zobowiązany jest do szczegółowego przedstawienia powyższych składników i wykazania indywidualnych czynników wpływających na to, że mógł zaoferować znacznie niższą cenę”.

25 sierpnia 2023 r. Odwołujący złożył odpowiedź na ww. wezwanie do wyjaśnień, przy czym część szczegółowa jej treści, jak również wszystkie załączniki, zostały skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

21 września 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez Przystępującego. Zamawiający zawiadomił również o odrzuceniu z postępowania m. in. oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający wskazał:

„Uzasadnienie prawne odrzucenia oferty :

Art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp – oferta zawiera rażąco niską cenę

w stosunku do przedmiotu zamówienia a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;

Art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp - została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

Art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp - zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty :

(...) wartość zamówienia wynosi 6 485 950,95 zł, natomiast wartość łączna wynikająca z oferty wykonawcy Arteria wynosiła 2 919 809,32 zł. Oznacza to, że zaniżenie wartości ceny wykonawcy w stosunku do wartości zamówienia miało poziom znaczny a cena łączna oferty była poniżej 50% wartości zamówienia. W niniejszej sytuacji nastąpiło nie budzące wątpliwości domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy (...).

Wykonawca nie przedstawił wystarczających wyjaśnień na potwierdzenie, że zaoferowane przez Niego stawki w oparciu o koszty podwykonawcy nie zawierają rażąco niskiej ceny.

Wg zamawiającego załącznik nr 1 (oferta podwykonawcy) wprost wskazuje wyższe stawki

niż przedstawione w ofercie Wykonawcy, co powoduje, że niniejsze wyjaśnienia są niewiarygodne i nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny.

Poniżej przedstawiamy szczegółowe uzasadnienie (...)

Na wstępie należy wskazać, że złożenie oferty podwykonawcy zamiast szczegółowych wycień potwierdzających zaoferowaną bardzo niską stawkę powoduje, że zamawiający nie mógł uznać udowodnienia tej stawki za wystarczające. Nawet gdy wykonawca złożył ofertę podwykonawcy (która budzi wątpliwości ze względu na sposób jej przygotowania) – to powinien przedłożyć wycięcia na okoliczność wiarygodności stawek w tej ofercie. Należy również podkreślić, że oferta podwykonawcy nie jest skierowana do wykonawcy, ale do innego podmiotu, z którym podwykonawca nie będzie miał umowy. Ponadto – zakres oferty podwykonawcy nie pokrywa całości wymaganych w SWZ numerów. Z uwagi na powyższe – już choćby z tych względów zamawiający musiał uznać, że wykonawca nie udowodnił istotnych kluczowych stawek zawartych w ofercie.

Należy również wskazać, że wykonawca Arteria zaproponował w swojej ofercie stawkę brutto za minutę połączenia, która jest niższa niż stawka zaproponowana przez Podwykonawcę.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że wykonawca Arteria nie uwzględnił w przesłanych wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny tj. kalkulacji ceny np. kosztów odtwarzania komunikatów głosowych czy kosztów przekierowania połączeń. Zgodnie z warunkami SWZ oraz złożoną ofertą Wykonawca zobowiązany jest wykonać te czynności oraz, co warto dodatkowo podkreślić, podmiot Arteria jest zobowiązany zapłacić za te usługi podwykonawcy, którego kosztorys został dołączony do wyjaśnień RNC (załącznik nr 1 oferta podwykonawcy).

Należy zwrócić uwagę na cele regulacji zawartych w art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8

i 10 Pzp. Cele tych regulacji to eliminacja tych ofert, których złożenie wynikać może z błędu wykonawcy skutkującego ryzykiem niewykonania umowy albo też ofert, w których świadomie zaniżono wartość usługi, dostawy, czy robót budowlanych godząc tym samym w zasadę uczciwej konkurencji. Cena zaproponowana przez podmiot Arteria, odbiega od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia o ponad 30% (wartości powiększonej o podatek VAT)

i nie jest ceną rynkową, dającą gwarancję należytego wykonania umowy. Należy podkreślić, że zaproponowana cena za minutę połączenia brutto nie pokrywa niezbędnych kosztów jakie operator musi ponieść w stosunku do innych operatorów, jak również nie zawiera również marży.

Warto w tym miejscu przypomnieć, że każdy operator telekomunikacyjny zobowiązany jest do ponoszenia jednej z następujących opłat:

a) stawki MTR (Mobile Termination Rate), która zgodnie z komunikatem Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej od 1 stycznia 2023 r. do 31 grudnia 2023 r.

(<https://www.uke.gov.pl/akt/wysokosc-stawki-otr-i-mtr-od-1-stycznia-2023-r-do-31-grudnia-2023-r-wyrazona-w-pln,455.html>) powinna wynosić 0,019 PLN netto dla każdego rozpoczętego połączenia do numerów rozpoczynających się od 0800X, rozpoczynanych w sieciach mobilnych.

b) Ponadto, opłata za każde rozpoczęte połączenie do numerów rozpoczynających się od 0800 x na rzecz operatora, którego abonent wywołał połączenie wynosić może więcej niż 0,01 zł netto za minutę połączenia dla połączeń rozpoczynanych w sieci stacjonarnej. Przedstawiona w ofercie stawka nie pokrywa niezbędnych kosztów jakie operator musi ponieść w stosunku do innych operatorów, nie zawiera również marży. Złożenie ceny za abonament 0,01 zł (obok ceny „za połączenie” 0,01 zł) powoduje,

że nie ma możliwości uwzględnienia dodatkowych kosztów usług telekomunikacyjnych wymienionych w SWZ (np. przekierowania, nagrywanie komunikatów).

Należy również wskazać, że zaproponowana, w ofercie Wykonawcy, stawka jest niższa

niż stawka zaoferowana przez podwykonawcę w dołączonym do wyjaśnień podmiotu Arteria kosztorysie podwykonawcy. Świadczenie usługi w tej cenie jest niemożliwe do wykonania

w cenie przedstawionej przez Wykonawcę i odbywać się będzie poniżej kosztów jej wytworzenia. Złożenie oferty z ceną o charakterze nierynkowym, poniżej kosztów świadczenia usług stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z treścią art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 13 maja 2022 r. (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej dalej „Znk”, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Niewątpliwie działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami jest bowiem oferowanie usług poniżej kosztów ich wykonywania. Ponadto – zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 Znk – czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Za nieusprawiedliwione działanie należy również uznać nie wyspecyfikowanie w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny elementów kosztotwórczych, o których mowa w SWZ, w tym:

- nagrywanie i udostępnianie połączeń, - odtwarzanie komunikatów głosowych, - przekierowywania połączeń.

W treści wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zamawiający jednoznacznie wskazał

na konieczność przedłożenia wyjaśnień oraz że wyjaśnienia Wykonawcy muszą dotyczyć każdego z elementów zamieszczonego w formularzu ofertowym, które miały wpływ

na kalkulację ceny oraz winny wskazywać i omawiać elementy cenotwórcze. Analiza wyjaśnień przesłanych przez podmiot Arteria wskazuje, w ocenie zamawiającego, że poza ogólnikowym potwierdzeniem, że zaoferowana cena jest realna, podmiot Arteria nie przedłożył kalkulacji jednoznacznie potwierdzających swoje twierdzenia, w zakresie kosztów usługi telekomunikacyjnej.

Wykonawca przedstawił do wyjaśnień załączniki, które nie są adekwatne do niniejszej usługi, takie jak – faktury dot. usługi utrzymania czystości, które w ocenie zamawiającego nie przekładają się na możliwość złożenia tak niskiej ceny przez wykonawcę.

Wykonawca przedstawił szereg umów z poszczególnymi osobami, ale nie przedstawił szczegółowej i wiarygodnej kalkulacji – czy te umowy dają mu możliwość oszczędności

w stosunku do innych wykonawców, również zatrudniających takie osoby. Sam fakt zawarcia umów z poszczególnymi osobami nie udowadnia, że wykonawca dzięki temu może złożyć cenę niższą niż inni wykonawcy. Wykonawca nie przedstawił również kalkulacji świadczących o wiarygodności twierdzenia o zatrudnieniu uczniów i studentów, a jednocześnie – złożył stawki na poziomie poniżej kosztów pracodawcy oraz stawki na granicy minimalnego wynagrodzenia.

Ponadto – należy wskazać, że przedłożone wyliczenia kosztów zawierają liczne błędy oraz są przygotowane niestarannie. Błędy występują w:

- 1.W Tabeli 9 na stronie 17 pozycja 19 (poza błędem w podaniu wartości – nie uwzględniono kosztów przekierowania połączenia z oferty podwykonawcy),
- 2.W Tabeli 10 na stronie 18 pozycja 16 (poza błędem w podaniu wartości – nie uwzględniono kosztów przekierowania połączenia z oferty podwykonawcy),
- 3.W Tabeli 10 na stronie 18 pozycja 15 (nieprawidłowo zapisany wzór wyliczenia),
- 4.W Tabeli 11 na stronie 19 pozycja 15 (nieprawidłowo zapisany wzór wyliczenia),
- 5.W Tabeli 11 na stronie 19 – brak pozycji 19, 20, 21 w tabeli, co uniemożliwia weryfikację przedstawionych obliczeń.
- 6.W Tabeli 12 na stronie 20 pozycja 15 (nieprawidłowo zapisany wzór wyliczenia),
- 7.W Tabeli 12 na stronie 21 – brak pozycji 19, 20, 21 w tabeli, co uniemożliwia weryfikację przedstawionych obliczeń.
- 8.Pkt. 8 strona 23 Maksymalna wartość brutto opcji w zakresie wydłużenia realizacji zamówienia o 3 miesiące w zakresie Profilaktyki 40 PLUS kompleksowej usługi telekomunikacyjnej (wyrażona w PLN) – w wyjaśnieniu RNC koszt usługi wynika z oferty Podwykonawcy, wg których koszt jednej minuty połączenia brutto jest kilkakrotnie wyższy niż zadeklarowana w ofercie wartość.
- 9.Ad.11, Ad.13, Ad.14 strona 26 – złożona oferta przedstawia niższe koszty niż wynikają z oferty Podwykonawcy.
- 10.Na stronie 31 w rozdziale II Wykonawca wskazuje dodatkowo na następujące elementy, mające wpływ na ofertę cenową, w tym w pkt. 5 odtwarzanie komunikatów głosowych. Zgodnie z przedstawioną ofertą Podwykonawcy w koszcie usługi telekomunikacyjnej należy również uwzględnić koszt odtwarzania komunikatów głosowych. W przedstawionych przez Wykonawcę obliczeniach kosztów usługi brak jest uwzględniania kosztów odtwarzania komunikatów głosowych.
- 11.Na stronie 31 w rozdziale II Wykonawca informuje, że przygotowując kalkulację cenową uwzględnił wszystkie wymogi i warunki świadczenia usługi opisane w SWZ, w tym wymagania funkcjonalne. W przedstawionej ofercie Wykonawcy jak i Podwykonawcy kalkulacja nie uwzględnienia kosztu nagrywania połączeń, wynikających z zapisów OPZ (Wymaganie F.5).
- 12.W wyjaśnieniach RNC Wykonawca powołał się na zastosowanie autorskiej metodyki świadczenia usług contact center dostosowanej do potrzeb Tauron (strona 37) co w ocenie zamawiającego nie spełnia zasady rzetelnego przygotowania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Przedstawione kalkulacje w wyjaśnieniach RNC, wskazują, że wycena ta jest opracowana nierzetelnie.

Analiza ceny zaoferowanej w ofercie przez Wykonawcę prowadzi do wniosku, że cena ta nie pokrywa wszystkich kosztów należytej realizacji zamówienia, w tym również zaoferowana przez tego Wykonawcę stawka abonamentu (0,01 zł brutto). W ocenie zamawiającego, zarówno cena za minutę połączenia jak i stawka za abonament wskazana przez tego Wykonawcę nie wystarczą na pokrycie pełnych kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zaproponowana w ofercie wartość abonamentu wynosząca 1 gr brutto, jest kilka tysięcy razy mniejsza niż wysokości abonamentu złożone w pozostałych ofertach (...).

Należy podkreślić, że Wykonawca nie może zastępować wyjaśnienia istotnych elementów ceny przedkładają „oferty” podwykonawców (z zasady „dopasowanych” do stawek wykonawcy) (...).

Wykonawca oparł kluczowe stawki o zaniżoną ofertę podwykonawcy, nie uwzględniającej

w dodatku całego zakresu usług wynikających z wymagań SWZ. Stanowi to również błąd

w obliczeniu ceny (...). Wykonawca również skalkulował cenę w ten sposób, że nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia i jego zakresu oraz warunków realizacji (jak wskazano powyżej - złożenie ceny za abonament 0,01 zł (obok ceny „za połączenie” 0,01 zł) powoduje, że nie ma możliwości uwzględnienia dodatkowych kosztów usług telekomunikacyjnych wymienionych

w SWZ (np. przekierowania, nagrywanie komunikatów).

W związku z powyższym, zamawiający odrzuca ofertę firmy Arteria ponieważ dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny”.

Po przeprowadzeniu wymienionych wyżej dowodów Izba uznała, że czynność Zamawiającego nie stanowiła naruszenia

art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp. Podkreślenia wymaga przy tym, że Izba oceniając zasadność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania wzięła pod uwagę stan wiedzy Zamawiającego z momentu dokonania tej czynności. Na tej podstawie Izba uznała, że Zamawiający w prawidłowy sposób podał podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego. Wyjaśnienia Odwołującego dotyczące ceny jego oferty o ile są obszerne i szczegółowe, to faktycznie – w zestawieniu z załączonymi dowodami – prowadzą do wniosku, że są one niejednoznaczne, a zatem nie stanowią realizacji obowiązku wyjaśnienia ceny oferty. Z treści wyjaśnień wynika w jakim zakresie Odwołujący oparł się na realizacji przedmiotu zamówienia przez podwykonawcę. Zamawiający słusznie więc dokonał porównania oferty Odwołującego z ceną podaną za ten zakres przez podwykonawcę. Równie słusznie uznał, że między ofertami podwykonawcy, a Odwołującego zachodzą sprzeczności, które dają podstawy do uznania, że wyjaśnienia są nieprawidłowe.

W toku rozprawy Odwołujący przedstawił argumentację mającą wyjaśnić te rozbieżności i przedstawić sposób, w jaki Odwołujący skalkulował cenę oferty z uwzględnieniem prac powierzonych podwykonawcy. Tego rodzaju wyjaśnienie winno się jednak znaleźć

w wyjaśnieniach skierowanych do Zamawiającego – przedstawienie ich na etapie postępowania odwoławczego należało uznać za spóźnione.

Odwołujący nie mógł też oczekiwać, że Zamawiający wezwie go do złożenia dodatkowych wyjaśnień w sytuacji, gdy wyjaśnieniu miałyby podlegać niejednoznaczności wynikające z pierwszych wyjaśnień. Zasadą jest bowiem jednokrotne wzywianie do wyjaśnień – ponowne wezwania mogą dotyczyć wyłącznie uzupełnienia już złożonych wyjaśnień, a nie ich poprawy, uzupełnienia czy ponownego wytłumaczenia tych samym okoliczności.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez uznanie, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. O ile zarzut ten podlegał oddaleniu ze względu na brak wpływu na wynik postępowania, to podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie podjął choćby próby należytego uzasadnienia przyczyn, dla których uznał, że doszło do wypełnienia przesłanek art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp. W toku rozprawy Zamawiający wskazał, że zaoferowanie przez Odwołującego ceny 1 grosza za minutę połączenia oraz za abonament prowadziły do przyznania jego ofercie nieproporcjonalnie wysokiej punktacji w stosunku do innych ofert, ale twierdzenia tego Zamawiający nie poparł żadnym dowodem.

Izba potwierdziła też ustalenia Zamawiającego, co do błędów w wyjaśnieniach Odwołującego, które Zamawiający wymienił w uzasadnieniu odrzucenia oferty. Zgodnie z art. 226 ust. 1

pkt 10 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Stwierdzenie błędów w wyjaśnieniach ceny oferty – o ile daje podstawę do zakwestionowania prawidłowości tych wyjaśnień – nie może być bezrefleksyjnie uznane za błąd w obliczeniu ceny oferty. Obowiązkiem Zamawiającego było w tej sytuacji wykazanie, że błędy

w wyjaśnieniach rzeczywiście były wynikiem błędów w samej ofercie. Tymczasem Zamawiający oparł się w swoim stanowisku wyłącznie na treści wyjaśnień: „Ponadto – należy wskazać, że przedłożone wyliczenia kosztów zawierają liczne błędy oraz są przygotowane niestarannie”.

W konsekwencji Izba uznała, że Odwołujący słusznie zarzucił Zamawiającemu naruszenie

art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp przez uznanie, że oferta zawierała błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, podczas gdy wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty „błędy” nie mogły być traktowane jako błędy w obliczeniu ceny. Mimo to, zarzut podlegał oddaleniu, jako nie mający wpływu na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: