Sygn. akt: KIO 1066/14

WYROK

z dnia 9 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: Agata Dziuban
Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 czerwca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **26 maja 2014 r.** przez wykonawcę: **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa,** przy udziale konsorcjum wykonawców: **- GTS Poland Sp. z o.o. (lider) - T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
1.1. unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty,
1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
1.3. dokonanie poprawy omyłki w ofercie odwołującego,
1.4. wezwanie konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. (lider) - T-Mobile Polska S.A. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
1.5. ponowienie czynności oceny ofert i wyboru oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Polską Spółkę Gazownictwa Sp.**

---

z o.o. ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa,

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

2.2. zasądza od zamawiającego **Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o., ul. M. Kasprzaka 25, 01-224 Warszawa,** na rzecz odwołującego **Orange Polska S.A., Al. Jerozolimskie 160, 02-326 Warszawa** kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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:

……..…….....……..…..

Sygn. akt: KIO 1066/14

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Polską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., którego

przedmiotem jest „Świadczenie usługi operatorskiej sieci telekomunikacyjnej WAN dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o.” (Dz. Urz. UE 2013/S 251-441172 z 28.12.2013 r.), w dniu 26 maja 2014 r. zostało złożone w formie elektronicznej odwołanie przez wykonawcę Orange Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia za pośrednictwem faksu z dnia 16 maja 2014 r. o wyniku przetargu, w tym o odrzuceniu złożonej oferty i o wyborze oferty konsorcjum wykonawców: GTS Poland Sp. z o.o. (lider) - T-Mobile Polska S.A.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Polskiej Spółce Gazownictwa Sp. z o.o. naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm., dalej „ustawy Pzp”), tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
2. art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej polegającej na błędnym zaokrągleniu cen jednostkowych zawartych w ofercie odwołującego, ewentualnie
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty odwołującego z SIWZ, nie powodującej istotnej zmiany oferty;
4. art. 90 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum wykonawców: GTS Poland Sp. z o.o. - T-Mobile Polska S.A. do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny;
5. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców GTS Poland Sp. z o.o. - T-Mobile Polska S.A., jako zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący wnosił o:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty;

---

2. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. Dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert;
4. Nakazanie wezwania konsorcjum wykonawców GTS Poland Sp. z o.o. - T-Mobile Polska S.A. do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny;
5. Nakazanie odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców GTS Poland Sp. z o.o. - T-Mobile Polska S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że jako wykonawca posiada interes w uzyskaniu zamówienia, będącego przedmiotem niniejszego postępowania oraz może ponieść szkodę na skutek niezgodnej z ustawą czynności zamawiającego, gdyż wskutek bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego utracił on możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta zawierająca rażąco niską cenę, przy zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny tej oferty. Dokonanie czynności przez zamawiającego zgodnie z ustawą nie doprowadziłoby do odrzucenia oferty odwołującego, a jednocześnie spowodowałoby odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę. Ponieważ cenowo oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, w takiej sytuacji uzyskałby on przedmiotowe zamówienie. Wobec powyższego odwołujący uznał, że jest uprawniony do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołujący informował, że dnia 16 maja 2014 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucając jednocześnie ofertę odwołującego z powodu niezgodności z SIWZ. Z treści zawiadomienia wynika, że podstawą odrzucenia złożonej oferty była okoliczność, iż suma cen instalacyjnych wynosiła 445 083,78 zł netto, podczas gdy 5% ceny ofertowej wynosi 445 083,55 zł netto, co w ocenie zamawiającego oznaczało niezgodność oferty z SIWZ skutkującą odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, gdyż uwzględnił wymaganie dotyczące maksymalnej wielkości opłaty instalacyjnej, określonej jako stosunek ceny netto opłaty instalacyjnej do wartości ceny ofertowej netto, dla każdej z poszczególnych lokalizacji. Zaoferowana opłata instalacyjna w każdej lokalizacji wynosiła 5% wartości ceny ofertowej dla danej lokalizacji. Skoro, zatem dla każdej z poszczególnych lokalizacji wartość opłaty instalacyjnej netto wynosiła 5% ceny ofertowej netto za daną lokalizację, suma opłat instalacyjnych netto we wszystkich lokalizacjach nie mogła przekroczyć 5% całkowitej ceny

ofertowej netto.

Zgodnie, bowiem z zasadami arytmetyki (addytywnością dodawania), wartość danej część procentowej sumy elementów cenotwórczych jest równa sumie wartości danych części

procentowych poszczególnych elementów cenotwórczych, innymi słowy: x% * (a+b) = x%*a + x%*b. Można to zilustrować trywialnym przykładem: 50% (2+4) = 50%*2 + 50%*4. Dla każdej z lokalizacji wartość opłaty instalacyjnej została obliczona w taki sposób, aby nie przekraczała określonego przez zamawiającego w rozdz. 12.4 SIWZ progu 5% ceny ofertowej netto.

Odwołujący podnosił, iż obliczając wartość opłaty instalacyjnej dla poszczególnych lokalizacji, przyjął następujący algorytm: założył, że opłata instalacyjna stanowi część przychodów wynikających z iloczynu „Wysokości miesięcznego abonamentu dla przepustowości wykazanej w tabeli nr 1" (przepustowości początkowej) przez ilość miesięcy świadczenia usługi dla danego etapu, do którego lokalizacja należy. Wynika to z założenia, jakie Orange Polska S.A. (w skrócie OPL) poczynił, że wszelkie koszty związane z uruchomieniem usługi będą poniesione w momencie instalacji łączy dostępowych, z uwagi na fakt, że instalowane łącza mają zapewnić możliwość trzykrotnego zwiększenia przepustowości wykazanej w tabeli nr 1.

Ponieważ jednak zgodnie z przywołanym wyżej postanowieniem SIWZ „suma wartości instalacyjnych netto nie może być wyższa niż 5% ceny ofertowej netto" odwołujący musiał tak pomniejszyć wartość abonamentu dla każdej z lokalizacji, aby ten warunek został spełniony. Wartość tego pomniejszenia pomnożona przez ilość miesięcy świadczenia usługi dla danego etapu, (do którego lokalizacja należy) dała wartość opłaty instalacyjnej dla danej lokalizacji.

Z uwagi na zaokrąglanie wyników wszystkich operacji matematycznych do 2 miejsc po przecinku suma tych zaokrąglonych, poszczególnych opłat instalacyjnych jest większa o 0,23 zł netto (0,00000002611%) od kwoty stanowiącej dokładnie 5% ceny oferty netto. Wynika to z błędnego zaokrąglenia sumy wartości opłat instalacyjnych dla Etapu II (błąd wynosi 18 groszy) i IV zamówienia (błąd wynosi 5 groszy).

Odwołujący, zatem stwierdził, że omyłka w jego ofercie wynikała z uzyskania błędnego wyniku działania matematycznego (zaokrąglenia). Jest to oczywisty błąd rachunkowy wykonawcy i zamawiający był zobowiązany do poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2) Pzp.

Jak przyjmuje się w doktrynie za oczywistą omyłkę rachunkową należy uznać błąd popełniony w obliczeniach, polegający na otrzymaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, który (...) da się poprawić tylko w jeden sposób. Omyłka rachunkowa, którą musi poprawić zamawiający (...), może powstać nie tylko przy obliczaniu ceny" (za: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2012, s. 404). Podobnie stanowisko zostało przyjęte w orzecznictwie Krajowej

Izby Odwoławczej (dalej „Izba", „KIO"). Przykładowo w wyroku z dn. 11 grudnia 2009 r. (sygn. KIO/UZP 1525/09), Izba stanęła na stanowisku, że: *„oczywistą omyłką rachunkową jest widoczny, niezamierzony błąd rachunkowy popełniony przez wykonawcę, który polega na uzyskaniu nieprawidłowego wyniku działania arytmetycznego, w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji".* Zbliżony pogląd wyraziła KIO w wyroku z dn. 19 października 2014 r. (sygn. KIO 2162/11), KIO przyjęła, iż *„Pomiędzy stronami nie było sporu co do stanu faktycznego, jak również co do teoretycznego rozumienia pojęcia oczywistej omyłki, tzn. iż jest to widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski albo rachunkowy lub inna podobna usterka w tekście - jak to wskazał w wyroku z 10 grudnia 2002r. Sąd Okręgowy w Warszawie".*

Odwołujący przekonywał, że popełniona przez niego omyłka miała charakter niezamierzony, przemawia za tym chociażby okoliczność, iż błędne zaokrąglenie wartości opłat instalacyjnych wystąpiło jedynie w formularzach dla Etapu II i IV i to suma tych błędów doprowadziła do błędnej wartości całkowitej opłaty instalacyjnej.

Z ostrożności odwołujący zaznaczał, że nawet przyjmując, iż omyłka rachunkowa w zaokrągleniu wartości opłat instalacyjnych stanowiła niezgodność oferty z SIWZ, należy

uznać, że omyłka i tak podlegałaby poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako inna omyłka polegająca na niezgodności z SIWZ, niepowodująca istotnej zmiany treści oferty. Przyjmując, bowiem, że omyłka powodowała niezgodność z SIWZ, to poprawa nie prowadziłaby do istotnej zmiany treści oferty.

W doktrynie przyjęto, iż *„istotność omyłki winna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania. Jeśli oferta, mimo omyłki spełniałaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta"* (za: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2012, s. 407).

Odwołujący argumentował, że po pierwsze, opłaty zostały obliczone w sposób prawidłowy, a błąd wyniknął jedynie w ich zaokrągleniu w trakcie sumowania. Po drugie zaś, omyłka w zaokrągleniu wartości opłat instalacyjnych w żaden sposób nie wpływa na sposób realizacji zamówienia, stąd nie można uznać, że miała ona charakter istotny.

Odwołujący zwracał uwagę, że jak przyjmuje się w doktrynie *„ocena istotności omyłek, a tym samym ocena zakresu zastosowania normy z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp musi być dokonywana z uwzględnieniem skali popełnionych omyłek"* (za: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Tamże, s. 407).

6

W okolicznościach danej sprawy, skala omyłek jest pomijalna - dotyczy 23 groszy (netto), przy ofercie o wartości łącznej brutto blisko 11 milionów złotych (10 949 055,26 zł brutto - zgodnie z formularzem ofertowym).

Wreszcie jak zostało to już wskazane wyżej, omyłka miała niezamierzony charakter i wynikała z błędu w obliczeniach arytmetycznych.

Mając na względzie powyższe, odwołujący podtrzymał, że jego oferta zawiera omyłkę rachunkową. Nawet przyjmując, że omyłka rachunkowa stanowiła niezgodność z wymaganiami SIWZ, była to inna omyłka podlegająca poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wobec czego odwołujący uznał, że nie było podstaw do odrzucenia jego oferty, jako niezgodnej z SIWZ w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Pismo z dnia 15 maja 2014 r., podaje, że zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę konsorcjum firm GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A. bez uprzedniego wezwania do wyjaśnienia elementów mających wpływ na cenę oferty, pomimo iż istniały ku temu przesłanki – jak ocenił odwołujący.

Odwołujący podnosił, że treść oferty GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A. wykazuje symptomy rażąco niskiej ceny.

W postępowaniu na świadczenie usługi operatorskiej sieci telekomunikacyjnej WAN dla Polskiej Spółki Gazownictwa sp. z o.o., złożone zostały oferty z następującymi cenami:
1) konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska SA – 7 894 403,22 zł brutto (6 418 214,00 zł netto),
2) Netia SA – 10 288 686,31 zł brutto (8 364 785,62 zł netto),
3) Orange Polska SA - 10 949 055,26 zł brutto (8 901 670,95 zł netto),
4) Exatel SA – 15 597 150,30 zł brutto (12 680 610,00 zł netto).
Zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia kwotę 18 394 391,70 zł brutto (14 954 790,00 zł netto).

Zdaniem odwołującego, zamawiający zaniechał wezwania konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska SA do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, pomimo tego, że cena ta jest znacząco niższa od ofert Netia S.A. oraz Orange Polska S.A. Zamawiający nie uwzględnił również tego, że na brak znaczącej różnicy pomiędzy ceną oferty OPL SA oraz konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A. powinny wpłynąć dwie istotne okoliczności:
- OPL S.A. świadczy obecnie usługi na rzecz zamawiającego (w ok. 2/3 lokalizacji), a zatem koszt inwestycji w infrastrukturę będzie znacząco niższy niż u pozostałych wykonawców,
7

- konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska SA nie świadczy obecnie usługi na rzecz zamawiającego,
- znaczna część łączy podstawowych w ofercie konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-

Mobile Polska S.A. (179 na 197) będzie realizowana w droższej od kablowej technologii radiowej (w ofercie OPL zaoferowano jedynie 27 łącza w technologii radiowej).

Powyżej wskazane okoliczności, skutkujące znacznym zróżnicowaniem sytuacji wykonawców w postępowaniu, powodują w przekonaniu odwołującego, że ocena ofert pod kątem oferowanych cen nie może odbywać się w sposób mechaniczny poprzez arytmetyczne porównanie cen ofert, lecz wymaga wyjaśnienia wszystkich elementów mających wpływ na ich cenę.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest przede wszystkim zestawienie łączy podstawowych i rezerwowych o określonych parametrach pomiędzy lokalizacjami wskazanymi przez zamawiającego, oraz utrzymanie i zarządzanie infrastrukturą sieciową.

Zamawiający przy realizacji łączy dostępowych podstawowych i rezerwowych do lokalizacji dopuszcza łącza światłowodowe, miedziane i radiowe. Zgodnie z pkt. 25 Charakterystyki Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu zamówienia): *„Ze względu na bezpieczeństwo transmitowanych danych Zamawiającego Wykonawca nie będzie w* żadnym *miejscu sieci, będącej Przedmiotem zamówienia służącej do transmisji danych Zamawiającego, używał zasobów ogólnodostępnej sieci Internet, ogólnodostępnych sieci bezprzewodowych, połączeń telefonicznych publicznych sieci komórkowych GSM oraz połączeń telefonicznych publicznych sieci przewodowych".*

Oznacza to, że w przypadku oferowania łączy radiowych zamawiający wymaga m.in., aby łącza zestawiane były w paśmie koncesjonowanym, wymagającym zezwolenia radiowego wydawanego przez Prezesa UKE. Dodatkowo zgodnie z pkt. 22 Charakterystyki Przedmiotu Zamówienia: *„W przypadku zastosowania przyłączy radiowych Wykonawca musi wykonać szyfrowanie przesyłanych danych Zamawiającego bezpiecznym protokołem, bez obniżenia wymaganych parametrów przesyłowych (przepustowości, jakości transmisji) określonych w tabelach".* Wymaganie to znacząco zwiększa koszt łączy radiowych - jak zaznaczał odwołujący, gdyż przepustowość łączy musi być zwiększona w stosunku do przepustowości łączy wyszczególnionych w tabeli będącej załącznikiem do Formularza Oferty) oraz uwzględnić koszt zastosowanych ruterów.

Na koszt oferty wpływa również według postanowień pkt. 28 Charakterystyki Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu

---

zamówienia) wymaganie, zgodnie z którym łącze podstawowe i zapasowe muszą zostać poprowadzone różnymi drogami transmisyjnymi (nie dopuszczalne jest wykorzystanie różnych włókien światłowodowych lub par w jednym kablu miedzianym, jak również różnych kanałów transmisyjnych w obrębie jednej stacji radiowej) oraz zakończone w 2 różnych węzłach operatora w 2 różnych lokalizacjach.)

Zgodnie z pkt. 12.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia cena ofertowa jest wyliczana według poniższego wzoru:

Cena ofertowa = Cena dla Etapu I (Cl + 36*(0,5*C1 + 0,3*C2 + 0,2*C3)) + Cena dla Etapu II (Cl + 35*(0,5*C1 + 0,3*C2 + 0,2*C3)) + Cena dla Etapu III (Cl + 34*(0,5*C1 + 0,3*C2 + 0,2*C3)) + Cena dla Etapu IV (Cl + 33*(0,5*C1 + 0,3*C2 + 0,2*C3))

Gdzie:

C1 - suma opłat instalacyjnych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli będącej załącznikiem do Formularza Oferty, odpowiednio dla danego Etapu,

C1 - suma opłat abonamentowych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1 z wielkością przepustowości łączy wyszczególnionych w tabeli będącej załącznikiem do Formularza Oferty, odpowiednio dla danego Etapu,

C2 - suma opłat abonamentowych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1 z wielkością przepustowości łączy 2 razy większą niż wyszczególnione w tabeli będącej załącznikiem do Formularza Oferty, odpowiednio dla danego Etapu,

C3 - suma opłat abonamentowych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1 z wielkością przepustowości łączy 3 razy większą niż wyszczególnione w tabeli będącej załącznikiem do Formularza Oferty, odpowiednio dla danego Etapu.

Zamawiający zastrzegł sobie zmianę przepustowości łączy: zwiększenie przepustowości (nie większe niż 3- krotne), zmniejszenie przepustowości (minimalna przepustowość 2 Mbit/s). Nie określił jednak kiedy i w jakim zakresie będzie korzystał z takiej zmiany. Nie wiadomo więc, czy taka zmiana w ogóle będzie miała miejsce.

Dlatego dla potrzeb analizy wysokości ceny, odwołujący posłużył się opłatami abonenckimi dla wielkości przepustowości łączy wyszczególnionych w tabeli będącej załącznikiem do Formularza Oferty (przepustowości początkowej), odpowiednio dla danego Etapu. Zaprezentował koszty niezbędne do uruchomienia i świadczenia usługi, czyniąc następujące założenia:
- konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska SA nie świadczy usług telekomunikacyjnych w lokalizacjach zamawiającego, a zatem nie posiada w tych lokalizacjach niezbędnej infrastruktury,

- do wyliczenia uwzględniono koszty świadczenia usług w najkorzystniejszym cenowo modelu.
II. Łącza podstawowe w technologii radiowej.
W swojej ofercie konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska SA zaoferowała świadczenie usługi w 179 lokalizacjach przy wykorzystaniu łączy podstawowych w technologii radiowej w sumarycznej cenie 99 482,00 zł netto miesięcznie (3 481 870,00 netto za 35 miesięcy). Doliczając do tego opłaty instalacyjne w kwocie 268 500,00 zł netto - daje to kwotę 3 750 370 zł netto w okresie 35 miesięcy.

Z powyższego odwołujący wywiódł wniosek, że założony w ofercie przychód nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów świadczenia usługi, gdyż:

1) koszt świadczenia usług drogą radiową obejmuje opłaty wnoszone na rzecz UKE (opłata jednorazowa za każde pozwolenie w wysokości 1973 zł netto, oraz opłaty roczne), który po uśrednieniu wynosi 2 000 zł netto na rok dla każdego łącza podstawowych w technologii radiowej. Oznacza to, że dla 179 łączy podstawowych koszty opłat wnoszonych na rzecz UKE wyniosą w sumie 1 074 000,00 zł netto.
2) W kosztach świadczenia usługi drogą radiową należy uwzględnić ponadto koszt zakupu i instalacji anten radiowych (ok. 5000,00 zł netto) oraz koszt routera. Roczny koszt utrzymania łącza radiowego, to około 1 800,00 zł netto. Do kosztów każdego łącza radiowego niezbędne byłoby, więc dołożenie kwoty, co najmniej 10 250,00 zł netto.

Odwołujący podsumował, łączny koszt świadczenia usługi z wykorzystaniem 179 łączy podstawowych w technologii radiowej w okresie 35 miesięcy – na kwotę 2 908 750,00 zł netto.

Ponadto kosztem świadczenia usługi, który nie znajduje odzwierciedlenia w formularzu cenowym wybranego wykonawcy, według odwołującego, jest koszt zestawienia w tych 179 lokalizacjach 75 łączy zapasowych, które zgodnie z cytowanym postanowieniem SIWZ powinny zostać poprowadzone różnymi drogami transmisyjnymi. W przypadku gdy łącza zapasowe zestawione byłoby z wykorzystaniem łączy radiowych, koszt ten wyniósłby łącznie około 1 218 750,00 zł netto.

Daje to sumaryczny koszt świadczenia usługi w 179 lokalizacjach z wykorzystaniem 179 łączy podstawowych i 75 łączy zapasowych w technologii radiowej, w okresie 35 miesięcy, w wysokości 4 127 500 zł netto.

Koszty łączy radiowych przekroczyłyby więc przychody o około 377 130,00 zł netto, przy zaoferowanej cenie.

W przypadku natomiast, gdyby konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A. zamiast budować własną infrastrukturę radiową chciało skorzystać z oferty innych operatorów, średni koszt opłaty miesięcznej za łącze, uwzględniającej również opłaty na rzecz UKE wyniesienie około 700,00 zł netto dla łączy podstawowych i około 500,00 zł netto dla łączy zapasowych. Przy uwzględnieniu tego modelu działania koszt świadczenia usługi wyniósłby 24 150,00 zł netto dla każdego łącza podstawowego (4 322 850,00 zł netto dla 179 łączy) i 17 250,00 zł netto dla każdego łącza zapasowego (1 293 750,00 zł netto dla 75 łączy), co daje kwotę 5 616 600,00 zł netto podczas gdy przychód wyniósłby jedynie 3 750 370,00 zł netto.

Łączny koszt świadczenia usługi, przy wykorzystaniu 179 łączy podstawowych i 75 łączy zapasowych w technologii radiowej, w tych 179 lokalizacjach przekroczyłby więc

przychód, o co najmniej 1 866 230,00 zł netto.

Powyższe zestawienie przychodów i kosztów z tytułu świadczenia usług drogą radiową wskazuje zdaniem odwołującego, że podane ceny za świadczenia usług drogą radiową są znacznie niższe niż koszty świadczenia tej usługi. Potwierdzenie prawidłowości przyjętych wyliczeń odwołujący wywodził z pozostałych ofert, gdzie łącza radiowe wraz z łączami zapasowymi zostały wycenione od 425,36 zł netto do 784,84 zł netto.

Odwołujący potwierdził, iż ma pełną świadomość, że zaniżenie poszczególnych cen jednostkowych nie przesądza jeszcze o istnieniu rażąco niskiej ceny, jednak pozostałe pozycje cenowe, a w konsekwencji cena całej oferty wybranej nie pozwala na pokrycie kosztów uruchomienia i świadczenia usługi.

Ill. Łącza podstawowe światłowodowe.

Konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska SA zaoferowała świadczenie usługi przy pomocy 18 łączy podstawowych światłowodowych, w sumarycznej cenie 55 795,00 zł netto miesięcznie (1 952 825,00 zł netto za 35 miesięcy). Doliczając do tego opłaty instalacyjne w kwocie 27 000,00 zł netto daje to kwotę 1 979 825,00 zł netto w okresie 35 miesięcy. W celu zestawienia łączy światłowodowych, Konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A. będzie musiała przeprowadzić inwestycje (w co najmniej 10 lokalizacjach) polegające na budowie infrastruktury telekomunikacyjnej, na którą składają się kanalizacja teletechniczna, studzienki, kable. Niezbędne będzie także zakupienie routerów dla każdej z lokalizacji.

Na użytek niniejszego odwołania, odwołujący przyjął jednak założenie, że konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T- Mobile Polska S.A. sięgnie do tańszego rozwiązania, jakim będzie

skorzystanie z kanalizacji OPL SA w ramach oferty ROI (Reference Offer for Infrastructure). Przy takim modelu świadczenia usługi, w celu jej uruchomienia niezbędne będzie położenie światłowodów w istniejącej kanalizacji. Koszt takiej inwestycji oszacować należy przeciętnie na 35 000,00 zł netto w każdej z 10 lokalizacji, co daje łączną kwotę około 350 000,00 zł netto. Kolejnym kosztem, jaki poniesie konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A., według wyliczeń odwołującego, będą koszty opłat za dzierżawę kanalizacji kablowej, który wyniesie przeciętnie 500,00 zł netto miesięcznie dla każdej lokalizacji, co daje łączny koszt 175 000,00 zł netto za cały okres świadczenia usług dla wszystkich 10 lokalizacji.

Roczny koszt utrzymania łącza światłowodowego, to około 2 400,00 zł netto. Dla 18 łączy światłowodowych stanowi to w okresie 35 miesięcy koszt 126 000,00 zł netto.

Jak już odwołujący wspominał wcześniej, kosztem świadczenia usługi, są też koszty związane z łączem zapasowym. W związku z tym, że łącze zapasowe powinno być poprowadzone innym niż łącze podstawowe torem transmisji danych, niezbędna będzie zestawienie łączy radiowych, których koszt dla 17 łączy wyniesie około 276 250,00 zł netto (patrz wyliczenia podane w pkt. Łącza podstawowe w technologii radiowej).

Reasumując, przychód z tytułu świadczenia usług przy pomocy łączy światłowodowych wyniesienie dla 18 łączy 1 979 825 zł netto, natomiast koszty uruchomienia i świadczenia usługi przy pomocy tych łączy przekroczy kwotę 927 250,00 zł netto. Dodając do tego koszty routerów, SLA oraz utrzymania sieci szkieletowej, o których mowa w następnym punkcie, również w tej pozycji wystąpi nadwyżka kosztów nad uzyskanymi przychodami, według wyliczeń odwołującego.

IV. Koszt routerów, SLA i utrzymania sieci szkieletowej.

Kosztami wytworzenia usługi są też koszty związane:

a) z zakupem i serwisem ruterów,

b) koszty związane z SLA

c) i koszty utrzymania sieci szkieletowej wykonawcy, na której będzie realizowana usługa.

Zgodnie z wymaganiami zamawiającego czas realizacji przez wykonawcę zlecenia zwiększenia lub zmniejszenia przepustowości łącza nie będzie przekraczał 2 miesięcy od momentu otrzymania zgłoszenia. Dlatego Wykonawca w swojej kalkulacji ceny oferty powinien założyć koszty ruterów wymaganych przy 3 krotnie większej przepustowości łączy podstawowych i zapasowych wyszczególnionych w tabeli będącej załącznikiem do Formularza Oferty.

W sumie koszty związane z zakupem i serwisem ruterów, koszty związane z SLA i koszty utrzymania sieci szkieletowej wykonawcy mogą nawet przekroczyć kwotę 2 min zł netto.
Typ kosztu; (kwoty netto)
1. Koszt 179 łączy dostępowych radiowych (łącza podstawowe) 2 908 750 PLN
2. Koszt 92 łączy dostępowych radiowych (łącza zapasowe) 1 495 000 PLN
525 3. Koszty inwestycji (budowa 10 przyłączy światłowodowych) i dzierżawy kanalizacji 000 PLN
4. Koszt 18 łączy światłowodowych 126 000 PLN
5. Koszty utrzymania sieci szkieletowej 200 000 PLN
6. Koszty ruterów 1 500 000 PLN
7. Koszty związane z SLA 350 000 PLN
Wartość realnej oferty* - Suma składników 1 -7 = 7 104 750 PLN
* dla wielkości przepustowości łączy wyszczególnionych w tabeli będącej załącznikiem do Formularza Oferty.

Odwołujący wyliczył ogółem, że przychody konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska SA z tytułu świadczenia usługi w 197 lokalizacjach zamawiającego w okresie 35 miesięcy wyniosą zgodnie z ofertą 5 730 195,00 zł netto (dla wielkości przepustowości łączy wyszczególnionych w tabeli będącej załącznikiem do Formularza Oferty).

Powyżej prezentowane zestawienie podstawowych kosztów uruchomienia i świadczenia usługi, z przychodami jakie zostaną zrealizowane zgodnie z ofertą konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A., doprowadziło odwołującego do wniosku, że usługa będzie świadczona poniżej kosztów jej wytworzenia. Sytuacja ta powinna skutkować wezwaniem konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-mobile Polska S.A. do wyjaśnienia elementów mających wpływ na cenę oferty i w konsekwencji odrzuceniem oferty.

Mając na względzie powyższe, zważywszy, że oferta odwołującego została bezpodstawnie odrzucona, jako niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, oraz zważywszy, że oferta konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-mobile Polska S.A., zakłada realizację przedmiotu zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

W odpowiedzi na odwołanie złożonej dnia 6 czerwca 2014 r. zamawiający wnosił o całkowite oddalenie odwołania i obciążanie odwołującego kosztami postępowania.
W uzasadnieniu zamawiający podał, jak niżej.

„I. Odnośnie zarzutu określonego w pkt 1. Odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z siwz;
Zgodnie z treścią SIWZ tj. pkt 12,4 12.4. Zamawiający postanowił, że suma wartości instalacyjnych netto nie może być wyższa niż 5% ceny ofertowej netto.
W ofercie Odwołującego suma cen instalacyjnych wyniosła 445 083,78 zł netto, 5% ceny ofertowej - to 445 083,55 zł netto, a zatem wartość sumy cen instalacyjnych netto jest większa niż 5% ceny ofertowej netto.
Oferta podlega odrzuceniu, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) - art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy. Powyższy przepis ma charakter obligatoryjny, co oznacza, iż zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty. Treść oferty nie odpowiada treści SIWZ wówczas, gdy została sporządzona niezgodnie z postanowieniami specyfikacji. Zgodnie z art. 82 ust 3 ustawy treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Wykładnia celowościowa prowadzi do wniosku, iż adresatem normy prawnej wyrażonej ww. przepisie jest wykonawca ubiegający się o udzielanie zamówienia publicznego. Złożenie oferty nieobarczonej błędami formalnymi lub merytorycznymi leży w interesie prawnym wykonawcy. Wobec powyższego należy uznać, iż na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego ciążył obowiązek należytej staranności w tym zakresie, którego niedochowanie obarczone jest sankcją wynikającą z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, skutków nie zachowania należytej staranności Odwołujący będąc profesjonalistą w obrocie gospodarczym nie może przerzucać na Zamawiającego. Zamawiający po otwarciu ofert nie mógł ich oceniać w sposób dowolny, tak jak żąda tego Odwołujący, ale tylko w taki sposób, jak podał w specyfikacji. Nie może

również oceniać oferty w kategoriach zgodności lub niezgodności ze intencjami Wykonawcy, wynikającymi w ogóle z treści oferty- w tym przypadku bardzo blisko jest już do dowolności ocen, co naruszałoby art. 7 ustawy. Z całą stanowczością trzeba podkreślić, że *postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie Zamawiającego. Zamawiający zbadał ofertę z należytą starannością, i w wyniku jej badania stwierdził jednoznaczne odstępstwa oferty od specyfikacji jak opisane wyżej. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa.*
W oparciu o wyżej wskazane okoliczności Zamawiający wskazuje zatem, iż oferta złożona przez Wykonawcę jako nieprawidłowa musi podlegać odrzuceniu. Wykonawca nie wykazał, aby postępowanie Zamawiającego w tym zakresie obarczone było błędem. Zatem żądanie

---

Odwołującego odnośnie zarzutu nr 1 należy uznać za pozbawione podstaw prawnych i faktycznych.
II. Odnośnie zarzutu określonego w pkt 2. Odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2) Ustawy poprzez zaniechania poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej polegającej na błędnym zaokrąglaniu cen jednostkowych zawartych w ofercie Odwołującego, ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 3) Ustawy poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności ofert Odwołującego z siwz, nie powodującej istotnej zmiany oferty:
Wiadomym jest, że *rolą, zadaniem i wolą Wykonawcy - a nie Zamawiającego - jest złożenie ważnej oferty w postępowaniu. Zadaniem Zamawiającego jest natomiast prowadzanie postępowania przetargowego oraz badanie i ocenianie ofert, a nie „dopasowywanie" ofert do SIWZ w tych wszystkich zakresach gdzie stwierdza się niezgodność oferty z zapisami SIWZ. Ustawodawca dopuszczając możliwość zmian w treści oferty, wywołanych na skutek poprawiania innych omyłek niż pisarskie, czy rachunkowe, zakreślił bowiem ich granicę. Wbrew twierdzeniom Odwołującego w ocenie Zamawiającego brak było podstaw do poprawienia ceny oferty Odwołującego, nie wystąpiły bowiem okoliczności określone w przepisach art. 87 ust 2 pkt 2 i 3 ustawy. Po pierwsze, na podstawie okoliczności sprawy nie można stwierdzić,* że *określanie wysokości opłat instalacyjnych oraz ich sumy było wynikiem omyłki. Zaistnienie omyłki w ustaleniu tych wartości wynika jedynie z oświadczenia Odwołującego. Na prawdopodobieństwo omyłki nie wskazuje natomiast sposób ukształtowania postanowień SIWZ dotyczących ceny oferty. Postanowienia te należy uznać za jasne i precyzyjne. W treści odwołania wykonawca powołuje się na wystąpienie w ofercie omyłki rachunkowej,* żądając *jednocześnie poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy. W ocenie Zamawiającego oferta Odwołującego nie mogła zostać poprawiona ani jako zawierająca oczywistą omyłkę rachunkową, ani inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ.*
Brak możliwości poprawienia ceny oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust 2 pkt 2 ustawy pzp wynika z faktu, że *w ofercie tej nie wystąpiły oczywiste błędy rachunkowe będące konsekwencją błędnego przeprowadzenia określonych działań arytmetycznych. Przywołany wyżej przepis stanowi,* że *Zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd,* że *oczywiste omyłki rachunkowe to omyłki w przeprowadzonych działaniach na liczbach (tak. m.in. w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej: z 18 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 783/13, z 5 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1202/13). Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu w formularzu*

---

ofertowym wykonawcy samodzielnie podawali kwotę opłat instalacyjnych, oferta nie prezentuje więc żadnych *operacji matematycznych, w których można by stwierdzić popełnienie jakiegokolwiek błędu rachunkowego, w tym błędu mającego oczywisty charakter. Podkreślić trzeba,* że *przewidziana w art. 87 ust 2 ustawy możliwość poprawienia oczywistej omyłki w treści oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość" omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy taż ustaleń. Nie ma także podstaw do stwierdzenia,* że *oferta wykonawcy jest niezgodna z SIWZ w rozumieniu art. 87 ust 2 pkt 3*

ustawy. Niezgodność taka nie wynika z treści oferty ani z innych okoliczności sprawy, a jedynie z oświadczenia Odwołującego. Wykluczone jest zatem zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.
Ponadto należy stwierdzić, że ewentualna poprawienie oferty Odwołującego stałoby w sprzeczności z zasadą niezmienności oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie poprawienia oferty w takim zakresie i w taki sposób mogłoby prowadzić do manipulowania przez wykonawców ceną oferty i wynikiem postępowania.
Próba przywrócenia przez Zamawiającego zgodności oferty z SIWZ prowadziłaby bowiem do niedozwolonego ukształtowania treści oferty przez Zamawiającego. Poprawienie rzekomej „omyłki" w treści SIWZ sprowadzałoby się, zdaniem Zamawiającego, do tego że Zamawiający musiałby samodzielnie określić opłaty. Musiałby zatem odgadywać intencję Odwołującego co do tego, jaką cenę miałby on zamiar podać, gdyby szacował zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. De facto Zamawiający musiałby zatem Odwołującego zastąpić w procesie oszacowania cen - samodzielnie opracowując ofertę składaną sobie. Takie rozwiązanie na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych dopuszczalne nie jest. Aby doprowadzić do zgodności oferty z SIWZ w tym zakresie Zamawiający musiałby w znacznym zakresie manipulować zarówno opłatami jednostkowymi, jak i wartością sumaryczną, każdorazowo podejmując decyzję, co do zasad, jakie przy tej manipulacji przyjąć. Takie rozwiązanie jest niedopuszczalne -albowiem kształtowanie ceny ofertowej nie należy do kompetencji Zamawiającego. Wyłączne uprawnienie w tym zakresie ma wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, zaś Zamawiający w tym zakresie ingerować w ofertę nie może. Zamawiający nie posiada przecież wiedzy, w jaki sposób w danym przypadku wykonawca skalkulował poszczególne elementy wynagrodzenia. Poprawiając ceny dowolnie, mógłby dokonać poprawek niezgodnie z przeprowadzonymi przez Odwołującego kalkulacjami na etapie sporządzania oferty - a tym samym postąpiłby wbrew rzeczywistej intencji Odwołującego. Poprawianie oferty nie może

---

de facto (…) polegać tylko na oświadczeniu wykonawcy, w jaki sposób jego ofertę należy poprawić, a bez dodatkowych, niejako obiektywnych, przesłanek w tym zakresie.
Zamawiający nie mógł zwrócić się o podanie cen przez samego Odwołującego. Ustalenie cen/wartości w oparciu o stanowisko Odwołującego stanowiłoby bowiem negocjacje dotyczące ceny oferty, które w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczalne nie są.
*Konkludując, stwierdzić trzeba, za przy podejmowaniu decyzji przez Zamawiającego nie doszło do naruszania przepisów ustawy, w szczególności art. 89 ust 1 pkt 2 tej ustawy. W związku z potwierdzeniem istnienia podstaw odrzucania oferty odwołującego, bez znaczenia pozostaje również fakt zasadności zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty wybranej i żą*dania *wyboru oferty wykonawcy jako najkorzystniejszej - z uwagi na brak interesu w uzyskaniu danego zamówienia.*
III. Odnośnie zarzutu określonego w pkt 3. Odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 90 ust 1 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum wykonawców GTS Poland Sp. z o.o. - T-Mobile Polska SA do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny oraz odnośnie zarzutu określonego w pkt 4. Odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców GTS Poland Sp. z o.o. - T-Mobile Polska SA jako zawierającej rażąco niską cenę:
W realiach niniejszego postępowania, za nietrafny należy również uznać zarzut Odwołującego, że oferta konsorcjum zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający wszystkie uwarunkowania rozpatrywanego przypadku uwzględnił przy ocenie oferty konsorcjum. Należy również podkreślić, że ustawodawca celowo posługuje się określeniem „rażąca", a nie na przykład „bardzo niska", czy „wyjątkowo niska", a więc cena nieodparcie narzucająca takie wnioski. Nie jest wystarczający do uznania ceny za rażąco niską fakt, że cena znacząco, różni się od wartości zamówienia oraz cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Musi to być cena nie tyle obiektywnie bardzo niska, co rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia" (wyrok KIO z dnia 30 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1483/10, LEX nr 616645). Należy pogodzić się z faktem, iż w systemie gospodarki

wolnorynkowej konkurencja na rynku jest ogromna, a oferty składane przez konkurencyjnych przedsiębiorców mogą być dużo korzystniejsze. Przyczyn takiego stanu można także poszukiwać w wewnętrznych działaniach poszczególnych firm, które determinują kształtowanie się cen na danym obszarze. Bowiem „sam fakt, że cena odbiega swą wysokością od cen pozostałych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, że cena oferty wybranej jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Można nawet w indywidualnych przypadkach twierdzić (mieć przypuszczenie), że ceny konkurentów są
17

---

zawyżone" (orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z dnia 7 stycznia 2010 r., sygn. akt DFP-RKO-540-2/9/09(…).
Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2012 r., sygn. akt: KIO 1078/12 potwierdza ugruntowaną linię orzeczniczą, że „Cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonane zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczane są m. inn. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno - organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających". Również w wyroku z dnia 19 marca 2012 r., sygn. akt KIO 481/12 podano, że: „Rażąco niska cena to taka cena, która jest nierealistyczna, wręcz niewiarygodna na danym rynku, niemożliwa do zaoferowania bez uszczerbku dla majątku wykonawcy, niezapewniająca mu zysku, zaoferowana poniżej kosztów wartości usługi, zaproponowana w celu eliminacji konkurencji". O problemach w zdefiniowaniu rażąco niskiej ceny wspomina Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 stycznia 2013 r. sygn. akt: KIO 2836/12, jednocześnie podejmując próbę wyjaśniania tego terminu: Izba miała na uwadze, że oceniając zarzut należy uwzględnić, iż pojęcie rażąco niskiej ceny jest subiektywne. Każdy przypadek, ze względu na przedmiot zamówienia, sposób jego realizacji oraz wartość zamówienia należy rozpatrywać indywidualnie" (postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r., sygn. akt II Ca 2194/05).
Podnieść należy również, iż zgodnie z ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem, brak jest możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oceniając tylko wybrane elementy oferty, ponieważ przepis powyższy stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia jako całości, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Taki pogląd został m.in. wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 lipca 2011 r. o sygn. akt KIO 1384/11, gdzie w uzasadnieniu powyższego orzeczenia podano, że pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnosić do przedmiotu zamówienia, co wynika wprost z literalnego brzmienia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który stanowi, iż obowiązek odrzucenia oferty występuje w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Interpretacja przywoływanego przepisu prowadzi do wniosku, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana, co do zasady, w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę.
Zatem w świetle cytowanych wyroków, aby mówić o cenie rażąco niskiej należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie ceny jednostkowe, czy za
18

---

wyodrębnione elementy zamówienia. Tak też stanowi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 sierpnia 2011 r. KIO 1601/11, zgodnie z którym przedmiotem badania na podstawie art. 90 ust 1 Pzp winna być cena oferty za realizację całego przedmiotu zamówienia, a nie cena za pojedynczy element. Izba w wyroku tym również stwierdziła, że brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do stwierdzania, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną.
Zdaniem Zamawiającego, okoliczności faktyczne danego przypadku nie wskazują, iż konsorcjum skalkulowało zaproponowaną cenę poniżej kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, a zatem cena jego oferty stanowi cenę nierealną oraz nieodzwierciedlającą poziomu cen rynkowych.
Kalkulacja jednostkowych elementów, czy określonej części oferty - gdyby nawet

hipotetycznie założyć, iż odbiegałaby od cen rynkowych, i była zaniżona w stosunku do kosztów jej świadczenia, *nie mogłaby* świadczyć *o rażąco niskiej cenie całej oferty. Kalkulacja własna ceny jest bowiem prawem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Brak, zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym „z elementów ceny" (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2009r. KIO/UZP 678/09). Stosownie do poglądów, wynikających z wyroków Krajowej izby Odwoławczej oraz orzecznictwa Sądów Okręgowych np. postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu II Ca 2194/2005, w którym Sąd ten stwierdził, iż „oceniając tylko ten jeden element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty." W wyroku z dnia 24 marca 2005 r. II Ca 425/2004 Sądu Okręgowego w Lublinie uznającego również,* że *„ocena oferty - przedstawiania rażąco niskiej ceny, powinna być odnoszona do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę". Zauważyć należy przy tym, iż to na wykonawcy stawiającym zarzut,* że *cena oferty konkurenta jest rażąco niska spoczywa obowiązek wykazania,* że *tak jest w istocie. Odwołujący zaś w treści swojego odwołania, nie wskazał na okoliczności, które ze względu na zaoferowaną cenę mogłyby uniemożliwić prawidłową realizację zamówienia przez wybranego wykonawcę, a więc nie udowodnił, iż oferta wykonawcy konsorcjum zawiera rażąco niską cenę, w sposób przewidziany art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z powyższym przepisem ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Pogląd ten znalazł odzwierciedlenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. „ w sprawie sygn. akt XIX Ga 3/2007 (Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie Zeszyt nr 2 poz. 72) oraz w wyroku*
19

KIO z dnie 17 października 2008 r. KIO/UZP 1068/06 (LexPolonica nr 2376288), w których potwierdzono, iż jeśli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.
Ponadto, skierowanie pytania do wykonawcy w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp, jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty. Nie jest więc uzasadnione zwracanie ale o uzasadnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na niskim czy też bardzo niskim poziomie. Taki sposób kalkulacji nie powoduje, iż cena oferty jest rażąco niska (tak: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata. Komentarz do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 10.113.758), (w,) M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV)- Nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, iż poszczególne elementy oferty odbiegają od cen rynkowych i są zaniżone w stosunku do kosztów świadczenia *odpowiadających im prac, to okoliczność ta nie może jeszcze* świadczyć *o rażąco niskim poziomie całej oferty, (tak: wyrok KIO z dnia 30 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1762/12). Zastosowanie natomiast regulacji z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Natomiast brak takich przesłanek czy wręcz, jak w niniejszym przypadku, brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości zamawiającego co do zaoferowanej ceny, traktować należy jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 ustawy Pzp." Powyższe wezwanie wiąże się bowiem z istotnymi konsekwencjami dla wykonawcy składającego ofertę, a podjecie polemiki z wezwaniem w drodze* środków *ochrony prawnej w sytuacji gdy wykonawca w istocie nie zna źródła wątpliwości zamawiającego wobec sformułowania wezwania w sposób ogólnikowy, jest ograniczone, Należy bowiem podkreślić, iż procedura wyjaśnień jest obowiązkowa, gdy zamawiający zamierza zastosować wobec wykonawcy sankcję z art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp, tj. odrzucić ofertę z uwagi na rażąco niską cenę. (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 sierpnia 2011 r. KIO 1526/11).*
Ceny ofert wszystkich wykonawców odbiegały od wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego, jak również od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. W zależności od stopnia nasilenia konkurencji na poszczególnych polach zamówień w różnych okresach czasu, metoda porównywania cen oferowanych przez wykonawców w

szczególności z ceną podawaną na otwarciu ofert przez zamawiającego, okazuje się być niemiarodajna. W tym miejscu bowiem trzeba wskazać na stały i istotny spadek cen

20

---

oferowanych przez operatorów na rynku usług telekomunikacyjnych, co potwierdzają w ostatnich latach raporty Urzędu Telekomunikacji Elektronicznej. Choć cena oferty odbiega od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego, to jest ceną rynkową podobną do cen oferowanych przez innych wykonawców i wykazuje na tyle nieznaczące w stosunku do niej [różnice], *które nie dawały podstawy do powzięcia uzasadnionych wątpliwości. Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać zatem ofertę z ceną niewiarygodną, znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi. Wg definicji słownikowej „rażący" - to dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną. Kalkulacja przedstawiona przez odwołującego została oparta jedynie na hipotetycznych założeniach odwołującego, Przedstawione w odwołaniu zestawienie podstawowych kosztów uruchomienia i* świadczenia *usługi jest jedynie hipotetyczne. Powyższe wyliczenia nie mogą stanowić wobec tego podstawy do stwierdzenia, że usługa będzie* świadczona *poniżej kosztów jej wytwarzania. Odwołujący poza własnymi twierdzeniami nie przedstawił* żadnych *dowodów, z których wynikałoby w sposób obiektywny, iż cena skalkulowana przez Konsorcjum jest ceną nierealną, poniżej kosztów wytworzenia, niezapewniającą wykonawcy* żadnego *zysku. Mając na uwadze powyższe oraz doświadczenie zamawiającego z poprzednio prowadzonych postępowań, nie można uznać, iż zachodziły podstawy do wszczęcia procedury w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Należy wskazać, iż wyroku z dnia 2 sierpnia 2011 r. w sprawie sygn. akt KIO 1526/11 Izba uznała, iż nie można uznać za prawidłowe działanie zamawiającego polegająca na automatycznym wezwaniu do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, gdy cena oferty różni się od wartości szacunkowej o określony przyjęty przez zamawiającego procent, bez analizy czy w istocie zachodzi podejrzenie zaniżenia ceny w sposób tak istotny, iż nie gwarantuje ona wykonania zamówienia. Różnica w cenie ofert oraz różnica cen ofert w stosunku do ceny zamówienia, stanowi naturalny objaw konkurencji. Dla uznania, że cena jest rażąco niska nie jest wystarczające jedynie matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość od wartości zamówienia. Każdy wykonawca kieruje się inną strategią w prowadzeniu działalności i innymi kryteriami w obliczaniu zysku i rentowności firmy, na co składają się nie tylko czynniki finansowe. Duże firmy generujące więcej kosztów, nie są być może zorientowano na minimalny zysk, który dla małej firmy może mieć istotne znaczenie, (tak: wyrok KIO z dnia 18 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1422/12). Natomiast cena rażąco niska to cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku.*

21

Zastosowanie art. 90 ust 1 Pzp winno wynikać z uzasadnionego i opartego na obiektywnych przesłankach przypuszczenia, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, za którą nie jest możliwa realizacja zamówienia. Natomiast brak takich przesłanek czy wręcz brak rzeczywistych i uzasadnionych wątpliwości co do zaoferowanej ceny, traktować należy jako nadużycie uprawnienia wynikającego z art. 90 Pzp (wyrok KIO z dna. 2 sierpnia 2011 r., sygn. akt. 1526/11). Niewątpliwie z treści wskazanego przepisu nie można wyprowadzić wniosku, iż postępowanie wyjaśniające jest obligatoryjne i zamawiający winien ja wszcząć zawsze w stosunku do oferty najtańszej. W rozpoznawanym przypadku ceny złożonych ofert nie odbiegały od siebie w sposób rażący. Zdaniem Zamawiającego jest to podstawą do przyjęcia, iż zaoferowana przez konsorcjum cena nie jest rażąco niska i zamawiający nie był w ogóle obowiązany do prowadzenia postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 90 ustawy Pzp.
Nadto warto w tym miejscu podkreślić, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Zgodnie z art. 90 ust 1 ustawy Zamawiający „w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny". Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaoferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. W ocenie Zamawiającego, już z samego tego powodu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy należało uznać za chybiony. Uznanie zasadności poglądu przeciwnego oznaczałoby zaakceptowanie sytuacji, w której odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny następuje automatycznie, a wiec bez wezwania do wyjaśnienia innych kluczowych elementów cenotwórczych.
Biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne - należy stwierdzić, że brak było realnych podstaw do uznania oferty konsorcjum, jako zawierającej rażąco niską cenę. Zamawiający nie naruszył zatem postanowień art. 90 ust. 1, 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy – wybierając ofertę konsorcjum."

Na wezwanie zamawiającego z dnia 27 maja 2014 r. pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom zgłosiło w dniu 30 maja 2014 r. konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. (lider) - T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania, gdyż zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów ustawy Pzp, dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty.

W piśmie złożonym 9 czerwca 2014 r. przystępujący podał, co następuje.

„Zarzut dotyczący odrzucenia oferty Orange

II Zamawiający w sposób prawidłowy zbadał ofertę Orange i odrzucił ją jako niezgodną z treścią SIWZ.

1. Zgodnie z pkt 12.4 SIWZ Zamawiający wymagał aby suma wartości instalacyjnych nie był wyższa niż 5% ceny ofertowej netto. Zamawiający nie wymagał aby:

a. cena za instalacje wynosiła akurat 5% ceny ofertowej, ani też tego aby

b. poszczególne opłaty instalacyjne były na jakimś określonym poziomie.

2. Zatem sposób dochodzenia do spełnienia wymogu określonego w pkt 12.4 SIWZ był dowolny i nie narzucony wykonawcom. Wykonawcy mogli zaoferować sumę opłat instalacyjnych mniejszą niż 5% ceny, a nie akurat 5%. Oznaczanie górnego pułapu nie oznacza, iż ten górny limit i li tylko on stanowi przedmiot oferty, a skoro tak to nie wiadomo tak naprawdę czy suma tych opłat nie powinna być w ofercie Orange mniejsza nie o 23 grosze a tylko o np. 1 min zł.

3. Jednocześnie zgodnie z SIWZ poszczególne opłaty instalacyjne nie były w żaden *sposób ograniczone co do ich wysokości tzn. mogły wynieść więcej niż 5% ceny jednostkowej za daną lokalizację, przy założeniu* że *w innej lokalizacji opłaty te będą odpowiednio mniejsze. Wykonawcy zatem kalkulując cenę oferty, w tym opłaty instalacyjne mieli dużą swobodę, z jednym tylko obwarowaniem określonym w pkt 12.4 SIWZ.*

4. Z treści oferty Orange nie wynika, że *doszło do omyłki, na jakim etapie przygotowania oferty doszło do niej i jaką miała skalę. Naczelną zasadą Prawa zamówień publicznych jest brak możliwości zmiany treści oferty oraz brak możliwości prowadzenia negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą po terminie składania ofert. Biorąc pod uwagę treść SIWZ podanie jednostkowej opłaty instalacyjnej przekraczającej 5% ceny jednostkowej nie oznacza automatycznie omyłki, było to bowiem dopuszczalne.*
Zatem nie można ustalić, że *to akurat na etapie II i IV doszło do omyłki, a nie na etapie I i III, ani tego* że *omyłka ta polegała jedynie na przekroczeniu limitu Zamawiającego o 23 gr.*

5. Ustalenie czy doszło do omyłki i w jakim zakresie, mogłoby nastąpić jedynie w

W tym drodze negocjacji pomiędzy

Zamawiającym a Orange, co jest niedopuszczalne.
konkretnym stanie faktycznym, wysokość różnicy pomiędzy wartością oferowaną a wymaganą przez Zamawiającego nie ma znaczenia dla badania oferty i oceny czy możliwa jest jej poprawa. Czy jest to 23 gr czy 1 min zł nie ma znaczenia w przypadku braku możliwości ustalenia czy rzeczywiście nastąpiła omyłka, na jakim etapie i w jakim zakresie. Przekroczenie opłaty instalacyjnej skutkuje odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Z samego faktu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie można wyciągnąć wniosku, iż doszło do omyłki.

---

6. Zamawiający zatem odrzucając ofertę Orange nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy.

Zarzuty dotyczące oceny oferty Uczestnika postępowania

III. Wbrew temu, co podnosi Odwołujący Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Podstawą dla powzięcia wątpliwości, co do poziomu zaoferowanej ceny nie jest sama różnica między ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia ustaloną przez Zamawiającego, a także dysproporcja w porównaniu ze złożonymi w ramach danego postępowania ofertami. Wartość szacunkowa zamówienia, szczególnie w przypadku zamówień na usługi, nie zawsze odzwierciedla rynkowy poziom cen za przedmiot zamówienia, a w szczególności, nie uwzględnia obniżenia cen ze względu na dopuszczalną i uczciwą walkę konkurencyjną między wykonawcami.

IV. Należy również zaznaczyć, iż Zamawiający nie zawsze mają możliwość oszacowania wartości przedmiotu zamówienia i zjawiskiem realnego powszechnym jest jej zawyżenie w stosunku do rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia i cen oferowanych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. W szczególności, w przedmiotowej sprawie, oszacowanie wartości zamówienia prawdopodobnie na podstawie poprzednio obowiązującej umowy, nie uwzględnia zmian na rynku przedmiotowych usług, związanych z upływem czasu i walką konkurencyjną między przedsiębiorcami. Faktem notoryjnym jest znaczący spadek cen usług telekomunikacyjnych na przestrzeni ostatnich kilku lat (ponad 40%).

V. Stanowisko to podziela liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in.:

a. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2013 r., sygn. KIO 2035/13: „Jednoznacznie podkreślić należy, że wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Tryb ten jednakże winien być stosowany tylko wówczas, gdy badając i oceniając oferty Zamawiający powezmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny danej oferty. Z treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie wynika, że w każdym przypadku różnic cenowych między ofertami i choćby wartością szacunkową zamówienia, Zamawiający zobligowany jest uruchomić procedurę wyjaśnień."

b. wyrok z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09: „Za ofertę z rażącą niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu z cenę wskazującą na fakt wykonania do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartości. Nie

---

oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę." (…)

Zamawiający zatem, dokonując oceny zasadności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp powinien zbadać, czy ceny zaoferowane w tym postępowaniu nie odbiegają w sposób znaczący od cen rynkowych, o których poziomie świadczą *ceny spotykane w innych postępowaniach. I tak analiza analogicznych postępowań pokazuje, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum nie odbiega od cen rynkowych, a co za tym idzie nie było podstaw do wzywania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Ceny oferowane w innych postępowaniach przedstawia ją się następująco:" (…)*

Przystępujący przedstawił zestawienie cen oferowanych w innych postępowaniach dla:

a) zamawiającego;
b) Gaz System;
c) Ministerstwa Sprawiedliwości;
d) Centrum Informatyki Statystycznej;
e) Ministerstwa Finansów.

„VII. Analiza innych postępowań pokazuje, iż cena zaoferowana przez Konsorcjum nie odbiega od cen rynkowych, a dysproporcje w cenach za usługi telekomunikacyjne pomiędzy ofertą wygrywającą a pozostałymi nie odbiega od różnic spotykanych w tych postępowaniach (wynoszą one średnio *ok. 40%).*

VIII. Także pozostała argumentacja Odwołującego nie znajduje uzasadnienia:

1. Sam fakt świadczenia *usług przez Odwołującego dla Zamawiającego w 2/3*

lokalizacji nie oznacza, iż pozostali wykonawcy nie mają zestawionych łączy w danych lokalizacjach lub też muszą ponieść tak znaczne koszty, na jakie wskazuje Odwołujący. Co więcej, argumentacja ta jest niespójna, ponieważ przyjmując taką argumentację Netia, która świadczy *usługi dla Zamawiającego w 1/3 lokalizacji także powinna zaoferować cenę wyższą niż Odwołujący. Zatem przyczyna różnicy pomiędzy cenami ofert w tym postępowaniu, leży raczej w przyjętych przez poszczególnych wykonawców poziomie marży, a nie wynika z zaoferowania przez Konsorcjum ceny odbiegającej od cen rynkowych.*

2. Analogicznie, zestawienie kosztów i ich poziom nijak się ma do kosztów, które muszą ponieść inni wykonawcy, a argumentacja opierająca się na tym, iż koszt technologii radiowej jest wyższy niż koszt technologii kablowej nie znajduje żadnego *uzasadnienia w rzeczywistości. Ponadto jest to sprzeczne z tym, co podnosił Odwołujący w odwołaniu w styczniu 2013 r. dotyczącym postępowania prowadzonego przez Górnośląską Spółkę Gazownictwa. Odwołujący podnosił wówczas (na stronie 3 pkt. 2 ówczesnego odwołania),*
25

że *technologia kablowa jest zdecydowanie droższą technologią. Tak więc o wysokości kosztów niezbędnych do poniesienia decyduje pozycja, którą Orange zajmuje w danym postępowaniu i technologia wybrana przez wygrywającego wykonawcę, a nie rzeczywiste koszty.*

3. Zarzut postawiony przez Orange związany ze znacznym wzrostem ceny z uwagi na szyfrowanie transmisji danych przy zastosowaniu technologii radiowej, jest również wadliwy. Samo szyfrowanie nie odbywa się na poziomie łącza radiowego, a jedynie przy pomocy routerów po stronie Operatora i Klienta. Co za tym idzie, nie wpływa to na wzrost kosztów związanych z koniecznością zastosowania większego pasma niż wymaga Klient. Większość urządzeń stosowanych dzisiaj przy budowie tego typu usług transmisji danych jest w stanie, w sposób bezkosztowy, obsłużyć wzrost transmisji danych w zakresie wymaganym przez PSG. Należy, zatem odróżnić koszty od ceny za dany rodzaj usługi, która to może być dowolnie kształtowana przez Operatorów.

4. Dokładna analiza odwołania i przedstawionych w nim zestawienia kosztów pokazuje, iż albo poziom kosztów został w sposób sztuczny „nadmuchany" w celu wprowadzenia KIO w błąd albo też wynika to z nieznajomości technologii radiowej. Gwoli przykładu, Orange w zakresie opłaty wnoszonej do UKE wykorzystało do swoich błędnych wyliczeń wynik co najmniej 3 krotnie za duży, ponieważ opłatę za wydanie pozwolenia w wysokości 1973 zł wnosi się raz, i to nie w każdym przypadku dla łącza radiowego w tej wysokości. Są też mniejsze jednorazowe opłaty, co za tym idzie łączny poziom kosztów podany przez Odwołującego w sposób znaczący odbiega od rzeczywistych kosztów. Sam fakt opłat jednorazowych, wskazuje na to, że nie w każdej sytuacji i w każdym przypadku opłaty jednorazowe ponoszone są w wysokości 1973 zł. Zależy to od rodzaju usługi jaką planuje się na tym łączu uruchomić, od miejsca świadczenia *usługi (teren miejski, poza miejski, wieś), oraz od tego czy dany Operator posiada już wydane pozwolenia radiowe dla łączy, które potencjalnie mogą zostać wyłączone (np. skończyła się umowa z Klientem). W takiej sytuacji można złożyć wniosek do UKE o aneks do poprzedniej decyzji i w oparciu o taki aneks można uruchomić te samo łącze w innym miejscu w kraju. Koszt takiego aneksu, to oplata na poziomie 17 zł za aneks. Na tej podstawie widać,* że *koszty jednorazowe związane z opłatami do UKE są różne i zmienne, zatem nie można sugerować jednorazowych opłat dla wszystkich 179 łączy radiowych na tym samym poziomie. Dysproporcje pomiędzy rzeczywistymi kosztami a wyliczeniami Odwołującego wynikają prawdopodobnie z braku doświadczenia Orange w budowie łączy radiowych i kalkulowania kosztów koniecznych do poniesienia w tym zakresie.*

5. Kolejnym dowodem na to, że *opłaty do UKE związane ze stosowaniem technologii radiowej są zmienne i różne, są opłaty a tak naprawdę ich brak w wydaniu*
26

---

jednorazowym i rocznym, w systemach telekomunikacyjnych radiowych Punkt-Multipunkt. W takiej sytuacji, operator wnosi jednorazową opłatę i opłatę roczną za wybudowanie stacji bazowej bez względu na to, czy łącze dla np. PSG zostanie tam wybudowane czy też nie. Łącza mogą zostać zrealizowane już na obiektach istniejących, a co za tym idzie praktycznie bez dodatkowych kosztów po stronie opłat za pasmo radiowe. Tego typu

sytuacja znowu pokazuje, że takie koszty są kosztami stałymi ponoszonymi przez Operatorów, które rozkładają się na dziesiątki/setki instalacji Klienckich i mają znikomy wpływ na dedykowany projekt.

6. Także koszty routerów wskazane przez Odwołującego są w sposób znaczący zawyżone. Rzeczywisty poziom kosztów przy rozwiązaniu maksymalnym, z wykorzystaniem dodatkowej usługi szyfrowania łączy radiowych zgodnie z wymogiem Klienta, jest ponad 50% niższy niż wskazuje to Orange w swoim odwołaniu. Już tylko na tej podstawie można sądzić, że tak duży poziom kosztów został podany celowo, by wprowadzić w błąd Krajową Izbę Odwoławczą lub też wynika z błędnych i trudnych do zrozumienia założeń biznesowych jakie stosuje OPL.

7. Nie zrozumiałym jest także podnoszenie przez Odwołującego tak wysokiego poziomu kosztów związanych z SLA. Wynika to prawdopodobnie z tego, iż koszty takie związku z projektem budowy usługi dla PSG będzie musiała ponieść Orange, w się sieci w na starej, niedoinwestowanej i ciągle psującej technologii „miedzianej".

Konsorcjum w przeciwieństwie do OPL, nie planuje korzystać z tej technologii, co za tym idzie, potencjalne koszty ryzyk do poniesienia są zdecydowanie niższe. Co do wysokości tych kosztów, zostały one oszacowane na podstawie innych dużych –kilkuset lokalizacyjnych sieci WAN, gdzie awarii w technologii radiowej jest dwukrotnie mniej niż w technologii „miedzianej" a czas rozwiązania usterki jest o ponad 70% szybszy.

8. Wskazany koszt utrzymania sieci szkieletowej przez OPL nie ma nic wspólnego z rzeczywistością. Jedyne co można powiedzieć to to, że być może Orange takie koszty ponosi z uwagi na dość starą, rozległą i wymagająca ciągłych inwestycji sieć szkieletową. PSG otrzyma usługi wybudowane w oparciu o dwie sieci szkieletowe, wybudowane w najnowszej technologii Ethernet-owej, w związku z czym realne koszty i ryzyka z wiązane z potencjalnymi kosztami utrzymania sieci są o wiele niższe. Koszty te są stale ponoszone, bez względu na to, czy usługa dla PSG zostanie włączona do tej sieci czy też nie, wiec ma pomijalny wpływ na analizę finansową tego projektu.

IX. Argumentacja wyżej przedstawiona potwierdza bezzasadność zarzutów przedstawionych w odwołaniu."

27

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. (lider) - T-Mobile Polska S.A. do udziału w postępowaniu odwoławczym, uznając że przesłanki wynikające z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały spełnione.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z protokołu postępowania, z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. - T-Mobile Polska S.A. Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując odwołanie w granicach podnoszonych zarzutów stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Świadczenie usługi operatorskiej sieci telekomunikacyjnej WAN dla Polskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. w okresie 36 miesięcy od daty uruchomienia usługi.

W skład zamówienia wchodzi przede wszystkim zestawienie łączy podstawowych i rezerwowych o określonych parametrach pomiędzy lokalizacjami wskazanymi przez zamawiającego, oraz utrzymanie i zarządzanie infrastrukturą sieciową.

Zamawiający przy realizacji łączy dostępowych podstawowych i rezerwowych do lokalizacji dopuszcza łącza światłowodowe, miedziane i radiowe. Zgodnie z pkt. 25 Charakterystyki Przedmiotu Zamówienia (Załącznik nr 1 do SIWZ - Szczegółowy Opis Przedmiotu zamówienia): „Ze względu na bezpieczeństwo transmitowanych danych Zamawiającego Wykonawca nie będzie w żadnym miejscu sieci, będącej Przedmiotem zamówienia służącej do transmisji danych Zamawiającego, używał zasobów ogólnodostępnej sieci Internet, ogólnodostępnych sieci bezprzewodowych, połączeń telefonicznych publicznych sieci komórkowych GSM oraz połączeń telefonicznych publicznych sieci przewodowych".

Punkt 13 SIWZ. Kryterium oceny ofert stanowiła:

Cena – maksymalnie 79,17 punktów;

Typy łączy podstawowych transmisyjnych maksymalnie do 11,88 i 8,95 punktów, w zależności od lokalizacji.
Sposób obliczenia ceny. Zgodnie z pkt. 12.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia cena ofertowa jest wyliczana według poniższego wzoru: Cena ofertowa = Cena dla Etapu I (CI + 36*(0,5*C1 + 0,3*C2 + 0,2*C3)) + Cena dla Etapu II (CI + 35*(0,5*C1 + 0,3*C2 + 0,2*C3)) + Cena dla Etapu III (CI + 34*(0,5*C1 + 0,3*C2 + 0,2*C3)) + Cena dla Etapu IV (CI + 33*(0,5*C1 + 0,3*C2 + 0,2*C3). Gdzie:

CI - suma opłat instalacyjnych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli będącej załącznikiem do Formularza Oferty, odpowiednio dla danego Etapu,
C1 - suma opłat abonamentowych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1 z wielkością przepustowości łączy wyszczególnionych w tabeli będącej załącznikiem do Formularza Oferty, odpowiednio dla danego Etapu,
C2 - suma opłat abonamentowych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1 z wielkością przepustowości łączy 2 razy większą niż wyszczególnione w tabeli będącej załącznikiem do Formularza Oferty, odpowiednio dla danego Etapu,
C3 - suma opłat abonamentowych dla wszystkich lokalizacji wyszczególnionych w tabeli nr 1 z wielkością przepustowości łączy 3 razy większą niż wyszczególnione w tabeli będącej załącznikiem do Formularza Oferty, odpowiednio dla danego Etapu.
Zamawiający zastrzegł sobie zmianę przepustowości łączy: zwiększenie przepustowości (nie większe niż 3- krotne), zmniejszenie przepustowości (minimalna przepustowość 2 Mbit/s).
Zgodnie z punktem 12.4 SIWZ zamawiający zastrzegł, że suma wartości instalacyjnych netto nie może być wyższa niż 5% ceny ofertowej netto.
Punkt 12.5 i 12.7 SIWZ. Końcową ceną, która będzie poddana ocenie przez zamawiającego, będzie cena ofertowa brutto z formularza ofertowego punkt 1. Cenę należy podać z dokładnością do 2 miejsc po przecinku, zaokrąglając według zasad matematycznych.
Do wyznaczonego terminu – 19 marca 2014 r. złożone zostały oferty następujących wykonawców:
1) konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A. – 7 894 403,22 zł brutto (6 418 214,00 zł netto),
2) Netia S.A. – 10 288 686,31 zł brutto (8 364 785,62 zł netto),
3) Orange Polska S.A. - 10 949 055,26 zł brutto (8 901 670,95 zł netto),
4) Exatel S.A. – 15 597 150,30 zł brutto (12 680 610,00 zł netto).
Zamawiający przeznaczył na wykonanie zamówienia kwotę 18 394 391,70 zł brutto.
W protokole postępowania podał szacunkową wartość zamówienia, ustaloną na kwotę 17 945 748,00 zł netto).
Zamawiający wykluczył wykonawcę NETIA S.A. i Exatel S.A., odrzucił ofertę odwołującego.
Wybrał ofertę konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A.
Odwołanie od wyniku postępowania wniósł jedynie wykonawca Orange Polska S.A.
W powiadomieniu przekazanym 16 maja 2014 r. o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający podał: „uzasadnienie prawne odrzucenia oferty art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy

---

Prawo zamówień publicznych. Treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z § 12.4 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że suma wartości instalacyjnych netto nie może być wyższa niż 5% ceny ofertowej netto maksymalnej wielkości opłaty instalacyjnej, określonej jako stosunek ceny netto opłaty instalacyjnej do wartości ceny ofertowej netto, dla każdej z poszczególnych lokalizacji.
W ofercie wykonawcy suma cen instalacyjnych wynosi 445 083,78 zł netto, 5% ceny ofertowej to 445 083,55 zł netto, a zatem wartość sumy cen instalacyjnych netto jest większa niż 5% ceny ofertowej netto.
Okolicznością bezsporną pozostawało, że różnica ta wynosi – dotyczy 23 groszy (netto).
Dla Etapu II (wynosi 18 groszy) i IV zamówienia (wynosi 5 groszy), jak podał odwołujący.
Zamawiający nie złożył dowodu przeciwnego. Stwierdził jedynie, że nie jest w stanie stwierdzić w jakim momencie tych wyliczeń omyłka nastąpiła.
Okoliczność bezsporną stanowiło, że GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska SA nie świadczy obecnie usługi na rzecz zamawiającego. Z zastrzeżonej części oferty wynika, że wykonawca ten dysponuje siecią szkieletową w zakresie wymaganym przez zamawiającego

oraz realizuje zamówienia na rzecz znaczących odbiorców, o zasięgu ogólnopolskim.
Z oferty konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A. wynika, że 179 na 197 łączy podstawowych, będzie realizowane w technologii radiowej.
W swojej ofercie konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska SA zaoferowała świadczenie usługi w 179 lokalizacjach przy wykorzystaniu łączy podstawowych w technologii radiowej w sumarycznej cenie 99 482,00 zł netto miesięcznie (3 481 870,00 netto za 35 miesięcy). Doliczając do tego opłaty instalacyjne w kwocie 268 500,00 zł netto - daje to kwotę 3 750 370 zł netto w okresie 35 miesięcy.
Konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska SA zaoferowała świadczenie usługi przy pomocy 18 łączy podstawowych światłowodowych, w sumarycznej cenie 55 795,00 zł netto miesięcznie (1 952 825,00 zł netto za 35 miesięcy). Doliczając do tego opłaty instalacyjne w kwocie 27 000,00 zł netto daje to kwotę 1 979 825,00 zł netto w okresie 35 miesięcy. Łącznie 6 418 214,00 zł netto.
Przy czym odwołujący do swoich wyliczeń przyjął wysokość miesięcznego abonamentu dla przepustowości podstawowej (kolumna 7) zał. do formularza oferty.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, skoro wykazywał, że czynność odrzucenia jego oferty została

---

podjęta z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, co skutkowało pozbawieniem odwołującego szansy wyboru jego oferty i mogło powodować narażenie na poniesienie szkody. Jednocześnie odwołujący podnosił, że oferta wybranego wykonawcy powinna zostać zweryfikowana w trybie art. 90 ustawy Pzp, a w następnej kolejności odrzucona z uwagi na jej rażąco niską cenę. Bezspornie, po ostatecznym odrzuceniu ofert wykonawców Netia S.A. i Exalel S.A. oferta odwołującego jest jedną z dwóch, które pozostały w tym postępowaniu.

Przechodząc do rozstrzygnięcia zarzutów odwołania dotyczących naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej polegającej na błędnym zaokrągleniu cen jednostkowych (opłat instalacyjnych) zawartych w ofercie odwołującego, ewentualnie naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodującej istotnej zmiany oferty, czego efektem było naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - Izba uwzględniła bezsporną okoliczność, iż stwierdzona przez zamawiającego niezgodność w ofercie odwołującego polegała na uchybieniu warunkom ustalonym w punkcie 12.4 SIWZ, gdzie zamawiający zastrzegł, że suma wartości instalacyjnych netto nie może być wyższa niż 5% ceny ofertowej netto oraz, że stwierdzona różnica tych wartości wynosi jedynie 23 grosze (netto).

W ofercie odwołującego suma cen instalacyjnych wynosi 445 083,78 zł netto, natomiast 5% ceny ofertowej to 445 083,55 zł netto, a zatem wartość sumy cen instalacyjnych netto jest większa niż 5% ceny ofertowej netto o wymienione wyżej 23 grosze.

W stosunku do ceny oferty odwołującego - 8 901 670,95 zł netto, jest to niezgodność wręcz marginalna.

Zamawiający wymagał podania ceny z dokładnością do 2 miejsc po przecinku, z zaokrągleniem wyliczeń według zasad matematycznych. Powyższe należało też odnosić do przeprowadzania działań matematycznych, w odniesieniu do składowych elementów wyceny oferty, przy wyliczeniu ceny całkowitej.

Izba uwzględniła stanowisko odwołującego, że wymieniona niezgodność była wynikiem popełnienia omyłki, i to zasadniczo o charakterze rachunkowym przy zaokrągleniu poszczególnych opłat instalacyjnych w trakcie ich sumowania. Same zaś opłaty instalacyjne i abonamentowe zostały obliczone w sposób prawidłowy. Odwołujący wyliczył, że korekty wymagają podsumowania opłat dla Etapu II o 18 groszy i Etapu IV zamówienia o 5 groszy. Zamawiający nie przedstawił dowodów przeciwnych, podważających taką okoliczność.

Sam zamawiający ustalił kwotową omyłkę w wyliczeniach odwołującego na 23 grosze

netto, nie miało zatem znaczenia stanowisko przystępującego, że poszczególne opłaty instalacyjne nie były ograniczone co do wysokości, tzn. mogły wynieść więcej niż 5 % ceny jednostkowej za daną lokalizację.

Izba uznała wyjaśnienia odwołującego za w pełni wiarygodne, co do faktu popełnienia omyłki. Załącznik do formularza oferty przewidywał sumowanie opłat instalacyjnych, i nie może ulegać wątpliwości, iż odwołujący taką operację matematyczną przeprowadził, i możliwe jest zweryfikowanie tego działania. Sam zamawiający, skoro wykrył ową niezgodność o 23 grosze, dokonywał własnych wyliczeń, które pozwoliły mu na takie ustalenia.

Nielogicznym byłoby założenie, iż wykonawca miałby jakikolwiek racjonalny cel, aby przekroczyć dopuszczalną granicę 5% wartości opłat instalacyjnych w cenie oferty, i to o 23 grosze. Okoliczności wskazują na popełnienie omyłki rachunkowej przy sumowaniu, czy zaokrąglaniu kwot przy wyliczeniu ceny oferty za poszczególne elementy składowe, w odniesieniu do etapów zamówienia.

W wyniku nowelizacji z dnia 4 września 2008 r. w art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 171, poz. 1058) wprowadzono zmiany poszerzające możliwość prostowania omyłek. Art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Przez omyłkę rachunkową należy rozumieć natomiast omyłkę w przeprowadzaniu działań na liczbach.

Przy czym oczywistość omyłki może być wywodzona z tego, że charakter i okoliczności jej popełnienia wskazują, że każdy racjonalnie działający wykonawca, który składa ofertę z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego, złożyłby ofertę o odmiennej - poprawnej treści. W takich okolicznościach zachodzą podstawy do uznania, iż zachodzi w ogólności omyłka i do tego ma ona charakter oczywisty. Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp pozwala natomiast nawet na prostowanie pomyłek - nie mających charakteru oczywistego.

Faktem jest, że przewidziana w art. 87 ust 2 ustawy Pzp możliwość poprawienia oczywistej omyłki w treści oferty dotyczy w zasadzie takich niezgodności, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość" omyłki rozumianej, jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych ustaleń.

Oczywistość omyłki w ofercie odwołującego wynika właśnie z jej marginalnej wielkości, co było łatwe i możliwe do stwierdzenia, bez żadnych innych dociekań ze strony zamawiającego.

Przy czym na podstawie art. 87 ust 2 pkt 2 ustawy Pzp, sprostowaniu podlegają oczywiste omyłki rachunkowe, będące konsekwencją błędnego przeprowadzenia określonych działań arytmetycznych, gdzie poprawny wynik wyliczeń może być tylko jeden.

Niektóre pomyłki mają taki charakter, że możliwa jest ich poprawa w oparciu o jedną lub dwie podstawy wymienione w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Jeżeli nawet zamawiający, z braku podania dokładnych wzorów tych wyliczeń, zwłaszcza kolejności ich przeprowadzania, widzi przeszkody do sprostowania tej omyłki - jako rachunkowej w oparciu o poprawne działania matematyczne - sumowania poszczególnych opłat instalacyjnych i prawidłowego ich zaokrąglania, nie wyłączało to obowiązku zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Cena oferty odwołującego obejmuje prawidłowo cały przedmiot zamówienia. Niezgodność dotyczy jedynie nieistotnej wartościowo różnicy parytetu procentowego opłat instalacyjnych w cenie całkowitej oferty.

Jeżeli zamawiający nie był w stanie stwierdzić, w jaki sposób przeliczyć ceny opłat instalacyjnych - matematycznie, aby wyeliminować wymienioną niezgodność w ofercie odwołującego, ustawa Pzp stwarza podstawy do prostowania omyłek stosownie do art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jako innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, jeżeli tylko nie spowoduje to istotnych zmian w treści oferty.

Przepis art. 87 ust. 2 Pzp ma charakter *ius cogens,* zamawiający jest zobligowany poprawić ofertę, jeżeli tylko wszystkie przesłanki wymienione w tej normie zostały spełnione.

W ocenie Izby, zachodziła niewątpliwa pomyłka, a jej poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty odwołującego (cena oferty pozostanie ta sama, nie zmieni się zakres świadczenia). Nie będzie to miało również wpływu na kolejność ofert.

Sposób poprawy, Izba postanawia pozostawić w gestii zamawiającego. Może to być pomniejszenie opłaty instalacyjnej w dowolnej pozycji załącznika do formularza oferty (z

uwzględnieniem tego w podsumowaniach) - jak wskazywał odwołujący w trakcie rozprawy.

Poprawienie stwierdzonej omyłki w żaden sposób nie prowadzi do zmian istotnej treści oferty odwołującego. Odwołujący może jedynie zgodzić się na poprawę, lub odmówić takiej zgody, jak stanowi art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp – z konsekwencjami opisanymi w tej normie.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż przepis ten nakazuje odrzucenie oferty, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale jedynie wówczas, gdy nie jest możliwe zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

33

W odniesieniu do zarzutu odwołania naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum wykonawców: GTS Poland Sp. z o.o. - T-Mobile Polska S.A. do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny - Izba uznała, że zarzut ten znajduje uzasadnienie.

Stwierdzona różnica cenowa między ofertą wybranego wykonawcy - konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A. – 7 894 403,22 zł brutto, a drugą w kolejności ofertą Netii S.A. – 10 288 686,31 zł brutto, ceną oferty odwołującego 10 949 055,26 zł brutto – co stanowi około 28%, jak też średnią cen ofert w tym postępowaniu, jest na tyle znacząca, że powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego. Szczególnie jeżeli się zważy, że sam zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 17 945 748,00 zł netto.

Na otwarciu ofert podał kwotę brutto, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia - 18 394 391,70 zł. Należało przyjąć, iż zamawiający oszacował tę wielkość na podstawie art. 34 ust. 1 ustawy Pzp, tj. w oparciu o koszty tych usług z poprzednich 12 miesięcy, prognozowanych zmian ilościowych zamawianych usług i zmian cenowych występujących na rynku. Zamawiający wprawdzie powoływał się na stały spadek cen usług operatorskich sieci teleinformatycznej WAN, co jednak nie znalazło odzwierciedlenia w ustaleniu wartości szacunkowej zamówienia, jak wynika z dokumentacji postępowania przetargowego.

W ocenie Izby, odwołujący przedstawił analizę ceny oferty konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o. i T-Mobile Polska S.A. na tyle pełną, że wykazywał, iż przy zaoferowanym sposobie wykonywania usługi (w 179 lokalizacjach przy wykorzystaniu łączy podstawowych w technologii radiowej i 18 łączy podstawowych światłowodowych), i koniecznych do tego - poniesienia kosztów wraz z łączami zapasowymi, kosztami kodowania i innymi, tj. routerów, utrzymania sieci - przewyższą one wpływy wybranego wykonawcy z realizacji zamówienia, co będzie stanowić świadczenie usług poniżej kosztów ich wytworzenia, zatem spełniać klasyczną przesłankę rażąco niskiej ceny.

Zarzuty odwołującego pozostawały skonkretyzowane i oparte na wyliczeniach. Z oczywistych względów odwołujący nie mógł odnieść tych wyliczeń do faktycznej sytuacji wybranego konsorcjum, gdyż ma prawo nie znać wszystkich uwarunkowań prowadzonej przez niego działalności i szacowania ceny oferty.

Przy zarzucie naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp wykonawca nie tyle jest zobowiązany ściśle udowodnić, że oferta konkurenta zawiera rażąco niską ceną, co wykazać, iż taka ewentualność może w wysokim stopniu zachodzić i dla jej wykluczenia – zainteresowany wykonawca na wezwanie zamawiającego powinien złożyć wyjaśnienia elementów jego oferty mających wpływ na wysokość ceny.

34

Samo wezwanie wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, nie jest równoznaczne z tym, iż przesądza o rażąco niskiej cenie oferty, stwarza jedynie wzruszalne domniemanie faktyczne, które wezwany wykonawca przy pomocy własnych kalkulacji, wyjaśnień i ewentualnych dowodów realności wykonania zamówienia za podaną cenę - przy ponoszonych kosztach i zakładanym zysku z kontraktu – jest w stanie obalić.

Strony i uczestnik postępowania byli zgodni co tego, że cechą charakterystyczną postępowań o świadczenie usług operatorskich, jest duże zróżnicowanie wśród wykonawców w odniesieniu do potencjału technicznego, którym dysponują, i który będą mogli wykorzystać do realizacji zamówienia. Stwarza to zatem podstawy do oferowania cen na zróżnicowanym poziomie. Jednakże bez wyjaśnień wykonawcy nie da się stwierdzić, czy takie indywidualne

uwarunkowania, o których właśnie mówi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp w rzeczywistości zachodzą po stronie wybranego konsorcjum.

Zamawiający, ani też przystępujący nie wykazali, że nakazywanie wszczęcia procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Pzp, byłoby bezprzedmiotowe w okolicznościach danej sprawy. Wręcz podkreślali te indywidualne możliwości poszczególnych wykonawców. Zamawiający w swojej odpowiedzi przytoczył jedynie najważniejsze tezy z orzecznictwa w sprawach teoretycznych dotyczących rażąco niskiej ceny. Nie podjął żadnej polemiki z argumentacją odwołującego – wynikającą z przedstawionych wyliczeń elementów składowych kosztów uruchomienia i świadczenia usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej WAN. Przystępujący w odniesieniu do tych wyliczeń powoływał się ogólnie na swoje indywidualne możliwości zmniejszenia kosztów.

Zestawienia cen oferowanych w innych postępowaniach na zbliżony przedmiot zamówienia, aczkolwiek stanowiące wartościowy materiał dowodowy, same przez się nie mogą mieć charakteru przesądzającego, albowiem na przeszkodzie stoi zróżnicowany przedmiot zamówienia, np. w zakresie dodatkowego wymagania zestawienia łączy zapasowych.

W ocenie Izby, odwołujący podał na tyle ważkie argumenty, poparte wyliczeniami, że zasługiwały na sprawdzenie w drodze wyjaśnień zainteresowanego wykonawcy.

Przedwczesne i niezasadne były zarzuty odwołującego na tym etapie postępowania, że zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum wykonawców GTS Poland Sp. z o.o. - T-Mobile Polska S.A., jako zawierającej rażąco niską cenę.

Bez dania możliwości wykonawcy wytłumaczenia skalkulowania ceny oferty i czynników mających wpływ na jej wysokość w odniesieniu do konkretnego przypadku - nie można stawiać żadnemu oferentowi zarzutu, iż cena jest rażąco niska, poniżej kosztów

---

niezbędnych do należytego wykonania zamówienia. Tym bardziej nie można też żądać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Przepis art. 90 ust. 3 Pzp znajduje natomiast zastosowanie jedynie wyniku negatywnej oceny wyjaśnień wykonawcy, dokonanej przez zamawiającego.

Postępowanie dowodowe potwierdziło częściową zasadności zarzutów odwołania, że zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp, tj.:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia;

2) art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej polegającej na błędnym zaokrągleniu cen jednostkowych zawartych w ofercie odwołującego, a zwłaszcza jeśli zamawiający miał trudności z dokonaniem korekty matematycznej, naruszenie;

3) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty odwołującego z SIWZ, nie powodującej istotnej zmiany oferty;

4) art. 90 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum wykonawców: GTS Poland Sp. z o.o. - T-Mobile Polska S.A. do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy Pzp. Stwierdzone naruszenia miały taki charakter, iż mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów z tytułu uiszczonego wpisu na podstawie § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

……