

Sygn. akt KIO 442/16

Sygn. akt: KIO 442/16

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Justyna Tomkowska

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 6 i 25 kwietnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2016 r. przez **odwołującego:** POLKOMTEL Sp. z o.o. ul. Konstruktorska 4; 02-673 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** PGE Dystrybucja S.A. Oddział Miasto Łódź ul. Tuwima 58; 90-021 Łódź

przy udziale **przystępującego:** T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża POLKOMTEL Sp. z o.o. ul. Konstruktorska 4; 02-673 Warszawa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez POLKOMTEL Sp. z o.o. ul. Konstruktorska 4; 02-673 Warszawa (Lider Konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania,

Sygn. akt KIO 442/16

2.2. zasądza od POLKOMTEL Sp. z o.o. ul. Konstruktorska 4; 02-673 Warszawa kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz PGE Dystrybucja S.A. Oddział Miasto Łódź ul. Tuwima 58; 90-021 Łódź stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 442/16

Uzasadnienie

Pismem z dnia 25 marca 2016 roku wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. ul. Konstruktorska 4, 02-673 Warszawa zwany dalej „Polkomtel” lub „odwołującym” wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez PGE Dystrybucja S.A. Oddział Łódź-Miasto ul. Tuwima 58, 90-021 Łódź zwany dalej „zamawiającym” Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez zamawiającego dotyczy budowy warstwy transmisji danych inteligentnego systemu pomiarowego (AMI) dla zadania 3 - Świadczenie Usługi Transmisji Danych z wykorzystaniem sieci telefonii komórkowej.

Odwołujący wnosząc odwołanie na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 2641) zwanej dalej

„ustawą Pzp” zarzucił zamawiającemu, iż naruszył:

art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T-Mobile Polska S.A. zwanej dalej przystępującej zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego w sytuacji, w której ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego,

której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w związku z zaniechaniem ujawnienia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez przystępującego w toku ponowionego badania i oceny ofert, wraz z załącznikami do złożonych pism;

art. 7 ustawy Pzp zasady uczciwej konkurencji dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego

Odwołujący wniosł o nakazanie zamawiającemu:

unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez przystępującego;

powtórzenia czynności obejmującej badanie i ocenę ofert;

odrzućcenie oferty przystępującego;

ujawnienia częściowo utajnionych wyjaśnień przystępującego z dnia 17 lutego 16r. oraz z dnia 4 marca 16r. wraz z niejawnymi załącznikami dotyczącymi elementów oferty mających

Sygn. akt KIO 442/16

wpływ na wysokość ceny złożonych przez wykonawcę w trakcie ponowionego badania i oceny ofert;

ponowienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

I. Ogłoszenie o zamówieniu.

W dniu 8 września 2015 roku zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (pod numerem 2015/S 173-315643) ogłoszenie zamawiającego PGE

Dystrybucja S.A. Oddział Łódź - Miasto o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na budowę warstwy transmisji danych inteligentnego systemu pomiarowego (AMI) w tym dla zadania 3 - Świadczenie Usługi Transmisji Danych z wykorzystaniem sieci telefonii komórkowej.

II. Legitymacja do wniesienia odwołania.

Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania do Krajowej Izby

Odwoławczej, gdyż zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp ma zarówno interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez

zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest przedsiębiorcą, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Zatem wadliwe zaniechanie odrzucenia oferty

przystępującego godzi w uzasadnione interesy oraz skutkuje powstaniem szkody w postaci braku możliwości zawarcia umowy oraz realizacji przedmiotowego zamówienia.

III. Termin na wniesienie odwołania.

O wyborze oferty najkorzystniejszej odwołujący dowiedział się z pisma zamawiającego z

dnia 16 marca 2016 roku. W tym samym dniu informacja została zamieszczona na portalu

internetowym zamawiającego. Odwołujący wniosł zatem niniejsze odwołanie z zachowaniem terminów określonych w ustawie Pzp.

Uzasadnienie

I. Zagadnienia wstępne. W postępowaniu dla tej części zamówienia złożono trzy oferty przewidujące wykonanie zamówienia za następujące ceny brutto:

- Polkomtel Sp. z o.o. 4.994.980, 64 zł;

- T-Mobile Polska S.A. 552.024,00 zł;

- Orange Polska S.A. 728.671,68 zł.

Zatem oferty T-Mobile Polska S.A. oraz Orange Polska S.A. (dalej „T-Mobile/Przystępujący”

oraz „Orange”) stanowią odpowiednio jedynie około 11% oraz 14% wartości zamówienia. W

ocenie odwołującego obie oferty zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia. Warto także podkreślić, iż zamawiający w ramach ustalania szacunkowej

wartości zamówienia przeprowadził rozeznanie cenowe wśród potencjalnych wykonawców i

otrzymał między innymi od T-Mobile oraz Orange propozycje cenowe na poziomie znacząco

wyższym niż przedstawiają to ceny w złożonych ofertach (oferty zbliżone do wartości przedmiotu zamówienia).

(2) Pismem z dnia 14 grudnia 2015 roku Odwołujący wniósł do Krajowej Izby

odwołanie zarzucając zamawiającemu zaniechanie odrzucenia ofert Odwoławczej wykonawców T-Mobile oraz Orange zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Polkomtel podnosił, iż w cenie obu ofert nie uwzględniono wszystkich kosztów wykonywania usług telekomunikacyjnych. Przedstawiono w tym zakresie szczegółowe wyliczenia.

(3) Izba wyrokiem z dnia 5 stycznia 2016 roku (sygn. akt KIO 2710/15) uwzględniła odwołanie nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty wraz z nakazaniem wezwania wykonawców T-Mobile i Orange do przedłożenia dowodów potwierdzających pełne ujęcie ponoszonych kosztów usługi w zaoferowanej cenie ofertowej na część 3 zamówienia. W uzasadnieniu wyroku Izba dodała, iż obaj wykonawcy winni wykazać, iż ich udział w przedmiotowym postępowaniu nie realizuje strategii stosowania ceny zaniżonej w stosunku do kosztów usługi wyłącznie w celu opanowania rynku, który jest specyficzny i zawężony do niewielkiej grupy operatorów.

(4) Zamawiający unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej oraz wezwał obu wykonawców do ponownego złożenia wyjaśnień. Wykonawca Orange odstąpił od udowadniania rynkowego charakteru swojej ceny w następstwie czego został wykluczony z udziału w postępowaniu. Wykonawca Przystępujący przedłożył wyjaśnienia, które zostały w znaczącej części objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

II. Problematyka ciężaru dowodu.

(5) W pierwszej kolejności należy podkreślić, iż zgodnie z treścią art. 190 ust. 1a Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa w postępowaniu odwoławczym na: wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; kolejno na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.

Zatem w zakresie niniejszego zarzutu to Zamawiający lub też wykonawca Przystępujący winni wykazać, iż zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską. Ponadto wyjaśnienia wykonawcy Przystępującego zostały w znaczącej części objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, co uniemożliwia nam pełne odniesienie się do stanowiska tego wykonawcy prezentowanego w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Za słuszny należy uznać następujący pogląd Izby: „Prawo nie powinno nikogo zmuszać do czynienia niemożliwego, zatem - jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle - w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to od zamawiającego, który uznał zastrzeżenie, należy oczekiwać

wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty.”

III. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Charakter ceny rynkowej dla usług telekomunikacyjnych.

(6) Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego wskazujemy na następujące okoliczności. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji ceny rażąco niskiej. W orzecznictwie prezentowane są następujące poglądy: Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08).

(7) Tytułem wstępu chcielibyśmy także wskazać na poglądy Izby odnoszące się do ceny rażąco niskiej na rynku usług telekomunikacyjnych. W ocenie Izby za cenę rynkową możemy uznać cenę, która uwzględnia wszelkie koszty wykonywanej działalności telekomunikacyjnej (w tym koszty pośrednie), tak by wykonawca uniknął niedozwolonego przerzucania kosztów usługi na odbiorców innych usług operatora telekomunikacyjnego.

W ocenie odwołującego cena zaoferowana przez Przystępującego nie ma charakteru rynkowego, jest nieopłacalna, nie jest możliwe wykonywanie umowy bez strat i finansowania

wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne.

(8) W przypadku oceny oferty Przystępującego kluczowego znaczenia nabiera problematyka uwzględnienia w cenie wszystkich kosztów wykonywania usług. Przedmiotem sporu pomiędzy wykonawcą Polkomtel, a Przystępującym jest bowiem w głównej mierze problematyka konieczności lub też braku konieczności uwzględniania przez wykonawców w złożonej ofercie całości kosztów prowadzonej działalności telekomunikacyjnej, w tym w szczególności kosztów rozbudowy infrastruktury telekomunikacyjnej i to infrastruktury która zostanie użyta do świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia (koszt zakupu częstotliwości). Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 17 lutego 2016 roku zauważa, polemizując wprost ze stanowiskiem Polkomtela, iż „sposób uwzględniania w poszczególnych projektach kosztów stałych działalności przedsiębiorcy oraz rozliczania wydatków inwestycyjnych wynika ze stosowanej przez przedsiębiorcę polityki i może różnić się pomiędzy poszczególnymi przedsiębiorcami. Brak zatem podstaw do wymagania, aby przedsiębiorca stosował określony sposób rozliczenia kosztów w szczególności zaś taki który jaki przypisuje mu przedsiębiorca konkurencyjny”. W naszej ocenie mamy do czynienia jednak nie tyle z odmiennym sposobem uwzględniania kosztów stałych, co z pominięciem przez Przystępującego znaczącej części takich kosztów w złożonej ofercie. Wskazanie podstaw faktycznych postawionego zarzutu.

Sygn. akt KIO 442/16

(9) Zamawiający wymagał od wykonawcy podania ceny jednostkowej za abonament miesięczny za świadczenie usługi transmisji danych (jest to podstawa obliczenia ceny za całość realizacji przedmiotu zamówienia). W przypadku oferty złożonej przez Przystępującego została podana stawka 0,50 zł netto miesięcznie za realizację zamówienia głównego i tyle samo za realizację prawa opcji. Dla porównania w przypadku oferty złożonej przez Orange było to 0,66 zł netto miesięcznie (analogicznie zamówienie główne oraz prawo opcji) oraz w zamówieniu głównym 5,43 zł netto miesięcznie (w ramach prawa opcji 3,50 zł netto) w ofercie Polkomtel. Okres trwania umowy to 48 miesięcy. W ramach zamówienia głównego wykonawca ma dostarczyć 9.924 kart USIM. W ramach prawa opcji zamawiający może zamówić dodatkowo do 8.778 kart USIM. Zamawiający będzie aktywował jednostkowe usługi w zależności od aktualnego zapotrzebowania.

(10) Należy podkreślić, iż zamawiający zwrócił się do wykonawców przed wszczęciem postępowania przetargowego o wyjaśnienia umożliwiające oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia. Zapytanie dokładnie precyzowało przedmiot zamówienia i wprost wskazywało na zamiar zakupu 18.700 abonamentów na okres 4 lat. Przystępujący zaproponował kwotę w wysokości 4.039.200 zł netto. Orange zaproponował wynagrodzenie w wysokości 3.590.400 zł netto. Przeliczając to na pojedynczą kartę SIM, oferta Przystępującego wynosiła 4,50 zł netto miesięcznie za pojedynczą kartę SIM, oferta Orange - 4,00 zł netto miesięcznie za pojedynczą kartę SIM. Są to w naszej ocenie ceny rynkowe.

(11) W ramach realizacji zadania nr 3 wykonawcy mieli podać zryczałtowaną cenę jednostkową za abonament miesięczny obejmujący usługę świadczenia usługi transmisji dla określonej przez Zamawiającego liczby abonamentów. Zamawiający danych doprecyzował w s.i.w.z. co mieści się w ramach wykonywanej usługi:

1. Dostawa Kart SIM/USIM w wymaganych ilościach (9 924 sztuki);
2. Wysyłka kart SIM/USIM we wskazane lokalizacje zamawiającego (13 lokalizacji);
3. Serwis kart SIM/USIM, wymiana wadliwych lub uszkodzonych kart SIM - bez ograniczeń;
4. Nadanie numeru MSISDN dla każdej karty SIM;
5. Wykonanie projektu budowy infrastruktury dla Fizycznego Punktu Styku Sieci;
Budowa stałego cyfrowego łącza podstawowego o przepływności 30 Mb/s w lokalizacji PGE Dystrybucja oddział Skarżysko-Kamienna, Aleja Piłsudskiego 51 w Skarżysku-Kamiennej;
7. Budowa stałego cyfrowego łącza rezerwowego o przepływności 30 Mb/s w lokalizacji PGE Dystrybucja oddział Skarżysko-Kamienna, aleja Piłsudskiego 51 w Skarżysku-Kamiennej;
8. Dostawa i konfiguracja urządzenia aktywnego — routera na łączu podstawowym;
9. Dostawa i konfiguracja urządzenia aktywnego — routera na łączu zapasowym;

Sygn. akt KIO 442/16

10. Konfiguracja mechanizmu przełączania pomiędzy łączami w przypadku nieprawidłowego ich działania;
 11. Utrzymanie obu łączy i urządzeń aktywnych przez cały okres trwania umowy;
 12. Uruchomienie i konfiguracja i utrzymanie APNu;
 13. Aktywacja kart SIM/USIM, wpięcie ich do APNu, przypisywanie adresów IP;
 14. codzienna obsługa klienta, serwis 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu 365 dni w roku;
 15. Dostarczenie dedykowanego oprogramowania do zarządzania usługami transmisji danych — zgodnie z wymaganiami opisanymi w Załączniku nr 4 do SIWZ;
 16. Zapewnienie zasięgu w lokalizacji instalacji kart SIM/USIM w sieciach 2G, 3G, LTE;
 17. Posiadanie infrastruktury telekomunikacyjnej pracującej w sieciach 2G, 3G, oraz LTE;
 18. Bieżące utrzymanie sieci mobilnej, reagowania na zgłoszenia serwisowe w przypadku braku zasięgu, rozbudowa sieci 2G, 3G, LTE;
 19. Świadczenie usług transmisji danych na każdej karcie SIM;
 20. W ramach zaproponowanej ceny, każda karta SIM/USIM ma mieć przydzielony Pakiet Danych o wielkości 30MB. Po wyczerpaniu Pakietu Danych, transmisja może zwolnić do 512kb/s, a Wykonawca za dodatkowe zużyte dane nie może pobierać opłat od Zamawiającego;
 21. Szkolenia/instruktaż w 7 lokalizacjach Zamawiającego z obsługi aplikacji (Białystok, Lublin, Łódź, Rzeszów, Skarżysko-Kamienna, Warszawa, Zamość);
 22. oraz inne świadczenia wymienione w SIWZ.
- Mamy zatem do czynienia z usługą bardziej skomplikowaną niż typowa usługa transmisji danych oferowana klientom prywatnym. Koszty uruchomienia usług winny uwzględniać specyfikę tego konkretnego zamówienia.
- (12) Zamawiający wymagał, aby wykonawcy skalkulowali koszty wszystkich usług świadczonych na jego rzecz i podali jedną cenę w ramach Usługi Transmisji Danych.
- (13) Odwołujący przedstawia poniżej analizę ceny zaoferowanej przez wykonawcę Przystępującego z uwzględnieniem kosztów, które znacząco wpływają na zaoferowaną cenę jednostkową - a tym samym na ofertę końcową.
1. Karta SIM/USIM - plastikowa karta z mikroprocesorem, koszt zakupu takiej karty dla tak dużego operatora kształtuje się na poziomie od 0,90 zł netto do 1,50 zł netto. Jest kilku znaczących dostawców kart SIM/USIM. Dla analizy naszego przypadku przyjmiemy niższą cenę. Kontrakt przewidziany jest na 48 miesięcy. Miesięcznie daje to koszt na jeden abonament w wysokości 0,0187 zł netto.
 2. Aby móc świadczyć usługi transmisji danych na kartach SIM, dla każdej karty SIM należy przydzielić numer MSISDN (np. 601131347). Operator telekomunikacyjny pozyskuje

Sygn. akt KIO 442/16

numerację z UKE, płacąc roczną opłatę w wysokości 0,32 zł netto za 1 numer rocznie, co daje koszt w skali 1 miesiąca na 1 kartę SIM kwotę 0,0266 zł netto.

3. Budowa 2 cyfrowych łączy stałych o przepływności 30Mb/s, wraz z projektem i urządzeniem końcowym. Zamawiający wymaga 2 niezależnych podejść, łącza mają być redundantne, czyli zasilane w usługę przez inne duże centrale operatora. Podnosi to koszty. Miesięczny koszt łącza o przepływności 30Mb/s wraz z urządzeniem aktywnym na rynku zamówień publicznych i niepublicznych kształtuje się na poziomie od 800 zł netto miesięcznie do 2000 zł netto. Mamy 2 łącza. Przyjmujemy niższe koszty, co daje nam koszt rzędu 1600 zł netto miesięcznie. W przeliczeniu na jedną usługę transmisji danych dla zamówienia głównego da to koszt 0,16 zł netto. Zamawiający może jednak dokupić więcej usług w ramach prawa opcji i może to być dodatkowo 8 776 usług, co da łącznie 18 700 usług transmisji danych. W przeliczeniu na jedną usługę transmisji danych dla zamówienia głównego i prawa opcji da koszt 0,08556 zł netto. Do analizy przyjmujemy tą niższą wartość.

4. Największym kosztem stałym, jest zabezpieczenie wymaganych przez zamawiającego możliwości w zakresie wykorzystania określonych technologii transmisji danych. Zamawiający wymaga posiadania do wykonywania usług sieci 2G, sieci 3G i sieci LTE. Nie będzie to pełny obraz kosztów sieci tego operatora, ale w zupełności wystarczy do wykazania iż oferta złożona przez T-Mobile jest nierealna, a zaproponowana cena jest poniżej kosztów. Przystępujący na koniec czerwca 2015 roku posiadał 15.826.000 kart SIM. Dane te pochodzą z analizy przedstawionej przez portal telepolis. Po korekcie posiadanych kart SIM na koniec 2015 roku, które od dłuższego czasu nie zostały aktywowane, nie były

doładowywane, lub nie były przez długi czas użytkowane Przystępującego ponownie przeliczył ilość posiadanych kart SIM i wynosi ona: 12.056.000 kart. Dane te pochodzą z analizy przedstawionej przez portal telepolis.pl, na podstawie materiałów dostarczonych przez Przystępującego.

źródło: <http://www.telepolis.pl/wiadomosci/wvniki-t-mobile-polska-po-4q2015.2.3.35600.html>

W skali trzeciego kwartału 2015 roku Przystępujący więcej stracił niż pozyskał nowych kart SIM. A pod koniec kwartału 4 po przeliczeniu kart, które w systemie PREPAID nie są doładowywane od dłuższego czasu, ani nikt z nich nie korzysta, ilość realnie aktywnych kart sim drastycznie spadła, do poziomu 12 mln kart SIM - czyli do poziomu niższego niż 4 lata wstecz. Aby dalsze analizy były pokazane w realnym świetle, odwołujący przyjął do kalkulacji, iż operator ten będzie miał w okresie trwania umowy z PGE 15,7 mln aktywnych kart SIM (założenie bardziej korzystne dla wykonawcy).

Przystępujący aby móc świadczyć usługi mobilne, musi posiadać sieć, działającą na zakupionych częstotliwościach. Przystępujący posiada następujące częstotliwości: W sieci 900 MHz - na okres od 1996 roku do 2026 roku. W sieci 1800 MHz - na okres od 2013 roku do 2027 roku - poniesione koszty 453 529 000 zł. W sieci 1900 MHz - na okres od 2000 roku

Sygn. akt KIO 442/16

do 2023 roku. W sieci 800 MHz - na okres od 2015 roku do 2030 roku - poniesione koszty 2 022 000 000 zł. W sieci 2600 MHz - na okres od 2015 roku do 2030 roku - poniesione koszty 115 787 000 zł. Dla zakresu 900 MHz i 1900MHz nie udało się pozyskać informacji o koszcie pozyskania częstotliwości, dlatego nie będziemy brali ich pod uwagę w prowadzonej analizie. Dla częstotliwości 800 i 2600 MHz w przeliczeniu koszt tych częstotliwości na każdy rok daje kwotę 142 519 133,3 zł. W przeliczeniu na przyjętych 15,7 mln kart SIM które posiada/będzie posiadał TM - daje to koszt na 1 kartę SIM w skali jednego roku 9,0776 zł, a w skali miesiąca 0,7564 zł netto. Dla częstotliwości 1800 MHz w przeliczeniu koszt tych częstotliwości na każdy rok daje kwotę 30 235 266,66 zł. W przeliczeniu na przyjętych 15,7 mln kart SIM które posiada/będzie posiadał TM - daje to koszt na 1 kartę SIM w skali jednego roku 1,9258 zł, a w skali miesiąca 0,1604 zł netto.

Przystępujący w ramach modernizacji swojej sieci w zakresie pasma WCDMA 900 dokonał wielu prac, optymalizując swoją sieć, budując nadajniki, dobudowując nowe nadajniki na istniejących już stacjach, wymieniając stare na nowe, zsynchronizowując urządzenia. Koszty takiej operacji rozłożone na wiele lat będą nie niższe niż 1 mld zł.

Do analizy również przyjmujemy 15 letni okres amortyzacji, choć w rzeczywistości będzie on trwał 10 lat. W rozbiciu rocznym koszty wynoszą 66 666 666,66 zł, co w przeliczeniu na 1 kartę SIM w skali roku daje kwotę 4,2462 zł netto, a w skali miesiąca 0,3538 zł netto.

Pozyskując pasmo 800 i 2600 MHz - również należy doposażyć swoją sieć o niezbędne nadajniki, zsynchronizować sieć, zgodnie z regułami rezerwacji obu pasm należy pokryć zasięgiem białe plamy, co oznacza kolejne inwestycje w nowe maszty, nowe lokalizacje, nowe nadajniki itp. Przewidywane koszty nie powinny być niższe niż 300 mln zł, co w rozbiciu rocznym (przy założeniu 15 lat zwrotu z inwestycji) oznacza koszt 20 mln zł, a w przeliczeniu na 1 kartę SIM w skali roku daje kwotę 1,2738 zł netto, zaś w skali miesiąca 0,1061 zł netto. Przystępujący swoją infrastrukturę radiową utrzymuje poprzez spółkę Networks. T-Mobile wraz z Orange są jej współwłaścicielami. Udziały podzielone są po równo. Każda ze spółek posiada 50% udziałów. Koszty działalności Networks wynosiły: w roku 2012-240 mln zł, w roku 2013 -235 mln zł, w roku 2014-225 mln zł, w roku 2015-215 mln zł.

Dla dalszej analizy przyjęto, że roczny koszt działalności Networks to koszt 200 mln zł, z czego Przystępujący pokrywa połowę tej kwoty - tj. 100 mln zł. Firma Networks świadczy usługi w zakresie utrzymania sieci Przystępującego (i Orange). Rocznie Przystępujący ponosi koszty rzędu 100 mln zł co w przeliczeniu na 1 kartę SIM w skali roku daje kwotę 6,3694 zł netto, zaś w skali miesiąca 0,5307 zł netto, (sam koszt utrzymania sieci ponoszony przez Przystępującego na rzecz Networks jest wyższy od oferty końcowej złożonej przez Przystępującego w tym postępowaniu).

Sygn. akt KIO 442/16

(14) Wszystkie wykazane powyżej koszty związane są z infrastrukturą. Aby móc w ogóle świadczyć usługi, trzeba posiadać sieć komórkową, częstotliwości na których usługi są

świadczono. Ale poza tym zamawiający określił w dokumentacji, iż w ramach opłaty abonamentowej każda karta SIM ma mieć możliwość przesyłania danych. Zamawiający wymaga, by, każda karta SIM miała uruchomiony pakiet 30MB w każdym miesiącu rozliczeniowym. Po przekroczeniu tego pakietu, jeśli karta wysyła więcej danych, Wykonawca nie może pobierać dodatkowych kosztów. W ramach tego pakietu - transmisja danych ma działać z pełną prędkością - dostępną w lokalizacji, w której zainstalowana będzie karta. Po przekroczeniu pakietu 30MB, usługa transmisji ma być nadal świadczona, Wykonawca nie może pobierać dodatkowych opłat z tego tytułu, może jedynie ograniczyć prędkość transmisji danych do 512kbps. Warto wyjaśnić, iż w usługach telemetrycznych - czyli w zakresie opisanym przez OPZ, gdzie komunikacja odbywa się pomiędzy licznikiem energii elektrycznej bezpośrednio lub po skoncentrowaniu go z innymi poprzez koncentrator, a serwerem zamawiającego poprzez jedno z dwóch wybudowanych łączy dzierżawionych. Ilość tych danych może wahać się od 2-5 MB miesięcznie do nawet 2 000 MB miesięcznie. Wszystko to w jednej niezmiennej cenie. W przypadku oferty Przystępującego w cenie 0,50 zł netto (przypomnienie, w ramach szacunków dla Zamawiającego Przystępujący szacował ten koszt na poziomie 4,50 zł). Zatem oferta szacowana przed wszczęciem przetargu była o 900% wyższa od oferty złożonej w postępowaniu przetargowym. Próbując określić koszty transmisji danych - określić je należy na poziomie 1 zł netto miesięcznie. Duża część urządzeń końcowych będzie wykorzystywała około 10MB, mniejsza część będzie używała około 2000 - 3000 MB. Dla tej kalkulacji przyjmijmy najmniejszą możliwą wartość transmisji danych na poziomie wskazanym poniżej - tj. koszt po stronie Wykonawcy 1 zł netto.

(15) W kalkulacji kosztów nie uwzględniono pozostałych stałych kosztów takich jak koszt innych posiadanych częstotliwości, koszt wynagrodzenia pracowników (u Przystępującego pracuje bezpośrednio 4.500 osób - koszty roczne zatrudnienia szacowane są na poziomie 0,5 mld zł), koszt prądu (kolejne 0,15 mld rocznie).

Wystarczającym bowiem jest dla wskazania nierynkowego charakteru ceny wzięcie pod uwagę już tylko kosztów powyżej opisanych. Podsumowując poszczególne wyliczone powyżej koszty mamy:

Koszt SIM/USIM 0,0187 zł netto

netto Koszt numeru MSISDN 0,0266 zł

Koszt łączy netto 0,0855 zł

0,7564 zł netto Koszt częstotliwości 1

0,1604 zł netto Koszt częstotliwości 2

netto Koszt infrastruktury 1 0,3538 zł

netto Koszt infrastruktury 2 0,1061 zł

Sygn. akt KIO 442/16

Koszty Networks 0,5307 zł netto

netto Koszty transmisji danych 1,0000 zł

SUMA KOSZTÓW: 3,0382 zł netto

Przystępujący w ofercie zaproponował cenę 0,50 zł netto. Przy wykazanych kosztach (rzeczywiste koszty będą jeszcze większe) na poziomie 3,04 zł netto można uznać, iż jest ona nierealna i nie ma gwarancji iż operator będzie w stanie świadczyć usługę przez cały okres Umowy.

(16) Dodać trzeba, że postępowanie to obarczone jest dużym ryzykiem związanym z wymaganymi znacznymi karami umownymi za przerwy w wykonywaniu usługi, czy pogorszenie parametrów usługi, co w przypadku sieci mobilnych jest dosyć częstym zjawiskiem. Sieci komórkowe działają na zasadzie najlepszego możliwego, dostępnego w danym miejscu poziomu sygnału, a zamawiający wymaga deklaracji jakości usług. W przypadku sieci radiowych, w przypadku modernizacji sieci, rozbudowy sieci, wyłączeń związanych z bieżącą eksploatacją, oznacza to, że każdy wykonawca zapłaci kary umowne, które to powinny zostać wliczone w cenę oferty. Nie jest możliwym określenie jakie to mogą być kwoty (jest to szacowane samodzielnie przez każdego wykonawcę). Z całą pewnością jednak cena 0,50 zł netto za kartę SIM nie pozwala zabezpieczyć środków na zapłatę ewentualnych kar.

(17) Wykonawca w ramach zaproponowanej ceny za 1 kartę SIM nie uzyska żadnego dodatkowego przychodu od zamawiającego w ramach świadczenia usług. Wykonawca nie ma gwarancji, czy zamawiający zakupi usługi opisane Prawem Opcji. Wykonawca nie ma gwarancji co do terminu aktywacji kart SIM i czasu wykonywania świadczeń. Aktywacja karty

SIMUSIM może nastąpić w drugim miesiącu trwania Umowy, a może być tak, że zamawiający będzie aktywował co miesiąc po 100, 200 kart przez cały okres trwania Umowy. W takim sposób, aby w ostatnim 48 miesiącu jej trwania łączna ilość aktywnych kart SIM wynosiła 9 924 sztuki. Tymczasem Wykonawca już w pierwszym i drugim miesiącu musi dostarczyć wszystkie karty SIM, dostarczyć aplikację do zarządzania, wybudować łącza, przeszkolić użytkowników w ich siedzibach rozszaniach na terenie całej wschodniej i centralnej Polski. Wykonawca poniesie spore koszty, nie mając gwarancji przychodów. W ramach złożonych trzech ofert, jedynie oferta złożona przez Polkomtel jest realna do wykonania. Tym bardziej, iż Polkomtel w ramach umowy zawartej z zamawiającym obsługuje ponad 60.000 kart SIM o podobnej specyfikacji. W przypadku odwołującego koszty uruchomienia usług obiektywnie są nawet niższe niż koszty konkurentów.

(18) Przystępujący nie świadczy usług telemetrycznych dla PGE Dystrybucja S.A. Analizując rynek tego typu usług w segmencie spółek energetycznych takich jak PGE, Tauron, Energa, Enea, RWE, PGNiG, PSG, można zauważyć, że firma ta ma znikomy udział w rynku. Obecnie sektor energetyczny używa ponad 200 tys. kart SIM o podobnej lub

Sygn. akt KIO 442/16

identycznej specyfikacji jakiej oczekuje zamawiający. Do roku 2020 rynek ten ma się podwoić, a docelowo ilość używanych kart SIM w zakresie telemetrii powinien osiągnąć poziom 600 tys. - 1 mln kart SIM. W naszej ocenie cena zaoferowana przez T-Mobile ma charakter nierynkowy i służyć ma jedynie pozyskaniu nowego, znaczącego klienta. T-Mobile złożyło świadomie ofertę która skutkować będzie stratami dla danego kontraktu. Jest to strategia skutkująca złożeniem oferty rażąco niskiej, ale z założeniem zwiększenia szans na pozyskanie podobnych kontraktów w przyszłości.

(19) Odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez T-Mobile w pismach z dnia 17 lutego oraz 4 marca br. warto podkreślić jedną kwestię. W zakresie informacji jawnych, wykonawca T-Mobile powołuje się na okoliczności niemające znaczenia w odniesieniu do badania charakteru jego ceny:

Odwołanie się do ceny Orange jako ceny podobnej do ceny T-Mobile i mającej charakter rynkowy jest chybione, gdyż wykonawca Orange nie podjął nawet starań celem wyjaśnienia charakteru swojej ceny (nie obalił domniemania jej nierynkowego charakteru).

Nie jest prawdą, jakoby różnica w wartości ceny podanej przez T-Mobile na potrzeby szacowania wartości przedmiotu zamówienia oraz w ofercie mogła być uzasadniona zawyżaniem przez wykonawców cen, czy też przypuszczeniem iż zamówienie może być poszerzone o jakieś dodatkowe usługi, czy wreszcie wynikać z ograniczonej możliwości obniżenia marży przez opiekuna klienta. Nie uzasadnia tego dziewięciokrotnie wyższa cena, tłumaczenie Przystępującego nie jest wiarygodne.

Nie można także przystać na polemikę wyrażaną przez wykonawcę z treścią wyroku KIO w sprawie o sygn. akt 2850/15. W tym zakresie wykonawcy T-Mobile przysługiwała możliwość wniesienia skargi na orzeczenie Izby.

(20) Odwołując się zatem raz jeszcze do wyroku KIO w sprawie o sygn. akt 2850/15 przytaczamy następujący pogląd: „W ocenie Izby okoliczność, iż wykonawca wcześniej wybudował infrastrukturę, nabył prawo do wykorzystania określonych pasm częstotliwości przesyłu danych, wytworzył systemy monitorowania, czy zarządzania usługami - nie przesądza o tym, że koszty takie mogą być całkowicie pominięte. Nie znając nawet wyjaśnień T-Mobile objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, możemy odwołując się do powyżej przeprowadzonej analizy wskazać, iż wykonawca T-Mobile pominął szereg elementów kosztotwórczych w niniejszym postępowaniu przetargowym. Pominięcie takie nie pozwala na uznanie zaoferowanej ceny za mającą charakter rynkowy.”

Analiza porównawcza postępowania prowadzonego przez PGNiG.

(21) Wskazano na możliwość wykorzystania analizy porównawczej ofert składanych przez T-Mobile w innych, podobnych postępowaniach. Przykładowo prowadzonego przez PGNiG na świadczenie usług transmisji danych telemetrycznych w technologii GSM dla spółek GK PGNiG (znak postępowania: ZP/ GK/2014/0002/CS/ZA) .

Sygn. akt KIO 442/16

Postępowanie zostało podzielone na pięć identycznych zadań. Okres wykonywania zamówienia to 72 miesiące. Każdy z Wykonawców miał prawo złożenia oferty tylko na dwa

zadania. Zamówienie było udzielane jako zamówienia sektorowe, po postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego. Zamawiający zaprosił do składania ofert wykonawców Polkomtel, Orange oraz T-Mobile. W ramach zamówienia wykonawca miał wykonać następujące usługi: 1. Dostarczyć karty SIMZUSIMw wymaganych ilościach (5 000 sztuk - w ramach zamówienia podstawowego i do 20 000 sztuk w ramach Prawa opcji). Te 5000 sztuk było gwarantowane w 36 miesięcy trwania Umowy. 2. Wysyłka kart SIMZUSIMw wskazane lokalizacje Zamawiającego (10 lokalizacji) 3. Serwis kart SIMZUSIM, wymiana wadliwych lub uszkodzonych kart SIM- bez ograniczeń 4. Nadanie numeru MSISDN dla każdej karty SIM 5. Wykonanie projektu budowy dla infrastruktury Fizycznego Punktu Styku Sieci 6. Budowa 7 stałych cyfrowych łączy o przepływności 100 Mb/s w lokalizacji: a. Warszawa, Kasprzaka 25b. Warszawa, Kasprzaka 25c. d. Gdańsk

Zabrze Szczęść Boże Wałowa 41/43 e. Wrocław

Ziębicka 44 f. Poznań Grobla 15g.

11.7. Utrzymanie łączy przez cały okres trwania umowy 8. Uruchomienie i konfiguracja i utrzymanie APNów 9. Aktywacja kart SIM/USIM, wpięcie ich do APNów, przypisywanie adresów IP, codzienna obsługa klienta, serwis 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu 365 dni w roku 10. Dostarczenie dedykowanego oprogramowania do zarządzania kartami SIM/USIM 11. Zapewnienie zasięgu w lokalizacji instalacji kart SIM/USIM w sieciach 2G, 3G 12. Posiadanie infrastruktury telekomunikacyjnej pracującej w sieciach 2G, 3G U/k 73. Bieżące utrzymanie sieci mobilnej, reagowania na zgłoszenia serwisowe w przypadku braku zasięgu, rozbudowa sieci 2G, 3G 14. Świadczenie usług transmisji danych, SMS, CSD na każdej karcie SIM wg opisu w SIWZ 15. W ramach zaproponowanej ceny, każda karta SIM ZUSIM ma mieć przydzielony Pakiet 100 kredytów o wielkości każdego kredytu 0,25MB lub 1 SMS lub 1 minuty połączenia CSD. Po wyczerpaniu Pakietu Kredytów, Zamawiający może dokupić dodatkowe kredyty lub ponosić koszty zgodnie z cennikiem. 16. Uruchomienie do 10 usług masowej wysyłki SMS, w ramach puli przyznanych kredytów 17. oraz inne wymienione w SIWZ

Zatem był on tożsamy z przedmiotem niniejszego zamówienia. Zamawiający przeznaczył na wykonanie 5 zadań kwotę 13.140 mln zł netto, co daje na jedno zadanie kwotę 2.628 mln zł netto. T-Mobile złożył ofertę na zadanie nr 3 i 5 proponując odpowiednio kwotę 6,660 mln zł i 11,304 mln zł. W przeliczeniu na 1 kartę SIM w skali miesiąca daje to odpowiednio 3,70 zł netto i 6,28 zł netto. Dla przypomnienia w niniejszym postępowaniu oferta została złożona w wysokości 0,50 zł netto miesięcznie. Orange złożyła ofertę na zadanie nr 3 i 4 i zaproponowała w obu przypadkach kwotę 7,560 mln zł. W przeliczeniu na 1 kartę SIM w skali miesiąca daje to 4,20 zł netto. Dla przypomnienia w niniejszym postępowaniu oferta

Sygn. akt KIO 442/16

została złożona w wysokości 0,66 zł netto. W ocenie odwołującego to właśnie w przetargu dla PGNiG ceny wykonawców T-Mobile i Orange miały charakter rynkowy.

IV. Zarzut zaniechania odrzucenia ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

(22) Złożenie oferty z ceną o charakterze nierynkowym, poniżej kosztów świadczenia usług stanowi ponadto 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 (t.j. Dz. U. z 2003 roku nr 153 poz. 1503 ze zm.) 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 oferowanie usług poniżej kosztów ich wykonywania, narusza to także interes Polkomtel w wykonywaniu usług telekomunikacyjnych na rynku publicznym. Warto pamiętać, iż nawet w sytuacji, gdyby przedsiębiorcy nie można zarzucić stypizowanego w ustawie czynu nieuczciwej konkurencji, nie wyklucza to w żaden sposób możliwości przypisania mu czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na to, że jego zachowanie ocenić trzeba jako naruszające dobre obyczaje (zob. wyr. SA w Katowicach z 19.7.2011 r., V ACa 309/11, niepubl.). Warto w tym zakresie przywołać także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 V ACa 371/07 zgodnie z którym: Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy

uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo. Należy równocześnie podkreślić, iż Krajowa Izba Odwoławcza konsekwentnie krytycznie odnosi się do kształtowania cen oferowanych usług poniżej kosztów ich wytworzenia, w. sposób oderwany od rzeczywistych kosztów ich wykonywania: W ocenie Izby takie postępowanie, choć nienaruszające prawa, jednak w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i nie zasługuje na ochronę. Taka sytuacja oznacza wypełnienie drugiej przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ww. ustawy, gdyż działanie narusza interes innych przedsiębiorców. Żaden z wykonawców, którzy kalkuluje swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, nie może konkurować z wykonawcą. Nawet jeśli zaoferuje stawki, wynikające z rynkowej wartości świadczenia, uwzględniając zasadę ekwiwalentności

Sygn. akt KIO 442/16

umów wzajemnych, to i tak znajduje się bez powodu w znacznie gorszej sytuacji. Działanie takie ogranicza bowiem rynkowe reguły uczciwego konkurowania.

(23) Warto przywołać także stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 5 stycznia br. wydanego w trakcie niniejszego postępowania przetargowego w odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia ofert, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji: „Zarzut I [rażąco niskiej ceny] i zarzut II są więc powiązane w swojej warstwie faktycznej i bez przeprowadzenia ponownej oceny wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami nie można przesądzić, czy oceny wyjaśnień wykonawców T-Mobile Polska S.A. oraz Orange Polska S.A. są skalkulowane poniżej kosztów Świadczenia usługi. Dopiero przesądzenie tej kwestii mogłoby pozwolić na ewentualne dalsze sprawdzenie przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji tj. celu takiego działania z zamiarem eliminacji innych przedsiębiorców. ”

(24) Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący podnosi, iż zamawiający wadliwie zaniechał odrzucenia oferty T-Mobile pomimo, iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wykonawca dopuścił się bowiem oferowania usług telekomunikacyjnych poniżej własnych kosztów ich świadczenia, a działanie takie może znaleźć uzasadnienie jedynie w celu eliminacji pozostałych przedsiębiorców z danego segmentu rynku telekomunikacyjnego. Działanie takie narusza zasadę uczciwej konkurencji.

V. Zarzut zaniechania ujawnienia wyjaśnień Przystępującego wraz z załącznikami

(25) W dniu 16 marca 16r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej. Od tego dnia zgodnie z treścią art. 96 ust. 3 Pzp winny zostać udostępnione wszelkie załączniki do protokołu, w tym w szczególności pisma składane przez wykonawców w trakcie badania i oceny ofert. Zamawiający jednak z powołaniem się na treść art. 8 ust. 3 ustawy Pzp odmówił ujawnienia znaczącej części wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych przez wykonawcę T-Mobile w trakcie ponownego badania i oceny ofert. W ocenie odwołującego takie działanie zamawiającego stanowi naruszenie art.

8 ust. 1-3 Pzp. Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawcę T-Mobile służyć miało jedynie uniemożliwieniu innym wykonawcom dokonania oceny realności zaoferowanej ceny. Nie istnieje żadna szczególna wiedza, know-how które mogłyby uzasadniać objęcie niejawnością przedłożonych wyjaśnień oraz kalkulacji. Nawet jeśli uznać, iż niektóre dane mogą mieć dla wykonawcy charakter drażliwy (np. wysokość marży) to wykonawca oraz zamawiający mogli uniemożliwić zapoznanie się innym wykonawcom jedynie z wybranymi fragmentami pism (np. wielkości poszczególnych kosztów, nie zaś sam spis uwzględnionych kosztów). W orzeczeniu o sygn. akt: KIO/447/11, KIO/449/11, KIO/452/11 słusznie zauważono: „Izba wskazuje na marginesie, że powszechna praktyka zastrzegania przez wykonawców niejednokrotnie całych tomów dokumentów informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie może być uznana za prawidłową. Zauważyć należy, że zastrzeżeniu

Sygn. akt KIO 442/16

podlegają informacje, a tym samym elementy treści dokumentów składanych przez wykonawców we wnioskach (lub ofertach). Nie jest uzasadnione w związku z powyższym zastrzeżenie ujawnienia całości dokumentów wówczas, gdy tylko w części tego dokumentu

znajduje się informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa.”

(26) W ocenie Odwołującego nie każdy z załączników do wyjaśnień powinien być utajniony i nie w całości. Przykładowo możliwym jest odtajnienie częściowej umowy ramowej, oferty, czy aneksu i faktury z okazaniem tych postanowień które mają przesądzać o realności ceny wraz z zachowaniem niejawności wystawcy, czy też informacji na temat kontrahenta. Zamawiający winien podjąć starania celem choćby częściowego ujawnienia treści przedłożonego dokumentu. Wskutek zaniechań zamawiającego pozbawiono prawa do weryfikacji realności przedłożonych wyjaśnień i dokumentów.

(27) Biorąc pod uwagę powyższe, odwołujący kwestionuje poprawność zastrzeżenia niejawności wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z załączonymi do wyjaśnień dokumentami.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Izba ustaliła

Izba na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2016 roku na podstawie art.190 ust.2 w zw. z ust.4 ustawy Pzp. dopuściła dowód z opinii biegłego celem udzielenia odpowiedzi na pytanie czy cena podana przez wybranego wykonawcę zawiera wszystkie niezbędne elementy kosztotwórcze, konieczne koszty. Izba Postanowieniem z dnia 12 kwietnia 2016 roku

powołała biegłego wpisanego na listę biegłych sądowych w osobie dr hab. inż. Pana A.Z. Wydział Elektroniki i Technik Informatycznych Politechniki Warszawskiej wpisanego na listę biegłych Sądu Okręgowego w Warszawie z zakresu informatyki i wyceny przedsiębiorstw na okoliczność: Czy jest możliwe wykonanie zamówienia p.n. budowa warstwy transmisji danych inteligentnego systemu pomiarowego (AMI) dla zadania 3 - Świadczenie Usługi Transmisji Danych z wykorzystaniem sieci telefonii komórkowej” (numer referencyjny nadany sprawie przez podmiot zamawiający: ZWL/OLM/04/2015) za kwotę 552.024,00 złotych brutto (słownie złotych/groszy: pięćset pięćdziesiąt dwa tysiące dwadzieścia cztery złote zero groszy) przy wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego na 4.692.450,00 złotych brutto (słownie złotych/groszy: cztery miliony sześćset dziewięćdziesiąt dwa tysiące czterysta pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez wykonawcę wybranego T-Mobile Polska

Sygn. akt KIO 442/16

S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa z uwzględnieniem treści art. 32 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j. t. 2015 rok poz. 2164 ze zm.) oraz udzielenia odpowiedzi na pytania:

Czy w ocenie biegłego wykonawca T-Mobile uwzględnił poprawnie koszty zakupu i utrzymania częstotliwości oraz opłat rezerwacyjnych, na których pracują sieci 2G/3G/LTE wymagane przez zamawiającego?

Czy w ocenie biegłego wykonawca T-mobile uwzględnił poprawnie koszty utrzymania sieci mobilnej T-Mobile ponoszone na rzecz przedsiębiorcy Networks, który zajmuje się utrzymaniem sieci T-Mobile?

Czy cena zaoferowana przez T-Mobile ma charakter rynkowy i czy pozwala na wykonanie zamówienia bez ponoszenia strat?

Czy sposób analizy kosztów przedstawiony przez odwołującego w treści odwołania (pismo z dnia 25 marca 2016 r.) jest prawidłowy (w szczególności strony od str. 8 pkt 13 do str. 12 oraz od str. 9 do 14 pkt od (13) do (17))?

Czy w ocenie biegłego wykonawca T- Mobile uwzględnił poprawnie koszty świadczeń pracowniczych w rozbiciu na jedną kartę SIM?

Czy w ocenie biegłego wykonawca T-Mobile uwzględnił w sposób prawidłowy koszty rozbudowy i modernizacji swojej sieci w paśmie WCDMA900 w wysokości około 1 mld zł?

Jakie w ocenie biegłego główne ryzyka będzie generować realizacja przedmiotu zamówienia i w jaki sposób powinny zostać uwzględnione w treści złożonej oferty?

Czy zgodnie z siwz do świadczenia usługi wystarczy, że będzie wykonywana ona z udziałem jednej technologii spośród 2G, 3G i LTE, (zgodnie z twierdzeniem Przystępującego „jeżeli biegły odpowie na pytanie że wystarczy wykonać usługę za pomocą jednej tylko z tych 3 technologii, to będzie miało to wpływ na koszt wykonania. Pełnomocnik odwołującego twierdził, że usługę można wykonywać w danej chwili, w danym miejscu, za pomocą jednej z trzech technologii, dlatego że od miejsca wykonywania usługi zależy rodzaj technologii

dostępny w danym miejscu, a miejsce zostanie określone dopiero na etapie podpisania umowy. Reasumując wykonawca w ofercie powinien skalkulować możliwość pracy w trzech podanych technologiach. Zależy to od stanu rozwoju sieci T-Mobile"- vide protokół z rozprawy)

Czy koszt aukcji dotyczący LTE, która nie była rozstrzygnięta na etapie składania ofert powinien być uwzględniony w cenie oferty?

Czy koszt inwestycji i modernizacji sieci, jeżeli wykonawca posiada wystarczającą sieć do realizacji zamówienia, powinny być uwzględnione w cenie oferty?

Czy jest możliwość uwzględnienia kosztów przy świadczeniu usługi w rozbiu innym niż na kartę SIM?

Sygn. akt KIO 442/16

Czy zaoferowana cena przez wykonawcę T-Mobile uwzględnia wszystkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym, czy cena nie jest skalkulowana w oparciu o przerzucenie kosztów tego zamówienia do innych kosztów działalności wykonawcy T-Mobile.

Czy zaoferowana cena jest ceną realną i nie jest ceną poniżej kosztów świadczenia usługi.

Przy zastrzeżeniu, w związku z wydaną opinią, zachowania przez Biegłego tajemnicę przedsiębiorstwa wynikającej z dokumentów złożonych przez poszczególnych wykonawców i sporządzenia opinii w taki sposób, aby nie ujawniała ona informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. W przypadku posłużenia się takimi informacjami, należy je wyodrębnić w załączniku do opinii. Do wydania opinii biegłemu wydano następującą dokumentację: Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia PGE Dystrybucja S.A. Budowa warstwy transmisji danych inteligentnego systemu pomiarowego (AMI) wraz z udzielonymi odpowiedziami na pytania w dniach: 22.09.2015 r.; 25.09.2015r.; 29.09.2015r.; 30.09.2015r.; 01.10.2015r.; 05.10.2015r.; 06.10.2015r.; oraz zmianami treści SIWZ z dnia 28.09.2015r. oraz z dnia 01.10.2015r.; Protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego sporządzony przez zamawiającego; Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2015/S 173-315 643 z dnia 08.09.2015 roku; Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14.03.2015 roku; Oferta wykonawcy T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny z: dnia 20.11.2015 r.(tajemnica przedsiębiorstwa); z dnia 17.02.2016 roku (tajemnica przedsiębiorstwa); wezwanie do wyjaśnień z dnia 29.02.2016 roku (tajemnica przedsiębiorstwa); wyjaśnienia z dnia 04.03.2016 roku (tajemnica przedsiębiorstwa); Odwołanie z dnia 25 marca 2015 roku (pomyłka data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 25.03.2016 roku); Pismo zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2016 roku odpowiedź na odwołanie; Pismo uczestnika T- Mobile Polska S.A. z dnia 6 kwietnia 2016 roku; Dowody złożone na rozprawie w dniu 06.04.2016 roku: odwołujący z zestawieniem dowodów (kart 25); zamawiający: założenia oraz wymagania dotyczące realizacji usługi transmisji danych z wykorzystaniem sieci telefonii komórkowej na potrzeby projektu AMI realizowanego w PGE Dystrybucja S.A (tajemnica przedsiębiorstwa); Formularz wyceny do zadania (tajemnica przedsiębiorstwa) Formularz wyceny T- Mobile (tajemnica przedsiębiorstwa); Formularz wyceny Polkomtel (tajemnica przedsiębiorstwa); Raporty Systemu Asystent – zarządzanie kontem (tajemnica przedsiębiorstwa); uczestnik – trzy karty; Sprawozdania finansowe T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa za lata 2014 i 2013 do doręczenia, których wezwano na rozprawie w dniu 06.04.2016 r. spółkę T-Mobile Polska S.A, Protokół z rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą z dnia 6

Sygn. akt KIO 442/16

kwietnia 2016 roku; Pisma procesowe złożone poza rozprawą: Pismo odwołującego z dnia 11 kwietnia 2016 roku.

Biegły w dniu 19 kwietnia 2016 r. przekazał opinię zawierającą załącznik nr 1 – część tajna. W zakresie części jawnej Biegły przedstawił następujące stanowisko - cytuję
Streszczenie opinii

W opinii biegłego cena 448 800 zł netto, tj. 552 024 zł brutto nie jest rażąco niska, w szczególności pokrywa koszty realizacji usług objętych *zadaniem nr 3* oraz zapewnia odpowiedni budżet ryzyka oraz zysk. Przeprowadzone w opinii analizy wskazują, że

odpowiada ona poziomowi cen rynkowych tego typu usług. Różnice między oszacowaniami wykonanymi przez T-Mobile S.A. w wyjaśnieniach i Polkomtel S.A. w odwołaniu wynikają z przyjęcia odmiennej metody alokacji kosztów pośrednich w koszty realizacji opiniowanego zamówienia, przy czym przyjętą przez T-Mobile S.A. metodę uważa biegły za poprawną, jednocześnie obie kalkulacje opierają się na zbliżonych danych wyjściowych dotyczących wysokości poszczególnych składowych kosztów pośrednich świadczenia usług (tj. wspólnych dla usług świadczonych na rzecz wszystkich klientów T-Mobile S.A.).

PODSTAWY SPORZĄDZENIA OPINII

Niniejsza opinia biegłego została opracowana zgodnie z postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 kwietnia 2016 r. w sprawie o Sygn. akt KIO 442/16.

Cel sporządzenia opinii

Opinia sporządzana jest na następującą okoliczność:

Czy jest możliwe wykonanie zamówienia pn. budowa warstwy transmisji danych inteligentnego systemu pomiarowego (AMI) dla zadania „3 – Świadczenie Usługi Transmisji Danych z wykorzystaniem sieci telefonii komórkowej” (numer referencyjny nadany sprawie przez podmiot zamawiający: ZWL/OLM/04/2015) za kwotę 552.024,00 złotych brutto (słownie złotych/groszy: pięćset pięćdziesiąt dwa tysiące dwadzieścia cztery złote zero groszy) przy wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego na 4.692.450,00 złotych brutto (słownie złotych/groszy: cztery miliony sześćset dziewięćdziesiąt dwa tysiące czterysta pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez wykonawcę wybranego T-Mobile Polska S.A., ul. Marynarska 12, 02-674 Warszawa z uwzględnieniem treści art. 32 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 rok poz. 2164 ze zm.) oraz udzielenia odpowiedzi na pytania:

Czy w ocenie biegłego wykonawca T-Mobile uwzględnił poprawnie koszty zakupu i utrzymania częstotliwości oraz opłat rezerwacyjnych, na których pracują sieci 2G/3G/LTE wymagane przez zamawiającego?

Czy w ocenie biegłego wykonawca T-Mobile uwzględnił poprawnie koszty utrzymania sieci mobilnej T-Mobile ponoszone na rzecz przedsiębiorcy Networks, który zajmuje się utrzymaniem sieci T-Mobile?

Sygn. akt KIO 442/16

Czy cena zaoferowana przez T-Mobile ma charakter rynkowy i czy pozwala na wykonanie zamówienia bez ponoszenia strat?

Czy sposób analizy kosztów przedstawiony przez odwołującego w treści odwołania (pismo z dnia 25 marca 2016 r.) jest prawidłowy (w szczególności strony od str. 8 pkt 13 do str. 12 oraz od str. 9 do 14 pkt od (13) do (17))?

Czy w ocenie biegłego wykonawca T-Mobile uwzględnił poprawnie koszty świadczeń pracowniczych w rozbiciu na jedną kartę SIM?

Czy w ocenie biegłego wykonawca T-Mobile uwzględnił w sposób prawidłowy koszty rozbudowy i modernizacji swojej sieci w paśmie WCDMA900 w wysokości około 1 mld zł?

Jakie w ocenie biegłego główne ryzyka będzie generować realizacja przedmiotu zamówienia i w jaki sposób powinny zostać uwzględnione w treści złożonej oferty?

Czy zgodnie z SIWZ do świadczenia usługi wystarczy, że będzie wykonywana ona z udziałem jednej technologii spośród 2G, 3G i LTE (zgodnie z twierdzeniem

Przystępującego „jeżeli biegły odpowie na pytanie, że wystarczy wykonać usługę za pomocą jednej tylko z tych 3 technologii, to będzie miało to wpływ na koszt wykonania; Pełnomocnik odwołującego twierdził, że usługę można wykonywać

w danej chwili, w danym miejscu, za pomocą jednej z trzech technologii, dlatego że od miejsca wykonywania usługi zależy rodzaj technologii dostępny w danym miejscu, a miejsce zostanie określone dopiero na etapie podpisania umowy. Reasumując wykonawca w ofercie powinien skalkulować możliwość pracy w trzech podanych technologiach. Zależy to od stanu rozwoju sieci T-Mobile” – vide protokół z rozprawy)?

Czy koszt aukcji dotyczący LTE, która nie była rozstrzygnięta na etapie składania ofert powinien być uwzględniony w cenie oferty?”

Czy koszt inwestycji i modernizacji sieci, jeżeli wykonawca posiada wystarczającą sieć do realizacji zamówienia, powinny być uwzględnione w cenie oferty? Czy jest możliwość uwzględnienia kosztów przy świadczeniu usługi w rozbiciu innym niż na

kartę SIM?

Czy zaoferowana cena przez wykonawcę T-Mobile uwzględnia wszystkie koszty realizacji

przedmiotu zamówienia opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tym, czy cena nie jest skalkulowana w oparciu o przerzucenie kosztów tego zamówienia do innych kosztów działalności wykonawcy T-Mobile?

Czy zaofferowana cena jest ceną realną i nie jest ceną poniżej kosztów świadczenia usługi?

Przy zastrzeżeniu, w związku z wydawaną opinią, zachowania przez Biegłego tajemniczy przedsiębiorstwa wynikającej z dokumentów złożonych przez poszczególnych wykonawców i sporządzenia opinii w taki sposób, aby nie ujawniała ona informacji zastrzeżonych przez wykonawców jako tajemnica przedsiębiorstwa. W przypadku posłużenia się takimi informacjami, należy je wyodrębnić w załączniku do opinii.

Sygn. akt KIO 442/16

Dokumenty źródłowe

SIWZ w postępowaniu nr ZWL/OLM/04/2015 o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę warstwy transmisji danych inteligentnego systemu pomiarowego”. PGE Dystrybucja S.A, wrzesień 2015.; w szczególności załączniki wymienione w poz. [2] i [3]

Załącznik nr 4 do SIWZ Wymagania dla usług transmisji danych.

Załącznik nr 10 do SIWZ Projekt umowy.

Odwołanie firmy Polkomtel S.A. z dnia 25 marca 2015 r.

Pismo uczestnika postępowania z dnia 8 kwietnia 2016 r. zawierające w załącznikach sprawozdania finansowe spółki za lata 2013 i 2014.

Wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ z dnia 05 października 2015 r.

Wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ z dnia 06 października 2015 r.

Zmiana treści SIWZ z dnia 01 października 2015 r.

Zmiana treści SIWZ z dnia 28 września 2015 r.

Wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ z dnia 01 października 2015 r.

Wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ z dnia 30 września 2015 r.

Wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ z dnia 29 września 2015 r.

Wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ z dnia 22 września 2015 r.

Wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ z dnia 25 września 2015 r.

Treść opinii

Zagadnienie główne: Czy jest możliwe wykonanie zamówienia pn. „Budowa warstwy transmisji danych inteligentnego systemu pomiarowego (AMI)” dla zadania „3 – Świadczenie Usługi Transmisji Danych z wykorzystaniem sieci telefonii komórkowej” (numer referencyjny nadany sprawie przez podmiot zamawiający: ZWL/OLM/04/2015) za kwotę 552.024,00 złotych brutto?

PGE Dystrybucja S.A. w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „Budowa warstwy transmisji danych inteligentnego systemu pomiarowego (AMI)” – *vide* specyfikacja [1]. Przedmiotem niniejszej opinii jest *zadanie nr 3* wchodzące w skład ww. zamówienia, pn. „Świadczenie Usługi Transmisji Danych z wykorzystaniem sieci telefonii komórkowej”. Przedmiot *zadania nr 3* opisano na str. 20 SIWZ [1], w załącznikach nr 4 [2] (wymagania dla usług transmisji danych) – i nr 10 do SIWZ [3] (projekt umowy).

Zadanie nr 3 obejmuje następujące elementy składowe (pominięto tzw. prawo opcji) – SIWZ [1, str. 24]:

Dostawę 9924 kart USIM zapewniających usługi transmisji danych w technologii 2G/3G/4G sieci GSM oraz dostarczenie dodatkowo 200 nieaktywowanych kart USIM.

Świadczenie usług transmisji danych w technologii 2G/3G/4G sieci GSM.

Sygn. akt KIO 442/16

Uruchomienie prywatnego APN dla lokalizacji zamawiającego przy Al. Marszałka Piłsudskiego 51 w Skarżysku-Kamiennej.

Udostępnienie oprogramowania do zarządzania usługami transmisji danych.

Świadczenie usług serwisowych przez okres 48-miesięcy obowiązywania umowy.

Przeszkolenie 16 pracowników

Celem analizy zawartej w niniejszej opinii jest ustalenie, czy cena wykonania *zadania nr 3* zaofferowana przez wybranego wykonawcę – firmę T-Mobile S.A. – nie jest rażąco niska w

stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 p. 4 oraz art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Aby rozstrzygnąć postawiony przez Izbę problem podjęte zostały następujące kroki:

Oszacowano koszt i cenę usług transmisji danych M2M na podstawie danych rynkowych – p. 4.1.1;

Przeprowadzono analizę porównawczą kalkulacji kosztów świadczenia usług przedstawionej przez T-Mobile S.A. w odpowiedzi na wezwanie z dnia 17 lutego 2016 r. oraz kalkulacji zawartej w odwołaniu Polkomtel S.A. – analiza ta znajduje się w oddzielnej części opinii, gdyż zawiera ona dane wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa T-Mobile S.A. – p. 4.1.2; Dokonano oszacowania kosztów świadczenia usług przez T-Mobile S.A. przy analogicznych założeniach, co przy kalkulacji przedstawionej przez Polkomtel S.A., z tą jednak różnicą, że alokacji kosztów świadczenia usług telekomunikacyjnych na usługę będącą przedmiotem zadania 3 dokonano w proporcji do udziału maksymalnej ilości danych przesłanych w ramach realizacji umowy do całkowitej liczby danych przesłanych przez T-Mobile S.A. zamiast na podstawie udziału liczby kart SIM dostarczanych w ramach opiniowanego zamówienia do całkowitej liczby kart SIM firmy T-Mobile S.A., jak to było pierwotnie w kalkulacji zawartej w odwołaniu Polkomtel S.A.

Oszacowano koszty realizacji *zadania nr 3* dokonując alokacji kosztów operacyjnych ustalonych na podstawie sprawozdania finansowego T-Mobile S.A. na usługę przesyłu danych objętą *zadaniem nr 3* w analogiczny sposób, jak wykonała to spółka T-Mobile S.A. w swoich wyjaśnieniach;

Analiza rynkowych cen transmisji danych

Jednym ze sposobów weryfikacji, czy zaoferowana cena wykonania usługi nie jest rażąco niska jest przeprowadzenie oszacowania kosztu realizacji usług lub ich rynkowej ceny na podstawie danych o cenach tego typu usług pochodzących z rynku. Pozwala to odejść od szczegółowej analizy kosztów świadczenia usług na rzecz przyjęcia cen rynkowych, które z istoty rzeczy koszty te muszą w sobie zawierać. Poniżej przeprowadzono następujące kalkulacje:

Sygn. akt KIO 442/16

Oszacowanie kosztu oraz ceny wykonania usług transmisji danych na podstawie oferty firmy Orange w zakresie taryf telemetrycznych M2M;

Oszacowanie ceny usług transmisji danych na podstawie raportu „Analiza cen usługi mobilnego Internetu w Polsce – wg taryf aktualnych na 30 września 2014 r.”.

Ad 1)

Na potrzeby niniejszej opinii, poglądowo oszacowano, jaki byłby koszt zakupu pakietu danych w ilości wynikającej z przedmiotowego zadania nr 3 na rynku, na podstawie taryf telemetrycznych w komunikacji M2M (*Machine to Machine lub Machine to Server*) operatora Orange S.A., adresowanej do klientów biznesowych. Przy szacowaniu kosztów oparto się na ofercie zawartej w Regulaminie promocji Pakietu M2M Connect obowiązującej od dnia 8 czerwca 2014 roku do odwołania ¹.

Zgodnie z cennikiem zawartym w w/w regulaminie zakup pakietu M2M Connect Platinum, w którym limit przesyłania danych aktywowany na konto abonenckie wynosi 35 GB kosztuje 79 zł netto miesięcznie. W ramach każdego z pakietów M2M Connect aktywna jest usługa „Wspólnie” – na podstawie tej usługi, Limit na Konto przypisany do danego pakietu, będzie dostępny również dla pozostałych numerów abonenckich, jeżeli numery te również korzystają z dowolnego pakietu M2M Connect oraz zostały przyporządkowane do jednego, tego samego konta abonenckiego

Przedmiotowe *zadanie nr 3* dotyczy miesięcznego pakietu danych wynoszącego 297 720 MB (= 30 MB * 9924 karty SIM) tj. ok. 298 GB. Oznacza to, że dla realizacji przedmiotowego zadania należałoby zakupić ok. 9 pakietów M2M Connect Platinum (=298 GB / 35 GB). Biorąc pod uwagę, iż cena jednego pakietu wynosi 79 zł netto, łączny koszt zakupu 9 pakietów wyniósłby ok. 711 zł (= 79 zł * 9 pakietów).

Czas trwania *zadania nr 3* wynosi 48 miesięcy, a więc całkowity koszt zakupu transferu danych na potrzeby realizacji całej usługi równa się 34 128 zł (=711 zł * 48 miesięcy). Należy mieć na względzie fakt, iż wskazany cennik dotyczy ogólnodostępnej oferty, a

powszechną praktyką jest, że ceny te podlegają negocjacji, w szczególności w przypadku zakupów masowych przez klientów biznesowych. Wskazana powyżej kwota przybliża jednak cenę wykonania przesyłu danych w ilości objętej przedmiotowym zamówieniem, a więc stanowi górne oszacowanie kosztu realizacji usług przesyłu danych, gdyż obok kosztu pokrywa ona także zysk i ewentualny margines ryzyka.

¹ <http://www.orange.pl/ocp-http/PL/Binary2/1998371/4092665491.pdf>

Sygn. akt KIO 442/16

Aby realizować ww. usługę dla 9924 kart SIM wykonawca musiałby ponieść koszty 9924 kart SIM i urzędowych opłat za numer abonencki (MSISDN) wynoszących 0,32 zł/numer/rok. Daje to koszt ponoszony w związku z uruchomieniem i realizacją usług przesyłu danych na poziomie $9924 * 0,32 \text{ zł/rok} * 4 \text{ lata} + 9924 * 1,75 = 30\,070 \text{ zł}$.

Powyższe informacje pozwalają oszacować koszt świadczenia usług transmisji danych M2M wynoszący $34\,128 + 30\,070 = 64\,197 \text{ zł}$. Podkreślić należy, iż jest to wprowadzie tylko oszacowanie, ale oparcie się na ofercie jednego z operatorów telefonii komórkowej oznacza, że:

Oszacowany koszt przesyłu danych na podstawie ceny tego typu usługi stanowi oszacowanie górne (maksymalne), obejmuje wszelkie istotne pozycje tego typu kalkulacji, a także zysk i margines ryzyka;

Obliczony koszt dostawy kart SIM i nadania numerów uwzględnia zakres zamówienia, jeśli chodzi o liczbę kart SIM, w sposób analogiczny, jak czynił to odwołujący i przystępujący w swoich pismach.

Kalkulacji powyższej można zarzucić, iż pomija obowiązującą w przywołanej taryfie opłatę aktywacyjną za każdy numer MSISDN w kwocie 50 zł netto/numer, która pokrywa część kosztów realizacji usług w przypadku większej liczby kart SIM nie pokrytą opłatami abonamentowymi. Powiększając oszacowanie powyższe o ten dodatkowy składnik otrzymujemy $9\,924 \text{ karty} * 50 \text{ zł} = 496\,200 \text{ zł}$, a łącznie z kosztem przesyłu danych – ok. 530 tys. zł. Jest to kwota pokazująca maksymalny pułap kosztu realizacji usług transmisji danych objętych *zadaniem nr 3* (bez kosztów związanych z zestawieniem łączny 2x30 Mb/s). Cena ta została oszacowana na podstawie oferty kierowanej do przedsiębiorców, lecz nie podlegającej negocjacji cenowym właściwym masowym zakupom. Znowu zakładając jedynie 50% upust otrzymujemy cenę (wraz z zyskiem i marginesem ryzyka) na poziomie 265 tys. zł, która razem z kosztem rozbudowy infrastruktury oszacowanym przez Polkomtel S.A. na ok. 41,0 tys. zł zostawia jeszcze marżę na poziomie $448,8 - 41,0 - 265,0 = 142,8 \text{ tys. zł}$. Pozwala ona na osiągnięcie zysku i utworzenie budżetu ryzyka.

Ad 2)

Innym sposobem oszacowania kosztu wykonania usług transmisji danych jest ustalenie ceny przesłania danych wg danych z raportów rynkowych. Tu oparto się na raporcie z pt. „Analiza cen usługi mobilnego Internetu w Polsce – wg taryf aktualnych na 30 września 2014 r.”. Wg danych zawartych w wykresie 27 maksymalny efektywny koszt transmisji danych

² http://www.telix.pl/images/sprawozdania/UK_E_analiza-cen-mobilnego-internetu-2014.pdf

Sygn. akt KIO 442/16

(obejmujący ceny aktywacji, modemu, opłat abonamentowych) wyniósł dla klienta biznesowego 23,33 zł. Biorąc pod uwagę, że w *zadaniu nr 3* jest do przesłania $30 \text{ MB} * 48 \text{ miesięcy} * 9924 \text{ karty} \approx 14\,290 \text{ GB}$, co po przemnożeniu przez koszt jednostkowy 23,33 zł/GB daje ok. 333,4 tys. zł. Biorąc pod uwagę sensowny rabat przy sprzedaży hurtowej będący przynajmniej na poziomie 50% (w praktyce sięgają one wg wiedzy biegłego nawet 90% od cen dla klienta indywidualnego) otrzymujemy cenę ok. 167 tys. zł, a powiększając go o koszty rozbudowy infrastruktury oszacowane przez Polkomtel S.A. na ok. 41 tys. zł. otrzymujemy oszacowanie kosztu realizacji umowy na poziomie 208 tys. zł wobec ceny ofertowej 448,8 tys. zł netto. Zwrócić należy przy tym uwagę, że kalkulacja została wykonana na bazie cen maksymalnych a nie minimalnych wynoszących od 0,64 do 2,71 zł za GB danych w zależności od operatora.

W konkluzji: powyższe kalkulacje wskazują niezbicie, że:

Rynkowa cena netto usług objętych zadaniem nr 3 nie powinna przekraczać kwoty 530 tys. zł + koszt rozbudowy infrastruktury (2 łącza 30 Gb/s) wg kalkulacji Polkomtel ok. 41 tys. zł, co daje razem 530 tys. zł. netto;

Cena netto usługi 448,8 tys. zł. netto pozwala na pokrycie kosztów, marginesu na ryzyko oraz zapewnienie zysku niezależnie od sposobu kalkulacji.

Porównanie kalkulacji T-Mobile S.A. oraz Polkomtel S.A.

Na koszty realizacji *zadania nr 3* składają się:

Koszty uruchomienia usługi (dostawa kart SIM, zestawienie łączy do Zamawiającego, instalacja urządzeń, przeszkolenie użytkowników, etc.)

Koszty świadczenia usług transmisji danych.

O ile koszty z pozycji A mają charakter tzw. kosztów bezpośrednich – uruchomieniu usługi można jednoznacznie przypisać konkretne koszty/wydatki ponoszone przez firmę (np. koszt zestawienie łączy radiowego na potrzeby realizacji *zadania nr 3* dotyczy tylko tego zadania), o tyle koszty z pozycji B mają charakter, tzw. kosztów pośrednich – tj. wchodzi one w skład kosztów ponoszonych w związku ze świadczeniem usług teleinformatycznych GSM, których nie można przypisać li tylko realizacji *zadania nr 3*, gdyż służą także świadczeniu usług na rzecz innych klientów T-Mobile S.A. (dotyczy to m.in. kosztów utrzymania infrastruktury sieciowej /np. maszty, nadajniki, urządzenia realizujące przesył informacji między węzłami sieci GSM, etc./, kosztów opłat za częstotliwości i in.).

W kalkulacji kosztu świadczenia usług przesyłu danych, koszty pośrednie muszą zostać określone przez przypisanie części łącznej kwoty kosztów ponoszonych w skali firmy usłudze

Sygn. akt KIO 442/16

będącej przedmiotem zamówienia (tzw. alokacja). Odwołujący oraz przystępujący stosowali tu odmienny mechanizm alokacji kosztów pośrednich (tj. różne ich podzielniki):

Odwołujący: zgodnie z udziałem liczby kart SIM objętych umową w ogólnej liczbie kart SIM danego operatora;

T-Mobile S.A.: zgodnie z udziałem maksymalnej ilości danych przesłanych w ramach usług objętych zadaniem 3 w całkowitej ilości danych przesłanych w ramach usług przesyłu danych.

Przyjęcie różnych podzielników skutkuje uzyskaniem kalkulacji różniących się ok. 14-krotnie. Jest to główna przyczyna występowania rozbieżności w kalkulacjach odwołującego i przystępującego.

W ocenie biegłego alokacja kosztów w proporcji do liczby kart SIM nie jest trafna. Prowadzi ona do zawyżenia kosztu usług transmisji danych o małym pakiecie danych (limit transferu) przypadającym na pojedynczą kartę SIM, jak to ma miejsce w rozpatrywanym przypadku, i nie doszacowaniu go w przypadku usług o większych pakietach danych (należy zwrócić uwagę, że pakiet 30 MB danych, jest prawie 70 razy mniejszy od typowego pakietu danych oferowanego klientom indywidualnym wynoszącego 2 GB /2000 MB/). Obliczony w ten sposób koszt świadczenia usług transmisji danych przez pojedynczą kartę SIM o pakiecie danych 20 MB jest taki sam, jak koszt świadczenia usług o pakiecie danych ok. 70 razy większym – 2 GB. Ustalenie to jest jednak sprzeczne z logiką i życiowym doświadczeniem, gdzie wykonanie większej ilościowo usługi powinno kosztować więcej niż mniejszej (jest to oczywiste, jeśli transmisję danych utożsamia się – w ramach eksperymentu myślowego – z przewozem towarów: przewiezienie większej ilości towaru jest kwotowo droższe niż mniejszej).

Trafna jest natomiast alokacja kosztów pośrednich w proporcji do ilości danych, które mają zostać przesłane w ramach umowy. Prowadzi to do zgodnych z logiką i doświadczeniem rezultatów: koszty realizacji usług o większym pakiecie danych są droższe niż usług o mniejszym pakiecie.

Nawet gdyby uznać, że oba sposoby kalkulacji są dopuszczalne, gdyż finalnie oba prowadzą do pokrycia całości kosztów pośrednich świadczenia usług transmisji danych, to oznacza to, że dopuszczalna jest także kalkulacja przedstawiona przez Polkomtel S.A., choć powoduje

ona, że oferta tej firmy dla kart z małym pakietem danych będzie niekonkurencyjna. Odwrotna sytuacja będzie jednak miała przy oferowaniu usług o dużym pakiecie danych per karta SIM.

Sygn. akt KIO 442/16

Kalkulacja kosztu usług T-Mobile S.A. przy założeniach kosztowych spółki Polkomtel S.A. ale przy podziale względem ilości przesłanych danych

Wynik kalkulacji wskazanej w tytule zawiera poniższa tabela:

Kalkulacja wg danych	Zestawienie kosztów
Polkomtel S.A.	
98 434,32	Koszty bezpośrednie
98 511,05	Koszty pośrednie
196 945,37	Suma

Jej szczegóły znajdują się w części stanowiącej załącznik nr 1 do niniejszej
się do podziału pozycji pośrednich opinii sprowadzają poszczególnych kosztów
w proporcji do ilości danych przesłanych w ramach umowy do całkowitej ilości danych
przesłanych przez sieć T-Mobile. Tak oszacowany koszt realizacji umowy z całą pewnością
pozostawia margines na ryzyko oraz zapewnia operatorowi zysk zostaną one zrealizowane
ze znacznej marży wynoszącej ok. 251 tys. zł (różnica między ceną ofertową a kosztem
realizacji). W ofercie T-Mobile koszt realizacji umowy wskazany został na poziomie o ok. 40
tys. zł niższym niż tu obliczony.

Alokacja kosztów operacyjnych spółki T-Mobile S.A. względem ilości danych przesyłanych w
ramach zadania 3

Wg sprawozdania finansowego za rok 2014 (załączone do pisma [5]) spółka T-Mobile S.A.
osiągnęła 6 262 737 tys. zł. przychodu ze sprzedaży i zysk operacyjny 1 443 367 tys. zł, co
pozwala wnioskować, że koszty operacyjne wynoszą 4 819 370 tys. zł. (kwoty te były
zbliżone też w 2013 r., więc można traktować je jako dobre przybliżenie kosztów
operacyjnych spółki T-Mobile na kolejna lata) Potrącając z kosztów operacyjnych koszty
opłat interkonekt – 675 076 tys. zł oraz wartość sprzedanych telefonów i akcesoriów 1 379
131, które nie mogą stanowić kosztu świadczenia usług przesyłu danych M2M w sieci GSM
daje szacunkowy koszt świadczenia usług 2 765 163 tys. zł. Przyjmując, z pewnością
nadmiarowo, iż połowa tej kwoty to koszty świadczenia usług przesyłu danych otrzymujemy
alokując analogicznie jak firma T-Mobile w swoich wyjaśnieniach oszacowanie kosztu
świadczenia usług przesyłu danych na poziomie ok. 250 tys. zł, co powiększając o koszt
budowy dwóch łączy oszacowany przez Polkomtel S.A. na poziomie 41 tys. zł daje łącznie
koszty na poziomie 291 tys. zł. – kwota w dalszym ciągu zapewniająca marżę(ok. 158 tys. zł.) zapewniającą margines
ryzyka i zysk.

Konkluzja

Sygn. akt KIO 442/16

Przeprowadzone analizy wskazują, że jest możliwe wykonanie *zadania nr 3* w cenie 552 024
zł brutto, tj. 448 800 zł netto. W pierwszej kolejności wskazać należy, że oszacowanie
kosztów / cen rynkowych świadczenia usług przesyłu danych wskazują, iż ww. koszt
wykonania *zadania nr 3* pozostawia znaczącą marżę, z której może zostać zrealizowany
zysk i zapewniony budżet ryzyka. Jednocześnie różnica między kalkulacjami
przedstawionymi przez Polkomtel S.A. i T-Mobile S.A. jest spowodowana odmiennymi

alokacji kosztów na skutkujące sposobem pośrednich opiniowane zamówienie,
zaalokowaniem przez Polkomtel S.A. kwot ok. 14-krotnie większych w porównaniu z T-
Mobile S.A. Dane wyjściowe (łącznie kwoty kosztów) są w obydwu kalkulacjach zbliżone.
Przeprowadzając kalkulację na danych wyjściowych zawartych w odwołaniu Polkomtel S.A.,
ale alokując koszty pośrednie wg metody stosowanej przez T-Mobile S.A. oszacowany został
koszt realizacji usług objętych *zadaniem nr 3* na kwotę ok. 197 tys. zł., co przy cenie 448,8 zł
zapewnia ponad 100% marżę. Podobnie przybliżona, ostrożna alokacja kosztów
operacyjnych wynikających ze sprawozdania finansowego T-Mobile S.A. na zadanie nr 3
wykazała, że proponowana cena w dalszym ciągu zapewnia margines ryzyka oraz zysk.
Zagadnienie 1. Czy w ocenie biegłego wykonawca T-Mobile uwzględnił poprawnie koszty

zakupu i utrzymania częstotliwości oraz opłat rezerwacyjnych, na których pracują sieci 2G/3G/LTE wymagane przez zamawiającego?

W zakresie objętym pytaniem kwoty wyjściowe (całkowity koszt ponoszony przez przedsiębiorstwo) przyjęte przez odwołującego w jego kalkulacji i T-Mobile S.A. są zbliżone, natomiast zostały one alokowane na koszt realizacji *zadania nr 3* w odmienny sposób (wg odmiennego podzielnika), co skutkowało znaczącą różnicą między kosztem w kalkulacji odwołującego i przystępującego. Ponieważ jednak sposób alokacji przyjęty przez T-Mobile S.A. jest w ocenie Biegłego poprawny, koszt pozyskania i utrzymania częstotliwości został oszacowany poprawnie. Szczegółowe porównanie zawiera załącznik nr 1 zawierający elementy wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa T-MOBILE S.A.

Zagadnienie 2. Czy w ocenie biegłego wykonawca T-mobile uwzględnił poprawnie koszty utrzymania sieci mobilnej T-Mobile ponoszone na rzecz przedsiębiorcy Networks, który zajmuje się utrzymaniem sieci T-Mobile?

W zakresie objętym pytaniem kwoty wyjściowe (całkowity koszt ponoszony przez przedsiębiorstwo) przyjęte przez odwołującego w jego kalkulacji i T-Mobile S.A. są zbliżone, natomiast zostały one alokowane na koszt realizacji *zadania nr 3* w odmienny sposób (wg odmiennego podzielnika), co skutkowało znaczącą różnicą między kosztem w kalkulacji odwołującego i przystępującego. Ponieważ jednak sposób alokacji przyjęty przez T-Mobile S.A. jest w ocenie Biegłego poprawny, koszt pozyskania i utrzymania częstotliwości został oszacowany poprawnie. Szczegółowe porównanie zawiera załącznik nr 1 zawierający elementy wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa T-MOBILE S.A.

Sygn. akt KIO 442/16

Zagadnienie 3. Czy cena zaoferowana przez T-Mobile ma charakter rynkowy i czy pozwala na wykonanie zamówienia bez ponoszenia strat?

Odpowiedź na to pytanie znajduje się w p. 4.1.4. Powtarzając: zaoferowana cena ma charakter rynkowy, pozwala na pokrycie kosztów, zapewnia budżet ryzyka i osiągnięcie zysku.

Zagadnienie 4. Czy sposób analizy kosztów przedstawiony przez odwołującego w treści odwołania (pismo z dnia 25 marca 2016 r.) jest prawidłowy (w szczególności strony od str. 8 pkt 13 do str. 12 oraz od str. 9 do 14 pkt od (13) do (17) ?

Zgodnie z ustaleniami zawartymi w załączniku nr 1 dotyczącym części opinii zawierającej dane wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa dane będące podstawą kalkulacji obu podmiotów są zbliżone co wskazuje na ich wiarygodność, jednocześnie jak wskazano już w p. 4.1.2 powstałe różnice wynikają z przyjęcia odmiennych sposobów alokacji kosztów pośrednich w koszty realizacji *zadania nr 3*. Przyjęty sposób rozliczania kosztów pośrednich na kartę SIM czyni jednak ofertę odwołującego niekonkurencyjną. Stosując systematycznie ten sposób kalkulacji odwołujący będzie składał oferty konkurencyjne w porównaniu z T-Mobile w sytuacji, wtedy gdy na każdej karcie SIM będzie wykonywany większy przesył danych.

Zagadnienie 5. Czy w ocenie biegłego wykonawca T-Mobile uwzględnił poprawnie koszty świadczeń pracowniczych w rozbiciu na jedną kartę SIM?

Biegły nie podziela koncepcji alokacji kosztów pośrednich przez przelicznik oparty na liczbie kart SIM objętych zamówieniem, a w każdym bądź razie nie uważa za wadliwej alokacji kosztów pośrednich w proporcji do ilości danych przesłanych w ramach umowy.

Dane te nie zostały uwzględnione w kalkulacji T-Mobile S.A., zostały także celowo pominięte w kalkulacji Polkomtel S.A.

Uwzględniając za sprawozdaniem finansowym T-Mobile S.A. koszty świadczeń pracowniczych za rok 2014 w kwocie 539 477 000 zł i rozliczając je w proporcji do danych przesyłanych w ramach umowy, to cena ofertowa w dalszym ciągu zapewnia ponad 50% marżę, a tym samym zysk i budżet ryzyka. (szczegóły kalkulacji znajdują się w opinii zawierającej dane wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa T-Mobile S.A.)

Zagadnienie 6. Czy w ocenie biegłego wykonawca T-Mobile uwzględnił w sposób prawidłowy koszty rozbudowy i modernizacji swojej sieci w paśmie WCDMA900 w wysokości około 1 mld zł?

Koszty te są uwzględniono w kalkulacji T-Mobile, szczegóły wyjaśnień znajdują się w p. 2 załącznika nr 1 zawierającego dane wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa T-Mobile

Sygn. akt KIO 442/16

Zagadnienie 7. Jakie w ocenie biegłego główne ryzyka będzie generować realizacja przedmiotu zamówienia i w jaki sposób powinny zostać uwzględnione w treści złożonej oferty?

Zasadniczym ryzykiem po stronie wykonawcy wynikają z treści projektu umowy [3] i wiążą się z karami umownymi, które opisuje § 10 projektu umowy [3]. Zasadnicze ryzyka dotyczą: Kar za niedotrzymanie średniej dostępności łącza opisanych w załączniku nr 4 do SIWZ [2] – wymagana średnia dostępność wszystkich łączy winna być większa niż 80%, co w ocenie biegłego nie stanowi parametru wyśrubowanego, ryzyko niedotrzymania tego parametru nie jest duże.

Opóźnienia w dostarczeniu kart SIM – ryzyko zaistnienia tej sytuacji jest minimalne;

Niedotrzymanie terminu zestawienia łącza do APN – ryzyko niewielkie;

Niedotrzymanie dostępności łącza do APN, w tym jego niedostępność przez 12 godzin – generalnie ryzyka niewielkie;

Nieusunięcie awarii pojedynczej i masowej – ryzyko nie duże, kary umowne umiarkowane.

Inne przypadki wymienione w § 10 mają marginalne znaczenie.

Ryzyka te wymagają uwzględnienia przez przyjęcie odpowiedniego budżetu ryzyka. Kwota odpowiadająca 10-20% oszacowanych kosztów realizacji usług objętych zadaniem nr 3 winna być wystarczająca.

Zagadnienie 8. Czy zgodnie z SIWZ do świadczenia usługi wystarczy, że będzie wykonywana ona z udziałem jednej technologii spośród 2G, 3G, LTE (zgodnie z twierdzeniem Przystępującego „jeżeli biegły odpowie na pytanie, że wystarczy wykonać usługę za pomocą jednej tylko z tych 3 technologii, to będzie miało to wpływ na koszt wykonania; Pełnomocnik odwołującego twierdził, że usługę można wykonywać w danej chwili, w danym miejscu, za pomocą jednej z trzech technologii, dlatego że od miejsca wykonywania usługi zależy rodzaj technologii dostępny w danym miejscu, a miejsce zostanie określone dopiero na etapie podpisania umowy. Reasumując wykonawca w ofercie powinien skalkulować możliwość pracy w trzech podanych technologiach. Zależy to od stanu rozwoju sieci T-Mobile” – vide protokół z rozprawy)?

Kalkulacja ceny w obu wariantach, tj. Polkomtel S.A. i T-Mobile S.A. obejmuje całość kosztów pośrednich realizacji usług transmisji danych przez te firmy, a więc wszystkie technologie w których transmisja ta jest realizowana. W przypadku możliwości ograniczenia do jednej z technologii powinna zmienić się alokacja części kosztów, co byłoby korzystne dla T-Mobile S.A. Dla szczegółowego rozstrzygnięcia tej kwestii brak jednak wystarczających danych, a wobec ustaleń zawartych w p. 4.1.5, analiza tej kwestii jest zbędna.

Wymaganie, by minimalna prędkość transmisji wynosiła 512 kb/s ([2, p. 6.4]) oznacza, że usługi przesyłu danych muszą być realizowane przynajmniej w technologii 3G.

Sygn. akt KIO 442/16

Zagadnienie 9. Czy koszt aukcji dotyczący LTE, która nie była rozstrzygnięta na etapie składania ofert powinien być uwzględniony w cenie oferty?”

Nie wydaje się konieczne uwzględnienie kosztu aukcji LTE, tym bardziej, że do realizacji umowy wystarczą starsze technologie transmisji danych – 3G.

Zagadnienie 10. Czy koszt inwestycji i modernizacji sieci, jeżeli wykonawca posiada wystarczającą sieć do realizacji zamówienia, powinny być uwzględnione w cenie oferty?

Koszty te uwzględniane są albo w kosztach amortyzacji, albo w kosztach usług spółki Networks! Co do zasady nie można wykluczyć celowości uwzględnienia tego typu kosztów, gdyż część z nich może mieć charakter odtworzeniowy w odniesieniu do infrastruktury sieciowej.

Zagadnienie 11. Czy jest możliwość uwzględnienia kosztów przy świadczeniu usługi w rozbiciu innym niż na kartę SIM?

Tak, możliwa są inne metody alokacji kosztów pośrednich – np. względem innego podzielnika niż karta SIM – np. może on zostać przeliczony na jednostkę ilości danych – np. na 1 MB przesłanych danych, co jest w mojej ocenie właściwszym podejściem w przypadku systemów transportowych, a takim jest przecież sieć GSM.

Zagadnienie 12. Czy zaoferowana cena przez wykonawcę T-Mobile uwzględnia wszystkie

koszty realizacji przedmiotu zamówienia opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym, czy cena nie jest skalkulowana w oparciu o przerzucenie kosztów tego zamówienia do innych kosztów działalności wykonawcy T-Mobile?

W ocenie biegłego cena zaoferowana przez T-Mobile S.A. uwzględnia wszelkie koszty realizacji tego zamówienia (niezależnie od pewnych wad kalkulacji przedstawianej w toku postępowania o udzielenie zamówienia).

Druga spośród poruszonych w pytaniu kwestii nie rozstrzyga o rynkowości zaoferowanej ceny usług realizowanych w ramach

zadania nr 3. Dane zawarte w aktach postępowania są zbyt ogólnikowe, by snuć takie ustalenia – wymagałoby to udostępnienia danych z zakresu analizy kosztów, a i one nie wiadomo, czy pozwoliłyby na dokonanie odpowiednich ustaleń. Zagadnienie 13. Czy zaoferowana cena jest ceną realną i nie jest ceną poniżej kosztów świadczenia usługi?

Odpowiedź na to pytanie znajduje się w p. 4.1.4. Powtarzając: zaoferowana cena ma charakter rynkowy, pozwala na pokrycie kosztów, zapewnia budżet ryzyka i osiągnięcie zysku.

Załączniki

Załącznik nr 1. Część opinii zawierająca dane wskazane jako tajemnica przedsiębiorstwa T-Mobile S.A.

Informacje o autorze opinii

Sygn. akt KIO 442/16

Autor niniejszej opinii posiada stopień doktora habilitowanego nauk technicznych w dyscyplinie informatyka. Posiada certyfikaty CISA i CISM nadawane przez międzynarodowe stowarzyszenie audytorów informatycznych ISACA. Pracuje jako adiunkt w Instytucie Automatyki i Informatyki Stosowanej na Wydziale Elektroniki i Technik Informatycznych Politechniki Warszawskiej, tamże jest kierownikiem studiów podyplomowych Zarządzanie zasobami IT oraz Zarządzanie projektami. Specjalizuje się w inżynierii oprogramowania, zwłaszcza w architekturach wielkich systemów informatycznych i zarządzaniu funkcję eksperta wielu przedsięwzięć przedsiębiorstwami

informatycznymi, pełni

informatycznych, jest też biegłym sądowym. Uczestniczył w opracowaniu rekomendacji UZP dotyczących zamówień na systemy informatyczne oraz zamówień na zestawy komputerowe, a także licznych opinii na zlecenie NIK, firm prywatnych, instytucji publicznych, Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów. Od czerwca 2013 r. jest członkiem Komitetu Naukowego Giełdy Papierów Wartościowych w Warszawie a od 2014 r. członkiem Rady Programowej Akademii Zarządzania IT Administracji Publicznej. Więcej informacji na stronie internetowej: <http://www.ia.pw.edu.pl/~azalews2>.

Na rozprawie Biegły udzielił następujących odpowiedzi na zadane pytania przez odwołującego, zamawiającego jak i przystępującego.

Na zadane pytanie jakie parametry wejściowe zostały przyjęte do analizy w kontekście wskazanych rozbieżności.

Biegły wyjaśnił, że parametry zostały przyjęte jak dla zamówienia podstawowego, tj. bez przewidzianego prawa opcji, patrz pkt 5.1 opinii. Zwłaszcza poziom 9924 kart SIM. Wyniki kalkulacji zostały wprawdzie odniesione do kwoty oferty wraz z prawem opcji, co w pewnym sensie stanowi usterkę, niemniej będę starał się wyjaśnić aby zespół arbitrów mógł na podstawie informacji zawartych w treści opinii wydać rozstrzygnięcie co do kwestii rażąco niskiej ceny. Na pytanie podstawiając po stronie przychodowej wartość zamówienia podstawowego oraz kalkulując wszystkie koszty wskazane przez biegłego otrzymamy wartość ujemną, w związku z tym co to oznacza?

Biegły wyjaśnia, że w pkt 5.1 opinii części jawnej jest zawarty szereg kalkulacji oraz cen rynkowych za tego rodzaju realizację usług. W związku z tym w pkt 5.1.1 jest próba oszacowania nie tyle kosztu, co ceny usług. Opinia bazuje na cenach rynkowych, co dla biegłego oznacza, że zawierają zarówno koszty jak i zysk, bowiem trudno zakładać, że podmioty działające na rynku oferują ceny poniżej kosztów i bez zysku. W pkt 5.1.1 oszacowano koszt usługi na poziomie 64 197 zł, tj. koszt przesyłu około kwoty 34 000 i koszt kart SIM około 30 000 zł. W ofercie Orange pojawia się opłata 50 zł za każdy numer, tzw. opłata aktywacyjna. Przyjąłem, że od tej ceny można zastosować rabat przynajmniej 50%, a

wszyscy tu obecni wiedzą, że podmioty typu zamawiającego otrzymują rabaty do 90%, w

Sygn. akt KIO 442/16

stosunku do odbiorców indywidualnych. W efekcie otrzymujemy cenę usługi na poziomie 265 000 zł. Cena ta obejmuje jak najbardziej koszt, budżet ryzyka i zysk. Ponadto należy wziąć pod uwagę, że w okresie trwania kilku lat umowy będzie utrzymywać się aktualna tendencja że ceny maleją nadal. W tym miejscu do Izby należy ocenić czy cena rynkowa na poziomie 265 000 zł w porównaniu z zaoferowaną ceną 238 000 świadczy o rażąco niskiej cenie, czy jest to wręcz przeciwnie cena rynkowa. Biorąc pod uwagę, że do oszacowania ceny rynkowej przeze mnie wliczono opłatę aktywacyjną w kwocie 25 zł, w zakresie przyjęcia tej opłaty oszacowanie moje jest bardzo ostrożne.

Dalej posługując się pkt 5.1.1. jest zawarta kalkulacja na podstawie sprawozdania UKE, która została wykonana na podstawie badania przez ten Urząd Cen Usług elektronicznych, tj. transmisji danych, przy przyjęciu do kalkulacji cen maksymalnych co dało około 333 000 zł za realizację usługi przesyłu danych. Również wg tego raportu ceny minimalne są nawet czterokrotnie niższe, ja z kolei w swojej kalkulacji przyjąłem jak wyżej rabat przynajmniej na poziomie 50%, co dało w efekcie koszt 208 000 zł, przy czym 167 000 zł obejmuje zysk; koszt wykonania i budżet ryzyka.

Przechodząc do pkt 5.1.3 gdzie były zakładane kalkulacje kosztowe odnoszące się do tajemnicy przedsiębiorstwa dokonałem kalkulacji wg danych wskazanych przez Polkomtel ale wg podzielników stosowanych przez przystępującego, co dało mi kwotę 196 000 zł, oczywiście przyznaje, że przypisanie może wydawać się mało precyzyjne zwłaszcza przy przyjętym sposobie kalkulacji, gdzie w grę wchodzi setki milionów czy miliardów kosztów operacyjnych podmiotów tego rodzaju, a przypisane muszą być do konkretnego zamówienia, to w tym wypadku do najwyżej setek tysięcy złotych w zależności od przyjętych podzielników. Z istoty rzeczy muszę stwierdzić, że kalkulacje tego rodzaju są tzw. zgrubne, bowiem na podstawie danych mocno zagregowanych, tj. dotyczących różnych obszarów działalności podmiotów. Też zwracam uwagę na pkt 5.1.4 opinii, gdzie dokonałem próby alokacji kosztów operacyjnych przystępującego na przedmiotowe zamówienie stosując podzielnik kosztowy tej spółki, co dało około 291 000 zł, kwotę tę można potraktować jako wskazanie orientacyjnego pułapu kosztów przy zastosowaniu sposobu kalkulacji przystępującego. Pełnomocnik odwołującego prosi w tym miejscu o potwierdzenie przez biegłego, że koszty ujęte w pkt bocznych opinii od 157-215 są kosztami nieprawdziwymi, tzn. że dopiero ich obniżenie powoduje rentowność usługi. Przez koszty nieprawdziwe rozumiem że są to koszty niższe niż te które Pan biegły w opinii opisał.

Biegły wskazuje pkt 5.1.1 zawiera tak naprawdę próbę oszacowania możliwej ceny oraz możliwej wysokości kosztów realizacji zamówienia przy założeniu obecnego poziomu cen na rynku, tego typu usług. Są to oszacowania w przybliżeniu maksymalne, cena może być niższa niż 265 000 zł, odpowiadając na pytanie czy może być wyższa – tak, może być

Sygn. akt KIO 442/16

zawarta na poziomie wyższym zależy to od potencjału negocjacyjnego klienta, przykładowo podaje np. różne wielkości taboru, zamówienia klienta.

Pełnomocnik odwołującego stwierdza, że w pkt bocznych 203-215 biegły przyjął 50% upust opłaty aktywacyjnej, nasze wyliczenia wskazują, że dla zachowania rentowności oferty T-Mobile upust powinien być na poziomie 80%. Chciałbym żeby biegły odpowiedział w sytuacji kiedy opłata aktywacyjna nie jest przenoszona na koszty np. na abonament tj. tak jak w przedmiotowej sprawie to w jakich przypadkach analizując rynek znalazł Pan przykłady 80-90% upustów, jest to dla nas kluczowa kwestia, ponieważ nie znamy tego rodzaju upustów. Biegły stwierdza, że nie może podać z nazwy takich podmiotów, które uzyskały taki upust ale mogę jedynie stwierdzić, że dotyczy to dużej grupy finansowej, przy czym jeszcze raz podkreślam, że podana dzisiaj przeze mnie w opinii kwota 265 000 zł to rozumiem przez tą kwotę cenę, a nie koszt więc zrozumiałym jest że koszt stanowi część tej kwoty, tj. kwoty 265 000 zł.

Pan M.J. chciałbym w tym miejscu zapytać biegłego odnosząc się do jego opinii, że w pkt 5.1.1. pkt boczny 196 biegły oszacował kwotę 265 000 zł podając, że jest to koszt przesyłu, natomiast słyszymy, że biegły podnosi że jest to cena. Prosiłbym o wyjaśnienie.

Ja dzisiaj odnosząc się do wydanej przeze mnie opinii wyjaśniam jak należy podane kwoty,

które przedstawiłem w opinii rozumieć i co one stanowią. Zwracam uwagę, że oszacowanie ceny stanowi także górne oszacowanie kosztów, o czym mowa jest w wierszu 197. Pan M.J. chciałbym w tym miejscu wrócić do drugiej wersji wyliczenia kosztów gdzie podano kwotę 208 000 zł, tj. 229 opis. Kwotę tę biegły oszacował dodając dwie kwoty, tj. 167 000 zł i 41 000 zł w związku z tym mam pytanie do biegłego skąd się wzięła kwota 41 000 zł, czy nie powinna wynosić 76 800? Bo taki jest koszt zestawienia łączy bez względu na to czy mówimy o koszcie podstawowym zamówienia czy z uwzględnieniem prawa opcji, ponieważ ten koszt w każdej z wersji zamówienia w pierwszym miesiącu trwania umowy musi być wykonany w całości. Jest to tzw. koszt wybudowania i utrzymania dwóch łączy, każde po 800 zł przez okres 48 miesięcy wraz z urządzeniami końcowymi routerami, jest to koszt wybudowania łączy i ceny są raczej zestandaryzowane. W moje ocenie może być tylko więcej. Tą kwotę łączną 76 800 zł podaję dlatego, że biegły w opinii powoływał się na tą kwotę jako kwotę wiarygodną, po czym obniżył tą kwotę ale powołując się na nasze obliczenia co jest niekonsekwencją, bo nasze obliczenia wychodziły na 76 800 zł. Biegły odpowiadając na pytanie stwierdza, że owszem faktycznie koszt wynosił u odwołującego 76 800 zł ale to odwołujący w swoim odwołaniu dokonując różnego rodzaju przeliczeń w tym na karty SIM ustalił koszt 41 000 zł. Kwotę tę 41 000 zł uzyskałem przez przeliczając liczbę kart SIM przez koszt jednostkowy wynoszący 0,0855 zł i liczbę 48 miesięcy. Korzystałem z danych zawartych w odwołaniu.

Sygn. akt KIO 442/16

M.J. stwierdza, że odpowiedź go nie satysfakcjonuje, ponieważ biegły alokację kosztów na kartę SIM uznał za nieprawidłową, natomiast w opinii stosuje tą metodę wskazania kosztów. Biegły odpowiadając stwierdza nawet jeżeli przyjmując koszt 76 800 zł i dodamy koszt 167 000 zł to otrzymamy koszt na poziomie 243 800 zł, przy czym 167 000 zostało ustalone na podstawie cen usług transmisji danych, a z tego wynika, że zawiera margines ryzyka i zysk, a jednocześnie jest to oszacowanie górne, trudno myśleć, że może być większe. Stwierdza, że koszt 176 000 był oszacowany jako z górnej półki przy uwzględnieniu obydwu sposobów liczenia kosztów w sumie w każdym wyniku mamy stratę. Biegły zwraca uwagę na tezę dowodową zakreśloną przez Izbę, ja chciałbym podkreślić, że zadane pytanie ma na celu udzielenie odpowiedzi czy za określoną w tym pytaniu kwotę można wykonać zamówienie, natomiast nie miałem podanej kwestii wyliczenia ile to powinno kosztować, tj. ile dokładnie mógłby wynosić koszt. Oszacowałem i w dalszym zakresie odpowiedź należy do Izby bo nie wymaga wiadomości specjalnych. Chciałbym żeby biegły wyjaśnił kwestię pierwszego sposobu liczenia ceny, tj. wg taryfy Orange przy 35 Gb koszt 79 zł, koszt abonamentu 0 i koszt aktywacji 50 zł biegły przyjął, że zakupi 9 pakietów, moim zdaniem powinien przyjąć 9 924 pakiety, ponieważ tyle jest kart a regulamin mówi, że jeden pakiet należy dokupić do jednej karty. I gdyby przyjąć, że zakup najtańszego pakietu 10 z rabatem 90% to mamy cenę 1 zł i koszt wyniósłby ponad 2 razy więcej niż oferta T-mobile. Jeżeli byśmy przyjęli 1 zł za jedną kartę razy 9 924 razy 48 miesięcy mamy kwotę 476 000.

Biegły zastanawiałem się sporządzając opinię nie ulega wątpliwości, że za kwotę 79 zł można nabyć 35 Gb przesyłu danych typu M2N, żeby przesłać ilość danych objętych zamówieniem potrzeba 9 pakietów, czyli trzeba 9 razy 79 zł żeby przelać 298 Gb miesięcznie trzeba przesłać 9 pakietów za 79 zł. oraz doliczono koszt nabycia karty SIM oraz opłaty MES i SDM. Przy takiej logice argumentacji trudno jest doliczać koszt jeszcze 9 924 kart SIM, tj. abonamentu za taką ilość kart.

Chciałbym zwrócić uwagę i uzyskać odpowiedź, że należy wziąć pod uwagę, że zamawiający oczekuje raczej dużej ilości kart ale z małą ilością na nich danych i ja ze swojego doświadczenia wiem, że wtedy koszt zakupu tych kart jest wyższy niż gdy dotyczy większej ilości danych, tj. na jednej karcie.

Nie spotkałem się z przykładami żeby przy dużym zakupie hurtowym w związku z ilością danych na karcie nie znajduje uzasadnienia dla twierdzenia, że przy hurtowym zakupie danych wpływ na cenę miałaby ilość danych zawartych na karcie przypadających na jedną kartę SIM.

Sygn. akt KIO 442/16

Czy koszt dla jednej karty SIM ze 100 Gb danych będzie taki sam jak 10000 kart z transmisją po 100 Mb z uwzględnieniem, że karty muszą być obsługiwane przez systemy teleinformatyczne operatora.

Biegły stwierdza, że te kwestie nie były podnoszone w dotychczas przedstawionym materiale dowodowym i trudno się do tego odnieść i trudno znaleźć argumentację co do różnych cen Mb w zależności skąd są przesyłane, jest to kwestia polityki cenowej operatorów GSM.

W.Ś. dlaczego biegły przyjął różną metodologię liczenia kosztów raz odnosząc się do ilości kart SIM, a rażąco odnosząc się do ilości przesłanych danych, stosował różną alokację kosztów operacyjnych.

Musiałem to zrobić dlatego, że ze względu na tajemnicę obowiązującą i żebyście panowie mogli no też coś w tym zakresie z mojej opinii przeczytać, opierałem się po prostu na waszej metodologii, która była podana, a dotyczy to tylko jednej pozycji modernizacja, natomiast nie mogłem przedstawić w części jawnej metodologii T-mobile, tj. konkretnie danych metodologie poruszyłem ale nie mogłem podać danych źródłowych.

Zamawiający: M.K. wg Pana wiedzy w jakich wielkościach w kwocie 265 000 zł koszt, budżet ryzyka i zysku jest ulokowany, w jakich wysokościach jest uwzględniony.

Wg mojej wiedzy może mieścić się w granicach 20-40% ceny.

Przystępujący: Czy w ocenie biegłego kwota podana 196 945,37 zł na str. 11 opinii w pkt

5.1.3 pozwala na zrealizowanie zamówienia w sposób należyty, nie ponosząc straty?

Biegły wskazuje, że biorąc pod uwagę treść mojej całej opinii oraz tzw. zgrubność kalkulacji w tym przypadku uważam, że kwota wymieniona przed chwilą jest kwotą gwarantującą wykonanie zamówienia.

Izba zważyła

Powołany w sprawie biegły wydał opinię, z której wynika, że zaoferowana cena przez przystępującego to jest wykonawcę wybranego nie jest ceną poniżej kosztów świadczenia usługi. Biegły powyższy stan w sprawie ustalił badając ceny rynkowe na podobne usługi operatorów komórkowych jak i sprawozdania finansowe przystępującego za ostatnie dwa lata obrachunkowe. Sprawozdania finansowe służyły do oceny kosztów pośrednich w tym koniecznych kosztów inwestycji umożliwiających przesył danych. Również uwzględnił w wydanej opinii przewidziane prawo opcji związane z możliwością rozszerzenia wielkości świadczonej usługi.

Z uwagi na obowiązującą tajemnicę przedsiębiorstwa w zakresie informacji w udzielanych wyjaśnieniach w trybie art.90 ustawy Pzp. opinia dzieli się na część jawną oraz tajną, która jest załączona do akt sprawy.

Sygn. akt KIO 442/16

Wydając opinię Biegły również wziął pod uwagę okoliczność, że w obrocie gospodarczym występują bonifikaty w granicach od 50 % nawet do 90 %.

Na rozprawie Biegły odpowiadając na zadawane pytania zwrócił uwagę, że jego ustalenia zwłaszcza co do udziału kosztów pośrednich w całości kosztów usługi mają tzw. zgrubny charakter. Wynika on z proporcji pomiędzy wielkością całości świadczonych usług przez badanego operatora a wielkością przedmiotowego świadczenia, którego cena jest objęta badaniem w kierunku rażąco niskiej ceny. Kolejnym czynnikiem, na który Biegły zwrócił uwagę mającym wpływ na wielkość ceny jest perspektywa czasowa świadczonych usług to jest okres 4 lat (48 m-cy). Biegły również podkreślał obserwowaną na przestrzeni ostatnich kilku lat tendencję spadku cen na tego rodzaju świadczone usługi (świadczenie usługi transmisji danych z wykorzystaniem sieci telefonii komórkowej).

Co do podnoszonych przez odwołującego różnic w metodologii ujmowania kosztów to biegły je potwierdził. Niemniej nie wywodził z powyższego zarzutu nie uwzględnienia wszystkich kosztów niezbędnych do świadczenia usługi przez przystępującego. Natomiast różnice te przyjął jako dopuszczalne w granicach prowadzonej polityki cenowej badanego operatora. Biegły biorąc pod uwagę zadawane pytania na rozprawie zwłaszcza przez odwołującego podtrzymał treść pisemnej opinii stwierdzając „otrzymujemy cenę usługi na poziomie 265 000 zł. Cena ta obejmuje jak najbardziej koszt, budżet ryzyka i zysk”. Biegły stwierdził również „pkt 5.1.1 zawiera tak naprawdę próbę oszacowania możliwej ceny oraz możliwej wysokości kosztów realizacji zamówienia przy założeniu obecnego poziomu cen na rynku, tego typu usług. Są to oszacowania w przybliżeniu maksymalne, cena może być niższa niż 265 000 zł,

odpowiadając na pytanie czy może być wyższa – tak, może być zawarta na poziomie wyższym zależy to od potencjału negocyjacyjnego klienta”.

Izba dokonując analizy pisemnej opinii przedstawionej przez Biegłego jak również udzielonych odpowiedzi na rozprawie, cytowanych powyżej w części uzasadnienia pn. Izba ustaliła stwierdza, że zaoferowana cena netto na zadanie nr 3 w wysokości 238.176,00zł.

netto nie jest cena rażąco niską.

W związku z powyższym nie uwzględniła zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 4 jak i art. 90 ust.3 ustawy Pzp.

W konsekwencji Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp w związku zaniechaniem odrzucenia oferty przystępującego, której złożenie w ocenie odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji a który to zarzut jest bezpośrednio związany z zarzutem rażąco niskiej ceny.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art.8 ust.3 w związku z art. 96 ust.3 ustawy Pzp., ponieważ uznała jego bezprzedmiotowość w związku z merytorycznym rozpoznaniem przez Izbę zarzutu rażąco niskiej ceny.

Sygn. akt KIO 442/16

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 i pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając kwotę 3.600,00 od odwołującego na rzecz zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....