

WYROK
z dnia 4 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier-Dolańska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 17 grudnia 2010 r. przez wykonawcę **Telefonia Dialog S.A. we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Bielany**

przy udziale uczestnika postępowania – **Intelligent Technologies S.A. w Warszawie**, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Telefonia Dialog S.A. we Wrocławiu oraz wykluczenia tegoż wykonawcy z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy Telefonia Dialog S.A. we Wrocławiu,

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Bielany i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez Telefonia Dialog S.A. we Wrocławiu oraz zasądza od Miasta Stołecznego Warszawy – Dzielnica Bielany kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Strona 1 z 22

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Strona 2 z 22

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa – Dzielnica Bielany, ul. śeromskiego 29, 01-882 Warszawa zwane dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na usługi telefonii stacjonarnej.

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 3 listopada 2010 r. publikując ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 310157 – 2010.

W dniu 14 grudnia 2010 r. zamawiający zawiadomił za pośrednictwem faksu m.in. wykonawcę Telefonia Dialog S.A., Pl. Jana Pawła II nr 1, 50-136 Wrocław (dalej „odwołujący”) o wykluczeniu go z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty, jak również o

wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Intelligent Technologies S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00 – 807 Warszawa.

Dnia 17 grudnia 2010 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośrednio do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą), kopię odwołania przekazując zamawiającemu za pośrednictwem faksu tego samego dnia.

Odwołanie zostało złożone wobec czynności bezzasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, którym to czynnościom odwołujący zarzucił naruszenie przepisów art. 24 ust.2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 90 ust. 3 ustawy poprzez ich zastosowanie, podczas gdy nie zachodzą przesłanki uzasadniające ich powołanie.

Strona 3 z 22

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów odwołujący argumentował, iż zamawiający bezzasadnie wykluczył go z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp wskazując, iż „złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania” oraz odrzucił jego ofertę, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”), co wyczerpuje przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający wskazał także, że oferowane przez odwołującego usługi nie spełniają wymogów zamawiającego określonych w opisie przedmiotu zamówienia, albowiem „w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w załączniku nr 2 do SIWZ Zamawiający wymagał, aby w ramach świadczenia usług telefonii stacjonarnej, będących przedmiotem niniejszego postępowania, była m.in. możliwość dostępu ON-LINE do wykazu zrealizowanych połączeń (z możliwością podglądu i wydruku rozmów z konkretnie wybranego numeru wewnętrznego)”. Ponadto zamawiający powołał się na naruszenie przez odwołującego przepisu art. 90 ust. 3 ustawy, gdyż złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z takim stanowiskiem zamawiającego zdaniem odwołującego nie sposób się zgodzić.

Odwołujący zaprzeczył, jakoby oferowane przez niego usługi nie spełniały wymogów zamawiającego, gdyż świadczył usługę bilingów on-line ze wskazaniem numerów wewnętrznych, których połączenia dotyczą. Odwołujący przyznał, że usługa bilingów on-line nie działała początkowo u zamawiającego w sposób prawidłowy, jednakże podkreślił, że zamawiający ma świadomość świadczenia przez odwołującego przedmiotowych usług, bowiem w dniu 16 listopada 2010 r. złożył u odwołującego reklamację w tym zakresie, która została uwzględniona. W konsekwencji odwołujący stwierdził, iż odwołujący nie złożył zamawiającemu nieprawdziwych informacji odnośnie świadczonych przez niego usług, a jedynie z uwagi na usterkę po stronie odwołującego nie były one przez pewien czas zamawiającemu świadczone, co wyjaśniono w drodze reklamacji. Dodał, że treść oferty złożonej zamawiającemu przez odwołującego odpowiada treści siwz, zatem oferta odwołującego niesłusznie została odrzucona na podstawie naruszonego przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący nie zgodził się także z zamawiającym, że „nie udowodnił prawdziwości podanych w ofercie elementów cenotwórczych”, wobec czego zamawiający uznał, że przedstawiona przez niego cena jest rażąco niska. Odwołujący powołał wyrok Izby z dnia 11 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 273/08), w którym zostało stwierdzone, że „Cena rażąco niska jest ceną nierealną tj. ceną za którą nie można zrealizować przedmiotowego

Strona 4 z 22

zamówienia. Tylko wówczas mielibyśmy do czynienia z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę, wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia”. Odwołujący wyjaśnił, iż zaoferowana przez niego cena nie spełnia przytoczonych wyżej przesłanek, albowiem ceny przez niego zaoferowane nie odbiegają drastycznie od cen przedstawianych przez innych operatorów. Na jej obniżenie wpływ miały: brak konieczności po stronie odwołującego zakupu urządzeń oraz oprogramowania, brak

potrzeby ponoszenia kosztów inwestycji na budowę przyłącza, fakt, że usługa będąca przedmiotem oferty jest usługą zdefiniowaną, fakt posiadania przez odwołującego dobrze wykwalifikowanych pracowników, potencjał techniczny, finansowy oraz wiedza i doświadczenie związane z tego typu usługami, co wbrew stanowisku zamawiającego dostarczenie uzasadnia obniżenie ceny usługi świadczonej przez odwołującego i zostało zamawiającemu przedstawione we wcześniejszej korespondencji tj. w piśmie z dnia 6 grudnia 2010 r. Dodał, iż nie zdarzyło mu się, aby wykonał zamówienie poniżej kosztów wytworzenia przedmiotów zamówienia. Byłoby to nielogiczne, albowiem w takim przypadku nie byłby w stanie wykonywać swoich usług należycie.

Pismem z dnia 22 grudnia 2010 r. Intelligent Technologies S.A., Al. Jerozolimskie 94, 00-807 Warszawa (dalej „przystępujący”) zgłosił skutecznie przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający przygotowując postępowania o udzielenie zamówienia na usługi telefonii stacjonarnej opisał przedmiot zamówienia w załączniku nr 2 do siwz (część II. pkt 1.3. siwz), wskazując w pkt. 1 powołanego załącznika, iż przedmiot zamówienia obejmuje m.in. zapewnienie stałego, całodobowego dostępu do publicznej sieci telefonicznej poprzez podłączenie dwóch łączy ISDN PRA 30 B+D. W pkt. 3 załącznika nr 2 do siwz podał szacunkowy czas trwania połączeń. Wskazał, iż rzeczywisty czas trwania połączeń może być inny i w takim przypadku nie będzie to miało wpływu na koszt połączeń. Rozliczenie rozmów – co do zasady - nastąpi wg rzeczywistego czasu ich trwania i wg stawek

Strona 5 z 22

określonych w umowie. Dalej w pkt. 11 sformułowano wymaganie, aby wykonawca umożliwił dostęp on – line do wykazu zrealizowanych połączeń (z możliwością podglądu i wydruku rozmów z konkretnie wybranego numeru wewnętrznego).

Zamawiający w części IV. pkt 1 siwz opisał sposób obliczenia ceny wskazując, iż w cenie oferty wykonawcy zobowiązani są uwzględnić wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia opisane w załączniku nr 2 do siwz, w tym wszystkie koszty związane z uruchomieniem i dostarczeniem usług telekomunikacyjnych przez wykonawcę zamawiającemu, w szczególności związane z dostarczeniem sygnału, konfiguracją urządzeń i sygnałów, sprawdzeniem możliwości dokonywania połączeń ze wszystkich numerów DDI zamawiającego oraz koszty utrzymania w ciągłości usług telekomunikacyjnych w trakcie obowiązywania umowy. W dalszej kolejności w pkt. 2 części IV. siwz zostało stwierdzone, że ceną oferty jest cena brutto wyrażona w złotych polskich za przedmiot zamówienia wykonywany w okresie 12 miesięcy. Z pkt. 3 części IV. siwz wynika, iż do wyliczenia ceny należy przyjąć szacunkowe czasy połączeń podane w opisie przedmiotu zamówienia. W kolejnym punkcie części VI. siwz zamawiający ustalił regułę, zgodnie z którą ceny stawek jednostkowych nie mogą ulec podwyższeniu i będą obowiązujące przez cały okres obowiązywania umowy. W pkt. 6 części IV. siwz zamawiający dodał także, iż cena ofert brutto ustalona jest na cały okres obowiązywania umowy i nie podlega podwyższeniu.

Powyższe wskazuje, iż zamawiający nie sprecyzował, jakie elementy kosztowe wykonawcy powinni uwzględnić w abonamencie. Podał szacunkowe przewidywane liczby godzin, nie gwarantując minimalnego wolumenu rozmów, który będzie wykonany w ramach realizacji umowy. Nie zostały także w siwz sformułowane żadne wymagania wskazujące na konieczność zachowania określonych relacji pomiędzy poszczególnymi rodzajami kosztów związanych z relacją umowy, wzajemne relacje pomiędzy poszczególnymi elementami składającymi się na ceny jednostkowe oraz abonament.

Kryterium oceny ofert zostało określone przez zamawiającego w części V. – cena brutto za realizację zamówienia 90%.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia w dniu 4 października 2010 r. na kwotę 76 039, 76 zł na podstawie „wyceny w oparciu o art. 34 ust. 1 pkt 1 i art. 34 ust. 3 pkt 2 lit a

ustawy" (pkt 2 protokołu postępowania - druk ZP-2). Ponadto z pisma z dnia 2 grudnia 2010 r. skierowanego przez zamawiającego do odwołującego, jak i protokołu nr 2 posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 15 listopada 2010 r. wynika, iż wartość zamówienia była szacowana z uwzględnieniem cen zawartych w umowie zawartej z odwołującym na

Strona 6 z 22

realizację usług analogicznych do tych będących przedmiotem zamówienia na 2010 r. Należyta staranność przy szacowaniu zamówienia nie była w toku postępowania dowodowego kwestionowana.

Wśród dokumentów, które wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć zamawiający wymienił w części III. pkt 6.1. siwz ofertę o treści zgodnej z określoną we wzorze stanowiącym załącznik nr 1 do siwz. Ponadto w części VII. pkt 1.1. siwz wskazał, iż oferta musi obejmować całości przedmiotu zamówienia i być sporządzona zgodnie z siwz, na formularzu o treści zgodnej z określoną we wzorze stanowiącym załącznik nr 1 do siwz. W przedmiotowym wzorze zostało stwierdzone, iż „Składając ofertę... (...) oferujemy wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia z załącznikami, za cenę: bruttozł....(...)”. W cenie uwzględniliśmy wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia”. Zamawiający w formie tabelarycznej wymagał podania abonamentu za łącze ISDN 30B+D (700 DDI) (wiersz 1) oraz cen jednostkowych za połączenia lokalne i strefowe (wiersz 2), połączenia międzystrefowe (wiersz 3), połączenia do sieci komórkowych (wiersz 4), połączenia na infolinie (wiersz 5), połączenia międzynarodowe (wiersz 6) oraz opłatę instalacyjną, która może być wliczona w abonament – w przypadku braku jej podania zamawiający uzna, iż została wliczona w abonament (wiersz 7). Ostatnią pozycję tabeli stanowi rubryka – „razem”. Odpowiednio dla każdego rodzaju połączenia zamawiający podał szacunkowe miesięczne ilości rozmów, a w odniesieniu do abonamentu wskazał, iż należy uwzględnić abonament za dwa łącza. Nie było sporne między stronami, iż na potwierdzenie, że oferowane usługi są zgodne z siwz nie był wymagany w siwz żaden dokument poza oświadczeniem złożonym na formularzu wzoru oferty.

Odpowiadając na tak ukształtowane postanowienia siwz ofertę złożyło 4 wykonawców (pkt 5 druku ZP-2). Odwołujący złożył ofertę zgodnie z formularzem stanowiącym załącznik nr 1 do siwz (k. 1 oferty). Oświadczył m.in., iż oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia określonym w siwz z załącznikami, za cenę: brutto 72 542,64 zł. Oświadczył również, iż w cenie uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia. Cenę brutto za abonament (dwa łącza) określił na 234, 24 zł brutto. Przystępujący zaoferował abonament o wartości 8 856 zł brutto, a cenę ofertową brutto - 88 266 zł. Ponadto wykonawca Telestrada S.A. zaoferował abonament o wartości 8 100 zł brutto, a realizację całego przedmiotu zamówienia za kwotę 97 276,80 zł brutto oraz wykonawca Telepolska sp. z o.o. – abonament za kwotę 46 848 zł brutto, a cenę ofertową za całość przedmiotu zamówienia – 112 286,60 zł brutto.

Strona 7 z 22

Zamawiający pismem z dnia 2 grudnia 2010 r. wystąpił do odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy o udzielenie wyjaśnień odnośnie oświadczenia złożonego w ofercie przetargowej, dotyczącego oferowanych przez odwołującego usług telefonii stacjonarnej. Zamawiający zapytał, czy w zakresie usług świadczonych przez odwołującego „jest i była dostępna na dzień składania ofert (15.11.2010 r.) możliwość dostępu ON – LINE do wykazu zrealizowanych połączeń (z możliwością podglądu i wydruku rozmów z konkretnie wybranego numeru wewnętrznego)”. Zamawiający dalej powołał umowę zawartą z odwołującym na świadczenie usług telefonii stacjonarnej a 2010 r., w ramach realizacji której w dniu 16 listopada 2010 r. skierowano do odwołującego reklamację, w której odwołujący został poproszony o podanie danych do logowania do Elektronicznego Biura Obsługi Klienta, by sprawdzić rodzaje połączeń za pośrednictwem dostępu on – line. Poinformował także zamawiającego, iż do dnia dzisiejszego nie otrzymał żadnej odpowiedzi.

Zamawiający poinformował także odwołującego, iż pomiędzy „ceną za abonament (234,24 zł za dwa abonamenty), a wartością wynikającą z wyceny szacunkowej zamówienia, która była

liczona w oparciu o ceny z umowy zawartej na 2010 r. z Państwa firmą (8 784 zł) jest znaczna różnica, co sugeruje, iż zaoferowana przez Państwa cena może być rażąco niska", tym bardziej, iż ceny pozostałych ofert w tym zakresie są zbliżone do wartości szacunkowej zamówienia. W konsekwencji powołując się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy zamawiający wezwał „do udowodnienia – dostarczenia dowodów, z których będzie jednoznacznie wynikać, że cena Państwa oferty (cena za abonament) nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

W odpowiedzi pismem z dnia 6 grudnia 2010 r. odwołujący oświadczył, iż „w zakresie usług Telefonii Dialog jest i była dostępna na dzień składania ofert (15.11.2010 r.) możliwość dostępu ON-LINE do wykazu zrealizowanych połączeń (z możliwością podglądu i wydruku rozmów z konkretnie wybranego numeru wewnętrznego). Telefonia Dialog S.A. posiada system, którego podstawowym zadaniem jest umożliwienie Klientom Dialogu samodzielnej obsługi kont EBOK czyli Elektroniczne Biuro Obsługi Klienta”. Dalej wyjaśnił odwołujący, iż umożliwia ono dostęp do wykazu zrealizowanych połączeń. Możliwość podglądu oraz wydruku rozmów z konkretnego wybranego numeru wewnętrznego jest możliwa po uprzednim zamówieniu usługi. Bez takiego zgłoszenia wszystkie rozmowy wychodzące będą widoczne w systemie jako wychodzące z numeru głównego, o czym zamawiający został poinformowany mailowo przez opiekuna handlowego dnia 19 listopada 2010 r. Dodał, iż od niego dostał także zamawiający dane do logowania oraz instrukcję, jak sprawdzić wykaz połączeń w e-boku, przed oficjalnym rozpatrzeniem reklamacji. Odwołujący zwrócił także

Strona 8 z 22

uwagę, iż sprawa e-boku nie jest przedmiotem postępowania przetargowego – jest rozpatrywana w odrębnym trybie reklamacyjnym.

Odwołujący wyjaśnił także, iż na cenę oferty składa się opłata za abonament oraz opłata za połączenia wychodzące. „Oferta z ubiegłego roku zawierała koszty inwestycji na budowę przyłącza. Tegoroczna oferta jest niższa przede wszystkim dlatego, iż nie ponosimy w/w nakładów.” Odwołujący poinformował także zamawiającego, iż przedstawiona cena (234,24 zł za dwa abonamenty) za wykonanie zamówienia opiera się na wewnętrznej analizie opłacalności. Według niej projekt zapewnia odpowiednią marżę i jest opłacalny dla zamawiającego. Odnosząc się do art. 90 ust. 2 Pzp odwołujący oświadczył, iż usługa, będąca przedmiotem oferty, jest usługą zdefiniowaną. Wyjątkowo sprzyjającym warunkiem realizacji zamówienia jest brak konieczności poniesienia przez odwołującego dodatkowych nakładów finansowych w postaci zakupu urządzeń oraz oprogramowania. Stwierdził także odwołujący, że nie korzysta przy realizacji zamówienia z pomocy publicznej. Na koniec wskazał, iż w jego przekonaniu „cena zaoferowana w przetargu nie odbiega w sposób rażący od cen rynkowych, pozwala na należyte wykonanie zamówienia i pokrycie wszystkich nakładów i kosztów”.

W konsekwencji zamawiający pismem z dnia 14 grudnia 2010 r. odrzucił ofertę odwołującego uznając, iż zawiera rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 Pzp) i jest niezgodna z treścią siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) oraz wykluczył odwołującego z postępowania, bowiem stwierdził, że złożył nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp), a zatem ofertę odwołującego uważa się zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp za odrzuconą. Zatem ofertę złożoną przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu odrzuca się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Argumentując zasadność podjętych decyzji zamawiający podkreślił, iż zgodnie z umową obowiązującą w 2010 r. zamówił u odwołującego login i hasło, by skorzystać z dostępu on – line do wykazu zrealizowanych połączeń. W wyniku wielokrotnych prób logowania się do systemu informatycznego odwołującego, na dowód czego przedłożył wydruki, zamawiający stwierdził, iż po wybraniu w systemie numeru wewnętrznego nie wyświetlają się wykonane połączenia. Podana jest m.in. nieprawdziwa informacja „brak połączeń”, co wskazuje, iż usługa możliwości dostępu do podglądu połączeń wewnętrznych w systemie informatycznym jest niedostępna i nie ma możliwości skorzystania z niej. W wyniku otrzymanych wyjaśnień odwołujący potwierdził możliwość podglądu wykonanych połączeń z numeru wewnętrznego, co „świadczy o składaniu nieprawdziwych informacji” przez odwołującego. Zatem oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Zamawiający zauważył także, iż oferowane usługi nie spełniają wymogów zamawiającego określonych w opisie przedmiotu zamówienia, co skutkowało koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający uzasadniał ponadto odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp podając, iż wezwany do wyjaśnień odwołujący „nie udowodnił prawdziwości podanych w ofercie elementów cenowych”. Udzielone wyjaśnienia miały potwierdzić, iż „złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana”. Tymczasem odwołujący udzielił ogólnikowych wyjaśnień wskazując m.in., iż oferta z poprzedniego roku „zawierała koszty inwestycji na budowę przyłącza, „co nie ma odzwierciedlenia w stanie faktycznym”, bowiem wykonawca jedyne co robił w tym zakresie, to zainstalował antenę w obiekcie zamawiającego i doprowadził sygnał do centrali zamawiającego, co stanowił stosunkowo niewielki koszt, tym bardziej, że po zrealizowaniu umowy urządzenia te mogą zostać zdemontowane” przez wykonawcę, bowiem stanowią jego własność, co „nie powinno przekładać się w taki stopniu na cenę oferty”. Odnosząc się do pozostałych argumentów wskazanych w wyjaśnieniach odwołującego podniósł, iż nie są to czynniki obiektywne, które mogły mieć „istotny wpływ na obniżenie ceny oferty”, gdyż powinny być uwzględnione w cenie każdego wykonawcy, bowiem przedsięwzięcia takie, jak niniejszy przedmiot zamówienia, nie mogą być realizowane bez odpowiedniego zaplecza techniczno – organizacyjnego oraz logistycznego, odpowiedniego oprogramowania, personelu. Wykonawca powinien przedstawić dowody na istnienie obiektywnych czynników mających wpływ na zaoferowaną cenę. Konkludując zamawiający stwierdził, iż „niedostateczne wyjaśnienia w zakresie ceny oferty stanowią podstawę odrzucenia oferty, gdyż same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające tak niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, jakich niewątpliwie użył wykonawca w niniejszym stanie faktycznym, można uznać za niezłożone, gdyż to właśnie na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień”.

Odwołujący nie zgodził się z oceną zamawiającego, czemu dał wyraz w zarzutach odwołania.

Na rozprawie strony oraz przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający odpowiedział na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Biorąc pod uwagę tak ustalony stan faktyczny Izba zważyła co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega

Strona 10 z 22

rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Odwołanie należało uwzględnić, bowiem zarzuty w nim podniesione znalazły potwierdzenie w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Spór pomiędzy zamawiającym a odwołującym dotyczy prawidłowości dokonanej przez zamawiającego oceny oferty odwołującego, w konsekwencji której oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 90 ust. 3, jako zawierająca rażąco niską cenę oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako sprzeczna z treścią siwz. Analizie Izba poddała także zasadność wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp – zamawiający stwierdził, iż odwołujący w ofercie podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co legło u podstaw wykluczenia go z postępowania oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 oraz 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odnosząc się do tak zakreślonych ram sporu, trzeba wskazać co następuje:

1. Zarzut odwołującego dotyczący bezzasadnego wykluczenia go z postępowania, bowiem podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej oraz nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ (informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ) na wynik postępowania połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym. Należy podzielić stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 9 kwietnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 405/10), z którego wynika, iż dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp) spoczywa na zamawiającym, gdyż to on ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 6 kc w zw. z art. 14 Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje

Strona 11 z 22

potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09), wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania.

Jak słusznie zauważył przystępujący w piśmie z dnia 22 grudnia 2010 r. nieprawdziwe informacje to takie, które nie są zgodne ze stanem faktycznym, odbiegają od rzeczywistości. Mogą one być zawarte w oświadczeniach i dokumentach składanych przez wykonawcę np. we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ofercie, wyjaśnieniach treści oferty i mogą dotyczyć wszelkich elementów postępowania (nie tylko dokumentów przedkładanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia lub spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale także treści oferty). Nie jest niezbędne wykazywanie, że przedstawienie informacji miało wpływ na wynik postępowania - wystarczające jest wykazanie potencjalnego wpływu. Przez wynik postępowania należy rozumieć wybór oferty najkorzystniejszej, jednakże w przypadku omawianej przesłanki tak wąskie ujęcie wydaje się nie odpowiadać celowi przepisu. Wynik postępowania to również kwalifikacja podmiotowa wykonawców, ocena wystąpienia przesłanek do odrzucenia oferty, punktacja przyznana poszczególnym ofertom. Każda z wymienionych czynności składa się bowiem na poprawność postępowania i może nieść określone konsekwencje dla sytuacji prawnej danego wykonawcy.

Przechodząc do analizy zasadności zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w okolicznościach badanej sprawy w stosunku do odwołującego Izba podkreśla, iż w siwz zamawiający nie sformułował wymagania, aby wykonawcy mieli w ofercie w jakikolwiek sposób wykazywać, jak będą realizować usługi stanowiące przedmiot zamówienia. Wystarczającym było złożenie oświadczenia na formularzu oferty, że wykonawca oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia określonym w siwz z załącznikami (wzór formularza oferty - załącznik nr 1 do siwz), co odwołujący niewątpliwie uczynił. Potwierdził oświadczenie zawarte w ofercie w wyjaśnieniach z dnia 6 grudnia 2010 r. stwierdzając, iż „w zakresie usług Telefonii Dialog jest i była dostępna na dzień składania ofert (15.11.2010 r.) możliwość dostępu ON-LINE do wykazu zrealizowanych połączeń (z możliwością podglądu i wydruku rozmów z konkretnie wybranego numeru wewnętrznego). Telefonia Dialog S.A. posiada system, którego podstawowym zadaniem jest umożliwienie Klientom Dialogu samodzielnej obsługi kont EBOK czyli Elektroniczne Biuro Obsługi Klienta”. Dodał, iż umożliwia ono dostęp do wykazu zrealizowanych połączeń. Tym samym za chybioną uznać należy argumentację zamawiającego zawartą w przedłożonej na rozprawie odpowiedzi na odwołanie, a mającą

Strona 12 z 22

uzasadniać prawidłowość działań zamawiającego w spornej kwestii, że odwołujący „nie

wyказаł, że oferowane przez niego usługi spełniają wymogi zamawiającego w zakresie dostępu ON-LINE do wykazu zrealizowanych połączeń z możliwością podglądu i wydruku rozmów z konkretnie wybranego numeru wewnętrznego”.

Podkreślenia wymaga, że jeśli zamawiający oczekiwał od wykonawców „wykazania”, że oferowane usługi spełniają określone w siwz wymagania np. poprzez podanie w ofercie, w jaki sposób będą realizować przedmiot zamówienia, powinien dać temu wyraz w siwz. Zamawiający był także uprawniony, aby stosownie opisać sposób oceny warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wymagając przykładowo, aby wykonawcy wykazali, iż wykonywali usługi obejmujące dostęp on-line do wykazu zrealizowanych połączeń z możliwością podglądu rozmów z konkretnie wybranego numeru oraz aby przedłożyli dokumenty potwierdzające należytą realizację takich usług. Zamawiający dysponował zatem na gruncie ustawy prawnymi instrumentami pozwalającymi na weryfikację doświadczenia wykonawcy w powołanym zakresie. Zamawiający z takich narzędzi nie skorzystał. Tym samym nie jest uprawniony na etapie oceny ofert do formułowania dodatkowych wymagań względem wykonawców.

Przypomnieć trzeba, iż siwz jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Zamawiającemu nie wolno oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w siwz (wyjaśnień do niej) wymagań zamawiającego, na podstawie kryteriów oceny ofert w siwz zawartych. Jednocześnie należy wyrazić pogląd, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom siwz inne, niż pierwotnie ustalone, znaczenie. Nie jest dopuszczalne także w toku badania ofert doprecyzowywanie przez zamawiającego postanowień siwz. Zamawiający prowadząc postępowanie z zachowaniem należytej staranności powinien dążyć do wyjaśnienia treści złożonych przez wykonawców ofert oraz dokonać poprawienia omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 ustawy, natomiast nie wolno mu formułować dodatkowych wymagań w treści siwz nie zawartych.

Strona 13 z 22

Izba zwraca także uwagę, iż podstawę prawną do wyjaśnienia treści oferty (oświadczenia woli wykonawcy w rozumieniu art. 60 kc) stanowi przepis art. 87 ust. 1 Pzp, a nie błędnie powołany przez zamawiającego w piśmie z dnia 2 grudnia 2010 r. art. 26 ust. 4 Pzp odnoszący się do dokumentów zdefiniowanych w art. 25 ust. 1 Pzp, do których z pewnością oferty zaliczyć nie sposób.

Dodatkowo wskazać trzeba, że w adresowanym do odwołującego wystąpieniu zamawiającego datowanym na dzień 2 grudnia 2010 r. zamawiający zapytał w odniesieniu do oferty odwołującego, czy w zakresie usług świadczonych przez odwołującego „jest i była dostępna na dzień składania ofert (15.11.2010 r.) możliwość dostępu ON – LINE do wykazu zrealizowanych połączeń (z możliwością podglądu i wydruku rozmów z konkretnie wybranego numeru wewnętrznego)”. Dnia 6 grudnia 2010 r. odwołujący odpowiedział twierdząco. Mimo to został przez zamawiającego wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie zamawiający wyjaśnił, iż oczekiwał od odwołującego „wykazania”, że oferowane usługi spełniają wymogi zamawiającego w zakresie dostępu on – line do wykazu zrealizowanych połączeń. Jak jednak Izba już wskazała – takie oczekiwanie nie znajduje uzasadnienia w świetle postanowień siwz.

Analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego (przedstawione przez zamawiającego wydruki potwierdzające brak dostępu do billingów on – line, których prawdziwości odwołujący nie kwestionował) uzasadnia twierdzenie, że zamawiający nie miał dostępu do billingów on – line w toku realizacji umowy z zamawiającym obowiązującej w 2010 r., (choć nie zostało przesądzone po czyjej stronie leżały przyczyny braku dostępu do billingów on – line) o przedmiocie zamówienia analogicznym do będącego przedmiotem

niniejszego postępowania. Okoliczność ta nie stanowi jednak podstawy dla stwierdzenia, iż odwołujący w kwestionowanym zakresie w ofercie oraz wyjaśnieniach z dnia 6 grudnia 2010 r. podał nieprawdziwe informacje. Teza ta byłaby uzasadniona, gdyby odwołujący w ogóle takich usług nie świadczył, czego zamawiający nie udowodnił. Konsekwencją przyjętego przez Izbę zapatrywania jest stwierdzenie, iż przebieg i skuteczność procedury reklamacyjnej dotyczącej realizacji łączącej strony umowy z 2010 r. nie jest objęta zakresem rozważań Izby, gdyż nie stanowi okoliczności istotnej dla rozpoznania zarzutów odwołania.

Zatem Izba podziela opinię odwołującego, iż problemy w realizacji umowy z zamawiającym obowiązującej w 2010 r. nie mogą rzutować na ocenę treści oferty odwołującego w zakresie świadczenia usługi dostępu on-line do wykazu zrealizowanych połączeń z możliwością podglądu i wydruku rozmów z konkretnie wybranego numeru wewnętrznego. Odwołujący

Strona 14 z 22

oświadczył, że jego oferta odpowiada faktycznemu zakresowi świadczonych przez niego usług. Zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, iż odwołujący nie ma w katalogu swych usług dostępu do billingu on – line. Nieprawidłowa realizacja obowiązującej w 2010 r. umowy łączącej zamawiającego i odwołującego należy rozpatrywać na płaszczyźnie relacji kontraktowych pomiędzy stronami umowy oraz ewentualnej odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną nienależytym wykonaniem umowy, która - gdyby była stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu – stanowiłaby podstawę do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 Pzp. Odwołujący konsekwentnie twierdził w wyjaśnieniach oraz na rozprawie, iż w pakiecie świadczonych przez siebie usług ma dostęp on-line do billingów, przeciwko takiemu stwierdzeniu zamawiający nie oponował. Ograniczył swoje twierdzenia do dowodzenia, że usługa była realizowana na jego rzecz w 2010 r. nieprawidłowo. Jednak nienależyta realizacja umowy przez odwołującego na rzecz zamawiającego nie może stanowić w ocenie Izby przesądzającego dowodu na okoliczność, iż odwołujący złożył nieprawdziwe informacje determinując zastosowanie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ocena całości materiału dowodowego dokonana przez Izbę prowadzi do przekonania, że oparcie się zamawiającego przy stwierdzeniu przesłanki wykluczenia wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy wyłącznie na nieprawidłowej – zdaniem zamawiającego – realizacji umowy na świadczenie usług telefonii stacjonarnej w 2010 r. nie odpowiada prawu. W konsekwencji zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp potwierdził się. Nie zaktualizowała się tym samym w niniejszej sprawie przesłanka odrzucenia oferty opisana w art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Za trafny Izba uznała także zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający bezzasadnie przyjął, iż oferowane przez odwołującego usługi nie spełniają wymogów zamawiającego określonych w opisie przedmiotu zamówienia – aktualność zachowuje w tym zakresie argumentacja Izby dotycząca zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Skoro zamawiający nie miał podstaw do oceny, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści siwz w odniesieniu do możliwości dostępu on – line do wykazu zrealizowanych połączeń (z możliwością podglądu i wydruku rozmów z konkretnie wybranego numeru wewnętrznego) i w tym zakresie odwołanie należało uznać za uzasadnione.

2. Zarzut odwołującego dotyczący bezzasadnego odrzucenia przez zamawiającego jego oferty jako zawierającej rażąco niską cenę.

Strona 15 z 22

Istota sporu w zakresie tego zarzutu sprowadza się do ustalenia czy w niniejszej sprawie zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego, jako zawierającą rażąco niską cenę.

Ustawodawca w przepisie art. 90 ust. 1 ustawy postanowił, iż zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących

elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jeśli wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia zamawiający odrzuca ofertę (art. 90 ust. 3 Pzp). Podstawę odrzucenia oferty stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Trudności interpretacyjne powołanych przepisów pojawiają się już na wstępie, bowiem brak jest legalnej definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Odwołać się w tej kwestii należy do dorobku doktryny oraz orzecznictwa, zarówno Izby (wcześniej Zespołów Arbitrów) oraz sądów powszechnych. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07), że „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę”. Można także przywołać wyrok Izby z dnia 3 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 168/09, sygn. akt: KIO/UZP 189/09), zgodnie z którym „za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia (wyrok Izby z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1441/07, wyrok Izby z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08, sygn. akt: KIO/UZP 74/08, wyrok Izby z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 258/08)” czy wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 19 czerwca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-696/07) stwierdzający, że „rażąco niska cena grozi niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości”. Zatem Izba przyjmuje, iż ceną rażąco niską jest cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, za którą należyte wykonanie zamówienia nie jest możliwe. Zamawiający analizując tę kwestię

Strona 16 z 22

powinien wziąć pod uwagę wartość zamówienia ustaloną z należytą starannością oraz będące odzwierciedleniem cen rynkowych za dany przedmiot zamówienia ceny zaoferowane przez konkurencję.

Jeżeli w toku oceny ofert zamawiający ustali, iż dana oferta zawiera cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia lub cen w innych ofertach zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Jednocześnie – co trzeba podkreślić – brak jest uniwersalnego, arytmetycznego kryterium, mogącego stanowić wskazówkę, iż oferta może zawierać rażąco niską cenę, jeżeli kształtuje się poniżej pewnego poziomu (np. jest tańsza o więcej niż 40% czy 50 % od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo niższa o tyle samo od wartości szacunkowej zamówienia). W ocenie Izby z pewnością ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w porównywalnych warunkach gospodarczych. Na kalkulację ceny oferty mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze charakterystyczne dla danego rynku, jak i kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych.

Uwzględniając powyższe weryfikacja, czy na gruncie konkretnej sprawy wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, wymaga analizy całokształtu okoliczności danego przypadku, zważywszy w szczególności doniosłe konsekwencje stwierdzenia przez zamawiającego, że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien więc zachować należytą staranność w celu ustalenia, czy wykonawca zaoferował cenę rażąco niską, natomiast wykonawca powinien składając wyjaśnienia w trybie art. 90 przedstawić uwarunkowania, które umożliwiły mu zaoferowanie określonej ceny za realizacją danego przedmiotu zamówienia.

Wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej opisanej w art. 90 ustawy jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty. Istotnym dla rozstrzygnięcia rozpoznawanego przez Izbę odwołania jest, iż pod kątem

rażącego zaniżenia można oceniać jedynie cenę oferty. Nawet jeżeli poszczególne ceny jednostkowe wydają się być za niskie, ale cena ostateczna nie odbiega znacząco od rynkowych, nie można postawić wykonawcy zarzutu złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę. Tak też orzekł Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt: XIX Ga 128/08). Podobne wnioski płyną z postanowienia Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. (sygn. akt: II Ca 2194/05). Sąd słusznie w nim

Strona 17 z 22

argumentował, iż „ocenając tylko ten jeden element oferty zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej ceny pewnej części oferty. (...) Rację miał ZA stwierdzając, iż niewątpliwie punktem odniesienia w tym przypadku jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające jedynie co do części oferty w zakresie ryczałtu na dojazd i dowóz części zamiennych, a kryterium to posiadało wagę 15 % ustalonych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert. Oceniając zatem tylko ten jeden element oferty zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś rażąco niskiej ceny pewnej części oferty.” Tak też w wyroku Izby z dnia 12 stycznia 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1594/09), w którym Izba podkreśliła, iż „(...)podtrzymuje za orzecznictwem (wyrok KIO z dnia 15.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1055/08), że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji (Wyrok z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08). (...) W konsekwencji Izba stwierdza, że w pełni podziela dotychczasowe stanowisko wypracowane w doktrynie i orzecznictwie, iż za cenę rażąco niską może być uznana całkowita cena ofertowa, nie zaś jej poszczególne elementy – składniki (podobnie wyrok KIO z dnia 27.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 878/09 oraz wyrok KIO z dnia 27.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1049/09, sygn. akt: KIO/UZP 1050/09, sygn. akt: KIO/UZP 1051/09, sygn. akt: KIO/UZP 1052/09.” Nie można wykluczyć, iż na gruncie konkretnego stanu faktycznego, w szczególności gdy realizacja zamówienia oparta będzie wyłącznie na cenach jednostkowych zasadnym będzie zweryfikowanie, czy dana cena jednostkowa nie jest rażąco niska, jednak uzasadnienia takiego brak w okolicznościach rozpoznawanej sprawy.

Adresowane do wykonawcy wystąpienie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy powinno zawsze wskazywać elementy oferty, co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień, przy czym mogą to być wyłącznie elementy, które mają wpływ na wysokość ceny. Z ustawy nie wynika prawo zamawiającego do żądania dowodów potwierdzających wyjaśnienia wykonawcy.

Przechodząc do przebiegu procedury wyjaśniającej prowadzonej przez zamawiającego w odniesieniu do oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, należy wskazać na błędy popełnione przez zamawiającego, które w konsekwencji doprowadziły do chybionej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego jako zawierającej

Strona 18 z 22

rażąco niską cenę. Na marginesie wymaga w tym miejscu ponadto wskazania, że zamawiający, gdy chce odrzucić ofertę w przypadku stwierdzenia rażąco niskiej ceny, powinien za podstawę prawną przyjąć przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, a nie wyłącznie art. 90 ust. 3 ustawy jak to uczynił zamawiający.

Treść wystosowanego przez zamawiającego pisma z dnia 2 grudnia 2010 r. wskazuje, iż przedmiotem jego zainteresowania była wyłącznie wartość abonamentu zaoferowana przez odwołującego. Powołując się w konsekwencji na przepis art. 90 ust. 1 ustawy zamawiający wezwał odwołującego „do udowodnienia – dostarczenia dowodów, z których będzie jednoznacznie wynikać, że cena Państwa oferty (cena za abonament) nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Tak sformułowany wniosek o wyjaśnienie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia Izba uważa za niepoprawny, gdyż dotyczył nie ceny za realizację

całego przedmiotu zamówienia, lecz wyłącznie ryczałtowo określonego abonamentu.

Dodatkowo zamawiający wykroczył poza uprawnienia wynikające z art. 90 Pzp warunkując skuteczność wyjaśnień przedstawieniem dowodów na okoliczność, iż cena oferty (rozumiana jako abonament) nie jest rażąco niska. Izba podziela pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 12 czerwca 2008 r. (sygn. akt: X Ga 140/08), w którym zostało stwierdzone, że „procedura określona art. 90 pzp ma charakter wyjaśniający a nie dowodowy”. Podobnie do tej kwestii odniosła się Izba w wyroku z dnia 30 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1483/10) zauważając słusznie, iż „przepis art. 90 nie nakłada na wykonawcę obowiązku przedstawienia wraz z wyjaśnieniami określonych dowodów, a *contrario* nie można uznać, że wyjaśnienia do których nie załączono dowodów, np. w postaci dokumentów, z mocy prawa upoważniają do odrzucenia oferty. Jeśli są to wyjaśnienia wiarygodne, odwołujące się do konkretnych okoliczności mających wpływ na kalkulację ceny oferty, to mogą być wystarczające do stwierdzenia, że cena oferty nie jest rażąco niska”.

Przyjęty przez zamawiającego sposób prowadzenia procedury wyjaśniającej przewidzianej w przepisach art. 90 Pzp polegający na zbadaniu wyłącznie wartości abonamentu nie może być oceniony przez Izbę pozytywnie także i z tej przyczyny, iż na gruncie rozpatrywanej sprawy nie było możliwe porównanie tego elementu cenowego (abonamentu) pomiędzy poszczególnymi ofertami, gdyż – co zostało bezspornie ustalone w toku postępowania dowodowego – każdy z wykonawców mógł kalkulując wartość abonamentu ująć w nim dowolne elementy. Zamawiający nie sformułował także w siwz żadnych wymogów, które by

Strona 19 z 22

wskazywały na konieczność zachowania określonej relacji pomiędzy poszczególnymi rodzajami kosztów związanych z realizacją umowy. Tym samym przyjąć należy, iż wykonawcom pozostawiona została swoboda co do sposobu skalkulowania oferty w zakresie obejmującym wycenę abonamentu oraz pozostałych elementów cenowych (koszty poszczególnych połączeń).

Nie jest przez odwołującego kwestionowane, iż istotnie różnica w wartości abonamentu zaoferowana przez niego, a abonamentami pozostałych wykonawców jest znacząca i wynosi od nieco ponad 2,80 % do 0,5 % wartość abonamentów zaoferowanych przez konkurencję. Natomiast wartości te i wzajemne relacje między nimi są niemiernodajne dla oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, gdyż – co przyznali na rozprawie zarówno zamawiający, jak i przystępujący – brak jest legalnej definicji abonamentu. Co nie mniej istotne - także zamawiający w siwz sporządzonej w niniejszym postępowaniu nie określił, jakie elementy kosztowe powinny być przez wykonawców ujęte w pozycji – abonament. Tym samym – jak już zostało przez Izbę wskazane – nie są one między sobą porównywalne. Dodatkowo podkreślenia wymaga, iż wartość zamówienia została oszacowana dla całego zamówienia. Zatem bezpodstawnie zamawiający w piśmie z dnia 2 grudnia 2010 r. odniósł się do wartości abonamentu obowiązującego w umowie z odwołującym realizowanej w 2010 r. (8 784 zł). W pkt. 2 protokołu postępowania ZP-2 (druk ZP-2) wskazano wartość całego zamówienia i ona może stanowić ewentualnie punkt odniesienia dla ocen czynionych przez zamawiającego.

W konsekwencji nieprawidłowości popełnionych przez zamawiającego w procedurze wyjaśniania, czy oferta odwołujące zawiera rażąco niską cenę (de facto zamawiający tej procedury nie przeprowadził, gdyż zakres swoich badań ograniczył wyłącznie do analizy wartości abonamentu) zasadnym byłoby nakazanie zamawiającemu przez Izbę powtórzenie procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 Pzp. Jednakże kierując się ekonomią postępowania zważywszy, iż w toku rozprawy odwołujący przekonująco wyjaśnił, że jego oferta z ceną za realizację całości przedmiotu zamówienia o ok. 20% niższą niż wartość zamówienia, nie jest rażąco niska Izba stwierdziła, iż zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 3 Pzp odrzucając ofertę odwołującego.

W toku rozprawy odwołujący wskazał, iż przeprowadzając analizę opłacalności przedsięwzięcia, o której wspominał w piśmie z dnia 6 grudnia 2010 r. uwzględnił zysk na poziomie 16 796,50 zł, a średnia marża w projekcie wyniosła 20,95%. Oświadczył, iż jest to marża gwarantująca mu odpowiedni zysk. Odwołujący argumentował także, iż wskazana w niniejszym postępowaniu wartość abonamentu jest niższa niż ta, zawarta w umowie realizowanej w 2010 r., bowiem nie uwzględnił w nim wartości prac instalacyjnych tj. około

16 000 zł (wizja lokalna, pomiary, projekt na kwotę 11 956 zł brutto oraz około 5 000 zł – roboty montażowe, w tym montaż urządzeń stacjonarnych (terminali), anteny i montaż systemu MDMS), które już wykonał w 2010 r. Odnosząc się do cen za połączenia wskazał, iż są porównywalne z cenami konkurencji.

Izba oceniła wyjaśnienia odwołującego uznając, iż cena za realizację zamówienia nie jest rażąco niska gwarantuje bowiem zysk, a mogła być niższa, niż wartość zamówienia i cena oferowana rok wcześniej, gdyż w przypadku powierzenia odwołującemu realizacji przedmiotowego zamówienia, nie będzie musiał ponosić kosztów prac przygotowawczych czy instalacyjnych wycenionych na ok. 16 000 zł. Zamawiający nie przedstawił argumentów wskazujących, iż za cenę zaoferowaną przez odwołującego nie jest możliwe należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia. Twierdzenia przystępującego odnoszące się do konieczności wykupu w celu świadczenia usługi na rzecz zamawiającego licencji w Urzędzie Komunikacji Elektronicznej na pasmo do wyłącznego korzystania (opłata jednorazowa – 2 000 zł oraz roczna 1 000 zł), jak również prowadzenia magazynu z częściami zamiennymi, bowiem czas przewidziany przez zamawiającego na usunięcie awarii (4 godziny) jest bardzo wymagający, nie stanowią dowodu na niemożliwość wykonania przez odwołującego zamówienia za oferowaną cenę – jak odwołujący wyjaśnił w przypadku dużego operatora takiego jak odwołujący wskazane przez przystępującego koszty rozkładają się w taki sposób, że może zaoferować niższe ceny. Z jego doświadczenia wynika, iż nie jest tak, aby wszyscy klienci mieli jednocześnie awarię, a w roku 2010 u zamawiającego nie zdarzyła się żadna awaria techniczna. Odnosząc się do twierdzeń przystępującego, iż zamawiający w umowie nie przewidział minimalnego wolumenu rozmów, zatem abonament powinien być na poziomie gwarantującym w sytuacji, gdyby połączenia nie byłyby realizowane, opłacalność przedsięwzięcia Izba zwraca uwagę, iż odwołujący jest uprawniony, aby uwzględniając specyfikę zamawiającego (urząd dzielnicy), przyjąć, iż w zasadzie nieprawdopodobnym jest, aby w takiej jednostce zaprzestano wykonywania połączeń telefonicznych. Zasadnym jest także podkreślenie, iż skoro odwołujący nakłady inwestycyjne u zamawiającego już poniósł przygotowując się do świadczenia umowy w 2010 r., nawet mniejsza ilość połączeń nie narazi go na straty.

Tym samym zaznaczyć trzeba, iż w opinii Izby zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę odwołującego z postępowania jako zawierającą rażąco niską cenę.

W tym stanie rzeczy, Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....