

Sygn. akt: KIO 2807/10

WYROK
z dnia 13 stycznia 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania z dnia 30 grudnia 2010 r. wniesionego przez **Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Narodowe Centrum Sportu sp. z o.o., Al. Księcia Józefa Poniatowskiego 1, 03-901 Warszawa** przy udziale wykonawcy ATM S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa**.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (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 **Warszawa Praga w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2807/10

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „świadczenie usług dotyczących połączenia sieci teleinformatycznej Stadionu Narodowego w Warszawie do ogólnokrajowej sieci Internet oraz do węzła wymiany ruchu operatorskiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 października 2010 r. Nr 2010/S 210-321410.

Pismem z 21 grudnia 2010 r., przekazany w tym samym dniu faksem, zamawiający zawiadomił Telekomunikację Polską S.A. w Warszawie, zwaną dalej „odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ATM S.A., ul. Grochowska 21a, 04-186 Warszawa, zwaną dalej „przystępującym”.

Wobec czynności badania i oceny ofert, czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego, a także wobec zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy, odwołujący wniósł w dniu 30 grudnia 2010r. odwołanie. W odwołaniu tym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy, w związku z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty ATM SA,
- 2) dokonania ponownego badania ofert i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenie oferty ATM SA,
- 3) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, z pominięciem ofert odrzuconych i wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że zamawiający nie dokonał

starannego badania i oceny ofert, a w konsekwencji nie odrzucił oferty ATM SA zawierającej ceny noszące znamiona ceny rażąco niskiej.

Wskazywał, że zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia 1.800.000 zł, podczas gdy cena podana przez ATM SA w ofercie wynosiła 588.967,20 zł. Zamawiający słusznie więc powziął wątpliwość co do ceny podanej w ofercie ATM SA i wystąpił do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Podnosił, że po złożeniu przez

2

wykonawcę wyjaśnień dotyczących ceny, zamawiający winien ocenić te wyjaśnienia ze szczególnym uwzględnieniem obiektywnych czynników. Zamawiający bierze pod uwagę takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy).

Odwołujący podnosił, iż nie zna treści wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na cenę oferty przedstawionych przez ATM SA, jednak z jego ustaleń wynika, że cena ta ma charakter ceny rażąco niskiej. Jak wspomniano wcześniej cena oferty ATM SA (588.967,20 zł brutto), pozostaje w rażącej dysproporcji do kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (ok. 1.800.000 zł). Podobnie kształtuje się porównanie cen oferowanych przez pozostałych uczestników postępowania: Telekomunikacja Polska SA - 1.207.800 zł, Netia SA - 1.475.712 zł. Wskazywał, że cena skalkulowana przez ATM SA nie obejmuje nawet kosztów budowy infrastruktury i zakupu licencji, niezbędnych do uruchomienia usługi, nie wspominając o kosztach związanych z realizacją samej usługi (konserwacja, wsparcie itp.). Zakres rzeczowy tego postępowania zawierał cztery elementy: dostarczenie trzech usług tj. dwóch dostępu do sieci internet oraz jednego dostępu do węzła wymiany ruchu operatorskiego. Wszystkie te usługi mają być dostarczone do stadionu za pomocą dedykowanej infrastruktury. W tym przypadku są to tory transmisyjne składające się z 2 x 36 par światłowodowych. Cała ta infrastruktura (2x36 par) ma pozostawać do dyspozycji Zamawiającego przez okres trwania umowy - Zamawiający będzie z niej korzystał w miarę pojawiających się potrzeb i będzie za nią płacił dopiero wtedy gdy wykorzysta ją do dostarczenia kolejnych usług. Ponieważ stadion to nowa inwestycja, nie ma tam istniejącej infrastruktury, którą można byłoby wykorzystać do połączenia sieci operatorskiej z siecią zamawiającego. Zamawiający wybudował na swoim terenie kanalizację kablową wyznaczył punkt styku z tą kanalizacją. Oznacza to, że w celu realizacji zamówienia wykonawca musi do tej kanalizacji „dobudować” własną kanalizację oraz umieścić w niej kabel, z co najmniej 144 włóknami (144 włókna daje 2 tory po 36 par zgodnie z potrzebami zamawiającego). Dodatkowo Zamawiający wymaga, aby obydwa tory transmisyjne były poprowadzone na całej długości niezależnymi od siebie drogami fizycznymi. Z analizy przeprowadzonej przez odwołującego koszt wybudowania jednej tylko drogi to ok. 373 tys. zł. Przy drugiej drodze koszt wynosi ok 500 tys. zł. Daje to przybliżony koszt na poziomie 800-900 tys. zł. Odwołujący dokonując rozpoznania rynku uzyskał również od firmy Telteam ofertę na dzierżawę światłowodów, w której koszt dzierżawy jednej drogi fizycznej przez okres 3 lat wynosi 520 tys. netto. Oznacza to, że sam koszt infrastruktury niezbędnej do świadczenia usługi oscyluje w granicach 800.000 zł - 1 mln zł.

Wydowodził, że sam koszt infrastruktury przekracza więc cenę zaoferowaną przez ATM

3

SA i wskazywał, że do kosztów jakie poniesie wykonawca należy doliczyć koszty dostarczenia samych usług. Według kalkulacji prowadzonych przez odwołującego koszty dostarczenia samych usług (licencje, opłaty, koszty operacyjne etc.) przekraczają kwotę 450 tys. zł w okresie całego kontraktu. Nawet zakładając, że ATM SA posiada koszty o połowę niższe niż zaprezentowane, to i tak sięgać będą kwoty ok. 700 tys. zł brutto, a więc znacznie powyżej ceny oferty ATM

Zamawiający w dniu 3 stycznia 2011 r. przesłał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący otrzymał kopię odwołania i

wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 3 stycznia 2011 r.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczając przystąpienie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 7 stycznia 2011 r. i przekazując kopię zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

W zgłoszeniu przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu argumentował, że podniesiony przez odwołującego w odwołaniu zarzut rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez przystępującego jest nieuzasadniony. W odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 13 grudnia 2010 r., pismem z dnia 15 grudnia 2010 r. przystępujący wyjaśnił bowiem, iż w złożonej Zamawiającemu ofercie przystępujący uwzględnił wszystkie czynności oraz wymagania wymienione w SIWZ, a w szczególności w punkcie 21 SIWZ „Opis sposobu obliczania ceny ofert”, świadczone przez okres 36 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru usługi. Jednocześnie, przystępujący wyjaśnił, że ceny określone w Załączniku nr 2 do SIWZ - Formularz oferty, zawierają wszystkie koszty, podatki i opłaty należne w związku z realizacją przedmiotowego zamówienia. Podkreślił, iż działa na rynku usług dostępu do sieci Internet od 1994 roku i jest jedną z pierwszych firm oferujących komercyjnie dostęp do zasobów globalnej sieci Internet. Jednocześnie, podnosił, iż w swych wyjaśnieniach wskazał, iż na terenie Warszawy posiada około 500 km sieci światłowodowej. Wywodził, iż kalkulacja przedstawionej w ofercie ceny bazowała na kosztach realizacji niezbędnej w przypadku przystępującego inwestycji budowlanej, odpowiednim dla tego typu infrastruktury okresie amortyzacji oraz kosztach bieżących związanych z wymianą ruchu internetowego z partnerami przystępującego, w tym partnerami zagranicznymi. Wskazywał, że w złożonych zamawiającemu wyjaśnieniach podkreślił, iż przystępujący, jako jedna z niewielu firm telekomunikacyjnych w Polsce jest bezpośrednio obecna w punktach wymiany ruchu telekomunikacyjnego w Londynie (Linx), Frankfurtie (DECK) i Amsterdamie (AMX), co powoduje, że koszty tranzytu zagranicznego generowanego ruchu IP są istotnie niższe od kosztu tranzytu ponoszonego przez podmioty nie posiadające takich relacji.

4

Jednocześnie wskazywał, iż wyjaśnił, że mająca powstać infrastruktura telekomunikacyjna w miejscu wskazanym przez Zamawiającego wpływa marginalnie na koszt usługi, gdyż przystępujący w swoich planach rozwoju sieci światłowodowej przewidywał możliwość budowy łączy światłowodowych do terenów Stadionu Narodowego. Przystępujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w SIWZ wskazał możliwość odsprzedaży usług, na warunkach zawieranych umów trójstronnych, z wykorzystaniem nadmiarowych włókien światłowodowych, co pozwala przystępującemu alokować tylko część nakładów związanych z budową infrastruktury do usług objętych rozważaną ofertą.

Zwracał uwagę, że przystępujący jako właściciel i zarządzający węzłem wymiany ruchu AC-X (wskazany przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt II), oprócz w/w kosztów, nie ponosi żadnych dodatkowych kosztów związanych z przyłączeniem Stadionu Narodowego do wyżej wymienionego węzła. Podkreślał, że w przesłanych zamawiającemu wyjaśnieniach wskazał, iż jako LIR, działając na podstawie umowy z RIPE, prowadzi otwartą politykę opłat związanych z przyznawaniem zasobów przez RIPE podmiotom trzecim. Z racji tego, że RIPE obciąża przystępującego kwotą ryczałtową za całość zasobów i koszt ten rozkłada się na wszystkich klientów przystępującego, pozycja ta ma minimalny wpływ na zaoferowaną cenę. Ponadto, przystępujący argumentował, że odwołujący w przedstawionej przez siebie argumentacji myli pojęcie nakładów inwestycyjnych i kosztów świadczenia usług. W przypadku inwestycji w budowę infrastruktury niezbędnej do realizacji usługi, do kosztów świadczenia usługi zalicza się koszt amortyzacji inwestycji przez okres jej świadczenia, a nie wartość poniesionych nakładów inwestycyjnych. Wynika to z faktu, że wybudowana infrastruktura pełni swoją funkcję (pozwala na uzyskiwanie przychodów) w okresie znacznie dłuższym niż czas realizacji usług objętych ofertą. Mając powyższe na uwadze należy zauważyć, iż argumenty podnoszone przez Odwołującego nie są trafne ani zasadne.

Podkreślał, iż samo oferowanie cen nawet znacząco niższych od cen konkurentów nie przesądza jeszcze o zaistnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest wykazanie, że taka oferta narusza art. 15 ust. 1 pkt 1 u.n.k. (gdy zarzut dotyczy sprzedaży poniżej kosztów wytworzenia) lub też w inny sposób utrudnia dostęp do rynku i nie można jej uznać za normalny przejaw walki konkurencyjnej".

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności protokół postępowania, SIWZ, przez wyjaśnienia postanowienia ofertę złożoną przystępującego, przystępującego co do elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, jak również biorąc pod uwagę

5

oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 1.500.000 zł netto. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu zaoferowali następujące ceny brutto:

- 1) ATM SA: 588.967,20 zł brutto,
- 2) Odwołujący: 1.207.800 zł brutto,
- 3) Netia S.A.: 1.476.712 zł brutto.

Zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się pismem z dnia 13 grudnia 2010 r. do ATM SA o udzielenie w terminie do 20 grudnia 2010 r., godz. 10.00 wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Wykonawca ATM SA doręczył Zamawiającemu wyjaśnienie (pismo datowane na 15 grudnia 2010 r.) które wpłynęło do zamawiającego w wyznaczonym terminie. Wykonawca ATM zastrzegł, iż informacje udzielone zamawiającemu w ww. piśmie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zastrzegł, iż nie mogą być one udostępnione osobom trzecim.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także iż może ponieść szkodę.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

6

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, że z brak jest definicji legalnej ceny rażąco niskiej. W orzecznictwie przyjmuje się natomiast, że „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 i jego wartość. Nie oznacza to jednak, że każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09).

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”. (Wyrok SO w Katowicach z dnia 30.01.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 3/07).

Ponadto, w ocenie Izby, brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo

określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Izba podziela pogląd, że oceny tej należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba podziela wyrażane wcześniej w orzecznictwie KIO stanowisko, iż *Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę.*" (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08).

Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na indywidualność tego zagadnienia. Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień – art. 90 ustawy. W myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp 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. Ustawa określa również sposób

7

dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je Zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować.

Odwolujący zarzucał również Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył w wyznaczonym terminie żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień. Taką samą decyzję zobowiązany jest podjąć Zamawiający, jeżeli w wyniku przeprowadzonej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami stwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Jeśli chodzi o rozkład ciężaru dowodu, w postępowaniu przed Izbą znaczenie ma pozytywna, bądź negatywna ocena wyjaśnień dotyczących elementów ceny oferty. Jeśli zamawiający nie uznaje złożonych wyjaśnień i dokonuje czynności odrzucenia oferty, to jego obowiązkiem jest dowiedzenie, że (zgodnie z regułą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k. c. w zw. z art. 14 Pzp, art. 190 ust. 1 Pzp) uzyskane wyjaśnienia potwierdzają zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Natomiast w sytuacji złożenia wyjaśnień, które zostały przez zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu spoczywa na odwołującym. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, Sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym sąd stwierdził, że „Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne”. Omawiany pogląd w zakresie ciężaru dowodu prezentował również Sąd Okręgowy w Bielsku – Białej w wyroku z dnia 10 marca 2009 r. sygn. akt II Ca 88/09, kształtuje się on również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo w wyroku z 17 października 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 1068/08 oraz z 12 października 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1415/09.

8

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że pojęcie rażąco niskiej ceny należy odnosić do przedmiotu zamówienia. Wynika to wprost z literalnego brzmienia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, które stanowią, iż obowiązek odrzucenia oferty występuje w sytuacji, gdy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W okolicznościach niniejszej sprawy istotnym było więc ustalenie jak zamawiający opisał w SIWZ przedmiot zamówienia. Przedmiotem zamówienia w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia jest świadczenie usług dotyczących połączenia sieci teleinformatycznej stadionu narodowego do sieci Internet oraz do węzła wymiany ruchu operatorskiego w okresie od 1 marca 2011 r. do 28 lutego 2014 r. (pkt 6.1 SIWZ, pkt 11 SIWZ). W celu świadczenia ww. usług, Zamawiający wymaga zbudowania dwóch rozdzielnych tras transmisyjnych (kablowych) od infrastruktury operatora – Wykonawcy do dwóch punktów dystrybucyjnych – Stadionu Narodowego położonego w Warszawie. Każda trasa transmisyjna musi być złożona z co najmniej 36 torów transmisyjnych. Cała infrastruktura (2x36 par) ma pozostawać do dyspozycji zamawiającego przez okres trwania umowy, natomiast jej właścicielem pozostanie wykonawca. Okoliczność ta nie była sporna, wynikała również z odpowiedzi na pytanie zadane przez jednego z wykonawców o treści *czy trasy światłowodowe oraz sprzęt niezbędny do wykonania zamówienia przechodzi na własność zamawiającego czy też zamawiający oczekuje świadczenia usługi na infrastrukturze należącej do wykonawcy*. Zamawiający udzielając odpowiedzi na tak zadane pytanie wyjaśnił, iż infrastruktura dostarczona przez wykonawcę pozostaje jego własnością (odpowiedź na pytanie 2 z dnia 2 grudnia 2010 r.). Ponadto zamawiający w § 2 ust. 2 wzoru umowy postanowił, iż wykonawca nie może świadczyć żadnych usług nie objętych przedmiotem umowy na infrastrukturze zainstalowanej i dostarczonej do zamawiającego bez jego zgody wyrażonej na piśmie. Możliwość udostępniania przez wykonawcę zamawiającemu bądź innym operatorom wskazanym przez zamawiającego nadmiarowych torów transmisyjnych na podstawie umów trójstronnych, zamawiający przewidział w odpowiedzi na pytanie 23 z dnia 18 listopada 2010 r.

Analizując przytoczone postanowienia SIWZ i odpowiedzi na pytania należało stwierdzić, iż przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie jest wyłącznie świadczenie określonych usług przez okres 36 miesięcy. Wprawdzie w celu wykonania przedmiotu zamówienia wykonawca zobowiązany jest do wybudowania niezbędnej infrastruktury, jednakże wybudowana przez niego infrastruktura nie stanie się własnością zamawiającego. Po upływie okresu na jaki zostanie zawarta umowa na świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia, wykonawca będzie mógł w oparciu o wybudowaną infrastrukturę uzyskiwać dodatkowe przychody. Co więcej możliwość uzyskiwania

dotychczasowych przychodów istnieć będzie również w okresie świadczenia usługi na rzecz zamawiającego, choć wymagać będzie jego zgody (§2 ust. 2 wzoru umowy, pkt IV podpunkt 7 załącznika nr 1 do SIWZ).

Zarzuty odwołującego oparte były na argumentacji, iż koszt wybudowania jednej trasy transmisyjnej to koszt ok. 373 tys. zł, przy drugiej drodze koszt wynosi ok. 500 tys. zł, co daje przybliżony koszt wybudowania infrastruktury na poziomie 800-900 tys. zł. Oznaczało to, iż cenę oferowaną przez przystępującego odwołujący odnosił do przedmiotu zamówienia, który nie znajdował odzwierciedlenia w postanowieniach SIWZ. Stanowisko to było więc nieuprawnione.

W przypadku inwestycji w budowę infrastruktury niezbędnej do realizacji usługi, do kosztów świadczenia usługi można było, tak jak uczynił to przystępujący, zaliczyć jedynie koszt amortyzacji inwestycji przez okres jej świadczenia, a nie całość wartości poniesionych nakładów inwestycyjnych. W przypadku okresu 36-miesięcznego w jakim świadczona będzie usługa koszt amortyzacji kształtował się będzie, zgodnie z oświadczeniem przystępującego złożonym na rozprawie, na poziomie kilkudziesięciu tysięcy złotych w okresie całej usługi. Obciążanie zamawiającego, który na podstawie zawartej umowy będzie korzystał z wybudowanej infrastruktury w okresie 36 miesięcy, wszystkimi kosztami amortyzacji nakładów inwestycyjnych również w pozostałym okresie nie było obowiązkowe.

Wobec powyższego wykonawcy kalkulując cenę za wykonanie tak opisanego przedmiotu zamówienia nie byli zobowiązani do uwzględniania w tej cenie całości kosztów

wybudowanej infrastruktury.

W okolicznościach niniejszej sprawy niezasadnym było odnoszenie ceny ofertowej zaoferowanej przez przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia określonej przez zamawiającego na poziomie 1.500.000,00 zł netto. Oszacowana wartość zamówienia nie zawsze odzwierciedla ceny rynkowe, które kształtują się w wyniku naturalnego mechanizmu rynkowego, to jest ofert i transakcji na tym rynku dokonywanych. Wartość szacunkowa jest pochodną samodzielnego szacunku i przypuszczeń zamawiającego, dokonywanego niejednokrotnie na podstawie analizy rynku, która nie musi być jednak powiązana z rzeczywistymi cenami, jakie na rynku są oferowane i możliwe do uzyskania. Niezasadnym było również porównywanie ceny oferowanej przez przystępującego do ceny zaoferowanej przez odwołującego. Różnica w kalkulacji cen przez obydwu wykonawców wynikała z okoliczności, iż odwołujący uwzględnił w swej ofercie koszt świadczenia usługi i całkowity koszt wybudowania infrastruktury, co wynikało pośrednio z treści odwołania, zaś przystępujący skalkulował koszt świadczenia usług i koszt amortyzacji poniesionych przez niego nakładów inwestycyjnych w okresie realizacji umowy, co czego w świetle przytoczonych postanowień SIWZ miał prawo.

10

Ponadto, w ocenie Izby w przypadku przystępującego występują sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, które miały wpływ na możliwość obniżenia zaoferowanej przez niego ceny. W zgłoszeniu przystąpienia, powołując się na treść złożonych wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przystępujący podniósł, iż jako właściciel i zarządzający węzłem wymiany ruchu AC-X (wskazanym przez Zamawiającego w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt II), nie ponosi żadnych dodatkowych kosztów związanych z przyłączeniem Stadionu Narodowego do wyżej wymienionego węzła. Okoliczność tę potwierdził na rozprawie zamawiający, zaś nie zaprzeczył jej odwołujący. Ponadto, według wiedzy przystępującego odwołujący nie jest uczestnikiem węzła, jak również nie jest uczestnikiem węzła PLIX, który został wskazany przez zamawiającego jako węzeł alternatywny (załącznik 1 punkt II podpunkt 1), okoliczności tej nie zaprzeczył na rozprawie odwołujący. Oznaczało to, iż ww. czynnik o charakterze obiektywnym umożliwiający obniżenie ceny dostępny był przystępującemu, a nie był dostępny odwołującemu.

Ponadto przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia, powołując się na złożone wyjaśnienia co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, oświadczył, iż jako jedna z niewielu firm telekomunikacyjnych w Polsce jest bezpośrednio obecna w punktach wymiany ruchu telekomunikacyjnego w Londynie (Linx), Frankfurtach (DECK) i Amsterdamie (AMX), co powoduje, że koszty tranzytu zagranicznego generowanego ruchu IP są istotnie niższe od kosztu tranzytu ponoszonego przez podmioty nie posiadające takich relacji. Odwołujący w trakcie rozprawy nie zaprzeczył tej okoliczności, zaś żadna ze stron nie dysponowała wiedzą, czy czynnik ten dostępny jest również odwołującemu. Czynnik ten również miał charakter obiektywny, choć ze stanu faktycznego w niniejszej sprawie nie wynikało iż nie był dostępny także odwołującemu.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga również, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradiktoryjnym, z założenia uwzględniającym postulat szybkości i koncentracji materiału dowodowego – zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne najpóźniej do końca rozprawy. Natomiast art. 191 ust. 2 ustawy stanowi, iż wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uwzględniając zasadę ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 Kc, nie uznano za udowodnioną przez odwołującego tezę o wystąpieniu ceny rażąco niskiej – odwołujący nie przedstawił dowodów, które pozwoliłyby potwierdzić stanowisko odwołującego i przyjąć jakie jest rzeczywiste minimum kosztowe realizacji przedmiotowego zamówienia oraz na czym polega rażące zaniżenie ceny oferty wybranej w stosunku do cen rynkowych.

Odwołujący nie wykazał, że cena oferty przystępującego jest nierealna w stosunku do opisanego przez zamawiającego w SIWZ przedmiotu zamówienia, niemożliwa z punktu

11

widzenia logiki, doświadczenia i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorstwa, nie

uwzględnia w zaoferowanej cenie zwyczajowo branych pod uwagę czynników cenotwórczych i własnego zysku. Wyniki postępowania dowodowego nie wskazują na brak ekwiwalentności ceny oferty przystępującego w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaoferowania wykonania zamówienia znacznie poniżej kosztów wytworzenia.

Niezasadnym okazał się więc podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3, a w konsekwencji także art. 7 ustawy Pzp, albowiem cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia przystępującego. W konsekwencji niezasadnym okazał się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych w uzasadnieniu względów, nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....