

WYROK
z dnia 22 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-śuraw

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 marca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2013 r. przez wykonawcę **Telekomunikacja Polska S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Izba Skarbowa w Poznaniu, 61-726 Poznań, ul. Cyryla Ratajskiego 5**,

przy udziale **wykonawcy – INEA S.A., 60-717 Poznań, ul. Kolejowa 19/21**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, wykluczenie wykonawcy INEA S.A., 60-717 Poznań, ul. Kolejowa 19/21 na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 5.5. SIWZ, z uwzględnieniem okoliczności podanych w uzasadnieniu,**
2. kosztami postępowania obciążyć **zamawiającego – Izbę Skarbową w Poznaniu, 61-726 Poznań, ul. Cyryla Ratajskiego 5**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę**

1

Telekomunikacja Polska S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18 tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **zamawiającego – Izby Skarbowej w Poznaniu, 61-726 Poznań, ul. Cyryla Ratajskiego 5** na rzecz wykonawcy **Telekomunikacja Polska S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 we **Poznaniu**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Izba Skarbowa w Poznaniu, Pl. Cyryla Ratajskiego 5, 61-726 Poznań (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) na usługi telekomunikacyjne dla Izby Skarbowej w Poznaniu, urzędów skarbowych woj. wielkopolskiego oraz Urzędu Kontroli Skarbowej w Poznaniu.

Wartość przedmiotowego zamówienia na usługi oszacowano na kwotę większą niż wyrażona w złotych równoważność kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 8 stycznia 2013 roku pod numerem 2013/S 005-005773.

W dniu 8 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Telekomunikacja Polska S.A., ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa (dalej „Odwołujący”) na:

- 1) czynność wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) zaniechanie odtajnienia oferty Inea SA,
- 3) zaniechanie wezwania Inea SA do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę,
- 4) zaniechanie wykluczenia wykonawcy oraz odrzucenia oferty Inea SA.

Odwołujący wskazywał, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przesłana do Odwołującego 26 lutego 2013 r., natomiast oferta Inea SA została udostępniona Odwołującemu 28 lutego 2013 r., a zatem termin na wniesienia odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp został dochowany.

Odwołujący podnosił, że wnosi niniejsze odwołanie w oparciu o art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i jednocześnie oświadcza, iż jest wykonawcą którego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Zaniechanie odtajnienia dokumentów dołączonych do oferty Inea

3

SA oraz zaniechanie odrzucenia oferty Inea SA pozbawiło Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołujący wskazywał, że Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Inea SA, pomimo braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 2) art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1, w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia treści dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, dołączonych do oferty Inea SA,
- 3) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Inea SA do wyjaśnienia elementów oferty mający wpływ na jej cenę,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Inea SA jako zawierającej rażąco niską cenę.

Wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odtajnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dołączonych do oferty,
- 3) wezwanie Inea SA do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę,
- 4) odrzucenie oferty Inea SA.

W uzasadnieniu Odwołujący podnosił, co następuje.

Zarzut I.

Zamawiający w pkt 5.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej "SIWZ") opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w następujący sposób:

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia wówczas, gdy Wykonawca wykonał lub wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu

4

składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej dla podmiotów biznesowych o wartości minimum 200 000 pln każda.”

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Wykonawca Inea SA złożył wykaz, w którym:

- 1) w poz. 2 wskazał na świadczenie usług telekomunikacyjnych w ramach telefonii stacjonarnej na rzecz Politechniki Poznańskiej od 20.03.2012 oraz podał wartość zamówienia 297.059,20 zł. Na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia złożony został protokół odbioru modułu transmisyjnego, modułu podtrzymania bateryjnego oraz akumulatora;
- 2) w poz. 3 wskazał na dostawę światłowodowej sieci kablowej, świadczenie usług transmisji danych, świadczenie usług telekomunikacyjnych tel. stacjonarnej na terenie województwa wielkopolskiego, na rzecz Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu (dalej KW PSP w Poznaniu). Na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia dołączony został list referencyjny z 21 lutego 2013 r., Protokół odbioru realizacji łącza światłowodowego z 30 sierpnia 2012 r., Protokoły odbioru wyposażenia dodatkowego z 30 sierpnia 2012 r. oraz 24 września 2012 r.

Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 25 lutego 2013 r. zasadnie uznał, że:

- 1) Protokół odbioru modułu transmisyjnego, modułu podtrzymania bateryjnego oraz akumulatora nie może być uznany za potwierdzenie należytego wykonania zamówienia wskazanego poz. 2 wykazu.
- 2) Z referencji wskazanych z poz. 3 nie wynika, że Wykonawca świadczył na rzecz Zamawiającego usługi telefonii stacjonarnej.

W konsekwencji Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia wskazanego w poz. 2 wykazu albo w odniesieniu do poz. 3 wykazu usług, dokumentu potwierdzającego, że zakresem załączonej referencji objęte jest również świadczenie na rzecz Zamawiającego usługi telefonii stacjonarnej. W uzupełnieniu z dnia 26 lutego 2013 r., w odniesieniu do poz. 2 wykazu usług, Wykonawca Inea SA przesłał kopię umowy z dnia 20 marca 2012 r. zawartej z Politechniką Poznańską. Zdaniem Odwołującego oczywistym jest, że umowa nie może stanowić potwierdzenia należytego

5

wykonania zamówienia, a zatem nie mogła zostać uznana za dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, że Zamawiający uznał za skuteczne uzupełnienie dokumentów w pozostałym zakresie.

Na potwierdzenie, że zamówienie wskazane w poz. 3 obejmowało również usługi telefonii stacjonarnej, w uzupełnieniu z dnia 26 lutego 2013 r. Wykonawca Inea SA przesłał:

- 1) Fakturę dot. realizacji umowy nr WT 2370/22/2011 na kwotę 249.970,34 zł, wystawioną KW PSP w Poznaniu z dnia 15 listopada 2013 r.,
- 2) Umowę z KW PSP w Poznaniu.

Dokumenty powyższe zostały przez Wykonawcę utajnione, jednak w związku z tym, że są to dokumenty dotyczące realizacji zamówienia publicznego, Odwołujący bez trudu wszedł w posiadanie specyfikacji oraz wzoru umowy, dotyczących realizacji na rzecz Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu, zadania w ramach

projektu pod nazwą „Rozbudowa zintegrowanego systemu bezpieczeństwa środowiskowego i ekologicznego województwa wielkopolskiego”. Analiza dokumentów prowadzi do wniosku, że Wykonawca Inea SA nie realizował na rzecz KW PSP w Poznaniu usług telefonii stacjonarnej. Do konkluzji tej prowadzą następujące ustalenia:

1) Z pkt 2.1. SIWZ wynika, że przedmiotem zamówienia było utworzenie Wojewódzkiej Sieci Teleinformatycznej dla jednostek organizacyjnych PSP z terenu Województwa Wielkopolskiego. Zamówienie dotyczyło więc budowy sieci teleinformatycznej, wraz ze świadczeniem usług transmisji danych. Etap III zamówienia obejmował dostawę, instalację, uruchomienie oraz konfigurację systemu łączności głosowej dla potrzeb Komendy Wojewódzkiej PSP oraz jednostek PSP z terenu województwa wielkopolskiego. Łączność głosowa, której dotyczył etap III zamówienia, dotyczy tzw. telefonii VoIP i nie może być uznana za świadczenie usług telefonii stacjonarnej, ze względu na różnice techniczne oraz prawne dotyczące świadczenia obu usług.

2) W opisie warunku w niniejszym postępowaniu mowa jest o świadczeniu usług telefonii stacjonarnej, a więc usług dotyczących połączeń telefonicznych. Zgodnie z art. 2 pkt 26 ustawy z dnia 21 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.) połączenie telefoniczne to połączenie ustanowione za pomocą publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej, pozwalające na dwukierunkową łączność głosową. Z kolei w myśl art. 2 pkt 30 tej ustawy przez publicznie dostępną usługą telefoniczną rozumie się usługę telekomunikacyjną dostępną dla ogółu użytkowników, dla inicjowania i odbierania, bezpośrednio lub pośrednio, połączeń telefonicznych krajowych lub krajowych i

6

międzynarodowych, za pomocą numeru lub numerów ustalonych w krajowym lub międzynarodowym planie numeracji telefonicznej. Usługi telefonii stacjonarnej świadczone są przy pomocy łączy analogowych (PSTN) oraz łączy cyfrowych (ISDN).

3) Usługi realizowane na rzecz KW PSP w Poznaniu wskazane w wykazie usług w poz. 2 obejmują tzw. usługi VoIP (ang. Voice over Internet Protocol), gdzie podstawą świadczenia usługi jest technika umożliwiająca przesyłanie dźwięków mowy za pomocą łączy internetowych lub dedykowanych sieci wykorzystujących protokół IP, popularnie nazywana "telefonią internetową". Nie są to usługi świadczone w publicznie dostępnych sieciach telefonicznych, lecz usługi świadczone przy pomocy Internetu, lub jak w przypadku usługi świadczonej na rzecz KW PSP w Poznaniu, przy pomocy dedykowanej sieci wewnętrznej wykorzystującej IP. Fakt realizacji połączeń w ramach sieci wewnętrznej potwierdzony jest brzmieniem pkt 4.1 zał. nr 5 do siwz o tytule: „System łączności głosowej” - „System telefonii umożliwi wykorzystanie projektowanej bezpiecznej i szybkiej sieci teleinformatycznej PSP do zapewnienia całościowej głosowej komunikacji wewnętrznej”.

4) Na marginesie należy wspomnieć również, że przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu są właśnie usługi telefonii stacjonarnej świadczone przy pomocy łączy PSTN (łącza analogowe) oraz cyfrowych (ISDN 2B+D oraz 30B+D) (vide zał. nr 4 do siwz pt. Wykaz łączy telefonicznych).

Nawet gdyby jednak uznać, jak uczynił to Zamawiający, że wskazane usługi są usługami telefonii stacjonarnej, to należy podkreślić, że wykonawca Inea SA nie podał wartości tych usług, przez co uniemożliwiona jest weryfikacja spełniania warunku w zakresie wartości wykonanych usług telefonii stacjonarnej. W wykazie usług w poz. 2 podana została wartość całego zamówienia (7.121.790,34 zł), które obejmuje budowę światłowodowej sieci kablowej oraz świadczenie transmisji danych. Usługi transmisji głosu stanowią niewielką z punktu widzenia wartościowego, część tego zamówienia. Wartość ta nie została ustalona również w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów. Wykonawca nie miał wglądu do faktury dołączonej do uzupełnienia z dnia 26 lutego 2013 r., jednak należy przyjąć, że nie mogła ona dotyczyć realizacji usług telefonicznych, skoro zgodnie z postanowieniami pkt 2.1. siwz, dot. etapu III, termin realizacji zadania obejmującego również uruchomienie systemu łączności głosowej upływa 30 listopada 2012 r. Oznacza to, że załączona faktura z dnia 15 listopada 2012 r. mogła dotyczyć, co najwyżej dostawy sprzętu lub jego instalacji (świadczenie usług miało rozpocząć się 30 listopada 2012 r.). Zasadne jest przy tym

podkreślenie, że nieprawdopodobne jest, aby w okresie od 30 listopada 2012 r. do dnia wystawienia referencji (21 lutego 2013 r.), wykonawca Inea SA zrealizował na rzecz KW PSP w Poznaniu usługi telefoniczne o wartości przekraczającej 200 000 zł.

7

Reasumując, usługa referencyjna wskazane w poz. 3 wykazu nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ze względu na to, że nie stanowi usługi telefonii stacjonarnej, a także wartość zrealizowanych usług nie przekroczyła wymaganej w opisie warunku wartości 200 000 zł.

Również usługa na rzecz Prywatnej Lecznicy Certus wskazana uzupełnieniu z dnia 26 lutego 2013 r. nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jest tak z następujących względów:

- 1) Nawet jeżeli uznać, że tabela zamieszczona w treści pisma z dnia 26 lutego 2013 r. stanowi uzupełnienie wykazu usług, to Wykonawca nie podał przedmiotu tej usługi. W związku z tym nie jest możliwa weryfikacja, czy usługa ta odpowiada swoim przedmiotem opisowi warunku udziału w postępowaniu.
- 2) Dodatkowo należy wskazać, że wartość usług dotychczas wykonanych nie przekracza kwoty 200 000 zł wymaganych w opisie warunku. Wynika to z wyliczenia arytmetycznego. Skoro średnia wartość miesięczna faktur za 6 miesięcy wynosi 4.493,05 zł miesięcznie, to od chwili podpisania umowy do dnia składania oferty wartość ta wyniosła 170.735,9 zł (38x4.493,05).
- 3) Jak stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 5 sierpnia 2010 r. (KIO/1542/10), bez wątpienia wykonawcy uprawnieni są do wykazywania posiadanego doświadczenia również za pomocą usług jeszcze niezakończonych, jednakże w przypadku ustalania ich wartości należy brać pod uwagę jedynie wartość prac już zrealizowanych. Konieczne jest więc wykazanie, że jej realizacja nastąpiła w zakresie wymaganym przez zamawiającego. W innym przypadku byłoby to posługiwanie się doświadczeniem na przeszłość, które w ocenie izby jest niedopuszczalne.

Zarzut II.

Dnia 28 lutego 2013 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu ofertę Inea SA, wraz z dokumentami dotyczącymi uzupełnienia tej oferty, z tym, że nie zostały udostępnione m.in. następujące dokumenty dołączone do uzupełniania oferty z dnia 26 lutego 2013 r.:

- 1) wystawiona dnia 15 listopada 2012 r. faktura dot. realizacji umowy nr WT 2370/22/2011,
- 2) umowa z Komendą Wojewódzką Straży Pożarnej w Poznaniu,
- 3) referencje z Prywatnej Lecznicy Certus,
- 4) umowa z Prywatną Lecznicą Certus sp. z o.o.,

8

-
- 5) umowa z Politechniką Poznańską na usługi telekomunikacyjne z dnia 20 marca 2012r.

Jednocześnie z udostępnionych dokumentów postępowania nie wynika, aby Zamawiający prowadził jakiegokolwiek postępowanie mające na celu wyjaśnienie zasadności zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa ww. dokumentów. Zaniechanie to, w połączeniu z uznaniem, że ww. dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, stanowi naruszenie obowiązków Zamawiającego związanych z badaniem ofert. Jak bowiem podnosi się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku zastrzeżenia części oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa zamawiający ma obowiązek zbadać, czy jest ono zasadne, i w tym zakresie musi wystąpić do wykonawcy z prośbą o wyjaśnienia (tak np. KIO w wyroku z dnia 18 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 59/12).

Pomimo braku przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, należy stwierdzić, że dokumenty zastrzeżone przez Inea SA jako tajemnica przedsiębiorstwa, z wyjątkiem umowy zawartej z Prywatną Lecznicą Certus, w istocie nie zawierają nieujawnionych do wiadomości

publicznej informacji technicznych, technologicznych, organizacyjnych przedsiębiorstwa lub innych informacji posiadających wartość gospodarczą co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Przede wszystkim należy podnieść, że umowy zawarte z Politechniką Poznańską oraz KW PSP w Poznaniu, oraz wyżej wymieniona faktura, dotyczą realizacji zadań publicznych, i są to dokumenty możliwe do uzyskania w trybie dostępu do informacji publicznej.

Odnosząc się do referencji z Prywatnej Lecznicy Certus - Wykonawca Inea S.A. podał szereg informacji o realizowanym kontrakcie takich jak okres realizacji, wartość umowy oraz średnia wartość faktur. Wykonawca nie podjął więc działań mających na celu zachowanie poufności tych danych, a trudno byłoby przyjąć, że referencja zawiera inne istotne informacje, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa.

W związku z tym postępowanie dotknięte jest więc wadą polegającą na utajeniu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający powinien bowiem przyjąć na siebie ciężar rzeczywistego i obiektywnego ustalenia, czy w danej sprawie wykonawca miał prawo zabronić ujawniania poszczególnych informacji, a następnie odtajnić ww. dokumenty (por. wyrok KIO z 20 grudnia 2011 r., sygn. akt KIO 2585/11).

Zarzut III/IV.

W postępowaniu na usługi telekomunikacyjne dla Izby Skarbowej w Poznaniu,

9

urzędów skarbowych woj. wielkopolskiego oraz Urzędu Kontroli Skarbowej Poznaniu, złożone zostały oferty z następującymi cenami:

- 1) Inea SA 598.960,80 zł
- 2) Telekomunikacja Polska SA - 977.112 zł
- 3) Netia SA-1.308.916,80

Kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 1.339.356,12 zł.

Jak podkreśla się w orzecznictwie punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej może być nie tylko szacunkowa wartość zamówienia, ale także jego specyfika, charakter oraz ceny ofert konkurencji (por. wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 109/09). Zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy Inea SA do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, pomimo tego, że cena ta stanowi jedynie 61 % ceny oferty TP SA oraz 46 % ceny oferty Netia SA. Zamawiający nie uwzględnił również tego, że TP SA świadczy obecnie usługi na rzecz Zamawiającego, a zatem TP SA nie poniesie kosztów inwestycji związanych z budową infrastruktury telekomunikacyjnej niezbędnej do świadczenia usług. Koszty takich inwestycji zmuszeni są ponieść inni operatorzy. Istnieje również możliwość pozyskania infrastruktury od TP SA w ramach tzw. oferty hurtowej (WLR). Najogólniej rzecz ujmując na mocy decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, TP SA musi udostępniać swoje łącza o określonych parametrach za określoną cenę. Niezależnie więc od przyjętego modelu uruchomienia usługi (budowa sieci własnej, czy dzierżawa łącza od TP SA), Inea SA zmuszona będzie ponieść znaczące koszty związane z uruchomieniem i świadczeniem usług. Sytuacja ta powinna skutkować, co najmniej wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, a w dalszej kolejności, ewentualnym odrzuceniem oferty.

Mając na względzie powyższe, wnosil jak w petitum.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu 8 marca 2013 r.

W dniu 11 marca 2013 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 14 marca 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Wykonawcy Inea

S.A. (dalej także jako "Przystępujący Inea S.A."), wnoszącego o oddalenie odwołania. Wykonawca oświadczał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść

10

Zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana przez Zamawiającego. Przedmiotem odwołania jest, między innymi, żądanie wykluczenia Wykonawcy Inea S.A. z udziału w postępowaniu, zatem posiada on interes w przystąpieniu do niniejszego postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do treści podniesionych w odwołaniu zarzutów Przystępujący Inea S.A. wskazywał na następujące okoliczności.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Inea S.A. z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu

Zamawiający w treści punktu 5.5 SIWZ zawarł następujący opis sposobu potwierdzania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia:

„Zamawiający uznaje, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do wykonywania przedmiotowego zamówienia wówczas, gdy Wykonawca wykonał bądź wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej dla podmiotów biznesowych o wartości minimum 200 000 PLN każda (słownie: dwieście tysięcy złotych)”.

Odwołujący w treści odwołania nie kwestionuje, iż wskazana przez Inea S.A. w wykazie usług realizacja wykonywana na rzecz Komendy Wojewódzkiej Policji w Poznaniu potwierdza posiadanie przez wykonawcę wymaganego doświadczenia. Zatem dla uznania warunku za spełniony koniecznym byłoby wskazanie przez Inea S.A. jeszcze jednej usługi o cechach wymaganych przez Zamawiającego.

W tym zakresie wykonawca Inea S.A. podnosił, iż usługa wykonywana na rzecz Prywatnej Lecznicy Certus Sp. z o.o. potwierdza posiadanie wymaganego doświadczenia. Jak bowiem wykazał wykonawca na podstawie całokształtu przedłożonych dokumentów (w tym kopia umowy zawartej z lecznicą, załącznik nr 2 warunki finansowe), wartość dotąd wykonanych usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej wyraźnie przekracza kwotę 200 tys. zł. Odwołujący, nie mając dostępu do części objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, pominął w swoich wyliczeniach takie elementy wchodzące w skład wynagrodzenia wykonawcy, jak koszt dzierżawy systemu centralowego, koszt utrzymania systemu centralowego, czy koszt miesięcznych opłat abonamentowych z tytułu telefonii

11

stacjonarnej. Każda z tych pozycji jest niezaprzeczalnie składnikiem wynagrodzenia Inea S.A. z tytułu świadczenia usług telefonii stacjonarnej. Pominięcie tych kosztów świadczenia usługi uniemożliwiłoby realizację usług telefonii stacjonarnej na rzecz usługobiorcy. Analiza załączonych przez Inea S.A. dokumentów potwierdza tym samym, iż posiada on wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

Przystępujący wskazywał, że dodać należy, iż wbrew sugestiom Odwołującego bez znaczenia dla sposobu oceny sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być sposób zamieszczenia przez wykonawcę istotnych treści w przedłożonej ofercie. Jak zauważa Izba odnosząc się do sposobu oceny ofert: *"z merytorycznego punktu widzenia nie jest istotne, z którego dokumentu oferty Zamawiający jest w stanie uzyskać istotne dla siebie informacje, gdyż kwestia ta odnosi się do formalnych jej aspektów. Miejsce i sposób wyrażenia określonej przez Zamawiającego i istotnej dla niego treści jest bez znaczenia"* (wyrok KIO z 17 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 36/12).

Podobną opinię wyrażono w wyroku Izby cytowanym w Zeszytach Orzeczniczych Urzędu Zamówień Publicznych nr 9 (sygn. akt: KIO 636/11, wyrok KIO z dnia 6 kwietnia 2011 r.): *"Oferta, jako całość kształt oświadczeń i dokumentów mających odpowiednio potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu zarówno tych podmiotowych, jak i przedmiotowych, winna podlegać ocenie całościowo. Powyższe oznacza, iż nie jest istotnym, w którym miejscu oferty wykonawca zawrze odpowiednie sformułowania mające potwierdzać spełnianie wymogów Zamawiającego, ważne jest, aby z treści oferty Zamawiający mógł poznać informacje istotne dla niego, mające wpływ na ocenę dokonywaną przez niego"*.

Wykonawca Inea S.A. na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 lutego 2013 roku przedłożył dodatkowe dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganego doświadczenia. Dodać, należy, iż wykonawca, co do zasady, nawet bez wezwania ze strony zamawiającego, gdy stwierdzi, iż zachodzą w stosunku do meno okoliczności wskazane w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uprawniony jest do uzupełnienia dokumentów (wyrok KIO z 4 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1551/10). Jak wskazuje się zarazem w orzecznictwie (wyrok KIO z 3 grudnia 2012r. sygn. akt KIO 2583/12 Informator UZP 1/2013): *"Nie można zgodzić się także ze stanowiskiem zamawiającego, zaprezentowanym w toku rozprawy, że wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń nie może złożyć dokumentów nowych. Ratio legis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza uzupełnienia dokumentów przez składanie dokumentów o nowej, innej niż pierwotnie złożona w ofercie treści a stanowisko to jednolicie prezentowane w orzecznictwie"*.

Na marginesie Przystępujący Inea S.A. stwierdzał, iż można zauważyć, że nie został

12

przez Zamawiającego pismem z dnia 25 lutego 2013 roku wezwany do przedłożenia nowych dokumentów, a jedynie wyrażnie wymienionych w treści pisma - referencji dla usługi wskazanej w pozycji nr 2 wykazu usług albo pozycji nr 3. Tym samym dzieląc opinie wyrażane przez Krajową Izbę Odwoławczą można byłoby nawet uznać, iż nadal na Zamawiającym spoczywa obowiązek wezwania wykonawcy Inea S.A. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o ile w ocenie Zamawiającego wykonawca nie potwierdziłby spełniania warunków udziału w postępowaniu: *„braki dokumentów i oświadczeń dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co do zasady podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca formalnie nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów, lecz przedłożył je samodzielnie, zatem nie została wyczerpana procedura określona w tym przepisie”*

Reasumując całość stanowiska przedstawionego powyżej, Przystępujący Inea S.A. zwracał uwagę na jeszcze jedną kwestię podnoszoną w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z 22 marca 2012 r. sygn. akt KIO 466/12): *„rolą Zamawiającego w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest dłożenie starań czy to poprzez stosowanie przepisów art. 26 ust 3 i 4 czy art. 87 ust. 1 i 2, aby jak największa ilość złożonych ofert mogła być dopuszczona do etapu wyboru oferty najkorzystniejszej. Wyborowi podlega ta oferta, która według kryteriów ustalonych w siwz, jest ofertą najkorzystniejszą, a nie ta która jest najbardziej poprawna pod względem formalnym”*.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Przystępującego Inea S.A. odwołanie zasługuje na oddalenie, gdyż potwierdził posiadanie wymaganego doświadczenia.

Niezależnie od powyżej przedstawionych rozważań dowodzących spełnianie przez Przystępującego Inea S.A. warunków udziału w postępowaniu (umowa z Certus Sp. z o.o. oraz KW Policji), wskazywano na jeszcze jedną kwestię. Odwołujący podnosi, iż usługi wykonywane przez Przystępującego Inea S.A. na rzecz Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu nie spełniały wymagań Zamawiającego, gdyż:

- nie obejmowały usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej;
- wartość usług nie osiągnęła kwoty 200 tys. zł.

Wymaganiem Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu było dostarczenie usług telefonii stacjonarnej (załącznik nr 5 do SIWZ WT-2370/44/2011) pkt 4.3. Usługa telefonii stacjonarnej): *„Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telefonii stacjonarnej dla Zamawiającego w zakresie połączeń przychodzących wychodzących miejscowych i strefowych, międzystrefowych i międzynarodowych oraz faksowych, a także*

dostawcy usług telekomunikacyjnych, którzy nie mają własnej infrastruktury i oferują telefonię VoIP przez sieć Internet np. montując bramki ISDN/analog na łączu internetowym u klienta. Taka usługa jest jednak niepełnowartościowa, gdyż jakość usługi w danej chwili zależy faktycznie od kondycji transmisji w sieci Internet. Zamawiający - KWSP w Poznaniu zasadnie wykluczył użycie takiego rozwiązania. Tym samym Inea S.A. nie zaoferowała takiej usługi i w tym zakresie nie korzysta z transmisji przez sieć Internet. W przypadku omawianej realizacji Inea S.A. wykorzystuje światłowody. Transmisja danych pomiędzy centralą, a urządzeniem końcowym wykorzystuje technologie VoIP, co jest naturalne dla nowoczesnej sieci, ale nie ma nic wspólnego z transmisją przez Internet. Dostarczenie usługi odbywa się po dedykowanych łączach, a nie przez Internet - i jest to diametralna różnica pomijana przez Odwołującego. W przypadku Odwołującego dominującym łączem transmisyjnym są kable miedziane, wykonawca ten wykorzystuje w głównej mierze starsze technologie przesyłu do świadczenia usług. Wykorzystywana przez Przystępującego Inea S.A. technologia jest nowocześniejsza i bardziej niezawodna (np. niepodatna na warunki atmosferyczne). Reasumując, umowa świadczona na rzecz KWSP w Poznaniu jest umową obejmującą usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej. Co więcej, sposób wykonywania tej usługi (oddanie do użytku zamawiającego pełnej funkcjonalności w dacie odbioru końcowego) pozwalał na wystawienie przedstawionej już przez wykonawcę faktury WT 2370/22/2011 na kwotę 249.970,34 zł. Tym samym w ocenie Przystępującego Inea S.A. także niniejsza realizacja spełniała wymagania Zamawiającego (jako trzecia usługa przy dwóch wymaganych).

Zarzut zaniechania odtajnienia oferty złożonej przez wykonawcę Inea S.A.

Odwołujący podnosił także zarzut zaniechania badania przez Zamawiającego zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wybranych dokumentów w ofercie Inea S.A., a także zarzut wadliwości uznania takich dokumentów za utajnione. W tym zakresie Odwołujący odnosił się do dokumentów dotyczących prywatnej lecznicy Certus Sp. z o.o., Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu oraz Politechniki Poznańskiej. Należy jednak dodać, iż zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zauważyć w pierwszej kolejności należy, iż ewentualne odtajnienie dokumentów dotyczących usług realizowanych na rzecz Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu oraz Politechniki Poznańskiej pozostaje bez wpływu na wynik postępowania (nie są to realizacje niezbędne do stwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Inea S.A.). Co więcej, jak sam Odwołujący przyznał, pozyskał on w trybie dostępu do

informacji publicznej dokumenty dotyczące KW PSP w Poznaniu. Zarazem zastrzeżenie zasadności utajnienia dokumentów dotyczących prywatnej lecznicy Certus Sp. z o.o. nie może budzić wątpliwości. Zastrzeżone przez Przystępującego Inea S.A. informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje te posiadają wartość gospodarczą, gdyż ich rozpowszechnienie może zagrażać naszej pozycji na rynku usług telekomunikacyjnych (podobnie wyrok KIO z 13 maja 2010 r. sygn. akt KIO 667/10). Szczegółowe informacje na temat zakresu wykonywanych przez Przystępującego Inea S.A. świadczeń oraz wysokości wynagrodzenia z tego tytułu są przez niego chronione, gdyż ujawnione innym operatorom telekomunikacyjnym pozwalałyby na przejęcie danego klienta (zaoferowanie bardziej korzystnych rozwiązań). Przedłożona umowa zawiera także dane niejawne, które nie powinny zostać przekazane otwartej grupie podmiotów, takie przykładowo jak informacja na temat kanałów dostępu Inea. Tym samym w naszej ocenie Zamawiający zasadnie uznał prawidłowość zastrzeżenia przez nas tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do dokumentów Certus.

Należy także dodać, iż wobec spełnia przez Inea S.A. warunków udziału w

postępowaniu, ujawnianie zastrzeżonych informacji pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Jak przykładowo zauważono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2012 r. sygn. akt KIO 1442/12: „Potwierdzenie w części pierwszego zarzutu odwołania nie może przynieść skutku w postaci uwzględnienia odwołania. Udostępnienie oświadczeń i dokumentów niezasadnie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Weryfikacja ewentualnie udostępnionych dokumentów nie doprowadzi do zmiany oceny, że odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu”.

Reasumując, zarzut w ocenie Przystępującego Inea S.A. zasługuje na oddalenie.

Zarzut zaniechania do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny

Przystępujący zauważał, że Odwołujący podnosi zarzut istnienia w ofercie wykonawcy Inea S.A. rażąco niskiej ceny oraz zaniechania wezwania Inea S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Na wstępie Przystępujący zwracał uwagę na istotną dla sprawy okoliczność. Jak słusznie wskazuje się w orzeczeniu wspólnotowego prawa zamówień publicznych, z uwagi na zróżnicowany charakter poszczególnych zamówień oraz istotę uwarunkowań organizacyjnych, gospodarczych i ekonomicznych związanych z realizacją świadczeń w ramach zamówień publicznych, kwestię rażąco niskiej ceny należy analizować w aspekcie konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mających realny wpływ na proces

15

sporządzania oferty (orzeczenie ETS z 22 czerwca 1989 r. C-103/88 (Constanzo) Informator UZP 6/2012 str. 14). Badając zatem ewentualność wystąpienia w ofercie Inea S.A. rażąco niskiej ceny należy w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na fakt, iż dzięki wzrastającej konkurencji oraz aktywnej działalności państwowego regulatora telekomunikacyjnego, rynek usług telekomunikacyjnych cechuje się stałym i istotnym spadkiem cen oferowanych przez operatorów. Jak słusznie zauważono w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2009 roku (sygn. akt: KIO/UZP 98/09) postępujący, istotny spadek cen usług telekomunikacyjnych potwierdzają wydawane w ostatnich latach raporty Urzędu Komunikacji Elektronicznej. W jednym z wyroków Izby zauważono wprost: „punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej może być nie tylko wartość szacunkowa zamówienia, ale także jego specyfika i charakter oraz ceny ofert konkurencyjnych. Oceniając ceny pozostałych ofert należy wziąć pod uwagę, okoliczność, że usługi telekomunikacyjne aktualnie na rynku cieszą się dużą konkurencją i obserwuje się stałą tendencję do obniżania cen tych usług przez operatorów. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 109/09), za: Informator UZP nr 6, 2009 rok).

Specyfika rynku telekomunikacyjnego (o specyfice rynku w kontekście badania realności ceny można przeczytać także w wyroku KIO z 16 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 671/08) pozwala na istotne obniżki cen bez strat dla przedsiębiorstw telekomunikacyjnych, co nie powinno pozostawać bez znaczenia dla prowadzonego na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp badania ofert w zakresie występowania rażąco niskiej ceny (co stwierdzono także przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1511/08). Jak dodaje Izba w wyroku z dnia 13 stycznia 2011 roku (sygn. akt KIO 2708/12), odnosząc się do sytuacji na rynku usług telekomunikacyjnych: „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”.

Przystępujący Inea S.A. podnosił także, iż orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dostarcza szereg dowodów na występowanie spadku cen usług telekomunikacyjnych. Przykładowo:

- wyrok oddalający odwołanie w sprawie rażąco niskiej ceny wynoszącej 23% wartości przedmiotu zamówienia zawartej w ofercie Polkomtela S.A. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lipca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 769/09);

- wyrok oddalający odwołanie w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny w postępowaniu w którym wybrana oferta Netii stanowiła 54% wartości przedmiotu zamówienia, przedmiotem zamówienia była usługa telekomunikacyjna na potrzeby Ministerstwa Sprawiedliwości (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 lipca 2011 roku sygn. akt: KIO 1512/11);

- a także wyrok oddalający zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie zawierającej propozycję realizacji przedmiotu zamówienia za 19% wartości przedmiotu zamówienia (przedmiotem zamówienia była usługa udostępnienia kanałów transmisyjnych dla potrzeb sieci WAN NBP). (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 1212/09).

W orzecznictwie KIO wyraźnie podnoszona jest teza, iż jeśli oferowana cena nie odbiega rażąco od cen rynkowych proponowanych przez innych wykonawców, bezzasadnym jest odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp (wyrok KIO z dnia 28 grudnia 2007r. sygn. akt: KIO/UZP 1453/07). Należy raz jeszcze przypomnieć, iż ceną rażąco niską jest cena niewiarygodnie niska, znacząco odbiegająca od cen rynkowych (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Włodzimierz Dzierżanowski, Jerzy Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, Wolters Kluwer, Warszawa 2010 komentarz do art. 89 ustawy Pzp). Oferta złożona przez wykonawcę Inea S.A. nie jest taką ofertą.

Ponadto Przystępujący zwracał uwagę na cel regulacji zawartej w art. 89 ustawy Pzp. Jak stwierdzono w wyroku Krajowej izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2008 roku (sygn. KIO/UZP 1137/08): *"W tym miejscu nie sposób nie zwrócić uwagi na cel przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej regulacja przywołanego przepisu ma za /udanie ochronę Zamawiającego przed sytuacją, w której może dojść do udzielenia zamówienia wykonawcy nie dającemu rękojmi wykonania czy też należytego wykonania zamówienia, ze względu na zaproponowanie nierealnych cen".* Celem tym jest eliminacja tych ofert, których złożenie wynikać może z błędu wykonawcy skutkującego ryzykiem niewykonania umowy albo też ofert, w których świadomie zaniżono wartość usługi, dostawy, czy robót budowlanych godząc tym samym w zasadę uczciwej konkurencji. Cena zaproponowana przez nas, choć odbiega od wartości przedmiotu zamówienia, jest ceną rynkową, dającą gwarancję należytego wykonania umowy. Cena nie odbiega od trendu obserwowanego na rynku usług telekomunikacyjnych, jest ceną porównywalną z innymi ofertami składanymi w postępowaniach o świadczenie usług telekomunikacyjnych.

Przystępujący Inea S.A. stwierdzał, że wieloletnie doświadczenie w zakresie świadczenia usług telekomunikacyjnych pozwoliło mu na złożenie oferty w zaproponowanej wysokości. Przystępujący Inea S.A. zrealizuje niniejsze zamówienie, uzyskując zysk porównywalny do innych projektów tego typu. Należy dodać, iż w przypadku zamówienia na

usługi istnienie różnic pomiędzy wartością przedmiotu zamówienia a oferowanymi cenami nie musi skutkować domniemaniem istnienia rażąco niskiej ceny w składanych ofertach. Przykładowo w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 kwietnia 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 360/00) słusznie zauważono: *„podkreślenia wymaga fakt, iż przedmiotem zamówienia jest usługa, zatem przedmiot o charakterze niematerialnym, co utrudnia, z uwagi na specyfikę takiego zadania, wykazanie nierealności jego wyceny. Z tego samego powodu nie może stanowić argumentu na potwierdzenie zarzutu stawianego przez Zamawiającego wobec oferty Odwołującego fakt rozbieżności pomiędzy ceną o szacunkową wartością zamówienia, a także pomiędzy cenami zaoferowanymi przez poszczególnych Wykonawców biorących udział w postępowaniu”.*

Odwołujący wskazuje, iż jako podmiot realizujący obecnie usługi na rzecz Zamawiającego roku posiada przewagę konkurencyjną wobec innych wykonawców w postaci zrealizowanych już części nakładów inwestycyjnych. Odwołujący nie przedstawia zarazem wiarygodnych argumentów przemawiających za tym, iż wykonanie zamówienia przez innych wykonawców po cenie niższej nie jest możliwe - wykonawca nie odnosi się do sytuacji technicznej, finansowej, organizacyjnej Przystępującego Inea S.A. Przystępujący Inea S.A. przypominał, że: *„dla uznania, że cena jest rażąco niską, konieczne jest wykazanie, że przy*

określonym przedmiocie zamówienia (w tym przypadku - usługach telekomunikacyjnych) nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę". (wyrok KIO z 13 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 142/08). Odwołujący w tym zakresie nie był w stanie przedstawić dowodów potwierdzających, iż wykonanie przez Przystępującego Inea S.A. zamówienia nie jest możliwe bez ponoszenia przez niego strat. Jak słusznie zauważono w orzecznictwie, uregulowane w art. 89 ustawy Pzp przesłanki odrzucenia oferty winny mieć swoje źródło w faktach, nie zaś w pozbawionych dowodów przypuszczeniach (wyrok KIO z 17 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1076/10). Brak w tym zakresie podniesionych w odwołaniu dowodów przesądza o niezasadności stawianego zarzutu. Warto w tym zakresie przytoczyć także wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07: „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”.

Zdaniem Przystępującego Inea S.A. należy wyraźnie zauważyć, iż ewentualna przewaga konkurencyjna Odwołującego (istniejąca infrastruktura) nie jest jedynym czynnikiem wpływającym na oferowaną cenę w niniejszym postępowaniu. Wykonawcy posiadają różniące ich koszty stałe, koszty zatrudnienia pracowników, różne są marże przyjęte dla kontraktu, różne

18

koszty stałe związane z obsługą przedsiębiorstwa, różnie skalkulowane ryzyka zapłaty kar umownych etc. Nie jest przykładowo tajemnicą, iż spółka TP S.A. posiada niezwykle wysokie koszty stałe świadczenia usług (TPSA ma zaplanowaną na 2013 r. redukcję zatrudnienia o 1700 osób <http://www.regiopraca.pl/portal/rynek-pracy/wiadomosci/beda-zwolnienia-w-tps-a-prace-straci-17-tys-osob>).

Odwołujący nie zna i nie analizuje także możliwości Inea S.A. w zakresie kosztów nabycia sprzętu telekomunikacyjnego. Pomijanie tych okoliczności przez Odwołującego i skupienie się jedynie na wybranych aspektach realizacji zamówienia czyni postawiony zarzut niewiarygodnym, nieudowodnionym. Odwołujący podnosi jeden argument w odniesieniu do istnienia rażąco niskiej ceny - przewagę w postaci posiadania przez Odwołującego istniejącej infrastruktury. Uznanie, iż samo istnienie przewagi konkurencyjnej Odwołującego pozwala na stwierdzenie rażąco niskiej ceny u innych wykonawców czyniłoby wybór trybu przetargowego dla niniejszego postępowania bezcelowym. Każda bowiem zaoferowana niższa cena powinna skutkować odrzuceniem ofert innych wykonawców. Twierdzenie takie jest w oczywisty sposób bezzasadne, a domniemany monopol Odwołującego na wykonanie niniejszego zamówienia nie zasługuje na ochronę.

Jak słusznie zauważyła Izba w wyroku z dnia 13 stycznia 2011 roku (sygn. 2708/12) odnosząc się do sytuacji, w której pomimo wskazania na przewagę konkurencyjną ze względu na istniejącą infrastrukturę telekomunikacyjną wykonawca nie wykazał dlaczego oferowana przez innych wykonawców cena jest rażąco niska: „postępowanie przed Izba jest postępowaniem kontradyktoryjnym, z założenia uwzględniającym postulat szybkości i koncentracji materiału dowodowego - zgodnie z art. 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”.

Biorąc pod uwagę powyższe postawiony zarzut należy uznać za chybiony.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny należy wskazać na następujące okoliczności. Nawet istotna różnica w cenie oferty i wartości przedmiotu zamówienia nie jest wystarczającą

19

przesłanką nie tylko uznania ceny za rażąco niską, ale nawet powstania potrzeby składania wyjaśnień na podstawie art. 90 ustawy Pzp. Tezę taką przykładowo zawarto w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 listopada 2008 roku sygn. KIO/UZP 1137/08 w kontekście oferty stanowiącej 30% wartości przedmiotu zamówienia, jak i w przytoczonym powyżej wyroku z 3 lipca 2009 roku, w którym zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny pomimo, iż oferta zawierała cenę stanowiącą 23% wartości przedmiotu zamówienia. Skład orzekający przy tym zauważył: „trafnie zamawiający w toku badania ofert odwołał się do „cen oferowanych w aktualnie rozstrzyganych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie odpowiadającym niniejszemu zamówieniu” oraz „realiów rynku usług telekomunikacyjnych, podlegających bardzo dynamicznym zmianom”. W ocenie składu orzekającego Izby, ze względu na udział w przedmiotowym postępowaniu wykonawców, którzy „kreują” ceny usług telekomunikacyjnych, ceny zaoferowane w tym postępowaniu same stanowią wystarczający wyznacznik aktualnych tendencji rynku tego rodzaju usług”.

Oferowane przez wykonawców ceny są porównywalne. Dodać należy, iż różnica dziesięcioprocentowa nawet dla zamówienia na roboty budowlane wcale nie oznacza konieczności badania ustalenia czy złożona oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku przedmiotu zamówienia (przykładowo wyrok KIO z 16 listopada 2010 r. sygn. akt 2392/10). Tym samym zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny także jest chybiony.

Biorąc pod uwagę powyższe, Przystępujący Inea S.A. wnosil o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 18 marca 2013 r. Zamawiający, działając na podstawie art.186 ust. 1 ustawy Pzp, złożył odpowiedź na odwołanie Po przeanalizowaniu zarzutów przedstawionych przez Odwołującego, Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania. W dniu 26 lutego 2013r. Zamawiający wybrał ofertę Wykonawcy INEA S.A. jako ofertę najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W dniu 8 marca 2013r. Wykonawca Odwołujący przesłał Zamawiającemu kopię odwołania od czynności wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust.2 pkt 4 w zw. z art.25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Inea S.A., pomimo braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 2) art. 8 ust. 3, art.87 ust.1 w zw. z art.7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia

20

treści dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, dołączonych do oferty Inea S.A.;

- 3) art. 90 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Inea S.A. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Inea S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę.

W związku z przedstawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu dołączonych do oferty, wezwania Inea S.A. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę oraz odrzucenia oferty tegoż Wykonawcy.

Po przeanalizowaniu odwołania Zamawiający zauważał, iż wobec tak sformułowanych zarzutów, nie znalazł podstaw do uwzględnienia odwołania w trybie art. 186 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzut I - zaniechanie wykluczenia Inea S.A. pomimo braku wykazania spełniania warunków

udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu, dotyczący wiedzy i doświadczenia wykonawcy, wskazując parametry świadczonych dotychczas przez wykonawców usług, spełniających wymagania stawiane przez Zamawiającego w tym zakresie. Zgodnie z wymogami SIWZ, Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do wykonywania przedmiotowego zamówienia wówczas, gdy Wykonawca wykonał bądź wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej dla podmiotów biznesowych o wartości minimum 200 000 PLN każda. Na potwierdzenie spełniania tego warunku Przystępujący Inea S.A. złożył wykaz wykonywanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie:

- usługa dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Poznaniu - referencje z dnia 22 lutego 2013r., potwierdzające że usługi telefonii stacjonarnej zrealizowane są na wysokim poziomie,

21

-
- usługa dla Politechniki Poznańskiej - protokół z dnia 15 marca 2012r. odbioru przez Abonenta wyposażenia dodatkowego (moduł transmisyjny, moduł podtrzymania baterijnego, akumulator) do umowy,
 - usługa dla Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej - list referencyjny z dnia 21 lutego 2013r. wraz z protokołem odbioru realizacji łącza światłowodowego z dnia 30.08.2012 r. protokołem z dnia 30 sierpnia 2012r. odbioru przez Abonenta wyposażenia dodatkowego (mediakonwerter, moduł SFP), protokołem z dnia 24.09.2012r. odbioru przez Abonenta Wyposażenia dodatkowego (converter).

Zamawiający z uwagi na to, że dokumenty dotyczące usługi świadczonej dla Politechniki Poznańskiej nie potwierdzały jej należytego wykonania, a jedynie odbiór wyposażenia dodatkowego, natomiast z referencji dotyczących usługi dla KW PSP nie wynikało, że wykonawca świadczył usługi telefonii stacjonarnej, wezwał Przystępującego Inea S.A. w trybie art.26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia zgodnego z SIWZ dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia.

Przystępujący Inea S.A. w odpowiedzi na wezwanie przedłożył Zamawiającemu dokumenty zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, które obejmowały:

- wystawioną fakturę dla KW PSP dotyczącą realizacji umowy w zakresie usług telefonii stacjonarnej na wartość 249.970,34 zł netto,
- umowę z KW PSP,
- umowę z Prywatną Lecznicą CERTUS sp. z o.o. na usługi telekomunikacyjne wraz z referencjami,
- umowę z Politechniką Poznańską na usługi telekomunikacyjne.

Zamawiający, zachowując postanowienia art. 22 ust. 4 ustawy Pzp, na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał od wykonawców wykazania, że świadczyli lub świadczą co najmniej 2 usługi telefonii stacjonarnej. Zamawiający nie doprecyzowywał tego warunku poprzez określenie wymaganej technologii świadczenia usługi a jedynie poprzez wskazanie minimalnej wartości świadczonych usług w kwocie 200.000 zł.

W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający dopuścił jako rozwiązanie techniczne

22

świadczenie usług telefonii stacjonarnej w poszczególnych lokalizacjach poprzez doprowadzenie kablem optotelekomunikacyjnym lub kablem telekomunikacyjnym o żyłach miedzianych. Ponadto Zamawiający uznał jako dopuszczalne świadczenie usług w oparciu o wydzielony, niezależny, szyfrowany tunel, w którym będzie zestawione połączenie od Zamawiającego do Operatora, w którym transmisja odbywać się będzie w protokole należącym do grupy protokołów VOIP.

W świetle powyższego Zamawiający zasadnie uznał, że dołączona do oferty Przystępującego dokumentacja potwierdza, iż wykonywane na rzecz KW Policji w Poznaniu, KW Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu oraz Prywatnej Lecznicy CERTUS sp. z o.o. usługi są wymaganymi przez Zamawiającego usługami telefonii stacjonarnej. Przedmiot usług świadczonych na rzecz KW Policji w Poznaniu jest bezsporny między Odwołującym a Zamawiającym. Z kolei umowy zawarte z KW PSP w Poznaniu oraz lecznicą CERTUS, dotyczące kwestionowanych przez Odwołującego usług, wyrażają wprost, że przedmiot umowy obejmuje świadczenie usług telefonii stacjonarnej. Tym samym Zamawiający nie znalazł podstaw do ich zakwestionowania przy ocenie spełniania przez Przystępującego Inea S.A. warunku udziału w postępowaniu, a zarzut Odwołującego, iż usługi te nie są usługami telefonii stacjonarnej nie znajduje uzasadnienia w zebranej dokumentacji postępowania.

Odnosnie przyjętego przez Zamawiającego parametru w zakresie wartości usług potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy, Zamawiający wskazuje, że zarówno usługa świadczona dla KW Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu, jak i Prywatnej Lecznicy CERTUS sp. z o.o. spełniają postawione przez Zamawiającego wymagania. Podkreślenia wymaga fakt, iż określając parametr wartościowy wymaganych usług, Zamawiający odniósł się do wartości usługi telefonii stacjonarnej jako całości, nie dokonując zawężenia jej zakresu wyłącznie do wycinka, stanowiącego wartość wykonanych połączeń telefonicznych. Za bezsporne należy uznać, że wartość usługi telefonii stacjonarnej obejmuje nie tylko wartość wykonanych połączeń, ale także pozostałych elementów związanych z jej świadczeniem, w tym wszelkie koszty usług podtrzymujących jej świadczenie. Rzeczą wtórną natomiast jest kwestia przyjętego przez strony sposobu wykazania elementów składających się na świadczoną usługę, tzn. poprzez rozbitcie kosztów poszczególnych elementów usługi, jak ma to miejsce chociażby w przypadku usługi dla Prywatnej Lecznicy CERTUS sp. z o.o., czy też wkalkulowanie wszelkich kosztów w cenę abonamentu telefonicznego i nawiązanych rozmów, jak tego wymaga Zamawiający.

Przystępujący Inea S.A. w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia powołał się m.in. na usługę telefonii

23

stacjonarnej świadczoną na rzecz KW PSP w Poznaniu oraz CERTUS sp. z o.o.

Załączone dokumenty dotyczące usługi świadczonej na rzecz KW PSP w Poznaniu nakazywały przyjąć, że spełnia ona wymagania nałożone przez Zamawiającego. Zamawiający posiadał nie tylko wymagany przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wykaz usług sporządzony przez Przystępującego wraz z „referencjami”, ale także dodatkowe dokumenty w postaci umowy potwierdzającej zakres świadczonych usług oraz fakturę opiewającą na kwotę 307.463,52 zł (przy wymaganych 200.000 zł), dotyczącą sprzedanych już na rzecz odbiorcy usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej. Wobec przedstawionych dowodów i wynikających z nich danych, Zamawiający nie znalazł żadnych podstaw do ich kwestionowania.

Podobnie dokumenty przedłożone przez Przystępującego, przy wskazanej uzupełniająco jako trzecia, przy dwóch wymaganych, usłudze dla CERTUS sp. z o.o., w szczególności umowa wraz z załącznikami, wskazują, że jej wartość przekracza wymaganą przez Zamawiającego kwotę 200.000 zł. Fakt, że strony tej umowy przyjęły odmienny od Zamawiającego sposób jednostkowego ujęcia elementów wchodzących w skład usługi nie ma żadnego znaczenia dla oceny spełniania warunku przez INEA S.A. Na podstawie danych zawartych w przedłożonej dokumentacji, Zamawiający mógł ustalić wartość usługi, w celu

zweryfikowania jej zgodności z wymaganiami określonymi w SIWZ.

Zamawiający zwracał także uwagę, iż dołączany do oferty wykaz usług stanowi oświadczenie wykonawcy, składane, podobnie jak i inne dokumenty w postępowaniu, pod groźbą odpowiedzialności karnej, o której mowa w art.297 kk. Zamawiający nie ma zatem podstaw do kwestionowania takiegoż wykazu i danych w nim zawartych, potwierdzonych dodatkowo dołączoną do wykazu dokumentacją, jeśli nie posiada żadnego dowodu przeciwnego w tym zakresie.

W tym miejscu należy wskazać, iż oferta Przystępującego Inea S.A. jako oferta wygrywająca, była wnikliwie oceniana przez Zamawiającego. Zamawiający zastosował w stosunku do Przystępującego tryb wezwania z art.26 ust.3 ustawy Pzp. Przeprowadzona analiza przedłożonej dokumentacji w pełni potwierdziła, że przedstawione usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego co do wykazania się przez wykonawców odpowiednim doświadczeniem.

24

Zarzut II - zaniechanie odtajnienia treści dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, dołączonych do oferty Inea S.A.

Zgodnie z art. 11 ust.4 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003r., Nr 153, poz.1503 z późn. zm.) przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Bezsporne jest, że Przystępujący Inea S.A. zastrzegł złożone na wezwanie w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp dokumenty jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art.192 ust.2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W myśl cyt. wyżej przepisu i dokonywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą jego wykładni, nic wystarczy zatem samo stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp oraz podniesienie odpowiedniego zarzutu przez wykonawcę. Izba uwzględniając odwołanie bada bowiem, czy naruszenie przepisów zarzucane przez wykonawcę miało konkretny wpływ na wynik postępowania. Tym samym nieuzasadnione staje się wnoszenie odwołania wyłącznie dla wykazania, że zamawiający popełnił błędy w postępowaniu czy też nieprawidłowo zastosował przepisy. Chcąc uzyskać korzystne orzeczenie w postaci uwzględnienia odwołania, wykonawca musi podnieść takie zarzuty, które wykażą, że naruszenie prawa przez zamawiającego wypaczyło wynik postępowania (tak m.in. wyrok KIO 1500/09, KIO 2464/10, KIO 217/2012).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art.8 ust.3 ustawy Pzp Zamawiający przyznaje, iż z uwagi na ich publiczną dostępność, informacje zawarte w dokumentach dołączonych przez Przystępującego dotyczących usługi świadczonej dla KW PSP w Poznaniu oraz Politechniki Poznańskiej nie powinny być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i mogły zostać ujawnione innym uczestnikom postępowania. Bezsporne jest jednak, iż charakter tajemnicy przedsiębiorstwa posiadają pozostałe dokumenty dotyczące usługi świadczonej dla CERTUS sp. z o.o.

Zamawiający poprzedził ocenę spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia dokonaniem szczegółowej analizy załączonych dokumentów zawartych tak w części skutecznie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak i w części, która nie mogła takiej tajemnicy stanowić. Zarówno dokumenty dotyczące usługi świadczonej dla

25

CERTUS sp. z o.o., prawidłowo zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, jak i dokumenty dotyczące usługi dla KW PSP w Poznaniu potwierdzają prawidłowość czynności

Zamawiającego. Odwołujący, jak sam wskazuje w odwołaniu, bez trudu wszedł w posiadanie dokumentacji, która błędnie pozostała utajniona jako tajemnica przedsiębiorstwa przez Zamawiającego. Tym samym uchybienie Zamawiającego nie wywarło negatywnych skutków dla Odwołującego i nie ma wpływu na wynik postępowania. Odwołujący nie mógłby natomiast zaprzeczyć prawdziwości czy wiarygodności pozostałych dokumentów, na których oparł się Zamawiający, a które zostały prawidłowo zastrzeżone przez Przystępującego.

Mając zatem na uwadze przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp oraz konsekwentną linię orzecznictwa KIO, nawet częściowe uwzględnienie zarzutu naruszenia art.8 ust.3 ustawy Pzp nie może skutkować uwzględnieniem odwołania, gdyż stwierdzone uchybienie nie miało wpływu na wynik postępowania.

Zarzut III / IV - zaniechanie wezwania INEA S.A. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę oraz zaniechanie odrzucenia oferty INEA S.A. jako zawierającej rażąco niską ceną.

W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu na usługi telekomunikacyjne dla Izby Skarbowej w Poznaniu, urzędów skarbowych woj. wielkopolskiego oraz Urzędu Kontroli Skarbowej w Poznaniu wpłynęły trzy oferty:

- INEA S.A. z kwotą 598.960,80 zł,
- TELEKOMUNIKACJA POLSKA S.A. z kwotą 977.112,00 zł
- NETIA S.A. z kwotą 1.308.916,80 zł

Szacunkową wartość zamówienia Zamawiający określił na kwotę 1.339.356,12 zł wraz z podatkiem VAT.

Na wstępie należy nadmienić, że Zamawiający dokonał z należytą starannością oszacowania wartości zamówienia na podstawie art.34 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w oparciu o dane z aktualnie obowiązujących umów telekomunikacyjnych. Zamawiający ma jednak pełną świadomość, że rynek usług telekomunikacyjnych jest rynkiem szalenie dynamicznym, a możliwy do zaobserwowania zwłaszcza w ostatnim okresie spadek cen jest zdecydowany. Trend taki jest obecny w praktycznie każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczącym świadczenia usług telekomunikacyjnych o podobnym jak w przedmiotowym postępowaniu wolumenie.

Zamawiający zauważał także, iż przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem wspólnym, prowadzonym przez grupę czterdziestu zamawiających w oparciu o przepis art. 16

26

ust. 1 ustawy Pzp. Dotychczasowe doświadczenia dotyczące takich postępowań, w szczególności osiągnięcie spodziewanego przez Zamawiającego efektu skali udzielanego zamówienia potwierdzają, że osiągnięte z rynku wykonawców oferty są zdecydowanie niższe od tożsamyh ofert uzyskiwanych przez zamawiających, udzielających zamówienia samodzielnie. Pojęcie "rażąco niska cena", o którym mowa w przepisach art.89 ust. 1 pkt 3 i art.90 ustawy Pzp jest pojęciem nieostrym, wymagającym interpretacji w drodze wykładni przepisów. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w konsekwentnie przyjmowanej linii orzecznictwa dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia (w tym przypadku - usługach telekomunikacyjnych) nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę (KIO/UZP 1492/08). Podobnie w wyroku KIO 342/2012 Izba orzekła, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Możemy mówić o wystąpieniu takiej sytuacji, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie zamówienia przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne (także KIO 323/2012). Nie sposób nie odnieść wrażenia, że Odwołujący, który z uwagi na fakt świadczenia obecnie usługi telefonii stacjonarnej dla niemal wszystkich Zamawiających biorących udział w zamówieniu wspólnym, co podkreślił także w odwołaniu, był w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych wykonawców, nie spodziewał się konkurencji z ich strony. Ugruntowane przekonanie Odwołującego o jego quasi monopolistycznej pozycji na rynku potwierdza tym bardziej fakt, iż zaproponował wyższe o 10 - 20 % stawki opłat abonamentowych w stosunku do swojej oferty sprzed 2 lat. Biorąc pod uwagę wzrost konkurencji na rynku telekomunikacyjnym oraz działania UKE jako regulatora

ryнку telekomunikacyjnego prowadzące do spadku cen świadczenia usług telefonii stacjonarnej, oferowanie przez Telekomunikację Polską SA, wyższych stawek, jest tym bardziej niezrozumiałe. Prowadzi także do konkluzji, że to nie oferta Przystępującego jest rażąco niska, a raczej oferta Odwołującego została zawyżona. Warto również nadmienić że Przystępujący Inea S.A. jest największym alternatywnym operatorem telekomunikacyjnym w Wielkopolsce, który świadczy zaawansowane usługi telekomunikacyjne w oparciu o sieci światłowodowe, w tym sieci NGN (New Generation Network). W 2012 r. INEA S.A. została wyróżniona za konsekwentną realizację polityki i strategii przedsiębiorstwa oraz pozycję lidera wśród najbardziej dynamicznych i najbardziej efektywnych przedsiębiorstw w Polsce. (Ranking opracował Instytut Nauk Ekonomicznych Polskiej Akademii Nauk <http://www.inea.pl/inea/osiagniecia/>).

W świetle powyższego stwierdzić należy, że cena oferty Przystępującego nie odbiega od cen rynkowych. Zamawiający nie miał cienia wątpliwości, iż zaproponowana cena jest

27

realną ceną rynkową zamawianych usług, zaproponowaną w ramach dopuszczalnej prawem konkurencji podmiotów uczestniczących na rynku telekomunikacyjnym. Tym samym nie miał żadnych uzasadnionych podstaw do wzywania Przystępującego w trybie art.90 ust.1 PZP. Fakt, iż cena najkorzystniejsza jest o 39% niższa od następnej oferty w kolejności nie może automatycznie prowadzić, jak tego oczekuje Odwołujący, do wniosku, że Zamawiający był zobowiązany do zażądania wyjaśnień. Wręcz przeciwnie - zamawiający prowadzący rzetelnie postępowanie, przy ocenie oferty pod kątem ewentualnej rażąco niskiej ceny, uwzględnia całokształt okoliczności, tj. specyfika przedmiotu zamówienia, bieżące trendy na danym rynku. Takiej analizy dokonał Zamawiający, opierając się nie tylko na porównaniu cen złożonych ofert, ale przede wszystkim uwzględniając niematerialny charakter zamawianych usług, a także powszechne tendencje na rynku usług telekomunikacyjnych.

W świetle powyższego, opierając się także na stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający podkreśla, że dla uwzględnienia odwołania z uwagi na rażąco niską cenę oferty nie wystarczy tylko wskazanie, że cena ta jest relatywnie niska. Konieczne jest udowodnienie, iż świadczenie usługi w tej cenie jest niewykonalne i odbywać się będzie poniżej kosztów jej wytworzenia (tak KIO 314/2012). Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby zrealizowanie przedmiotowego zamówienia przez Przystępującego nie było możliwe za wskazaną w ofercie cenę. Tym samym jego zarzut co do rażąco niskiej ceny oferty najkorzystniejszej jest nieuzasadniony.

W ocenie Zamawiającego w niniejszym przypadku nie zaistniała przesłanka określona w art.192 ust. 2 ustawy Pzp. Zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.2 pkt 4, art. 89 ust.1 pkt 3 i art. 90 ust. 1 ustawy Pzp są nieuzasadnione, a Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż doszło do naruszenia przepisów, które miałyby rzeczywisty wpływ na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wnosil jak na wstępie.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający w pkt 5.5. SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazał:
„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do wykonania przedmiotowego zamówienia wówczas, gdy Wykonawca wykonał lub wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu

28

składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej dla podmiotów biznesowych o wartości minimum 200 000 pln każda.”

Na potwierdzenie spełnienia powyższego warunku Przystępujący Inea SA złożył wykaz, w którym wskazał 3 usługi:

- 1) w poz. 1 usługę wykonaną na rzecz Komendy Wojewódzkiej w Poznaniu dotyczącą usług telefonii stacjonarnej, połączeń wychodzących i przychodzących miejscowych, strefowych, tel. komórkowej, realizowaną w okresie 01 lipca 2011 - 28 lutego 2013 r. (kolejna umowa podpisana 1 marca 2013 r. umowa trwa nadal) o wartości 251 324,60 zł. Na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia złożono referencje z 22 lutego 2013 r.;
- 2) w poz. 2 wskazał na świadczenie usług telekomunikacyjnych w ramach telefonii stacjonarnej na rzecz Politechniki Poznańskiej od 20 marca 2012 (trwa nadal) oraz podał wartość zamówienia 297 059,20 zł. Na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia złożony został protokół odbioru modułu transmisyjnego, modułu podtrzymania baterijnego oraz akumulatora;
- 3) w poz. 3 wskazał na dostawę światłowodowej sieci kablowej, świadczenie usług transmisji danych, świadczenie usług telekomunikacyjnych tel. stacjonarnej na terenie województwa wielkopolskiego, na rzecz Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu (KW PSP w Poznaniu). Na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia dołączony został list referencyjny z 21 lutego 2013 r., Protokół odbioru realizacji łącza światłowodowego z 30 sierpnia 2012 r., Protokoły odbioru wyposażenia dodatkowego z 30 sierpnia 2012 r. oraz 24 września 2012 r.

Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 25 lutego 2013 r. uznał, że:

- 1) Protokół odbioru modułu transmisyjnego, modułu podtrzymania baterijnego oraz akumulatora nie może być uznany za potwierdzenie należytego wykonania zamówienia wskazanego poz. 2 wykazu, a jedynie potwierdzają odbiór wyposażenia dodatkowego;
- 2) Z referencji wskazanych z poz. 3 nie wynika, że Wykonawca świadczył na rzecz Zamawiającego usługi telefonii stacjonarnej.

29

W konsekwencji Zamawiający wzywał do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia wskazanego w poz. 2 wykazu albo w odniesieniu do poz. 3 wykazu usług, dokumentu potwierdzającego, że zakresem załączonej referencji objęte jest również świadczenie na rzecz zamawiającego usługi telefonii stacjonarnej. Zamawiający wskazywał, że potwierdzi to spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wyznaczył termin 28 lutego 2013 r. Wskazywał, że w przypadku nieuzupełnienia w ww. terminie wskazanych powyżej dokumentów wykonawca zostanie wykluczony z postępowania.

W uzupełnieniu z dnia 26 lutego 2013 r. Przystępujący Inea SA w piśmie przewodnim wymienił następujące dokumenty:

- 1) w zakresie poz. 2 - kopię umowy z dnia 20 marca 2012 r. zawartej z Politechniką Poznańską,
- 2) w zakresie poz. 3 - fakturę z dnia 15 listopada 2012 r. dot. realizacji umowy nr WT 2370/22/2011 na kwotę 249.970,34 zł netto wystawioną dla KW PSP w Poznaniu.

Ponadto Odwołujący powołał się na usługę wykonywaną na rzecz Prywatnej Lecznicy Certus Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Grunwaldzka 156. Załączył umowę z ww podmiotem oraz referencje. Wskazano także na przekazanie faktur, jednak dokumentacja udostępniona przez Zamawiającego takich dokumentów nie zawierała. W odniesieniu do powyższej usługi podał następujące informacje: okres realizacji umowy: 01.2010 do 31.12.2014, średnia wartość faktur z 6 miesięcy za usługi telekomunikacyjne – 4 493,05 zł, za cały okres trwania umowy za usługi telekomunikacyjne – 269 583 zł).

Wskazał, że załączone dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dnia 26 lutego 2013 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Inea S.A. jako najkorzystniejszej.

Dnia 28 lutego 2013 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu ofertę Inea SA, wraz z pismem z 26 lutego 2013 r. Nie zostały udostępnione dokumenty dołączone do uzupełnienia:

- 1) wystawiona dnia 15 listopada 2012 r. faktura dot. realizacji umowy nr WT 2370/22/2011,
- 2) umowa z Komendą Wojewódzką Straży Pożarnej w Poznaniu,
- 3) referencje z Prywatnej Lecznicy Certus Sp. z o.o.,
- 4) umowa z Prywatną Lecznicą Certus Sp. z o.o.,

30

-
- 5) umowa z Politechniką Poznańską na usługi telekomunikacyjne z dnia 20 marca 2012r.

W oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zostały spełnione przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz uiszczono od niego wpis.

Izba uznała, iż Odwołujący legitymuje się przesłankami przewidzianymi w art. 179 ust.1 ustawy Pzp warunkującymi dopuszczalność odwołania. Złożył ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji przy jedynym kryterium oceny ofert - cena, zatem potwierdzenie się zarzutów odwołania wpływa na możliwość uzyskania przez niego zamówienia.

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego Inea SA, pomimo braku wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w pkt 5.5. SIWZ.

Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia podanego w pkt 5.5. SIWZ wykonawca winien wykazać, że *"wykonał lub wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej dla podmiotów biznesowych o wartości minimum 200 000 pln każda."* Odwołujący nie kwestionował usługi wskazanej w poz. 1 wykazu dla Komendy Wojewódzkiej Policji w Poznaniu, toteż bezspornym jest, że dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu niezbędne było wykazanie się jedną dodatkową usługą spełniającą wymogi Zamawiającego.

Podnieść należy, iż usługa wskazana w poz. 2 - świadczenie usług telekomunikacyjnych w ramach telefonii stacjonarnej na rzecz Politechniki Poznańskiej od 20 marca 2012 r. o wartości zamówienia 297.059,20 zł nie może być uwzględniona. Przystępujący Inea S.A. w piśmie z 26 lutego 2013 r. stanowiącym uzupełnienie dokumentów zgodnie z wezwaniem Zamawiającego z 25 lutego 2013 r. na potwierdzenie należytego wykonania zamówienia wskazanego w poz. 2 załączył jedynie umowę z Politechniką Poznańską na usługi telekomunikacyjne z dnia 20 marca 2012r. Powyższy

31

dokument, podobnie jak i załączone do wykazu złożonego wraz z ofertą protokół odbioru modułu transmisyjnego, modułu podtrzymania baterijnego oraz akumulatora nie może być uznany za potwierdzenie należytego wykonania zamówienia. Określony powyżej protokół odbioru modułu transmisyjnego, modułu podtrzymania baterijnego oraz akumulatora nie dotyczy świadczenia usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii stacjonarnej. Potwierdza jedynie odbiór wyposażenia dodatkowego, na co zwrócił uwagę Zamawiający w treści

wzewwania do uzupełnienia z 25 lutego 2013 r. Z kolei umowa w ogóle nie potwierdza należytego wykonania usługi. Może co najwyżej stanowić dowód powierzenia realizacji zamówienia określonego w poz. 2 wykonawcy oraz jego zakresu przedmiotowego. Nie stanowi jednak o ocenie prawidłowości świadczenia usług wymaganych warunkiem. Wykonawca Inea S.A. nie przedstawił zatem dokumentu żądanego przez Zamawiającego w wzewwaniu z 25 lutego 2013 r. w zakresie poz. 2, tj. nie potwierdził należytego wykonania usługi z poz. 2, co w konsekwencji uniemożliwiało uznanie, iż powyższą usługą wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Sam Zamawiający przyznał zresztą, iż usługi z poz. 2 nie uwzględnił na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt 5.5. SIWZ, a i Przystępujący Inea S.A. nie dowodził konieczności zaliczenia tegoż zamówienia jako spełniającego wymogi postępowania.

Izba uznała, wbrew stanowisku Zamawiającego, iż usługa wskazana w poz. 3 wykonana na rzecz Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Poznaniu (KW PSP w Poznaniu) także nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Izba nie podziela wprawdzie prezentowanego w odwołaniu stanowiska, iż zakres przedmiotowy usługi nie obejmuje świadczenia usług telefonii stacjonarnej, lecz w ocenie Izby nie został spełniony próg wartościowy wymagany przez Zamawiającego. Odnośnie adekwatności przedmiotowej usługi Izba zgadza się z Zamawiającym, iż w treści warunku nie ograniczył on możliwości powoływania się na usługi wyłącznie "klasycznej" telefonii stacjonarnej, do których referuje Odwołujący w treści odwołania. Nie doprecyzowywał treści warunku poprzez określenie wymaganej technologii świadczenia usługi, a jedynie poprzez wskazanie minimalnej wartości świadczonych usług w kwocie 200.000 zł. Ponadto w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający dopuścił jako rozwiązanie techniczne świadczenie usług telefonii stacjonarnej w poszczególnych lokalizacjach poprzez doprowadzenie kablem optotelekomunikacyjnym lub kablem telekomunikacyjnym o żyłach miedzianych. Ponadto Zamawiający uznał jako dopuszczalne świadczenie usług w oparciu o wydzielony, niezależny, szyfrowany tunel, w którym będzie zestawione połączenie od Zamawiającego do Operatora, w którym transmisja odbywać się będzie w protokole należącym do grupy protokołów VoIP (wyjaśnienia do SIWZ z 31 stycznia 2013 r.). Ponadto umowa zawarta z KW PSP w Poznaniu dotycząca kwestionowanych przez Odwołującego usług, stwierdza wprost,

32

że przedmiot umowy obejmuje świadczenie usług telefonii stacjonarnej. Tym samym Zamawiający słusznie nie znalazł podstaw do zakwestionowania ich adekwatności przedmiotowej przy ocenie spełniania przez Przystępującego Inea S.A. warunku udziału w postępowaniu, a zarzut Odwołującego, iż usługi te nie są usługami telefonii stacjonarnej nie znajduje uzasadnienia w zebranej dokumentacji postępowania. Należy jednak wskazać, iż przedłożone przez Przystępującego Inea S.A. dokumenty, tj. faktura dot. realizacji umowy nr WT 2370/22/2011 z KW PSP w Poznaniu na kwotę 249.970,34 zł netto (307.463,52 zł brutto) z dnia 15 listopada 2012 r. stanowi dowód na to, że powyższa usługa nie może być zakwalifikowana jako spełniająca warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 5.5. SIWZ w zakresie wymaganej wartości. Zauważyć należy, iż w toku postępowania odwoławczego Przystępujący Inea S.A. wyraził zgodę na jej udostępnienie. Z zapisów wynikających z faktury wynika, że dotyczy ona usługi dostępu do sieci za pomocą łącza SIPTRUNK zgodnie z wymaganiami specyfikacji Etapu 3 w okresie od 15 listopada 2012 r. do 15 listopada 2017 r. – protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 15 listopada 2012 r. Przystępujący Inea S.A. wyjaśniał, że usługa została opłacona z góry za cały 5-letni okres jej świadczenia. Izba zauważa, iż sformułowanie *"wykonał lub wykonuje, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej dla podmiotów biznesowych o wartości minimum 200 000 pln każda"* oznacza, że zgodnie z treścią warunku wykonawca może powołać się zarówno na usługi z umów już zakończonych w ww. okresie (*"wykonał"*), jak i będących w trakcie wykonywania (*"wykonuje"*), przy czym próg wartościowy odnosić należy nie do wartości usługi jako całości (wartości umowy), lecz wartości usług już wykonanych. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w przywoływanym przez Odwołującego wyroku KIO z 5 sierpnia 2010 r. sygn. akt KIO 1542/10, w którym m.in. stwierdzono: *"Izba uznaje, iż bez wątplenia wykonawcy uprawnieni są do wykazywania posiadanego doświadczenia również za pomocą*

usług jeszcze niezakończonych jednakże w przypadku ustalania wartości tych usług należy brać pod uwagę jedynie wartość usług już zrealizowanych. Izba nie podzieliła argumentacji przystępującego, iż w przypadku usług ciągłych, które są w trakcie realizacji właściwą wartością jest całkowita wartość umowy a nie jej wartość częściowa. Izba stoi na stanowisku, iż w przypadku usług ciągłych lub okresowych ich należyte wykonanie należy oceniać pod względem wyłącznie zrealizowanej części umowy i w odniesieniu do zakresu faktycznie zrealizowanej części, porównując jej wartość i zakres do ustanowionego w SIWZ warunku. Oznacza to, zatem, że nie wystarczy powoływać się na doświadczenie nabyte w wyniku realizacji umowy, której łączna wartość opiewa na kwotę wskazaną w SIWZ, jeżeli została zrealizowana w niewielkim stopniu. Konieczne jest wykazanie, że jej realizacja nastąpiła w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. W innym przypadku byłoby to posługiwanie się

33

doświadczeniem na przyszłość, które w ocenie Izby jest niedopuszczalne". W ocenie Izby sposób określenia płatności ("z góry") nie może być uznany za decydujący czynnik dla przyjęcia, że spełniony został warunek nabycia doświadczenia w realizacji usług o wymaganej wartości, choć faktycznie wykonany zakres jest niewielki i z pewnością nie odpowiada wymaganej przez Zamawiającego wartości. Konsekwencją akceptacji takiego stanowiska byłaby możliwość powołania się na należyte wykonanie usług realizowanych w ramach umów trwających bardzo krótki okres (np. tydzień), tylko z uwagi na opłacenie usługi za cały okres jej trwania. Zdaniem Izby jest to sprzeczne z celem potwierdzenia przez wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia, który dotyczy wiedzy i doświadczenia już nabytego, a nie takiego, którego nabycie nastąpi w przyszłości. Skoro Zamawiający w treści warunku postawił określony próg wartościowy, dotyczyć on może tylko usług już wykonanych, choćby ich realizacja miała miejsce na podstawie umowy będącej w toku. Zdaniem Izby za zasadne należy uznać stanowisko Odwołującego, iż skoro umowa z KW PSP w Poznaniu obejmuje 5-letni okres świadczenia usługi, a jej łączna wartość brutto wynosi 307 463, 52 zł - świadczenie usług przez 3 miesiące - od listopada 2012 r. do lutego 2013 r. nie może być uznane za spełniające wymóg usług o wartości minimum 200 000 zł brutto.

W związku z powyższym w ocenie Izby powyższa usługa nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu i nie powinna zostać przez Zamawiającego uwzględniona.

Izba uznała, iż także wskazana przez Przystępującego Inea S.A. usługa wykonana na rzecz Prywatnej Lecznicy Certus Sp. z o.o. nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu. Zauważyć należy, że zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp to wykonawca jest zobligowany do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji zgodnie z treścią art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczenie obejmuje zarówno sytuacje, gdy wykonawca faktycznie warunku nie spełnia (tj. np. nie posiada wymaganej wiedzy i doświadczenia), jak i gdy nie wykazał jego spełnienia. Zamawiający dokonuje zatem oceny oświadczeń wykonawcy, a zakres jego kognicji nie obejmuje samodzielnego uzupełniania tych oświadczeń o treści, które z tych oświadczeń jednoznacznie nie wynikają. W ocenie Izby Zamawiający w niniejszym postępowaniu powyżej opisany zakres swojej kognicji naruszył, uwzględniając w ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie tylko oświadczenia wykonawcy wynikające z pisma z 26 lutego 2013 r., ale dokonując własnych ustaleń i wniosków w oparciu o załączoną przez Przystępującego Inea S.A. dokumentację, wykraczających poza treść tych oświadczeń. Należy stwierdzić, że wykonawca w treści pisma 26 lutego 2013 r. (nie zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa i udostępnionej przez Zamawiającego) podał następujące dane: - okres trwania umowy: 01.2010 -

34

31.12.2014 r., średnia wartość faktury z 6 miesięcy za usługi telekomunikacyjne – 4 493,05 zł, za cały okres trwania umowy za usługi telekomunikacyjne – 269.583 zł. Powyższą wartość wykonawca ustalił przez przemnożenie podanej średniej wartości faktury z 6 miesięcy przez cały czas trwania umowy. Obejmowała zatem okres przyszły, który nie mógł być uwzględniony przy ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a podana wartość stanowiła w części hipotezę wpływów z przedmiotowej umowy. Jak było to wskazane powyżej w odniesieniu do usługi podanej w poz. 3, możliwość wykazania się

usługami, które nie zostały zakończone, lecz są w trakcie realizacji, nie oznacza dopuszczalności powołania się na usługi przyszłe i generowane ze świadczenia tych usług spodziewane przychody. Izba nie dopuściła możliwości powołania się na usługę z góry opłaconą za cały okres jej trwania, tym bardziej zatem nie jest możliwe wykazywanie dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu usług, które mogą, lecz nie muszą być zrealizowane i wartości, które mogą, lecz nie muszą być osiągnięte. Umowa może ulec wcześniejszemu rozwiązaniu, a płatności obniżeniu. Zgodnie z treścią warunku okres, jaki mógł być uwzględniony to ostatnie trzy lata przed upływem terminu składania ofert, który to termin wyznaczony został na 25 lutego 2013 r. Dokonane w ten sposób wyliczenie według zasad wskazanych przez Przystępującego Inea S.A. nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto Izba zauważa, że metoda wyliczenia wartości wykonanego już zamówienia przyjęta przez Przystępującego Inea S.A. jest niewłaściwa. W ocenie Izby wykonawca powinien obliczyć faktyczną wartość zrealizowanych usług, co jest możliwe na podstawie faktur wystawianych kontrahentowi. Tylko taka wartość stanowi bowiem rzeczywistą wartość zamówienia, która mogłaby zostać poddana ocenie zgodnie z treścią warunku. Wskazując na przekroczenie przez Zamawiającego kognicji przy ocenie spełniania przez Przystępującego Inea S.A. warunku udziału w postępowaniu Izba wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego, iż w oparciu o dokumenty przedstawione przez wykonawcę wraz z uzupełnieniem z 26 lutego 2013 r., tj., umowę z Prywatną Lecznicą Certus Sp. z o.o. obejmującą cennik usług dokonał samodzielnego wyliczenia wartości usług, które zostały przez Przystępującego Inea S.A. zrealizowane, przy czym wyliczenie objęło wyłącznie okres zbieżny z treścią warunku (3 lata poprzedzające upływ terminu składania ofert). Zamawiający przyjął jednak inne rozumienie pojęcia usług telekomunikacyjnych niż Przystępujący Inea S.A. i doliczył do podanej średniej wartości faktury koszt dodatkowych usług, które zakwalifikował jako usługi podtrzymujące. W treści odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazywał: "(...) określając parametr wartościowy wymaganych usług, Zamawiający odniósł się do wartości usługi telefonii stacjonarnej jako całości, nie dokonując zawężenia jej zakresu wyłącznie do wycinka, stanowiącego wartość wykonanych połączeń telefonicznych. Za bezsporne należy uznać, że wartość usługi telefonii stacjonarnej obejmuje nie tylko wartość wykonanych połączeń, ale także pozostałych

35

elementów związanych z jej świadczeniem, w tym wszelkie koszty usług podtrzymujących jej świadczenie. Rzeczą wtórną natomiast jest kwestia przyjętego przez strony sposobu wykazania elementów składających się na świadczoną usługę, tzn. poprzez rozbicie kosztów poszczególnych elementów usługi, jak ma to miejsce chociażby w przypadku usługi dla Prywatnej Lecznicy CERTUS sp. z o.o., czy też wkalkulowanie wszelkich kosztów w cenę abonamentu telefonicznego i nawiązanych rozmów, jak tego wymaga Zamawiający". Izba zauważa, iż pkt 5.5. SIWZ wyraźnie odwołuje się do określenia "usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii stacjonarnej". Powyższe oznacza zatem, iż jedynie wartość usług kwalifikowanych jako usługi telekomunikacyjne mogła być objęta dokonaniem przez Zamawiającego wyliczeniem. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 48) ustawy z 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne usługa telekomunikacyjna to usługa polegająca głównie na przekazywaniu sygnałów w sieci telekomunikacyjnej. Powyższe zdaniem Izby nie obejmuje usług klasyfikowanych przez Zamawiającego jako podtrzymujących świadczenie usługi, które zostały skalkulowane osobno (np. dzierżawa i utrzymanie systemu centralowego), a jedynie wartość wykonanych połączeń telefonicznych. W ten sam sposób rozumował zapewne sam Przystępujący Inea S.A., ustalając wartość usługi podaną w piśmie z 26 lutego 2013 r. Nie uwzględnił w swoich wyliczeniach wartości usług dodatkowych oraz posługiwał się określeniem "usług telekomunikacyjnych". Gdyby przyjąć rozumowanie Zamawiającego, wartość usług dodatkowych nie stanowiących samej usługi telekomunikacyjnej w zakresie telefonii stacjonarnej, mogłaby zdecydowanie przekraczać wymagany próg wartościowy, np. w przypadku dzierżawy dużej liczby urządzeń. W ocenie Izby treść warunku udziału w postępowaniu jednoznacznie określa rodzaj usług, na jaki może powołać się wykonawca dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto Zamawiający przyjął na podstawie załączonej umowy, że usługi o tej wartości były faktycznie świadczone, pomimo braku deklaracji w tym zakresie ze strony Przystępującego Inea S.A., który w ogóle nie odnosił się do wartości usług dodatkowych. Przystępujący Inea S.A. nie wskazał, w jakim celu załącza umowę z Prywatną Lecznicą Certus sp. z o.o. Zważywszy, że w treści pisma z 26 lutego 2013 r. na określenie przedmiotu usługi podał

jedynie - usługi telekomunikacyjne - bez dookreślenia, że są to usługi telefonii stacjonarnej, załączona umowa mogła mieć na celu umożliwienie Zamawiającemu weryfikacji zakresu przedmiotowego wykazywanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu usługi.

Tym samym uznać należy, iż zamówienie na rzecz Prywatnej Lecznicy Certus Sp. z o.o. nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Powyższe oznacza, że Przystępujący Inea S.A., pomimo wezwania w trybie art. 26

36

ust. 3 ustawy Pzp, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.5. SIWZ i podlega z tej przyczyny wykluczeniu z postępowania. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego Inea S.A. jakoby wezwanie z 25 lutego 2013 r. odnoszące się do pozycji 2 i 3 wykazu przedłożonego przez Przystępującego Inea S.A., a nie wskazujące na konieczność przedstawienia nowych dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie było prawidłowe, co obligowałoby Zamawiającego do ponowienia wezwania. Zdaniem Izby konieczność taka nie zachodzi. Wezwanie dotyczyło usług podanych przez Przystępującego w wykazie i jednoznacznie wskazywało na skutek w postaci niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie musiał dodatkowo wskazywać ogólnie na możliwość powołania innych zamówień potwierdzających warunek udziału w postępowaniu. Ponadto Przystępujący Inea S.A. pomimo nieokreślenia przez Zamawiającego takiej możliwości jednak z niej skorzystał, aczkolwiek usługa, którą przedstawił została oceniona w niniejszym postępowaniu odwoławczym także jako niespełniająca warunku udziału w postępowaniu. Brak jest zatem podstaw dla ponowienia procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, art. 87 ust. 1, w związku z art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia treści dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, dołączonych do oferty Inea SA w zakresie wskazanym w treści uzasadnienia stwierdzić należy, iż ze stanowiska Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie wynika, iż uznał on jego zasadność w odniesieniu do dokumentów dotyczących zamówień uzyskanych po przeprowadzeniu postępowania w trybie ustawy Pzp (poz. 2 i 3 wykazu). Dokumenty te co do zasady są jawne i podlegają udostępnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej, tym samym zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w tym zakresie należałoby uznać za nieskuteczne. Ponadto sam Przystępujący Inea S.A. nie oponował co do udostępnienia tych dokumentów, o czym świadczy choćby zgoda na udostępnienie Odwołującemu faktury dot. realizacji umowy nr WT 2370/22/2011 z KW PSP w Poznaniu na kwotę 249.970,34 zł netto z dnia 15 listopada 2012 r. złożonej wraz z pismem z 26 lutego 2013 r., która została także zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Izba podziela także stanowisko Odwołującego, że referencje wystawione przez Prywatną Lecznicę Certus Sp. z o.o. nie posiadają statusu tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący Inea S.A. w piśmie z 26 lutego 2013 r., które nie było objęte zastrzeżeniem poufności i zostało przez Zamawiającego udostępnione Odwołującemu, nie tylko ujawnił fakt wykonywania powyższego zamówienia, ale dodatkowo podał szereg informacji szczegółowych, które go dotyczyły. Nie sposób zatem uznać, aby dopełnił wymogu podjęcia działań mających na celu zachowanie poufności wszelkich danych, dotyczących tego zamówienia, co jest warunkiem niezbędnym zastrzeżenia tajemnicy

37

przedsiębiorstwa. Izba podziela stanowisko Odwołującego, iż referencje nie zawierają żadnych dodatkowych informacji, które mogłyby być kwalifikowane jako tajemnica przedsiębiorstwa i jako takie podlegałyby odtajnieniu. Odwołujący nie kwestionował natomiast możliwości zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści umowy z Prywatną Lecznicą Certus Sp. z o.o.

Biorąc jednak pod uwagę fakt uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, co skutkuje koniecznością wykluczenia Przystępującego Inea S.A. z postępowania, nakazanie odtajnienia spornych dokumentów jest bezprzedmiotowe. Ponadto

wszystkie dokumenty, których odtajnienia domagał się Odwołujący, dotyczą spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i jako takie podlegały ocenie Izby w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Szczegółowe zapoznanie się z ich treścią pozostaje zatem bez wpływu na wynik postępowania, bowiem Izba, dokonując ich analizy, uznała że Przystępujący Inea S.A. podlega wykluczeniu z postępowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Inea SA jako zawierającej rażąco niską cenę (Odwołujący sprostował wadliwie określoną podstawę prawną – art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) Izba uznała, że zarzut ten jest co najmniej przedwczesny. Niezbędną przesłanką dla dokonania oceny prawidłowości czynności Zamawiającego w tym zakresie jest uprzednie wezwanie wykonawcy do złożenia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień elementów oferty mający wpływ na jej cenę, które to wyjaśnienia podlegać będą następnie ocenie Zamawiającego. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał, że niezależnie od treści tychże wyjaśnień, brak jest obiektywnych możliwości wykonania zamówienia za podaną przez Przystępującego Inea S.A. cenę. Izba uznała jednak, że okoliczności niniejszej sprawy wyczerpują przesłanki zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a zatem zarzut naruszenia tego przepisu poprzez zaniechanie wezwania Inea SA do wyjaśnienia elementów oferty mający wpływ na jej cenę należy uznać za zasadny. Zarówno odniesienie do wartości szacunkowej zamówienia, jak i wartości pozostałych ofert oraz specyfiki zamówienia uzasadniało powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości odnośnie zaproponowanej przez Przystępującego Inea S.A. ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Cena ta stanowi jedynie 61 % ceny oferty TP SA oraz 46 % ceny oferty Netia SA. Na równie znaczącym poziomie odbiega od wartości szacunkowej zamówienia brutto. Zdaniem Izby słusznie podnosił Odwołujący, iż analizując cenę oferty Przystępującego Inea S.A., Zamawiający winien był wziąć pod uwagę konieczność poniesienia znaczących kosztów inwestycji związanych z budową infrastruktury niezbędnej do świadczenia usługi. Odwołujący przedstawił wprawdzie wyliczenia dotyczące kosztów pozyskania infrastruktury od TP SA w

38

ramach tzw. oferty hurtowej (WLR), co jednak nie było przez Zamawiającego dopuszczone, jednak oznacza to konieczność budowy przez wykonawcę infrastruktury własnej. Zamawiający powoływał się na tendencje spadku cen za świadczenie usług telekomunikacyjnych z uwagi na wzrastającą konkurencyjność na rynku oraz na fakt, że Inea S.A. częściowo taką infrastrukturę posiada w miastach powiatowych, gdzie siedzibę mają podmioty, na rzecz których usługa ma być świadczona z uwagi na realizację umowy na rzecz KW PSP w Poznaniu. Równocześnie jednak przyznano, że powyższa infrastruktura nie zapewnia możliwości uruchomienia usługi, gdyż konieczne jest zbudowania łączy dostępowych "ostatniej mili". Należy zauważyć, iż niezależnie od tendencji na rynku oraz niematerialnego charakteru usługi koszt budowy infrastruktury jest znaczącym, a zarazem niezbędnym do poniesienia kosztem dla jej uruchomienia. Tym samym skoro wykonawca jest do tego zobligowany, a zarazem oferuje cenę tak znacząco niższą od wykonawcy, którego taki obowiązek nie obciąża, dysponując stosowną infrastrukturą, okoliczność ta winna być przez Zamawiającego wzięta pod uwagę. Skoro bowiem tendencją rynkową jest obniżanie cen i wzrost walki konkurencyjnej, to dotyczy ona wszystkich podmiotów na rynku, także Odwołującego. Pomimo że posiadanie infrastruktury stawia go w uprzywilejowanej pozycji kosztowej, jego cena jest znacząco wyższa od ceny Przystępującego Inea S.A., który powyższy koszt musi uwzględnić. Podobnie cena kolejnego wykonawcy w jeszcze większym zakresie odbiega od ceny Inea S.A., który także musi stosowną infrastrukturę zapewnić. Ani Zamawiający ani Przystępujący Inea S.A. nie przedstawili adekwatnych dowodów odnoszących się do kalkulacji powyższych kosztów, w tym podważających stanowisko Odwołującego o ich znaczącym wymiarze. Argumentacja przywoływana zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak i przystąpieniu ma charakter ogólny. Za nieadekwatne należy uznać orzecznictwo powołane w tym zakresie w przystąpieniu. Zgodnie z zawartym tam cytatem Izba uznała, że ceny zaoferowane w postępowaniu stanowią wystarczający wyznacznik aktualnych tendencji rynku tego rodzaju usług niezależnie od dokonanego przez zamawiającego oszacowania. W niniejszym postępowaniu gdyby uznać ceny pozostałych ofert za wyznaczające trend rynkowy, tym bardziej winno nastąpić wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a stwierdzenie Przystępującego o porównywalności cen ofert zdaniem

Izby nie znajduje oparcia w stanie faktycznym sprawy z uwagi na znaczącą między nimi rozbieżność.

Izba uznała jednak, podobnie jak w przypadku zarzutu zaniechania odtajnienia dokumentów, iż biorąc pod uwagę fakt uwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, co skutkuje koniecznością wykluczenia Przystępującego Inea S.A. z postępowania, nakazanie wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest bezprzedmiotowe.

39

W świetle powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

40