

Sygn. akt: KIO/UZP 752/08

KIO/UZP 788/08

KIO/UZP 789/08

WYROK
z dnia 13 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Izabela Niedziałek
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11.08.2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **30.07.2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. NETIA S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13 (sygn. akt KIO/UZP 752/08),

B. GTS ENERGIS Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 69 (sygn. akt KIO/UZP 788/08),

C. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2 oraz ATM S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21A (sygn. akt KIO/UZP 789/08)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Agencję Rynku Rolnego, 00-400 Warszawa, ul. Nowy Świat 6/12** protestów:

A. NETIA S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13 z dnia 11.07.2008r.

B. GTS ENERGIS Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 69 z dnia 14.07.2008r.

C. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2 oraz ATM S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21A z dnia 14.07.2008r.

przy udziale

- **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2 oraz ATM S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21A** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołujących się w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 752/08 oraz KIO/UZP 788/08,
- oraz **EXATEL S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 752/08, KIO/UZP 788/08 oraz KIO/UZP 789/08.

orzeka:

1. Uwzględnić wszystkie odwołania i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Agencję Rynku Rolnego, 00-400 Warszawa, ul. Nowy Świat 6/12

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt szczyry złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 1354 zł 67 gr (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **NETIA S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13**
 - B** koszty w wysokości 1354 zł 67 gr (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **GTS ENERGIS Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 69**
 - C** koszty w wysokości 1354 zł 67 gr (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2 oraz ATM S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21A**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A** kwoty 1354 zł 67 gr (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Agencję Rynku Rolnego, 00-400 Warszawa, ul. Nowy Świat 6/12** na rzecz **NETIA S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
 - B** kwoty 1354 zł 67 gr (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Agencję Rynku Rolnego, 00-400 Warszawa, ul. Nowy Świat 6/12** na rzecz **GTS ENERGIS Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 69** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
 - C** kwoty 4954 zł 67 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Agencja Rynku Rolnego, 00-400 Warszawa, ul. Nowy Świat 6/12** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2 oraz ATM S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21A** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać zwrotu kwoty 55 936 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 18 645 zł 33 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **NETIA S.A., 02-822 Warszawa, ul. Poleczki 13,**
 - B** kwoty 18 645 zł 33 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **GTS ENERGIS Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 69,**
 - C** kwoty 18 645 zł 33 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2 oraz ATM S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21A.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie sieci WAN*, którego dotyczą złożone odwołania, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego, przez Agencję Rynku Rolnego, 00-400 Warszawa, ul. Nowy Świat 6/12 (dalej: Zamawiający). Ogłoszenie zostało zamieszczone w Dz.Urz. WE z 3 maja 2008 r. pod numerem 2008/S 86-117499. Wartość zamówienia wynosi 4.062.348,00 zł, tj. 1.047.780,04 euro.

Informację o odrzuceniu ofert oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez EXATEL S.A., uczestnicy postępowania otrzymali w dniu 7 lipca 2008 r.

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO/UZP 752/08

W dniu 11 lipca 2008 r. NETIA S.A. (dalej: NETIA) wniosła protest, wskazując, że:

- 1) EXATEL S.A. (dalej: EXATEL) winien być wezwany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655; dalej: Prawo zamówień publicznych), bowiem nie wykazał, że posiadane doświadczenie zawodowe odpowiada wymogom Zamawiającego,
- 2) oferta złożona przez EXATEL jest ofertą z rażąco niską ceną,
- 3) oferta EXATEL zawiera błąd w opisie przedmiotu zamówienia (zamiast 34 Mbit/s podano 32 Mbit/s), dlatego powinna być odrzucona jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ).

Protest został przez Zamawiającego oddalony w dniu 17.07.2008r.

Zdaniem Zamawiającego, zgodnie z argumentacją przedstawioną w rozstrzygnięciu protestu, zarzuty Odwołującej NETII są bezzasadne, ponieważ:

1. Zgodnie z dyspozycją art. 25 ust. 2 Prawa zamówień publicznych Zamawiający może żądać przedłożenia dokumentów wymienionych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 24 maja 2006 r.; dalej: Rozporządzenie) wyłącznie w formie w nim przewidzianej. Nie ulega wątpliwości, że usługi telekomunikacyjne są zaliczane do usług obejmujących świadczenia okresowe, zatem przedłożony przez EXATEL S.A. wykaz usług jest zgodny z treścią ww. rozporządzenia i spełnia wszystkie przesłanki wynikające

z obowiązujących przepisów ustawy. W związku z tym, pomimo braku w punkcie VIII b) ppkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia zapisu dotyczącego świadczeń okresowych lub ciągłych, miał obowiązek uznać złożony wraz z ofertą EXATEL S.A. wykaz wykonanych usług za prawidłowy. Z referencji udzielonych EXATEL S.A. wynika, że usługi w zakresie projektu i wykonania sieci WAN zostały wykonane należycie, a obecnie świadczone są usługi serwisowe mające na celu opiekę serwisową nad utrzymaniem systemu.

2. W dniu 18 czerwca 2008 r. Zamawiający, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał EXATEL S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów cenotwórczych złożonej oferty, a EXATEL S.A. złożyła takie wyjaśnienia w wyznaczonym terminie. Zamawiający uznał, iż oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego poprawienia 32 na 34 Mbit/s Zamawiający wskazał, że jest to zarzut zgłoszony po terminie, ponieważ w dn. 02.07.2008r. Poinformował uczestników postępowania o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej w tym zakresie.

W odwołaniu NETIA podtrzymała następujące zarzuty:

- 1) zaniechanie czynności wezwania EXATEL do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty EXATEL zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

i wniosła o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez EXATEL S.A. oraz oceny ofert,
2. wezwania EXATEL do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
3. odrzucenia oferty EXATEL zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
4. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w odwołaniu podtrzymał poniższe tezy podniesione w proteście.

1. Zamawiający zaniechał czynności wezwania EXATEL do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z § 1 pkt 2 Rozporządzenia w celu potwierdzenia warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia Zamawiający może żądać wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw lub usług w okresie ostatnich trzech

lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością dostawom lub usługom stanowiącym przedmiot zamówienia. Przepis ten wyraźnie pozwolił Zamawiającemu na żądanie, w przypadku usług okresowych lub ciągłych, również usług wykonywanych. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił, iż wykonawcy zobowiązani są złożyć wykaz usług wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców. Zamawiający w sposób wyraźny określił sposób spełnienia warunku - specyfikacja istotnych warunków zamówienia dopuszczała jedynie wykaz wykonanych, tj. zrealizowanych przez wykonawcę usług – pomimo iż przedmiotem zamówienia były usługi telekomunikacyjne zaliczane do usług obejmujących świadczenia okresowe, wobec czego specyfikacja istotnych warunków zamówienia nie zawierała możliwości wykazania usług obecnie wykonywanych. Pojęcie „wykonanych usług” należy odnieść do pojęcia „wykonania zobowiązania”, a więc usługami wykonanymi byłyby wszelkie usługi zakończone przed upływem trzech lat od dnia wszczęcia postępowania bez względu na datę ich rozpoczęcia. Tym samym przedłożony przez EXATEL „Wykaz usług” zawierający opis usług obecnie realizowanych, pomimo iż jest zgodny z Rozporządzeniem, nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym, na podstawie art. 26 ust. 3 Prawo zamówień publicznych, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia. Przy tym Odwołujący uznaje, iż Zamawiający, miał prawo żądania zarówno usług wykonanych, jak i wykonywanych, bowiem, zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązek żądania dokumentów mieści się zawsze w zakresie ustalonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, które to warunki ustala Zamawiający określając samemu zakres niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał takiego wyboru określając, iż w postępowaniu mogą uczestniczyć wykonawcy, którzy zrealizowali w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia przynajmniej jedno zamówienie na świadczenie usług w zakresie WAN (więcej niż 10 węzłów danej instalacji przy szybkościach transmisji nie mniejszych niż 1 Mbs/s) oraz minimum jedno zamówienie w zakresie usług sieci WAN obejmującej zasięgiem nie mniej niż 5 województw. Zamawiający mógł brać pod uwagę nie tylko doświadczenie wykonawcy w zakresie uruchomienia usługi, ale i doświadczenie wykonawcy związane z należyтым świadczeniem usługi w okresie obowiązywania umowy – bowiem czym innym jest przyłączenie klienta do sieci, a czym innym umiejętność zapewnienia należytego poziomu świadczonej usługi.

2. EXATEL S.A. złożyła ofertę zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj. na kwotę 1.639.143,20 zł, co stanowi 33% kwoty, jaka zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (4.956.064,56 zł) oraz 61%, 52% i 51% ofert

pozostałych wykonawców, którzy zaproponowali: 2.653.500 zł, 3.101.728 zł oraz 3.184.078 zł. Oferta EXATEL S.A. odbiega rażąco od powyższych kwot i zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe wykonanie usługi za powyższą cenę. Zamawiający zaś nie powinien przyjmować wyjaśnień wykonawcy bez ich dogłębnej analizy.

W odwołaniu nie podtrzymano zarzutu poprawienia 32 na 34 Mbit/s w ofercie EXATEL.

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO/UZP 788/08

W dniu 14.07.2008r. GTS Energis Sp. z o.o. (dalej: GTS) wniosła protest, który nie został przez Zamawiającego rozstrzygnięty w 10-dniowym terminie, w konsekwencji czego w dn. 29.07.2008r. wniosła odwołanie, podtrzymując zarzuty podniesione w proteście.

W odwołaniu GTS, wniosła o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty GTS,
 2. unieważnienia czynności oceny ofert,
 3. unieważnienia czynności wyboru oferty EXATEL jako najkorzystniejszej,
 4. powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty GTS,
 5. odrzucenia oferty NETII,
 6. odrzucenia oferty EXATEL,
 7. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez GTS,
- lub ewentualnie o unieważnienie przedmiotowego postępowania oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W dniu 7 lipca 2008 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu braku w treści formularza ofertowego, po słowach „w formie miesięcznego abonamentu x 48 miesięcy” zdania „(z wyłączeniem okresu przeznaczonego na dostarczenie, instalację i uruchomienie usługi)”. Zamawiający wprowadził tę zmianę do formularza 21 maja 2008 r., a zmiana ta nie wpłynęła na merytoryczną treść, zawartość ani wartość oferty GTS Energis Sp. z o.o. Treścią oferty w przedmiotowym postępowaniu jest cena, za jaką wykonawca zobowiązuje się do wykonania zamówienia oraz pozostałe elementy oceniane według kryteriów oceny, określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący w treści formularza ofertowego określił cenę oraz pozostałe wymagane parametry. Ponadto, zgodnie z „Wielkim słownikiem ortograficznym” PWN nawiasy wskazują, które partie tekstu głównego mają charakter poboczny, drugoplanowy bądź uzupełniający, a zatem nie stanowią tekstu głównego w tym przypadku – oferty. W związku z powyższym brak w treści formularza przytoczonego zdania nie może być traktowany jako element powodujący niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jako oczywista omyłka pisarska i nie może skutkować odrzuceniem oferty.

Poza tym Zamawiający dopuścił maksymalnie dwumiesięczny okres na dostarczenie, instalację i uruchomienie usługi, co jest uzasadnione, bowiem każdy z potencjalnych wykonawców będzie potrzebował odmiennego czasu na wykonanie powyższych czynności, natomiast dotychczasowemu usługodawcy, którym jest Odwołujący, czas ten nie będzie potrzebny. Zatem oferta Odwołującego określa zgodny z rzeczywistością, prawidłowy i zgodny z wymaganiami Zamawiającego okres świadczenia usługi, gdyż jako jedyny z uczestników postępowania jest zdolny do zagwarantowania Zamawiającemu pełnego 48-miesięcznego okresu realizacji usługi.

Ponadto podniesiono zarzuty wobec zaniechania wykluczenia NETII i odrzucenia jej oferty, a mianowicie:

- 1) NETIA nie potwierdziła spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż oświadczenie Mercedes – Benz Polska (jedna z referencji załączonych do oferty NETII) nie potwierdza, iż przedmiotem umowy było świadczenie usług w zakresie opisanym w warunku udziału w postępowaniu, a jedynie świadczenie usług IP VPS w oparciu o sieć MPLS. Również oświadczenie Inter Cars nie potwierdza, iż przedmiotem umowy było świadczenie usług w zakresie opisanym w warunku udziału w postępowaniu, a jedynie świadczenie usług w zakresie sieci WAN,
- 2) Oferta NETII powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
 - z załączonego do oferty schematu rozwiązania wynika, iż dla każdej z dwóch lokalizacji centralnej i centrum zapasowego łącze główne i zapasowe kończy się na tym samym routerze będącym własnością NETII S.A., a ten dopiero jest dołączony tylko pojedynczym łączem do routera będącego własnością Zamawiającego. Tymczasem w każdej z tych dwóch lokalizacji Zamawiający posiada dwa po dwa routery dedykowane dla sieci WAN. Dlatego powyższe rozwiązanie nie spełnia wymogu zapewnienia oczekiwanego przez Zamawiającego poziomu zabezpieczenia ciągłości działania usługi.
 - w zaproponowanym schemacie nie są podane lokalizacje routerów PE, mogą się one znajdować w tym samym pomieszczeniu, co nie zapewnia niezależności dróg łączy podstawowego i zapasowego. W schemacie nie przedstawiono przebiegów dróg kabli światłowodowych, nie ma zatem odpowiedniego potwierdzenia.
 - NETIA S.A. nie przedstawiła dokładnej specyfikacji urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia, co było wymogiem cz. VIII specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności odnoszących się do radiolinii 35 Mbit/s i łącza 160 Mbit/s – przepustowości te są dość nietypowe i konieczne jest potwierdzenie realizowalności takiego rozwiązania.
 - na podstawie schematu nie można stwierdzić, że jest zapewniona niezależność drogi transmisyjnej realizowanej dla dostępu do Internetu w lokalizacji centralnej od drogi

transmisyjnej dla łącza podstawowego WAN, co było wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

- NETIA S.A. nie przeprowadziła weryfikacji technicznych i uzgodnień z właścicielami i użytkownikami budynków w Piasecznie przy ul. Jana Pawła II 66 – według wiedzy Odwołującego nie ma możliwości instalacji łączy radiowych w tej lokalizacji – zatem oferta jest niemożliwa do zrealizowania.

Odwołujący GTS również podniósł, że oferta EXATEL winna być odrzucona:

- 1) Oferta EXATEL powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji przewidziany w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż utrudnia innym przedsiębiorcom dostęp do zamówienia przez oferowanie zamówienia za kwotę określoną w ofercie stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia, tym samym jest działaniem mającym na celu eliminację innych przedsiębiorców – wykonawców. EXATEL S.A. zaproponowała cenę 1.639.143,20 zł, podczas gdy kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 4.956.064,56 zł, a cena następnej oferty 2.653.500,00 zł, zatem różnica ta wynosi ok. 40% i jest ponad trzykrotnie niższa kwotę od kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia. Z analizy przeprowadzonej przez specjalistów GTS Energis Sp. z o.o. wynika, iż nawet przy zastosowaniu przestarzałych technologii i wyeksploatowanego sprzętu nie jest możliwa realizacja zamówienia w cenie określonej w ofercie EXATEL S.A. Zamawiający nie jest podmiotem działającym w branży telekomunikacyjnej i nie posiada dostatecznej wiedzy ani doświadczenia pozwalającego na weryfikację rzetelności i zgodności ze stanem faktycznym przedłożonych przez EXATEL S.A. wyjaśnień w sprawie ceny. Zamawiający nie przedstawił jakiegokolwiek informacji o sposobie i zakresie weryfikacji otrzymanych wyjaśnień, jak również nie umożliwił uczestnikom postępowania zapoznania się z ich treścią, zatem, zgodnie z przypuszczeniami Odwołującego, Zamawiający nie dokonał jej w oparciu o jakiegokolwiek przesłanki merytoryczne.
- 2) Zamawiający dopuścił do zmiany treści oferty złożonej przez EXATEL, czym naruszył art. 7 ust. 3 w zw. z art. 84 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z treści opisu rozwiązania technicznego przedmiotu zamówienia (str. 7 oferty) EXATEL S.A. określiła parametr łącza zapasowego E3 G.703 na 32 Mbit/s, ale w opisie technicznym jest mowa o 34 Mbit/s, natomiast Zamawiający zezwolił na zmianę tej wartości na 34 Mbit/s stwierdzając, iż nastąpiło to w drodze poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej. Taka zmiana nie mieści się w zakresie oczywistej omyłki pisarskiej, a stanowi zmianę parametrów łącza, co jest równoznaczne ze zmianą treści oferty po upływie terminu jej złożenia i jest niedopuszczalne, gdyż nie może zostać poprawione w trybie art. 88 ustawy

Prawo zamówień publicznych. Z technicznego punktu widzenia opis na stronie 9 i 10 oferty podaje całkowitą przepustowość łącza, a nie gwarantowaną przepustowość dla Zamawiającego – skoro EXATEL S.A. napisała na str. 8, że przepustowość łącza dostępowego do lokalizacji Zamawiającego wynosi 32 Mbit/s należy uznać, iż część pasma przeznacza na inne transmisje lub urządzenia nie umożliwiające przepustowości dostępnej dla Zamawiającego większej niż 32 Mbit/s.

Poza tym Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, skoro Zamawiający w taki sposób poprawił powyższy błąd w ofercie EXATEL S.A., powinien uzupełnić też pominięte słowa w ofercie GTS Energis sp. z o.o.

- 3) Z treści oferty EXATEL S.A. wynika, iż zrealizuje ona zamówienie samodzielnie, jednakże treść przedstawionego rozwiązania wskazuje na konieczność pozyskania i wykorzystania łączy miedzianych Telekomunikacji Polskiej S.A., jak również konieczność pozyskania od GTS Energis Sp. z o.o. i wykorzystania w DC Piaseczno stosownych łączy do powierzchni dzierżawionej przez Zamawiającego. EXATEL S.A. nie zwróciła się do GTS Energis Sp. z o.o. o informację o cenie i możliwości zestawienia łącza wewnątrz DC Piaseczno, a zatem nie może mieć pewności co do tych kwestii oraz uzyskania pozwoleń od właścicieli lub zarządców budynku.
- 4) Oferta EXATEL powinna być odrzucona, jako że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, ponieważ:
 - opis techniczny przedstawiony przez EXATEL S.A. jest niekompletny, ponieważ nie uwzględnia sposobu prowadzenia łącza na terenie DC Piaseczno, brak również informacji o niezależności łącza podstawowego i zapasowego – wg załączonego szkicu technicznego schodzą się one do tego samego węzła w szkieletcie.
 - opis techniczny nie potwierdza spełniania wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia – brak: schematu rozwiązania technicznego przedmiotu zamówienia z wyszczególnieniem wszystkich zastosowanych urządzeń oraz parametrów łączy spełniających warunki określone w opisie przedmiotu zamówienia oraz opisu rozwiązania całości połączeń.
 - Zamawiający wymagał, by wykonawca dysponował siecią szkieletową łączącą wszystkie miasta – siedziby oddziałów terenowych ARR. Wykonawca powinien dysponować co najmniej dwoma niezależnymi, bezpośrednimi punktami styku z Międzynarodowymi Operatorami Internetowymi oraz co najmniej dwoma punktami wymiany ruchu z krajowymi operatorami internetowymi.
 - z załączonego do oferty schematu rozwiązania wynika, iż dla każdej z dwóch lokalizacji centralnej i centrum zapasowego łącze główne i zapasowe kończy się na tym samym routerze, a ten dopiero jest dołączony tylko pojedynczym łączem do routera będącego własnością Zamawiającego. Tymczasem w każdej z tych dwóch lokalizacji Zamawiający posiada dwa po dwa routery dedykowane dla sieci WAN. Dlatego powyższe rozwiązanie

nie spełnia wymogu zapewnienia oczekiwanego przez Zamawiającego poziomu zabezpieczenia ciągłości działania usługi.

- w zaproponowanym schemacie nie są podane lokalizacje węzłów sieci szkieletowej, mogą się one znajdować w tym samym pomieszczeniu, co nie zapewnia niezależności dróg łączy podstawowego i zapasowego. W schemacie nie przedstawiono przebiegów dróg kabli światłowodowych, nie ma zatem odpowiedniego potwierdzenia.
- EXATEL S.A. nie przedstawiła dokładnej specyfikacji urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia.
- 5) EXATEL S.A. nie przeprowadziła weryfikacji technicznych i uzgodnień z właścicielami i użytkownikami budynków w Piasecznie przy ul. Jana Pawła II 66 – według wiedzy Odwołującego nie ma możliwości instalacji łączy radiowych w tej lokalizacji – zatem oferta jest niemożliwa do zrealizowania.
- 6) Treść referencji załączonych przez EXATEL S.A. budzi wątpliwości co do spełniania przez nią warunków udziału w postępowaniu, w szczególności nie wykazała się doświadczeniem w realizacji przynajmniej jednego zamówienia w zakresie WAN zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Brak uzasadnienia co do unieważnienia postępowania.

Postępowanie odwoławcze sygn. akt KIO/UZP 789/08

W dniu 14.07.2008r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2 oraz ATM S.A., 04-186 Warszawa, ul. Grochowska 21A (dalej: Konsorcjum) wnieśli protest, który nie został przez Zamawiającego rozstrzygnięty w 10-dniowym terminie, w konsekwencji czego w dn. 29.07.2008r. Konsorcjum wniosło odwołanie, podtrzymując zarzuty podniesione w proteście.

Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych przepisów wynikających z uzasadnienia odwołania, w szczególności przez dokonanie wyboru oferty, która powinna zostać odrzucona, zaniechanie odrzucenia oferty EXATEL S.A., NETII S.A., GTS Energis Sp. z o.o. oraz bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenia badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,
4. odrzucenia ofert złożonych przez EXATEL S.A. i NETIĘ S.A.,
5. odrzucenia oferty GTS Energis Sp. z o.o. na dodatkowej podstawie wskazanej w odwołaniu,
6. dokonania jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,

lub ewentualnie o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie uwzględniono w niej modyfikacji treści specyfikacji przy podawaniu ceny za realizację zamówienia. Zdaniem Odwołującego nie była to modyfikacja treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż nie miała żadnego wpływu na sposób dokonywania obliczenia ceny oferty ani na sposób podania tej ceny na formularzu ofertowym, ani na sposób dokonywania rozliczeń – zatem w konsekwencji nie wpływa ona na treść oferty. Już w pierwotnej wersji specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający przewidział rozpoczęcie wypłaty wynagrodzenia dopiero po rozpoczęciu świadczenia usługi. Ponadto oczywiste jest, iż Zamawiający nie dokonuje zapłaty za usługę, która nie jest wykonywana – wnika to wprost z definicji słowa „abonament – opłacone prawo do korzystania z jakichś usług”. W związku z powyższym – wobec braku modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie można uznać, iż oferta Odwołującego nie uwzględniła tej modyfikacji i tym samym, że jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zmiana dokonana przez Zamawiającego miała charakter tylko formalny i nie wpływała na treść oferty wykonawców.

W odniesieniu do oferty złożonej przez EXATEL, Odwołujący wskazał, że powinna być ona odrzucona z następujących powodów:

1. Oferta EXATEL S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ wykonawca ten nie podał ceny za miesięczny abonament. Sposób obliczenia ceny Zamawiający zawarł w rozdziale XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W formularzu ofertowym Zamawiający wymagał podania ceny w formie miesięcznego abonamentu oraz przemnożenia jej przez 48 miesięcy. To samo wynika z § 3 ust. 3 istotnych postanowień umowy.
2. Zamawiający poprawił „oczywista omyłkę” w opisie rozwiązania technicznego z 32 na 34 Mbit/s. Przepływność 34 Mbit/s dotyczy łącza zapasowego Centrala, Nowy Świat – Centrum Zapasowe, Piaseczno. Zamawiający poprawił tylko jeden z końców łącza, co powoduje, iż oferta jest nadal sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Błąd ten powoduje, iż nie mamy do czynienia z oczywistą omyłką. Na rynku dostępny jest sprzęt umożliwiający przesył danych z prędkością 32 lub 34 Mbit/s. Zdaniem odwołującego EXATEL S.A. świadomie zastosowała linię radiową o przepustowości 32 Mbit/s minimalizując w ten sposób koszty oferowanego rozwiązania - sprzęt ten jednak nie spełnia wymogu określonego w punkcie 1 ppkt 1.2. załącznika nr 1 do umowy.
3. Ponadto oferta EXATEL jest niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ:

- w ofercie podano, iż łącze podstawowe będzie dostarczane światłowodem w system PDH z przepustowością 155 Mbit/s, a powinno być w systemie SDH z przepustowością 155 Mbit/s.

- Zamawiający wymagał, by dostarczyć m.in. opis rozwiązania całości połączeń, wymagał też, by łącza z oddziałów terenowych były zestawione z punktem centralnym sieci wykonawcy w odległości nie większej niż 50 km od centrum Warszawy. EXATEL S.A. nie określiła miejsca, gdzie znajduje się główny punkt agregujący łącza terenowe.

- EXATEL S.A. nie zaznaczyła w opisie łącza (do centrali) agregującego wszystkie przepływności z oddziałów terenowych co oznacza, iż przedstawił schemat bez łącza głównego VPN.

4. W opisie technicznym EXATEL S.A. zaznacza, że będzie wykorzystywała łącza miedziane, natomiast nie wskazuje żadnych podwykonawców.

Powyższe okoliczności wskazują, iż treść oferty EXATEL S.A. jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu do oferty NETIA, stwierdzono, iż winna być odrzucona z następujących powodów:

1. Oferta złożona przez NETIA S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jej treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – nie podała ona ceny za miesięczny abonament.

2. Oferta została podpisana przez pana Grzegorza S., który nie figuruje w KRS jako osoba upoważniona reprezentowania wykonawcy. Do oferty nie zostało załączone również pełnomocnictwo. Oznacza to, iż oferta została podpisana przez podmiot nieuprawniony, podlega więc odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak pełnomocnictwa skutkuje również koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ, zgodnie z punktem XIII ppkt 9 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu przygotowania oferty” Zamawiający wymagał, aby w przypadku podpisania oferty i załączników przez osoby inne niż wskazane w EDG lub KRS do oferty załączyć pełnomocnictwo.

3. Ponadto treść oferty NETII jest niezgodna z treścią SIWZ z następujących powodów:

- Zamawiający wymagał, by dostarczyć m.in. opis rozwiązania całości połączeń, wymagał też, by łącza z oddziałów terenowych były zestawione z punktem centralnym sieci wykonawcy w odległości nie większej niż 50 km od centrum Warszawy. NETIA S.A. nie określiła miejsca, gdzie znajduje się główny punkt agregujący łącza terenowe.

- NETIA S.A. nie zaznaczyła w opisie łącza (do centrali) agregującego wszystkie przepływności z oddziałów terenowych co oznacza, iż przedstawił schemat bez łącza głównego VPN.

Oferta GTS Energis Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ wykonawca nie podał ceny za miesięczny abonament.

Odwołujący stwierdza także, iż postępowanie może być obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Jednym z kryteriów oceny ofert jest cena, w tym za utrzymanie połączenia sieci lokalnych LAN Centrali i oddziałów terenowych ARR. Cena ta miała być płacona w formie abonamentu. Zamawiający określił, iż zapłata za świadczenie ww. usług rozpocznie się dopiero po rozpoczęciu ich świadczenia, co oznacza, iż dla różnych wykonawców termin ten będzie różny. Natomiast termin zakończenia realizacji zamówienia jest jednakowy dla wszystkich wykonawców i wynosi 48 miesięcy od podpisania umowy. Zatem poszczególne oferty nie obejmują de facto tego samego przedmiotu zamówienia, czym innym jest bowiem świadczenie usług przez 46, a czym innym przez 48 miesięcy. Tym samym należy wskazać, iż oferty złożone w postępowaniu nie są porównywalne.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili:

1. Konsorcjum, po stronie Odwołujących NETII i GTS, w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia EXATEL (sygn. akt KIO/UZP 752/08 i sygn. akt KIO/UZP 788/08);
2. EXATEL po stronie Zamawiającego (do wszystkich postępowań odwoławczych).

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz stanowisk Stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: wszystkie trzy odwołania zasługują na uwzględnienie.

W dniu 07.07.2008r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez EXATEL z ceną 1 639 143,20zł. Druga w rankingu cenowym była oferta złożona przez NETIA z ceną 2 653 500,00, trzecia – GTS (3 101 728,00), czwarta – Konsorcjum (3 184 078,00). Dwie ostatnie oferty w rankingu cenowym zostały odrzucone przez Zamawiającego.

W związku z powyższymi okolicznościami Izba stwierdziła, że wszyscy Odwołujący mają interes prawny we wniesieniu odwołań, bowiem – w razie potwierdzenia się zarzutów podnoszonych przez nich w środkach ochrony prawnej, zarówno w odniesieniu do ofert wyżej uplasowanych w rankingu cenowym (dotyczy wszystkich odwołań), jak i niesłusznego, zdaniem Odwołujących, odrzucenia ich ofert (dotyczy odwołania GTS i Konsorcjum) mają one szanse, po powtórnej ocenie ofert, na uzyskanie zamówienia publicznego.

Zamawiający wnosił o odrzucenie, podnoszonych przez GTS i Konsorcjum, zarzutów, pokrywających się z zarzutami rozstrzygniętymi przez Zamawiającego w oddaleniu protestu NETII, powołując się na przepis art. 181 ust. 6 Prawa zamówień publicznych. W opinii Zamawiającego, Wykonawcy poinformowani o wniesieniu protestu (tj. w niniejszym postępowaniu – o proteście NETII) winni się przyłączyć do zarzutów tego protestu, a nie wnosić własne protesty.

Izba ustaliła, że niezależnie od okoliczności, że Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu protestu przez NETIĘ, wykonawcy - GTS i Konsorcjum wnieśli własne protesty w zakresie częściowo pokrywającym się z zarzutami podniesionymi przez NETIĘ.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, oraz rozpatrując indywidualny interes prawny każdego z wykonawców (do protestu można się przyłączyć wyłącznie w zakresie zarzutów w nim podnoszonych), Izba stwierdziła, że wykonawcy GTS i Konsorcjum mieli prawo, w związku z okolicznościami, o których powzięli wiadomość w związku z otrzymaniem informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ich ofert, wnieść własne protesty, niezależnie od protestu wniesionego przez NETIĘ. Zdaniem składu orzekającego Izby, jeżeli termin do przyłączenia się do postępowania toczącego się w wyniku protestu biegnie równocześnie z terminem do wniesienia własnego protestu wykonawca może, wedle swego wyboru, przyłączyć się do już wniesionego protestu bądź wnieść własny protest. Alternatywny wybór środków ochrony prawnej dopuszcza również Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. T. Czajkowski, str. 518.

Przepis art. 181 ust. 6 Prawa zamówień publicznych miał na celu koncentrację środków ochrony prawnej i zasada koncentracji została zachowana w niniejszym postępowaniu (wszystkie odwołania wniesione przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia są rozpatrywane łącznie przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba uznała również za nietrafne stanowisko Zamawiającego odnośnie złożenia odwołań GTS i Konsorcjum z uchybieniem terminu (uzasadnione w piśmie z dn. 08.08.2008r.). Zamawiający mianowicie podniósł, że zgodnie z art. 183 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, winien jednocześnie rozstrzygnąć wszystkie protesty dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej, zatem, jeżeli w dn. 17.07.2008r. rozstrzygnął protest wniesiony przez NETIĘ, a nie rozstrzygnął protestów wniesionych przez GTS i Konsorcjum, to protesty te winno się uważać za oddalone w dn. 17.07.2008., a w konsekwencji termin do wniesienia odwołań przez GTS i Konsorcjum mijał w dn. 22.07.2008.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie można się zgodzić – Prawo zamówień publicznych wiąże domniemanie oddalenia protestu wyłącznie z upływem 10-dniowego terminu do jego rozstrzygnięcia (art. 183 ust. 3 Prawa zamówień publicznych); nie można tego skutku rozszerzać na brak jednoczesności rozstrzygnięcia przez Zamawiającego wszystkich wniesionych protestów. W związku z tym, że 10-dniowy termin do rozstrzygnięcia protestów

wniesionych w dniu 14.07.2008r. upływał w dniu 24.07.2008r., Odwołujący GTS i Konsorcjum byli uprawnieni do wniesienia odwołania w terminie do dnia 29.07.2008r.

Zamawiający podnosił również zarzut odrzucenia odwołania wniesionego przez GTS, ponieważ w jego ocenie, pełnomocnictwo do wniesienia odwołania, udzielone w dn. 01.08.2008r. dla Pana Marka R. (załącznik do odwołania, w aktach sprawy sygn. akt KIO/UZP 788/08) było niewystarczające. Izba uznała, że pełnomocnictwo obejmujące zakresem umocowania „składanie środków ochrony prawnej” jest wystarczająco skonkretyzowane, aby upoważniać do wniesienia odwołania, zatem zarzut Zamawiającego co do odrzucenia odwołania wniesionego przez GTS oddaliła.

Izba ustaliła, że w dniu 02.07.2008r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o poprawieniu oczywistej omyłki pisarskiej w ofercie EXATEL, polegającej na zmianie z 32 na 34 Mbit/s.

Wszyscy odwołujący przyznali, że pismo z dnia 01.07.2008r. dotyczące poprawienia oczywistej omyłki otrzymali w dniu 02.07.2008r.

Izba uznała, że Zamawiający w piśmie z dn. 01.07.2008r. rozstrzygnął o zmianie 32 na 34 Mbit/s w ofercie EXATEL co do zasady, a więc przesądził – zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez EXATEL w dn. 23.06.2008r. - że wykonawca ten zaoferował łącza o przepustowości nie 32, a 34 Mbit/s).

W ocenie Izby termin do wniesienia protestu na okoliczności związane z poprawieniem przez zamawiającego „32” na „34” Mbit/s minął w dniu 09.07.2008r., a więc przed wniesieniem protestów przez wszystkich Odwołujących.

Dla uznania, że zarzuty wszystkich protestów w tym zakresie są wniesione po terminie, nie ma znaczenia fakt, czy taka czynność zamawiającego była prawidłowa, i jaki zakres zmian w ofercie EXATEL obejmowała. Tym samym Izba nie rozstrzygała zarzutu podnoszonego przez GTS i Konsorcjum w odwołaniach (NETIA nie podtrzymała tego zarzutu w swoim odwołaniu).

I. Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny (postępowania odwoławcze sygn. akt KIO/UZP 752/08, sygn. akt KIO/UZP 788/08, sygn. akt KIO/UZP 789/08)

Izba ustaliła, co następuje:

1. Z porównania ceny oferty złożonej przez EXATEL z cenami pozostałych ofert w postępowaniu wynika, że cena ta jest znacząco niższa od pozostałych cen zaproponowanych w ofertach. Jest również znacząco niższa od oszacowanej przez Zamawiającego wartości zamówienia.

2. Cena w ofercie EXATEL może być, lecz nie musi, ceną rażąco niską, i Zamawiający słusznie powziął wątpliwość w tej mierze i zwrócił się do wykonawcy EXATEL w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.
3. Wyjaśnienia udzielone przez EXATEL w dn. 23.06.2008r. w żaden sposób jednak nie wskazują na przesłanki, które mogłyby pozwolić na uznanie, czy cena w ofercie EXATEL jest rażąco niska (zawierają wyłącznie rozbić ceny na poszczególne jej elementy, lecz nie wskazują na „obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów”, które Zamawiający winien wziąć pod uwagę na podstawie art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych).
4. Zamawiający, mimo że w swoich pisemnych stanowiskach powoływał się na bliżej niesprecyzowane „obiektywne czynniki”, na rozprawie nie był w stanie określić, jakie to były czynniki, i w jaki sposób wynikały w wyjaśnieniami udzielonych przez EXATEL. Oświadczenie Zamawiającego, że porównał wyjaśnienia złożone przez EXATEL i NETIA oraz schematy załączone przez tych wykonawców do ofert, jest, wobec brzmienia art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, niewystarczające. Za wyjaśnienie rażąco niskiej ceny nie można również uznać oświadczenia złożonego przez przystępującego EXATEL na rozprawie, że ceny usług telekomunikacyjnych spadają, bowiem nie wyjaśnia to, za pomocą obiektywnych czynników, dlaczego wysokość ceny oferty EXATEL istotnie odbiegała od pozostałych cen zaoferowanych w postępowaniu. Z dokumentacji postępowania nie wynika, że Zamawiający dokonał analizy złożonych przez EXATEL informacji pod kątem spełnienia przesłanek z art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Odnosząc się do powyżej opisanych okoliczności, Izba stwierdziła, że EXATEL złożył wyjaśnienia w trybie przewidzianym przez art. 90 ust.1 Prawa zamówień publicznych, jednak nie są one wystarczające do oceny, czy zaoferowana cena jest rażąco niska. W konsekwencji, oferta EXATEL powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (tj. nie na stwierdzeniu, że cena jest rażąco niska, ale na *praesumptio iuris*, wynikającym ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień). Obowiązek wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, ciąży na wykonawcy; w sytuacji kiedy wykonawca zaprezentował ogólnikowe stwierdzenia, "wszystkie ceny obliczono z należytą starannością i zawierają one wszystkie koszty świadczenia" należy je uznać za niewystarczające i ofertę odrzucić (tak stwierdził Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dn. 12.08.2005r. sygn. VI Ca 464/05). W swoich wyjaśnieniach EXATEL nie zawarł, nawet w sposób ogólnikowy, żadnego uzasadnienia, które wskazywałoby na którykolwiek z czynników, o których mowa w art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

Wobec braku możliwości stwierdzenia, czy cena oferty EXATEL jest rażąco niska (a jedynie takiego domniemania na podstawie art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych), brak też możliwości odniesienia się do zarzutu podniesionego przez GTS (sygn. akt KIO/UZP 788/08), że złożenie oferty przez EXATEL stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Reasumując, Izba uwzględniła zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny i niedostateczności wyjaśnień złożonych przez EXATEL w zakresie oceny przez Zamawiającego tychże wyjaśnień, i w konsekwencji nakazuje Zamawiającemu powtórzyć czynność badania i oceny ofert.

II. Zarzut dotyczący braku udokumentowania przez EXATEL spełnienia warunków udziału w postępowaniu (postępowanie sygn. akt KIO/UZP 752/08 i sygn. akt KIO/UZP 788/08)

Izba, odnosząc się do zarzutu podniesionego przez NETIĘ, po przeanalizowaniu zarówno SIWZ, jak i dokumentów dołączonych przez EXATEL do oferty, potwierdzających warunki udziału w postępowaniu, stwierdziła, że podziela stanowisko Zamawiającego, zawarte w rozstrzygnięciu protestu NETII. Rozporządzenie jednoznacznie określa, jakich dokumentów Zamawiający może żądać na potwierdzenie posiadania doświadczenia zawodowego w przypadku świadczeń okresowych i ciągłych, do których należy przedmiot zamówienia. Fakt, że Zamawiający pominął w SIWZ możliwość wykazania się usługami wykonywanymi, nie wpływa zatem na niemożność wykazania się nimi w niniejszym postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutów podnoszonych przez GTS wobec EXATEL, Izba uznała, że wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykaz usług oraz referencje należy traktować łącznie (w wykazie znajduje się oświadczenie wykonawcy co do zakresu wykonywanych prac, referencje potwierdzają fakt ich należytego wykonania) i są to dokumenty wzajemnie się uzupełniające. Skoro w wykazie, który jest oświadczeniem wykonawcy, podano informacje, stanowiące uzupełnienie referencji (co do rodzaju sieci, ilości węzłów, zasięgu terytorialnego), nie ma żadnych podstaw do uznania, że EXATEL nie wykazał się posiadaniem doświadczenia zawodowego wymaganego przez Zamawiającego. GTS nie wykazał w żaden sposób, że oświadczenie uzupełniające informacje zawarte w referencjach (tj. wykaz usług) są nieprawdziwe.

W związku z powyższym, Izba zarzut ten oddaliła.

III. Zarzut dotyczący braku udokumentowania przez NETIĘ spełnienia warunków udziału w postępowaniu (postępowanie sygn. akt KIO/UZP 788/08) oraz pełnomocnictwa do złożenia oferty (KIO/UZP 789/08)

W oparciu o postanowienia SIWZ definiujące usługi podobne do przedmiotu zamówienia (str. 5 SIWZ punkt 1 w lit. b) oraz wykaz usług i załączone do niego referencje złożone wraz z ofertą NETII, Izba uznała, że wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykaz usług oraz referencje należy traktować łącznie (w wykazie znajduje się oświadczenie wykonawcy co do zakresu wykonywanych prac, referencje potwierdzają fakt ich należytego wykonania). Pewne wątpliwości może budzić jedynie oświadczenie Mercedes Benz Polska Sp. z o.o. (strona 32 oferty NETII), wobec faktu, że w zakresie rodzaju sieci (MPLS) stoi w sprzeczności z pkt. 1 wykazu ze str. 31 oferty (sieć WAN), co jednak jest bez znaczenia, bowiem Zamawiający wymagał wykazania się realizacją dwóch usług podobnych do przedmiotu zamówienia, a pozostałe dwie usługi ujęte w wykazie spełniają warunek odnośnie doświadczenia zawodowego (nie były również kwestionowane w postępowaniu odwoławczym).

W związku z powyższym, Izba zarzut ten oddaliła.

Pełnomocnictwo złożone w oryginale wraz z protestem na SIWZ przez NETIĘ upoważniało pełnomocnika m.in. do złożenia oferty, zatem nie można podzielić stanowiska Konsorcjum, że brak załączenia go do oferty mógłby skutkować negatywnymi skutkami dla wykonawcy.

W związku z powyższym, Izba zarzut ten oddaliła.

IV. Zarzuty odnośnie odrzucenia ofert NETII i EXATEL (postępowanie sygn. akt KIO/UZP 788/08) i GTS (postępowanie sygn. akt KIO/UZP 789/08) z powodu braków w schematach i opisach.

Zamawiający określił w SIWZ (str. 6 SIWZ), że wraz z ofertą należy złożyć „schemat rozwiązania technicznego przedmiotu zamówienia z wyszczególnieniem wszystkich zastosowanych urządzeń oraz parametrów łącz spełniających warunki określone w przedmiocie zamówienia oraz opis rozwiązania całości połączeń.” Z takiego określenia nie wynikało, jaki powinien być stopień szczegółowości załączonych schematów i opisów. Na etapie oceny ofert Zamawiający nie miał prawa oczekiwać rozwiązań szczegółowych, na poziomie, który może się znaleźć w projekcie technicznym – projekt ten będzie należało wykonać na etapie realizacji umowy. Schemat, co do zasady, jest pewnym uproszczeniem proponowanych rozwiązań, dlatego nie można wywodzić z przedstawień graficznych na nich zaproponowanych (bez względu na to, czy zostały one umieszczone na rysunku w sposób zdaniem odwołującego GTS – nieprawidłowy, czy też nie zostały umieszczone wcale – jak wywodziło Konsorcjum) sprzeczności oferty EXATEL, NETII i GTS z treścią SIWZ. Opis

zamówienia jest zawarty w SIWZ m. in. na str. 31-36 i trudno oczekiwać, aby Odwołujący odzwierciedlili go w całości w załącznikach do ofert.

W konsekwencji nie można upatrywać w przedstawieniach graficznych i opisach tak daleko idących skutków (odrzućcia ofert NETII, EXATEL, GTS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, jako że zdaniem Odwołujących nie odpowiadają treści SIWZ), jak wnoszą Odwołujący.

Wobec powyższego Izba zarzut ten oddaliła.

V. Zarzut dotyczący braku przeprowadzenia weryfikacji technicznych przez NETIA i EXATEL (sygn. akt KIO/UZP 788/08)

Zamawiający w SIWZ nie żądał przeprowadzenia weryfikacji technicznych na etapie przygotowania oferty. Wobec braku takiego wymogu w SIWZ, i faktu, że ciężar wykonania zamówienia zgodnie z wytycznymi Zamawiającego spoczywa na wykonawcy, zarzut braku weryfikacji technicznych w lokalizacjach przewidzianych przez Zamawiającego jest bezzasadny. Wobec braku możliwości jednoznacznego określenia czasu, który będzie potrzebny wykonawcy do realizacji pierwszego etapu umowy (dostarczenie, instalacja i uruchomienie usługi), należy uznać, że szczegóły techniczne będą weryfikowalne dopiero na etapie realizacji umowy.

Wobec powyższego Izba zarzut ten oddaliła.

VI. Zarzut dotyczący deklaracji wykonania przedmiotu umowy samodzielnie przez EXATEL wobec korzystania z łączy należących do Telekomunikacji Polskiej S.A. (sygn. akt KIO/UZP 788/08 i sygn. akt KIO/UZP 789/08)

W Prawie zamówień publicznych co prawda brak jednoznacznego określenia definicji „podwykonawcy”, jednak w okolicznościach niniejszej sprawy w ocenie Izby za podwykonawcę nie można uznać Telekomunikacji Polskiej SA. Udostępnianie łączy przez podmiot trzeci, nawet jeżeli ma charakter wykonywania usługi, nie może być uznany za podwykonawstwo – żaden z Odwołujących nie wskazał, który z elementów składających się na przedmiot zamówienia, miałby być wykonywany przez TP SA.

Wobec powyższego Izba zarzut ten oddaliła.

VII. Zarzut dotyczący odrzućcia oferty GTS i Konsorcjum wobec braku w treści ofertowym zdania „z wyłączeniem okresu przeznaczzonego na dostarczenie, instalację i uruchomienie usługi” (sygn. akt KIO/UZP 788/08 i sygn. akt KIO/UZP 789/08)

VIII. Zarzut dotyczący braku podania w ofertach EXATEL, NETII i GTS wysokości opłaty abonamentowej (sygn. akt KIO/UZP 789/08)

IX. Zarzut dotyczący unieważnienia postępowania (sygn. akt KIO/UZP 788/08, sygn. akt KIO/UZP 789/08)

Rozpatrując powyższe zarzuty, Izba ustaliła:

1. Zamawiający w SIWZ w pierwotnym brzmieniu w rozdziale VI postanowił: „48 miesięcy od dnia podpisania umowy. Dostarczenie, instalacja i uruchomienie usługi nie może przekroczyć 2 tygodni od daty podpisania umowy.” Pierwotne brzmienie formularza ofertowego w spornym miejscu (pierwsza kolumna, drugi wiersz tabeli w formularzu cenowym) brzmiało: „w formie miesięcznego abonamentu x 48 miesięcy”. W wyniku uwzględnienia protestów, wskazujących, że tak krótki (2-tygodniowy) termin na dostarczenie, instalację i uruchomienie usługi może ograniczać konkurencję, Zamawiający w dniu 21.05.2008r. zmodyfikował SIWZ, wydłużając ten okres do dwóch miesięcy. Modyfikacja polegała na zmianie treści rozdziału VI (zamiast dotychczasowej treści zd. drugiego rozdziału VI postanowiono: „W ramach wymienionego okresu realizacji winno nastąpić dostarczenie, instalacja i uruchomienie usługi, które nie powinno przekroczyć dwóch miesięcy od daty podpisania umowy”). Równocześnie w formularzu ofertowym w drugim wierszu tabeli dopisano: „z wyłączeniem czasu na dostarczenie, instalację i uruchomienie usługi”. Zamawiający dokonał modyfikacji w sposób opisowy (nie przedstawiono wykonawcom formularza ofertowego w ujednoliconym brzmieniu).
2. NETIA i EXATEL uwidocznili w formularzach ofertowych zmianę wprowadzoną przez zamawiającego, GTS i Konsorcjum – nie, przy czym Konsorcjum dodatkowo wpisało w drugiej kolumnie w drugim wierszu wysokość miesięcznego abonamentu przemnożoną przez 48 miesięcy.
3. Cena za przedmiot zamówienia (podlegająca ocenie) składała się z dwóch elementów: ceny za instalację, dostarczenie i uruchomienie usługi (pierwszy wiersz tabeli formularza ofertowego) i cena za realizację usługi już uruchomionej (drugi wiersz tabeli).
4. Żaden z wykonawców nie mógł mieć wątpliwości, że opłata za świadczenie usługi już uruchomionej będzie dokonywana po odbiorze pierwszego etapu realizacji umowy (sposób płatności wynika jednoznacznie z par. 3 istotnych postanowień umowy).
5. Nie można z góry przewidzieć, jaki okres będzie potrzebny wykonawcom do wykonania „dostarczenia, instalacji i uruchomienia usługi”. Czas ten nie powinien przekroczyć dwóch miesięcy. Usługa „abonamentowa” będzie świadczona pomiędzy terminem zakończenia pierwszego etapu do upływu terminu 48 miesięcy od zawarcia umowy.

Wobec powyższych okoliczności, dodanie zdania w nawiasie „z wyłączeniem okresu...” w wierszu drugim tabeli nie było konieczne, bowiem wykonawcy składający oferty nie mogli mieć wątpliwości, że za okres „przygotowawczy” nie będzie płacona opłata abonamentowa. Jest to uchybienie bez znaczenia – odnosi się wyłącznie do formy, nie treści oferty.

Wątpliwość może tu budzić nie brak dopisku wynikającego z modyfikacji formularza ofertowego, lecz treść, która była niezmienna od samego początku („w formie miesięcznego abonamentu x 48 miesięcy”), co jednak, w świetle – jasnych i jednoznacznych - pozostałych zapisów SIWZ, par. 3 istotnych postanowień umowy i treści modyfikacji SIWZ z 21.05.2008r. nie może mieć negatywnych konsekwencji dla postępowania.

Reasumując, należy uznać, że w drugim wierszu tabeli wszyscy wykonawcy podali cenę za realizację usługi „abonamentowej” w okresie, którego daty początkowej nie da się z góry przewidzieć, do upływu 48 miesięcy od daty podpisania umowy.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia ofert GTS i Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ze względu na brak w ich formularzach ofertowych dopisku wynikającego z modyfikacji z dn. 21.05.2008r. i uwzględniła zarzuty GTS i Konsorcjum dotyczące nieprawidłowego odrzucenia ich ofert z tego powodu, w konsekwencji czego nakazuje powtórzenie badania i oceny ofert.

Konsorcjum w swojej ofercie podało wysokość opłaty abonamentowej za drugi etap przedmiotu zamówienia (drugi wiersz tabeli w formularzu cenowym). Żaden z pozostałych uczestników postępowania tego nie uczynił. Z analizy SIWZ wynika, że Zamawiający nie wymagał podania wysokości abonamentu. Cena oferty jest ceną brutto, wynikającą z sumowania cen z pierwszego i drugiego wiersza tabeli. W ocenie Izby taki sposób określenia ceny za przedmiot zamówienia w formularzach cenowych, jak przewidział Zamawiający, nie stoi w sprzeczności z istotnymi postanowieniami umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) dotyczącymi ceny i warunków płatności, zawartymi w par. 3 IPU.

Odwołujące Konsorcjum podnosiło, że brak podania wysokości abonamentu w ofertach konkurencyjnych ma doniosłe skutki prawne dla przyszłej umowy. Jednak Izba uznała, że wysokość abonamentu może być obliczona dopiero w momencie, kiedy będzie znany termin odbioru prac polegających na „dostarczeniu, instalacji i uruchomieniu usługi” i dopiero wówczas może być obliczony poprzez podzielenie kwoty z wiersza drugiego tabeli przez czas realizacji usługi „abonamentowej”. Nie powinno być żadnej wątpliwości, że wysokość miesięcznego abonamentu będzie równa w całym okresie realizacji usługi.

Wobec powyższego Izba zarzut ten oddaliła.

Biorąc pod uwagę opisane wyżej rozstrzygnięcia co do zarzutów VII i VIII, Izba stwierdziła, że brak w postępowaniu o udzielenie zamówienia okoliczności, o których mowa w art. 191 ust. 3 zd. drugie Prawa zamówień publicznych. Nie można bowiem uznać, jak wywodzi Konsorcjum w odwołaniu (GTS nie uzasadnił powodów ewentualnego unieważnienia postępowania), iż ceny nie obejmują tego samego przedmiotu zamówienia, ponieważ, zdaniem Konsorcjum, wobec nieprzewidywalności okresu realizacji pierwszego etapu, cena może obejmować realizację usługi przez 46 bądź 48 miesięcy.

Izba ustaliła bowiem, co opisano powyżej, że Zamawiający pozostawił wybór wykonawcy, jak długo będzie realizował pierwszy etap, a cena za realizację drugiego etapu jest ceną ryczałtową za świadczenie usługi pomiędzy odbiorem uruchomionej usługi a upływem terminu 48 miesięcy od zawarcia umowy, płaconą miesięcznie.

Nie potwierdził się podnoszony przez Konsorcjum zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych - z czynności podjętych przez Zamawiającego także nie wynika, aby traktował on wykonawców w sposób zróżnicowany. Nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących kilku (więcej, niż jednego) uczestników postępowania Zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie miała miejsca.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego Konsorcjum na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, w wysokości odpowiadającej kwocie wynagrodzenia przysługującego pełnomocnikowi, zgodnie z § 4 ust. 1 lit. b) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Na podstawie par. 28 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dnia 12 października 2007 r.) w sprawach sygn. akt. KIO/UZP 752/08, KIO/UZP 788/08 oraz KIO/UZP 789/08 wydano wyrok łączny.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....