

Sygn. akt: KIO 772/13

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę: **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Górnośląska Spółka Gazownictwa sp. z o.o., ul. Szczęść Boże 11, 41-800 Zabrze,**

przy udziale wykonawcy: **Netia S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 772/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy: **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Górnośląska Spółka Gazownictwa sp. z o.o., ul. Szczęść Boże 11, 41-800 Zabrze** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Górnośląska Spółka Gazownictwa sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „świadczenie usługi operatorskiej sieci telekomunikacyjnej WAN w zakresie transmisji danych, głosu i wideo poprzez wirtualną prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2012/S 200-329517 w dniu 17 października 2012 r.

Wykonawca: Telekomunikacja Polska S. A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą w postępowaniu - ofertę złożoną przez Netia S.A. Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została przesłana odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 25 marca 2013 r.

Odwołujący podniósł, że zaniechanie odrzucenia oferty Netia S.A. pozbawiło odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. Zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Netia S.A. w sytuacji, gdy złożone przez ww. wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Netia S.A., jako zawierającej rażąco niską cenę,
- art. 8 ust. 3, art. 87 ust. 1 w związku z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia treści wyjaśnień Netia S.A. dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienia wyjaśnienia elementów oferty Netia S.A. mających wpływ na jej cenę, odrzucenia oferty Netia S.A.

Odwołujący podniósł, że w postępowaniu złożone zostały oferty z następującymi cenami:

- 1) Netia SA - 3.028.752 zł brutto (2.462.400 zł netto),
- 2) Telekomunikacja Polska SA - 3.262.993,64 zł brutto (2.652.840,36 zł netto),
- 3) GTS Poland sp. z o.o. - 4.034.970,72 zł brutto (3.280.464 zł netto),
- 4) Exatel SA - 5.295.888 zł brutto (4.305.600 zł netto).

Odwołujący wyjaśnił, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 8 lutego 2013 r., w sprawie o sygn. akt KIO 177/13 uwzględniła odwołanie i nakazała wezwanie wykonawcy Netia SA do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość

zaoferowanej ceny. W dniu 7 marca 2013 r. wykonawca Netia S.A. złożył wyjaśnienia, jednak ich treść nie spełnia wymogów, określonych w art. 90 ust. 2 Pzp. Wyjaśnienia te są ogólnikowe i abstrahują od konkretnego zamówienia, ograniczają się do dokonania przeglądu orzecznictwa KIO oraz opisu sytuacji ekonomicznej i potencjału technicznego Netia S.A.

Odwołujący podkreślił, że posiadanie rozbudowanej infrastruktury telekomunikacyjnej (sieci dostępowej) na terenie całego kraju nie przesądza o możliwości zaoferowania atrakcyjniejszej ceny. Istotne jest to, czy infrastruktura taka jest dostępna w lokalizacjach zamawiającego, w których świadczone będą usługi telekomunikacyjne. Ponadto, posiadanie takiej infrastruktury nie jest sytuacją wyjątkową - porównywalną infrastrukturę telekomunikacyjną posiada np. Exatel SA oraz GTS sp. z o.o., a jeszcze większą infrastrukturę, w tym w lokalizacjach zamawiającego posiada TP S.A. Odwołujący podkreślił, że samo posiadanie infrastruktury telekomunikacyjnej w miejscowościach, w których świadczona będzie usługa nie oznacza, że operator nie jest zmuszony przeprowadzić kosztownych inwestycji - niezbędne jest bowiem doprowadzenie łącza od pętli operatorskiej do lokalizacji zamawiającego.

Posiadanie doświadczenia w realizacji analogicznych kontraktów oraz dysponowanie zespołem profesjonalistów również nie może być uznane za szczególnie korzystną okoliczność wykonania zamówienia. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1124/11).

Ponadto, złożone wyjaśnienia nie czynią zadość samej treści wezwania z dnia 28 lutego 2013 r., w którym zamawiający wyraźnie wskazał szereg okoliczności, które powinny zostać wyjaśnione (inwestycje w infrastrukturę telekomunikacyjną, które musi przeprowadzić Netia S.A. oraz różnice merytoryczne w ofertach wykonawców (liczba oferowanych łączy światłowodowych).

W odpowiedzi Netia SA przeprowadziła jedynie swego rodzaju polemikę z treścią wezwania, co pozwala na przyjęcie, że zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa część wyjaśnień nie zawiera wymaganych przez zamawiającego elementów.

Odwołujący podkreślił, że brak znaczącej różnicy pomiędzy ceną oferty TP S.A. oraz Netia SA wynika z dwóch istotnych okoliczności, na które zwracała uwagę Izba w wyroku KIO 177/13 oraz zamawiający w treści wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę:

- TP S.A. świadczy obecnie usługi na rzecz zamawiającego, a zatem koszt inwestycji w infrastrukturę będzie znacząco niższy niż u pozostałych wykonawców,
- znaczna część łączy w ofercie Netia S.A. (27) będzie realizowana w droższej technologii światłowodowej (w ofercie TP zaoferowano jedynie 4 łącza w technologii światłowodowej).

Powyżej wskazane okoliczności, skutkujące znacznym zróżnicowaniem sytuacji wykonawców w postępowaniu, powodują, że ocena ofert pod kątem oferowanych cen nie może odbywać się w sposób mechaniczny, poprzez arytmetyczne porównanie cen ofert, lecz wymaga wyjaśnienia wszystkich elementów mających wpływ na ich cenę.

Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu jest przede wszystkim zestawienie łączy podstawowych i rezerwowych o określonych parametrach pomiędzy lokalizacjami wskazanymi przez zamawiającego oraz utrzymanie i zarządzanie infrastrukturą sieciową.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem pkt 2.2.17 siwz „Zamawiający przy realizacji łączy dostępowych podstawowych i rezerwowych do lokalizacji dopuszcza łącza światłowodowe, miedziane i radiowe, synchroniczne i symetryczne, wykorzystujące protokoły warstwy drugiej modelu OSI typu: GigabitEthernet, FastEthernet, Ethernet, PPP, MLPPP, HDLC, ATM, FR”. W przypadku oferowania łączy radiowych, w pkt 2.2.19 siwz zamawiający wymaga m.in. aby łącza zestawiane były w paśmie koncesjonowanym, wymagającym zezwolenia radiowego wydawanego przez Prezesa UKE oraz, aby użyte urządzenia posiadały homologację.

Na koszt oferty wpływa również postanowienie pkt 2.2.25., zgodnie z którym, w odniesieniu do łączy rezerwowych wymagane jest m.in., aby łącza rezerwowe wykorzystywały niezależny od łączy podstawowego tor transmisji danych (np. łącza podstawowe - miedziane, łącza rezerwowe - radiowe lub np. dwa niezależne przyłącza kablowe). Odwołujący przedstawił w odwołaniu kalkulację kosztów niezbędnych do uruchomienia i świadczenia usługi, czyniąc następujące założenia:

- Netia S.A. nie świadczy usług telekomunikacyjnych w lokalizacjach zamawiającego, a zatem nie posiada w tych lokalizacjach niezbędnej infrastruktury,
- do wyliczenia uwzględniono koszty świadczenia usług w najkorzystniejszym cenowo modelu.

Odnośnie łączy podstawowych w technologii radiowej odwołujący podniósł:

W swojej ofercie Netia S.A. zaoferowała łącza podstawowe w technologii radiowej w 12 lokalizacjach w cenie 199,99 zł netto miesięcznie (7199,64 netto za 36 miesięcy). Zdaniem odwołującego, założony w ofercie przychód nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów świadczenia usługi:

1. Koszt świadczenia usług drogą radiową obejmuje opłaty wnoszone na rzecz UKE: opłata jednorazowa za każde pozwolenie w wysokości 1939 zł, oraz opłat rocznych, które w zależności od zastosowanej metody zestawienia łączy mogą wynieść nawet 1000 zł netto dla każdej lokalizacji zamawiającego. W kosztach świadczenia usługi drogą radiową należy uwzględnić ponadto koszt zakupu i instalacji anteny satelitarnej (ok. 4000 zł netto) oraz koszt routera.

2. W przypadku, gdyby Netia S.A. zamiast budować własną infrastrukturę radiową chciała skorzystać z oferty innych operatorów, koszt opłaty miesięcznej za łącze, uwzględniającej również opłaty na rzecz UKE, wyniesie ok. 700 zł netto. Przy uwzględnieniu tego modelu działania koszt świadczenia usługi wyniósłby 25.200 zł netto, podczas gdy przychód wyniósłby jedynie 7199,64 zł netto.

3. Ponadto, kosztem świadczenia usługi, który nie znajduje odzwierciedlenia w formularzu cenowym, jest koszt zestawienia łącza zapasowego, które zgodnie z cytowanym postanowieniem siwz powinno wykorzystywać niezależny od łącza podstawowego tor transmisji danych. W przypadku, gdy łącze zapasowe zestawione byłoby z wykorzystaniem najtańszych łączy radiowych, koszt ten wyniósłby łącznie ok. 59.676 zł netto.

Powyższe zestawienie przychodów i kosztów z tytułu świadczenia usług drogą radiową wskazuje, że podane ceny za świadczenie usług drogą radiową są znacznie niższe niż koszty świadczenia tej usługi. Potwierdzenie prawidłowości przyjętych wyliczeń znajdziemy w pozostałych ofertach, gdzie łącza radiowe wraz z łączami zapasowymi zostały wycenione od 1.373,17 zł netto do 2.250 zł netto.

W odniesieniu do łączy podstawowych światłowodowe odwołujący wskazał:

Netia SA zaoferowała świadczenie usługi przy pomocy 27 łączy światłowodowych, za cenę 1790 zł netto miesięcznie (64.441,08 zł netto za 36 miesięcy). Mając na względzie fakt, że w jednej z lokalizacji zestawione ma być dwa łącza światłowodowe, w tym jedno do Internetu, w dalszych wyliczeniach uwzględniono jedynie koszt zestawienia 26 łączy. W celu zestawienia łączy światłowodowych, Netia S.A. będzie musiała przeprowadzić inwestycje, polegające na budowie infrastruktury telekomunikacyjnej, na którą składają się: kanalizacja teletechniczna, studzienki, kable. Niezbędne będzie także zakupienie routerów dla każdej z lokalizacji. Na użytek niniejszego odwołania odwołujący przyjął założenie, że Netia S.A. skorzysta z tańszego rozwiązania, jakim będzie skorzystanie z kanalizacji TP S.A. w ramach oferty ROI (Reference Offer for Infrastructure). Przy takim modelu świadczenia usługi, w celu jej uruchomienia niezbędne będzie położenie światłowodów w istniejącej kanalizacji. Koszt takiej inwestycji oszacować należy przeciętnie na 40 000 zł netto w każdej z 26 lokalizacji, co daje łączną kwotę ok. 1.000. 000 zł netto.

Kolejnym kosztem jaki poniesie Netia S.A. będą koszty opłat za dzierżawę kanalizacji kablowej, który wynieść może nawet 500 zł netto miesięcznie dla każdej lokalizacji.

Jak wskazano wcześniej, kosztem świadczenia usługi, są też koszty związane z łączem zapasowym. W związku z tym, że łącze zapasowe powinno być poprowadzone innym niż łącze podstawowe torem transmisji danych, niezbędne będzie zestawienie łączy radiowych, których koszt dla 26 łączy będzie znaczący.

Do ww. kosztów należy dodać też koszty routerów, SLA oraz utrzymania sieci szkieletowej, o których mowa w następnym punkcie, również w tej pozycji wystąpi nadwyżka kosztów nad uzyskanymi przychodami.

W odniesieniu do łączy podstawowych miedzianych odwołujący podał:

Netia S.A. zaoferowała świadczenie usługi przy pomocy łączy miedzianych w 13 lokalizacjach, za cenę 1328,41 zł netto miesięcznie (47.882,76 zł za 36 miesięcy) oraz w 2 lokalizacjach za cenę 199,99 zł netto miesięcznie (7199,64 netto za 36 miesięcy). W sumie przychody z tytułu świadczenia usług przy pomocy łączy podstawowych miedzianych wyniosą dla 15 łączy 636.095,16 zł netto.

Dokonując kalkulacji kosztów świadczenia usług przy pomocy łączy miedzianych, odwołujący przyjął założenie, że usługa będzie świadczona w najtańszy możliwy sposób, tj. poprzez skorzystanie z tzw. oferty hurtowej TP S.A., zatwierdzonej przez Prezesa UKE. Najogólniej rzecz ujmując na mocy decyzji Prezesa UKE, TP S.A. musi udostępniać swoje łącza o określonych parametrach za określoną cenę. Mając na względzie parametry łączy określone w siwz, świadczenie usługi mogłoby odbywać się na podstawie tzw. ofert RLLO. Usługa dzierżawy ww. łączy telekomunikacyjnych skierowana jest do operatorów, którym zależy na wysokim bezpieczeństwie transmisji danych ze stałą przepustowością i opóźnieniem, wysokiej jakości oraz kompleksowej obsłudze w zakresie świadczenia usługi. Usługa może być wykorzystywana do wszystkich celów, w tym celów budowy własnej sieci teletransmisyjnej lub dostarczeniu własnych usług telekomunikacyjnych do klientów końcowych. W ofercie tej przewidziano opłatę instalacyjną dla jednego łącza w wysokości 925 zł netto oraz opłatę miesięczną w wysokości 1 126,5 zł netto. Koszt opłat na rzecz TP S.A. w odniesieniu do 15 lokalizacji wyniesie 622.185 zł netto za 36 miesięcy.

Założenie, że we wszystkich wskazanych 15 lokalizacjach świadczenie usług może odbywać z wykorzystaniem oferty ramowej jest jednak błędne. Wywiady techniczne przeprowadzone we wskazanych lokalizacjach pozwalają na założenie, że TP posiada odpowiednie zasoby jedynie w 10 lokalizacjach, a zatem w pozostałych lokalizacjach niezbędne będzie przeprowadzenie inwestycji polegających na rozbudowie sieci rozdzielczej lub zestawieniu łącza radiowego.

Jak wspomniano wcześniej, kosztem świadczenia usługi są koszty związane z łączem zapasowym. W związku z tym, że łącze zapasowe powinno być poprowadzone innym niż łącze podstawowe torem transmisji danych, niezbędne będzie zestawienie łączy radiowych, których koszt powinien zostać uwzględniony w cenie oferty.

Odwołujący podkreślił, że ceny w ofercie TP S.A. w zakresie łączy miedzianych są nieznacznie niższe niż w ofercie Netia S.A. ponieważ TP świadczy na rzecz zamawiającego usługi przy pomocy zestawionych już łączy (koszt inwestycji jest nieznaczny). Ponadto,

odwołujący nie poniesie kosztów opłat z tytułu korzystania z oferty hurtowej, które zmuszona będzie ponieść Netia S.A.

Odnosnie kosztu routerów, SLA i utrzymania sieci szkieletowej odwołujący wskazał:

Kosztami wytworzenia usługi są też koszty związane z zakupem i serwisem ruterów, koszty związane z SLA i koszty utrzymania sieci szkieletowej wykonawcy, na której będzie realizowana usługa. W sumie koszty te mogą nawet przekroczyć kwotę 500.000 zł netto.

Przedstawione w odwołaniu zestawienie podstawowych kosztów uruchomienia i świadczenia usługi z przychodami jakie zostaną zrealizowane, zgodnie z ofertą Netia SA, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że usługa będzie świadczona poniżej kosztów jej wytworzenia. Sytuacja ta powinna skutkować, co najmniej wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, a w dalszej kolejności, ewentualnym odrzuceniem oferty.

Zdaniem odwołującego, zamawiający zaniechał odtajnienia pełnej treści wyjaśnień Netia SA dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę, jednak z ujawnionej części tych wyjaśnień, w której Netia SA prowadzi polemikę z treścią wezwania, wypływa wniosek, że wyjaśnienia te mają charakter ogólny i nie zawierają informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W związku z tym zasadne jest żądanie udostępnienia tych dokumentów.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, że cena oferty Netia S.A. jest ceną wiarygodną i realną w stosunku do obowiązujących cen rynkowych. Złożone wyjaśnienia potwierdziły w ocenie zamawiającego, że cena zaoferowana przez Netia S.A. nie jest ceną rażąco niską. W złożonych wyjaśnieniach Netia S.A. wskazała, oprócz ogólnych sprzyjających mu czynników mających wpływ na kształtowanie ceny oferty także koszty OPEX i CAPEX wykonania umowy, które wskazują na godziwy zysk przy realizacji umowy. Wykonawca wskazał też na rozbudowę jego pozycji na rynku, stale osiąganego zyski, dokonane już akwizycje innych podmiotów z branży telekomunikacyjnej oraz stały spadek cen usług telekomunikacyjnych. Netia S.A. wskazała, że zdecydowana większość lokalizacji zamawiającego znajduje się w miejscach, będących w zasięgu sieci dostępowej wykonawcy, a pojemność sieci Netia S.A. pozwala na zaoferowanie usług o parametrach określonych przez zamawiającego bez konieczności ponoszenia nadmiernych nakładów finansowych na rozbudowę. Netia S.A. wskazała także na możliwość nabywania urządzeń po cenach niedostępnych dla klientów rynku detalicznego oraz dla większości operatorów telekomunikacyjnych. Netia wskazała także, że posiada ponad 700 węzłów LLU, co jest największą liczbą takich węzłów wśród operatorów alternatywnych, gdyż jako jedyny podmiot telekomunikacyjny zdecydował się na rozwijanie tego typu dostępu – bardzo efektywnego cenowo. Zamawiający dodał, że w

części wyjaśnień zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wykonawca wskazał konkretną ilość lokalizacji zamawiającego znajdujących się w zasięgu sieci dostępowej Netia S.A. oraz liczbę lokalizacji, do których będzie zaciągała kable światłowodowe do już istniejących kanalizacji, na które otrzymała pozytywne warunki techniczne od ich właścicieli.

Zamawiający podniósł także, że nie uczynił ścisłej instrukcji wskazującej na zakres żądanego wyjaśnienia poszczególnych elementów cenotwórczych oferty, lecz w sposób dość ogólny oczekiwał wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Przepisy ustawy Pzp również nie określają wymagań dotyczących treści wyjaśnień składanych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że cena za realizację zamówienia ma charakter ryczałtowy. Zdaniem zamawiającego cena odbiegająca od ceny podanej w kolejnej ofercie (ofercie odwołującego) zaledwie o 7 % nie może być uznana za cenę rażąco niską.

Zamawiający podkreślił, że cena nie jest jedynym kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu. W kryterium „Łącze podstawowe dla pozostałych lokalizacji” oferta odwołującego jest mniej korzystna od oferty Netia S.A., natomiast w kryterium „Łącze podstawowe dla siedziby GSG” oferta odwołującego i Netia S.A. uzyskały jednakową punktację. Zdaniem zamawiającego odwołujący nie udowodnił, że cena zaoferowana przez Netia S.A. jest ceną niewiarygodną, oderwaną od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Zamawiający powołał orzecznictwo KIO i sądów okręgowych na poparcie swojego stanowiska przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie.

Odnosnie zarzutów co do zaniechania odtajnienia elementów wyjaśnień złożonych przez Netia S.A. zamawiający podniósł, że odwołujący nie wnosił nigdy o odtajnienie tych informacji, a ponadto nie ulega wątpliwości, że sposób kalkulacji ceny oferty można zaliczyć do informacji, które stanowią cenne źródło informacji dla konkurencji, a tym samym stanowią pewną wartość gospodarczą podlegającą ochronie.

Na rozprawie strony podtrzymały w całości prezentowane stanowiska. Przystępujący złożył pismo procesowe, z dnia 17 kwietnia 2013 r., w którym ustosunkował się do twierdzeń odwołującego zawartych w odwołaniu. W toku rozprawy złożył w poczet materiału dowodowego dokumenty, których treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz kopię umowy o świadczenie usług telekomunikacyjnych z 10 stycznia 2003 r. na rzecz zamawiającego wraz z załącznikami wskazującymi lokalizacje zakończenia sieci należącej do Netii S.A. Odwołujący złożył pismo procesowe z dnia 17 kwietnia 2013 r., do którego załączył „Ramową ofertę TP o dostępie telekomunikacyjnym w części infrastruktura telekomunikacyjna w zakresie kanalizacji kablowej”, wydruk ze strony internetowej wskazujący wysokość opłat rocznych za prawo do wykorzystywania zasobów numeracji oraz

za prawo do dysponowania częstotliwością, a także „Ofertę ramową o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy, odcinków niebędących zakończeniami łączy i łączy end-to-end”.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialno-prawną do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że wykonawca Netia S.A. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Przystępujący zgłosił przystąpienie w terminie, określonym w art. 185 ust. 2 Pzp oraz posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego, jako wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba stwierdziła, że przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zgłoszone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: GTS Poland Sp. z o.o., Polska Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. nie jest skuteczne. Z przystąpienia i załączonego do tego pisma pełnomocnictwa nie wynika, że przystąpienie zostało wniesione w imieniu konsorcjum uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Ponadto, wykonawca GTS Poland Sp. z o.o. zgłaszający przystąpienie nie wykazał w treści przystąpienia interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść odwołującego, zgodnie z art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp Izba rozpoznała odwołanie w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 2 Pzp, w wyniku zaniechania odrzucenia oferty Netia S.A. w sytuacji, gdy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska, został uznany przez Izbę za niezasadny.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły do zamawiającego cztery oferty: oferta złożona przez Netię S.A. z ceną 3 028 752 zł, oferta złożona przez Telekomunikację Polską S.A. z ceną 3 262 993,64 zł, oferta złożona przez Konsorcjum GTS Poland Sp. z o.o., Polska

Telefonia Cyfrowa Sp. z o.o. z ceną 4 034 970,72 zł oraz oferta złożona przez Exatel S.A. z ceną 5 295 888 zł.

W wyniku wykonania wyroku KIO z dnia z dnia 8 lutego 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 177/13 zamawiający wezwał wykonawcę Netia S.A. w dniu 28 lutego 2013 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Pismem z dnia 7 marca 2013 r. wykonawca Netia S.A. złożył wyjaśnienia, których część została zastrzeżona jako informacja, która stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. W jawnej części wyjaśnień wykonawca wskazał, że podana w ofercie cena za realizację zamówienia obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia opisanego w siwz wraz z założonym przez wykonawcę zyskiem. Wykonawca wskazał na stały i istotny spadek cen oferowanych przez operatorów na rynku usług telekomunikacyjnych, co potwierdzają w ostatnich latach raporty Urzędu Telekomunikacji Elektronicznej. Tendencja powyższa została zauważona również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Wykonawca podkreślił, że choć cena oferty odbiega od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego, to jest ceną rynkową podobną do cen oferowanych przez innych wykonawców (różnica ok 8% w stosunku do ceny kolejnej oferty w rankingu). W wyjaśnieniach wskazano również na rozbudowaną infrastrukturę Netii S.A. obejmującą ok 16 227 km sieci dostępowej i sieci szkieletowej oraz posiadanie miejskiej infrastruktury światłowodowej w 44 największych miastach Polski, a także 30 węzłów ethernetowych z szybkością transferu 10Gb i 150 węzłów ethernetowych z szybkością transferu 1Gb, która pozwala na oferowanie atrakcyjniejszej ceny w porównaniu do innych operatorów. Wykonawca wyjaśnił ponadto, że posiada możliwość nabywania urządzeń na rynku po cenach niedostępnych dla klientów rynku detalicznego oraz większości operatorów telekomunikacyjnych. Wskazał, że istotne znaczenie ma również nabycie przez Netia S.A. lokalnych i ogólnokrajowych operatorów (w tym Crowley oraz Telefonia Dialog), co skutkuje stałym zwiększaniem zasięgu sieci Spółki. Ponadto, Spółka posiada ponad 700 węzłów LLU. Zdaniem wykonawcy, dzięki regulowanemu dostępowi do sieci TP S.A. oraz własnej sieci, Netia ma obecnie najsilniejszą pozycję na rynku usług telekomunikacyjnych. Wykonawca posiada także własne zasoby osobowe, w postaci doświadczonej kadry specjalistów. Do sprzyjających warunków realizacji zamówienia wykonawca zaliczył okoliczność, że zdecydowana większość lokalizacji zamawiającego znajduje się w miejscach będących w zasięgu sieci dostępowej Netii. Nadto pojemność sieci Netii pozwala na zaoferowanie usług o parametrach wymaganych przez zamawiającego bez dokonywania nadmiernych nakładów finansowych na rozbudowę sieci. Wykonawca wskazał dodatkowo, że publikowane wyniki finansowe Spółki jednoznacznie obrazują, że Spółka utrzymuje wysoką marżowość i rentowość prowadzonej działalności.

Powyższe informacje, w szczególności w zakresie posiadanej infrastruktury i sposobu realizacji przedmiotu zamówienia zostały uszczegółowione i skonkretyzowane w części złożonych wyjaśnień, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, Izba zważyła, co następuje.

Na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający obowiązany jest w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócić się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, co do której postawiono zarzut ceny rażąco niskiej. Wskazać należy, że przepis ten dotyczy ceny podanej w ofercie, bez względu na to, czy jest ryczałtowa, czy kosztorysowa, gdyż niezależnie od rodzaju, cena oferty powinna być ustalona w sposób rzetelny i gwarantujący prawidłowe wykonanie zamówienia.

Przepis art. 90 ust. 2 Pzp zobowiązuje zamawiającego do oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, z uwzględnieniem obiektywnych czynników uzasadniających poziom zaoferowanej ceny. Jednocześnie, aby zamawiający mógł stwierdzić, że cena oferty jest rażąco niska (art. 90 ust. 3 Pzp), fakt ten musi znaleźć potwierdzenie w złożonych wyjaśnieniach (ewentualnie, gdy wykonawca w ogóle nie złoży wyjaśnień).

Odnosząc powyższe do sytuacji w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że złożone wyjaśnienia zawierają informacje dotyczące okoliczności obiektywnych mających niewątpliwie istotne znaczenie dla wysokości zaoferowanej ceny. W szczególności tak istotny czynnik, jak konieczne nakłady finansowe (inwestycyjne) związane z realizacją przedmiotu zamówienia, stanowi element mający znaczny wpływ na wysokość ceny oferty. Dla kalkulacji ceny oferty istotne znaczenie ma również oferowane rozwiązanie w zakresie sposobu realizacji, które wykonawca zamierza wykorzystać w celu realizacji przedmiotu zamówienia, a które jest ściśle związane z wysokością planowanych nakładów finansowych. W ocenie Izby złożone przez Netia S.A. wyjaśnienia, w szczególności w kontekście argumentacji przedstawionej w odwołaniu oraz biorąc pod uwagę różnicę ceny oferty Netii w stosunku do ceny kolejnej oferty (oferty odwołującego), której (ok. 7-8 %) nie można uznać za „rażącą”, wyjaśniają wątpliwości, które można było powziąć w oparciu o zarzuty odwołującego (sygn. akt KIO 177/13). Wyjaśnienia są rzeczowe i wiarygodne, odnoszą się do zakresu i treści wezwania zamawiającego, a tym samym nie dają podstaw zamawiającemu do uznania, że cena oferty jest rażąco niska. W tych okolicznościach należało uznać, że ocena ww. wyjaśnień przez zamawiającego została dokonana prawidłowo, zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 i 3 Pzp.

Podkreślić należy także, że okoliczności wskazane w wyjaśnieniach zostały potwierdzone przez przystępującego na rozprawie. Wykonawca przedstawił dowody (zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa) na poparcie złożonych wyjaśnień, w tym na okoliczność posiadanej infrastruktury, której wykorzystanie wpłynie

w istotny sposób na obniżenie nakładów finansowych, jak również na okoliczność wysokości kosztów dzierżawy łączy.

W orzecznictwie utrwalił się pogląd, że klasyfikując ofertę, jako ofertę z rażąco niską ceną, należy wziąć pod uwagę takie okoliczności jak:

- 1) wyraźne przekroczenie dolnego progu cen na zamówienie tego samego rodzaju;
- 2) znaczne dysproporcje w stosunku do:
 - a) wartości całego przedmiotu zamówienia,
 - b) wysokości cen rynkowych,
 - c) cen przedstawionych w ofertach innych wykonawców;
- 3) oczywisty brak ekwiwalentności w stosunku do przedmiotu zamówienia sugerujący wykonanie zamówienia poniżej kosztów wytworzenia.

Za ofertę z rażąco niską ceną można uznać zatem ofertę z ceną niewiarygodną, znacząco odbiegającą od cen przyjętych na rynku, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów realizacji usługi. Wg definicji słownikowej „rażący” - to dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. A zatem oferta podlega odrzuceniu o ile zawiera cenę wyraźnie i w oczywisty, bezsporny sposób zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy.

Odwołujący kwestionował cenę oferty złożonej przez Netia S.A. w szczególności w zakresie przesłanki określonej w pkt 3 powyżej, tj. ekwiwalentności ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący przyznał bowiem, że sama różnica w cenie, w grupie czterech złożonych ofert nie jest na tyle istotna, aby można było mówić o rażącej różnicy. Odwołujący przedstawił natomiast wywód w odwołaniu i podczas rozprawy na okoliczność kalkulacji kosztów w oparciu o ofertę Netii. Kalkulacja przedstawiona przez odwołującego została oparta na hipotetycznych założeniach odwołującego. Założenia te nie znalazły jednak potwierdzenia w toku rozprawy - w zgromadzonym materiale dowodowym.

Założenie przyjęte przez odwołującego, że Netia S.A. nie świadczy usług telekomunikacyjnych w lokalizacjach zamawiającego, a zatem nie posiada w tych lokalizacjach niezbędnej infrastruktury, nie potwierdziło się w świetle dowodów złożonych na rozprawie przez przystępującego. Przyjęty też przez odwołującego do kalkulacji wariant realizacji usługi jako najkorzystniejszy cenowo, nie znajduje potwierdzenia w odniesieniu do wykonawcy Netia S.A., który zamierza zrealizować zamówienie według odmiennej koncepcji niż przyjęta przez odwołującego. Jak wyjaśnił przystępujący rzeczywiste koszty, konieczne do poniesienia w celu realizacji przedmiotu zamówienia, w przypadku wykonawcy Netia S.A. są inne niż koszty przyjęte do wyliczeń opracowanych przez odwołującego. Przykładowo należy wskazać, że koszty opłat za dzierżawę kanalizacji kablowej, wskazywane przez odwołującego nie znalazły potwierdzenia w świetle oferty cenowej przedstawionej przez

przystępującego w tym zakresie. Nie potwierdziły się także koszty dotyczące łączy zapasowych wskazywane przez odwołującego.

Przedstawione w odwołaniu zestawienie podstawowych kosztów uruchomienia i świadczenia usługi jest jedynie hipotetyczne, nie znajdujące faktycznego potwierdzenia w odniesieniu do wykonawcy Netia S.A. Powyższe wyliczenia nie mogą stanowić wobec tego podstawy do stwierdzenia, że usługa będzie świadczona poniżej kosztów jej wytworzenia. Izba nie mogła zatem oprzeć rozstrzygnięcia zarzutów na tezach wskazanych przez odwołującego, których odwołujący nie udowodnił. Izba wskazuje przy tym, że zgodnie z art. 6 k.c., to na stronie wywodzącej skutki prawne z danego faktu, spoczywa ciężar jego udowodnienia. W niniejszym postępowaniu odwoławczym odwołujący zarzucał zamawiającemu działanie naruszające przepisy ustawy Pzp, zatem to odwołujący powinien tę okoliczność udowodnić, czego nie uczynił.

Wobec powyższego Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Netia S.A., jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba uznała, że w tym przypadku różnice cenowe złożonych ofert (Netia – TP S.A.) wynikają z zachowań rynkowych dotyczących konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Za niezasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 8 ust. 3, art. 87 ust. 1 w związku z art. 7 Pzp, na skutek zaniechania ujawnienia treści wyjaśnień wykonawcy Netia S.A., dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

Złożone wyjaśnienia zawierają informacje, które mogą stanowić wartość gospodarczą dla przedsiębiorstwa, prowadzącego działalność w danej branży. Odwołujący sam przyznał na rozprawie, że tego rodzaju informacje, jak dane dotyczące zasięgu infrastruktury sieci wykonawcy lub pozyskane oferty cenowe stanowią informacje objęte z reguły ochroną, jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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: