

Sygn. akt: KIO 2832/13

Sygn. akt: KIO 2837/13

WYROK

z dnia 20 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 9 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa,**

B. w dniu 9 grudnia 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) GTS Poland Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) T-Mobile Polska S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez

Centrum Informatyki Statystycznej, Al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa,

przy udziale:

A. wykonawcy **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2832/13 oraz KIO 2837/13 po stronie zamawiającego,

B. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) GTS Poland Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) T-Mobile Polska S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2832/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje **Centrum Informatyki Statystycznej w Warszawie** unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i zwrócenie się do NETII SA w Warszawie i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) GTS Poland

Sp. z o.o., (2) T-Mobile Polska S.A. w Warszawie o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

2. kosztami postępowania obciąża **Centrum Informatyki Statystycznej, Al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** i **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) GTS Poland Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) T-Mobile Polska S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Centrum Informatyki Statystycznej, Al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa** na rzecz **Telekomunikacji Polskiej S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania,

2.3. zasądza od **Centrum Informatyki Statystycznej, Al. Niepodległości 208, 00-925 Warszawa** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) GTS Poland Sp. z o.o. (pełnomocnik wykonawców), (2) T-Mobile Polska S.A., adres dla pełnomocnika: ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Centrum Informatyki Statystycznej w Warszawie (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na świadczenie usług operatora korporacyjnej sieci statystyki publicznej WAN-GUS.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE nr OJ 2013/S 180-311075 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 9 grudnia 2013 r. Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa (Odwołujący w postępowaniu odwoławczym KIO 2832/13) oraz wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: GTS Poland Sp. z o.o. w Warszawie i T-Mobile Polska S.A. w Warszawie (Odwołujący w postępowaniu odwoławczym KIO 2837/13) wnieśli odwołania.

KIO 2832/13

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Netia SA oraz GTS Poland sp. z o.o. do wyjaśnienia elementów oferty mający wpływ na jej cenę,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Netia SA oraz GTS sp. z o.o. jako zawierającej rażąco niską cenę,

W konsekwencji wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- (ii) wezwania Netia SA oraz GTS Poland sp. z o.o. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, z uwzględnieniem odpowiedniej szczegółowości takiego wezwania,
- (iii) odrzucenie oferty Netia SA. oraz GTS Poland sp. z o.o.

Odwołujący, uzasadniając podniesione zarzuty, wskazywał, iż w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego zostały złożone oferty z następującymi cenami:

- Netia SA - 2 549 991,62 zł brutto (2 073 163,92 zł netto),
- GTS Poland sp. z o.o. - 3 536 806,20 zł brutto (2 875 452,20 zł netto),
- Telekomunikacja Polska SA - 4 155 536,36 zł brutto (3 378 484,85 zł netto),
- Exatel SA - 4 562 504,93 zł brutto (4 305 600,00 zł netto).

Zamawiający zaniechał wezwania wykonawców Netia SA oraz GTS Poland sp. z o.o. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na ich cenę, pomimo tego, że ceny te stanowią ułamek szacunkowej wartości zamówienia oraz są znacząco niższe od oferty Exatel SA.

Odwołujący podkreślał, że cena oferty TP SA nie stanowi właściwego punktu odniesienia przy ustalaniu czy zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny w ofertach Netia SA oraz GTS Poland sp. z o.o., bowiem TP SA świadczy obecnie usługi na rzecz Zamawiającego, a zatem koszt inwestycji w infrastrukturę będzie znacząco niższy niż u pozostałych wykonawców. Okoliczność, że TP SA posiada infrastrukturę niezbędną do świadczenia usług, natomiast wszyscy pozostali wykonawcy będą musieli przeprowadzić rozległe inwestycje, podnoszona była przez wszystkich uczestników postępowania, którzy w odwołaniach na treść SIWZ kwestionowali ustaloną przez zamawiającego datę rozpoczęcia świadczenia usługi.

Okolicznością niesporną według Odwołującego jest więc fakt, że TP SA dysponuje szczególnie korzystnymi warunkami realizacji zamówienia, które nie są dostępne pozostałym wykonawcom. Tym samym też, jako punkt odniesienia do porównania cen ofert Netia SA oraz GTS Poland sp. z o.o. należy raczej przyjąć szacunkową wartość zamówienia.

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

Oczywiste jest to, że na koszt świadczenia usługi objętej przedmiotowym zamówieniem wpływają przede wszystkim inwestycje infrastrukturalne niezbędne do świadczenia usługi w poszczególnych lokalizacjach Zamawiającego; przy czym kwestia zasięgu sieci nie definiuje w pełni zakresu zamówienia, gdyż równie ważnym jego aspektem jest sposób realizacji poszczególnych łączy, w tym konieczność zapewnienia dla nich wymaganych przez Zamawiającego parametrów jakościowych. Zamawiający szczegółowo określa wymagania dla łączy w poszczególnych lokalizacjach definiując nie tylko architekturę połączeń sieciowych, dopuszczalny typ łącza dostępowego, sposób jego zakończenia, ale również

parametry transmisyjne takie jak gwarancja straty pakietów, gwarancja czasów opóźnień i gwarancja parametru zmienności opóźnień.

Wymagania dotyczące świadczenia usługi, a tym samym infrastruktury niezbędnej do jej świadczenia, opisane zostały przez Zamawiającego w rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pt. „Opis przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji” - dalej „OPZ”. Zgodnie z pkt 17 OPZ, w brzmieniu ustalonym w modyfikacji z 8 października 2013 r., *„W lokalizacjach typu A,B,D (zgodnie z tabelą 1) zamawiający dopuszcza możliwość zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem technologii przewodowej, W lokalizacjach typu C (zgodnie z Tabelą 1) zamawiający dopuszcza możliwość zbudowania łączy dostępowych z wykorzystaniem technologii przewodowej lub łączy radiowych w paśmie koncesjonowanym. W lokalizacjach typu B Zamawiający dopuszcza, na okres przejściowy 6 miesięcy od dnia przeprowadzenia testów odbiorczych, realizację połączenia przy pomocy łączy radiowych w paśmie koncesjonowanych.”*. Ponadto dla lokalizacji D Zamawiający wymaga zbudowania oprócz łączy podstawowych, także łączy zapasowych, które spełniać będą wymagania określone dla łączy podstawowych, co więcej w myśl pkt 16 OPZ w lokalizacjach kategorii D łączy zapasowe i podstawowe muszą przebiegać rozłącznymi trasami.

Powyższe oznacza w ocenie Odwołującego, że łączy dostępowe dla lokalizacji A, B, D, wybudowane będą z wykorzystaniem kosztownego przewodowego medium transmisyjnego, natomiast łączy kategorii C w technologii przewodowej lub radiowej w paśmie koncesjonowanym.

Na wysoki koszt świadczenia usługi wpływają także wymagania dotyczące przepustowości łączy, odpowiednio dla poszczególnych kategorii łączy: A - 200 Mbps, B 20 Mbps, C-10 Mbps, D- 70 Mbps (pkt 33 OPZ). Parametry te znacznie przewyższają wartości wymagane zwykle w innych sieciach zamawianych w reżimie zamówień publicznych. Istotne jest także, że Zamawiający zastrzegł możliwość podwyższenie tych parametrów o 100% (§ 1 wzoru umowy).

Oprócz samego zestawienia łączy, niezbędne jest także dostawa i instalacja:

- 1) 51 routerów CPE wraz z niezbędnym okablowaniem, osprzętem i oprogramowaniem umożliwiającym realizowanie założonych funkcjonalności. Zamawiający wymaga, aby na dostarczonych routerach była możliwa realizacja aktualnych funkcjonalności, w szczególności, aby były możliwe: routing EIGRP, szyfrowanie, implementacja QOS;
 - 2) 72 routerów CE umożliwiających świadczenie usługi MPLS z wymaganymi przez Zamawiającego parametrami;
 - 3) narzędzia do monitorowania, pozwalające na zdalne testowanie działania połączeń.
- Dodatkowo, udostępnić aplikację dostępną przez www dla min. 20 osób jednocześnie.

Przy tak sformułowanych wymaganiach dotyczących świadczonej usługi, samo przygotowanie niezbędnej infrastruktury zdaniem Odwołującego przewyższy przychody cenę zaoferowaną przez Netia SA oraz GTS Poland sp. z o.o.

Odwołujący podkreślał, że na koszty świadczenia usługi sieci WAN oprócz kosztów związanych z czynnościami przygotowawczymi, składają się także koszty:

4) świadczenia usługi, rozumiane głównie jako koszty związane z dostarczaniem usługi i serwisowaniem infrastruktury technicznej zbudowanej na potrzeby sieci WAN. Zgodnie z OPZ wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia obsługi serwisowej urządzeń CPE i CE, zmiany konfiguracji routerów, a także usługi serwisowania łączy.

5) ryzyk związanych z realizacją umowy, rozumiane jako koszty wynikające z potencjalnych kar ponoszonych przez Wykonawcę za nieterminowe uruchomienie usług będących przedmiotem zamówienia oraz za przerwy w świadczeniu tych usług w trakcie trwania umowy. Koszty tych ryzyk powinny zostać zdiagnozowane przed podjęciem się realizacji każdego przedsięwzięcia na podstawie wnikliwej analizy jego wykonalności w ramach danej organizacji, a w przypadku zdiagnozowania elementów, których wykonanie w odpowiednim standardzie lub terminie może być trudne do spełnienia, konieczne jest znalezienie odpowiednich rozwiązań technicznych i organizacyjnych zapewniających wykonalność projektu.

Odwołujący w odwołaniu przedstawił zestawienie cen z podobnych – jego zdaniem - postępowań, co miało obrazować poziom cen i wykazać, że dysproporcje w cenach ofert i szacunkowej wartości zamówienia, takie jak w niniejszym postępowaniu, stanowią wystarczającą podstawę do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego, w zaistniałych okolicznościach sprawy zasadne jest skierowanie przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy do wykonawców Netia SA oraz GTS Poland sp. z o.o. w przedmiocie wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Z uwagi na przedmiot zamówienia, w tym jego zakres i stopień skomplikowania, wezwanie takie winno określać odpowiedni sposób szczegółowości żądanych wyjaśnień, w tym co najmniej:

1) żądanie określenia cen / kosztów poszczególnych elementów usług składających się na przedmiot zamówienia, tj.:

a) koszt wybudowania łączy podstawowych i zapasowych,

b) koszt przygotowania infrastruktury łączy dla zapewniania określonej

przepustowości poszczególnych łącz, w tym również zagwarantowania możliwości podwyższenia parametrów przepustowości w sposób żądany przez Zamawiającego,

c) koszt dostawy i instalacji routerów CPE i CE,

d) koszt dostawy i instalacji narzędzi do monitorowania,

2) uzasadnienie dla podanych cen / kosztów poszczególnych usług składających się na przedmiot zamówienia, w tym:

a) wskazanie zastosowanej technologii wykonania łączu odpowiedniej z uwagi na podane koszty,

b) określenie rodzaju, parametrów, czy również typu i producenta dostarczanych i instalowanych routerów CPE i CE,

c) określenie rodzaju i parametrów oferowanych narzędzi do monitorowania,

3) wskazanie na sposób zarządzania i wyceny (ujęcia w kosztach) wszelkich ryzyk związanych z realizacją przedmiotu zamówienia.

KIO 2837/13

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Netia S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji naruszenie art.

- 89 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Netia, pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

- art. 7 ust. 1 i 3 Prawa zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy.

W konsekwencji Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;

- wezwania Netia do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w przypadku nie złożenia wyjaśnień lub gdy złożone wyjaśnienia wraz z dostarczonymi dowodami będą potwierdzać, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia - odrzucenia oferty Netia;

- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podniesione przez siebie zarzuty uzasadniał w następujący sposób:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia, prowadzonym przez Zamawiającego, oferty złożyło 4 wykonawców:

- Netia: 2 549 991,62 zł brutto;

- Odwołujący: 3 536 806,20 zł brutto;

- Telekomunikacja Polska S.A.: 4 155 536,36 zł brutto;

- Exatel S.A.: 4 562 504,93 zł brutto.

Tym samym cena zaoferowana przez Netia znacząco odbiega od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, w tym Odwołującego, które to ceny są cenami rynkowymi. Od ceny zaoferowanej przez Odwołującego o prawie 1 000 000,00 złotych, natomiast od ceny zaoferowanej przez Telekomunikację Polską S.A. i Exatel S.A. o ponad 1 500 000,00 złotych. Czyli różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Netia a cenami pozostałych wykonawców (ceną rynkową) wynosi kilkadziesiąt procent. Tak znacząca dysproporcja między ceną zaoferowaną przez Netia, a cenami pozostałych 3 wykonawców wskazuje wyraźnie na nierynkowość i nierzeczywistość zaoferowanej ceny. Cena niższa o około 1-2 miliony złotych wymagałaby zaistnienia szczególnych okoliczności pozwalających Netia nie tylko na pokrycie wszystkich kosztów świadczenia usługi, ale również zapewnienie pewnego poziomu zysku.

Odwołujący wskazywał, iż w przedmiotowym postępowaniu cena Netia jest ceną rażąco niską, bowiem po uwzględnieniu szeregu obiektywnych i koniecznych do poniesienia przez tego wykonawcę kosztów, ich poziom przewyższa zaoferowaną przez Netia cenę. Odwołujący zaznacza, iż nie może być wystarczające ogólnikowe powoływanie się na posiadane doświadczenie i dotychczas dokonane inwestycje.

Podnosił, że zgodnie z rozdziałem II SIWZ Opis przedmiotu zamówienia Wykonawca będzie świadczył usługę transmisji danych IP VPN / MPLS w oparciu o standard RFC 2547 BGP/MPLS na bazie:

- a) własnych lub pozyskanych łączy dostępowych bez punktu styku z siecią Internet na całej długości;
- b) urządzeń CE i CPE zainstalowanych w miejscach wskazanych przez Zamawiającego;
- c) sieci szkieletowej MPLS Wykonawcy,

Ponadto Odwołujący zauważał, iż z argumentacji formułowanej przez Netię w dotychczasowych postępowaniach odwoławczych wynika, że Netia w swoich kalkulacjach za najtańszy dostęp przyjmuje dzierżawę łącz od TP S.A. Operatorzy alternatywni mogą dzierżawić łącza od TP S.A. na bazie następujących usług regulowanych: BSA, LLU, RLLO.

Najwyższa przepływność łącza symetrycznego jakie można zestawić na bazie BSA to 4Mbps. Jako, że Zamawiający oczekuje przepływności nie mniejszych niż 10Mbps symetrycznie, z umowy BSA skorzystać nie można. LLU pozwala na zestawienie łącz symetrycznych o przepływności 10Mbps, jednak ze względu na ograniczenia technologiczne praktyczne wykorzystanie tej usługi nie jest możliwe dla tak dużych przepływności symetrycznych. Ograniczenia wynikają z tego, że w usłudze LLU łącza zestawiane są po kablu miedzianym. Uruchomienie przepływności symetrycznej 10Mbps na kablu miedzianym możliwe jest na bardzo krótkich odcinkach (znacznie krótszych od 1km), co w praktyce wyklucza tę usługę dla tak dużych przepływności i nie jest stosowane nawet przez TP/Orange. Zgodnie z umową RLLO, którą TP S.A. zawiera ze wszystkimi Wykonawcami, koszt najtańszego łącza o przepływności 10Mbps wynosi:

- Opłata instalacyjna: 2558 PLN
- Opłata abonamentowa za łącze: 1483 PLN
- Przy kontrakcie o długości 44 miesięcy, opłaty te dają wartość: 65 252 PLN.
- Dla 70 łącz wymaganych w postępowaniu daje to łączną wartość: 4 567 640 PLN.

Ponadto, w lokalizacjach, w których zestawienie łącz w oparciu o infrastrukturę TP nie byłoby możliwe, Netia musiałaby skorzystać z zasobów innych operatorów telekomunikacyjnych lub zasobów własnych, ponosząc koszty co najmniej 1,5 razy wyższe od przedstawionych powyżej.

Konsorcjum GTS i T-mobile kalkulując cenę wzięło pod uwagę zasoby obu wykonawców i dzięki synergii obu potencjałów było w stanie osiągnąć cenę nieznacznie niższą od oferty Telekomunikacji Polskiej S.A., czyli operatora który świadczy aktualnie usługę dla Zamawiającego. Tym samym za zaoferowaniem przez Odwołującego ceny niższej niż cena zaoferowana przez TP S.A. są obiektywne czynniki właściwe tylko temu wykonawcy. Natomiast za zaoferowaniem przez Netia tak niskiej ceny nie przemawiają żadne obiektywne czynniki, co jednoznacznie wskazuje na nierynkowość i nie rzeczywistość zaoferowanej przez Netia ceny.

W lokalizacjach, w których zestawienie łącz w oparciu o infrastrukturę TP nie będzie możliwe, Netia będzie musiała skorzystać z zasobów innych operatorów telekomunikacyjnych lub zasobów własnych, ponosząc koszty co najmniej 1,5 razy wyższe od przedstawionych powyżej,

Znaczne wątpliwości budzi również fakt, że w innych postępowaniach o zbliżonym zakresie przedmiotu zamówienia średnia cena oferowana przez Netia za świadczenie usług dla lokalizacji była znacznie wyższa od tej oferowanej w przedmiotowym postępowaniu.

Podana w Formularzu cenowym Netia łączna miesięczna cena brutto dla lokalizacji w tym

postępowaniu wynosi 621, 15 zł dla lokalizacji typu C i 986,46 dla lokalizacji typu B. W przypadku lokalizacji typu A cena Netia wynosi 3075 zł dla zarówno dla łącza podstawowego jak i zapasowego, zaś dla lokalizacji typu D 1 898, 12 zł.

| Klient | Operator | Wartość kontraktu netto | Liczba lokalizacji | Długość kontraktu | Średnia cena | % |
|---------------------|-------------|-------------------------|--------------------|-------------------|---------------|-----|
| KGSG | TP | 7 940 040,00 | 190 | 60 | 696,49 | o% |
| | | | GTS & T-mobile | | 13 935 537,56 | 190 |
| | | | Exatel | | 14 353 930,00 | 190 |
| | | | Netia & Emitel | | 14 868 000,00 | 190 |
| Ministerstwo | TP | 37 500 000,00 | 719 | 60 | 869,26 | o% |
| | | | Exatel&Netia | | 41 138 000,00 | 719 |
| | | | GTS&Tmobile | | 44 947 000,00 | 719 |
| AriMR | TP & Exatel | 14 454 924,74 | 340 | 48 | 885,72 | o% |
| | | | TK Telekom | | 14 879 555,00 | 340 |
| | | | Netia | | 22 109 363,00 | 340 |
| ARR | Netia | 696 878,00 | 18 | 36 | 1 075,43 | o% |
| | | | Exatel | | 733 200,00 | 18 |
| | | | GTS | | 769 500,00 | 18 |
| | | | TP | | 1 182 900,00 | 18 |

Jak już wyżej wskazywano, cena Netia odbiega od ofert złożonych przez pozostałych Wykonawców o ponad 1 - 1,5 mln zł. Powyższa okoliczność stanowi wystarczającą podstawę do uznania przez Zamawiającego zaistnienia przesłanek do zastosowania art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych i wezwania Netia do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Tymczasem, Zamawiający zaniechał dokonania powyższej czynności. Zaniedbanie przez Zamawiającego obowiązki wyjaśnienia okoliczności, które powinny budzić jego wątpliwość co do rzetelności i prawidłowości przygotowania oferty i kalkulacji ceny stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i ust. 2 Prawa zamówień publicznych, zobowiązującego Zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu.

Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Następnie, Zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień w sposób określony w art. 90 ust. 2 ustawy tj. biorąc pod uwagę 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. Wreszcie w świetle art. 90 ust. 3 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie zatem z dyspozycją art. 90 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający powinien w niniejszym postępowaniu o dzielenie zamówienia zrealizować wobec Netia trzy obowiązki:

- a. wezwania do złożenia wyjaśnień;
- b. oceny złożonych wyjaśnień;
- c. odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniach. Na rozprawie wskazywał, że ustawa daje mu możliwość, aby zwrócił się do wykonawców w sprawie wyjaśnienia ceny, jednak jest to uzasadnione tylko wówczas, kiedy ma rzeczywiste wątpliwości, czy za zaoferowaną cenę można wykonać zamówienie. W tym przypadku nie wątpił, że za zaoferowane ceny można wykonać usługę, są one na podobnym poziomie, a sam fakt, że poziom ten odbiega od wartości szacunkowej, nie może przesądzać o fakcie rażąco niskiej ceny. Wyjaśniał, że jako podstawę kalkulacji wartości szacunkowej przyjął ofertę TP S.A. sprzed 4 lat, dlatego miał świadomość, że ceny zaoferowane w postępowaniu mogą się różnić od szacunków, ponieważ kilka lat temu TP S.A. miała swoisty monopol naturalny, obecnie rynek jest otwarty i usługi tego rodzaju tanieją. Gdyby różnica między wartością szacunkową a poziomem cen zaoferowanych, przesądzała o rażąco niskiej cenie, to musiałby badać wszystkie ceny zaoferowane w tym postępowaniu.

Przywoływał orzeczenie KIO 1007/13, 1050 i 1054/13 i 2118/13.

Zauważał, że obaj Odwołujący wskazują na poziom cen z oferty ramowej, ale usługa może być realizowana w inny sposób. Cena łączny oferowanych przez TP S.A. nie może

determinować ceny oferowanej przez innych wykonawców chociażby dlatego, że oprócz trzech możliwości wykonania łączy opisanych przez TP S.A., można wykorzystać czwartą możliwość, czyli swoje własne łącza. Wskazuje, że każdy z wykonawców w mniejszym lub większym zakresie posiada własne łącza – w tym wypadku np. Netia w wielu lokalizacjach ma własne łącza – światłowody. Zauważa również, że w okresie półrocznym po zawarciu umowy dopuszcza łącza radiowe we wszystkich lokalizacjach, a w niektórych również po tym terminie.

Wskazywał ponadto, że w innych przetargach o większym skomplikowaniu przedmiotu zamówienia oferowano ceny adekwatne do zaoferowanych w niniejszym postępowaniu.

Oświadczał, że we własnym zakresie, zarówno po wpłynięciu ofert, a także później, po wpłynięciu odwołań, analizował ceny zaoferowane w postępowaniu i właśnie porównanie z innym przetargami, a również argumentacja Odwołujących, w szczególności tabela w odwołaniu konsorcjum GTS przekonała go, że zaoferowane ceny są rynkowe i można za nie wykonać zamówienie. Podnosił, że w postępowaniu prowadzonym przez ARiMR i Komendę Główną Straży Granicznej (obie pozycje z tabeli z odwołania konsorcjum GTS) poziom skomplikowania był znacznie wyższy, niż w niniejszym postępowaniu, a ceny zaoferowane na podobnym poziomie – przyjmując średnia cenę lokalizacji jest to 828 zł brutto (673 zł netto) w ofercie Netii. Po uwadze obu Odwołujących, że w tabeli podano ceny netto Zamawiający wskazywał, że nie zmienia to jego argumentacji, ponieważ, jego zdaniem, przedmiot zamówienia we wskazanych pozycjach tabeli był bardziej skomplikowany, a przez to droższy.

Podnosił, że, gdyby przyjąć kalkulację z odwołania konsorcjum GTS, z której wynika, że minimalna cena za realizację zamówienia to 4 mln zł, wówczas wszystkie zaoferowane ceny w postępowaniu byłyby rażąco niskie, tzn. nie dałoby się za taką cenę wykonać zamówienia.

Wyjaśniał również, iż Netia w odwołaniu uprzednio złożonym na treść SIWZ wносиła o rozpoczęcie realizacji świadczenia usługi drogą radiową, ponieważ zależało jej, jak i innym wykonawcom, na uzyskaniu prolongaty możliwości realizacji zamówienia za pomocą łączy wybudowanych. Badanie zatem, czy sieć obecnie istnieje czy nie, jest jego zdaniem bezprzedmiotowe. W ramach przedmiotu zamówienia jest 16 głównych lokalizacji z łączami światłowodowymi. Pozostałe 52 lokalizacje mogą być obsługiwane drogą radiową. W ocenie Zamawiającego oferta ramowa TP S.A. nie może być przesadzającym punktem odniesienia, ponieważ z jego wiedzy wynika, że w wielu lokalizacjach występuje wielość operatorów, dlatego cena dzierżawy ustalona przez TP S.A. nie przekłada się wprost na cenę oferty.

Rzeczywiście w przywołanych przez konsorcjum GTS postępowaniach przepustowość jest mniejsza w niektórych przypadkach, ale czy przepustowość wynosi 10 czy 15 Mb nie ma to znaczenia. Rynek jest dynamiczny, a ceny coraz niższe.

W jego ocenie Netia jest w stanie wykonać zamówienie. Samo arytmetyczne porównanie zaofertowanych cen nie uprawnia do wniosku przeciwnego, a w obu odwołaniach nie znalazł argumentu, że za cenę zaofertowaną przez Netia nie da się wykonać zamówienia.

W konsekwencji wnosił o oddalenie obu odwołań.

Do postępowań odwoławczych skutecznie przystąpili:

- NETIA S.A. w Warszawie (KIO 2832/13 oraz KIO2837/13) po stronie Zamawiającego,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) GTS Poland Sp. z o.o. w Warszawie, (2) T-Mobile Polska S.A. w Warszawie (KIO 2832/13) po stronie zamawiającego,

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Obu Odwołującym przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem mają interes w uzyskaniu danego zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez nich zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert zgodnie z postulatami podniesionymi w odwołaniach, wówczas Odwołujący mieliby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: oba odwołania muszą zostać uwzględnione.

Izba ustaliła, co następuje:

Różnice pomiędzy cenami zaofertowanymi w postępowaniu, oraz różnice pomiędzy cenami ofert Netia i Konsorcjum GTS a wartością szacunkową zamówienia, były bezsporne. Sporne było jedynie, czy różnice te zobowiązują Zamawiającego do wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Następnie Zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień w sposób określony w art. 90 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, tj. biorąc pod uwagę 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. Po przeprowadzeniu oceny, zgodnie z art. 90 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W niniejszym postępowaniu, wobec braku przedstawienia dowodów, Izba oparła się wyłącznie na stanowiskach Stron. O ile, po zapoznaniu się z treścią odwołań, w ślad za argumentacją tamże przedstawioną, można uznać za uprawdopodobnione uzasadnienie wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny wykonawców Netia SA i Konsorcjum GTS (przemawia za tym ogólne przedstawienie kosztów, jakie należy ponieść w celu realizacji zamówienia), to ani Zamawiający, ani przystępująca po jego stronie Netia SA, nie wykazali się żadną inicjatywą dowodową. Rzeczywiście rację miał Zamawiający, że same różnice pomiędzy zaoferowanymi cenami, i różnice pomiędzy cenami a wartością szacunkową nie muszą determinować obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Jednak Zamawiający musi brać pod uwagę całokształt okoliczności, w których złożono oferty – podstawę szacowania wartości zamówienia, różnice między cenami z uwzględnieniem rzędu ich wielkości i możliwości wykonawców. Wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu są znani Zamawiającemu – czemu sam Zamawiający nie zaprzeczał, a nawet podnosił, że swego czasu Telekomunikacja Polska SA miała swoisty monopol naturalny na świadczenie usług podobnych do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że pozycja TP SA jest historycznie uprzywilejowana – co upływ czasu mógł zniwelować, jednak ani Zamawiający, ani Netia nie wykazali, ani nawet nie uprawdopodobnili (w zasadzie nie polemizowali oni nawet z ogólnymi wyliczeniami, zawartymi w obu odwołaniach), że to nastąpiło. Argumentacja Zamawiającego jest niespójna – jako możliwość nieuwzględnioną w odwołaniach wskazywał on bowiem możliwość wybudowania własnych łączy: w ocenie Izby (która to ocena wydaje się zgodna z powszechnym doświadczeniem) budowa własnych łączy z reguły będzie droższa, niż wykorzystanie łączy już istniejących.

Zamawiający podnosił, że oszacował wartość zamówienia (na kwotę 14 634 146,34 zł – pkt 2.2 druku ZP-PN) na podstawie oferty TP SA sprzed czterech lat (jednak nie wynika to z protokołu postępowania), stąd nie zdziwiły go ceny zaoferowane w postępowaniu; na

realizację zamówienia przeznaczył kwotę 12 000 000 zł (zgodnie z protokołem z otwarcia ofert, okazanym Izbie na rozprawie). Faktycznie zatem różnice pomiędzy cenami zaoferowanymi w postępowaniu a wartością szacunkową były ogromne (Netia SA - 2 549 991,62 zł, Konsorcjum GTS Poland sp. z o.o. – 3 536 806,20 zł, Telekomunikacja Polska SA - 4 155 536,36 zł, Exatel SA - 4 562 504,93 zł). Albo więc Zamawiający błędnie oszacował wartość zamówienia, albo wszystkie złożone ceny należałoby wyjaśnić, a jeżeli nie wszystkie – to pierwsze dwie w kolejności, których dotyczą odwołania. Nie można ceny zaoferowanej przez Telekomunikację Polską SA traktować jako bezwzględny punkt odniesienia, pokazujący poziom ceny możliwej – jednak wobec braku jakiegokolwiek argumentacji pozwalającej na uprawdopodobnienie zaoferowanych cen, Izba uznała, że właściwe będzie wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych obu wykonawców, których dotyczą odwołania. Przemawia za tym nie tylko różnica pomiędzy zaoferowanymi cenami, a wartością szacunkową – ale przede wszystkim, różnice pomiędzy zaoferowanymi cenami.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.
Na podstawie art. 192 ust. 8 Prawa zamówień publicznych wydano orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 [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:

.....