

Sygn. akt: KIO/UZP 1121/08

WYROK
z dnia 29 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Izabela Niedziałek
Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Ministerstwo Finansów, ul. Świętokrzyska 12, 00-916 Warszawa** protestu z dnia 18 września 2008 r.

przy udziale wykonawcy **NETIA S.A., ul. Poleczki 13, 02-822 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa,**

- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **EXATEL S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Ministerstwo Finansów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego, którego przedmiotem jest świadczenie usług transmisji danych dla użytkowników w sieci rozległej WAN SIMIK – NET.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą pzp”.

Ogłoszenie o postępowaniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 października 2007 roku, pod numerem 2007/S 208 - 252942.

W dniu 11 września 2008 roku Zamawiający poinformował wykonawców, biorących udział w postępowaniu o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Netia S.A.

Czynność ta stała się przedmiotem protestu złożonego w dniu 18 września 2008 roku przez Exatel S.A. – zwanego dalej Odwołującym.

Odwołujący, wskazując na naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy pzp, zarzucił Zamawiającemu zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców: Netia S.A., Konsorcjum Crowley Data Poland Sp. z o.o. i ATM S.A., ComArch S.A., Telekomunikację Polską S.A. oraz wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów prawa.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że oferta Netia S.A. winna zostać odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Powołując się na treść wyjaśnień z dnia 1 sierpnia 2008 roku, wskazał, że Netia S.A. w formularzu ofertowym w rubryce „cena oferty” błędnie uwzględnił opłatę za przeniesienie łącza o przepustowości 40 Mbit/s w wysokości 1,22, podczas gdy z udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi wynika wprost, że łącze 40 Mbit/s nie będzie przeniesione, a zatem w tym zakresie nie będą ponoszone żadne koszty. Zamawiający nie ma podstaw do dowolnej interpretacji treści złożonego przez Wykonawcę oświadczenia woli i nie może decydować o tym, które z oświadczeń woli są dla niego wiążące a które nie.

Odwołujący wskazał także, iż Wykonawca Netia S.A. w sposób nieprawidłowy z postanowieniami zamieszczonymi w rozdziale 6 siwz oraz wyjaśnieniami z dnia 1 sierpnia 2008 roku dokonał obliczenia łącznej ceny ofertowej. Niezgodność polega m.in. na nieprzestrzeganiu postanowienia rozdziału 6 ust. 5 siwz, który nakazywał koszt zestawienia i uruchomienia łącza (związane z wykonaniem i dostarczeniem projektu, harmonogramu, opisu zapewnienia bezpieczeństwa, dokumentacji powykonawczej, dostarczenie stacji i udostępnienie stacji wraz z prezentacją i warsztatami dla 2 osób, oraz inne potencjalne koszty nie przewidziane przez Zamawiającego) wliczyć w opłatę instalacyjną.

W ofercie złożonej przez Netia S.A. koszty te nie zostały wliczone w opłatę instalacyjną – bowiem opłata instalacyjna jest niższa niż wskazane ceny elementów, jakie miały być w niej ujęte. Podobnie w przypadku usługi help-desk, która miała być wliczona w miesięczną opłatę eksploatacyjną - wynosi ona 244 zł, podczas gdy jej element 17 568 zł. W ofercie nie przedstawiono żadnych dodatkowych informacji dotyczących cen wskazanych w formularzu oferty, stąd nie jest możliwe rozumienie ich inaczej jak przez pryzmat postanowień siwz.

W dalszej kolejności Odwołujący podniósł, że z treści oferty złożonej przez Netia S.A. nie wynika czy zaproponowana cena ofertowa oraz ceny jednostkowe są ceną netto czy też ceną brutto. Biorąc pod uwagę postanowienia § 5 ust. 5 wzoru umowy, gdzie Zamawiający zamieścił tabelę, którą przed podpisaniem umowy należy uzupełnić o ceny jednostkowe usług objęte przedmiotem zamówienia a dopiero ustanowione ceny jednostkowe będą powiększone o należny podatek VAT oraz postanowienie rozdziału 6 siwz, gdzie Zamawiający wymaga, aby cena uwzględniała wszelkie koszty, w tym opłaty celne, podatkowe, obejmujące podatek VAT oraz podatek akcyzowy, Odwołujący wywodzi, że skoro Netia S.A. w formularzu ofertowym nie określiła czy zaproponowana cena jest ceną netto czy brutto, to mając na uwadze wskazane wyżej postanowienia, Zamawiający powinien uznać, iż oferowane przez Netia S.A. ceny jednostkowe usług objętych przedmiotem umowy są cenami netto a dopiero tak określone w umowie ceny zostaną powiększone o należny podatek od towarów i usług VAT, co jest niezgodne z postanowieniami siwz i w konsekwencji winno skutkować odrzuceniem oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Odwołujący podniósł identyczne zarzuty w odniesieniu do ofert złożonych przez: Konsorcjum Crowley Data Poland Sp. z o.o. i ATM S.A. oraz ComArch S.A. i Telekomunikację Polską S.A. W stosunku do oferty Netia S.A. wskazał dodatkowo, że wyliczona przez Konsorcjum na podstawie cen jednostkowych cena wynosi 4 888 028, 82 zł, zaś wskazana w ofercie wynosi 4 888 027,60 zł.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 22 września 2008 roku, Wykonawca Netia S.A. (w dniu 25 września 2008 roku), ComArch S.A. (w dniu 25 września 2008 roku) oraz Konsorcjum Crowley Data Poland S.A. (w dniu 25 września 2008 roku) zgłosili swoje przystąpienie do postępowania protestacyjnego, wykazując swój interes prawny i wnosząc o oddalenie protestu w zakresie zarzutów dotyczących złożonych przez nich ofert.

Przystępujący Netia S.A. wskazał, że w obliczeniu ceny łącznej oferty nie wliczono, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego kosztów za przeniesienie łącza 40 Mbit/s i podniósł, że należy odróżnić czynność uwzględnienia w cenie łącznej oferty kwoty 1,22 od czynności polegającej na wypełnieniu formularza ofertowego. Podanie przez Wykonawcę informacji dodatkowej o wysokości kosztów za przeniesienie łącza nie stanowi przesłanki do odrzucenia oferty, gdyż nie jest to działanie powodujące niezgodność oferty z treścią siwz, zaś Zamawiający wprost wymagał podania takiej ceny umieszczając stosowaną rubrykę w formularzu. Na poparcie swojej argumentacji przytoczył wyrok zespołu arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niewliczenia kosztów zestawienia i uruchomienia łącza w cenę opłaty instalacyjnej oraz nieliczenia usługi help- desk w opłatę eksploatacyjną Przystępujący przywołał postanowienia rozdziału 3 pkt 3 lit. d siwz, gdzie wskazano rozłączność opłat instalacyjnych i eksploatacyjnych związanych z użytkowaniem łącza 1Mbit/s oraz 40 Mbit/s oraz opłat instalacyjnych i eksploatacyjnych ponoszonych w ramach pozostałych kosztów.

W odniesieniu do braku informacji w ofercie czy cena oferty i ceny jednostkowe są cenami netto czy brutto, Przystępujący wskazał na postanowienia rozdziału 6 pkt 4 siwz, który wymaga, aby wszelkie koszty obliczyć na podstawie cen, o których mowa w rozdziale 3 pkt 3 siwz. W ocenie Przystępującego postanowienie to ma zastosowanie zarówno do ceny oferty jak i cen jednostkowych.

Przystępujący ComArch S.A. wskazał, że jego cena oferty nie zawiera ceny za przeniesienie łącza 40 Mbit/s, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, o czym można się

przekonać dokonując obliczeń na cenach jednostkowych i porównując ich wynik z ceną łączną oferty. Zgodnie zaś z konstrukcją oferty podał cenę jednostkową za przeniesie łącza.

W odniesieniu do kolejnego zarzutu, Comarch S.A. wyjaśnił, że wliczył zgodnie z wymaganiami Zamawiającego koszty zestawienia i uruchomienia łączy w opłatę instalacyjną, zaś koszty usługi help desk w opłatę eksploatacyjną. Ceny ujęte w ofercie ComArch S.A. zawierają podatek VAT, zgodnie z definicją zamieszczoną w siwz.

W stosunku do zarzutów zgłoszonych pod adresem pozostałych ofert, Przystępujący ComArch S.A. wniósł o uwzględnienie odwołania i odrzucenie ofert złożonych przez Netia S.A., Konsorcjum Crowley Data Poland i ATM S.A.

Z ostrożności procesowej wniósł o unieważnienie postępowania, w sytuacji gdyby czynność odrzucenia ofert wynikała z zaniechania Zamawiającego polegającego na braku dokonania zmiany formularza cenowego mimo udzielonych wyjaśnień w zakresie elementów ceny oferty, jako podstawę prawną unieważnienia Przystępujący przywołał treść art. 93 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp.

Zamawiający, pismem z dnia 29 września 2008 roku protest w całości oddalił podnosząc, że z kalkulacji łącznej ceny oferty wynika, że Netia S.A. mimo wskazania w formularzu ofertowym opłaty za przeniesienie łącza 40 Mbit/s, zgodnie z zaleceniami Zamawiającego, opłaty tej nie uwzględnił w łącznej cenie oferty.

W zakresie zarzutu nieliczenia kosztów zestawienia i uruchomienia łączy w opłatę instalacyjną oraz niewliczenia usługi help-desk w opłatę eksploatacyjną, Zamawiający wyjaśnił, że w pkt 3 lit d rozdziału 3 siwz, wskazano wyraźnie na rozłączność opłat instalacyjnych i eksploatacyjnych ponoszonych w ramach pozostałych kosztów. Podział ten został zachowany zarówno w treści formularza ofertowego jak i treści wzoru umowy. Zamawiający wskazał także, iż Odwołujący wyliczył łączną cenę oferty w ten sam sposób co Wykonawca Netia S.A.

W odniesieniu do braku wskazania czy ceny w ofercie uwzględniają podatek VAT Zamawiający wskazał, że w formularzu ofertowym w rubryce „cena oferty” widnieje odniesienie od przypisu, który stanowi, że „cena oferty zgodna z definicją siwz”, zatem mając na uwadze postanowienie pkt 2 rozdziału 6 siwz nie budzi wątpliwości, jaką ceną jest cena podana w złożonych ofertach.

Zamawiający podtrzymał tę samą argumentację w stosunku zarzutów dotyczących pozostałych ofert.

Nie zgadzając się z rozstrzygnięciem protestu, Odwołujący wniósł w dniu 3 października 2008 roku odwołanie, w którym podtrzymał argumentację protestu wnosząc o:

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
3. odrzucenie ofert: Netia S.A., Konsorcjum Crowley Data Poland Sp. z o.o. oraz ATM S.A., ComArch S.A., Telekomunikację Polską S.A.;
4. uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego swój udział w postępowaniu odwoławczym zgłosili: Netia S.A. - pismo z dnia 9 października 2008 roku.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych przez Wykonawców.

Uwzględniając wymienione dowody oraz biorąc pod uwagę stanowiska pełnomocników stron i uczestników postępowania zgłoszone do protokołu w trakcie rozprawy Izba ustaliła co następuje:

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, który złożył ofertę i podnosi zarzuty w odniesieniu do innych ofert, które w jedynym kryterium oceny ofert uzyskały większą ilość punktów, zachowuje interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, pomimo, iż jak wynika, z wyjaśnień Zamawiającego złożonych w trakcie rozprawy, umowa w sprawie realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego została podpisana w dniu 28 października 2008 roku.

Skład orzekający, oceniając posiadanie interesu prawnego uznał, że na moment złożenia protestu Odwołujący mógł doznać uszczerbku prawnego w uzyskaniu zamówienia i że wystarczającą przesłanką do wniesienia odwołania jest wskazanie naruszenia przez Zamawiającego uregulowań prawa. Szerokie rozumienie interesu prawnego jest zgodne z postanowieniami art. 1 ust 3 dyrektywy 89/665/EWG (odpowiednio art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG) oraz orzecznictwem m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Krośnie z dnia 25 kwietnia 2006 roku (Sygn. akt I Ca, 134/ 06).

Niezależnie od powyższego, biorąc po uwagę okoliczność, że umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia została zawarta, skład orzekający Izby nie może uwzględnić żądań Odwołującego co do powtórzenia czynności badania i oceny ofert i uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do udziału w dialogu konkurencyjnym oferty złożyły według kolejności cen, która była jedynym kryterium oceny ofert Wykonawcy:

Netia S.A., Konsorcjum Crowley Data Poland Sp. z o.o. oraz ATM S.A., ComArch S.A., Telekomunikacja Polska S.A., Exatel S.A., GTS Energis Sp. z o.o.

Z uwagi na okoliczność, że zarzuty zgłoszone pod adresem wykonawców: Netia S.A., Konsorcjum Crowley Data Poland Sp. z o.o. i ATM S.A., ComArch S.A., Telekomunikacja Polska S.A, są zbieżne, skład orzekający rozpatrzył je łącznie.

W zakresie zarzutu dotyczącego ofert Wykonawców: Netia S.A., Konsorcjum Crowley Data Poland Sp. z o.o. i ATM S.A., ComArch S.A., Telekomunikacja Polska S.A i polegającego na wskazaniu opłaty za przeniesienie łącza o przepustowości 40 Mbit/s, mimo wyłączenia go z zakresu przedmiotu zamówienia, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

W piśmie z dnia 1 sierpnia 2008 roku (DI-ZI/250/128/SQM/08/728) Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 9 wyjaśnił, że w celu obliczenia łącznej ceny należy przyjąć, iż łącze 40 Mbit/s nie będzie przeniesione.

W formularzu ofertowym, stanowiącym załącznik A do siwz, Zamawiający wymagał podania łącznej ceny oferty oraz podania cen jednostkowych opłat instalacyjnych, opłaty za przeniesienie łącza i miesięcznej opłaty eksploatacyjnej odrębnie dla łącza o przepustowości 1 Mb/S oraz 40 Mb/s. Wymagał także wskazania pozostałych kosztów z wyróżnieniem: usługi „help-desk” - opłata miesięczna, wykonania projektu sieci, wykonania dokumentacji powykonawczej, przeprowadzenia szkoleń, dostarczenia do użytkownika systemu monitorowania, użytkownika systemu monitorowania. W kolumnie pierwszej wskazał, że dane te dotyczą ceny oferty z odnośnikiem, że cena oferty zgodna z definicją podaną w siwz.

W kwestionowanych ofertach złożonych przez: Netia S.A., Konsorcjum Crowley Data Poland Sp. z o.o. i ATM S.A., ComArch S.A. oraz Telekomunikacja Polska S.A, załączono wypełnione formularze ofertowe z podaniem m.in. opłaty za przeniesienie łącza o przepustowości 40 Mbit/s. Opłaty te wynoszą odpowiednio: w ofercie Netia S.A.- 1,22 zł, w ofercie Konsorcjum Crowley Data Poland - 1,22 zł, w ofercie ComArch S.A. - 2 500 zł i w ofercie Telekomunikacji - 1,22 zł.

Zamawiający przekazując informację, że do obliczenia łącznej ceny należy przyjąć, że łącze nie będzie przeniesione nie dokonywał modyfikacji treści formularza cenowego, gdzie pozostawił tabelę zawierającą m.in. pozycję „opłata za przeniesienie łącza o przepustowości 40 Mbit/s”.

W ocenie składu orzekającego Izby, podanie nie wymaganej przez Zamawiającego opłaty za przeniesienie łącza 40 Mbit/s pozostaje bez znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z postanowieniami siwz, w szczególności jeśli weźmie się pod uwagę fakt, że opłata ta nie została faktycznie ujęta przez Wykonawców w łącznej cenie ofert. Potwierdzeniem tej okoliczności jest dokonanie sumowania cen jednostkowych i pozostałych kosztów ujętych

w treści formularza cenowego, z uwzględnieniem okresu 48 miesięcy dla opłat miesięcznych za usługi eksploatacji łączy, help-desk oraz użytkowania systemu monitorowania oraz z uwzględnieniem, że liczba łączy o przepustowości 1 Mbit/s, na których będzie świadczona usługa wynosi 87, zaś liczba możliwych do przeniesienia łączy wynosi 20. Taki sposób obliczenia ceny łącznej oferty jest zgodny z wyjaśnieniami Zamawiającego, udzielonymi w dniu 1 sierpnia 2008 roku.

Samo wskazanie opłaty za przeniesienie łącza 40 Mbit/s nie stanowi o tym, że treść oferty nie odpowiada treści siwz. Zgodnie z ugruntowanym już orzecnictwem w tej materii „nieodpowiedniość” treści oferty może dotyczyć wyłącznie wymagań merytorycznych określonych w siwz i może ona zachodzić w sytuacji np. gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu co do zakresu, ilości, jakości. W zaistniałym stanie faktycznym taka okoliczność nie ma miejsca, w szczególności nie można uznać, że podanie opłaty za przeniesienie łącza o przepustowości 40 Mbit/s, co istotne nie ujętej w cenie łącznej oferty stanowi o tym, że treść oferty nie odpowiada treści siwz.

W zakresie zarzutu dotyczącego ofert Wykonawców: Netia S.A., Konsorcjum Crowley Data Poland Sp. z o.o. oraz ATM S.A., ComArch S.A., Telekomunikacja Polska S.A i polegającego na błędzie w obliczeniu ceny z powodu nieuwzględnienia postanowień rozdziału 6 ust. 5 i 6 siwz, skład orzekający ustalił i zważył:

W rozdziale 6 siwz Zamawiający zamieścił postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty, gdzie wskazał m.in.:

pkt 5. koszty zestawienia i uruchomienia łączy (związane z wykonaniem i dostarczeniem projektu, harmonogramu, opisu zapewnienia bezpieczeństwa, dokumentacji powykonawczej, dostarczenie stacji i udostępnienie stacji wraz z prezentacją i warsztatami dla 2 osób, oraz inne potencjalne koszty nie przewidziane przez Zamawiającego) muszą być wliczone w opłatę instalacyjną.

pkt 6. koszty świadczenia usługi/ usług „help- desk” w okresie trwania umowy muszą być wliczone w miesięczną opłatę eksploatacyjną.

W piśmie z dnia 24 lipca 2008 roku (DI-ZI/ 250/128/SQM/08) w odpowiedzi na pytanie jednego z uczestników postępowania Zamawiający potwierdził, że „usługa help-desk” wpisywana do oddzielnej rubryki formularza ofertowego powinna zostać uwzględniona do obliczenia łącznej ceny oferty”.

W rozdziale 3 pkt 3 d siwz Zamawiający wymagał, aby oferta zawierała ceny jednostkowe dla następujących przepustowości łączy teleinformatycznych (opłata instalacyjna, opłata za przeniesienie łącza i miesięczna opłata eksploatacyjna): 1 Mb/s, 40 Mb/s oraz wszelkie

pozostałe koszty, które Zamawiający będzie ponosił w związku z realizacją umowy (z wyszczególnieniem).

Ponadto w odpowiedziach na pytania 1-9 z dnia 1 sierpnia 2008 roku Zamawiający wskazał, że na potrzeby obliczeń ceny łącznej oferty należy przemnożyć sumę wszystkich opłat miesięcznych (eksploatacyjna, za help desk, za użytkowanie systemu monitorowania) przez 48, do obliczeń należy przyjąć, iż liczba łączy o przepustowości 1 Mbit/s, na których będzie świadczona usługa wynosi 87 oraz że do obliczeń należy przyjąć, że Zamawiający przeniesie maksymalną liczbę możliwych do przeniesienia łączy tj. 20.

Z porównania cen jednostkowych i kosztów zamieszczonych w treści kwestionowanych formularzy cenowych Odwołujący wywodzi, że usługa help - desk nie została ujęta w miesięcznej opłacie eksploatacyjnej, bowiem wysokość opłaty miesięcznej jest mniejsza od kosztu usługi help-desk np. w ofercie Netia S.A. opłata za usługę help - desk wynosi: 17 568 zł, podczas gdy opłata miesięczna eksploatacyjna dla łącza 1 Mb/s wynosi – 244 zł,

W ofercie Konsorcjum Crowley Data Poland S.A. opłata eksploatacyjna 1 Mb/s wynosi 597, 80 zł, podczas gdy koszt usługi help-desk wynosi 512, 40 zł.

W ofercie ComArch S.A. opłata eksploatacyjna 1 Mb/s wynosi 840 zł, podczas gdy koszt usługi help-desk wynosi 2 552 zł.

W ofercie Telekomunikacji Polskiej S.A. opłata eksploatacyjna 1 Mb/s wynosi 61 zł, podczas gdy koszt usługi help -desk wynosi 4 880 zł.

Podobnie na podstawie porównania kosztów poszczególnych usług i opłaty instalacyjnej, Odwołujący wywodzi, że w poszczególne koszty nie zostały wliczone w opłatę instalacyjną.

Skład orzekający zważył:

Zarówno z treści postanowień siwz, jak i z samej konstrukcji formularza ofertowego i tabeli we wzorze umowy wynika, że Zamawiający rozłącznie traktował opłaty za usługi świadczone dla łącza o przepustowości 1 Mb/s od opłat za usługi dla łącza o przepustowości 40 Mb/s.

Należy zaznaczyć, że nie ujęcie kosztu wskazanych usług w opłacie eksploatacyjnej czy instalacyjnej nie wpływa na wysokość ceny oferty, w której Wykonawcy ujęli wszelkie koszty i opłaty z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia.

Skład orzekający Izby zważył, że mimo iż Zamawiający nie wskazał w treści siwz wprost wzoru na obliczenie ceny łącznej oferty, to jednak z postanowień siwz uzupełnionych wyjaśnieniami udzielonymi w dniu 1 sierpnia 2008 roku (pytania od 1 – 9) wynika sposób, w jaki należy dokonać obliczenia łącznej ceny oferty. Zamawiający dokonując oceny ofert sprawdził poprawność obliczenia ceny łącznej przez poszczególnych Wykonawców w oparciu o postanowienia siwz i udzielone wyjaśnienia, czego dowodem jest złożona do akt w trakcie rozprawy kalkulacja cen.

Analiza kosztów i opłat zaoferowanych przez Wykonawców w formularzu cenowym skłania do twierdzenia, że łączne ceny ofert w kwestionowanych przez Odwołującego ofertach

zostały obliczone zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, a w szczególności ceny te obejmują całość realizacji przedmiotu zamówienia. Podniesiony przez Odwołującego zarzut braku uwzględnienia postanowień rozdziału 6 ust. 5 i 6 siwz, odnosi się wyłącznie do niewłaściwego zaprezentowania cen w formularzu ofertowym, co nie zmienia faktu, że cena łączna oferty została wyliczona poprawnie i obejmuje realizację całego przedmiotu zamówienia. Zatem w ocenie składu orzekającego Izby, brak wliczenia stosownych kosztów w opłaty instancyjne czy opłaty eksploatacyjne nie przesądza o niewłaściwym obliczeniu ceny oferty, tym bardziej że koszty te zostały ujęte w łącznej cenie oferty, która służyła do porównania ofert.

Zarzuty Odwołującego sprowadzają się do kwestionowania kalkulacji cen za poszczególne elementy usługi, które wchodzi w skład całej ceny oferty i można je rozpatrywać ewentualnie w kontekście naruszenia formy a nie merytorycznej treści, a takie naruszenie nie skutkuje koniecznością odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. O niezgodności treści oferty z treścią siwz można mówić w sytuacji, gdy oferta nie zapewnia realizacji całości przedmiotu zamówienia, co w zaistniałym stanie faktycznym nie ma miejsca.

Dodatkowo należy wskazać, że z uwagi na specyfikę i charakter przedmiotu zamówienia w rozpatrywanej sprawie mamy do czynienia z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia, co pozwala przyjąć, że cena została prawidłowo podana bez względu na sposób jej obliczenia (art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy pzp).

Odwołujący w trakcie rozprawy wyjaśnił, że przedstawił w treści swojej oferty dodatkową kalkulację opłat i kosztów, która była zgodna z wszystkimi wymaganiami Zamawiającego określonymi w siwz i wyjaśnieniach i jedynie jego oferta spośród wszystkich złożonych ofert pozostaje ofertą ważną.

W ocenie składu orzekającego Izby, Wykonawcy przystępujący do udziału w postępowaniu właściwie wypełnili przekazane im formularze cenowe i nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji prawnych z powodu nie załączenia dodatkowych, nie wymaganych przez Zamawiającego dokumentów czy kalkulacji cen oferty.

W odniesieniu do zarzutu braku wskazania czy ceny w ofertach Netia S.A., Konsorcjum Crowley Data Poland Sp. z o.o. oraz ATM S.A., ComArch S.A., Telekomunikacja Polska S.A zawierają podatek od towarów i usług, skład orzekający ustalił i zważył:

W rozdziale 6 siwz Zamawiający zamieścił postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty, gdzie wskazał m.in.:

pkt 2. Cena musi uwzględniać wszelkie koszty, w tym wszelkie opłaty celne oraz podatkowe, obejmujące m.in. podatek od towarów i usług (VAT) oraz podatek akcyzowy.

pkt 3. Cena musi obejmować:

1. koszt zestawienia, uruchomienia i utrzymania wszystkich łączy/kanałów teleinformatycznych, będących przedmiotem zamówienia,
2. wszelkie pozostałe koszty związane z realizacją umowy.

W § 5 ust. 2 wzoru umowy, będącego załącznikiem D do siwz Zamawiający postanowił, że płatności za świadczone usługi, obliczone wg cen jednostkowych określonych w ust. 5, realizowane będą sukcesywnie, po upływie każdego miesiąca kalendarzowego świadczenia usługi na podstawie wystawianych przez Wykonawcę i dostarczonych Zamawiającemu faktur łącznie z dokumentami wymienionymi w ust. 3 .

W ust. 5 tego paragrafu Zamawiający zmieścił tabele zawierające opłaty oraz pozostałe koszty, a pod nimi zawarł postanowienie, że ustalone wyżej ceny jednostkowe obejmują wszystkie koszty, wydatki, opłaty oraz wynagrodzenie za wszystkie świadczenia określone w umowie, w tym nie wymienione odrębnie wyżej w niniejszym ustępie. Ustalone ceny jednostkowe zostaną powiększone o należny podatek od towarów i usług (VAT).

W formularzu cenowym, będącym załącznikiem A do siwz, Zamawiający wskazał w kolumnie pierwszej, że dane zamieszczone w jej treści dotyczą ceny oferty z odnośnikiem, że cena ta jest zgodna z definicją podaną w siwz.

Wykonawcy w treści formularzy ofertowych nie określili czy cena oferty jest ceną netto czy brutto. W ocenie składu orzekającego, należy mieć na uwadze postanowienie rozdziału 6 pkt 2 siwz, gdzie wskazano, że cena winna uwzględniać wszelkie koszty, w tym wszelkie opłaty celne oraz podatkowe, obejmujące m.in. podatek od towarów i usług (VAT) oraz podatek akcyzowy. Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z definicją ceny określoną w art. 2 pkt 1 ustawy pzp oraz art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz. U. nr 97, poz. 1050 z póź. zm.) ceną jest całkowity koszt wyrażony w jednostkach pieniężnych, który kupujący jest obowiązany zapłacić za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy.

Wobec powyższego należy uznać, że zarówno łączna cena oferty jak i ceny jednostkowe ujęte w formularzu cenowym są cenami brutto.

Oceny tego stanu faktycznego nie zmienia również okoliczność, że Zamawiający w tabeli zawartej w § 5 ust. 5 wzoru umowy wymaga podania cen netto a nie cen brutto. W ocenie składu orzekającego Izby, formularz ofertowy, gdzie ujęto ceny brutto jest odrębnym od wzoru umowy dokumentem i nie można na podstawie danych, które są ujęte we wzorze umowy, który może ulec zmianie, stwierdzać, że ceny jednostkowe i ceny ofert są cenami netto.

Ponadto w samej treści formularza ofertowego znajduje się odniesienie do ceny ofert, zgodnej z definicją podaną w siwz, która w rozdziale 6 pkt 2 siwz wskazuje jednoznacznie na cenę oferty uwzględniającą wszelkie koszty, w tym wszelkie opłaty celne oraz podatkowe,

obejmujące m.in. podatek od towarów i usług (VAT) oraz podatek akcyzowy. Informacja ta odnosi się zarówno do opłat i kosztów jednostkowych oferty jak i do ceny łącznej oferty.

Dodatkowo należy podnieść, że zarzuty Odwołującego sprowadzają się w istocie do kwestionowania rozbieżności, braku jednolitości w postanowieniach siwz i wzoru umowy, które to zarzuty na tym etapie postępowania (po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej) należy uznać za spóźnione.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 i art. 7 oraz art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*