

Sygn. akt: KIO 1154/11

WYROK
z dnia 13 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2011 r. przez wykonawcę - **Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Gospodarki, Plac Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa,**

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 **Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielanie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest świadczenie usługi cyfrowych łączy dzierżawionych i usługi dostępu do Internetu na potrzeby funkcjonowania Centralnej Ewidencji i Informacji Działalności Gospodarczej przez Telekomunikację Polską S.A. [także Odwołujący].

Niniejsze odwołanie dotyczy niezgodnych, zdaniem wykonawcy, z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Z 2010 r. nr 113, poz.759 ze zm.) [dalej ustawa Pzp] następujących czynności Zamawiającego - Ministerstwa Gospodarki: (1) wyboru oferty najkorzystniejszej, (2) zaniechania wykluczenia Wykonawcy Netia SA., (3) zaniechania odrzucenia oferty Netia SA. Powyższe zdaniem wykonawcy narusza: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy Netia SA, pomimo tego, że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, (2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Netia SA, pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; (3) art. 90 ust. 3, w związku z art. 90 ust. 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Netia SA, podczas gdy złożone wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska, oraz (4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Netia SA, pomimo tego, że Wykonawca ten zaoferował przedmiot zamówienia w technologii niedopuszczonej przez Zamawiającego. W zakresie zarzutu braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu stwierdził, że Zamawiający w § 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, formułując opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wymagał, aby „wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał, a przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, co najmniej dwie usługi polegające na dzierżawie łączy cyfrowych, o wartości nie mniejszej niż 150.000 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy brutto) każda i przepustowości łącza, co najmniej 4 Mb/s. W przypadku zamówień obecnie wykonywanych (niezakończonych) wartość zrealizowanej części zamówienia (przed upływem terminu składania ofert), nie może być mniejsza niż 150.000 zł brutto (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy brutto).” Odwołujący wskazując na załącznik nr 3 do umowy, stwierdził, że Zamawiający jednoznacznie i wyraźnie wymagał, aby Wykonawcy wykazali się doświadczeniem w realizacji usługi cyfrowych łączy

dzierżawionych, które są przedmiotem zamówienia. Wykonawca Netia SA w „Wykazie zamówień wykonanych z należytą starannością” podał, że realizuje jedno zamówienie polegające na dzierżawie łączy cyfrowych ze stykiem Ethernet o przepustowości 1Gb/s oraz dwie dzierżawy łączy o przepustowości odpowiednio powyżej 4 Mb/s oraz 1 Gb/s. Opis zamówienia podany w Wykazie w odniesieniu do dwóch zamówień pozostaje jednak w oczywistej sprzeczności z treścią przedłożonych referencji. Z przedstawionych referencji wynika jednoznacznie, że Netia SA nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia jako, że czym innym jest: dzierżawa łączy cyfrowych, a czym innym świadczenie usługi Ethernet. Powołał się także na rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 11 sierpnia 2005r. w sprawie zakresu usługi zapewnienia minimalnego zestawu łączy dzierżawionych (Dz. U. Nr 160, poz. 1351), wskazane także przez Zamawiającego. W konkluzji tego zarzutu stwierdził, że zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy Netia SA narusza również zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców, nie można bowiem wykluczyć, że pewna liczba Wykonawców, nie legitymując się wymaganym doświadczeniem w realizacji usług cyfrowych łączy dzierżawionych, zaniechała złożenia swojej oferty w postępowaniu uznając, że doświadczenie w realizacji usług transmisji danych w inny sposób nie jest wystarczające. Podkreślił także, że Wykonawca Netia SA był już wzywany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a więc nie może ponownie skorzystać z dobrodziejstwa art. 26 ust. 3 ustawy. Co do zarzutu rażąco niskiej ceny zwrócił uwagę na brak wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę. Zdaniem wykonawcy w orzecznictwie wskazuje się, iż „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Stwierdził także, że wątpliwości odnośnie możliwości wykonania zamówienia za oferowaną cenę, nie zostały rozwiane poprzez wyjaśnienia złożone 17 maja 2011 r. przez Netia SA. Wyjaśnienia te nie spełniają ustawowych przesłanek określonych w art. 90 ust. 2 ustawy. Wskazując na orzecznictwo stwierdził, że (...) „wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy, który w złożonych wyjaśnieniach winien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez siebie cenę.” Stwierdził także, że (...) dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Stwierdził także, że (...) wszczęcie

przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wykonawca, poprzez swoje wyjaśnienia, domniemania tego nie obalił. W zakresie sprzeczności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia Odwołujący stwierdził, że całokształt przedstawionych okoliczności, w tym w szczególności cena usługi oraz usługi referencyjne, którymi wykazała się Netia SA wskazuje, że zamówienie będzie wykonane w technologii Ethernet, co pozwala na znaczne obniżenie kosztów jego realizacji oraz odpowiada dotychczasowym doświadczeniom tego Wykonawcy. Taki sposób realizacji usługi jest niezgodny z wymaganiami SIWZ, co skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przystępujący po stronie Zamawiającego wykonawca - Netia S.A. wniósł o oddalenie odwołania i wskazał przede wszystkim na brak interesu we wniesieniu odwołania. Jego zdaniem zgodnie z treścią art. 179 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy. Zgodnie z utrwalonym poglądem orzecznictwa i doktryny odwołujący winien posiadać konkretny interes we wniesieniu odwołania (w niniejszej sytuacji byłby to związek przyczynowo – skutkowy pozwalający na przyjęcie, iż odwołujący wskutek błędów zamawiającego traci możliwość realizacji zamówienia). Podkreślił, że w żadnym wypadku, interes nie może dotyczyć przyszłego zamówienia, choćby zamówienie obejmować miało ten sam przedmiot zamówienia. Nie można, zatem powoływać się na przyszły, ewentualny i hipotetyczny interes w uzyskaniu zamówienia, pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału Odwołującego w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie. W niniejszym postępowaniu wykonawca Telekomunikacja Polska S.A. nie posiada interesu we wniesieniu odwołania. Cena, jaka została zawarta w ofercie tego wykonawcy o ponad półtora miliona złotych przekracza budżet Zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia. Zarazem zgodnie z informacjami pozyskanymi przez Spółkę od Zamawiającego, nie jest możliwe zwiększenie budżetu zamówienia w takim stopniu, by oferta Odwołującego została wybrana (kwota, jaką Zamawiający może przeznaczyć: 2 150 000 zł, oferta Netii: 1 038 985 zł, oferta TPSA: 3 837 600 zł). Podkreślił także, że (...) Sprawność prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia jest na gruncie zamówień publicznych wartością samoistną, która nie powinna stać w sprzeczności z prowadzeniem postępowań odwoławczych wszczynanych przez wykonawców pozbawionych szans na uzyskanie zamówienia. Przekazanie przez Zamawiającego informacji o przekroczeniu przez Odwołującego maksymalnego budżetu zamówienia winno skutkować oddaleniem odwołania z powodu braku interesu, gdyż: interesu tego nie można opierać na samych domniemaniach, przypuszczeniach czy hipotezach w uzyskaniu zamówienia. W przedmiotowej sprawie odwołujący nawet w przypadku uwzględnienia odwołania nie uzyskałby zamówienia.

Co do zarzutów merytorycznych stwierdził ich niezasadność podkreślając, iż spełnił wymagania ustalone specyfikacją a proponowana cena nie jest rażąco niską. Wskazał także na przedkładane wyjaśnienia do treści oferty, stwierdzając, że są one kompletne. Stwierdził także, że Odwołujący dokonuje wykładni wymagań określonych w § 5 wbrew postanowieniom zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. SIWZ nie daje, bowiem podstaw do uznania rozłącznego zakresu znaczeniowego pojęć „usługa Ethernet” oraz „usługa dzierżawy łączy”. Prezentowane w wykazie Netii usługi Ethernet obejmują swoim zakresem także dzierżawę łączy cyfrowych o wymaganej przez Zamawiającego przepustowości. Nie jest możliwym wykonywanie usługi Netia Ethernet bez udostępnienia łączy. Z drugiej strony, nie każde udostępnienie łączy wiąże się ze świadczeniem usług typu Ethernet. Sprzeczność dostrzegana przez Odwołującego nie tylko nie została wskazana w SIWZ, ale i wprost jej istnienie może być wykluczone na podstawie informacji przedstawianych przez Zamawiającego w toku postępowania. W wyjaśnieniach z dnia 14 kwietnia 2011 roku Zamawiający wprost odnosił się do problematyki łączy Ethernet w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, podając, że (...) Wskazanie przez Zamawiającego zakończenia łączy, jako Ethernet 10/100/1000 nie narzuca wykonawcy wyboru medium transmisyjnego i tym samym maksymalnej liczby warstw modelu OSI, jaka może zostać wykorzystana podczas realizacji przedmiotu Zamówienia. Zamawiający ponadto odnosząc się do problematyki przepustowości łączy wyraźnie zauważył, iż „sposób realizacji transmisji nie został zdefiniowany przez Zamawiającego”. Podał także, że (...) Wbrew twierdzeniom Odwołującego, rozporządzenie Ministra Infrastruktury nie zawiera normatywnego rozróżnienia dwóch powyżej przywołanych usług (nie zawiera żadnego odniesienia dotyczącego usługi Ethernet). Rozporządzenie to określa jedynie zakres usługi obejmującej zapewnienie minimalnego zestawu łączy dzierżawionych oraz ich parametry techniczne. Argumentacja przedstawiana przez Odwołującego ma, na tym etapie postępowania, polegać na redefiniowaniu wymagań określonych w specyfikacji. Wskazał także, że oceniając ceny pozostałych ofert należy wziąć pod uwagę, okoliczność, że usługi telekomunikacyjne aktualnie na rynku cieszą się dużą konkurencją i obserwuje się stałą tendencję do obniżania cen tych usług przez operatorów. Wzrastająca konkurencja oraz aktywna działalność państwowego regulatora telekomunikacyjnego skutkują istotnym spadkiem cen oferowanych przez operatorów. Specyfika tego rynku pozwala na istotne obniżki cen bez strat dla przedsiębiorstw działających na tym rynku, co nie powinno pozostawać bez znaczenia dla prowadzonego na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp badania ofert w zakresie występowania rażąco niskiej ceny. Jago zdaniem (...) Odwołujący nie przedstawił także argumentów, które podważałoby możliwość wykonania przedmiotu zamówienia w sposób należyty pod względem jakościowym i terminowym w ramach zaproponowanej przez Netię kwoty wynagrodzenia. Przystępujący kwestionuje także zasadność zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Netii z wymaganiami Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, Netia potwierdziła gotowość do realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z przedstawionymi w dokumentacji postępowania wymaganiami.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, w tym dokumentację postępowania, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone w toku rozprawy, ustaliła, co następuje:

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Świadczenie usługi cyfrowych łączy dzierżawionych i usługi dostępu do Internetu na potrzeby funkcjonowania Centralnej Ewidencji i Informacji Działalności Gospodarczej”, zostały złożone dwie oferty. Pierwsza z nich uznana za najkorzystniejszą została złożona - przez wykonawcę Netia S.A. z ceną brutto 1.038.985,92 oraz druga – przez Odwołującego – Telekomunikacja Polska S.A. Izba ustaliła także, że Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę brutto 2.150.000 zł. Cena oferty Odwołującego stanowiła kwotę brutto 3.837.600 zł. Izba ustaliła również, że w rozprawie uczestniczył przedstawiciel Zamawiającego wykonujący z upoważnienia - jak wskazano w protokole zamówienia publicznego - czynności kierownika zamawiającego, który oświadczył, że nie jest możliwe zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia, przede wszystkim dlatego, że to zamówienie jest realizowane z udziałem środków unijnych. Realizację zamówienia z udziałem środków UE potwierdza pkt 2.4 wskazanego protokołu o zamówienie, w którym podano, że udział tych środków stanowi 85 % wartości zamówienia, oraz, że ten projekt jest realizowany w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka (...), współfinansowanego przez Unię Europejską ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego.

Uwzględniając powyższe ustalenia, KIO zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na stwierdzony przez Izbę, brak legitymacji Odwołującego, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Jak podkreśla się w orzecznictwie, legitymacja uprawniająca do korzystania ze środków ochrony prawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi materialno-prawną przesłankę zasadności odwołania i podlega ocenie na dzień jego wniesienia. Stwierdzenie braku tej legitymacji skutkuje koniecznością oddalenia odwołania, bez rozpatrywania zarzutów, niezależnie od ich treści merytorycznej i ich zasadności. Zgodnie ze wskazanym powyżej przepisem środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Niezbędne jest zatem stwierdzenie, po pierwsze, że wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, po drugie, że poniósł lub może ponieść szkodę i po trzecie, że

potencjalna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tym samym Odwołujący, w pierwszej kolejności, obowiązany był wykazać, iż posiada lub posiadał interes w uzyskaniu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne i jednocześnie, że poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Z orzecznictwa bezspornie wynika, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym stanowi art. 179 ust.1 ustawy Pzp, dotyczyć powinien tego zamówienia, którego dotyczy odwołanie, tym samym – jak podnosi się także w doktrynie - konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, prowadzonego w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, albowiem ubiega się o udzielenie tego zamówienia, składając w przedmiotowym postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę. Jednakże przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga od wnoszącego odwołanie wykonawcy nie tylko legitymowania się interesem w uzyskaniu zamówienia, ale również wykazania – jak wcześniej wskazano – poniesionej szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Tak jak podnosi się w doktrynie i orzecznictwie przez szkodę należy rozumieć uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy jakiego doznaje lub dozna poszkodowany wykonawca w wyniku określonego działania lub zaniechania zamawiającego. Tym samym oferta wnoszącego odwołanie - w przypadku uwzględnienia zarzutów, powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z Odwołującym. Odwołujący – w toku rozprawy - nie wykazał, że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu związanych z nie wykluczeniem z postępowania wykonawcy Netia S.A. i brakiem odrzucenia oferty tego wykonawcy. W toku postępowania odwoławczego ustalono bowiem, że Odwołujący nie mógłby uzyskać przedmiotowego zamówienia, gdyż wybór oferty tego wykonawcy nie prowadziłby do zawarcia z tym wykonawcą umowy, lecz do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp. Oferta ta zawiera bowiem cenę, przewyższającą kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, która to kwota nie mogła być zwiększona do ceny oferty Odwołującego, w przypadku uznania tej oferty za najkorzystniejszą. To oznacza, że nawet w przypadku stwierdzenia przez Izbę, że zarzuty Odwołującego wskazane w odwołaniu, są zasadne nie mógłby on uzyskać tego zamówienia. Odwołujący się wykonawca nie wykazał zatem szkody jaką poniósł lub może ponieść w związku z brakiem wykluczenia wykonawcy Netia S.A. z postępowania i nie odrzuceniem oferty tego wykonawcy. Podkreślenia wymaga, że wykazanie szkody, o której stanowi przepis art.179 ust.1 ustawy Pzp, jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego – jak już wyżej wskazano – możliwe byłoby zawarcie umowy z Odwołującym. Jak oświadczył umocowany przedstawiciel

Zamawiającego nie jest możliwe podwyższenie środków na realizację zamówienia, a zatem – jak już wskazano - zgodnie z art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp – w przypadku uwzględnienia zarzutów i żądań podnoszonych w odwołaniu oraz wyboru oferty jako najkorzystniejszej Telekomunikacja Polska S.A postępowanie to podlegałoby unieważnieniu i tym samym nie byłoby możliwe zawarcie umowy z Odwołującym.

Mając powyższe na względzie Izba pozostawiła bez rozpoznania merytoryczne zarzuty i orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp

Przewodniczący: