

Sygn. akt: KIO/UZP 98/09

**Wyrok  
z dnia 3 lutego 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff  
Renata Tubisz**

**Protokolant: Jadwiga Ząbek**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~\* 3 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **ATM S.A. Warszawie, ul. Grochowska 21A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Południowy Koncern Energetyczny S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Lwowska 23** protestu ~~protestów~~\* z dnia **29 grudnia 2008 r.**

przy udziale **Netii S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1 . oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża ATM S.A. Warszawie, ul. Grochowska 21A**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574.zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **ATM S.A. Warszawie, ul. Grochowska 21A**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **ATM S.A. Warszawie, ul. Grochowska 21A** na rzecz **Południowy Koncern Energetyczny S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Lwowska 23**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa przez 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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **ATM S.A. Warszawie, ul. Grochowska 21A**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na dzierżawę łącz telekomunikacyjnych sieci WAN wszczął Zamawiający Południowy Koncern Energetyczny S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Lwowska 23 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 sierpnia 2008r. za numerem 2008/S 166 – 223796. W dniu 19 grudnia 2008r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Netii S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Poleczki 13 – dalej wykonawca wybrany. Zamawiający wskazał, że oferta ta uzyskała w jedynym kryterium ceny maksymalną punktację, oraz, że w postępowaniu wpłynęła jeszcze jedna oferta tj. oferta ATM S.A. Warszawie, ul. Grochowska 21A – dalej odwołujący. W dniu 29 grudnia 2008r. na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego protest wniósł odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058 – dalej ustawy) poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 13 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. nr 153 poz. 1503 j. t.) w związku z art. 3 tejże ustawy poprzez nieodrzućenie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy wybranego stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaproponowanie realizacji usługi poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców oraz rzeczowo nieuzasadnione zróżnicowanie w traktowaniu poszczególnych klientów przez wykonawcę wybranego, co narusza interes odwołującego, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo tego, że oferta ta zawiera

rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy wybranego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty wykonawcy wybranego, dokonanie wyboru oferty odwołującego. Interes prawny odwołującego, jego zdaniem, przejawia się w tym, że znajduje się on na drugiej pozycji w rankingu ofert i gdyby zamawiający prawidłowo odrzucił wykonawcę wybranego, oferta odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. Zaniechanie odrzucenie oferty wykonawcy wybranego pozbawia odwołującego możliwości uzyskania zamówienia. W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4 020 000zł., wykonawca wybrany zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 444 505zł., co stanowi około 11,06% budżetu zamawiającego, a oferta odwołującego oferowała wykonanie za kwotę 2 035 480zł., co stanowi 50,63% budżetu zamawiającego. Cena oferty wykonawcy wybranego jest o niemal 89% niższa aniżeli wartość szacunkowa zamówienia. Zamawiający prawidłowo, w ocenie odwołującego, wezwał wykonawcę wybranego do wyjaśnienia zaoferowanej ceny, ale wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę wybranego, w piśmie z dnia 12 listopada 2008r., są według odwołującego, ogólne, wybiórcze i niekompletne. Wykonawca wybrany powołał się na posiadanie własnej kanalizacji teletechnicznej dla części relacji objętych przedmiotem zamówienia, ale w formularzu cenowym nie odzwierciedlił tego w cenie. Ponadto, według odwołującego, ceny podane przez wykonawcę wybranego odbiegają od minimalnych cen za dzierżawę łącza E1 wynikających z ogólnych regulacji Urzędu Komunikacji Elektronicznej, gdyż wykonawca wybrany bez względu na długość łącza zaproponował jednolitą stawkę w wysokości 143zł./1zł., podczas, gdy UKE te wielkości różnicuje o przewiduje stawki dla łącza E1 – 5 km w wysokości 669,50zł., łącza E1- 10 km – 785,80zł., łącza E1 – 20 km – 1019,40zł., łącza E1 – 30 km – 1237,78zł., co wynika z załącznika nr 1 do decyzji Prezesa UKE nr DHRT-WOT-6062-8/07 będącego ramową ofertą określającą warunki zawierania przez Telekomunikację Polską S.A. z innymi operatorami umów dzierżawy łączy telekomunikacyjnych. Są to ceny hurtowe dla operatorów, w więc niższe niż dla klientów detalicznych, a ponadto odniesienie się do cen UKE jest obiektywne, bo ceny te zostały ustalone na podstawie minimalnej wysokości opłat, przy których świadczenie danej usługi jest jeszcze opłacalne. Cena zaproponowana przez wykonawcę wybranego nawet przy najkrótszym łączu jest ok. 5 krotnie niższa od ceny określonej przez UKE. Ceny rynkowe, zgodnie z wiedzą odwołującego, oscylują w granicach 1500 – 3000zł. miesięcznie, co rażąco odbiega od cen zaoferowanych przez wykonawcę wybranego. Wycena łącz E1 opartych o radiolinie, według odwołującego, przedstawia się w oparciu o parytet: radiolinia do 16 Mbps – 5090 euro, zasilacz – 700zł., projekty i instalacja – 5000zł., jednorazowe opłaty UKE – 1900zł., roczne opłaty UKE do 4 Mbs – 500zł. Z powyższego wynika, że same opłaty na rzecz UKE wyniosą w okresie 48 miesięcy 3 900zł.,

czyli około 81,25zł. miesięcznie, a więc połowę wartości łącza E1 oferowanego przez wykonawcę wybranego. Według odwołującego koszt usługi dzierżawy łącza E1 powinien wynieść 1232zł. miesięcznie. Odwołujący wskazał, że podstawą odniesienia ceny jest przedmiot zamówienia i jego wartość oraz wynikający z orzecznictwa nakaz odnoszenia ceny do toczącego się postępowania. Wykonawca wybrany powołał się na postępowanie organizowane przez Górnśląskiego Operatora Systemu Dystrybucyjnego sp. z o.o., jednakże to postępowanie dotyczyło łącza o niższych przepustowościach. Odwołujący wskazał także, że ceny jednostkowe dzierżawy łącz E1 mają wpływ na cenę całej oferty złożonej przez wykonawcę wybranego. Podniósł, że określenie cen na poziomie 143zł. i 1zł. można traktować jako obejście prawa, a w szczególności odpłatnego charakteru umowy o zamówienie publiczne. Odwołujący powołał się na Słownik języka polskiego PWN i wskazał, że „rażący” oznacza dający się łatwo stwierdzić, wyraźny, oczywisty, niewątpliwy, bezsporny. Podkreślając swoje stanowisko wskazał, na liczne poglądy doktryny i orzecznictwa dotyczące problematyki rażąco niskiej ceny. Ponadto uznał, że złożenie oferty z rażąco niską ceną jest także czynem nieuczciwej konkurencji, co znajduje oparcie w opinii Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który stwierdził, że „utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania uniemożliwiające innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli te działania nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji”. Odwołujący uznał ponadto, że podane przez wykonawcę wybranego okoliczności takie jak „wszyscy wchodzący w skład zasobów Spółki odpowiedzialni będą za zapewnienie również oczekiwanego przez Zamawiającego poziomu jakości świadczonych usług”, „realizacja stosunkowo nieskomplikowanej pod względem technicznym usługi transmisji danych nie wymaga, oprócz sygnalizowanych wcześniej, żadnych dodatkowych nakładów takich jak np. kosztowne routery, zaawansowane oprogramowanie”, czy „wykonawca jest spółką akcyjną notowaną na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie” nie mają znaczenia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, gdyż nie mają charakteru indywidualizującego. Protest został podpisany przez Dyrektora Macieja Kuleszę działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 10 kwietnia 2007r. obejmujące uprawnienie do wnoszenia protestów – str. 63 oferty, podpisane przez dwóch członków zarządu zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty.

W dniu 30 grudnia 2008r. zamawiający powiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 31 grudnia 2008r. wykonawca wybrany zgłosił swój udział w postępowaniu protestacyjnym wnosząc o oddalenie protestu odwołującego jako bezzasadnego. Wskazał, że ma interes prawny w przystąpieniu, gdyż musi bronić rozstrzygnięcia postępowania, w którym jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Podtrzymał swoje stanowisko, co do kalkulacji ceny zawarte w piśmie z dnia 12 listopada 2008r. Przystąpienie zostało podpisane przez Piotra Skowronka działającego w oparciu o pkt 5 tiret 1 pełnomocnictwa z dnia 6 października 2008r. (str. 33 oferty) udzielonego przez dwóch członków zarządu wykonawcy wybranego zgodnie z odpisem z KRS załączonym do oferty.

W dniu 7 stycznia 2009r. zamawiający rozstrzygnął protest i oddalił go w całości. W uzasadnieniu wskazał, że zgodnie z art. 42 ust. 1 i art. 43 ust 6 ustawy z dnia 16 lipca 2004r. Prawo telekomunikacyjne na Telekomunikacji Polskiej S.A. ciąży obowiązek zawierania umów o odstępie telekomunikacyjnym oraz umów dzierżawy łącz na warunkach nie gorszych dla pozostałych stron umowy, niż zatwierdzone w umowach ramowych. Opłaty zawarte w dokumencie, na który powołuje się odwołujący są opłatami maksymalnymi. TP S.A. nie może obciążać odbiorcy hurtowego wyższymi opłatami, ale może pobrać opłatę niższą. Zamawiający podniósł, że dokonywał szacunku wartości zamówienia na podstawie zawartej umowy z odwołującym z dnia 31 grudnia 2001r. nr 03/01/KAT, biorąc pod uwagę ostatnie 12 miesięcy świadczenia usługi i dokonując wyliczeń na podstawie art. 34 ust. 1 pkt 1 ustawy, jednak taki szacunek nie uwzględniał obecnego rozwoju konkurencji na rynku telekomunikacyjnym tj. zwiększenia liczby konkurujących firm i stałego obniżania cen świadczonych usług. Wskazał, że w postępowaniu wpłynęły tylko dwie oferty i to obie o cenie poniżej wartości szacunkowej zamówienia. Zamawiający dokonał aktu należytej staranności i wezwał wykonawcę wybranego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny pismem z dnia 23 października 2008r. wykonawca wybrany złożył wyjaśnienia, z których zamawiający uwzględnił następujące argumenty :

1. szczególnie dogodnie dla wykonawcy warunki świadczenia usługi, wybrane rozwiązanie techniczne i oszczędną metodę wykonania :
  - a) posiadanie w 5 lokalizacjach własnej kanalizacji telekomunikacyjnej,
  - b) zastosowanie radiolinii w pozostałych 4 lokalizacjach,
  - c) zaangażowanie własnych zasobów ludzkich i sprzętowych do zestawienia łącz, usług utrzymania i zestawiania radiolinii,
  - d) posiadanie Działu Obsługi Klientów zapewniającego obsługę zamawiającego zgodnie z siwz,
2. nie korzystnie z usług innych operatorów (koszty własne Netia),
3. zapewnienie sobie własności łącz,
4. cena instalacji i utrzymania poszczególnego łącza nie jest ceną podaną w tabelach cenowych, te ceny stanowią jedynie rozbić ceny globalnej w czasie jako formy płatności,

5. istnienia cen rynkowych na poziomie wskazanym przez wykonawcę wybranego wykazanych na podstawie cen zaoferowanych w przetargu prowadzonym przez Górnośląską Spółkę Gazowniczą nr GOSD/ZP/10/CEIK/2008.

Według zamawiającego cena zaoferowana przez wykonawcę wybranego jest ceną rynkową, realistyczną i umożliwiającą wykonanie zamówienia oraz nie nosi znamion rażąco niskiej ceny i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W dniu 19 stycznia 2009r. Odwołujący wniósł odwołanie podtrzymując zarzuty podniesione w proteście oraz argumenty dotyczące posiadania interesu prawnego. Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy wybranego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, dokonania wyboru oferty odwołującego. Odwołujący podtrzymał także swoje twierdzenia zawarte w proteście wskazując dodatkowo, że fakt możliwości oferowania cen niższych niż urzędowo określone nie podważa tezy odwołującego, że ceny zatwierdzone przez Prezesa UKE stanowią obiektywny wyznacznik średnich wysokości opłat za łącza telekomunikacyjne, gdyż ustalając je UKE bazowało na średnich opłatach obowiązujących na szeroko rozumianym rynku telekomunikacyjnym oraz kosztach ponoszonych przez TP S.A. W tej sytuacji odwołanie się przez zamawiającego do przepisów Prawa telekomunikacyjnego nie jest istotne dla oceny, czy oferta wykonawcy wybranego zawiera rażąco niską cenę. Podkreślił, że sam jest także spółką notowaną na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie, a więc argument wykonawcy wybranego w tym zakresie nie ma znaczenia dla oceny ceny. Odwołanie podpisał członek zarządu wraz z prokurentem, zgodnie z reprezentacją ujawnioną w KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w tym samym dniu.

W dniu 20 stycznia 2009r. zamawiający poinformował wykonawców o wpłynięciu odwołania.

W dniu 2 lutego 2009r. wykonawca wybrany przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał na swój interes prawny i podtrzymał stanowisko wyrażone w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego. Podkreślił, że wartość szacunkowa zamówienia została przez zamawiającego określona na podstawie wartości dotychczasowych Zamówień, czyli na podstawie cen zaoferowanych przez odwołującego sprzed kilku lat. Podkreślił, że ceny za dzierżawę łącz powołane przez odwołującego są cenami minimalnymi, a ponadto wykonawca wybrany nie będzie ich ponosił, gdyż nie będzie korzystał z dzierżawy łącz od innych operatorów, a więc dane przedstawione przez odwołującego nie mają żadnego znaczenia dla oceny zaoferowanej ceny. Ponadto nawet gdyby przyjąć za prawidłowe koszty podane przez odwołującego przy instalacji radiolinii to dla 9 lokalizacji całkowity koszt radiolinii wyniesie 283 383zł., a więc także poniżej ceny zaoferowanej przez wykonawcę wybranego i pozwoli na uzyskanie dochodu w wysokości 161 122zł. czyli 36% wartości oferty. W tej sytuacji, zdaniem

wykonawcy wybranego, oferta odwołującego stanowi ofertę z rażąco wygórowaną ceną. Ponadto sam odwołujący zastosował w swojej ofercie symboliczne ceny jednostkowe na poziomie 1zł.

W dniu 2 lutego 2009r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wniósł o dopuszczenie dowodu z wyciągu z decyzji nr DHRT-WOR – 6062-8/07 str. 21-23, wyciągu z raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego za rok 2006 str. 138, wyciągu z raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego za rok 2007 str. 82-85 na okoliczność zmian cen rynkowych świadczenie usługi dzierżawy łącz telekomunikacyjnych w czasie oraz na okoliczność, że wykonawcy, poza operatorem posiadającym znaczącą pozycję na rynku tj. TP S.A., świadczą usługi na warunkach komercyjnych i sami ustalają ceny za łącza dzierżawione. Podniósł, że ceny usług dzierżawy łącz o przepustowości 2 Mbs obniżyły się w stosunku do lat ubiegłych o ponad 20% w roku 2006 i o 42% w roku 2007. Wskazał na rozbieżności cenowe na rynku europejskim sięgające nawet 770%. Podniósł, że ceny wskazane przez UAE nie mogą mieć zastosowania do wykonawcy wybranego, gdyż wykorzystywać będzie on własne łącza i nie będzie korzystał z usług dzierżawy łącz od innego operatora telekomunikacyjnego. Ponownie podkreślił jakie elementy wyjaśnień wykonawcy wybranego uznał za przekonujące.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający określił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 4 020 000zł. Podczas otwarcia ofert podał, że zamierza wydatkować na sfinansowanie zamówienia kwotę 4 020 000zł. brutto. Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę brutto 2 483 285,60zł. – str. 7 oferty.

Wykonawca wybrany zaoferował cenę 542 296,10zł. brutto za realizację przedmiotu zamówienia.

W dniu 23 października 2008r. zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy wezwał wykonawcę wybranego do pisemnego udzielenia wyjaśnień wraz z niezbędnymi dowodami w zakresie elementów mających wpływ na wysokość oferowanej ceny w odniesieniu do wymagań zamawiającego przedstawionych w siwz w części c, w szczególności § 2 i § 3 wzoru umowy. Wskazał, że zaoferowana cena znacznie odbiega od wartości szacunkowej oraz od wartości ofert brutto złożonych przez pozostałych wykonawców. Wskazał jakie elementy będzie brał pod uwagę przy ocenie wyjaśnień oraz określił termin 14 listopada 2008r. jako ostateczny do złożenia wyjaśnień.

W dniu 12 listopada 2008r. wykonawca wybrany złożył wyjaśnienia. Oświadczył, że w lokalizacjach : PKE Katowice, EC Katowice, El. Jaworzno, El. Łaziska i ZEC Bielsko-Biała posiada własną kanalizację teletechniczną, a więc wykona tam jedynie położenie światłowodu i zainstalowanie urządzeń. Natomiast w pozostałych lokalizacjach El. Łagisza,

El. Siersza, El. Halemba i El. Blachownia zainstaluje radiolinie oraz urządzenia. Nie będzie zatem korzystał z sieci innych operatorów, a więc nie poniesie opłat dzierżawnych, rozliczeń międzyoperatorskich, co oznacza, że ma wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania przedmiotu zamówienia. Zestawienie łączy, utrzymanie usług, instalację radiolinii oraz urządzeń wykona własnymi zasobami ludzkimi, co zapewni poziom jakości świadczonej usługi zgodnie z siwz część c, a w szczególności § 2 i 3 wzoru umowy. Dodatkowo realizacja tej usługi nie wiąże się z zakupem kosztownych routerów czy zaawansowanego oprogramowania, dlatego koszt całej usługi jest relatywnie niski. Wskazał, że w przetargu zorganizowanym przez Górnośląską Spółkę Gazownictwa sp. z o.o. w Zabrze, ul. Szczęść Boże 11 na świadczenie usługi operatorskiej sieci telekomunikacyjnej WAN w zakresie transmisji danych, głosu i video przez wirtualną prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS, gdzie wpłynęły dwie oferty TP S.A. z ceną 5 027 546, 42zł. oraz Netii S.A. z ceną 6 558 720zł. dla 51 lokalizacji przez czas 48 miesięcy, co oznacza, że cena 542 296,10zł. oferowana przez wykonawcę wybranego w przedmiotowym postępowaniu dla 9 lokalizacji nie jest rażąco niska i odpowiada stawkom rynkowym, gdyż koszt miesięcznej dzierżawy łączy dla jednej lokalizacji wynosi 1255,32zł. brutto miesięcznie. Wykonawca wybrany jest spółką notowaną na giełdzie, a więc musi działać w celu osiągnięcia zysku. Wskazał, że do oceny ceny rażąco niskiej należy brać całkowitą cenę brutto, a nie poszczególne pozycje kalkulowanej ceny. Zaproponowanie wysokiej opłaty instalacyjnej w przedmiotowym postępowaniu i niskich opłat abonamentowych wynikało z § 3 ust. 10 i § 11 ust. 3 wzoru umowy. W oparciu o te postanowienia wykonawca wybrany uznał, że oferta musi mu się zwrócić po 6 miesiącach świadczenia usługi, a dodanie kolejnych łączy na żądanie zamawiającego po 24 i 36 miesiącach jest hipotetyczne i nie było podstaw do zwiększania opłat miesięcznych. Wykonawca wybrany oświadczył także, że nie korzysta z pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, która miałaby wpływ na wysokość zaproponowanej ceny.

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia o zamówieniu publicznym, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty wykonawcy wybranego i odwołującego, pisma zamawiającego z dnia 23 października 2008r. i wyjaśnień wykonawcy wybranego z dnia 12 listopada 2008r., decyzji nr DHRT-WOR – 6062-8/07 str. 21-23, wyciągu z raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego za rok 2006 str. 138, wyciągu z raportu o stanie rynku telekomunikacyjnego za rok 2007 str. 82-85.

Izba rozważyła stanowiska stron podniesione na rozprawie oraz przedstawione w pismach.

**Izba zważyła, co następuje:**



Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 ustawy.

Izba stwierdziła, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu rankingu ofert i nie podlegała odrzuceniu. Zatem w przypadku uznania, że Zamawiający nieprawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, a więc zgodnie z żądaniem Odwołującego, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia publicznego. Tym samym Izba uznała, że została spełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 13 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003r. nr 153 poz. 1503 j. t.) w związku z art. 3 tejże ustawy poprzez nieodrzućenie i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy wybranego stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaproponowanie realizacji usługi poniżej kosztów jej świadczenia w celu eliminacji innych wykonawców oraz rzeczowo nieuzasadnione zróżnicowanie w traktowaniu poszczególnych klientów przez wykonawcę wybranego, co narusza interes odwołującego, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazać należy, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Odwołujący kwestionował sposób obliczenia ceny przez wykonawcę wybranego w poszczególnych pozycjach kalkulacji cenowej, a w szczególności odnoszących się do stawek za dzierżawę łącz E1 bez uwzględnienia długości łącza. Odwołujący nie kwestionował w proteście, ani odwołaniu, że wyjaśnienia wykonawcy wybranego nie zostały złożone lub, że zamawiający błędnie dokonał oceny wyjaśnień wykonawcy wybranego, czyli nie podniósł zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy. Wskazał natomiast na ceny opłat za dzierżawę łącz stosowane przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej – jakim jest TP S.A. stosowane w umowach o korzystanie z łącz TP S.A. przez innych operatorów dla celów usług hurtowych. Odwołujący podniósł, że uwzględniając wysokość tych opłat, cena zaproponowana przez wykonawcę wybranego jest ceną poniżej kosztów świadczenia usługi. Jednakże odwołujący nie odniósł się w tym zakresie do informacji podanej przez wykonawcę wybranego w piśmie z dnia 12 listopada 2008r., tj. powołania się na fakt posiadania własnej infrastruktury w 5 z 9 lokalizacji wymaganych przez zamawiającego oraz świadczenia usług drogą radiową w pozostałych 4 lokalizacjach. Odwołujący nie udowodnił, że pomimo tych

warunków świadczenia usługi, poniesienie opłat za dzierżawę łączy na rzecz TP S.A. w wysokościach określonych w umowie ramowej wydanej na podstawie decyzji UKE z dnia 31 października 2007r. nr DHRT-WOR -6062-8/07 (35) jest obligatoryjne dla wykonawcy wybranego i bez uwzględnienia tego kosztu w kosztach świadczonej usługi cena jest zaniżona. Ponadto odwołujący wskazał, że ceny świadczenia usług za dzierżawę połączeń oscylują w granicach 1500-3000zł, jednakże nie wykazał dowodami, że ceny te odnoszą się zarówno do hurtowych operatorów posiadających własną infrastrukturę techniczną, jak i do operatorów, których dla realizacji danej usługi dla odbiorcy indywidualnego będą dzierżawic łączy od TP S.A. Brak przeprowadzenia dowodu w tym zakresie uniemożliwił Izbie weryfikację twierdzeń odwołującego i ustalenia rzeczywistych przeciętnych kosztów świadczenia usługi dzierżawy łączy w sytuacji posiadania własnej infrastruktury technicznej. Odwołujący nie udowodnił także, że w innych pozycjach kalkulacji cenowej wykonawcy wybranego ceny zaproponowane mieszczą się w dolnych granicach usługi rynkowej, co w ocenie Izby mogłoby mieć wpływ na ocenę, czy zniżenie poszczególnego składnika cenowego, o ile wystąpiło, mogło mieć wpływ na całość ceny brutto, czyniąc ją ceną rażąco niską. Odwołujący wskazał także, że ceny podawane przez UKE za dzierżawę łączy są oparte o ceny rynkowe i stanowią dowód na okoliczność faktu, że cena poniżej 1500zł. jest ceną rażąco niską. Izba nie uznała tego dowodu za mający istotne znaczenie dla przedmiotowej sprawy. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że do analizy przeprowadzonej przez UKE wykorzystano dostępne cenniki za usługi hurtowej dzierżawy łączy telekomunikacyjnych obowiązujące w państwach obecnych w UE przed 1 maja 2004r., do analizy wzięto także dane zawarte w Zaleceniu Komisji Europejskiej z dnia 29 marca 2005r. w sprawie udostępniania łączy dzierżawionych w Unii Europejskiej w sytuacji, gdy w danym państwie członkowskim usługi nie były regulowane, lub brak było odpowiedzi na zapytanie wysłane do operatora. Przy czym UKE nie identyfikuje sytuacji, w których skorzystała z Zaleceń, a w których oparła się o aktualne cenniki. Nadto sama decyzja UKE pochodzi z 31 października 2007r., a więc sprzed 2 lat. Już wówczas UKE stwierdził, iż najniższy współczynnik obniżki opłaty miesięcznej wynosi 25%. Żadna ze stron nie kwestionowała faktu, że w tym okresie czasu następował dalszy spadek cen stosowanych w opłatach za dzierżawę łączy przez operatorów hurtowych, co potwierdzają raporty UKE z 2006 i 2007 roku. Z tego względu podane dane statystyczne, czy cenowe w opracowaniu mającym stanowić podstawę stawek maksymalnych stosowanych przez operatora o znaczącej pozycji rynkowej wobec innych operatorów nie może być uznane za odzwierciedlające rzeczywiste, aktualne dane dotyczące cen usług telekomunikacyjnych, a co za tym idzie nie mogą być podstawą do stwierdzenia, że dana cena jest ceną dumpingową. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołujący nie udowodnił, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy.

Z tych względów Izba na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy orzekła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy.

Za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa przez pełnomocnika Izba uznała kwotę 3 600 zł na podstawie przedłożonego rachunku stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.(Dz. U. nr 128 poz. 886) z ograniczeniem do kwoty 3600zł. jako maksymalnego wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~\* -  
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa  
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....