

Sygn. akt KIO/UZP 769 /09

WYROK
z dnia 3 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Renata Tubisz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **"Polska Telefonía Komórkowa - Centertel" Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-239 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Telewizja Polska S.A. Ośrodek Informatyki i Telekomunikacji, ul. Jana Pawła Woronicza 17, 00-999 Warszawa** protestu z dnia **1 czerwca 2009 r.**

przy udziale **Polkomtel S.A., ul. Postępu 3, 02-676 Warszawa**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża "Polska Telefonía Komórkowa - Centertel" Sp. z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-239 Warszawa**

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 uiszczanego przez **"Polska Telefonía Komórkowa-Centertel" Spółka z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-239 Warszawa,**
- 2) 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 **"Polska Telefonía Komórkowa-Centertel" Spółka z o.o., ul. Skierniewicka 10A, 01-239 Warszawa.**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług telekomunikacji i telefonii konwergentnej, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Telewizję Polską S.A., wykonawca – Polska Telefonía Komórkowa Centertel Sp. z o.o., zwany dalej protestującym lub odwołującym, złożył protest wobec: zaniechania wezwania wykonawcy Polkomtel S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących

1. elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
2. badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 w związku z art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez nieprawidłowe badanie i ocenę ofert, a w konsekwencji dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, pomimo zaistnienia przesłanek wskazujących na konieczność wezwania Polkomtel S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
2. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 55 ust. 1 i 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy Polkomtel S.A., w celu wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy istniały przesłanki do stwierdzenia, że oferta Polkomtel S.A. może zawierać rażąco niską cenę.

Wykazując swój interes prawny protestujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego w/w przepisów jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. W przypadku bowiem prawidłowego działania zamawiającego, Polkomtel S.A. zostałby wezwany do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w dalszej konsekwencji jego oferta, w przypadku zaistnienia przesłanki z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp mogłaby zostać odrzucona. Zaniechanie zatem wezwania Polkomtel S.A. do złożenia wyjaśnień uniemożliwiło protestującemu dokonanie oceny, czy cena zawarta w ofercie Polkomtel S.A. zawiera rażąco niską cenę oraz, w przypadku gdyby taka okoliczność w ocenie protestującego zaistniała, skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Protestujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Polkomtel S.A.,
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert,
3. wezwanie Polkomtel S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
4. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pominięciem ofert odrzuconych i wykonawców wykluczonych z udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu protestujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający uchybił przepisom ustawy, poprzez dokonanie niestarannego badania i oceny ofert, a konsekwencji niedochowanie należytej staranności przy badaniu przesłanek odrzucenia oferty.

Zdaniem protestującego, cena oferty Polkomtel S.A. nosi znamiona rażąco niskiej w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Wskazał, że z brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 55 w/w dyrektywy wynika obowiązek wyjaśniania ofert, w stosunku do których zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny, zaś w orzecznictwie i piśmiennictwie dominuje pogląd, że gdy różnica pomiędzy wartością zamówienia jest znacząca, zamawiający ma obowiązek wszcząć czynności mające na celu ustalenie, czy cena oferty najkorzystniejszej ma cechy rażąco niskiej. Podkreślił, że art. 90 ust. 1 ustawy i art. 55 dyrektywy statuują obowiązek, a nie uprawnienie zamawiającego w tym zakresie.

Podał także, że zgodnie z orzeczeniem ETS z 22 czerwca 1989 r. (C-103/88, Constanzo, ECR 1989, s-I -1839) niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o 10 % od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej zamówienia), bez dania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna, przy czym Trybunał zaznaczył również, że przepis dotyczący postępowania odnoszącego się do oferty rażąco niskiej ma skutek

bezpośredni, co oznacza, że jest on wystarczająco precyzyjny i bezwarunkowy, aby mógł być przytaczany w postępowaniach również przed sądami krajowymi oraz organami administracji. Procedura, określona w art. 55 dyrektywy 2004/18/WE ma charakter kontradiktoryjny i rozpoczyna się z momentem powzięcia podejrzenia, że cena podana w danej ofercie jest rażąco niska, a zamawiający powinien określić, które z elementów oferty budzą jego wątpliwości, co do rzetelności i w związku z tym zażądać wyjaśnień.

W ocenie protestującego, z powyższych uwag wynika, że w przypadku podejrzenia, że cena podana w ofercie może być rażąco niska, obowiązkiem zamawiającego jest wystąpienie do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dopiero po analizie przesłanych wyjaśnień możliwe jest dokonanie oceny tego wyjaśnienia oraz samej okoliczności stanowiącej podstawę wezwania, to jest tego, czy cena podana w ofercie istotnie jest rażąco niska. Wtedy też zamawiający może przeprowadzić badanie i ocenę ofert oraz dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Dopiero po dokonaniu tych czynności pozostali uczestnicy postępowania mogą dokonać oceny, czy podane w ofertach innych wykonawców ceny są rażąco niskie. W przypadku, gdy dochodzi do rozbieżności w ocenie tej okoliczności między zamawiającym a wykonawcą ten ostatni może skorzystać ze środków ochrony prawnej, mających na celu doprowadzenie do odrzucenia oferty z rażąco niską ceną. Sygnalizacja tej okoliczności poprzez wniesienie protestu przed uzyskaniem wyjaśnień byłaby przedwczesna.

Powołując się na opinię Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, iż „za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi (...). Punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena za przedmiot zamówienia. Ceną ustaloną przez zamawiającego, która będzie stanowiła punkt odniesienia do stwierdzenia, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną będzie wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT”.

Wskazał nadto, że w celu wytypowania ofert, które wymagają wyjaśnienia należy posługiwać się kryterium arytmetycznym, zaś punktem odniesienia może być tutaj w szczególności ustalona przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia, przy czym kluczowe jest wskazanie krytycznej różnicy pomiędzy ceną oferty a wartością przedmiotu zamówienia, która powinna powodować wszczęcie procedury wyjaśniającej. Protestujący podniósł, że w orzecznictwie arbitrażowym nie wykształcił się żaden jednolity standard, jednak wskazał na orzeczenia odnoszące się do przypadków, w których cena była niższa o 40% (sygn. akt UZP/ZO/0-69/05), 30% (sygn. akt UZP/ZO/0-48/05, sygn. akt KIO/UZP

588/08), 25%-30% (sygn. akt UZP/ZO/0-656/05), czy 20% (sygn. akt UZP/ZO/560/05), szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT.

Podał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający oszacował wartość zamówienia na 15.500.000 zł brutto, podczas gdy cena podana przez Polkomtel S.A. w ofercie wynosiła 3. 575.793, 76 zł brutto, natomiast następna w kolejności cena podana w ofercie protestującego wynosiła 5.719.110,00 zł brutto. Z zestawienia tego widać, że wartość brutto oferty Polkomtel S.A. stanowi ok. 23 % szacunkowej wartości zamówienia.

W ocenie protestującego, niezależnie od poglądu na temat „wartości granicznej” ceny ofertowej, która uzasadnia wszczęcie postępowania, o którym mowa w art. 90 ustawy Pzp, cena zaproponowana przez Polkomtel SA w niniejszym postępowaniu, pozostaje w rażącej dysproporcji do szacunkowej wartości zamówienia.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia w/w protestu przystąpił wykonawca Polkomtel S.A., zwany dalej przystępującym.

Wskazał, że protestujący wywodzi obowiązek zamawiającego do zażądania wyjaśnień z automatycznego, arytmetycznego porównania wartości szacunkowej zamówienia z ceną oferty Polkomtel, co w ocenie przystępującego nie znajduje uzasadnienia w przepisach ustawy Pzp, ponieważ przepisy te nie wskazują, jaki poziom różnicy miałyby kreować obowiązek zamawiającego do zażądania wyjaśnień. Oznacza to, zdaniem protestującego, że z woli ustawodawcy każdy przypadek musi być oceniany indywidualnie, w tym w szczególności biorąc pod uwagę charakterystykę przedmiotu zamówienia (powiązanie ceny z przedmiotem zamówienia). Dopiero jeżeli zamawiający podejrzewa, iż może mieć do czynienia z rażąco niską ceną, jest uprawniony i zobowiązany do zażądania wyjaśnień.

Powołując się na piśmiennictwo, orzecznictwo oraz opinie Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że ustawa Pzp, wprowadzając możliwość (a nawet obowiązek) odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Wspólnoty Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. W tej sytuacji, opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych (sygn. akt KIO/UZP 273/08).

Podniósł, że treść art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wskazuje, że punktem odniesienia dla kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej jest ustalona przez zamawiającego cena całkowita (tj. wartość przedmiotu zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o podatek VAT) w powiązaniu z przedmiotem zamówienia.

Podniósł także, że zamawiający dokonał szacunku z należytą starannością, bazując na posiadanych danych z „czynnych kontraktów”, zawartych - jak przystępujący się

domyśla - w przeważającej mierze kilkadziesiąt miesięcy temu. Wskazał, że rynek usług telekomunikacyjnych jest szalenie dynamiczny (zwłaszcza w ostatnim okresie obserwowany spadek cen postępuje bardzo szybko), zaś zamawiający jako podmiot, który nie zajmuje się profesjonalnie i stale rynkiem telekomunikacyjnym i mający z nim do czynienia jedynie „doraźnie” na potrzeby postępowania nie mógł prognozować spadku cen, gdyż taki szacunek - jako w naturalny sposób obciążony błędem - nie mógłby być uznany za dokonany z „należyłą starannością”.

Podniósł, że oferty złożone w postępowaniu wskazały, że ceny „historyczne” są nieaktualne w obecnych realiach rynkowych (również biorąc pod uwagę zakres realizacji zamówienia objętego postępowaniem). Oferty złożone w postępowaniu kształtują się na poziomie od 23,07 % do 36,90 % wartości szacunkowej zamówienia.

Przystępujący podał, że taki trend jest obecny w praktycznie wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dotyczących świadczenia usług telekomunikacyjnych o podobnym jak w przedmiotowym postępowaniu wolumenie, np. w postępowaniu prowadzonym przez Poczta Polska szacunkowa wartość zamówienia wynosiła ok. 6,5 mln zł, zaś oferta złożona przez protestującego opiewała na kwotę 1,4 mln, czyli 21,54 % wartości zamówienia (pozostałe oferty były rzędu 2,6 - 2,7 mln zł, co stanowi od 40,00 % do 41,54 % wartości zamówienia).

Przystępujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp powinien decydować następujący wynik analizy ofert pod kątem 1) szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług, 2) porównanie z innymi złożonymi ofertami, 3) cen rynkowych. Istotne przy tym jest wystąpienie więcej niż jednego z elementów powodujących wątpliwości, aby wszcząć procedurę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny (wyrok z dnia 14 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 794/08).

Stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu ani porównanie ceny oferty Polkomtel S.A. z ceną protestującego, ani cena oferty Polkomtel S.A. nie odbiegająca znacząco od cen rynkowych, nie prowadzą do wniosku o zasadności żądania wyjaśnień. Nie można zatem automatycznie dochodzić do wniosku, że zamawiający był uprawniony i zobowiązany do zażądania wyjaśnień, wręcz przeciwnie - staranny zamawiający nie prezentujący podejścia automatycznego do prowadzonego postępowania, a uwzględniający specyfikę przedmiotu zamówienia i bieżące trendy na danym rynku bierze pod uwagę te wszystkie okoliczności.

Zamawiający protest oddalił w całości.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta Polkomtel S.A. z ceną brutto 3.575.793,76 zł oraz oferta protestującego z ceną brutto 5.719.110,00 zł.

Podniósł, że wbrew twierdzeniom protestującego w toku badania przeanalizował oferty i stwierdził, że cena oferty Polkomtel S.A. jest ceną realną, to jest ceną, za którą można zrealizować przedmiot zamówienia. Cena ta nie odbiega bowiem od cen oferowanych w aktualnie rozstrzyganych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie odpowiadającym niniejszemu zamówieniu. Mając na względzie wszystkie okoliczności związane z wykonaniem zamówienia, w tym m. in. realia rynku usług telekomunikacyjnych, podlegających bardzo dynamicznym przemianom zamawiający uznał, że nie zachodziło i nie zachodzi przypuszczenie, iżby wybrana oferta zawierała rażąco niską cenę. Zamawiający nie miał zatem podstaw do wystąpienia do wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny, wobec czego zamawiający oceniając oferty i dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej nie uchybił przepisom prawa.

Dodał, że chybiona argumentacja podnoszona w proteście wypływa z błędnej i nieuprawnionej interpretacji przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jakoby zamawiający zobowiązany był niejako „automatycznie”, bez analizy stanu faktycznego związanego z konkretnym postępowaniem, do wzywania wykonawców do składania wyjaśnień w przedmiotowym zakresie.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentacje zawartą uprzednio w proteście.

Dodał, że w świetle podnoszonych przez niego argumentów należy uznać, że ustalenia zamawiającego odnośnie braku podejrzenia, że cena zawarta w ofercie Polkomtel S.A. może być rażąco niska, należy uznać za gołosłowne i nie poparte żadnymi dowodami, czy wyjaśnieniami wykonawcy. Nie jest też uzasadnione, aby to zamawiający poszukiwał argumentów i dowodów uzasadniających tezę, że cena zawarta w ofercie nie budzi podejrzeń, co do jej rażącego zaniżenia. Działanie takie, wyręczające jednego z wykonawców biorących udział w postępowaniu prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania.

Dodatkowo odwołujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005 r. (sygn. akt VI Ca 464/05), który nie podzielił poglądu, że to na zamawiającym spoczywa bezwzględnie ciężar wykazania, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W przypadku bowiem wszczęcia procedury ustalania, czy oferta zawiera niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, to na wykonawcy spoczywa ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena jest rażąco niska. Oznacza to, że ciężar dowodu odnośnie tego czy oferta zawiera rażąco niską cenę spoczywa na wykonawcy składającym ofertę, a dowody przedkładane są zamawiającemu i powinny znajdować się w aktach postępowania.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. ogłoszenia o zamówieniu (Dz. U. UE 2009/S 55-079516 z dnia 20.03.2009 r.), Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (druk ZP - 1 wraz z załącznikami), SIWZ, ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, tj. przez odwołującego i przystępującego, Analizy rynku usług telekomunikacyjnych w sektorze zamówień publicznych na wybranych przykładach zamówień udzielanych w okresie 09.2008 r. – 04.2009 r., a także stanowisk i oświadczeń stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniach do postępowania protestacyjnego i odwoławczego, a także w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnośnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny tak na etapie wnoszenia protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu niezasadnego zaniechania wezwania Polkomtel S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mogłoby doprowadzić do zakwalifikowania ceny Polkomtel S.A. jako rażąco niskiej i w konsekwencji doprowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy, co oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, skoro oferta odwołującego pozostałaby jedyną ofertą złożoną w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił następujące istotne dla rozstrzygnięcia sporu fakty:

1. przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 20.03.2009 r. (Dz. U. UE 2009/S 55-079516 z dnia 20.03.2009 r),
2. wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego w dniu 02.03.2009 r. na podstawie „analizy aktualnych cen rynkowych dostawców usług i operatorów na usługi telekomunikacyjne” wynosi 12 704 918,03 zł (druk ZP-1 pkt 3),
3. zamawiający w sekcji II.2.1) „Całkowita wielkość lub zakres” ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt. 4.4. SIWZ przewidział możliwość udzielenia zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, do 50% wartości zamówienia podstawowego,
4. stawka podatku od towarów i usług VAT właściwa dla przedmiotu zamówienia wynosi 22%,
5. wartość szacunkowa zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług VAT

wynosi 15 500 000,00 zł,

6. kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 15 500 000,00 zł (druk ZP-1 pkt. 9.3.),
7. wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego nie została zakwestionowana w toku postępowania przez żadnego z wykonawców,
8. jedynym kryterium oceny ofert jest cena (pkt 15.2. SIWZ),
9. termin składania ofert upłynął 17.04.2009 r.,
10. w przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty: Polkomtel S.A. zaoferował cenę w wysokości 3 575 793,76 zł, PTK Centertel Sp. z o.o. zaoferował cenę w wysokości 5 719 110,00 zł,
11. zamawiający nie wezwał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Kwestią sporną pomiędzy stronami jest to, czy zamawiający winien w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wezwać wykonawcę Polkomtel S.A. do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy z dokonanego przez odwołującego porównania ceny ofertowej Polkomtel S.A. i wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług VAT wynika, że cena tego wykonawcy stanowi 23 % tej wartości oraz w sytuacji, gdy cena ofertowa Polkomtel S.A. stanowi 62 % ceny ofertowej odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko odwołującego, co do istnienia ustawowego obowiązku wyjaśnienia przez zamawiającego cen ofert, wobec których zachodzi podejrzenie, że są to ceny rażąco niskie. Skład orzekający Izby nie podziela jednak stanowiska odwołującego, że w przedmiotowym postępowaniu zaistniały podstawy podjęcia podejrzenia zaoferowania przez Pomkomtel S.A. ceny rażąco niskiej.

Skład orzekający Izby podziela ugruntowane stanowisko wyrażane przez doktrynę i orzecznictwo, zgodnie z którym miernikiem porównania cen ofertowych winna być, w zależności od konkretnych okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o podatek od towarów i usług VAT,
2. ceny innych ofert złożonych w danym postępowaniu,
3. ceny rynkowe przedmiotu objętego zamówieniem.

Okoliczności danego postępowania mogą wskazywać, że:

1. wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego z należytą starannością, zgodnie z regułami wskazanymi w ustawie Pzp, w tym w szczególności co do terminu dokonywania szacunku,
2. wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego niezgodnie z regułami wskazanymi w ustawie Pzp, w tym w szczególności co do terminu dokonywania szacunku,
3. wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego z należytą starannością, zgodnie z regułami wskazanymi w ustawie Pzp, jednak po wszczęciu postępowania szacunek zamawiającego zdezaktualizował się i nie odzwierciedla już rzeczywistej wartości przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia, powiększona o stawkę podatku od towarów i usług VAT wynosiła 15 500 000 zł, jednak, czego nie uwzględnił w ogóle odwołujący, obejmowała, poza zamówieniem podstawowym, również wartość ewentualnych zamówień uzupełniających do 50%, co oznacza, że wartość ta dla zamówienia podstawowego wynosiła 10 333 333,33 zł, co oświadczył zamawiający na rozprawie.

Niezależnie od tego, czy wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego zgodnie, czy też niezgodnie z regułami wskazanymi w ustawie Pzp, to w sytuacji, gdy po wszczęciu postępowania nastąpiły zmiany w poziomie oferowanych cen, ustalona pierwotnie wartość szacunkowa powiększona o podatek od towarów i usług VAT nie może stanowić podstawy porównania do niej cen ofertowych.

Biorąc bowiem pod uwagę cel ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający, w sytuacjach nasuwających uzasadnione przypuszczenie o dezaktualizacji lub wadliwości ustalonego uprzednio szacunku, winien na etapie badania i oceny ofert zweryfikować ten szacunek, po to, aby nie porównywać cen ofertowych do wartości, które nie są aktualne, ponieważ nie uwzględniają zmian cen, które nastąpiły po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji, aby nie narazić się na wyeliminowanie z postępowania ofert z niższymi, choć realnymi cenami, a zatem, aby wydatek był dokonany w sposób oszczędny, jak wymaga tego przepis art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 z późn. zm.).

W ocenie składu orzekającego Izby, w przedmiotowym postępowaniu wystąpiły okoliczności, które winny doprowadzić zamawiającego do odstąpienia na etapie badania

ofert od ich weryfikacji w stosunku do uprzednio ustalonej wartości przedmiotu zamówienia, ponieważ:

1. jak oświadczył zamawiający na rozprawie swój szacunek oparł jedynie na „pozostających w jego dyspozycji dokumentach księgowych związanych z kosztami obecnie ponoszonymi przez zamawiającego na tego rodzaju usługi, pochodzących z okresu ostatnich 2 lat”, co w ocenie składu orzekającego Izby nie odzwierciedla aktualnego na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania poziomu cen, skoro są to dane bazujące na cenach oferowanych na rynku dwa lata temu, a nadto dotyczą jednego podmiotu zamawiającego, tj. TP S.A.,
2. w postępowaniu oferty złożyło dwóch bardzo istotnych „graczy” usług telekomunikacyjnych, a zaoferowane przez nich ceny odbiegają od wartości ustalonej przez zamawiającego; nie sposób bowiem nie dostrzec, że zarówno cena oferty Polkomtel S.A. na poziomie 3,6 mln, jak i cena oferty PTK Centertel Sp. z o.o. na poziomie 5,7 mln zł różnią się zauważalnie od poziomu wartości zamówienia, tj. poziomu ponad 10 mln zł.

W ocenie składu orzekającego Izby, w przedmiotowym postępowaniu również porównanie ceny oferty Polkomtel S.A. do oferty PTK Centertel Sp. z o.o., na co na rozprawie powołał się odwołujący, nie byłoby miarodajne.

Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, że o ile w postępowaniach, w których składanych jest wiele ofert, w celu ustalenia średniego poziomu ceny eliminuje się oferty skrajne, o tyle w przedmiotowym postępowaniu, ze względu na fakt złożenia jedynie dwóch ofert, nie jest to w ogóle możliwe. Oznacza to, że nie sposób uznać, która z tych ofert jest bliższa średnim cenom rynkowym, a także, że ta metoda oceny ceny najniższej w przedmiotowym postępowaniu nie może zostać zastosowana.

Koniecznym zatem jest odwołanie się do aktualnych cen rynku usług objętych przedmiotem zamówienia.

Skład orzekający Izby uznał więc, że trafnie zamawiający w toku badania ofert odwołał się do „cen oferowanych w aktualnie rozstrzyganych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie odpowiadającym niniejszemu zamówieniu” oraz „realiów rynku usług telekomunikacyjnych, podlegających bardzo dynamicznym zmianom”.

W ocenie składu orzekającego Izby, ze względu na udział w przedmiotowym postępowaniu wykonawców, którzy „kreują” ceny usług telekomunikacyjnych, ceny zaoferowane w tym postępowaniu same stanowią wystarczający wyznacznik aktualnych tendencji rynku tego rodzaju usług i na tej podstawie można stwierdzić, że występują zauważalne rozbieżności w poziomie oferowanych cen.

Dodatkowo skład orzekający Izby uznał, że zamawiający wykazał na rozprawie, poprzez przedłożoną Analizę rynku usług telekomunikacyjnych na przykładach zamówień udzielanych w okresie 09.2008 r. – 04.2009 r. przez innych zamawiających, której odwołujący nie kwestionował, że rozbieżności rzędu 39 % nie są obecnie odosobnione, a wszczynana procedura wyjaśnień prowadzi do obalenia domniemania zaferowania ceny rażąco niskiej, co potwierdził sam odwołujący w odniesieniu do postępowań, w których był zwycięzcą.

Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że skala przedmiotowego zamówienia jest większa od skali zamówień w większości przykładowo wskazanych przez zamawiającego (wartości netto na poziomie 100 tys. - 300 tys.), a także fakt, że po stronie przystępującego nie wystąpią koszty związane z budową infrastruktury, wreszcie, że 80% stawek zaferowanych przez przystępującego jest wyższa od stawek odwołującego, czemu ten nie zaprzeczył, a co ma znaczenia wobec oceny pod kątem rażącego zaniżenia całkowitej oferowanej ceny, skład orzekający Izby uznał, że brak było w przedmiotowym postępowaniu podstaw do przyjęcia domniemania, że cena zaferowana przez przystępującego jest ceną rażąco niską.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w przywołanym przez odwołującego w treści odwołania wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie, zgodnie z którym: „(..) w przypadku wszczęcia procedury ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, to na wykonawcy spoczywa ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena jest rażąco niska”.

Jednak zważyć należy, że w przedmiotowym postępowaniu, wedle oceny zamawiającego, ani Polkomtel S.A., ani odwołujący nie zaferowali ceny, wobec której zamawiający podjął podejrzenie, że są to ceny rażąco niskie, w konsekwencji czego skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że ciężar wykazania, że istnieją podstawy do wszczęcia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa na odwołującym.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 oraz art. 91 w związku z art. 7 ustawy Pzp.

Na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 z późn. zm.) 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:

.....

.....