

Sygn. akt: KIO/UZP 790/08

WYROK
z dnia 14 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Barbara Bettman

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Crowley Data Poland Sp. z o.o., ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, PI. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa** protestu z dnia 14 lipca 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Exatel S.A., ul. Perkuna 47, 04-164 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowną ocenę ofert po wezwaniu Wykonawcy wybranego do wyjaśnienia zarzutu rażąco niskiej ceny oraz nakazuje ponowny wybór najkorzystniejszej oferty,

2. kosztami postępowania obciąża Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, PI. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Crowley Data Poland Sp. z o.o., ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 5 632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote) przez **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, Pl. Powstańców Warszawy 1, 00-950 Warszawa** na rzecz **Crowley Data Poland Sp. z o.o., ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu i 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 17968 zł 00 gr. (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Crowley Data Poland Sp. z o.o., ul. Stawki 2, 00-193 Warszawa.**

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

Ogłoszenie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu ograniczonego zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.04.2008r. pod poz.2008/S 78 -105 966.

Przedmiotem zamówienia jest „świadczanie usług transmisji danych oraz dostępu do sieci Internet wraz z zestawieniem i uruchomieniem łącz dla Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego” dla Urzędu Komisji Nadzoru Finansowego Pl. Powstańców Warszawy 1, 00 - 950 Warszawa zwanego dalej “Zamawiającym”.

Pismem z dnia 14.07.2008r. Crowley Data Poland Sp. z o.o. 00-193 Warszawa, ul.Stawki 2 zwany dalej "Odwołującym" złożył protest dotyczący czynności oraz zaniechań Zamawiającego wnosząc o :

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Exatel S.A. ul.Perkuna 47, 04-164 Warszawa zwany dalej "Exatel" ,

2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a następnie odrzucenie oferty Exatel,
4. dokonanie ponownej oceny ofert spośród ofert nie podlegających odrzuceniu,
5. dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Składający protest zarzucił naruszenie art.7 ust.1, art.89 ust.1 pkt 3 i 4 , art.90 ust.1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U 2007 nr 223 poz.1655) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podał następujące okoliczności faktyczne i prawne.

W dniu 07.07.2008r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze oferty Exatel jako najkorzystniejszej.

Po zapoznaniu się z treścią oferty Odwołujący uznał, że zawiera ona rażąco niską cenę. Odczytana cena na otwarciu ofert wynosi 8.052.000,00 zł. Przy czym stanowi ona 150% wartości zamówienia, ponieważ uwzględnienia wartość zamówienia uzupełniającego. Bez zamówień uzupełniających wartość zamówienia brutto wynosi 5.368.000,00 zł. Wykonawca wybrany Exatel zaoferował natomiast cenę 2.518.080,00zł. co stanowi 47% wartości ceny szacunkowej brutto. W ocenie Odwołującego powyższa sytuacja obliguje Zamawiającego do zażądania wyjaśnień co do sposobu obliczenia ceny przez Exatel, a po ich uzyskaniu Zamawiający powinien ofertę Exatel odrzucić.

Odwołujący przywołał treść art.90 ust.1-3 ustawy Pzp zgodnie z którym Zamawiający powinien :

1. wezwać do złożenia wyjaśnień,
2. ocenić złożone wyjaśnienia,
3. odrzucić ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zacytował następujący fragment wydawnictwa Urzędu Zamówień Publicznych 2006r. autorstwa Agnieszki Kurowskiej, Mariusza Sarnowskiego, Grzegorza Wicika, Piotra Wiśniewskiego o tytule „Analiza Wyroków Sądów Okręgowych oraz Analiza Orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych o treści „ rażąco niska cena jest nie tylko pojęciem subiektywnym, ale również relatywnym. Dla jej ustalenia konieczne jest znalezienie punktu odniesienia. Przyjmuje się, że punktem odniesienia jest przedmiot zamówienia i jego wartość. Za ofertę z rażąco niską ceną należy bowiem uznać także ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania

zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. W pierwszym rzędzie należy zatem skierować uwagę na wysokość szacunkowej wartości zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług. Natomiast nie wydaje się, by spotykany w orzecznictwie arbitrażowym pogląd, że podstawą porównania może być wyłącznie szacunkowa wartość zamówienia, można nie było uznać za trafny. Istnieją również inne obiektywne kryteria, np : średnia cena pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowych.”- str. 169.

Według wyliczeń Odwołującego cena zaoferowana przez Exatel stanowi 47 % wartości szacunkowej zamówienia. Z kolei jako druga oferta Odwołującego stanowi 73% wartości oszacowanej przez Zamawiającego. Wartości kolejnych ofert wynoszą odpowiednio 81 % i 112 % wartości szacunkowej zamówienia brutto. Taka sytuacja powinna zmobilizować Zamawiającego co najmniej do wystąpienia do wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny.

Złożenie oferty z ceną rażąco niską stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z art.15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przywołał opinię Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003r. pn „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.Urz. UOKiK z 2003r. Nr 1, poz.240). W opinii tej stwierdzono między innymi, że jako utrudnianie dostępu do rynku czyli jako czyn nieuczciwej konkurencji, należy traktować (...) gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają 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 ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący w złożonym proteście także wskazał na zaniechanie odrzucenia oferty Exatel mimo zaistnienia przesłanek z art. 89 ust.1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp to jest gdy złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący w złożonym proteście również wskazał, że za wyżej wymienionym wydawnictwem „Analiza Wyroków Sądów Okręgowych oraz Analiza Orzeczeń Zespołów Arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych” obowiązkiem Zamawiającego w ramach należytej staranności jest eliminować oferty stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego sposób w jaki Exatel skalkulował cenę oferty wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji. Cena zaproponowana przez Exatel jest nierealistyczna, ponieważ nie pozwala na wypracowanie zysku czy nawet pokrycie kosztów realizacji zamówienia i przywołał na poparcie swojego stanowiska szereg wyroków zespołów arbitrow.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 18.07.2008r. do przystąpienia do postępowania protestacyjnego, w dniu 23.07.2008r. przystąpił Exatel wskazując, że w przypadku odrzucenia jego oferty nie uzyskał by zamówienia publicznego, czym uzasadnił swój interes prawny w przystąpieniu oraz żądając oddalenia protestu.

We wniesionym przystąpieniu wskazał, że wezwanie otrzymał w dniu 21.07.2008r., a kopie przystąpienia przekazał również składającemu protest.

W uzasadnieniu między innymi podniósł, że ciężar udowodnienia faktu obciąża stronę, która z tego faktu wywodzi skutki prawne.

W jego ocenie składający protest nie wykazał rażąco niskiej ceny chociażby poprzez porównanie ceny oferty z cenami rynkowymi.

Dalej stwierdził, że w ostatnich latach ceny rynkowe spadły o około 40 %. Założył, że Zamawiający dokonał wyceny świadczenia usługi na podstawie dotychczasowych jego umów to jest umów sprzed kilku lat.

Przywołał raport Urzędu Komunikacji Elektronicznej nt. stanu rynku telekomunikacyjnego za 2006r., z którego wynika, że przedsiębiorcy telekomunikacyjni dla większych firm stosują ceny poniżej oficjalnych cenników, które pozostają aktualne jedynie dla mniejszych firm. W ocenie przystępującego Exatel sytuacja ta powoduje to, że Zamawiający nie miał możliwości ustalenia prawidłowej wartości szacunkowej zamówienia. Jediną możliwością oceny oferty Exatel mogą stanowić ceny podane przez pozostałych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Exatel oświadczył również, że jego cena jest realistyczna i pozwala zrealizować zamówienie zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, gwarantując wykonawcy satysfakcjonujący zysk.

Oświadczył również, że dla wielu lokalizacji posiada łącza, co powoduje brak konieczności przygotowania infrastruktury lub posługiwania się infrastrukturą innych operatorów. Zaistniała sytuacja powoduje, że może złożyć ofertę bardziej konkurencyjną od pozostałych wykonawców i oszczędności z tego tytułu szacuje na 50 -60 % ceny oferty.

Pismem z dnia 28.07.2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go w całości, uznając zarzuty Odwołującego za bezzasadne. W uzasadnieniu stwierdził, że ceny rynkowe usług informatycznych ulegają bardzo dynamicznym zmianom, czego Zamawiający

nie mógł przewidzieć szacując przedmiot zamówienia na podstawie wcześniejszych zamówień. Z argumentów przedstawionych przez Wykonawcę wybranego Exatel w przyłączeniu do postępowania protestacyjnego wynika, że cena zaproponowana jest realistyczna. W ocenie Zamawiającego nie występuje po stronie Exatel utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia co wypełniałoby dyspozycje art. 15 ust.1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Według Zamawiającego, Odwołujący Crowley Data Poland stawiając zarzut ceny rażąco niskiej, nie wskazał obowiązujących cen rynkowych, co umożliwiło by Zamawiającemu dokonanie stosownych porównań i dokonanie oceny czy zachowanie Exatel jest zgodne z zasadami uczciwej konkurencji.

Zamawiający przywołuje raport Urzędu Komunikacji Elektronicznej na temat stanu rynku telekomunikacyjnego za rok 2006 z którego wynika, że niektórzy przedsiębiorcy telekomunikacyjni wobec większych nabywców ich usług stosują obniżone opłaty za dzierżawione łącza w porównaniu z opłatami oferowanymi przez nich mniejszym przedsiębiorcom, licząc na dalszą współpracę w zakresie nabywanych usług. W związku z tym, że Zamawiający nie mógł ustalić prawidłowej kwoty projektu, odniesieniem do porównania ofert powinny być kwoty poszczególnych ofert.

Zamawiający przyjmuje za wiarygodne oświadczenie Exatel, że ustalona przez niego cena gwarantuje mu wypracowanie satysfakcjonującego zysku.

Za oddaleniem protestu przekonała Zamawiającego również argumentacja Exatel, że w wielu lokalizacjach Zamawiającego posiada on własną infrastrukturę sieciową (węzły sieci szkieletowej transmisji danych). W związku z tym nie musi ponosić kosztów zakupu, dostawy i zamieszczenia odpowiednich łączy. Dzięki temu ich oferta mogła zostać obniżona o 50 - 60% .

Pismem z dnia 29.07.2008r. Crowley Data Poland (wpływ bezpośredni do Urzędu Zamówień Publicznych) złożył odwołanie od braku rozstrzygnięcia protestu wnosząc i wywodząc jak w proteście.

Niemniej w odwołaniu ustosunkował się do rozstrzygnięcia protestu, który otrzymał za pismem z dnia 28.07.2008r.

Na podniesioną okoliczność w rozstrzygnięciu protestu, że Zamawiający ustalił wartość na podstawie umów z lat poprzednich bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych przywołał wyrok Zespołu Arbitrów Sygn. akt UZP/ZO/0-22/07 zgodnie z którym takie postępowanie zamawiającego nie może być aprobowane w myśl zasad zawartych w art.7 ustawy Pzp to jest zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania stron. Brak wyjaśnienia czy cena ma charakter rażąco niski stanowi naruszenie art. 90 ust.1 i 2 , a także art.7 ust.1 ustawy Pzp.

Twierdzenie Zamawiającego o spadku cen średnio o 40 % nie usprawiedliwia zaniechania procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wobec faktu, iż cena oferty Exatel wynosi 47 % wartości szacunkowej, a oferta Odwołującego 73 %, a pozostałych wykonawców 81 % i 112%.

Twierdzenia zarówno w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego Exatel jak i w rozstrzygnięciu protestu o ciężarze dowodowym z przywołaniem art.6 k.c. nie są usprawiedliwione wobec brzmienia art. 90. ust.3 ...”dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami”.

Na poparcie swojego twierdzenia, że cena Exatel jest rażąco niska przywołano wyrok KIO z dnia 2008.02.14 Sygn.akt KIO/UZP/73/08 gdzie na rozstrzygnięcie czy cena ma charakter rażąco niski przywołano internetowy Słownik Języka Polskiego rażący to : rzucający się w oczy, wyraźny, bardzo duży.”

Przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta Exatel może być tańsza o 50 -60 % jest niewiarygodne wobec stwierdzenia w piśmie Zamawiającego z dnia 26.06.2008r, że „Zamawiający nie może też przyznać racji Protestującemu jakoby faworyzował dotychczasowego Wykonawcę usług, ponieważ w lokalizacjach terenowych Zamawiający nie posiada żadnej infrastruktury teleinformatycznej, będzie ona budowana w ramach realizacji Zamówienia”. Wyjaśnienia Exatel pozostają w sprzeczności z wyżej przedstawionymi wyjaśnieniami Zamawiającego.

Tak więc zarzut Odwołującego o rażąco niskiej cenie oferty Exatel w jego ocenie jest zasadny.

Odwołujący w tym stanie rzeczy podtrzymuje swoje zarzuty przedstawione w proteście i wnosi o uwzględnienie odwołania.

Pismem z dnia 07.08.2008r. (wpływ bezpośredni w dniu 11.08.2008r.) Exatel zgłasza przystąpienie do postępowania odwoławczego wnosząc i wywodząc jak w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Dodatkowo Exatel przedstawił następującą argumentację w sprawie.

Cena zaoferowana przez Exatel jest niższa od oferty Odwołującego zaledwie o 26 % w odniesieniu do kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tym miejscu powołał się na wyrok Z.A. z 04.04.2005r. sygn.akt UZP/ZO/0-560/05 zgodnie z którym przywołano wyrok z 04.07.2003r. gdzie Zespół Arbitrów uznał cenę za rażąco niską o 38 % tańszą od konkurenta i nakazał przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego. Z kolei zdaniem Przewodniczącej Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych, cena niższa o 20 % nie budzi jeszcze zastrzeżeń. Wątpliwości pojawiły się dopiero przy dysproporcji 30 %. Wniosek jaki z powyższego wywodzi Exatel to

26 % rozbieżności w zaoferowanych cenach nie powoduje obowiązku wzywania Exatel do złożenia wyjaśnień.

Z kolei co do cytowanego fragmentu rozstrzygnięcia protestu z dnia 26.06.2008r. to jest wyrwany fragment z kontekstu. W piśmie tym Zamawiający uznając racje wykonawcy przedłużył czas na składanie ofert. Stwierdzenie Zamawiającego w cytowanym piśmie, że nie posiada w większości lokalizacji odpowiednich łączy wcale nie przeczy faktowi, iż Exatel posiada w większości lokalizacji Zamawiającego odpowiednie łącza.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje :

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na podstawie dokumentacji przetargowej oraz wyjaśnień stron złożonych na rozprawie Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający pismem z dnia 07.07.2008r. zawiadomił uczestników postępowania o :

1. wyborze najkorzystniejszej oferty Exatel S.A. z siedzibą w Warszawie,
2. wynikach pozostałych ofert :
 - 2.1. Crowley Data Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 0,64 punktu,
 - 2.2. Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie – 0,58 punktu,
 - 2.3. Telekomunikacja Kolejowa Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – 0,42 punktu.

Na otwarciu ofert w dniu 07.07.2008r. Zamawiający podał w oparciu o uprzednio ustaloną kwotę szacunkową zamówienia kwotę jaką zamierza przeznaczyć na zamówienie z uwzględnieniem zamówienia uzupełniającego na kwotę brutto : 8.052.000,00 zł.

Po uwzględnieniu kwoty zamówienia uzupełniającego kwota ta wynosi 5.368.000,00 zł. brutto.

Przy czym składający ofertę w postępowaniu zaoferowali następujące kwoty :

1. Exatel 2.518.080,00 zł. co stanowi 47 % wartości szacunkowej zamówienia,
2. Odwołujący 3.900.096,00 zł. co stanowi 73 % wartości szacunkowej zamówienia,
3. T.P. S.A. 4.327.584,00 zł. co stanowi 81 % wartości szacunkowej zamówienia,
4. Telekomunikacja Kolejowa 5.999.973,00 zł. co stanowi 112 % wartości szacunkowej zamówienia.

Z wyjaśnień złożonych przez przedstawicieli Zamawiającego na rozprawie wynika, że ustalenia wartości szacunkowej zamówienia ustalono w następujący sposób :

1. uwzględniono dotychczas zawarte jednostkowe umowy przez Zamawiającego z wykonawcami świadczącymi usługi zbieżne z usługami stanowiący przedmiot niniejszego postępowania,
2. uwzględniono założenia przyjęte do niniejszego zamówienia co do zakresu świadczenia usług to jest ich lokalizacji i przepustowości przewidzianych usług tak jak w tabeli cenowej zamieszczonej w formularzu ofertowym, a uwzględniającej rodzaj usługi (transmisja danych, dostęp do Internetu), lokalizacja (23 lokalizacje w Warszawie i na terenie kraju), typ łączy (przewodowe lub bezprzewodowe), pasmo (4, 8 , 34 Mbit/sek),
3. zastosowano do obliczonej ceny według założeń zamówienia jej obniżenie o 25 % z uwagi na skalę zamówienia oraz możliwość wyboru przez wykonawcę tańszej technologii (przewodowej bądź bezprzewodowej),
4. ustaloną według powyższych czynników cenę podwyższono o 10 % z uwagi na no do przewidzenia koszty wykonywania usługi z uwagi na założony 48 miesięczny okres jej świadczenia.

Ze złożonych przez Zamawiającego wyjaśnień wynikało również, że bazowe ceny do wyliczenia wartości szacunkowej zamówienia pobrano z dotychczas zawartych umów przez Zamawiającego, których czas trwania określony był na okres jednego roku.

Z tabeli cenowej zawartej w Formularzu ofertowym wynika, że 15 lokalizacji przewidzianych do świadczenia usług na ogółem 23 lokalizacje znajdują się poza siedzibą główną Zamawiającego w Warszawie to jest na terenie całego kraju.

W toku rozprawy Zamawiający wyjaśnił zarzucane w odwołaniu sprzeczności wynikające z rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego w stosunku do stanowiska Przystępującego do postępowania odwoławczego Exatel, a przedstawionego w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego odnoszącego się do cytuję "...już na chwilę obecną posiada w większości lokalizacji Zamawiającego odpowiednie łącza (tj. własną infrastrukturę sieciową – węzły sieci szkieletowej transmisji danych), co powoduje, iż konieczność odpowiedniego przygotowania infrastruktury lub posiłkowania się infrastrukturą innych operatorów zostaje znacznie ograniczona i w sposób znaczący wpływa na wysokość zaoferowanej ceny (...) bowiem przy uwzględnieniu w cenie oferty np. kosztów nowej infrastruktury (łączy), cena oferty złożonej przez Exatel S.A. wzrosłaby o ok. 50 -60 %."

Zamawiający wyjaśnił, że nie posiada na przedmiotowe usługi umów z Exatel, a umowy te w niektórych lokalizacjach terenowych ma zawarte Exatel z NBP do obiektów, które od

niedawna użytkuje Zamawiający na podstawie umów z NBP. Dlatego też Zamawiający oświadczył w rozstrzygnięciu protestu z dnia 26.06.2008r, ..." w lokalizacjach terenowych Zamawiający nie posiada żadnej infrastruktury teleinformatycznej, będzie ona budowana w ramach realizacji zamówienia."

Z wyjaśnień złożonych na rozprawie przez Zamawiającego, Exatel oraz Odwołującego wynika również, że zarówno Odwołujący jak i Wykonawca wybrany Exatel świadczą usługi informatyczne dla właściciela obiektów zlokalizowanych na terenie kraju to jest dla Narodowego Banku Polskiego, w których Zamawiający oczekuje między innymi świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia to jest transmisji danych i dostępu do Internetu.

Izba przyjęła w poczet dowodów złożone przez Odwołującego na rozprawie następujące pisma :

1. wystąpienie Odwołującego do NBP z dnia 11.06.2008r. o wyrażenie zgody na wykorzystanie instalacji radiowych zainstalowanych w 15 0/0 NBP w przypadku realizacji usług dla Zamawiającego
2. odpowiedź NBP z dnia 25.06.2008r. L.dz. DIT-PBT-2541/01282/2008 nie wyrażające zgody na wykorzystanie instalacji w celu świadczenia usług dla Zamawiającego.

Izba zważyła co następuje :

Odwołujący w złożonym proteście żądał od Zamawiającego wezwania wykonawcy wybranego to jest Exatel do złożenia wyjaśnień na okoliczność ustalenia ceny w trybie art.90 ustawy Pzp, ponieważ cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest rażąco niska, a jej zaoferowanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ cena ta nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia, a tym bardziej uniemożliwia osiągnięcie zysku, który stanowi cel prowadzenia działalności gospodarczej.

Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Exatel odpierali zarzut rażąco niskiej ceny poprzez twierdzenie, że w ostatnich latach ceny usług informatycznych obniżyły się nawet do 40 %, a Zamawiający ustalił wartość zamówienia w oparciu o szacunki uprzednio zawartych umów. Również twierdzili, że praktycznie cen rynkowych nie ma, ponieważ przedsiębiorcy informatyczni posiadane cenniki świadczenia przez nich usług stosują tylko do małych przedsiębiorców, ponieważ wobec dużych przedsiębiorców stosują znaczne upusty.

W tej sytuacji Zamawiający oraz Exatel twierdzili, że odniesieniem do ceny ofertowej Exatel nie może być wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego, ponieważ jest nieprawidłowa, a jedynie bezpośrednie porównanie cen ofert złożonych przez

poszczególnych wykonawców. Przy czym Exatel w piśmie z 07.08.2008r. stanowiącym przyłączenie się do postępowania odwoławczego stwierdził, że znaczna różnica pomiędzy poszczególnymi ofertami to różnica co najmniej 38 % i wątpliwości może budzić dopiero różnica przy 30 % dysproporcji, a przecież oferta Exatel jest tylko o 26 % tańsza od stawiającego zarzut rażąco niskiej ceny Odwołującego.

Ponadto jako bezpośrednią przyczynę różnicy cen pomiędzy Odwołującym a Exatel ten ostatni upatrywał w braku konieczności budowania łączy, którymi już na dzień otwarcia ofert dysponuje, co spowodowało obniżenie jego ceny o 50 -60 % całych kosztów realizacji usługi.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego i Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego Exatel z następujących powodów.

Po pierwsze zasadne są twierdzenia Odwołującego, że podstawą porównań do stwierdzenia rażąco niskiej ceny jest przedmiot zamówienia, a właściwie jego wycena przez Zamawiającego w postaci wartości szacunkowej zamówienia z uwzględnieniem obowiązujących stawek podatku vat. Odpowiada to treści art.90 ust.1 ustawy Pzp zgodnie z którym cytuję stosowny fragment "Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia..."

Po drugie Zamawiający i Exatel nie wykazali, że wartość szacunkowa zamówienia została ustalona nieprawidłowo i w związku z tym nie może stanowić odniesienia do zaoferowanych w postępowaniu cen. Z dokumentacji przetargowej oraz wyjaśnień złożonych na rozprawie wynika, że Zamawiający prawidłowo ustalił wartość zamówienia, ponieważ uwzględnił co prawda ceny z uprzednio zawartych umów, ale były to umowy krótkoterminowe to jest roczne, dokonał obniżenia wartości ustalonej o 25 % z uwagi na skalę zamówienia w stosunku do poprzednio zawartych przez niego umów, po czym zastosował podwyższenie ustalonej wartości o 10 % z uwagi na nie do przewidzenia koszty realizacji usługi z powodu czasookresu jej trwania ustalonego na 48 miesięcy.

Po trzecie porównując wartość zamówienia ustaloną przez Zamawiającego z ceną oferty Wykonawcy wybranego należy stwierdzić, że stanowi ona zaledwie 47 % wartości zamówienia co powinno obligować Zamawiającego do sprawdzenia z własnej inicjatywy czy na wskutek żądania Odwołującego, zarzutu rażąco niskiej ceny.

Po czwarte Izba przyjmując w poczet dowodów pismo stanowiące negatywną odpowiedź na pytanie Odwołującego czy będzie mógł wykorzystać do realizacji usługi dla Zamawiającego dotychczasową instalację służącą aktualnie do realizacji umowy z NBP powzięła uzasadnione przekonanie co do gołosłowności twierdzeń Wykonawcy wybranego Exatel co do możliwości wykorzystania instalacji za pomocą której aktualnie realizuje zadania dla NBP co powoduje, że twierdzenia Exatel o obniżeniu ceny od 50 do 60 % z tego tytułu są bezpodstawne.

Po piąte należy zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego co do obowiązku udowodnienia braku rażąco niskiej ceny po stronie Wykonawcy wybranego, a nie Odwołującego w przypadku wezwania do wyjaśnień przez Zamawiającego w trybie art. 90 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy odwołanie zostało uwzględnione z uwagi na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Pzp za wyjątkiem przedwczesnego żądania Odwołującego co do nakazania odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp. oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty zastępstwa pełnomocnika zgodnie z przedłożoną fakturą oraz koszty wpisu Odwołującego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*