

WYROK
z dnia 17 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17.10.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Komisji Nadzoru Finansowego, 00-950 Warszawa, PI. Powstańców Warszawy 1** protestu z dnia **10 września 2008 r.**

przy udziale **Exatel S.A., 04-164 Warszawa, ul. Perkuna 47** zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1 oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2;**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Crowley Data Poland Sp. z o.o., 00-193 Warszawa, ul. Stawki 2;**

U z a s a d n i e

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *świadczenie usług transmisji danych oraz dostępu do sieci Internet wraz z zestawieniem i uruchomieniem łącz dla Urzędu Komunikacji Nadzoru Finansowego* (numer referencyjny DAB.230-158/08), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 kwietnia 2008 r. nr 78, pozycja 105966.

Zamawiający w dniu 4 września 2008 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Exatel S.A. W dniu 10 września 2008r. Odwołujący się wniósł protest wobec dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień udzielonych przez Exatel S.A. dotyczących rażąco niskiej ceny, a także zaniechania odrzucenia tej oferty oraz uznania za skuteczne dokonanego zastrzeżenia części wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. W ocenie Odwołującego się wskazane działania i zaniechania Zamawiającego doprowadziły do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 2 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4, 90 ust. 2 i 3, art. 96 ust. 3 ustawy Pzp. W dniu 19 września 2008r. Zamawiający oddalił przedmiotowy protest, a w dniu 24 września 2008r. Wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym podtrzymał wszystkie zarzuty podniesione w proteście.

W wyjaśnieniach dotyczących ceny oferty, powołane zostały przez Wykonawcę jako uzasadniające jej wysokość, okoliczności spadku cen usług telekomunikacyjnych w okresie ostatnich lat o około 40 %, a także wielkość klienta nabywającego usługę, które przekładały się na kalkulację ceny za łącza dzierżawione. Powodują one, że przeprowadzona przez Zamawiającego kalkulacja wartości zamówienia dokonana w oparciu o dotychczasowe ceny usług nie odzwierciedla faktycznej ceny tych usług w bieżącym okresie. Zatem punktem odniesienia dla ustalenia rażąco niskiej ceny powinny być oferty złożone w postępowaniu. Z wyjaśnień wynika, że wpływ na cenę oferty miała m.in. cena dostarczanego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia sprzętu – routerów wynegocjowana indywidualnie z producentem oraz posiadana na terenie całego kraju infrastruktura sieciowa. Ponadto Wykonawca uwzględnił tendencję spadku cen w okresie realizacji umowy. Na stronach 4, 5 i 6 wyjaśnień Exatel S.A. przedstawiła podstawowe wielkości cenowe, będące podstawą

szczegółowej kalkulacji oferty w zakresie transmisji danych, zastrzegając ich poufność, gdyż jako informacje handlowe stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa.

W ocenie Odwołującego, w wyjaśnieniach Exatel S.A. nie wykazała wystąpienia okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2, które uzasadniałyby wysokość ceny wskazanej w ofercie. Stanowisko Zamawiającego przedstawione w rozstrzygnięciu protestu potwierdza również, iż wyjaśnienia nie były wystarczające dla dokonania oceny, zatem późniejsze ich uzupełnienie w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego nie mogło mieć wpływu na dokonanie oceny, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Stanowisko Exatel S.A. o braku możliwości brania pod uwagę dla porównania ceny kwoty wskazanej w budżecie nie ma znaczenia, gdyż cena podana przez Exatel S.A. również w odniesieniu do innych ofert jest bardzo niska. Wskazana przyczyna spadku cen na rynku telekomunikacyjnym dotyczy także pozostałych wykonawców i nie może uzasadniać występującej różnicy w cenie. Przyjęcie tendencji spadku cen przez cały okres obowiązywania umowy nie jest uzasadnione, gdyż raport UKE za rok 2007 dotyczący rynku detalicznego dzierżawy łączy telekomunikacyjnych nie kontynuuje perspektywy obniżenia stawek. Ponadto różnica 1 400 000 zł brutto nie może być efektem upustu uzyskanego od producenta zaoferowanego przez wszystkich wykonawców sprzętu, gdyż różnice w cenie zakupu mogą sięgać kilku procent. Wszyscy wykonawcy realizują dużą ilość kontraktów z użyciem sprzętu sieciowego, a jeden z nich ma status Złotego Partnera firmy Cisco, jednak mimo tego jego oferta jest wyższa o ponad 1 800 000 zł. brutto. Stanowisko Exatel, jakoby wpływ na wysokość ceny miała „marża finalna”, a nie niższe koszty zakupu sprzętu, może rodzić podejrzenie, że routery zostały zaoferowane bez zastosowania marży, bądź nawet poniżej kosztów ich zakupu, co stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji. Wskazana przez Exatel okoliczność, iż posiada on w 17 z 18 lokalizacji swoją infrastrukturę (węzły transmisyjne), która powstała dla celów świadczenia usług dla NBP, nie dotyczy trzech placówek, w których Exatel S.A. nie posiada infrastruktury związanej ze świadczeniem usług dla NBP i będzie zmuszony dopiero ją zbudować. Są to łącza o dużej przepustowości i stanowiące znaczną część kosztów usługi. Exatel kalkulował swoją cenę dla okresu 48-miesięcznego, a także zakładając spadek cen. Rodzi to niebezpieczeństwo przeprowadzenia kalkulacji w oderwaniu od kosztów, a w przypadku wypowiedzenia umowy po 24 miesiącach, usługa będzie świadczona poniżej kosztów jej wytworzenia. Ponadto Odwołujący się zarzucił nieuprawnione utajnienie części wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy tj., min. informacji dotyczących ceny, a Ana Zamawiającym ciąży obowiązek zbadania poprawności dokonanego zastrzeżenia. Z oświadczenia Exatel S.A. wynika, że zastrzeżone zostały „podstawowe wielkości cenowe”, czyli informacje, które w świetle art. 86 ust. 4 ustawy nie mogą być zastrzeżone.

W ocenie Zamawiającego udzielone w dniu 29 sierpnia wyjaśnienia nie budziły wątpliwości, a argumenty przedstawione przez Exatel S.A. w przystąpieniu do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu tylko utwierdził Go w przekonaniu o słuszności podjętej decyzji. Stanowisko Odwołującego się nie zostało poparte żadnymi dowodami i ogranicza się do lakonicznych stwierdzeń, jakoby cena była nierealistyczna i nie pozwalała na wypracowanie zysku. W ocenie Zamawiającego utajnione informacje są informacjami organizacyjnymi i technicznymi przedsiębiorstwa i jako takie nie mogą zostać ujawnione.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Exatel S.A. Skład orzekający postanowił na posiedzeniu dopuścić do udziału w postępowaniu Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, a także dokumentacji postępowania, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie naruszył przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty Exatel S.A. Wykonując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 sierpnia 2008 r. (KIO/UZP 790/08), Zamawiający wezwał Exatel S.A. do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a następnie dokonał ich oceny. W wyniku badania uznał, iż wyjaśnienia w sposób dostateczny potwierdzają, że Wykonawca dokonał rzetelnej kalkulacji ceny. W orzecznictwie przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena pozostaje w rażącej dysproporcji do indywidualnie oferowanego świadczenia. O rażącej dysproporcji można natomiast mówić, jeżeli cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, ponieważ nie jest wyrazem konkretnych indywidualnych możliwości ekonomicznych wykonawcy, ani adekwatną reakcją na sytuację na rynku (komentarz G.Wicik, P.Wiśniewski, 2007r., str. 89). Zobrazowaniem cen rynkowych są przede wszystkim oferty złożone w postępowaniu, pomiędzy którymi występują dość znaczne rozbieżności w zakresie ceny. Oferta Exatel S.A jest najniższa ze złożonych w postępowaniu, a następne w kolejności oferty są droższe o 55 % (CDP), 72 % (oferta TP S.A) oraz 238 % (TK). W postępowaniu złożone zostały cztery oferty, z których tylko jedna opiewała na kwotę wyższą niż wartość szacowana przez Zamawiającego, a pozostałe stanowiły 47 % (Exatel S.A.), 73 % (CDP), 81 % (TP SA) tej wartości. Pomimo występujących różnicy, samo porównanie cen nie było wystarczające dla ustalenia, czy oferta Przystępującego zawierała rażąco niską cenę. Wyjaśnienia udzielone w dniu 29 sierpnia 2008 r. wskazują, w ocenie Izby, na okoliczności przesądzające o wystąpieniu

warunków sprzyjających wykonaniu zamówienia przez Exatel S.A., które miały przełożenie na sposób kalkulacji ceny oferty, a które nie zostały podważone przez Odwołującego się w toku rozprawy. Izba uznała, iż Odwołujący się nie przedstawił dowodu na zaprzeczenie twierdzeniu Exatel S.A., jakoby miała ona rozbudowaną sieć infrastruktury technicznej, tj. posiadała kable światłowodowe pozwalające w zdecydowanym stopniu na obniżenie kosztów świadczenia usługi o koszt stworzenia sieci dla potrzeb niniejszego zamówienia. Izba w tym miejscu wskazuje, iż ciężar dowodu braku wystąpienia rażąco niskiej ceny, o którym mowa w wyroku KIO z dnia 14 sierpnia 2008 r., dotyczy innego stanu sprawy. W poprzednim postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, rozstrzygnięcie wraz z uzasadnieniem dotyczyło potwierdzenia wystąpienia przesłanki zobowiązującej Zamawiającego do wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących kalkulacji ceny. W takiej sytuacji to na Wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, iż zaofferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast w przypadku złożenia stosownych wyjaśnień poddawanych ocenie przez Zamawiającego, ciężar dowodu co do niewystarczalności złożonych wyjaśnień dla uznania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Odwołującym się. Potwierdza to również przywołany przez Przystępującego wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30.01.2007 r. sygn. Akt XIX Ga 3/07, w którym sąd stwierdził, iż *„Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne”*. Odwołujący w szczególności nie przedstawił dowodów w postaci przyjętych na rynku cen urządzeń, czy też kosztów stworzenia sieci. Na tej podstawie, z braku przedstawienia dowodów mogących podważyć nie utajnioną część wyjaśnień udzielonych przez Wykonawcę, zarzut należało uznać za nieuzasadniony. W sposób oczywisty, Odwołujący się nie mógł odnieść się do części wyjaśnień objętych poufnością, co jednak nie zwalniało go z obowiązku przedstawienia dowodów podważających jawną część wyjaśnień, czego w toku rozprawy nie dokonano. Ponadto, utajniona część wyjaśnień wskazuje, że Wykonawca zakłada osiągnięcie zysku na poziomie 20 %. Tym samym należało oddalić zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Exatel S.A., jako zawierającej rażąco niską cenę. Podkreślenia wymaga fakt, iż wystąpienie przesłanki z art. 90 ust. 3 zachodzi w sytuacji, gdy dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. W niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający nie mógł na podstawie przedłożonych wyjaśnień stwierdzić takiej okoliczności, gdyż wyjaśnienia udzielone przez Wykonawcę w sposób szczegółowy przedstawiały dokonaną kalkulację, ze wskazaniem poszczególnych elementów cenotwórczych, w tym zakładanego zysku. Ustalenia tego nie można było również uczynić w oparciu o szacunkową wartość

zamówienia, która jedynie mogła uzasadniać powzięcie podejrzenia co do wystąpienia rażąco niskiej ceny. Zgodnie z orzeczeniem ETS z 22.6.1989 r. (C-103/88) niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie na podstawie wyłącznie arytmetycznego kryterium i odrzucenia ofert poniżej pewnego poziomu, bez podania oferentom możliwości wykazania, że ich oferta jest rzetelna. Zatem dopiero wyjaśnienia mogą stanowić podstawę decyzji Zamawiającego o uznaniu bądź nie złożenia oferty z rażąco niską ceną.

W zakresie zarzutu zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji dotyczących ceny, Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył art. 8 ust. 2 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, która nakłada na niego obowiązek zbadania, czy rzeczywiście utajniona informacja wypełnia przesłanki tajemnicy przedsiębiorstwa, a w przypadku negatywnej oceny jej odtajnienia. Tajemnicą przedsiębiorstwa, zgodnie z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania poufności. Informacją taką niewątpliwie jest informacja handlowa mająca wartość gospodarczą. Informacjami tymi są w szczególności informacje nieujawnione do wiadomości publicznej o kontrahentach przedsiębiorcy, wielkości produkcji, czy też podpisanych umowach i kwotach z nich wynikających. Stanowią one niewątpliwie wartość gospodarczą, mającą znaczenie dla prowadzonej działalności gospodarczej, w tym dla pozycji podmiotu na rynku konkurencyjnym i wypełniają przesłankę określoną w art. 11 ust. 4 ZNKU. Izba przyznała, że dane te podlegają ochronie i nie mogą być, w przypadku ich zastrzeżenia przez Wykonawcę, udostępniane do wiadomości publicznej. W tym miejscu Izba wyraża opinie, iż wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień, mogących wiązać się z ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa, może skutecznie zastrzec ich poufność w momencie ich składania. Oczywistym jest brak możliwości dokonania stosownego zastrzeżenia w momencie składania oferty, gdyż nie są to dane, żądane przez Zamawiającego w specyfikacji.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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*