

Sygn. akt: KIO/UZP 262/09

**WYROK**  
**z dnia 17 marca 2009r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący      Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Członkowie:            Małgorzata Stręciwiłk**  
**Ryszard Tetzalff**

**Protokolant:          Wioleta Paczkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **TBM Telekom Sp. z o. o., 00-180 Warszawa, ul. Miła 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Szpital Kliniczny Dzieciątka Jezus - Centrum Leczenia Obrażeń, 02-005 Warszawa, ul. Lindleya 4** protestu z dnia **13 lutego 2009 r.**

przy udziale **Telekomunikacja Polska S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **TBM Telekom Sp. z o. o., 00-180 Warszawa ul. Miła 2,** 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 **TBM Telekom Sp. z o. o., 00-180 Warszawa, ul. Miła 2,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 **TBM Telekom Sp. z o. o., 00-180 Warszawa, ul. Miła 2.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Świadczenie usług telekomunikacyjnych", wykonawca - TBM Telekom Sp. z o.o., zwany dalej TBM, protestującym lub odwołującym, złożył protest na czynność zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty spółki TBM, wyborze oferty Netia S.A. oraz na zaniechaniu odrzucenia oferty tej spółki, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, jako nie spełniająca wymagań Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ).

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), dalej zwanej ustawą Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1, poprzez ich bezpodstawne zastosowanie,
2. art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Netia S.A., jako niezgodnej z treścią SIWZ,
3. art. 91 ust. 1, poprzez wybór oferty nie będącej ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp

oraz żądając

1. przywrócenia oferty TBM,
2. uchylecia czynności wyboru oferty Netia S.A. ,
3. odrzucenia oferty Netia S.A.,
4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
5. dokonania wyboru oferty TMB jako oferty zgodnej z ustawą Pzp i SIWZ oraz najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt. 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu protestu spółka TBM podała, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Netia S.A. z ceną 2 486 686,23 zł, zaś oferta protestującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp. Podał także, że zamawiający wskazał, że pomimo zwrócenia się do protestującego o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie uzyskał ich z uwagi na stwierdzenie bezzasadności takiego wezwania przez protestującego.

Podniósł, że zgodnie z jednolitymi poglądami doktryny zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską może być uznana cena oferty złożonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie z powyższego stwierdzenia słusznie wyprowadzane jest stwierdzenie, że nie jest zarazem uzasadnionym zwracanie się do wykonawcy w trybie przedmiotowego przepisu o uzasadnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli ceny te skalkulowano na bardzo niskim poziomie, ale np. z racji wyższych cen w innych elementach oferty, taki sposób kalkulacji nie powoduje, że cena oferty jest rażąco niska. Stwierdził, że choć takie poglądy pozostają w zgodzie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, który przyznaje zamawiającemu uprawnienie do żądania wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, to nie kształtuje to zarazem uprawnienia po stronie zamawiającego do żądania przedstawienia kalkulacji elementów oferty. Protestujący powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Zespołu Arbitrów, tj. wyrok z dnia 23 maja 2006 r. (sygn. UZP/ZO/0-1463/06), w którym Zespół Arbitrów wskazał, że "nie jest uzasadnione zwracanie się przez zamawiającego o wyjaśnienie kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych oferty, nawet jeśli skalkulowano je na bardzo niskim poziomie", wyrok z dnia 13 maja 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 403/08) oraz 11 sierpnia 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 765/08), w których Izba potwierdziła zakres stosowania art. 90 ust. 1 ustawy, jak również przesłanki uzasadniające zwrócenie się przez zamawiającego o udzielenie wyjaśnień w myśl ww. przepisu, do których należy konieczność ustalenia, czy złożona w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wskazał, że w orzecznictwie KIO w sposób jednoznaczny wyjaśniono, że punktem odniesienia dla oceny, czy cena jest rażąco niska, jest jej porównanie z wartością zamówienia powiększoną o wysokość podatku od towarów i usług. Wskazał nadto, że za rażąco niską cenę może być w takim wypadku uznana cena, która jest niewiarygodna, nierealistyczna, ale odnosząca się do całej oferty (tak także wyrok z dnia 6 sierpnia 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 760/08, w którego sentencji wskazano, że o rażąco niskiej cenie nie stanowią składowe czy części ceny, ale cena całkowita oferty brutto). Powołał się nadto na orzeczenia w sprawach oznaczonych sygnaturami KIO/UZP 790/08 i KIO/UZP 794/08, wskazując, że w drugiej z ww. spraw zostało wskazane, że o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy

Pzp powinien decydować wynik analiz złożonych ofert: 1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług przygotowana przez zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę, 2) porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen, 3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych. Dodał, że w przywołanym orzeczeniu podniesiono, że istotne jest wystąpienie więcej niż jednego z elementów powodujących wątpliwości, aby wszcząć procedurę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

Odnosząc przywołane poglądy doktryny i judykatury do okoliczności przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, protestujący uznał, że czynność zamawiającego polegająca na żądaniu przez niego, w piśmie z dnia 15 stycznia 2009 roku, udzielenia wyjaśnień dotyczących skalkulowania cen jednostkowych połączeń telefonicznych objętych ofertą protestującego, jak również późniejsza czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zostały dokonane z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, ponieważ zamawiający nie miał podstaw prawnych do zwracania się do protestującego o przedstawienie kalkulacji cen jednostkowych połączeń telefonicznych objętych złożoną ofertą. Żądanie takich wyjaśnień nastąpiło z przekroczeniem uprawnień wynikających z art. 90 ust.1 ustawy Pzp i jako takie nie powinno i nie mogło być zrealizowane przez protestującego, o czym protestujący poinformował zamawiającego w swoim piśmie, wyjaśniając zarazem zasady kalkulacji cen jednostkowych połączeń i sposób analizy ich kosztów, w oparciu o którą przygotowana została oferta.

W ocenie protestującego postępowanie zamawiającego, polegające na niezgodnym z prawem zwróceniu się o udzielenie wyjaśnień nie mogło stanowić wypełnienia obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a co za tym idzie zamawiający nie mógł uznać, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Protestujący zwrócił uwagę, że zarówno w piśmie dotyczącym udzielenia wyjaśnień z dnia 15 stycznia 2009 r., jak i w uzasadnieniu odrzucenia oferty protestującego, zamawiający nie wskazał, że cena całej oferty odbiega od cen rynkowych lub innych złożonych ofert, jak również, aby wartość przedmiotu zamówienia przygotowana przez zamawiającego była znacznie wyższa niż oferowana przez protestującego.

Zdaniem TBM, z treści uzasadnienia odrzucenia oferty zdaje się nawet wynikać, że podstawą dla stwierdzenia rażącej niskości ceny oferty była rażąco niska cena połączeń telefonicznych, których dotyczyło w swej treści wspomniane już pismo zamawiającego z dnia 15 stycznia 2009 roku.

W podsumowaniu pierwszej części uzasadnienia protestujący wskazał, że cena jego oferty powiększona o podatek od towarów i usług, jakkolwiek była składową cen poszczególnych elementów oferty, z których niektóre były na poziomie bardzo korzystnym

dla zamawiającego, nie była w całościowym ujęciu ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również ceną odbiegającą w znacznym stopniu od cen pozostałych podmiotów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zaoferowana przez protestującego cena dawała mu realne możliwości wykonania usług objętych zamówieniem i nie odbiegała od cen na tego typu usługi na rynku.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Netia S.A., protestujący podał, że zgodnie z pkt. VIII SIWZ, zamawiający przy wyborze oferty miał kierować się kryterium ceny oferty, która powinna była obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia i uwzględniać cały zakres przedmiotu zamówienia, a także zgodnie z treścią SIWZ rozdział VIII - wszystkie wartości określone w formularzu cenowym i ofertowym musiały być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Protestujący wskazał, że w formularzu cenowym złożonym przez Netia S.A. w tabeli "koszty połączeń" w pozycji wskazującej na cenę za 1 min. połączenia z kategorii „Pozostałe połączenia (do biura numerów, infolinie itp.)” Netia S.A. podała opis słowny "bez opłat", natomiast w drugiej z tabel znajdujących się w załączniku nr 2 do SIWZ, podano dla rubryki nr 5 „Pozostałe koszty miesięczne (np. dot sieci telefonicznej, faksów i innych urządzeń)” parametr kolumny "Wartość netto (zł) Kol. 3 x Kol. 4" o wartości "0".

W ocenie protestującego, wobec wskazanych postanowień SIWZ, oferta Netia S.A. nie spełniała wymogów SIWZ podania kosztów z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, co uzasadniało jej odrzucenie.

Dodatkowo protestujący podał, że zgodnie z wyjaśnieniami, jakich zamawiający udzielił wykonawcom w dniu 24 grudnia 2008 roku, w odpowiedzi na pytanie nr 8, zamawiający nie wyraził zgody, aby w Regulaminie Świadczeń Usług Telekomunikacyjnych, o którym mowa w § 1 pkt 4 umowy, będącej załącznikiem do SIWZ, znalazły się zapisy dotyczące ograniczenia świadczenia Usług w przypadku opóźnienia w płatności przez zamawiającego wynagrodzenia za wykonanie Usługi, jak również zapisy umożliwiające Operatorowi ograniczenie lub zawieszenie świadczenia Usług w przypadku uporczywego naruszania przez Abonenta (zamawiającego) warunków Regulaminu lub Urnowy. Zamawiający nie wyraził także zgody na dalsze zapisy Regulaminu dotyczące m.in. zawieszenia świadczenia Usług do czasu uregulowania przez Abonenta należnych Operatorowi opłat.

Wskazał, że w "Regulaminie Świadczenia Usług przez Spółki Grupy Netia", złożonym w toku przedmiotowego postępowania przez Netia S.A., znalazły się zapisy pozostające w sprzeczności z przywołanymi powyżej wyjaśnieniami zamawiającego, ponieważ w treści § 14 ust. 1 lit. a ww. regulaminu wskazano, że Operator ma prawo zawiesić świadczenie Usług Abonentowi, jeżeli ten opóźnia się z zapłatą całości lub części jakiegokolwiek należności na rzecz Operatora przez okres dłuższy niż 15 dni od daty wymagalności. Jednocześnie

w § 14 ust. 3 wskazano, że z dniem zawieszenia Usług następuje zaprzestanie ich świadczenia, a ponowna ich aktywacja, zgodnie z § 14 ust. 4 ww. regulaminu, następuje po ustaniu przyczyn zawieszenia, nie wcześniej niż po uiszczeniu przez Abonenta zaległości wobec Operatora.

W ocenie protestującego z zestawienia przywołanych zapisów wyjaśnień zamawiającego z treścią Regulaminu Netia S.A. wynika jednoznacznie, że zapisy regulaminu pozostają w sprzeczności z wyjaśnieniami zamawiającego, które - jak wskazała KIO w wyroku z dnia 3 września 2008 roku w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 871/08 - wiążą wszystkich wykonawców i uzasadniają konieczność odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Wykazując swój interes prawny, protestujący wskazał, że działania zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty protestującego i jednoczesnym wyborze oferty innego wykonawcy podlegającej odrzuceniu, doprowadziły do tego, że protestujący nie uzyskał zamówienia publicznego, pomimo złożenia najkorzystniejszej, nie podlegającej odrzuceniu i zgodnej z SIWZ oferty, zaś uwzględnienie przedmiotowego protestu spowoduje, że oferta protestującego będzie mogła być ponownie brana pod uwagę w wyniku czego winna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający protest oddalił, uzasadniając, że decyzja odrzucenia oferty protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp była prawidłowa, gdyż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnił, że w jego ocenie oferta protestującego znacznie odbiega swoją wartością od wartości przedmiotu zamówienia określonej przez zamawiającego, do której w świetle przepisów prawa oraz zgodnie z orzecznictwem została porównana. Wskazał, że wartość zamówienia została oszacowana na poziomie 2 mln zł netto, co stanowi 2 440 000,00 zł brutto. Ponieważ na tym poziomie cenowym zostały złożone dwie oferty konkurencyjnych wykonawców, to zamawiający przyjął, że szacunek wartości zamówienia obliczony został w sposób prawidłowy. Podał, że wartość oferty protestującego wynosi 1 740 500,80 zł brutto, co oznacza, że różnica między tą wartością, a wartością przedmiotu zamówienia wynosi 699 499,20 zł brutto, co dla zamawiającego było wystarczającym powodem do zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień przez protestującego w myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Netia S.A. zamawiający wyjaśnił, że w jego ocenie użyte przez Netia S.A. określenie „bez opłat” jest tożsame z wartością „0”, ponieważ realny skutek wskazania tych dwóch określeń jest identyczny - oznacza brak opłaty w zakresie korzystania z tych połączeń przez Szpital (tzn. połączeń do biura numerów, infolinie itp.) Oczywistym dla zamawiającego jest, że przy wartości „0”, nie jest możliwe podanie wartości do dwóch miejsc po przecinku, gdyż wciąż jest to wartość zerowa. Ponadto nielogicznym byłoby pod względem ekonomicznym

odrzucanie oferty, w której wykonawca rezygnuje z pobierania opłat od zamawiającego. Zamawiający dodał, że jedyną istotną i porównywaną wartością w ofercie Netia S.A. i innych wykonawców jest ogólna wartość oferty netto i brutto, która bezspornie została podana prawidłowo z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

Odnosząc się do zapisów Regulaminu Świadczenia Usług, zamawiający wyjaśnił, że wszyscy wykonawcy zawarli w regulaminie zapisy dot. m.in. jednostronnego rozwiązania umowy w przypadku naruszenia przez zamawiającego jej warunków, jak również zapis dotyczący rozwiązania, bądź zawieszenia świadczenia usług w przypadku zwłoki w płatności. Jednocześnie zamawiający wprowadził w § 1 ust. 5 projektu umowy zapis: „Regulamin będzie wiązał strony niniejszej umowy w zakresie, w jakim nie jest on sprzeczny z niniejszą umową oraz SIWZ”. W związku z powyższym i działając w myśl art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, czyli zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców oraz zasadą uczciwej konkurencji zamawiający uznał, że oferty, które w regulaminie świadczenia usług zawierają odmienne treści niż określone w SIWZ nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W odwołaniu TBM wniósł ewentualnie dodatkowo o nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania, ponieważ już w dacie dokonywania czynności, której co do zasady dotyczy przedmiotowe odwołanie, postępowanie o zamówienie publiczne winno zostać unieważnione zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż cena wybranej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (wskazał wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24 lutego 2005 r. (sygn. akt II Ca 689/04) cytowany m. in. w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 907/08),

Jednocześnie podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą uprzednio w proteście. Dodatkowo wskazał, że zamawiający, wbrew obowiązującemu prawu stwierdził w rozstrzygnięciu protestu, że oferta odwołującego zawiera rażąco niską cenę w oparciu o porównanie ceny oferty odwołującego do dokonanego przez siebie szacunku wartości zamówienia. Podniósł, że zamawiający podczas procedowania w tym przedmiocie dokonał rozszerzenia interpretacyjnego dokonywanych przez siebie czynności, gdyż żądał pismem z dnia 15 stycznia 2009r. wyjaśnień wyłącznie w zakresie elementów oferty, wyspecyfikowanych szczegółowo jako określone kalkulacje cen jednostkowych, a nie, jak usiłuje wywieść później, wyjaśnień co do całej ceny ofertowej. Wskazał, że cena oferty odwołującego była niższa od następnych w kolejności o ok. 28 %, co jednak zdaniem odwołującego nie może stanowić bezspornego uznania jego ceny ofertowej za rażąco niskiej, zwłaszcza, że na rynku telekomunikacyjnym ceny ofertowe (przede wszystkim w zakresie, co do którego żądał

wyjaśnień zamawiający tj. np. cena za połączenie lokalne, cena za połączenie międzymiastowe, cena za połączenie do sieci komórkowej) są zbliżone, jeśli nawet nie niższe (dowód: treść ofert złożonych w postępowaniu przetargowym nr WSB/PN/136/11/2008 ogłoszonym w dniu 26.11.2008r. u zamawiającego - Wojewódzki Szpital Bródnowski SP ZOZ ul. Kondratowicza 8, 03-242 Warszawa - informacja ogólnodostępna - ceny kalkulacji w zakresie kwestionowanym przez zamawiającego są w ofertach tożsame z cenami proponowanymi przez odwołującego).

W ocenie odwołującego brak jest bezspornego dowodu na fakt, że przesłanka odrzucenia oferty rzeczywiście zaistniała, gdyż poziom rozbieżności cen w przedmiotowym postępowaniu i ich rozkład są pożądaną w zamówieniach publicznych konkurencją, a zaoferowana cena nie jest rażąco niska lecz jest ceną zaoferowaną w ramach dopuszczalnej walki rynkowej (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1511/08).

Protestujący podniósł, że zamawiający podał niezgodne z prawdą określenie, że wszyscy wykonawcy zawarli w regulaminie zapisy dotyczące m. in. prawa jednostronnego rozwiązania umowy w przypadku naruszenia przez zamawiającego jej warunków oraz ewentualności zawieszenia świadczenia usług, bowiem zapis taki nie został ujęty w regulaminie usług odwołującego.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu (2008/S 224-298323 z dnia 18.11.2008r.), treści SIWZ, pism zamawiającego z dnia 24.12.2008r. oraz 15.01.2009r., pisma odwołującego z dnia 20.01.2009r., protokołu postępowania (druk ZP - 1), stanowisk i oświadczeń stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu, przystąpieniach, a także w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odnosnie interesu prawnego odwołującego, skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutu niezasadnego odrzucenia jego oferty, w sytuacji, gdy odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą pod względem ceny, stanowiącej jedyne kryterium oceny ofert, oznaczałoby dla niego szansę na uzyskania niniejszego zamówienia. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił także następujące fakty:

1. Zgodnie z pkt 2 protokołu postępowania (ZP-1) zamawiający oszacował wartość zamówienia na 2 mln zł netto. Taka też kwota została wskazana w sekcji II.2.1)



ogłoszenia o zamówieniu. Wskazany przez zamawiającego szacunek nie został oprotestowany przez żadnego z wykonawców, co wynika z protokołu postępowania (druk ZP-22). Po uwzględnieniu właściwej, tj. 22% stawki podatku od towarów i usług VAT wartość zamówienia wynosi 2 440 000 zł brutto.

2. Zgodnie z Rozdziałem III SIWZ Zamawiający zażądał, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą Formularz cenowy, sporządzony zgodnie ze wzorem, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ.
3. Załącznik nr 2 do SIWZ przewidywał obowiązek podania następujących cen:
  - 3.1. jednorazowy koszt uruchomienia wszystkich usług,
  - 3.2. jednorazowy koszt instalacji centrali i aparatów telefonicznych,
  - 3.3. abonament miesięczny ISDN PRA 30B + D,
  - 3.4. abonament miesięczny za dzierżawę centrali i aparatów telefonicznych,
  - 3.5. abonament miesięczny za pozostałe koszty miesięczne np. dot. sieci telefonicznej, faksów i innych urządzeń,
  - 3.6. za połączenia lokalne i strefowe,
  - 3.7. za połączenia międzymiastowe,
  - 3.8. za połączenia do sieci komórkowych do wszystkich operatorów,
  - 3.9. za połączenia międzynarodowe,
  - 3.10. za pozostałe połączenia (do biura numerów, infolinie itp.).
4. Zgodnie z Rozdziałem VIII SIWZ jedynym kryterium oceny ofert była cena oferty brutto; wszystkie wartości określone w formularzu cenowym i ofertowym muszą być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
5. Zgodnie z § 1 ust. 4 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ, „Realizacja usług telekomunikacyjnych odbywać się będzie na podstawie niniejszej umowy oraz zgodnie z określonym i przedstawionym przez Wykonawcę Regulaminem Świadczenia Usług Telekomunikacyjnych, wydanym na podstawie Ustawy Prawo Telekomunikacyjne”. Zgodnie zaś z § 1 ust. 5 projektu umowy: „Regulamin będzie wiązał strony niniejszej umowy w zakresie, w jakim nie jest on sprzeczny z niniejszą umową oraz Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia”.
6. Pismem z dnia 24.12.2008r., w odpowiedzi na pytanie nr 8 o treści: „Czy Zamawiający dopuszcza następujący zapis w Regulaminie Świadczenia Usług Telekomunikacyjnych, o których mowa w § 1 ust.4 umowy: "Operator może:
  - 1) ograniczyć świadczenie Usług, utrzymując świadczenie Usług niepowiększających zadłużenia Abonenta, w tym przekazywanie połączeń do Abonenta lub połączenia nieodpłatne, jeżeli Abonent opóźnia się z płatnością należności za wykonanie Usługi przez okres dłuższy niż jeden okres rozliczeniowy,
  - 2) ograniczyć lub zawiesić świadczenie Usług, jeżeli Abonent uporczywie narusza

warunki Regulaminu lub Umowy albo podejmuje działania utrudniające albo uniemożliwiające świadczenie lub korzystanie z Usług.

Operator może jednostronnie rozwiązać umowę z Abonentem, któremu zawiesił lub ograniczył świadczenie Usług po uprzednim bezskutecznym wezwaniu Abonenta do:

- 1) zapłaty należności w terminie nie krótszym niż 15 dni w przypadku opóźnienia w płatności za Usługi,
- 2) usunięcia przyczyn zawieszania lub ograniczenia świadczenia Usług, w terminie 7 dni od dnia doręczenia wezwania.

W przypadku sporu co do wysokości należności, odłączenie nie może nastąpić do czasu rozstrzygnięcia sporu, pod warunkiem zapłaty należności bieżących. Abonent jest zobowiązany do terminowego uiszczania należności nie objętych sporem.

Abonentowi, któremu Operator ograniczył lub zawiesił świadczenie Usług z winy Abonenta, usługa będzie świadczona po uregulowaniu należnych Operatorowi opłat wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie lub po zastosowaniu się Abonenta do wezwania. Operator za ponowne rozpoczęcie świadczenia Usług pobiera opłaty wg obowiązujących cenników Operatora",

zamawiający udzielił odpowiedzi o treści: „Zamawiający nie wyraża zgody na umieszczenia w/w zapisów w Regulaminie Świadczenia Usług Telekomunikacyjnych”.

7. W przedmiotowym postępowaniu złożono 5 ofert z cenami brutto:

- 7.1. 1 740 500,80 zł (oferta odwołującego),
- 7.2. 2 385 297,15 zł,
- 7.3. 2 486 686,23 zł,
- 7.4. 2 647 656,20 zł,
- 7.5. 3 017 870,08 zł,

8. Zgodnie z § 14 ust. 1 lit. a „Regulaminu Świadczenia Usług przez Spółki Grupy Netia”, złożonym przez Netia S.A. wraz z ofertą: „Operator ma prawo zawiesić świadczenie Usług Abonentowi, jeżeli Abonent: a) będący Konsumentem opóźnia się z zapłatą całości lub części jakiegokolwiek należności na rzecz Operatora przez okres dłuższy niż 15 dni po uprzednim wezwaniu do uregulowania przeterminowanej należności, a Abonent niebędący Konsumentem opóźnia się z zapłatą całości lub części jakiegokolwiek należności na rzecz Operatora przez okres dłuższy niż 15 dni od daty wymagalności” . Zgodnie z § 14 ust. 4 tego Regulaminu: „Ponowna aktywacja usług następuje po ustaniu przyczyn zawieszenia, nie wcześniej niż po uiszczeniu przez Abonenta zaległości wobec Operatora”.

9. Pismem z dnia 15.01.2009r., zamawiający wezwał odwołującego, wskazując jako podstawę art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do „udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny łącznej, poprzez podanie szczegółowej

kalkulacji cen jednostkowych w szczególności cen połączeń lokalnych międzystrefowych, międzynarodowych oraz na telefony komórkowe” w terminie do dnia 20.01.2009r. do godz. 12<sup>00</sup>. Poinformował także odwołującego, że „W przypadku braku odpowiedzi ma zastosowanie art. 90 ust. 3 w/w ustawy.”

10. W wyznaczonym terminie, w piśmie z dnia 20.01.2009r., zatytułowanym „Wyjaśnienie” odwołujący podniósł, że tryb przewidziany w przywołanym przez zamawiającego przepisie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie dotyczy kalkulacji cen jednostkowych. Wskazał, że: „Jak stanowi ugruntowane orzecznictwo oraz doktryna skierowanie przedmiotowego pytania do wykonawcy w przedmiocie stwierdzenia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia jest uprawnione jedynie w sytuacji, gdy za rażąco niską cenę może być uznana cena oferty. Jak wynika zarówno z informacji jakie środki Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz przy uwzględnieniu cen pozostałych ofert trudno jest się zgodzić, aby oferta złożona przez TBM Telekom sp. z o.o. w Warszawie zawierała rażąco niską cenę. Kalkulacja ceny ofertowej została dokonana na podstawie kalkulacji Wykonawcy z uwzględnieniem wszelkich aspektów gospodarczych jej sporządzenia i całkowita cena oferty nie odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia za zaoferowaną kwotę.” Stwierdził, że brak było podstaw do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego. Podał także, że: „(...) ceny jednostkowe, w tym szczególnie cena połączeń lokalnych międzystrefowych, międzynarodowych oraz na telefony komórkowe, zostały skalkulowane poprzez analizę dynamicznego spadku cen hurtowych za połączenia telefoniczne ponoszone przez Wykonawcę na rynku telekomunikacyjnym oraz uwzględniony w nich element długotrwałości (4 lata) trwania umowy”.
11. Zamawiający ofertę odwołującego odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, że: „Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 18.06.1991r. w sprawie C - 295/89 Zamawiający może wszcząć procedurę wyjaśnień dot. ceny oferty nie tylko wtedy, gdy ceny w oczywisty sposób są zaniżone, ale także kiedy wydaje się, że przedstawiają rażąco niskie ceny. Ponadto, zgodnie z wyrokiem SO w Częstochowie z 12.08.2005r. VI Ca 464/05 to na Wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, które pozwoliłyby Zamawiającemu na ocenę, czy przedmiotowa cena nie jest rażąco niska. W ocenie SO intencją ustawodawcy przy wprowadzeniu instytucji wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp było danie Wykonawcy możliwości uchronienia się przed odrzuceniem oferty z uwagi na podejrzenie zamieszczenia w niej rażąco niskiej ceny. Jednocześnie na Zamawiającego nałożono obowiązek dokonania odpowiednio wnikliwej oceny wyjaśnień - innymi słowy dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień

odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - Wyrok SO w Warszawie z 05.01.2007r. V Ca 2214/06”.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zakwestionował zasadność przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego, stając na stanowisku, że w przypadku jego oferty porównanie do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia, powiększonej o podatek od towarów i usług VAT, do cen innych wykonawców zawartych w ich ofertach w przedmiotowym postępowaniu, a także do cen rynkowych nie uzasadnia przeprowadzenia postępowania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a także zakwestionował zakres żądanych przez zamawiającego wyjaśnień, tj. żądanie kalkulacji cen jednostkowych niektórych pozycji Formularza cenowego. Skład orzekający Izby pozostawił te zarzuty bez rozpoznania, uznając protest w tym zakresie za spóźniony.

Skład orzekający Izby uznał bowiem, że prawo do złożenia protestu z tego tytułu przysługiwało odwołującemu w terminie 10 dni od dnia wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj. od dnia 15.01.2009r., a zatem do dnia 26.01.2009r. (25.01.2009r., tj. dziesiąty dzień terminu przypadał na dzień ustawowo wolny od pracy, co spowodowało przesunięcie terminu na dzień następny po tym dniu, zgodnie z art. 115 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp). Protestu takiego odwołujący nie złożył, co wynika z protokołu postępowania, a nadto zostało potwierdzone przez samego odwołującego na rozprawie. Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że gdyby nawet zastrzeżenia poczynione przez odwołującego w piśmie z dnia 20.01.2009r. uznać za protest, to odwołujący nie złożył w jego następstwie odwołania w przewidzianym w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp terminie.

Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 4) ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie na posiedzeniu, jeżeli stwierdzi, że protest lub odwołanie zostały wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie

Biorąc pod uwagę fakt, że obok wskazanych powyżej zarzutów odwołujący w odwołaniu podniósł zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, podlegający merytorycznemu rozpoznaniu, Izba nie miała podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu, jednak ze względów wskazanych powyżej pozostawiła te zarzuty bez rozpoznania.

Odwołujący, negując w swoim piśmie z dnia 20.01.2009r., zatytułowanym „Wyjaśnienia”, prawo zamawiającego do żądania wyjaśnień odnośnie wskazanych cen jednostkowych, udzielił zamawiającemu zdawkowych i o wysokim stopniu uogólnienia

informacji o dokonanej przez siebie kalkulacji, wskazując, że kalkulacja ta została dokonana z uwzględnieniem wszelkich aspektów gospodarczych jej sporządzenia oraz, że kwestionowane przez zamawiającego ceny jednostkowe zostały skalkulowane, poprzez analizę dynamicznego spadku cen hurtowych za połączenia telefoniczne ponoszone przez odwołującego na rynku telekomunikacyjnym oraz z uwzględnieniem w nich elementu długotrwałości (4 lata) trwania umowy.

Skład orzekający Izby, opierając się na treści pisma odwołującego z dnia 20.01.2009r., stwierdza, że nie sposób uznać, że zawiera ono informacje, które wnoszą jakiegokolwiek dane odnoszące się do konkretnych, zaoferowanych przez odwołującego cen jednostkowych i uzasadniających je.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zawarte w przywołanym przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, wyroku z dnia 05.01.2007r., sygn. akt: V Ca 2214/06, tj. że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych: przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego do złożenia wyjaśnień wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wykonawca, poprzez swoje wyjaśnienia, domniemania tego nie obalił.

Wielokrotnie w doktrynie podnoszono, że orzecznictwo nie wypracowało jednolitego stanowiska, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej. Przeciwnie, rozbieżności w tym względzie są daleko idące. Zespół Arbitrów w sprawie o sygnaturze akt UZP/0-696/07 wskazał, że rozbieżności pomiędzy ceną badaną, a wartością szacunkową, powiększoną o podatek VAT, które uzasadniałyby zakwalifikowanie ceny jako rażąco niskiej wynoszą od 40 do 20%.

W przedmiotowym postępowaniu z porównania wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej, ze względu na definicję ceny zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach w związku z art. 2 pkt 1 ustawy Pzp o właściwą stawkę podatku VAT, z ceną brutto oferty odwołującego, wynika, że cena oferty stanowi 71 % tej wartości, a zatem jest od niej niższa o 29%.

Znacząca rozbieżność występuje także w relacji do cen ofertowych innych wykonawców. Z ich analizy wynika, że cena oferty odwołującego stanowi 66% średniej ceny

pozostałych ofert, 58% oferty najdroższej w tym postępowaniu oraz 73% wartości oferty najtańszej w tym postępowaniu (poza ofertą odwołującego).

Niezależnie jednak od tej dodatkowej analizy porównawczej stwierdzić należy, że podstawowym punktem odniesienia dla oceny oferty odwołującego pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia dokonana przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawką podatku VAT, ponieważ szacunek zamawiającego należy uznać za ustalony w sposób prawidłowy. Jego prawidłowość potwierdzają ceny innych wykonawców, zawarte w złożonych przez nich ofertach oraz fakt, że wszyscy wykonawcy, w tym również odwołujący, potwierdzili prawidłowość tego szacunku, poprzez nie oprotestowanie tej czynności zamawiającego.

Uwzględniając powyższe ustalenia, skład orzekający Izby za nieuprawnione uznał stanowisko odwołującego o bezpodstawnym zakwalifikowaniu ceny oferty odwołującego jako rażąco niskiej.

Zwrócić należy także uwagę, że wykonawca w każdym przypadku winien być zainteresowany udzieleniem wyczerpujących informacji na temat swojej oferty, w tym w szczególności w zakresie zaoferowanej ceny, tym bardziej w postępowaniu, w którym cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert, albo - jeśli w jego ocenie brak jest podstaw do skierowania wezwania o złożenie wyjaśnień - oprotestować tę czynność zamawiającego.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Netia S.A. z powodu wskazania przez tego wykonawcę w Formularzu cenowym w tabeli „Koszty połączeń” w jednej z pozycji opisu „bez opłat” oraz w trzech kolumnach tabeli dotyczącej cen na usługi telekomunikacyjne i dzierżawę wartości „0” nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że w zakresie tego zarzutu brak jest po stronie odwołującego interesu prawnego w złożeniu odwołania, ponieważ odwołujący zakwestionował ofertę wykonawcy Netia S.A., który zaoferował cenę wyższą (2 486 686,23 zł) niż wykonawca Telekomunikacja Polska S.A. (2 385 297,15 zł), a tej oferty odwołujący nie zakwestionował, poprzez niezłożenie odrębnego odwołania od uwzględniania protestu TP S.A. w rozstrzygnięciu protestu tego wykonawcy przez zamawiającego, co odwołujący potwierdził na rozprawie. Jak potwierdził zamawiający na rozprawie, oferta złożona przez TP S.A., w wyniku protestu tegoż wykonawcy, zostanie przywrócona do postępowania, co oznacza, że to ten wykonawca ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania, uznając, że zarzut zaniechania unieważnienia postępowania

nie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp i art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, tj. w związku z tym, że nie był poprzedzony protestem.

Jednocześnie skład orzekający Izby, wobec oświadczenia odwołującego (pismo z dnia 6 marca 2009r.), że wniesiony wpis dotyczy odwołania wniesionego na skutek protestu własnego odwołującego, nie zaś protestu Telekomunikacji Polskiej S.A., nie rozpoznał tej części odwołania, która dotyczy zarzutów zawartych w proteście tego wykonawcy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:**

.....

.....