

Sygn. akt 1492/08

WYROK
z dnia 13 stycznia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Majstrowicz
Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Luiza Łamejko
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2009r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00 – 105 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Bielsku – Białej, ul. Krasińskiego 34, 43 – 300 Bielsko – Biała** protestu z dnia **1 grudnia 2008r.**

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00 – 105 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 uiszczzonego przez **Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00 – 105 Warszawa**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie XXX przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX 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 **Telekomunikację Polską S.A., ul. Twarda 18, 00 – 105 Warszawa**

Uzasadnienie

Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Bielsku-Białej wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług telekomunikacyjnych - cyfrowych linii miejskich ISD w obiektach Oddziału ZUS w Bielsku-Białej, Żywcu i Cieszynie poprzez zamieszczenie ogłoszenia w dniu 30 października 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 192-253889.

Zamawiający pismem z dnia 20 listopada 2008 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty firmy Telefonia Dialog S.A z siedzibą we Wrocławiu.

W dniu 1 grudnia 2008 r. Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie przy ul. Twardej 18 wniosła protest na czynności Zamawiającego podjęte w toku postępowania, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Telefonia Dialog S.A.

Protestujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanje daje „ustawą Pzp” w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Telefonia Dialog S.A., pomimo, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś jej treść nie odpowiada treści specyfikacji.

Protestujący wskazał, iż ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, gdyż naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów uniemożliwiło uznanie oferty tego wykonawcy za najkorzystniejszą. Protestujący zażądał unieważnienia czynności wyboru oferty Telefonii Dialog S.A., dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w konsekwencji wykluczenie tego wykonawcy z postępowania oraz dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu Protestujący podniósł, iż wybrana oferta Telefonii Dialog S.A jako najkorzystniejsza zawiera rażąco niską cenę tj. 568 764,00 zł brutto w stosunku do wartości zamówienia ustalonej przez Zamawiającego na kwotę 1.159.860,00 zł netto. Wg Protestującego jest to cena niemal czterokrotnie niższa niż wartość przedmiotu zamówienia określona przez Zamawiającego. Protestujący podniósł, iż cena wskazana przez Telefonię Dialog S.A. jest ponad 35 % niższa od ceny zaoferowanej przez Protestującego.

Protestujący wskazał, iż zgodnie z przepisem art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający zobowiązany jest do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego, mającego na celu ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zaniechanie tego obowiązku przez Zamawiającego prowadzić może do wyboru oferty najkorzystniejszej, która powinna zostać odrzucona.

Protestujący powołał się także na opinię Urzędu Zamówień Publicznych, wg której „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 z należytą starannością”.

Protestujący zarzucił także ofercie firmy Telefonii Dialog S.A. brak regulaminów wykonania usług telekomunikacyjnych, wymaganych przez Zamawiającego, zgodnie z częścią II pkt.2.3 siwz, który wymagał od wykonawców przedstawienia wraz z ofertą wymienionych dokumentów sporządzonych zgodnie z ustawą Prawo telekomunikacyjne.

Protestujący wskazał w proteście, iż z tego powodu Zamawiający powinien ofertę tę odrzucić, gdyż dokument ten nie podlega uzupełnieniu, zaś odstąpienie przez Zamawiającego od żądania tego dokumentu narusza, zdaniem Protestującego, art.7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Brak złożenia wymaganych regulaminów wraz z ofertą przesądza, w ocenie Protestującego, o niezgodności treści oferty z treścią siwz.

Protestujący powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Świdnicy z dnia 22 maja 2007 r.; sygn. akt: VI GA 57/07, zgodnie z którym „postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, opartym na sztywnych regułach, stawiając podmiotom starającym się o uzyskanie takiego zamówienia wysokie wymagania odnośnie uczestnictwa w postępowaniu. Jednakże rygoryzm tego postępowania ujawnia się także odnośnie postępowania zamawiającego, po stronie którego brak jest miejsca na dowolność działań. Wymagania sformułowane w siwz wiążą zamawiającego, który przy ocenie ofert nie może postępować w sposób dowolny, ale musi oceniać wszystkie oferty z zastosowaniem tych samych kryteriów”.

W dniu 5 grudnia 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 8 grudnia 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przyłączyła się firma Telefonía Dialog S.A., żądając oddalenia protestu w całości oraz zawarcia umowy na usługi objęte przedmiotem postępowania z firmą, której oferta została uznana za najkorzystniejszą.

W dniu 8 grudnia 2008 r. Zamawiający odrzucił protest na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp z powodu nie złożenia protestu w terminie.

Od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, Telekomunikacja Polska S.A. w dniu 18 grudnia 2008 r. złożyła odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący zarzucił w odwołaniu naruszenie przez Zamawiającego art. 180 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp oraz 61 Kodeksu cywilnego, poprzez przyjęcie, że protest został wniesiony po terminie. Odwołujący podniósł, iż protest został przesłany do Zamawiającego faksem w dniu 1 grudnia o godz. 13.59, a więc w sposób umożliwiający zapoznanie się z nim przez Zamawiającego.

Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście - naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Telefonía Dialog S.A., pomimo, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś jej treść nie odpowiada treści specyfikacji, a także, że wykonawca ten nie załączył wymaganego przez siwz dokumentu w postaci regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia protestu, rozpatrzenie protestu z dnia 1 grudnia 2008 r., rozpatrzenie odwołania na rozprawie i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Telefonii Dialog, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Telefonii Dialog i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zaprzeczył stanowisku Zamawiającego, zawartemu w rozstrzygnięciu protestu, wskazując, iż dochował terminu na wniesienie protestu, tj. przesłał go faksem na numer wskazany w siwz oraz dodatkowo na inny numer podany telefonicznie przez pracownika uprawnionego do kontaktu z wykonawcami. Podniósł, iż z potwierdzeń transmisji danych dołączonych do odwołania wynika, że pierwsza transmisja miała miejsce o godz. 13.58, zaś druga o 14.00.

Odwołujący powołał się na art. 61 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Wskazał też, iż w orzecznictwie przyjmuje się, iż protest wnoszony faksem jest wniesiony w terminie, jeżeli dotrze on do Zamawiającego w taki sposób, by mógł on zapoznać się z jego treścią, tj. w godzinach jego urzędowania albo w godzinach wskazanych w siwz (G. Wicik, P. Wiśniewski Prawo zamówień publicznych Komentarz. Wydawnictwo CH Beck, Warszawa 2007).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż termin na wniesienie protestu przez Telekomunikację Polską S.A. z siedzibą w Warszawie został dochowany. Odwołujący został poinformowany faksem w dniu 20 listopada 2008 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej. Dziesięciodniowy termin na wniesienie protestu w powyższej sprawie upływałby zatem z dniem

30 listopada 2008 r., ale z uwagi na okoliczność, iż była to niedziela - dzień ustawowo wolny od pracy, - zgodnie z art. 115 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ustawy Pzp, upływ terminu uległ przesunięciu na dzień następny. Zatem ostatnim dniem na wniesienie protestu był dzień 1 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała za wiarygodne twierdzenia i dowody przedstawione przez stronę Odwołującą, iż przesłała faksem protest w dniu 1 grudnia 2008 r. na dwa numery faksów Zamawiającego, tj. podany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz na stronie internetowej Zamawiającego. Izba oparła się w tym zakresie na raportach indywidualnych z transmisji połączeń z dnia 1 grudnia 2008 r. z godziny 13.59 oraz 14.01. Dowód przedstawiony przez Zamawiającego w postaci wydruku komputerowego połączeń przychodzących z dnia 19 grudnia 2008 r. także wskazywał, iż w dniu 1 grudnia 2008 r. z numeru Odwołującego były wykonywane wielokrotne połączenia.

Izba nie dała wiary wywodom przedstawionym przez Zamawiającego na podstawie przedłożonych na posiedzeniu Izby raportów połączeń z 2 grudnia 2008 r. i 6 stycznia 2009 r., gdyż raporty te nie zawierają żadnych połączeń w dniu 1 grudnia 2008 r., co zdaniem Izby z uwagi na bieżące sprawy prowadzone przez Oddział ZUS w Bielsko-Białej jest mało prawdopodobne. Dowody te są - w ocenie Izby - niewiarygodne również z uwagi na to, że przedstawione raporty są ze sobą niekompatybilne – przy raporcie z połączeń przychodzących na ten sam nr faksu Zamawiającego nie uwzględnione są połączenia wykazywane w drugim – automatycznym raporcie (połączenia wykonywane w dniu 2 grudnia 2008 r.). Poza tym przygotowany raport z połączeń przychodzących nie ma charakteru automatycznego wydruku z urządzenia rejestrującego połączenia.

W rozdziale II specyfikacji pkt IV Zamawiający zamieścił zapis, iż oświadczenia, protesty, rozstrzygnięcia protestów, wnioski zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i wykonawcy przekazują w formie pisemnej, natomiast w praktyce okazało się, iż Zamawiający sam nie stosował się do tego zapisu, przykładowo przekazując informację o wyborze najkorzystniejszej oferty drogą faksową. Zamawiający nie może więc czynić zarzutu Odwołującemu, iż protest powinien być wniesiony na piśmie, bez możliwości skorzystania z jego przesłania faksem w ustawowym terminie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Telefonię Dialog S.A. z powodu rażąco niskiej ceny Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Opierając się na wykładni językowej tego przepisu należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Zamawiający dokonując badania ofert, w celu ustalenia, czy nie ma do czynienia z ceną rażąco niską, powinien cenę zaproponowaną w ofercie w pierwszej kolejności odnieść do ustalonej przez siebie wartości zamówienia.

Podana przez Telefonię Dialog S.A. cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż wartość zamówienia określona przez Zamawiającego była prognozowana jako wynagrodzenie za świadczenie usług telekomunikacyjnych za 3 lata świadczenia przez wykonawcę usług telekomunikacyjnych w maksymalnej możliwej wysokości.

Odnosząc się do tego zarzutu Izba stwierdziła, iż Odwołujący nie wykazał w sposób dostateczny, a - stosownie do art. 6 Kodeksu cywilnego to na nim spoczywa ciężar dowodowy – że przedstawiona w ofercie Telefonii Dialog S.A. cena jest ceną rażąco niską. Argumentacja zawarta w odwołaniu i popierana na rozprawie, iż cena odbiega o 35% od oferty Odwołującego nie może być wystarczająca na poparcie tezy o rażąco niskiej cenie. Zgodnie bowiem z utrwalonym poglądem – tak w orzecznictwie KIO, sądów okręgowych, jak i ETS - dla uznania że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20%, 30%, czy 60%) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu.

Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia (w tym przypadku – usługach telekomunikacyjnych) nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Powyższe w żaden sposób nie zostało wykazane przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, biorąc powyższe pod uwagę, a także istnienie dużej konkurencji w branży telekomunikacyjnej, co ma wpływ także na ustalanie cen przez firmy świadczące usługi telekomunikacyjne uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty z powodu zaoferowania przez wykonawcę rażąco niskiej ceny.

Na marginesie, uznając za zasadne dotychczasowe stanowisko orzecznictwa i doktryny, że dla określenia ceny rażąco niskiej istotne znaczenie ma cena łączna oferty, a nie jej poszczególne ceny jednostkowe, Krajowa Izba Odwoławcza zauważa, że analiza formularza cenowego wykonawcy Telefonii Dialog S.A. oraz Telekomunikacji Polskiej S.A. wskazuje, iż jednostkowe koszty połączeń wskazanych przez obie firmy nie różnią się znacząco. Cena określona przez Telefonię Dialog za połączenia lokalne wynosi 0,03 zł netto za 1 minutę (cena Telekomunikacji Polskiej S.A - 0,04 zł netto za 1 min) , cena za połączenia międzystrefowe 0,03 zł netto za 1 min (cena Telekomunikacji Polskiej S.A - 0,05 netto za 1 min), cena za połączenia do sieci komórkowych 0,35 netto za 1 min (cena Telekomunikacji Polskiej S.A - 0,38 zł netto za 1 min).

Izba nie podzieliła także zarzutu Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Telefonii Dialog S.A. z powodu nie załączenia do niej regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych.

Zgodnie z Częścią II Opis przedmiotu zamówienia pkt 2.3 siwz wykonawca był zobowiązany do przedłożenia wraz z ofertą regulaminu wykonania usług telekomunikacyjnych sporządzonego zgodnie z ustawą Prawo Telekomunikacyjne.

Zamawiający na rozprawie okazał jako dowód Regulamin świadczenia usług telekomunikacyjnych Telefonii Dialog S.A., który został dostarczony do Zamawiającego wraz z ofertą w terminie składania ofert, jako załącznik do tej oferty. Regulamin ten stanowił oddzielny zbindowany dokument, który wykonawca przedłożył Zamawiającemu wraz z ofertą, zgodnie z Częścią II Opis przedmiotu zamówienia pkt 2.3 siwz. Twierdzenia Odwołującego o braku regulaminu świadczenia usług telekomunikacyjnych przy ofercie Telefonii Dialog S.A. nie zostały poparte żadnymi dowodami. Argument o braku wyszczególnienia w ofercie Telefonii Dialog S.A. w załącznikach wskazanego regulaminu nie jest wystarczającym dowodem na wykazanie, że taki regulamin nie został w ogóle złożony, tym bardziej, że przedstawiciel Odwołującego uczestniczył w trakcie publicznego otwarcia ofert przez Zamawiającego - co oświadczył Zamawiający na rozprawie, a czemu nie zaprzeczył Odwołujący - i nie złożył w tym zakresie żadnych oświadczeń, czy innych dowodów.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp. 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 na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....