

WYROK

z dnia 5 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo

Katarzyna Prowadzisz

Małgorzata Rakowska

protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

IT.expert Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 172, 02-486 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw

Wewnętrznych i Administracji ul. Pileckiego 63, 02-781 Warszawa

przy udziale **WASKO S.A. ul. Berbeckiego 6, 44-100 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża IT.expert Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 172, 02-486 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty uiszczzonego przez niego wpisu,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **IT.expert Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 172, 02-486 Warszawa** na rzecz **Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji ul. Pileckiego 63, 02-781 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 2043/10 z 5 października 2010 r.

Zamawiający – Centrum Projektów Informatycznych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zwane dalej „postępowaniem szczegółowym” na „zapewnienie infrastruktury informatyczno–telekomunikacyjnej do przygotowania i obsługi Przewodnictwa Polski w Radzie Unii Europejskiej w II połowie 2011 r. tj. 1) Zapewnienie i utrzymanie portalu informacyjnego Prezydencji w sieci Internet, 2) Zapewnienie i utrzymanie systemu obsługi akredytacji uczestników spotkań realizowanych w ramach Prezydencji” w związku z zawartą umową ramową, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 maja 2010 r. w Dz.Urz. UE. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

20 września 2010 r. Odwołujący – IT.expert Sp. z o.o. złożył odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wasko S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenie: art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia i art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wasko S.A. i odrzucenia jej oferty, pomimo iż złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia Wasko S.A. i odrzucenia jej oferty, pomimo iż nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie

odrzućenia tej oferty, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wasko S.A., odrzućenia oferty Wasko S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie nakazanie ustalenia, czy oferta ta zawiera rażąco niską cenę, wykluczenie i odrzućenie oferty Wasko S.A., ponieważ złożyła ona nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, wykluczenie i odrzućenie oferty Wasko S.A., ponieważ nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu, odrzućenie oferty Wasko S.A., ponieważ treść jej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu z pominięciem oferty Wasko S.A.

Zdaniem Odwołującego Wasko S.A. złożyła w postępowaniu szczegółowym nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik na wynik postępowania oświadczając w formularzu ofertowym, że wykona zamówienie szczegółowe samodzielnie, bez udziału podwykonawców, co oznacza, że zobowiązała się również do samodzielnej realizacji zamówienia w zakresie związanym z zapewnieniem łączny. Wszyscy pozostali wykonawcy oświadczyli, że wykonają zamówienie przy udziale podwykonawców.

Podstawowym celem zamówienia jest dostarczenie usług w zakresie: zapewnienia i utrzymanie portalu informacyjnego Prezydencji w sieci Internet (zadanie nr 1) oraz zapewnienie i utrzymanie systemu obsługi akredytacji uczestników spotkań realizowanych w ramach Prezydencji (zadanie nr 2). Oznacza to, że Zamawiający oczekuje stworzenia ww. systemów oraz zapewnienia do nich dostępu przyjmując wysokie założenia jakości i poziomu świadczenia usługi, z których wynika, że dla Zamawiającego najważniejszym zadaniem jest zapewnienie dostępności na poziomie 99,999%. Aby uzyskać tak zdefiniowane wymagania Zamawiającego potrzebne są m.in.: sprawdzone

technologie sprzętowe, odpowiednie oprogramowanie systemowe i aplikacyjne, wykwalifikowany zespół developerów i administratorów, co najmniej podwójny system monitorowania (wewnętrzny i zewnętrzny), zestaw odpowiednich urządzeń sieciowych oraz łącz. Wasko S.A. jest w stanie zapewnić samodzielną realizację wymagań – oprócz łącz, których, nie będąc właścicielem, nie jest w stanie zapewnić bez udziału podmiotu trzeciego (operatora). Z kolei dzierżawa łącza wymagałaby zaangażowania w realizację zamówienia podmiotu trzeciego, co oznaczałoby, iż wbrew twierdzeniom zawartym w ofercie, Wasko S.A. nie jest zdolna do samodzielnej realizacji zamówienia. Nawet w przypadku, gdyby w chwili składania oferty Wasko S.A. była stroną wiążącej umowy dzierżawy z właścicielem łącza, wymagania Zamawiającego wiązałyby się z koniecznością jej całkowitej renegotjacji, standardowe umowy dzierżawy łącz nie przewidują bowiem tak wysokiej dostępności łącza. W odpowiedziach na pytania nr 6 i 7 wykonawców do specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawarte są wymagania, które wprost wskazują na niezwykle istotną rolę właściciela łącz, od którego bezpośrednio zależy powodzenie projektu. Wysokość kar umownych wynikająca z projektu umowy jednoznacznie wskazuje, że wymaganie niezawodności ma dla Zamawiającego większe znaczenie niż prawidłowe funkcjonowanie samego serwisu i systemu akredytacji (proporcja kar umownych 60:1). Z powyższego wynika jednoznacznie, że Wasko S.A., aby wykonać zamówienie szczegółowe, musi skorzystać z usług podwykonawcy, ponieważ bez usług zewnętrznego operatora (właściciela łącza) nie da się zrealizować celów przedmiotu zamówienia, a udział takiego operatora w zamówieniu jest równoznaczny z zaangażowaniem podwykonawcy. Jak wynika z orzecznictwa, definicja podwykonawcy nie jest zawarta w polskim systemie prawa, choć obrót gospodarczy często instytucją taką się posługuje, przyjąć więc należy, że podwykonawstwo sprowadza się do wykonania zamówienia publicznego z udziałem podmiotów zewnętrznych, tj. nie będących wykonawcami w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, do zakresu podwykonawstwo nie można zaliczyć takich usług czy dostaw, które są wprawdzie niezbędne dla prawidłowej realizacji umowy, ale nie stanowią o głównym celu spełnienia świadczenia, np. przy zamówieniu na

dostawę sprzętu o określonych parametrach usługa dostarczenia tego sprzętu do miejsca wskazanego przez zamawiającego. Za podwykonawcę uznać należy podmiot realizujący samodzielnie dającą się wyodrębnić część zamówienia. O podwykonawstwie decyduje przede wszystkim charakter i zakres czynności oraz sposób ich powierzenia i wykonywania, nie zaś status prawny podmiotu, któremu je powierzono.

Wasko S.A. przez złożenie oświadczenia, że wykona cały przedmiot zamówienia bez udziału podwykonawców, złożyła nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co skutkuje obowiązkiem wykluczenia jej z postępowania i odrzucenia jej oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak określenia w ofercie części zamówienia, jakie Wasko S.A. zamierza powierzyć podwykonawcom, stanowi również podstawę do jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W obu przypadkach nie można zastosować unormowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i uzupełnić w ofercie brakującego lub błędnie sporządzonego oświadczenia w zakresie podwykonawstwa.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W konsekwencji, mając na uwadze okoliczności wskazane powyżej, z których wynika jednoznacznie, że Wasko S.A. nie dysponuje potencjałem do wykonania przedmiotu zamówienia, powinna zostać wykluczona z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z tym oferta Wasko S.A. podlega odrzuceniu również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ponadto Wasko S.A. złożyła ofertę ponad dwukrotnie/trzykrotnie tańszą niż pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu szczegółowym. Zdaniem Odwołującego oferta Wasko S.A. zawiera rażąco niską cenę,

a Zamawiający miał obowiązek odrzucić ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Średnia zaoferowana w postępowaniu szczegółowym cena wyniosła 17.258.955,70 PLN. Cena zaoferowana przez Wasko S.A. to 7.876.612,80 PLN, co stanowi 46,12% ceny zaproponowanej przez Odwołującego, który złożył drugą cenowo ofertę, oraz 45,64% średniej ceny wszystkich ofert. Jest ona również o 38,5% mniejsza od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, która to kwota (12.810.000 PLN) i tak została zaniżona wskutek błędnej kalkulacji Zamawiającego. W postępowaniu ramowym Zamawiający miał sposobność zorientowania się w cenach, jakich oczekują potencjalni wykonawcy zamówień szczegółowych i ustalenia kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia na poziomie porównywalnym do średniej ceny ofertowej w postępowaniu ramowym (12.851.595,22 PLN).

Oferty w postępowaniu szczegółowym złożyło 4 z 9 dopuszczonych wykonawców: Sygnity S.A. 26.256.840,00 zł, Netline Group 17.824.810,00 zł, Odwołujący 17.077.560,00 zł, Wasko S.A. 7.876.612,80 zł.

Zdaniem Odwołującego fakt złożenia ofert w postępowaniu szczegółowym przez jedynie czterech wykonawców wyłonionych w postępowaniu ramowym świadczy o tym, że pozostali wykonawcy (z najniższymi cenami) za nisko wycenili wartość przedmiotu zamówienia i z tego powodu nie złożyli ofert szczegółowych. Zamawiający kalkulując wartość zamówienia w postępowaniu szczegółowym popełnił błąd polegający na tym, iż nie uwzględnił faktu, że wykonawcy na etapie postępowania ramowego mogli nierzetelnie dokonać kalkulacji wartości zamówienia i zaniżyć ceny ofertowe, a następnie wycofać się z postępowania poprzez niezłożenie oferty w postępowaniu szczegółowym. Wartość zamówienia, którą ustalił Zamawiający, nie powinna być zatem brana pod uwagę jako rzetelny punkt odniesienia w celu ustalenia, czy zastosowano rażąco niską cenę, a jedynie porównania cenowe pomiędzy ofertami złożonymi w postępowaniu szczegółowym. Już różnice cenowe w wysokości 10% pomiędzy ofertami skłaniają do przypuszczeń, że zastosowano rażąco niską cenę. Punktem odniesienia dla oceny ofert w celu ustalenia, czy zawierają rażąco niską cenę, powinna być wartość przedmiotu zamówienia, a nie kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na jego

sfinansowanie. Zdaniem Odwołującego ofertę Wasko S.A. można i należy odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i zastosowanie dyspozycji tego przepisu nie jest uwarunkowane koniecznością dokonania czynności wyjaśnienia ceny ofertowej w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, który służy do ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę – jest to przepis zawierający określoną procedurę sprawdzania złożonej oferty, który ma ułatwić zamawiającemu podjęcie decyzji co do ewentualnego odrzucenia oferty. Zamawiający zaniechał wezwania Wasko S.A. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zawarcia w ofercie rażąco niskiej ceny pomimo okoliczności wskazujących na fakt zawarcia w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący argumentował również, iż zgodnie z brzmieniem art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i definicją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie mógł złożyć odwołania w postępowaniu dotyczącym zawarcia umowy ramowej, które nie jest postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego.

Przystąpienie, po stronie Zamawiającego, zgłosiła WASKO S.A., a po stronie Odwołującego Sygnity S.A., która nie została dopuszczona do udziału w postępowaniu odwoławczym ze względu na brak interesu prawnego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że: odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący nie posiada interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień, odwołanie nie może zostać uwzględnione z uwagi na brzmienie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie bowiem z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych odwołanie należy wnieść w terminie 10 dni od powzięcia informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Przedmiotowe postępowanie jest postępowaniem szczególnym

poprzedzonym postępowaniem ramowym, w którym umowy ramowe zawarto 6 sierpnia 2010 r. Zarzut braku wskazania podwykonawców w treści oferty Wasko S.A. jest zarzutem wniesionym po terminie – kwestia konieczności zapewnienia łączy była wymogiem opisu przedmiotu zamówienia w postępowaniu ramowym, w którym w opisie przedmiotu zamówienia znajdują się parametry dotyczące łączy internetowych. Wasko S.A. w formularzu ofertowym postępowania ramowego oświadczyła, że zamówienie objęte umową ramową wykona w całości samodzielnie, na dowód czego Zamawiający przedstawił kserokopię formularza oferty Wasko S.A. w postępowaniu ramowym. Wówczas Odwołujący, pomimo tego, że zakres przedmiotu zamówienia nie uległ zmianie, nie kwestionował takiego oświadczenia firmy Wasko S.A. i nie stawiał zarzutu braku możliwości realizacji przedmiotu zamówienia samodzielnie przez ten podmiot. W związku z tym, skoro informacja o zakwalifikowaniu firmy Wasko S.A. jako podmiotu posiadającego potencjał do realizacji zamówienia w zakresie określonym opisem przedmiotu zamówienia, nastąpiła 12 lipca 2010 r., Odwołujący winien wnieść odwołanie w tym zakresie w terminie 10 dni od dnia powzięcia informacji o wyborze Wasko S.A. jako podmiotu, z którym Zamawiający zamierza zawrzeć umowę ramową i który zgodnie z oświadczeniem zamieszczonym w formularzu oferty zamierza realizować zamówienie bez udziału podwykonawców.

Spóźniony jest również zarzut zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską. Na etapie wyboru wykonawców do zawarcia umowy ramowej Zamawiający zobowiązał wykonawców do wyliczenia ceny, na dowód czego Zamawiający przedstawił kopię formularza ofertowego i cenowego. W związku z powyższym oraz brzmieniem § 5 ust. 8 wzoru umowy ramowej wykonawcy zaakceptowali wymóg Zamawiającego, zgodnie z którym w postępowaniu szczegółowym wykonawca nie mógł złożyć oferty zawierającej cenę z tytułu wykonania zadania wyższą niż określona w formularzu w postępowaniu ramowym, a oferta taka podlegałaby odrzuceniu, na dowód czego przedstawił kserokopię wzoru umowy ramowej. Jest to zgodne z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dającym Zamawiającemu prawo zawarcia umowy z wykonawcą, z którym

zawarł umowę ramową na warunkach nie mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej. Zatem zarzut rażąco niskiej ceny w stosunku do Wasko S.A. jest zarzutem wniesionym po terminie, wykonawca ten bowiem na etapie postępowania ramowego zaoferował wykonanie zadań 1 i 2, które są przedmiotem postępowania szczegółowego, za kwotę 9.839.300,00 zł, w związku z czym wskazana w postępowaniu szczegółowym cena dla zadania 1 i 2 nie mogła być wyższa niż maksymalna cena zawarta w ofercie w postępowaniu ramowym, gdyż podlegałaby odrzuceniu.

Ponadto w postępowaniu ramowym w zakresie zadania 1 i 2 inni wykonawcy zaoferowali realizację tychże zadań za ceny jeszcze niższe niż Wasko S.A.: Techelon 6.248.840,00 zł, konsorcjum firm z liderem WebTradeCenter 6.381.210,00 zł, Fujitsu Technology Solutions Sp z.o.o. 6.524.755,20 zł, COMARCH S.A. 8.163.081,00 zł. Tak więc zarzut ceny rażąco niskiej oprócz tego, że wniesiony z uchybieniem terminu, dodatkowo jest bezzasadny, skoro na etapie otrzymania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszych ofert 12 lipca 2010 r. Odwołujący nie kwestionował cen jeszcze niższych niż przedstawione obecnie przez Wasko S.A. Na dowód Zamawiający przedstawił zestawienie cen poszczególnych wykonawców w postępowaniu ramowym i szczegółowym. Tym samym również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z brakiem wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanych cen jest całkowicie bezzasadny – skoro cena oferty Wasko S.A. jest ceną wyższą od ceny niższej, ale jednocześnie maksymalnej innych uczestników postępowania na etapie postępowania ramowego.

Poza tym Odwołujący nie posiada interesu prawnego we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co w konsekwencji powoduje, że odwołanie, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może zostać uwzględnione. Rozumienie interesu prawnego w aktualnym stanie prawnym sprowadza się do wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz wykazaniu poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący nie jest w stanie wykazać, na czym miałyby polegać poniesienie lub możliwość

poniesienia szkody w rozumieniu szkody majątkowej, bowiem znał poziom cen maksymalnych innych wykonawców biorących udział w postępowaniu i chcąc złożyć ofertę konkurencyjną był zobowiązany do respektowania przepisu art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 ust. 8 umowy ramowej. Ponadto Zamawiający przed otwarciem ofert w postępowaniu szczegółowym podał wartość, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, określając ją na kwotę 12.810.000,00 zł, a cena oferty Odwołującego wynosi 17.077.560,00 zł, a zatem przewyższa wartość szacunkową zamówienia o ok. 5 mln zł, tym samym Odwołujący nie ma możliwości zawarcia umowy i poniesienia szkody w rozumieniu majątkowym, co w konsekwencji w przypadku braku odrzucenia odwołania winno skutkować jego oddaleniem ze względu na brzmienie art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W swoim przystąpieniu Wasko S.A. wskazała podobną argumentację jak Zamawiający dotyczącą konieczności odrzucenia odwołania. Stwierdziła też, że argumenty Odwołującego, iż nie mógł on złożyć odwołania na etapie postępowania w celu zawarcia umowy ramowej lub nie miał interesu prawnego w kwestionowaniu dopuszczenia do zawarcia umowy ramowej innych wykonawców są chybione i niezgodne z orzecznictwem, nie wynikają też z przepisów prawa. Poza tym stanowisko Odwołującego jest również błędne z powodów merytorycznych. Po pierwsze zapewnienie łącz nie jest elementem przedmiotu zamówienia – nie ma o nich wzmianki w opisie, również Odwołujący w swoim odwołaniu nie wskazał żadnego fragmentu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym byłaby mowa o tym, iż zapewnienie łącz stanowi element przedmiotu zamówienia. Faktycznie zapewnienie łącz jest niezbędne dla zrealizowania przedmiotu zamówienia, jednak nie jest usługą, która stanowi o głównym celu spełnienia świadczenia. Choć w celu realizacji zamówienia należy zapewnić łącza o odpowiedniej przepustowości, to jednak podmiotu zapewniającego takie łącza nie sposób uznać za podwykonawcę, tak samo jak za podwykonawcę nie uznaje się np. podmiotu zapewniającego wykonawcy dostawy energii elektrycznej, która to energia również jest niezbędna do prawidłowej realizacji przedmiotowego

zamówienia. Również w orzecznictwie zwraca się uwagę, że nie każdy podmiot wykonujący czynności wymagane do wykonania przedmiotu zamówienia i służące realizacji zamówienia przez wykonawcę jest podwykonawcą. O tym, że zapewnienie łącz nie stanowi elementu przedmiotu zamówienia, świadczy także postępowanie Zamawiającego, który ani na etapie postępowania w celu zawarcia umowy ramowej, ani na etapie postępowania szczegółowego nie wymagał, aby wykonawcy byli wpisani do rejestru przedsiębiorców telekomunikacyjnych, co w świetle obowiązujących przepisów jest niezbędne do świadczenia usług polegających na zapewnieniu łącz.

Poza tym nie jest prawdą, jakoby Przystępujący nie był w stanie samodzielnie zapewnić łącza niezbędnego dla zrealizowania przedmiotu zamówienia, a wywody Odwołującego nie zostały poparte jakimikolwiek dowodami i świadczą wyłącznie o niewiedzy Odwołującego. W 2009 r. nastąpiło połączenie HOSTINGCENTER Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach (wynika to nawet z KRS) i obie spółki działają pod nazwą WASKO S.A. korzystając z infrastruktury należącej dotychczas do HOSTINGCENTER Sp. z o.o., w tym z jej łącz. Tym samym Przystępujący nie musiał wskazywać w swojej ofercie, że zapewnienie łącz powierzy podwykonawcy – zewnętrznemu operatorowi właścicielowi łącza, bo nic takiego nie będzie miało miejsca. Przystępujący posiada bardzo rozbudowaną infrastrukturę teletransmisyjną, dzięki której m.in. świadczy usługi w zakresie dostarczania szerokopasmowego Internetu w Warszawie i okolicach i usługę hostingu wraz z dostępem do Internetu nie korzystając w tym zakresie z żadnych podwykonawców, a przedmiotowe zamówienie zamierza i jest w stanie wykonać w całości samodzielnie, zatem nie miał obowiązku wskazywać w ofercie, że jakąkolwiek część zamówienia powierzy podwykonawcy.

W toku postępowania odwoławczego na odwołującym spoczywa ciężar wykazania, że konkretne czynności Zamawiającego czy też jego zaniechania są sprzeczne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, a poprzez to ograniczają wykonawcy możliwość uzyskania danego zamówienia i powinien przedstawić na tę okoliczność konkretne dowody, czego w niniejszej sprawie

w sposób dostateczny nie uczynił, ograniczył się jedynie do wygłoszenia prywatnych sądów i opinii.

W odniesieniu do zarzutu podania rażąco niskiej ceny Przystępujący stwierdził, że zarzut nieodrżucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych powinien być co najwyżej zarzutem ewentualnym, po zarzucie odnoszącym się do braku wezwania do wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, którego to etapu Zamawiający nie może pominąć, a błędne jest stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest uwarunkowane koniecznością dokonania czynności wyjaśnienia ceny ofertowej w trybie art. 90 ust. 1 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych. W trakcie postępowania odwoławczego Zamawiający nie dokonuje czynności, których zaniechał, jak i nie powtarza czynności dokonanych niezgodnie z ustawą, a zgodnie z art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uwzględniając odwołanie dopiero nakazuje wykonanie lub powtórzenie czynności Zamawiającego. Nie ma zatem żadnych prawnych podstaw do tego, aby procedurę przewidzianą w art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych przeprowadzać na rozprawie. Takie postępowanie dyskryminowałoby Przystępującego i naruszałoby jego prawa, zgodnie bowiem z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca ma złożyć wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w terminie określonym przez Zamawiającego, a takiego terminu i niezbędnego czasu na przygotowanie wyjaśnień nie sposób Przystępującemu zapewnić, jeżeli miałby złożyć wyjaśnienia w trakcie procedury odwoławczej przed KIO.

Uzasadnienie zarzutu dotyczącego ceny sprowadza się do stwierdzenia, że cena ta jest rażąco niska, bowiem jest niższa od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o kwotę VAT i jest niższa od ceny oferty Odwołującego, tj. od kolejnej oferty w rankingu ofert. Zgodnie z przyjętymi poglądami i orzecznictwem rażąco niska cena oznacza cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, robót budowlanych, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena,

za którą nie można wykonać danego zamówienia, przy założeniu, że wykonawca zastosował wszelkie możliwe oszczędności. To cena nierealistyczna, niewiarygodna, a nie tylko cena niższa od szacunkowej wartości zamówienia. O rażąco niskiej cenie nie przesądza to, iż cena danej oferty jest niższa, czy nawet dużo niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu. Dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu, a sam fakt, że zaproponowana cena jest ceną niższą od cen pozostałych wykonawców nie uprawnia do twierdzenia, że cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłyby bowiem do tego, że wykonawcy, zamiast starać się jak najkorzystniej dla zamawiającego skalkulować cenę oferty, składaliby oferty jak najdroższe, tak aby móc domagać się odrzucenia wszystkich tańszych ofert jako zawierających rażąco niską ceną.

Dla uznania, że cena jest rażąco niską, konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę. Natomiast Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na okoliczność, że przedmiotowe zamówienie nie może być wykonane za cenę zaoferowaną przez Przystępującego. Tymczasem, zgodnie z art. 6 kodeksu cywilnego stosowanym w postępowaniu na podstawie art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie. Jedyne dowód, jaki Odwołujący przedstawia na okoliczność rzekomo rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, to wskazanie, że cena ta jest niska.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy oraz w przedłożonych pismach, wraz z załącznikami, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, bowiem wybór oferty najkorzystniejszej w „postępowaniu szczegółowym” jest nową okolicznością w stosunku do informacji o wykonawcach wyłonionych do zawarcia umowy ramowej, czy też zawarcia owej umowy ramowej – przede wszystkim w znacznym stopniu (ok. 2 mln złotych) uległa zmianie cena oferty wybranego wykonawcy, a Odwołujący, czego co prawda nie uczynił, jednak potencjalnie mógłby dowieść, że różnica ta powoduje wystąpienie rażąco niskiej ceny, gdyż w sytuacji Przystępującego poziom rentowności mógłby stać na granicy np. 9,5 mln złotych, a sam fakt, że inni niż Przystępujący wykonawcy złożyli na etapie postępowania dotyczącego zawarcia umowy ramowej oferty o wartości poniżej 7 mln złotych, może być pewną wskazówką, jednak nie oznacza jeszcze w sposób kategoriyczny, że oferta Przystępującego nie może być ofertą z ceną rażąco niską, jako że poprawność i realność ceny oferty bada się w stosunku do każdego oferenta, przy uwzględnieniu cech i okoliczności dla niego charakterystycznych.

Również w stosunku do zarzutu dotyczącego zadeklarowanej chęci wykonania zamówienia bez udziału podwykonawców, Odwołujący wskazał, że na etapie postępowania szczegółowego, w wyniku wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ujawnione zostały bardziej szczegółowe wymagania Zamawiającego dotyczące wydajności łącz, które miały wpływ na postawienie przedmiotowego zarzutu. Jako że odrzucenie odwołania z przyczyn formalnych zamyka drogę do merytorycznego rozpoznania zarzutu, co jest celem postępowania odwoławczego, art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy stosować w sposób ścisły, z uwzględnieniem prawa wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej, a okoliczności sporne rozważyć na korzyść rozpoznania merytorycznego, dlatego Izba, biorąc również pod uwagę nieprzedstawienie pełnej dokumentacji postępowania dotyczącego zawarcia umowy ramowej, która poparłaby twierdzenie Zamawiającego, iż w postępowaniu szczegółowym nie wyszły na jaw żadne nowe okoliczności dotyczące realizacji zamówienia, postanowiła również ten zarzut rozpatrzyć merytorycznie.

Izba uznała również, iż Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, a ewentualna późniejsza decyzja Zamawiającego o niezwiększeniu kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia, tego interesu go nie pozbawia. Co zaś do braku wpływu wyroku Izby uwzględniającego odwołanie na jego wynik, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, gdyż taki wpływ ma nie tylko wybór nowej oferty najkorzystniejszej, ale i unieważnienie postępowania.

Jednak w stosunku do obu zarzutów Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił wskazanych przez siebie okoliczności.

Stawiając zarzut rażąco niskiej ceny Odwołujący oparł się wyłącznie na porównaniu ceny oferty Przystępującego z pozostałymi trzema ofertami złożonymi w „postępowaniu szczegółowym” i wartością zamówienia oraz kwotą, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na jego realizację. Są to jednak tylko pewne wyznaczniki, od których można zacząć rozważania w tym zakresie (tym bardziej, że w niniejszym postępowaniu kwoty te różnią się od siebie znacząco). Natomiast do uznania ceny oferty za rażąco niską konieczne jest odniesienie się do elementów konkretnej badanej oferty i przyczyn, dla których cena została skalkulowana na danym poziomie wraz ze wskazaniem, dlaczego cena ta, zwłaszcza dla danego wykonawcy, jest niewiarygodna czy dumpingowa. Jako że Przystępujący w swoim piśmie dość szczegółowo zacytował poglądy piśmiennictwa i orzecznictwa w zakresie definicji czy cech ceny rażąco niskiej, które zostały przedstawione powyżej, z którymi Izba się zgadza, zbędne jest ich powtórne przytaczanie. Podsumowując tylko Izba stwierdza, że cena rażąco niska to cena nierealna rynkowo, za którą nie można należycie wykonać danego zamówienia, przy założeniu, że wykonawca zastosował wszelkie możliwe dla siebie oszczędności i okoliczności pozwalające mu obniżyć ponoszone koszty, narażająca go, z założenia, na brak jakiegokolwiek zysku albo nawet na straty; poza tym cenę tę należy badać odnosząc ją indywidualnie do danego wykonawcy – jego kosztów zakładowych, kosztów pracy, możliwych cen uzyskania materiałów, ich jakości itd. (oraz oczywiście okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Należy bowiem zwrócić uwagę, jakkolwiek to fakt powszechnie znany, iż różnica cen

w poszczególnych ofertach nie wynika tylko z wysokości założonego zysku lub jego braku. Natomiast sama okoliczność, iż żaden z pięciu oferentów, którzy złożyli oferty z najniższymi cenami w postępowaniu ramowym, nie złożył oferty, jakkolwiek dość nietypowa, z braku informacji o jej przyczynach, nie może świadczyć ani na korzyść, ani na niekorzyść żadnej ze Stron. Z powyższych przyczyn Odwołujący nie uprawdopodobnił także konieczności nakazania przez Izbę przeprowadzenia procedury wyjaśnień, o której mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Również w stosunku do zarzutu niemożliwości samodzielnego wykonania zamówienia Odwołujący nie wykazał tej okoliczności. Po pierwsze Przystępujący oświadczył, że posiada własne łącza, które to twierdzenie nie zostało skutecznie obalone przez Odwołującego. Po drugie Izba zasadniczo zgadza się z Przystępującym, iż ewentualnej dzierżawy łącz można nie uznawać i najczęściej nie uznaje się za podwykonawstwo (choć mogą tu oczywiście występować rozbieżności wynikające z wzajemnych stosunków i powiązań podmiotów). Rzeczywiście brak jest legalnej i jednoznacznej definicji „podwykonawcy”, zresztą nawet przy jej istnieniu należałoby badać każdy konkretny stosunek zamawiający – wykonawca – (potencjalny) podwykonawca – natomiast przy działaniu wydzierżawiającego łącza wyłącznie na rzecz wykonawcy zamówienia, w braku chęci działania na rzecz zamawiającego, trudno mówić o podwykonawstwie.

Wobec powyższego, na marginesie, Izba stwierdza dodatkowo, iż trudno mówić o nieprawdziwych informacjach mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, spełnianiu warunku udziału w postępowaniu lub niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w przypadku, gdy Zamawiający nie miał żadnych konkretnych wymagań w stosunku do udziału podwykonawców w realizacji zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący

.....

Członkowie

.....

.....