

Sygn. akt KIO/UZP 679/10

Sygn. akt KIO/UZP 714/10

WYROK
z dnia 7 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04.05.2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **26 kwietnia 2010 roku** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Telekomunikację Polską S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18 (sygnatura akt KIO/UZP 679/10);

B. ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A (lider) oraz MCSI Ltd Sp. z o.o., 00-725 Warszawa, ul. Cybulskiego 3 (sygnatura akt KIO/UZP 714/10)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3,5** protestów:

A. Telekomunikacji Polskiej S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18 z dnia **29 marca 2010r.**;

B. ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A (lider) oraz MCSI Ltd Sp. z o.o., 00-725 Warszawa, ul. Cybulskiego 3 z dnia **29 marca 2010 r.**.

przy udziale konsorcjum **GTS Energis Sp. z o.o., 02-626 Warszawa, Al. Niepodległości 69** zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych o sygnaturze akt KIO/UZP 679/10 i KIO/UZP 714/10 po stronie zamawiającego

orzeka:

1 Uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty GTS Energis Sp. z o.o., nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty GTS Energis Sp. z o.o. i powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3,5 i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się w obu sprawach, w tym:

A. koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Telekomunikację Polską S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18,**

B. koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez konsorcjum firm: **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A (lider) oraz MCSI Ltd Sp. z o.o., 00-725 Warszawa, ul. Cybulskiego 3,**

2) dokonać wpłaty kwoty 8 044 zł 00 gr. (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złotych zero groszy) przez **Zakład Ubezpieczeń Społecznych, 01-748 Warszawa, ul. Szamocka 3,5** na rzecz odwołujących się, w tym:

A. 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złotych zero groszy) na rzecz **Telekomunikacji Polskiej S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego

B. 5 822 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset dwadzieścia dwa złotych zero groszy) na rzecz konsorcjum firm: **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana**

Pawła II 39A (lider) oraz MCSI Ltd Sp. z o.o., 00-725 Warszawa, ul. Cybulskiego 3, stanowiącej uzasadnione koszty stron poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 25 556 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A. kwoty 12 778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Telekomunikacji Polskiej S.A., 00-105 Warszawa, ul. Twarda 18,**
 - B. kwoty 12 778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz konsorcjum firm: **ComArch S.A., 31-864 Kraków, Al. Jana Pawła II 39A (lider) oraz MCSI Ltd Sp. z o.o., 00-725 Warszawa, ul. Cybulskiego 3**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Zakład Ubezpieczeń Społecznych w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na „*świadczenie usługi operatora sieci WAN ZUS*” (nr postępowania TZ/370/95/09), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 listopada 2009r., 2009/S 215-309995, wobec czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej złożone przez GTS Energis Sp. z o.o., w dniu 29 marca 2010r. protesty do zamawiającego wnieśli wykonawcy: Telekomunikacja Polska S.A. (odwołujący 1) oraz konsorcjum firm: ComArch S.A i MCSI Ltd Sp. z o.o. (odwołujący 2). Zamawiający oddalił oba protesty w dniu 8 kwietnia 2010 r. i wobec tego rozstrzygnięcia, w dniu 19 kwietnia 2010 r. wykonawcy wnieśli odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu.

1. W proteście oraz odwołaniu (sygn. akt KIO/UZP 679/10), odwołujący – TP S.A. zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4, art. 90 ust. 3 ustawy PrZamPubl poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej, sprzecznej z treścią siwz oraz zawierającej rażąco niską cenę, a także naruszenie art. 8 ust. 3, art. 87 ust.1 oraz

art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 ustawy PrZamPubl, poprzez zaniechanie badania skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do ofert złożonych w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie ujawnienia treści oferty GTS Energis Sp. z o.o.

W odwołaniu wykonawca wskazał na niezgodność treści oferty wybranej z wymaganiem określenia w formularzu ofertowym jednej technologii dostępowej na łączy podstawowym oraz backupowym, co zostało potwierdzone przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu wniesionego przez Netię S.A. (z dnia 05.02.2010 r.), w którym zamawiający nie dopuścił podania alternatywnych technologii, zabraniając ostatecznego wyboru technologii na etapie uruchomienia usług (poprzez odrzucenie żądania Nenii, które dotyczyło wykreślenia z załącznika do formularza ofertowego wymagania podania konkretnej technologii dostępowej lub wprowadzenie postanowienia pozwalającego na dokonanie ostatecznego wyboru technologii na etapie realizacji usługi). Zdaniem odwołującego, brak podania technologii dostępowej lub podanie technologii w sposób alternatywny dowodzić ma, że wykonawca składając ofertę nie wie w jakiej technologii zrealizuje dane łącze oraz nie jest w stanie rzetelnie wycenić przedmiotu zamówienia. Zamawiający dopuszczając możliwość wskazania trzech technologii znacznie różniących się kosztowo, pozbawia się możliwości rzetelnej weryfikacji oferty, w tym elementów wpływających na jej cenę. W ofercie GTS Energis w kolumnie 3 tabeli 1.1 Załącznika do formularza ofertowego „Technologia dostępowa na łączy podstawowym”. Odwołując zaprzeczył, jakoby zamawiający nie wymagał precyzyjnego podania w ofercie jednej, konkretnej technologii dostępowej dla każdego z łączy podstawowych i backupowych już na etapie składania ofert. W swojej ofercie GTS Energis wskazał dla większości lokalizacji (279 z 322) kilka możliwych sposobów realizacji łączy poprzez wskazanie, iż będą one realizowane jako „DSL na kablu lub kanał E1 na radiolinii punkt-punkt/kablu”, co zdaniem odwołującego potwierdza, iż wykonawca ten złożył ofertę sprzeczną z siwz.

Ponadto odwołujący podniósł, iż nie wszystkie technologie podane przez GTS Energis są zgodne z siwz. Zamawiający dopuścił zestawienie łączy podstawowych w oparciu o radiolinię punkt-punkt jedynie w paśmie koncesjonowanym (załącznik nr 4 pkt 3 lit b tiret 1). Z oferty GTS Energis nie wynika, że łącze będzie działało w paśmie koncesjonowanym, gdyż wykonawca wskazał jedynie na radiolinię punkt-punkt, co nie jest tożsame, że będzie ono łączem radiowym punkt-punkt realizowanym w paśmie koncesjonowanym.

Odwołujący podkreślił, iż konieczność wskazania konkretnej technologii dla każdego z łączy podstawowych i backupowych miało znaczący wpływ na podjęte przez wykonawców działania, a tym samym również miało istotny wpływ na kalkulację ceny oferty (związane z wywiadami technicznymi), na co wskazywał sam zamawiający w rozstrzygnięciu protestu Nenii podnosząc, że wskazanie konkretnej technologii pozwala na prawidłową i rzetelną wycenę oferty przez wykonawcę.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny zaproponowanej w ofercie GTS Energis, odwołujący porównał ceny zaproponowane w przedmiotowym postępowaniu przez pozostałych wykonawców, które, podobnie jak wartość oszacowana przez zamawiającego (58 mln zł brutto), wskazywać mają, iż cena wybranej oferty (20,1 mln zł. brutto) znacznie odbiega od cen rynkowych. Zdaniem odwołującego wyjaśnienia GTS Energis z dnia 10 marca 2010 r. nie pozwalają na stwierdzenie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Stopień ich ogólności wskazywać ma, iż każdy z wykonawców uczestniczących w postępowaniu mógłby je przywołać, dla wskazania niskich kosztów realizacji zamówienia. W ocenie odwołującego potwierdzają one, że cena jest rażąco niska i nie uwzględnia wszelkich kosztów, jakie wykonawca będzie musiał ponieść. Odwołujący odniósł się do wskazywanych w wyjaśnieniach elementów mających mieć wpływ na wysokość ceny, podważając możliwość ich przyjęcia. Liczba pozwoleń radiowych nie przesądza zdaniem odwołującego o posiadaniu jednej z największych sieci, do czego koniecznej jest zbudowanie infrastruktury, która wykorzystuje uzyskane pozwolenia. Ponieważ wykonawca zamierza wykorzystać technologię radiową jedynie w 35 lokalizacjach, to jako sprzeczne z tym ustaleniem odwołujący uznał wyjaśnienia, w których wykonawca powoływał się na wykorzystanie w znacznej mierze sieci radiowej do świadczenia usługi. Odwołujący nie przyjął za wiarygodne twierdzenie GTS Energis, iż uzyskał on wyjątkowo korzystne ceny zakupu sprzętu opierając się na własnej sytuacji rynkowej. Wskazywana w wyjaśnieniach okoliczność posiadania infrastruktury na terenie całego kraju, nie ma znaczenia dla realizacji przedmiotu zamówienia, który wymaga konkretnej infrastruktury znajdującej się we wszystkich lokalizacjach zamawiającego. GTS Energis jedynie zakłada posiadanie infrastruktury w wielu lokalizacjach zamawiającego. Odwołujący odwołał się do własnej infrastruktury, jako najlepiej rozbudowanej, która jednak wymaga szeregu inwestycji dotyczących sieci dostępowej do lokalizacji zamawiającego, których wartość określił na poziomie ok. 4 mln złotych netto. Odwołujący podważył wiarygodność twierdzenia o możliwości wykonania zamówienia ilością pracowników zatrudnionych przez GTS Energis, których znaczna część pełnić ma funkcje administracyjne. Znajduje to potwierdzenie w treści oferty, w której wykonawca przewidział wykonanie zamówienia za pomocą podwykonawców, co powinno prowadzić do zwiększenia kosztów realizacji inwestycji. Odwołujący wskazał na tendencje kształtowania się cen usług na rynku telekomunikacyjnym uzyskiwanych w zamówieniach publicznych, które są niższe od cen oferowanych poza tym rynkiem. Ceny oferowane na rynku zamówień publicznych na świadczenie usług sieci WAN KSI są z reguły porównywalne i odbiegają od siebie w nieznacznym sposób, na potwierdzenie czego odwołujący przytoczył przykłady cen w innych postępowaniach na realizację sieci WAN. Odwołujący zaprzeczył, jakoby oryginalność projektu technicznego wykonania przedmiotu zamówienia mogła mieć decydujące znaczenie dla ustalenia wysokości ceny. Opis przedmiotu zamówienia nie zawiera niestandardowych i

złożonych rozwiązań, nie spotykanych na rynku telekomunikacyjnym. Technologia w jakiej ma zostać zrealizowane zamówienie jest powszechnie stosowana od wielu lat i jest standardowa dla wykonawców posiadających odpowiednie kwalifikacje i doświadczenie w realizacji tego typu przedsięwzięć. Ponadto, GTS Energis nie przedstawił żadnego projektu, czy nawet zarysu w jaki sposób zamierza zrealizować zamówienie.

Odwołujący dokonał oceny sposobu w jaki GTS Energis zamierza wybudować sieć WAN i który uznał za niewystarczający dla osiągnięcia zakładanej funkcjonalności sieci WAN KSI. Zamawiający określił w siwz parametry jakości usługi definiując dopuszczalne rozwiązania techniczne w zakresie łączy dostępowych do lokalizacji zamawiającego. Wykonawca GTS Energis zamierza wykorzystać rozwiązania techniczne dla łączy wykorzystując w przeważającej części infrastrukturę TP w oparciu o umowy zawarte z TP BSA (umowa o dostępie do lokalnej pętli abonenckiej poprzez dostęp do węzłów sieci telekomunikacyjnej na potrzeby sprzedaży usług szerokopasmowej transmisji danych z dnia 17.09.2009 r., w oparciu o sieć węzłów DSL TP) oraz RILLO (umowa o dostępie do kanalizacji kablowej z dnia 19.04.2007 r. – dzierżawy łączy telekomunikacyjnych). Odwołujący wyjaśnił, iż ze względu na ograniczenia co do pasma w górę sieci oraz brak gwarancji parametrów jakościowych- opóźnienia, zmienności opóźnienia, rozwiązania oparte na BSA nie są rekomendowane do budowy sieci MPLS z zapewnieniem odpowiednich parametrów ruchu QoS. Atutem usługi BSA jest natomiast cena, która może wynosić nawet kilkadziesiąt złotych za jedno łącze miesięcznie. Odwołując przedstawił kalkulację kosztów zestawienia i utrzymania łączy w oparciu o regulację RLLO (jaką może wykorzystać operator alternatywny), dla przyjętej średniej długości łącza 20 km, 40 km i 60 km. Porównanie cen za porty niższej przepływowości w ofercie GTS Energis z kosztami wynikającymi z oferty ramowej RLLO, wskazuje że są one niższe od tych kosztów, które stanowią element cząstkowy dla usługi MPLS. Odwołujący wskazuje na znaczne różnice w cenie usługi dla tych samych przepływności portów dla różnych lokalizacji, dla czego nie znajduje uzasadnienia. Zdaniem odwołującego wskazuje to na nierzetelny sposób skalkulowania ceny oferty, nie uwzględniający wszelkich elementów kosztowych związanych chociażby z rozbudową sieci czy samym sprawdzeniem możliwości technicznych świadczenia usług, które wymagały wykonania stosownych wywiadów technicznych. Odwołujący wskazał również na brak możliwości spełnienia wymagań jakościowych określonych dla łączy przez zamawiającego w załączniku nr 4 przy realizacji usługi w oparciu o łącza DSL w ramach oferty BSA (na co wskazał GTS Energis w wyjaśnieniach), przy przepływnościach niższych od 512 kbit/s., co może spowodować nieprawidłowe funkcjonowanie sieci. Zamawiający wyraźnie określił przepustowości minimalne łączy dla obu kierunków w załączniku nr 1 do wzoru umowy, jak również wskazał na wymagania jakościowe w załączniku nr 4. Zamawiający definiując parametry jakościowe w zakresie opóźnienia oparł swoje wymagania

na parametrze RTD (round-trip delay), który odzwierciedla czas, jaki jest potrzebny na odebranie potwierdzenia, że pakiet dotarł do celowej lokalizacji. Na wartość tego parametru wpływ ma opóźnienie przetwarzania, zwane czasem serializacji. GTS Energis zamierza wykonać łącza w technologii ADSL w ramach oferty ramowej BSA (na co wskazał w wyjaśnieniach). Odwołujący wskazał na cechę transmisji ADSL w sieci TP, jaką jest brak mechanizmów fragmentacji pakietów danych, co w znacznym stopniu wpływa na zaistnienie opóźnień w transmisji, szczególnie przy przesyłaniu pakietów o dużych długościach, rzędu 1500 B. Zamawiający nie różnicował wartości parametrów QoS ze względu na długość pakietu, co oznacza, że podane wartości parametru RTD powinny być spełnione dla wszystkich, a nie tylko dla większości pakietów. W oparciu o przedstawione wyliczenie czasu serializacji dla pakietów o dużej długości np. 1500 Bajtów dla łączy o przepustowości 256 kbit/s. (93,76 ms), odwołujący wskazał, iż będzie on przekraczał dopuszczalną wartość parametru RTD określoną na 70 ms dla Data1 oraz 90 ms dla Data2, jak również dla kasy voice 60 ms. Aby spełnić wymaganie zamawiającego w zakresie parametru RTD, stosując łącza ADSL, które z natury nie wspierają fragmentacji pakietów należałoby zastosować symetryczne, gwarantowane łącza DSL o przepustowości minimum 512 kbit/s. Ponieważ GTS Energis nie sprawdził możliwości technicznych świadczenia usługi w oparciu o ofertę BSA, nie mógł wiedzieć, iż najszerszej dostępne są usługi o niskich przepływnościach – z pasmem do użytkownika (downlink) do 512 kbit/s, a założenie zapewnienia łącza o odpowiednio wysokim paśmie downlink 1 lub 2 Mbit/s lub wielokrotności takiego pasma jest nierealistyczne. Wskazuje to zdaniem odwołującego, iż wykonawca oparł swoją wycenę na optymistycznych, teoretycznych założeniach, a zaproponowana cena nie ma odzwierciedlenia w faktycznych kosztach, jakie ten wykonawca będzie zmuszony ponieść. Ponieważ dla łączy ADSL dostępnych w ramach oferty BSA nie są zdefiniowane na chwilę obecną żadne parametry jakościowe QoS, operator korzystający z łączy w ramach tej oferty nie otrzymuje żadnych gwarancji w tym zakresie (ruch na takich łączach jest klasyfikowany do klasy UBR, tj. klasy nie gwarantującej parametrów jakościowych), zatem nie może ich również oferować i zapewnić zamawiającemu. Na brak weryfikacji warunków technicznych wskazuje również przyjęcie przez GTS Energis realizacji łączy backupowych we wszystkich Inspektoratach i Biurach Terenowych w technologii ISDN BRI, która z przyczyn technicznych nie może być wykorzystana w niektórych lokalizacjach (dla tych lokalizacji – ponad 30 odwołujący określił technologię DSL). GTS Energis nie będzie w stanie pokryć kosztów związanych z koniecznymi nakładami inwestycyjnymi, przy zakładanych przychodach ze świadczonej usługi na poziomie 200 zł. miesięcznie.

Z ostrożności, odwołujący ponowił zarzut zaniechania odtajnienia oferty GTS Energis, zgłoszony w proteście z dnia 15 marca 2010 r. , z uwagi na jednolity sposób liczenia terminu do wniesienia protestu w tym zakresie.

2. W odwołaniu (sygn. akt KIO/UZP 714/10) odwołujący – konsorcjum ComArch S.A. i MCSI Ltd Sp. z o.o., podtrzymał zarzuty podniesione w proteście naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy PrZamPubl, na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty GTS Energis S.A – niezgodnej z ustawą i której treść jest niezgodna z treścią siwz, jak również zawierającą rażąco niską cenę, a także zaniechania odrzucenia oferty TP S.A., pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wniósł o unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, odrzucenie ofert GTS Energis S.A. oraz TP S.A. i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W odniesieniu do ofert GTS Energis odwołujący uznał, iż podlegała ona odrzuceniu, jako oferta wariantowa, co wynikać ma z podania technologii realizacji łącz dostępowych, które określają sposób realizacji łącz. Na wariantowość oferty wskazywać ma treść zawarta w formularzu oferty, w której wykonawca podał w kolumnie „w zakresie technologii backupowej” – „DSL na kablu lub na kanał E1 na radiolinii punkt-punkt/kablu. Ponieważ zamawiający wykluczył możliwość złożenia oferty wariantowej, oferta nie odpowiada treści siwz i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy PrZamPubl. Zdaniem odwołującego zawarta w treści alternatywa, uniemożliwia dokonanie wyboru tej oferty, gdyż nie określa ona w sposób precyzyjny oferowanego zakresu zamówienia. w świetle przepisów ustawy, nie istnieje żaden mechanizm, który umożliwiłby, bez rażącego naruszenia przepisów ustawy, podjęcia wyboru i rozstrzygnięcia, która z ofert w tym zakresie jest złożona i która będzie wiążąca dla wykonawcy i zamawiającego. Oferta zawierającą alternatywę nie może być przyjęta do dalszej oceny. Odwołujący zakwestionował możliwość przyjęcia wyjaśnień wykonawcy w zakresie rażąco niskiej ceny, wskazując w szczególności na brak związku pomiędzy „oryginalnością projektu technicznego” z niskimi kosztami realizacji umowy. Ponieważ wyjaśnienia nie pozwalały na zweryfikowanie faktycznego wpływu elementów na wysokość ceny, zdaniem odwołującego, należało uznać, że wykonawca nie wykazał, że oferowana przez niego cena nie jest nierealistyczna i nie powinny być one uznane przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego, wykonanie zamówienia za kwotę wskazaną w ofercie GTS Energis nie jest możliwe bez ryzyka poniesienia strat przez wykonawcę. Odwołujący przyjął, iż zamawiający dokonał rzetelnego szacowania wartości zamówienia, co potwierdzać mają również wysokości cen zaproponowane w innych ofertach (z wyłączeniem oferty TP S.A), a żadna szczególna okoliczność nie może uzasadniać tak drastycznej różnicy, jaka występuje w odniesieniu do oferty GTS Energis.

W odniesieniu do oferty TP S.A. odwołujący podtrzymał swoje twierdzenia o rażąco niskiej cenie tej oferty. Odwołujący zakwestionował możliwość uwzględnienia okoliczność

wskazanych przez wykonawcę w wyjaśnieniach, jako uzasadniających różnicę w cenie pomiędzy szacunkiem samego zamawiającego i ceny odwołującego – najbliższej i najbardziej wiarygodnej temu szacunkowi. Znajomość zamawiającego jako klienta nie jest okolicznością nadzwyczajną, wiedzę taką posiada również odwołujący i nie można ustalić jaki ma ona wpływ na wysokość ceny. Znajomość własnej infrastruktury nie może mieć wpływu na realizację przedmiotu zamówienia, gdyż nie jest ona nietypowa, znana tylko temu wykonawcy, a także nie można określić jaki wpływ ma na wysokość ceny. Zespoły obsługi posprzedażowej i obsługi serwisowej oraz doświadczenie we wdrażaniu dużych projektów, są wspólne dla wszystkich wykonawców, którzy przeszli pozywaną ocenę podmiotową. Zakres projektu i 3 letni okres realizacji zamówienia stanowiły okoliczność wspólne dla wszystkich wykonawców, a nie tylko dla TP S.A. Korzystne warunki współpracy z dostawcami nie wyróżnia TP S.A., gdyż również odwołujący ustalił korzystne warunki współpracy. Treść wyjaśnień dowodzić ma, iż zaoferowana cena jest niezgodna z dobrymi obyczajami, gdyż prowadzi do ograniczenia dostępu do rynku innym wykonawcom (odwołującemu), przez sprzedaż usług poniżej kosztów wytworzenia (dumping – art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

W toku posiedzenia, Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek do odrzucenia odwołań i skierowała je do rozpoznania na rozprawie. Odwołanie wniesione przez TP S.A. podlegało rozpoznaniu z wyłączeniem zarzutu dotyczącego zaniechania odtajnienia oferty GTS Energis, który był przedmiotem rozpoznania przez KIO w wyroku z dnia 23 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 528/10. Zgodnie z art. 187 ust. 4 pkt 5 ustawy PrZamPubl niedopuszczalne jest powoływanie się w odwołaniu na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania wniesionego przez tego samego odwołującego się w tym samym postępowaniu. Odwołujący – TP S.A. potwierdził, iż okoliczności dotyczące części oferty GTS Energis Sp. z o.o. zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa były podnoszone przez niego w odwołaniu uwzględnionym przez Izbę. W związku z powyższym Izba uznała, iż nie jest dopuszczalne ponowne ich badanie, a zatem odwołanie w tym zakresie nie podlegało rozpoznaniu merytorycznemu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż jeden z zarzutów podniesiony przez obu odwołujących się względem oceny oferty GTS Energis Sp. z o.o. potwierdził się i na tej podstawie uwzględniła odwołania.

W oparciu o treść oferty GTS Energis Sp. z o.o. oraz wyjaśnienia tego wykonawcy złożone w dniu 10 marca 2010 r., dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Izba uznała, iż oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 w związku

z art. 90 ust. 3 ustawy PrZamPubl. W ocenie Izby, wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie pozwalały na przyjęcie przez zamawiającego, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby, w sytuacji kiedy złożone wyjaśnienia nie pozwalają na zweryfikowanie wiarygodności ceny złożonej w ofercie, tj. nie zawierają informacji na temat rzeczywistego wpływu powoływanych okoliczności na wysokość ceny, wówczas wypełniona zostaje przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PrZamPubl. Celem dla którego wykonawca wzywany jest do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowanie wysokości ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Powinny one zatem osadzać się na konkretnych uwarunkowaniach, jakie towarzyszyć będą realizacji danego zamówienia i pozwalać na ocenę skali w jakiej wpływają one na ustalenie poziomu kosztów. Jeżeli wykonawca powołuje się na pewne okoliczności, mające mieć wpływ na wysokość ceny, to powinien również wykazać w jaki sposób zostały one uwzględnione przy kalkulacji kosztów. Informacji takich nie zawierały wyjaśnienia złożone przez GTS Energis Sp. z o.o., przez co nie było możliwe stwierdzenie dopuszczalności ich uwzględnienia przez zamawiającego. Wykonawca powoływał się na czynniki, które dotyczyły realizacji przedmiotu zamówienia i które musiały być uwzględniane przez każdego z wykonawców przy kalkulacji ceny oferty. Dotyczyły one zastosowanych najbardziej efektywnych rozwiązań technicznych, wykorzystania istniejącej infrastruktury technicznej, jak również stosowanego sprzętu. Wykonawca nie wykazał w jaki sposób oryginalność przyjętych rozwiązań pozwala na obniżenie kosztów świadczenia usługi. Wątpliwości budziło w ocenie Izby ustalenie na czym polegać miałyby oryginalność rozwiązania opartego dla większości wskazanych lokalizacji na połączeniach wykonanych z wykorzystaniem sieci radiowej. Sam zamawiający w treści siwz wskazywał na możliwość wykorzystania łączy radiowych, a zatem rozwiązania tego nie można przypisać jako wyróżniającego sposób realizacji łączy przyjęty przez wykonawcę. Treść wyjaśnień nie pozwala potwierdzić, iż sieć ta będzie wykorzystywana w znacznej mierze przez wykonawcę do świadczenia usługi, na którą to okoliczność powoływał się wykonawca. GTS Energis Sp. z o.o. wprost wskazał na możliwość wykorzystania technologii radiolinii (punkt-punkt) w 35 lokalizacjach, z możliwością zastosowania tej technologii w innych lokalizacjach, o ile pozwolą na to warunki techniczne. Na rozprawie wykonawca przyznał, iż nie dokonał weryfikacji warunków technicznych dla wykonania łączy dla około 280 lokalizacji, a zatem jego wyjaśnienia rodzą wątpliwości w tym zakresie. Jak wynika z wyjaśnień, wykonawca zamierza korzystać z infrastruktury własnej (dla około 40 lokalizacji), jak również infrastruktury TP, w celu wykonania łączy w oparciu o sieć kablową w technologii DSL, ISDN i E1. Wykonawca nie wskazał, w jaki stopniu taki sposób wykorzystania łączy wpłynął na obniżenie ceny oferty, co w świetle jego oświadczenia o braku weryfikacji warunków technicznych dla około 280 lokalizacji, czyni wyjaśnienie gołosłownymi. Również załączone

do wyjaśnień zestawienia, zastrzeżone przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, nie zawierają informacji o ewentualnych składnikach cenotwórczych i ich wartości, pozwalających na przyjęcie przedstawionych wyliczeń za wystarczające dla potwierdzenia, iż cena nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba w tym miejscu podkreśla spoczywający na wykonawcy składającym wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, ciężar dowodu okoliczności, z których wywodzi, iż cena zaoferowana nie stanowi rażąco niskiej ceny. Potwierdzenie istnienia obowiązku udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę w celu udowodnienia, że zawarta w ofercie cena nie jest rażąco niska i jakie okoliczności wpływają na fakt, że oferowana przez niego cena w takim stopniu odbiega od cen oferowanych przez inne podmioty działające na rynku, dostarcza orzecznictwo sądów, przykładowo Sądu Okręgowego w Poznaniu w wyroku z dnia 04.06.2008 r. (sygn. akt X Ga 127/08). Złożone wyjaśnienia takich okoliczności nie dowodzą, a zatem nie mogły stanowić podstawy dla stwierdzenia, iż cena oferty opiewająca na kwotę 20.132.928,00 zł. brutto nie jest rażąco niska. Izba zaznacza, iż same różnice w cenach, jakie wystąpiły w przedmiotowym postępowaniu (oferta TP – 31.626.308,88 zł. brutto oraz oferta konsorcjum ComArch i MCSI Ltd – 64.681.994,16 zł. brutto) nie dowodzą wprost, iż cena GTS Energis Sp. z o.o. jest rażąco niska, jednak z uwagi na treść wyjaśnień, które nie potwierdzały, iż zaproponowana cena jest realistyczna pozwalająca na realizację przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami zamawiającego, oferta winna podlegać odrzuceniu. Wartość zamówienia podstawowego zamawiający oszacował na kwotę brutto 58.468.877,98 zł. W ocenie Izby, dla ustalenia, czy oferta przedstawia cenę odpowiadającą cenom rynkowym, w przypadku zamówień dotyczących usług rynku telekomunikacyjnego charakteryzującego się zmiennością cen, w zależności od zakresu usługi, ustalonych warunków, czasu jej trwania, jak również uwarunkowaniami dotyczącymi operatorów sieci, odwoływanie się do cen oferowanych w innych postępowaniach jest niewystarczające dla stwierdzenia, czy zaoferowana cen pozwala na wykonanie zamówienia z należnym zyskiem dla wykonawcy. Stąd Izba nie brała pod uwagę wysokości cen z ofert złożonych w innych postępowaniach wskazywanych przez strony, dla ustalenia poziomu cen obowiązujących na rynku telekomunikacyjnym. Za niewystarczające dla ustalenia rzeczywistego poziomu cen rynkowych, Izba uznała odniesienie się do ceny najdroższej z ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, znacznie przekraczającej szacunek zamawiającego. Prowadziłoby to bowiem do przyjęcia, iż tylko cena najwyższa stanowi odzwierciedlenie rzeczywistego poziomu cen rynkowych. Stąd ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę musiała być dokonana przede wszystkim w oparciu o treść wyjaśnień wykonawcy, które w przedmiotowej sprawie nie pozwalały na ustalenie wpływu powoływanych w nich okoliczności na wysokość zaproponowanej przez GTS Energis Sp. z o.o. ceny.

W oparciu o powyższe założenia Izba poddała ocenie wyjaśnienia złożone przez TP SA uznając, iż wykonawca w sposób wystarczający uzasadnił wysokość zaproponowanej ceny. W swoich wyjaśnieniach z dnia 10 marca 2010 r. wykonawca ten dokonał rozbicia elementów kosztowych dla danego zamówienia, podając wartości składające się na koszty wdrożenia związane z samym pozyskaniem łączy podkładowych w ramach oferty RLLO (ponoszone przez operatora), z rozbudową własnej infrastruktury, koszty zakupu sprzętu, koszty utrzymania łączy dla trzyletniego okresu funkcjonowania usługi. Ponadto uzasadniał różnice wynikające z pozycji rynkowej, jako operatora bazującego na własnej infrastrukturze technicznej. Odwołujący – konsorcjum ComArch i MCSI Ltd. w odwołaniu nie przedstawiło dowodów pozwalający na podważenie prawidłowości założeń – wyliczeń przyjętych przez TP SA przy kalkulacji ceny, podnosząc jedynie tezy o gołosłowności argumentów powoływanych w wyjaśnieniach. Izba uznała, iż to na odwołującym spoczywał ciężar wykazania, że wyjaśnienia złożone przez TP SA nie były wystarczające, tym bardziej, iż wykonawca ten w sposób szczegółowy przedstawił kalkulację kosztów wdrożenia i utrzymania usługi będącej przedmiotem zamówienia. Na tej podstawie Izba nie uwzględniła również zarzutu popełnienia przez TP czynu nieuczciwej konkurencji – dumpingu cenowego, opartego na zarzucie zaferowania rażąco niskiej ceny.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty GTS Energis Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, podniesionego w odwołaniu TP SA, Izba oddaliła odwołanie w tym zakresie. W ocenie Izby, treść oferty GTS Energis Sp. z o.o., w zakresie dotyczącym wskazania technologii dostępowej na łączy podstawowym i backupowym, nie była sprzeczna z treścią siwz. Zamawiający wymagał podania tej technologii w załączniku do formularza ofertowego – szczegółowa wycena usług. Wykonawca w swojej ofercie zamieścił wypełniony załącznik wskazując w nim na zamiar wykonania łączy dla większości lokalizacji w technologii: „DSL na kablu lub kanał E1 na radiolinii punkt/punkt/kablu”. Nie było spornym pomiędzy stronami, iż taki sposób opisu technologii wskazywał na możliwość wykonania łączy w jednej z podanych technologii. Różnica stanowisk pomiędzy stronami wynikała z interpretacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym w szczególności w kontekście rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez Netia SA, dotyczącego wymagania wskazania konkretnej technologii już w formularzu ofertowym. Zamawiający oddalając protest tego wykonawcy podtrzymał zasadność żądania określenia przez wykonawców technologii dostępowej na łączy podstawowym oraz backupowym na etapie sporządzania oferty, odwołując się do wymagań opisanych w zakresie realizacji łączy dostępowych. Zamawiający wskazał, iż „ma prawo do weryfikacji sposobu realizacji łączy dostępowych, bo na tej podstawie może ocenić zgodność oferowanej usługi z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymaga w SIWZ wskazania technologii i Wykonawca zobowiązany jest

składając ofertę podać tę technologię. Wymagania zamawiającego w tym zakresie (...) pozwalają na prawidłową i rzetelną wycenę oferty przez Wykonawcę, który w momencie złożenia tej oferty powinien znać sposób realizacji łączy dostępowych”.

Izba uznała, iż użycie liczby pojedynczej słowa „technologia” nie jest wystarczające dla wykazania, iż zamawiający wymagał podania tylko jednej technologii, w jakiej możliwe było wykonanie łączy. Taka teza nie wynika również z rozstrzygnięcia protestu, w którym zamawiający oddalając zarzut ograniczył się wyłącznie dla wykazania zasadności żądania podania przez wykonawców technologii już na etapie składania ofert. W ocenie Izby, z tego stanowiska nie wynika, iż zamawiający wykluczył możliwość podania kilku technologii, gdyż każda z nich mogła być przez niego oceniona pod kątem spełniania wymagań dotyczących łączy. Wywodzenie z rozstrzygnięcia protestu, iż zamawiający zabronił ostatecznego wyboru technologii na etapie uruchomienia usługi, było oparte na błędnym założeniu, iż zamawiający odrzucił żądania Netii S.A. Zamawiający nie odnosił się do żądań protestującego, co w przypadku oddalenia protestu nie było konieczne. Skoro zamawiający uznał, iż każda z technologii określonych przez GTS Energis pozwoli na należyte wykonanie zamówienia, to nie było podstaw do odrzucenia oferty na tej podstawie. Izba oddaliła również odwołanie konsorcjum ComArch, w części dotyczącej zarzutu wariantowości oferty GTS Energis. Określenie w załączniku do oferty różnych technologii wykonania łączy nie oznacza złożenia oferty wariantowej, o której można mówić w przypadku, kiedy wykonawca wskazałby odmienny od określonego przez zamawiającego, sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie narzucił w treści siwz sposobu wykonania łączy, oczekując od wykonawców zestawienia łączy w sposób zapewniający osiągnięcie wymaganych parametrów. Określenie kilku technologii, nie potwierdza również twierdzenia odwołującego 2, złożenia przez GTS Energis dwóch alternatywnych ofert, nie pozwalających na wybór tej oferty. Skoro zamawiający nie wykluczył możliwości zastosowania różnych technologii dla zestawienia łączy, pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcom.

Izba oddaliła również zarzut braku potwierdzenia przez tego wykonawcę zestawienia łączy podstawowych w oparciu o radiolinię punkt-punkt jedynie w paśmie koncesjonowanym. Zamawiający wymagał podania w załączniku do formularza ofertowego tylko technologii, co zostało określone w ofercie GTS Energis. Skoro technologia ta pozwala na jej zastosowanie tak w paśmie koncesjonowanym, jak i niekoncesjonowanym, to samo określenie technologii nie oznacza, iż wykonawca zamierzał wykorzystywać pasma niekoncesjonowane. Tym samym nie było podstaw do przyjęcia, iż oferta wskazuje na jej sprzeczność z treścią siwz.

W związku z uwzględnieniem zarzutu dotyczącego wysokości ceny zaproponowanej przez GTS Energis, Izba nie rozstrzygała ewentualnych przeszkód w możliwości zastosowania przez tego wykonawcę wskazanych technologii dla poszczególnych lokalizacji

i dostępu do sieci TP, które sprowadzały się do uzasadnienia braku uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów świadczenia usługi, a w konsekwencji uznania jej za rażąco niską. Izba nie brała pod uwagę opinii przedstawionych na rozprawie, które dotyczyły pewnych rozważań teoretycznych i nie mogły mieć znaczenia dla potwierdzenia zarzutu rażąco niskiej ceny. Izba nie dopuściła również dowodu z opinii biegłego, mającego potwierdzić, że w oparciu o ofertę BSA brak jest możliwości zrealizowania projektu, co wykraczałoby poza rozpoznawane zarzuty zgłoszone w proteście.

Mając na uwadze, iż zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty GTS Energis Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, został podniesiony w obu odwołaniach rozpoznawanych łącznie, odwołania te podlegały uwzględnieniu w tym zakresie.

Na tej podstawie Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej za, którą uznana została oferta GTS Energis Sp. z o.o., podlegająca odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PrZamPubl i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród dwóch pozostałych w postępowaniu ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.). Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), kosztami odwołującego konsorcjum ComArch S.A. oraz MCSI Ltd. stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie przedłożonego na rozprawie rachunku), Izba obciążyła zamawiającego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, 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:

.....

.....