

Sygn. akt: KIO 2413/12

WYROK

z dnia 13 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: Barbara Bettman

Protokolant: Radosław Cwyl

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 listopada 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **dniu 2 listopada 2012 r.** przez wykonawcę: **GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Karpacką Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 7, 33-100 Tarnów**, przy udziale wykonawcy:

Telekomunikacja Polska S.A. ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa, adres do korespondencji **ul. Moniuszki 1A, 00-014 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty: **Telekomunikacji Polskiej S.A. ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa**,

- 1.2. dokonanie w ofercie wykonawcy: **Telekomunikacji Polskiej S.A. ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** poprawy w tabeli nr 4 załącznika do formularza oferty, tj. podanie w poz. IV.9 lokalizacji: 37-420 Rudnik, ul. Mickiewicza 9,
- 1.3. dokonanie ponownej oceny ofert poprzedzonej wezwaniem wykonawcy: **Telekomunikacja Polska S.A. ul. Twarda 18, 00-105 Warszawa** do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Karpacką Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 7, 33-100 Tarnów,**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02-674 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: **Karpackiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o. ul. Wita Stwosza 7, 33-100 Tarnów** na rzecz odwołującego **GTS Poland Sp. z o.o. ul. Marynarska 15, 02-674** kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na „Świadczenie usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej WAN w zakresie transmisji danych, głosu i video poprzez prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS,” (Dz. Urz. UE 2011/S 223-362466 z 19.11.2011 r.), w dniu 2 listopada 2012 r. zostało złożone odwołanie w formie pisemnej przez wykonawcę GTS Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w kopii przekazane zamawiającemu w terminie ustawowym.

Wniesienie odwołania nastąpiło wobec czynności zamawiającego, polegających na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej – oferty wykonawcy Telekomunikacji Polskiej S.A., która w ocenie odwołującego, podlega odrzuceniu i wobec zaniechania odrzucenia tej oferty, o których to czynnościach odwołujący został powiadomiony za pośrednictwem faksu w dniu 24 października 2012 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Karpackiej Spółce Gazownictwa Sp. z o.o. w Tarnowie naruszenie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 113 z 2010 r., poz. 759 ze zm.), dalej zwaną ustawą Pzp, tj.:

1. art. 7 ustawy poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Telekomunikacji Polskiej S.A. - zwanej dalej „TP S.A.”, która to oferta jest niezgodna z treścią SIWZ;
3. art. 87 ust. 1 ustawy poprzez próbę zmiany treści oferty TP S.A. w drodze pytań i odpowiedzi, a tym samym prowadzenie z TP S.A. negocjacji;
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy oraz art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie wezwania TP S.A. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, zaniechanie odrzucenia oferty TP S.A. zawierającej rażąco niską cenę, zaniechanie odrzucenia oferty TP S.A., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
5. naruszenie innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Powołując się na naruszenie swego interesu w uzyskaniu zamówienia, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty TP S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy,
4. ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, nakazanie wezwania TP S.A. do wyjaśnień czy oferta zawiera rażąco niską cenę w trybie art. 90 ustawy, i w przypadku niezłożenia wyjaśnień lub potwierdzenia się zarzutu, że oferta zawiera rażąco niską cenę odrzucenia tej oferty;
5. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podnosił, że po zapoznaniu się z treścią oferty TP S.A. a także z dokumentacją postępowania, stwierdził, iż oferta TP S.A. powinna być odrzucona.

I. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty TP S.A. z treścią SIWZ.

Zgodnie z rozdziałem V ust. 1 pkt 14 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą harmonogram wdrożenia usługi sporządzony zgodnie z wytycznymi określonymi w rozdziale II ust. 2 pkt 22). W rozdziale II ust. 2 pkt 22) znalazły się następujące wytyczne dotyczące harmonogramu:

Wymaga się od wykonawcy, aby proces uruchamiania usługi opisany w pkt 21) przebiegał zgodnie z harmonogramem, który wykonawca załączy do złożonej oferty. Przy tworzeniu harmonogramu wykonawca powinien uwzględnić następujące wymagania:

- a. wyznaczyć co najmniej jednodniowy czas odbioru dla każdej lokalizacji, w którym nastąpi sprawdzenie wykonanego przez wykonawcę przyłącza i sprawdzenie jego parametrów technicznych określonych w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”). Odbiór ten może być wyznaczony jedynie w dniach od poniedziałku do piątku w godzinach od 07:00 do 15:00,
- b. w jednym dniu może być wyznaczony termin wykonania odbioru określonego w lit. a) najwyżej dla 10 lokalizacji,
- c. należy określić termin przełączenia sieci określony w pkt 21) lit. f).

W pkt 21) pod lit. f) zamawiający wskazał, iż przełączenie sieci, o którym mowa w lit. f) może zostać dokonane przez wykonawcę po spełnieniu obowiązków wynikających z lit. a) - e) i powinno nastąpić w jednym czasie równocześnie dla wszystkich lokalizacji sieci w terminie, wskazanym przez wykonawcę w harmonogramie, o którym mowa w pkt 22), z

zastrzeżeniem, że przełączenie sieci może być wykonane jedynie w terminie od godziny 18:00 w piątek do godz. 18:00 w niedzielę.

W ocenie odwołującego, zawarty w ofercie TP S.A. harmonogram wdrożenia usługi nie spełnia wymagań SIWZ, nie zawiera bowiem obligatoryjnych informacji, których wskazania żądał zamawiający w pkt 22). Jedyną informacją jaka znalazła się w harmonogramie TP S.A., to określenie dla każdej lokalizacji, terminu realizacji w tygodniach od dnia podpisania umowy, poprzez wskazanie w pozycji „termin realizacji/tydzień od dnia podpisania umowy” liczby będącej numerem tygodnia. Natomiast brak w Harmonogramie takich informacji jak:

- a. czas odbioru dla każdej lokalizacji,
- b. termin przełączenia sieci.

Brak powyższych informacji, jak zaznaczał odwołujący, zauważył również zamawiający, gdyż pismem z dnia 12 października 2012 r. zwrócił się do TP S.A. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty, zadając następujące pytanie: „czy treść załączonego do oferty harmonogramu należy rozumieć w ten sposób, że przełączenie sieci, o którym mowa w rozdziale II pkt 2 ppkt 21) SIWZ nastąpi równocześnie dla wszystkich lokalizacji sieci w terminie do końca 20 tygodnia licząc od dnia podpisania umowy?” Jednocześnie zamawiający zastrzegł w piśmie, iż żąda złożenia stosownych wyjaśnień „pod rygorem odrzucenia oferty”.

W odpowiedzi wykonawca TP S.A. potwierdził, iż przełączenie sieci, o którym mowa w rozdziale II pkt 2 ppkt 21) SIWZ nastąpi równocześnie dla wszystkich lokalizacji sieci w terminie do końca 20 tygodnia licząc od dnia podpisania umowy od godziny 18:00 w piątek do godz. 18:00 w niedzielę. Odwołujący zarzucał, że powyższa odpowiedź stanowi niedozwoloną w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmianę treści oferty. Z oferty, w żaden sposób nie wynikało bowiem, iż przełączenie sieci nastąpi równocześnie dla wszystkich lokalizacji, oraz iż będzie dokonane od godziny 18:00 w piątek do godz. 18:00 w niedzielę. Są to nowe informacje, których nie było w treści oferty. O randze tych informacji, a także ich znaczeniu dla realizacji przedmiotu zamówienia, świadczy chociażby sama treść pytania skierowanego do TP S.A., w którym zamawiający stwierdza, iż nieudzielenie odpowiedzi spowoduje odrzucenie oferty. Powyższe doprowadziło odwołującego do wniosków, że skoro brak w ofercie oświadczenia o równoczesnym przełączeniu sieci (ze wskazaniem terminu tego przełączenia) - jest brakiem skutkującym odrzuceniem oferty, a jednocześnie brak udzielenia przez TP S.A. odpowiedzi na pytanie spowoduje odrzucenie oferty, to tym samym zamawiający potwierdził, iż pierwotna treść oferty TP S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ, a odpowiedź z dnia 17 października 2012 r. jest niedozwoloną zmianą jej treści.

Niezależnie od powyższego, w przekonaniu odwołującego, oferta TP S.A. nie zawiera pozostałych informacji wymaganych w rozdziale II ust. 2 pkt 22), tj. wyznaczenia czasu odbioru dla każdej lokalizacji. Zamawiający natomiast wymagał, aby jednego dnia było wyznaczonych do odbioru nie więcej niż 10 lokalizacji. Zgodnie z harmonogramem TP S.A. w tygodniu 18 przewidziano termin realizacji dla 15 lokalizacji, w tygodniu 19 - dla 14 lokalizacji, w tygodniach 16 i 17 dla 12 lokalizacji, w każdym tygodniu, w 15 - dla 11 lokalizacji. W ofercie nie wskazano konkretnego dnia tygodnia, w którym nastąpi odbiór, zatem w ocenie odwołującego nie można uznać, iż wymaganie, aby jednego dnia było wyznaczonych do odbioru nie więcej niż 10 lokalizacji, zostało spełnione. Nie wiadomo również, czy odbiór będzie się odbywał, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, od poniedziałku do piątku. Mając na uwadze powyższe, treść oferty TP S.A. według odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ i oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie podtrzymał zarzut, że zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy doprowadzając do niedozwolonej zmiany treści oferty TP S.A.

Odwołujący przekonywał, że o niezgodności treści oferty TP S.A. z treścią SIWZ przesądza także treść formularza ofertowego TP S.A. Wykonawca wybrany w formularzu ofertowym zaoferował świadczenie usługi obejmującą lokalizację, która nie występuje w SIWZ - a brak jest natomiast objęcia ofertą lokalizacji wynikającej z SIWZ. W formularzu ofertowym TP S.A. poz. IV.9 jest POK Rudnik nad Sanem adres: 37-420 Rudnik, ul. Sandomierska 135. Tymczasem w odpowiedziach na pytania z dnia 24 listopada 2011 r. zamawiający zrezygnował z tej lokalizacji na rzecz lokalizacji: 37-420 Rudnik, ul. Mickiewicza 9 - oznacza to, iż treść oferty TP S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu.

II. Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Telekomunikacja Polska S.A.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania ceny zawartej w ofercie TP S.A. za cenę rażąco niską, pomimo zaistnienia znacząco wysokich dysproporcji między ceną oferty złożonej przez tego wykonawcę a kwotą szacunkową wartości zamówienia ustaloną przez zamawiającego, a także ceną zaoferowaną przez drugiego wykonawcę, tj. odwołującego.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie przyjmuje się, iż "cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną

sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1562/11). Do uznania ceny za rażąco niską, jak przekonywał odwołujący - wystarczy zatem przyrównanie jej do wartości szacunkowej zamówienia przewidzianej w budżecie przez zamawiającego. Dodatkowo, w zależności od okoliczności konkretnego postępowania, równie istotne znaczenie przy ocenie rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny, należy przypisać porównaniu ocenianej wartości z cenami za usługi zbliżone do przedmiotu zamówienia, występujące na tym samym rynku. Najlepszym odzwierciedleniem cen rynkowych odnoszących się do przedmiotu zamówienia jest porównanie badanych cen z cenami pozostałych wykonawców biorących udział w tym samym postępowaniu. Takie utrwalone w orzecznictwie stanowisko potwierdza m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lipca 2012 r., sygn. KIO 1377/12, KIO 1337/12.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający oszacował wartość zamówienia na poziomie 10 mln złotych netto. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

- a. oferta odwołującego z ceną 9.422.028,29 zł brutto, tj. z ceną zbliżoną do szacunkowej wartości zamówienia dokonanej przez zamawiającego,
- b. oferta TP S.A. z ceną 5.233.341,39 zł brutto, tj. ceną o ponad dużo niższą od kwoty, którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia i znacznie niższą od ceny drugiej oferty w postępowaniu.

Już sama różnica pomiędzy ceną oferty TP S.A., a kwotą którą zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia wynosząca ponad 50%, a także pozostałe ww. okoliczności, jak utrzymywał odwołujący - powinny zostać przyjęte za wystarczające do uznania przez zamawiającego zaistnienia przesłanek do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp i wezwania TP S.A. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Tymczasem, zamawiający zaniechał wystosowania wezwania do tego wykonawcy. Zaniedbanie przez zamawiającego obowiązku wyjaśnienia okoliczności, które powinny budzić jego wątpliwość co do rzetelności i prawidłowości przygotowania oferty konkurencyjnego wykonawcy i kalkulacji ceny, poczytał odwołujący za naruszenie postanowień art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - zobowiązującego zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu.

Odwołujący podnosił, że cena za miesiąc świadczenia usługi zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu przez TP S.A. jest także dużo niższa niż wartość świadczenia tej usługi wynikająca z umowy zawartej przez TP S.A. z zamawiającym w trybie z wolnej ręki, przy *de facto* zwiększonym zakresie usługi wynikającym z SIWZ. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Następnie, zamawiający dokonuje oceny złożonych wyjaśnień w sposób określony w art. 90 ust. 2 tej ustawy tj. biorąc pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W świetle art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z dyspozycją art. 90 ustawy Pzp, jak argumentował odwołujący, zamawiający musi zrealizować trzy obowiązki:

- a. wezwania do złożenia wyjaśnień;
- b. oceny złożonych wyjaśnień;
- c. odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podtrzymał twierdzenie, że zamawiający zobowiązany był wszcząć obligatoryjne postępowanie wyjaśniające - w trybie określonym w art. 90 ustawy Pzp - czy oferta złożona przez TP S.A. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania TP S.A. do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny naruszył zatem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

III. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty TP S.A., której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

W świetle przedstawionych powyżej uwag dotyczących rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie TP S.A., odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, podkreślając iż złożenie oferty przez TP S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (tekst jednolity z dnia 26 czerwca 2003 r. Dz. U. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) - zwana dalej „uznk.” Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż

poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Nie budziło wątpliwości odwołującego, iż zaferowanie przez TP S.A. rażąco niskiej ceny za realizację przedmiotu zamówienia stanowi sprzedaż usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia, a zatem wypełnia dyspozycję przepisu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Dodatkowo, zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący przywołał opinię Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 4 lutego 2003 r. - interpretację przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240). W opinii tej UOKiK napisał m. in.: *„Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnianie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 uznk. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15 ustawy. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nieznanających usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.”*

Odwołujący stwierdził, że złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu postanowień ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określoną w art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym: *„zaistniały uzasadnione podstawy, aby przypisać przystępującemu popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy. (...) Istotną z punktu widzenia prawa konkurencji, przesądzającą o naganności postępowania przystępującego, jest w niniejszej sprawie okoliczność, iż przystępujący wycenił przedmiot zamówienia na kwotę niższą niż koszt świadczenia usługi. (...) Działanie takie zagrażało interesom innych*

wykonawców, bowiem inni przedsiębiorcy, którzy wycenili przedmiot zamówienia na kwoty rzeczywiste, wynikające z wartości świadczenia, znaleźli się w znacznie gorszej sytuacji podczas oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu. Działania przystępującego utrudniały pozostałym wykonawcom dostęp do rynku, mimo tego, że zaoferowali oni realne ceny mając jednak na uwadze konkurowanie o przedmiotowe zamówienie.” - wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO1649/12.

Odwołujący przekonywał, że zamawiający powinien odrzucić ofertę TP S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 uznk w związku z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 1 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16 lutego 2007 r. (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) - zwanej dalej „uokik”. Jak wynika to z licznych decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej (decyzja z dnia 31 grudnia 2009r. nr DHRT- WOR-6082-9/09(42); decyzja z dnia 23 października 2008 r., nr DRTD-SMP- 6043-39/06(31), zwaną dalej „Decyzją SMP I”, oraz decyzja z dnia 24 kwietnia 2009 r., nr DART-SMP-6043-2/07(74), zwaną dalej „Decyzją SMP II”) w zakresie objętym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na rynku nie występuje skuteczna konkurencja, a TP S.A. została przyznana pozycja znacząca. Jednocześnie na TP S.A. zostały nałożone liczne obowiązki m.in. obowiązek polegający na zapewnieniu dostępu telekomunikacyjnego do usługi dzierżawy łączy oraz równego traktowania przedsiębiorstw telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego do usługi dzierżawy łączy (w szczególności poprzez oferowanie „usług oraz udostępnianie informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi.”

Odwołujący podnosił, że ceny zaoferowane przez TP S.A., w świetle obowiązującej TP S.A. oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym w zakresie świadczenia usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy, odcinków niebędących zakończeniami łączy i łączy end-to-end (zwane dalej „Ofertą LZO”), zatwierdzonej Decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, a także w świetle ustalonych opłat dla usługi dzierżawy odcinków zakończeń łączy, odcinków niebędących zakończeniem łączy, łączy end-to-end oraz łączy analogowych i łączy telefonicznych analogowych, stanowią czyn nieuczciwej konkurencji powodujący sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami utrudnienie pozostałym wykonawcom dostępu do rynku i nadużywanie pozycji dominującej.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 5 listopada 2012 r., pismem złożonym dnia 8 listopada 2012 r., w kopii przesłanym stronom, zgłosił pisemne przystąpienie do postępowania odwoławczego wybrany wykonawca Telekomunikacja Polska S.A. z siedzibą w Warszawie. Zgłaszający przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania, powołując się na

interes w utrzymaniu czynności zamawiającego - wyboru jego oferty do realizacji zamówienia.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Telekomunikacja Polska S.A. do udziału w sprawie po stronie zamawiającego, interes wykonawcy w popieraniu stanowiska zamawiającego jest niewątpliwy, skoro dotyczy utrzymania czynności wyboru złożonej oferty.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów przedstawionych w odwołaniu, podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie z dnia 24 października 2012 r. powiadającym o wyniku przetargu. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 listopada 2012 r. zamawiający podkreślał, że postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp i nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego z następujących względów:

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie negocjacji z wybranym wykonawcą, naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający potwierdził, że wymagał od wykonawców ubiegających się o zamówienie przedstawienia wraz z ofertą harmonogramu wdrożenia usługi. Jednakże zamawiający w samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał wyłącznie wymagania ogólne dotyczące zasad tworzenia harmonogramu. Nie narzucił w tym zakresie jakichkolwiek wymogów szczególnych oraz nie opracował w tym zakresie żadnego wzoru załącznika, który miałby wykonawcom ułatwić jego opracowanie. Nie określono również jak bardzo szczegółowy ma to być załącznik. Dlatego też dokonując oceny ofert przetargowych zamawiający brał pod uwagę ugruntowaną linię orzecznictwa KIO, która nakazuje interpretować postanowienia SIWZ zawsze na korzyść wykonawcy, między innymi wyrok sygn. akt KIO 362/11, w którym skład orzekający uznał, że *„odnotowania wymaga również postulowana w doktrynie i orzecznictwie interpretacja postanowień siwz w sposób względniejszy dla wykonawców, tzn. tłumaczenia wszelkich wątpliwości na ich korzyść”*. Kierując się powyższą zasadą zamawiający dokonał oceny przedstawionego przez wykonawcę Telekomunikacja Polska S.A. harmonogramu. Zamawiający potwierdził, że w związku z powyższym, aby usunąć wszelkie wątpliwości zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1 Pzp z prośbą o wyjaśnienie sposobu rozumienia zapisów podanych przez wykonawcę w harmonogramie. W doktrynie podkreśla się, że *„wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert. Wskazywany już w komentarzu funkcjonalny sposób rozumienia*

przez prawo zamówień publicznych pojęcia oferty każe przyjąć, że wyjaśnienia, o których mowa, mogą dotyczyć nie tylko oświadczenia woli wykonawcy, ale również załączników, które powinny być traktowane jako integralna część oferty". [W. Dzierżanowski –Komentarz do ustawy PZP].

Jednakże skorzystanie z tego przepisu, jak przekonywał zamawiający, w żadnym wypadku nie prowadziło do niedopuszczalnych przepisami prawa negocjacji oraz nie doprowadziło do zmiany treści złożonej oferty. Wykonawca potwierdził tylko informacje, które wynikały z harmonogramu. Zamawiający argumentował, że przedmiotem wyjaśnienia były informacje, które zostały zawarte w treści złożonej oferty. Załączony do oferty harmonogram zawierał bowiem wymagane informacje - został sporządzony zgodnie z wymaganiami narzuconymi przez zamawiającego co wynika wprost z górnej części harmonogramu, gdzie widnieje adnotacja „Harmonogram wdrożenia Usługi zgodnie z wytycznymi określonymi w rozdziale II ust. 2 pkt 22". Z powyższego zapisu rozpatrywanego łącznie z zapisami formularza ofertowego, w którym wykonawca akceptuje postanowienia dotyczące realizacji zamówienia wynika, że ofertę należy traktować jako jedną całość w rozumieniu przepisów art. 68 Kodeksu cywilnego. Zamawiający podkreślał, że aby móc odrzucić ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, trzeba wskazać konkretny zapis SIWZ, z którym oferta będzie niezgodna przy czym ciężar udowodnienia powyższej okoliczności spoczywa na zamawiającym.

Analizując załączony do oferty harmonogram, zamawiający doszedł do wniosków, że jest on zgodny z wymaganiami i nie zachodzi sprzeczność z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stwarzająca podstawy prawne do odrzucenia oferty TP S.A. jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu podnoszonego w odwołaniu, zamawiający wyjaśniał, że wymóg przyłączenia nie więcej niż 10 punktów jednego dnia jest w jego ocenie zrealizowany w ten sposób, że Telekomunikacja Polska S.A. w harmonogramie wskazała tydzień realizacji dla każdego punktu. Zaznaczał, że są tygodnie gdzie wskazywano więcej niż 10 punktów (tydzień 15 -11 punktów, tydzień 16-12 punktów, tydzień 17-12 punktów, tydzień 18-15 punktów, tydzień 19-14 punktów). Jednakże trzeba pamiętać, że każdy tydzień ma 5 dni od poniedziałku do piątku, w każdym dniu 10 punktów oznacza, że dopiero gdyby był wskazany tydzień w którym jest więcej niż 50 punktów do podłączenia usługi - nie dałoby się spełnić wyznaczonego warunku. Dokonując analizy załączonego harmonogramu taka sytuacja jednak nie ma miejsca. W związku z czym trudno uznać, że nie zostały spełnione warunki narzucone w tym zakresie przez zamawiającego. Jednakże, dla upewnienia się, zamawiający skorzystał z uprawnień nadanych ustawą Pzp i poprosił wykonawcę o

wyjaśnienia. Zamawiający zwracał uwagę, że w literaturze przedmiotu oraz orzecznictwie KIO ugruntowany został również pogląd, że nie udzielenie wyjaśnień w określonym przez zamawiającego terminie na okoliczność złożonej oferty skutkować może odrzuceniem oferty na podstawie jej sprzeczności z treścią SIWZ. Dlatego też w ocenie zamawiającego, argument dotyczący pouczenia o możliwości odrzucenia oferty na tej podstawie w żadnym wypadku nie potwierdza, że wybrana oferta jest niezgodna z warunkami SIWZ.

W zakresie wskazania równoczesnego dla wszystkich lokalizacji sieci terminu przełączenia sieci - zamawiający uznał, że skoro ostatnim oznaczonym w harmonogramie tygodniem jest tydzień 20, a harmonogram jest "zgodny z wytycznymi" to właśnie w tym tygodniu - co jest logiczne - nastąpi równoczesne przełączenie wszystkich punktów. Ten punkt harmonogramu nie wzbudził żadnych wątpliwości i nie był przedmiotem wyjaśnień.

W ocenie zamawiającego - nie doszło w żadnym wypadku do niedopuszczalnej zmiany treści złożonej oferty, a tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający w tym też zakresie nie znalazł podstaw prawnych do odrzucenia oferty, która jest zgodna z jego oczekiwaniami,

Odnosząc się do zarzutu wykazania lokalizacji, która jest w formularzu ofertowym, a nie została podana w SIWZ, zamawiający poczytał to za oczywistą omyłkę pisarską. Wyjaśniał, że w trakcie trwania postępowania kilka razy (dowód w aktach sprawy) dokonywał modyfikacji SIWZ. W dniu 25 listopada 2011 r. w odpowiedziach na pytania do SIWZ (strona 5 pisma) zamawiający umieścił informację, że zmienia lokalizację POK Rudnik zarówno w tabeli nr 1 jak i tabeli nr 4 czyli formularzu ofertowym cenowym. Jednak w następnie opublikowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia w dniu 4 stycznia 2012 roku w "tekście jednolitej zmienionej specyfikacji" tą poprawkę wprowadził tylko w tabeli nr 1. Tabela nr 4 w zakresie Rudnika nie została poprawiona - co byto ewidentnie oczywistą pomyłką po stronie zamawiającego.

Dodatkowo, zamawiający przyznał, że w ostatnio opublikowanym - w dniu 27 sierpnia 2012 r. jednolitym tekście zmienionej SIWZ ta jego oczywista omyłka nadal była powielana. W związku z powyższym, zamawiający w tym zakresie przyznał swoją omyłkę bowiem wykonawca TP S.A. skorzystał z niepoprawionego przez zamawiającego formularza co skutkuje uznaniem, że doszło do oczywistej omyłki w tym zakresie.

Tym samym, zamawiający uznał, że ocena obydwóch ofert odbywała się na równych zasadach z poszanowaniem zasady określonej w dyspozycji art. 7 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 oraz naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień na okoliczność ceny rażąco niskiej i

zaniechania odrzucenia na tej podstawie oferty TP S.A. zamawiający poczytał za chybiony.

W przeświadczeniu zamawiającego brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych do wszczęcia postępowania na podstawie art. 90 ust 3 ustawy Pzp oraz uznania, że oferta złożona przez TP S.A. zawiera cenę rażąco niską. W pierwszej kolejności zwracał uwagę na okoliczność, że zgodnie z opinią Prezesa UZP opublikowaną na stronie www.uzp.gov.pl „wydaje się, iż 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, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości”.

Porównanie złożonych ofert tj. oferty odwołującego z wybraną ofertą TP S.A. przywiodło zamawiającego do konkluzji, że zaoferowana cena wykonawcy wybranego - jest jak najbardziej realistyczna. Zamawiający wskazywał, iż wykonawca TP S.A. świadczył przedmiotowe usługi na rzecz zamawiającego, w związku z powyższym ma już gotową infrastrukturę niezbędną do realizacji świadczenia. Tym samym, koszty związane z przygotowaniem się do świadczenia usług ma zdecydowanie niższe niż odwołujący - co uzasadnia obniżenie ceny w tym elemencie kalkulacji cenowej. Natomiast odwołujący oferuje usługi w odmiennej technologii w związku z powyższym musi sam zbudować niezbędną infrastrukturę, co wymaga dodatkowych nakładów, które zostały wliczone w cenę oferty. Powoduje to podrożenie kosztów oferty odwołującego związanych z koniecznością włączenia się do systemu zamawiającego.

Nadto zamawiający zwracał uwagę, że sam koszt świadczenia usługi przez obydwóch wykonawców jest bardzo zbliżony, W ofercie wybranej TP S.A. mieści się on na poziomie 5 233 129,84 PLN brutto, a u odwołującego na poziomie 6 746 778,29 PLN brutto. Przez to, sama cena za świadczone usługi jest jak najbardziej zbliżona i zdaniem zamawiającego nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

Zamawiający zaznaczał, że ustalając wartość szacunkową zamówienia dochował należytej staranności przy jej ustalaniu. Uwzględniono okoliczność, że wykonawca może zaproponować zmianę technologii co będzie się wiązało z koniecznością wykonania całej infrastruktury - stąd do wartości szacunkowej zamówienia wliczono ww. koszty. Natomiast koszt samej usługi został przez zamawiającego ustalony na podstawie dotychczasowo zamawianych usług. W związku z powyższym do ustalenia wartości szacunkowej

zamówienia przyjęto możliwie największy zakres, a co się z tym wiąże zabezpieczono właściwe środki finansowe na ten cel.

Wbrew temu co twierdził odwołujący, zamawiający zaprzeczył tezom, że jest zobligowany do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli jest w stanie sam wyjaśnić rozbieżności pomiędzy ceną wybranej oferty a wartością szacunkową zamówienia. W ocenie zamawiającego, rozbieżność pomiędzy ceną oferty wybranej a wartością szacunkową zamówienia nie może być wyłącznym wyznacznikiem do weryfikacji ceny oferty. Przywołał opinię Prezesa UZP w której podano, że *„należy jednak wyraźnie podkreślić, iż wyznacznik ten nie jest jednak wyznacznikiem bezwzględnie wiążącym i ostatecznym, ze względu choćby na możliwość oszacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia z nienależytą starannością (o czym jeszcze poniżej). Ponadto, wyznacznik ten powinien służyć tylko i wyłącznie podjęciu decyzji o tym, czy cena może być rażąco niską i uruchomienia procedury przewidzianej w art. 90 ustawy, a więc żądania wyjaśnień. Nie może jednak decydować jeszcze o tym, że cena jest ceną rażąco niską. W tym przypadku, odniesienie ceny do wartości zamówienia powiększonej o VAT ma charakter jedynie pomocniczy i służyć powinien jedynie podjęciu decyzji o tym, czy na zamawiającym ciąży obowiązek żądania wyjaśnień od wykonawcy”*.

W świetle powyższego, zamawiający pozostał na stanowisku, że nie miał podstaw do wszczynania postępowania wyjaśniającego. Jeszcze raz podkreślał, że różnica w cenie pomiędzy wykonawcami dotyczy tylko i wyłącznie ceny opłaty instalacyjnej, które to koszty wybrany wykonawca już poniósł będąc od kilku lat dostawcą tej usługi dla zamawiającego.

Odnosnie zarzutu, że oferta wykonawcy TP S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji - stwierdzenie takie uznał za nieuprawnione. Zamawiający argumentował, że nie jest upoważniony do formułowania zarzutów, że oferta wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie jest również podmiotem uprawnionym do kontroli działań wykonawców w oparciu o przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Organem takim również nie jest KIO co zostało potwierdzone wyrokiem sygn. akt KIO 1924/11, w którym stwierdzono, że *„Izba nie jest podmiotem uprawnionym do kontroli działań przedsiębiorców i zgodności tych działań z przepisami u.z.n.k., nawet jeżeli przepisy p.z.p. odnoszą się do u.z.n.k.”*.

Zamawiający podkreślał, że cena za świadczone usługi zaoferowana przez TP S.A. jest ceną realistyczną i zbliżoną do ceny usług świadczonych przez odwołującego. Kwestia z kolei opłaty instalacyjnej jest obiektywna w związku z powyższym na tej podstawie nie można formułować zarzutów zaniżania całej ceny oferty. W ocenie zamawiającego, nie można karać wykonawcy, który świadcząc już takie usługi ma gotową infrastrukturę - co

umożliwia niższą opłatę instalacyjną, którą to opłatę instalacyjną faktycznie zamawiający już raz poniósł.

Zamawiający podnosił, że w przypadku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ustawy Pzp musiałby udowodnić podstawę faktyczną powziętej decyzji, a w tym zakresie zamawiający nie będzie w stanie wykazać, że oferta wybranego wykonawcy jest ofertą stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający wskazywał, że odwołujący również nie udowodnił swoich twierdzeń, że złożenie oferty TP S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Poprzestał wyłącznie na gołosłownych oskarżeniach, natomiast *„Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji powinien być stwierdzony dowodami i absolutnie nie może opierać się tylko i wyłącznie na hipotezach nie znajdujących odzwierciedlenia w rzeczywistości”* - wyrok KIO 2672/11. W orzeczeniu KIO 132/12 skład orzekający uznał, że *„Fakt, iż (...) był uprzednio dostawcą posiadanego przez zamawiającego sprzętu nie nosi znamion czynu nieuczciwej konkurencji”*.

Zamawiający stwierdził, że poprzez nadużywanie środków ochrony prawnej w tym postępowaniu, odwołujący uniemożliwia zawarcie umowy, narażając zamawiającego na ponoszenie zwiększonych kosztów. W świetle powyższego, podtrzymał stanowisko, że zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty wykonawcy TP S.A., pisma z dnia 24 października 2012 r. informującego o wyniku przetargu. Wezwań do TP S.A. o udzielenie wyjaśnień oraz udzielonych odpowiedzi.

Izba dopuściła wnioskowane przez odwołującego dowody z dokumentów, tj.:

- (dowód nr 1) z porównania ofert usług IP VPN MPLS za rok 2011/2012 dla klienta publicznego - świadczonych przez wskazanych wykonawców wybranych w procedurze zamówień publicznych wraz z dowodami potwierdzającymi wysokość cen za łącze w lokalizacji klienta, na okoliczność cen rynkowych zbliżonych usług,
- (dowód nr 2) zestawienia, jakie sporządził odwołujący w oparciu o umowę z wolnej ręki zawartą w czerwcu 2012 roku z TP S.A. przez zamawiającego, na okoliczność stosowanych obecnie cen w rozliczeniach między zamawiającym a TP S.A.

Izba postanowiła nie dopuścić dowodu z decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie przewiduje odrzucenia oferty wykonawcy z przyczyn określonych w ustawie o ochronie konsumentów i konkurencji, a ustawa ta statuuje odrębny tryb rozpatrywania sporów w tym zakresie przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, zgłaszanych przez podmiot, który ewentualnie byłby dotknięty niedozwolonymi na gruncie przepisów wymienionej ustawy praktykami TP S.A., w związku z czym dowód nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Odwołujący skonkretyzował w ramach zarzutu ogólnego art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stypizowany, określony w art. 15 ust. 1 pkt 1, czyn, tj. sprzedaż usług przez TP S.A. poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Ponadto, Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron oraz przystępującego, przedstawione w pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest „Świadczenie usługi operatorskiej sieci teleinformatycznej WAN w zakresie transmisji: danych, głosu i video poprzez prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS.”

Rozdział II. SIWZ pkt 2.2) podaje: sieć swoim zasięgiem musi obejmować lokalizacje wykazane w tabeli nr 1. wybrany w niniejszym postępowaniu wykonawca zastąpi dotychczasowego operatora telekomunikacyjnego w świadczeniu usługi, tj. TP S.A.

Rozdział II. SIWZ pkt 2.21) podaje: rozpoczęcie świadczenia usługi przez wykonawcę powinno nastąpić w terminie zgodnym ze złożoną ofertą (...). Aby dotrzymać powyższego terminu wykonawca powinien najpóźniej do dnia kończącego okres uruchomienia poprzedzającego rozpoczęcie świadczenia usługi:

- a) zamontować urządzenia końcowe (routery CE) w lokalizacjach wskazanych w zał. 1,
- b) wykonać i uruchomić łącza dostępowe (podstawowe i rezerwowe), w lokalizacjach wskazanych w zał. 1,
- c) zestawić sieć KSG w swojej sieci szkieletowej,
- d) uruchomić całą sieć będącą przedmiotem zamówienia,
- e) podpisać protokoły odbioru i uruchomienia routerów oraz łączy w lokalizacjach wskazanych w zał.1
- f) dokonać wraz z pracownikami zamawiającego przełączenia ruchu na dostarczoną przez wykonawcę sieć z sieci teleinformatycznej TP S.A. Po pozytywnym

przełączeniu sieci zostanie podpisany (...) protokół końcowego odbioru instalacji usługi, który będzie podstawą do rozpoczęcia świadczenia usługi, wystawienia faktury VAT za instalację sieci (opłaty instalacyjnej) i do rozpoczęcia naliczania opłat abonamentowych.

W pkt 21) adnotacją pod lit. f) zamawiający wskazał, iż przełączenie sieci, o którym mowa w lit. f) może zostać dokonane przez wykonawcę po spełnieniu obowiązków wynikających z lit. a) - e) i powinno nastąpić w jednym czasie równocześnie dla wszystkich lokalizacji sieci w terminie wskazanym przez wykonawcę w harmonogramie, o którym mowa w pkt 22), z zastrzeżeniem, że przełączenie sieci może być wykonane jedynie w terminie od godziny 18:00 w piątek do godz. 18:00 w niedzielę.

W przypadku, gdy zamawiający stwierdzi, że w niedzielę po godzinie 18:00 dostarczona sieć nie działa prawidłowo we wszystkich lokalizacjach wskazanych w tabeli zał.1, wówczas przywróci działanie sieci TP S.A.

Wykonawca ma obowiązek powiadomienia zamawiającego najpóźniej 5 dni roboczych przed każdym wyznaczonym terminem przełączenia sieci. Zamawiający wyjaśnił, że jeżeli zgłoszone przełączenie sieci nie dojdzie do skutku - wyznaczony zostałby następny termin.

Rozdział II. SIWZ pkt 2.22) podaje: Wymaga się od wykonawcy, aby proces uruchamiania usługi opisany w pkt 21) przebiegał zgodnie z harmonogramem, który wykonawca załączy do złożonej oferty. Przy tworzeniu harmonogramu wykonawca powinien uwzględnić następujące wymagania:

- a. wyznaczyć co najmniej jednodniowy czas odbioru dla każdej lokalizacji, w którym nastąpi sprawdzenie wykonanego przez wykonawcę przyłącza i sprawdzenie jego parametrów technicznych określonych w niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odbiór ten może być wyznaczony jedynie w dniach od poniedziałku do piątku w godzinach od 07:00 do 15:00,
- b. w jednym dniu może być wyznaczony termin wykonania odbioru określonego w lit. a) najwyżej dla 10 lokalizacji,
- c. należy określić termin przełączenia sieci określony w pkt 21) lit. f).

Rozdział II. SIWZ pkt 2.23) wykonawca będzie naliczał zamawiającemu opłaty abonamentowe za świadczenie usług dla lokalizacji określonych w tabeli nr 1 od dnia podpisania protokołu końcowego odbioru instalacji usługi, stwierdzającego pozytywne uruchomienie i przełączenie sieci (...).

Tabela nr 1 opisuje lokalizacje do podłączenia w sieć zamawiającego. W poz. IV 9 widnieje lokalizacja: 37-420 Rudnik, Mickiewicza 9.

Termin wykonania zamówienia – wykonawca miał wykonać przedmiot zamówienia:

1) w zakresie instalacji i podłączenia lokalizacji zamawiającego do oferowanej sieci WAN i jej organizacji – w terminie wskazanym w ofercie, jednakże nie dłuższym niż 5 miesięcy od dnia podpisania umowy.

2) w zakresie świadczenia na rzecz zamawiającego usług telekomunikacyjnych – w okresie 48 miesięcy od dnia podpisania umowy.

W postanowieniach rozdziału V ust. 1 pkt 14 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą harmonogram wdrożenia usługi sporządzony zgodnie z wytycznymi określonymi w rozdziale II ust. 2 pkt 22).

Rozdział XVI ust. 4 pkt 4 SIWZ podaje: że nie stanowi zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ustawy:

pkt 4) w szczególności zamiana dotychczasowej lub uruchomienie nowej lokalizacji sieci WAN,

pkt 5) zmiana harmonogramu wdrożenia usługi.

Kryterium oceny ofert zostały ustanowione:

Cena – maksymalnie 80,15 pkt.

Typy łącz maksymalnie 11,85 pkt.

Rozdział XVIII w uzasadnionych przypadkach zamawiający może w każdym czasie, przed upływem terminu składania ofert zmodyfikować treść SIWZ.

W § 4 wzoru umowy postanowiono: że umowa została zawarta na okres 48 miesięcy od dnia podpisania umowy, przy czym wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy w zakresie instalacji i podłączenia lokalizacji zamawiającego do oferowanej sieci WAN i jej organizacji zgodnie z zapisami SIWZ – w terminie miesięcy od dnia podpisania umowy w terminie do dnia. Dokumentem stwierdzającym uruchomienie usługi będzie końcowy protokół odbioru instalacji usługi podpisany bez zastrzeżeń przez strony.

W § 6 ust 2 pkt 5 wzoru umowy postanowiono: że harmonogram wdrożenia usługi może ulegać zmianom.

W § 16 wzoru umowy postanowiono: że harmonogram wdrożenia usługi stanowi integralną część umowy.

W ofercie wykonawcy TP S.A. zawarte jest oświadczenie, oferujemy uruchomienie usługi w terminie do 5 miesięcy od dnia podpisania umowy. Wymagany termin nie może być dłuższy niż 5 od dnia podpisania umowy.

Harmonogram TP S.A. zawiera określenie dla każdej lokalizacji, terminu realizacji, w tygodniach od dnia podpisania umowy, poprzez wskazanie w pozycji „termin realizacji/tydzień od dnia podpisania umowy” liczby będącej numerem tygodnia. Maksymalnie 20 tygodni.

W harmonogramie TP S.A. nie ma wprost informacji, jak:

- a. czas odbioru dla każdej lokalizacji,
- b. termin przełączenia sieci.

Zobowiązanie wykonawcy TP S.A. sprowadza się do zadeklarowania terminu uruchomienia usługi na nowych zasadach w terminie do końca 20-go tygodnia od podpisania umowy, w ramach podjętego zobowiązania w ofercie uruchomienia usługi w terminie nie dłuższym niż 5 miesięcy.

W tabeli nr 4 załącznika do formularza oferty, będącego formularzem ofertowym – cenowym - wykonawca TP S.A. wyszczególnił lokalizacje i ich adresy ze wskazaniem typu łącza, ceny instalacji, wysokości miesięcznego abonamentu do poszczególnych lokalizacji.

W formularzu ofertowym zał. 4 TP S.A. w poz. IV.9 jest POK Rudnik nad Sanem adres: 37-420 Rudnik, ul. Sandomierska 135 wraz ze wskazaniem cen jednostkowych dla tej lokalizacji.

W odpowiedziach na pytaniach z dnia 24 listopada 2011 r. zamawiający zrezygnował z tej lokalizacji na rzecz lokalizacji: 37-420 Rudnik, ul. Mickiewicza 9.

W harmonogramie wdrożenia usługi TP S.A. pozycja IV 9 POK Rudnik nad Sanem wskazana jest prawidłowa lokalizacja szczegółowa 37-420 Rudnik, ul. Mickiewicza 9.

Zamawiający przyznał, że mimo wprowadzonej modyfikacji SIWZ jw. w tabeli załącznika nr 1 wprowadził zmianę, natomiast w tabeli nr 4 załącznika do formularza oferty tej zmiany nie wprowadził.

Pismem z dnia 12 października 2012 r. zamawiający zwrócił się do TP S.A. w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty w zakresie harmonogramu wdrożenia usługi, zadając następujące pytanie: „czy treść załączonego do oferty harmonogramu należy rozumieć w ten sposób, że przełączenie sieci, o którym mowa w rozdziale II pkt 2 ppkt 21) SIWZ nastąpi równocześnie dla wszystkich lokalizacji sieci w terminie do końca 20 tygodnia

licząc od dnia podpisania umowy?" Jednocześnie zamawiający zastrzegł w piśmie, iż żąda złożenia stosownych wyjaśnień „pod rygorem odrzucenia oferty”.

W odpowiedzi z dnia 17 października 2012 r. wykonawca TP S.A. potwierdził, iż przełączenie sieci, o którym mowa w rozdziale II pkt 2 ppkt 21) SIWZ nastąpi równocześnie dla wszystkich lokalizacji sieci w terminie do końca 20 tygodnia, licząc od dnia podpisania umowy od godziny 18:00 w piątek do godz. 18:00 w niedzielę.

W przypadku gdyby pierwszy deklarowany w ofercie odbiór przełączenia całości sieci nie doszedł do skutku o następnym terminie gotowości do odbioru wykonawca zobowiązany był powiadomić z 5-dniowym wyprzedzeniem – jak postanowiono w SIWZ. Termin określony w harmonogramie wykonawcy TP S.A. jest ok. 40 dni krótszy niż zobowiązanie uruchomienia usługi podjęte w ofercie – w terminie do 5 miesięcy od daty podpisania umowy.

Szacunkowa wartość zamówienia netto podana w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w protokole postępowania wynosi: 12 750 500,00 PLN, wartość zamówienia (uzupełniającego) w granicach do 50% zamówienia podstawowego. Zamówienie podstawowe oszacowano na kwotę 8 500 000, 00 PLN netto, wartość zamówienia uzupełniającego wynosi 4 250 000,00 zł netto.

Zamawiający w SIWZ w rozdziale I informacje ogólne przewidział udzielanie zamówień uzupełniających, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, stanowiących nie więcej niż 50% wartości zamówienia podstawowego.

Zgodnie z warunkami SIWZ oraz wzoru umowy, zamawiający zabezpieczył sobie możliwość poszerzenia zamówienia w ramach umowy (nowe lokalizacje, powiększenie przepustowości łączy) i włączył w to w szacunkową wartość zamówienia.

Na otwarciu ofert zamawiający podał kwotę, którą zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości 12 300 000,00 zł brutto.

W podsumowaniu tabeli nr 4 załącznika cenowego oferty wykonawca TP S.A. podał sumę opłat instalacyjnych w kwocie 172,00 zł. Określił wielkość miesięcznej opłaty abonamentowej dla poszczególnych lokalizacji w rozbiciu na rodzaj łączy i dla przepustowości określonej w tabeli 1, tj. przepustowości zwiększonej 2 krotnie oraz 3 krotnie. Suma wartości według ustalonego wzoru stanowiła cenę netto oferty: 4 254 749,10 zł.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty:

- a. oferta odwołującego z ceną 9 422 028,29 zł brutto, netto 7 660 185,60 zł,
- b. oferta TP S.A. z ceną 5 233 341,39 zł brutto, netto 4 254 749,10 zł.

Pismem z dnia 24 października 2012 r. zamawiający powiadomił o wyborze oferty wykonawcy Telekomunikacja Polska S.A., która otrzymała punktację – 96,01 pkt. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji z sumą punktów – 57,24.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację uprawniającą do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż jest jednym z dwóch wykonawców ubiegających się o zamówienie. Potwierdzenie się zarzutów wyboru oferty TP S.A. z naruszeniem przepisów ustawy, stanowiłoby o naruszeniu interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, a tym samym świadczyło o możliwości poniesienia szkody. Legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że: 1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie 2) poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Przechodząc do rozpatrzenia odwołania, w oparciu o powyżej ustalony stan faktyczny oraz przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, które znajdują zastosowanie w sprawie, Izba odniosła się do zarzutów przedstawionych w odwołaniu w następujący sposób.

Ad I. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty TP S.A. z treścią SIWZ znalazł jedynie częściowe potwierdzenie.

W odniesieniu do wskazywanych przez odwołującego braków w harmonogramie oferty TP S.A. Izba nie znalazła podstaw, aby przypisać zamawiającemu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Telekomunikacji Polskiej S.A. z wymienionej przyczyny. Zawartość harmonogramu w ofercie TP S.A. mieści się w wytycznych zamawiającego, przytaczanych wyżej postanowieniach SIWZ. Przedmiotowo istotne warunki, którym zamawiający nadał rangę istotnych postanowień SIWZ w odniesieniu do terminu realizacji danego zamówienia sprowadzały się do określenia w ofercie, że wykonawca zobowiązuje się zrealizować przedmiot umowy w zakresie instalacji i podłączenia lokalizacji zamawiającego do oferowanej sieci WAN i jej organizacji zgodnie z zapisami SIWZ – w terminie nie dłuższym niż 5 miesięcy od dnia podpisania umowy. Dokumentem stwierdzającym uruchomienie usługi będzie końcowy protokół odbioru instalacji usługi podpisany bez zastrzeżeń przez strony. Powyższe dowodzi, że treścią oferty został objęty deklarowany jednolity termin, przełączenia sieci i rozpoczęcia świadczenia usługi przez wykonawcę składającego ofertę, z potwierdzeniem uruchomienia usługi protokołem odbioru instalacji przyjętym bez zastrzeżeń przez strony, stanowiący podstawę do stwierdzenia wywiązania się z terminu realizacji i zapłaty wynagrodzenia za instalację sieci i

urządzeń. Charakter tego zamówienia wymaga jednak okresu przygotowawczego przewidzianego SIWZ i umową, w ramach którego wykonawca będzie realizował infrastrukturę, aby umożliwić sukcesywne przyłączanie urządzeń w poszczególnych lokalizacjach wskazanych przez zamawiającego w tabeli nr 1, których odbiór ma również być dokonany obustronnie. Z tego wynikał obowiązek złożenia harmonogramu, aby zamawiający mógł współdziałać i przygotować się do czynności odbioru usługi w poszczególnych lokalizacjach. Należało jednak zważyć, że wywiązaniem się z umowy jest uruchomienie usługi we wszystkich lokalizacjach łącznie. Od tego momentu, zamawiający może bowiem zaprzestać korzystania z usług dotychczasowego operatora. W § 8 wzoru umowy, zamawiający przewidział kary umowne za niewykonanie przedmiotu umowy w terminach określonych umową, tj. w odniesieniu do odbioru całości usługi.

Izba nie uwzględniła zarzutu, że treść oferty TP S.A. nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na brzmienie harmonogramu. Zamawiający żądał harmonogramu, który miał stanowić załącznik do umowy, jednakże wzoru tego dokumentu i dokładnego sposobu jego wypełnienia zamawiający nie zawarł w dokumentacji przetargowej. Ustawa Prawo zamówień publicznych nakłada obowiązek w art. 140 ust. 1 ustawy Pzp aby zakres zobowiązania wykonawcy wynikający z umowy był tożsamy ze zobowiązaniem zawartym w ofercie. Dodatkowo zakazuje w art. 144 ust. 1 istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Rzeczą bezsporną pozostaje, że zamawiający wprost dopuścił zmiany w harmonogramie wdrożenia usługi, co dowodzi, że zakładane terminy odbioru usługi w poszczególnych lokalizacjach nie miały charakteru ostatecznego i mogły być korygowane w porozumieniu stron - po zawarciu umowy. Wykonawca TP S.A. w nagłówku swego harmonogramu podał, że dokument ten został sporządzony zgodnie z przywołanymi regulacjami SIWZ. Wystarczyło zatem aby z treści tego dokumentu można było wywieść niezbędne informacje dotyczące przebiegu wdrożenia usługi, które zamawiający chciał uzyskać. W ocenie Izby, harmonogram sporządzony przez TP S.A. na to pozwala. Harmonogram jest kompletny podaje termin końcowy przełączenia sieci do końca 20-go tygodnia od dnia podpisania umowy w ramach zobowiązania umownego podjętego w ofercie - uruchomienia całości usługi w terminie 5 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Niezależnie od sformułowania wezwania zamawiającego o wyjaśnienie treści harmonogramu w ofercie TP S.A. - pod rygorem odrzucenia oferty, liczy się charakter postanowień SIWZ, treść oferty i ocena faktycznych czynności zamawiającego. Zdaniem Izby, zamawiający poprzez wezwanie wykonawcy TP S.A. do wyjaśnień w odniesieniu do

harmonogramu nie naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zarzucaną odwołaniem - próbę zmiany treści oferty TP S.A. w drodze pytań i odpowiedzi, a tym bardziej nie prowadził z wykonawcą wybranym niedopuszczalnych negocjacji, których wynikiem byłaby zmiana treści oferty. Wykonawca nie zawarł w swoim wyjaśnieniu żadnych nowych treści - potwierdził jedynie spełnienie wymagań statuowanych w SIWZ. Oferta z podanej przyczyny nie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Harmonogram w ofercie wykonawcy TP S.A. spełnia wymagania opisane w przytaczanych wyżej postanowieniach SIWZ. Wykonawca wybrany w swojej ofercie podał termin uruchomienia usługi we wszystkich lokalizacjach oznaczonych w tabeli załącznika 1 do SIWZ, a zarazem w formularzu ofertowym w okresie 20 tygodni od dnia podpisania umowy. W harmonogramie określił w jakim tygodniu nastąpi gotowość do odbioru w poszczególnych lokalizacjach. Nie nastąpiło przekroczenie wyznaczonej liczby maksymalnej odbioru instalacji dla 10 lokalizacji w jednym dniu. W odpowiedzi z dnia 17 października 2012 r. wykonawca TP S.A. potwierdził, iż przełączenie sieci, o którym mowa w rozdziale II pkt 2 ppkt 21) SIWZ nastąpi równocześnie dla wszystkich lokalizacji sieci w terminie do końca 20 tygodnia, licząc od dnia podpisania umowy od godziny 18:00 w piątek do godz. 18:00 w niedzielę. Nie stanowiło to ani niedozwolonych negocjacji, ani też jakiegokolwiek zmiany treści oferty.

Ponadto, nie można było pominąć, iż zamawiający uczynił harmonogram wykonawcy treścią oferty i integralną częścią umowy, jednakże jednocześnie dopuścił w nim zmiany. Oznacza to, że nawet gdyby ów dokument zawierał pewne braki czy omyłki wynikające z niedostatecznych instrukcji zamawiającego – byłoby możliwe jego poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – jako nie ingerujące nadmiernie w treść oferty. Harmonogram z natury rzeczy jest dokumentem opisującym hipotetyczną kolejność czynności, które w rzeczywistości mogą przebiegać odmiennie. Wykonawca nie mógł podać w harmonogramie konkretnych dat, albowiem termin podpisania umowy na etapie składania ofert nie był znany i nie jest znany obecnie. Z tych względów, zamawiający zawarł w SIWZ osobny wymóg, że wykonawca ma obowiązek powiadomienia zamawiającego najpóźniej 5 dni roboczych przed każdym wyznaczonym terminem przełączenia sieci. Nienaruszalnym terminem przełączenia sieci i uruchomienia usługi jest zobowiązanie jej uruchomienia przez nowo wybranego wykonawcę w terminie nie dłuższym niż 5 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Postępowanie dowodowe potwierdziło natomiast, że wykonawca TP S.A. nie uwzględnił dokonanej zmiany lokalizacji, gdyż w załączniku formularzu ofertowym – cenowym, tabela 4 w poz. IV.9 zostało podane POK Rudnik nad Sanem adres: 37-420 Rudnik, ul. Sandomierska 135. W odpowiedziach na pytaniach z dnia 24 listopada 2011 r. zamawiający zrezygnował z tej lokalizacji na rzecz lokalizacji: 37-420 Rudnik, ul. Mickiewicza nr 9.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że była to jego omyłka ponieważ nie uwzględnił tej zmiany w tekście jednolitym SIWZ. Wykonawca składający ofertę powinien dostosować się do zmienionych wymogów zamawiającego. Zgodnie z przywołanymi wyżej postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, w uzasadnionych przypadkach zamawiający w każdym czasie przed upływem terminu składania ofert mógł zmienić treść SIWZ. Informację o wprowadzonych w ten sposób modyfikacjach zamawiający przekazywał wszystkim wykonawcom, którym przekazano SIWZ i udostępniał ją na wskazanej stronie internetowej.

Należało jednak zauważyć, że wykonawca TP S.A. w załączniku do formularza oferty (tabela 4) wskazał lokalizację dla poz. IV 9 nieaktualną POK Rudnik nad Sanem adres: 37-420 Rudnik, ul. Sandomierska 135, natomiast w harmonogramie stanowiącym również załącznik do oferty w odnośnej pozycji wskazał prawidłowo 37-420 Rudnik, ul. Mickiewicza 9. Taka rozbieżność w dokumentach oferty dotycząca identycznych informacji - dowodzi w sposób niewątpliwy, iż miało miejsce popełnienie omyłki w ofercie TP S.A. W ocenie Izby, brak ten możliwy jest do zakwalifikowania jako omyłka pisarska, która może być sprostowana w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp samodzielnie przez zamawiającego. Sprostowanie omyłki będzie sprowadzało się do wykreślenia w poz. IV 9 nieaktualnej pozycji POK Rudnik nad Sanem adres: 37-420 Rudnik, ul. Sandomierska 135 i wpisania w tym miejscu lokalizacji: 37-420 Rudnik, ul. Mickiewicza 9. Doprowadzi to do spójnej treści dokumentów oferty TP S.A., zgodnej z modyfikacją SIWZ dokonaną przez zamawiającego.

Dodatkowym argumentem, przemawiającym za dopuszczalnością skorygowania omyłki w ofercie TP S.A. jest fakt przyczynienia się zamawiającego do jej popełnienia, poprzez niedostosowanie załącznika – formularza cenowego (tabeli nr 4) do wprowadzonych zmian SIWZ, zgodnych z tabelą nr 1 – wykazem lokalizacji.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że podanie cen jednostkowych świadczenia usługi w oznaczonej lokalizacji przynależy do treści oferty. Z powyższej przyczyny treść oferty wykonawcy TP S. A. w jej obecnym brzmieniu jest niezgodna z treścią SIWZ, a wybór tej oferty bez dokonania koniecznej poprawy naruszał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a więc naruszenie przepisu wywarło jednocześnie wpływ na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający ma wszelkie podstawy aby dokonać poprawy omyłkowo wskazanej lokalizacji przez TP S.A. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp – jako oczywistej omyłki pisarskiej. Z tych względów Izba orzekła jak w sentencji.

Ad II. Zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji skutkiem złożenia oferty TP S.A. i zaniechania przez zamawiającego odrzucenia tej oferty.

Zarzut, Izba poddała łącznemu rozpatrzeniu, albowiem został on skonkretyzowany w ten sposób, że wykonawca TP S.A. dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, a zarazem cena jego oferty pozostaje rażąco niska, poprzez jej skalkulowanie poniżej ponoszonych kosztów uruchomienia usługi na rzecz zamawiającego i jej świadczenia w okresie realizacji, co w świetle jednolitego orzecznictwa i piśmiennictwa na dany temat - wyczerpuje zarówno dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, jak również art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.).

Rozpatrując powyższy zarzut Izba miała na względzie, że zamawiający podał, iż szacunkowa wartość zamówienia podstawowego wynosi – 8 500 000, 00 PLN netto,

Na otwarciu ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości 12 300 000,00 zł brutto, którą posiada zabezpieczoną w swoim budżecie dany cel.

Z kolei, dla porównania - ceny netto ofert złożonych w postępowaniu przedstawiały się następująco:

- a) 4 254 749,10 zł - oferta TP S.A.
- b) 7 660 185,60 zł – oferta odwołującego.

Oceniając obie oferty złożone w postępowaniu można stwierdzić, że przedstawiały zdecydowanie zróżnicowany poziom, w szczególności w odniesieniu do opłaty instalacyjnej. Znaczna dysproporcja daje się też zauważyć między wartością szacunkową a ceną oferty wybranej TP S.A.

Innych wiarygodnych danych odniesienia, jak poziomu cen rynkowych podobnych zamówień – nie można było ustalić - ze względu na indywidualną specyfikę zamawiającego i zapotrzebowany zakres usługi.

Takiego jednoznacznego dowodu odnośnie rzeczywistego poziomu cen rynkowych podobnych zamówień - nie mogło stanowić przedstawione przez odwołującego zestawienie cen usług za dostawę łącza i usług abonamentowych dla podmiotów publicznych, gdyż porównanie obrazujące różnice cen tych usług, w szczególności wobec ceny podanej w ofercie TP S.A. - nie dowodzi, że warunki techniczne świadczenia tych usług są tożsame.

Dowód dotyczący wysokości cen stosowanych obecnie w rozliczeniach między zamawiającym a TP S.A. na podstawie umowy - z wolnej ręki, nie świadczy o rażąco niskiej cenie oferty TP S.A. złożonej w tym postępowaniu. Z uwagi na przedłużającą się procedurę udzielenia zamówienia, zamawiający nie ma innej możliwości jak kontynuować współpracę z dotychczasowym wykonawcą, ze względu na powiązanie sieciowe. Warunki zaś były ustalone poprzednią umową z 2007 r. przewidującą znacznie wyższe ceny, niż ich obecny poziom rynkowy wyznaczany postępowem technologicznym i zwiększoną konkurencją w danym sektorze zamówień.

Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że różnice wynikają z nierzetelnej – zaniżonej kalkulacji ceny oferty wykonawcy TP S.A. Samo zaś odnotowanie wysokich różnic, nie stanowi wystarczającego dowodu w tym zakresie.

Izba w tym składzie aprobuje powszechnie uznane poglądy, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać taką, której cena pozostaje w znaczącej dysproporcji do wartości szacunkowej obliczonej przez zamawiającego z należytą starannością, do poziomu cenowego ofert złożonych w danym postępowaniu, czy znanego poziomu cen rynkowych usług z danej branży. Można mówić o cenie rażąco niskiej, wówczas jeżeli cena jest wręcz nierealna w stosunku do cen rynkowych, w sposób oczywisty narzucający takie wnioski, biorąc pod uwagę aktualne uwarunkowania rynkowe oraz racjonalne kalkulacje wykonawców składających oferty – umożliwiające należyte wywiązanie się z podjętych zobowiązań.

Zarzuty odwołującego, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę nie pozwala w żadnej mierze na rzetelną realizację przedmiotu zamówienia ani na osiągnięcie zysku przez ten podmiot oraz powoduje, że usługa objęta zamówieniem (jako całość) świadczona będzie poniżej kosztów jej wytworzenia – są na danym etapie postępowania stawiane „na wyrost.” Nie można bowiem stwierdzić rażąco niskiej ceny oferty bez dania możliwości wykonawcy wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, albowiem oferowana cena każdorazowo jest wyrazem konkretnych indywidualnych możliwości technicznych i ekonomicznych wykonawcy oraz jego dostosowania się do sytuacji na rynku.

Jedynie z uwagi na fakty, iż wybrany wykonawca zaproponował cenę znacząco niższą niż kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, a zarazem znacząco niższą niż podana szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia i cena oferty odwołującego, Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że przy takich rozbieżnościach cena zawarta w ofercie TP S.A. może budzić wątpliwości co do jej

wiarygodności i rzetelności obliczenia, co winno skłonić zamawiającego do poddania jej kalkulacji wyjaśnieniom wybranego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Z postanowień SIWZ wynika, że zamawiający ustalił wynagrodzenie należne wykonawcy jako wynagrodzenie oparte o stawki opłaty instalacyjnej dla poszczególnych lokalizacji oraz opłaty abonamentowe, zawierające w sobie wszelkie możliwe do przewidzenia koszty związane z kompletnym wykonaniem tej usługi przez wykonawcę. Postępowanie dotyczy specjalistycznych usług operatorskiej sieci teleinformatycznej WAN w zakresie transmisji: danych, głosu i video poprzez prywatną sieć szkieletową VPN realizowaną w technologii MPLS. Badanie ceny oferty pod względem realności założonych kalkulacji cenowych - nie wyklucza porównań elementów składowych ceny w ofertach wykonawców, chociaż sprowadza się finalnie - do jej odniesienia w stosunku do całości przedmiotu zamówienia, gdyż tak stanowi art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Jakakolwiek ocena w powyższym zakresie bez udziału zainteresowanego wykonawcy i umożliwienia złożenia wyjaśnień byłaby przedwczesna. Zarzuty odwołującego, że usługa zaoferowana przez wykonawcę TP S.A. świadczona będzie poniżej kosztów jej wytworzenia - na danym etapie postępowania - nie znajdują usprawiedliwionych podstaw. Sam fakt rozbieżności z ceną oferty odwołującego oraz wartością szacunkową nie stanowi dowodu rażąco niskiej ceny oferty. Oferowana cena jest wyrazem skonkretyzowanych indywidualnych możliwości danego wykonawcy. Rzeczą wiadomą jest, że TP S.A. świadczy daną usługę na rzecz zamawiającego, jest więc w stanie bez znaczących nakładów ją kontynuować, co podkreślał zarówno zamawiający jak i przystępujący.

Założenie takie nie zwalniało jednak zamawiającego od zażądania od TP S.A. wyjaśnień odnośnie elementów oferty mających wpływ na cenę. Żądanie odwołującego, aby zamawiający odrzucił ofertę TP S.A. podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, po uprzednim wezwaniu o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (zgodnie z art. 90 ustawy Pzp) – jest wewnętrznie niespójne. Dopiero ocena złożonych wyjaśnień może stworzyć podstawy do ewentualnego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, albo z obydwu przywołanych podstaw łącznie.

Izba pominęła obszernie wywody odwołującego, że złożenie oferty przez TP S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, tym samym skarżona oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Poza przytoczeniem poglądów teoretycznych w tej kwestii, odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, że TP S.A. dopuściła się czynów

nieuczciwej konkurencji, w szczególności naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Odwołujący nie skonkretyzował zarzutu w oparciu o definicję ogólną art. 3 ust. 1 tej ustawy, ani nie udowodnił, że TP S.A. dopuściła się czynów nieuczciwej konkurencji. Wymienił jedynie stypizowany w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk, czyn nieuczciwej konkurencji jakim jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Zarzuty odwołującego, naruszenia przez TP S.A. art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk pozostały niedowiedzione, i nie pozwalały aby Izba mogła uwzględnić odwołanie z tej przyczyny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zarzut stawiany na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - oferowania usługi poniżej ponoszonych kosztów jest zbieżny z zarzutem rażąco niskiej ceny, która również sprowadza się do oferowania świadczenia po cenach nierealistycznych, nie stosowanych w uczciwym obrocie – poniżej kosztów, nie zapewniających wykonawcy żadnego zysku, zagrażających prawidłowości świadczenia usługi.

Izba może oddalić odwołanie z zarzutem rażąco niskiej ceny, jeżeli stwierdzi, że nie zachodzą tego rodzaju rozbieżności ceny skarżonej oferty w odniesieniu do wartości szacunkowej, czy cen innych ofert - które jednocześnie powinny skłonić zamawiającego do żądania wyjaśnień.

W sytuacji jednak, gdy w oparciu o przeprowadzone dowody ustalili, jak w niniejszym przypadku, że znaczące rozbieżności w stosunku do dostępnych danych odniesienia dają się zauważyć, nie może orzec, że cena oferty jest rażąco niska - o ile zamawiający nie przeprowadził procedury weryfikacji ceny oferty w drodze wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o jakich mówi art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Nie jest bowiem możliwe i dopuszczalne stwierdzenie rażąco niskiej ceny oferty, na gruncie przepisów ustawy Pzp, bez udziału zainteresowanego wykonawcy i bez umożliwienia mu złożenia wyjaśnień w tym względzie.

Samo postawienie zarzutu, że zamawiający zaniechał wezwania TP S.A. do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, z których mogłoby wynikać, że cena wybranej oferty jest rażąco niska, potwierdza, że odwołujący nie dysponuje dowodami, na uwiarygodnienie zarzutów odwołania w odniesieniu do podstaw odrzucenia oferty konkurenta określonych art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp - przed wyczerpaniem procedury określonej w normie art. 90 ustawy Pzp.

Zarzut stawiany przez odwołującego w oparciu o przepisy art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk w związku z art. 89 ust. 3 ustawy Pzp i na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - merytorycznie pozostaje tożsamy, i jego rozpatrzenie nie jest możliwe bez dokonania oceny uprzednich wyjaśnień zainteresowanego wykonawcy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania TP SA. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Izba uznała za zasadny. Zamawiający oparł oszacowanie przedmiotu zamówienia na realnych podstawach, jak zapewniał w odpowiedzi na odwołanie, zatem zachodzą podstawy, aby szacunek ten przyjąć za wiarygodny. Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Powyższa regulacja określa zatem procedurę postępowania wyjaśniającego mającą na celu ustalenie, czy zaproponowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska, bądź wykluczenie takiej ewentualności. Szczegółowe wyjaśnienie dotyczące powodów zaproponowania niskiej ceny, znacząco odbiegającej od wartości szacunkowej, czy cen rynkowych podobnych zamówień mają rozwiązać jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie. Założeniem postępowania wyjaśniającego jest ewentualne wyeliminowanie z postępowania wykonawców niewiarygodnych z uwagi na proponowanie nierealistycznych cen. Cel ten może być zrealizowany jedynie przy uwzględnieniu, że wykonawca wezwany ma prawo udzielić rzetelnych i skonkretyzowanych wyjaśnień – uzasadniających wysokość podanej ceny. Zamawiający w celu wypełnienia obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, polegającego na weryfikacji ceny rażąco niskiej, obowiązany był porównać ceny złożonych ofert zarówno z własną kalkulacją ceny, jak też z ceną drugiej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu, czy ustalonym poziomem cen rynkowych podobnych zamówień – jeżeli takimi danymi dysponował. W przedmiotowym postępowaniu, cena zaproponowana przez TP S.A. znacznie różni się od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia i ceny oferty odwołującego, powinno to zatem wzbudzić wątpliwości - czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych określa procedurę jaką zamawiający ma obowiązek zastosować w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zgodnie z tym zamawiający był zobligowany przed wyborem oferty najkorzystniejszej zwrócić się do wykonawcy TP S.A. w celu ustalenia zastosowanej przez niego kalkulacji ceny całkowitej oferty i ewentualnie elementów składowych – stawek abonamentowych, czy opłat instalacyjnych. Dopiero po wykonaniu tej czynności, uwzględniając okoliczności określone w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp mógłby przyjąć ofertę z tak skalkulowaną ceną lub ją odrzucić. W niniejszym postępowaniu zamawiający

zaniechał przeprowadzenia tej procedury, przez co dopuścił się naruszenia art. 90 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła argumentacji zamawiającego oraz przystępującego, że wykonawca wybrany wcześniej realizował, i nadal realizuje z pozytywnym skutkiem identyczne usługi na rzecz zamawiającego, co uwiarygodnia ofertę i proponowaną cenę. Okoliczność bezsporną stanowi, iż ceny obecnie stosowane przez TP. S.A. w rozliczeniach z zamawiającym są dużo wyższe. Przy rozbieżnościach omawianej ceny oferty z innymi danymi odniesienia, przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 7 tej ustawy nakazuje równe traktowanie wykonawców, bez możliwości bazowania wyłącznie na zaufaniu do znanego zamawiającemu wykonawcy i jego możliwości oraz warunków odnoszonych do poziomu oferowanej ceny. Postępowanie o udzielenie zamówienia oznacza się jawnością statuowaną w art. 8 ustawy Pzp, zatem zamawiający, nawet gdy jest przekonany, iż wykonawca TP S.A. zdoła wykazać realność oferowanej ceny - nie może odstąpić od zastosowania art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż odwołujący będąc uczestnikiem postępowania przetargowego ma prawo poznać wynik tych wyjaśnień i podjętych czynności zamawiającego.

Zarzut, iż zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy TP S.A. stanowi naruszenie przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), sprecyzowany na rozprawie przez odwołującego - do naruszenia art. 9 ust. 2 pkt, że zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców polegające na bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych lub rażąco niskich (...) nie podlegał rozpatrzeniu. Art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie przewiduje odrzucenia oferty wykonawcy z przyczyn określonych w ustawie o ochronie konsumentów i konkurencji, a wymieniona ustawa reguluje odrębny tryb rozpatrywania sporów w tym zakresie przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów - zgłaszanych przez podmiot, który ewentualnie byłby dotknięty praktykami TP S.A. określonymi w tej normie prawnej.

Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp, skutkowało nakazaniem unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz obowiązkiem zamawiającego ponownej oceny ofert z uwzględnieniem postępowania wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak żądał odwołujący oraz dokonaniem zaniechanej poprawy oferty TP S.A. w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w odniesieniu do błędnie wskazanej lokalizacji.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika stosownie do postanowień § 3 i 5 ust 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....